

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ocak 2025 • Sayı 61 • Yıl:16



yayin.taa.gov.tr

61



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

61

YIL: 16 - SAYI: 61 - OCAK 2025
www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER**Bekir ALTUN**

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR**Oğuz Gökhan YILMAZ / Hâkim****SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF****Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı****YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD****Muhittin ÖZDEMİR**

Türkiye Adalet Akademisi Yayın Kurulu Başkanı

Oğuz Gökhan YILMAZ

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR

Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP

Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Abdulkarim YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Yasin SÖYLER

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN

Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/ANKARA

Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com**Web:** www.taad.taa.gov.tr**BASKI / PRINT**

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayın kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (**Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim** aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayımlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayın ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", **150-250** kelime arası "**Özet**" ve **5-8** kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "**Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç**" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için **OSCOLA kaynak stiline** **4. Edisyonu** kullanılmalı ve dipnot atıf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil **3.000** kelimedenden az, **12.000** kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Türkiye Adalet Akademisine aittir. Yazarlar telif haklarını Akademiye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
14. Hakemlere ödenecek inceleme ücreti; Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. maddesi uyarınca, 23/8/2006 tarihli ve 2006/10932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesine göre dergi yayımlandıktan sonra ödenir.
15. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
16. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
17. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ersa Öz

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

*Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat BATI

Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf
Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanlığı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi/Research Article

İSLAMOFOBİ İLE MÜCADELENİN HUKUKSAL BOYUTU

Legal Dimension of the Fight Against Islamophobia

Recai AKYEL; Mustafa Erdem ATLIHAN s. 1-30

Araştırma Makalesi/Research Article

KAMU ALACAKLARININ KORUNMASI VE CEBREN TAHSİLİ SÜRECİNDE MÜKELLEF HAKLARI

*Taxpayer Rights in the Process of Protection and Forced Collection
of Public Receivables*

Ersan ÖZ; Tülay BARAN s. 31-64

Araştırma Makalesi/Research Article

SEYİR DEN YASAKLANANIN KOLLUK BİRİMİNE BAŞVURMAMASI SUÇU

*The Crime of a Person Banned from Watching Sports not
Contacting the Law Enforcement*

Ahmet Hulusi AKKAŞ; Görkem YAMAN s. 65-80

Araştırma Makalesi/Research Article

İCRA MAHKEMESİNİN İCRA HUKUK VE İCRA CEZA MAHKEMESİ OLARAK AYRILAMAMASI

*Nonseparation of the Court of Execution into Civil Court of
Execution and Criminal Court of Execution*

Uğur BULUT s. 81-106

Araştırma Makalesi/Research Article

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN FİİL UNSURU BAKIMINDAN "TASARRUF İŞLEMİ" ve TARTIŞMALI MESELELER

*"Act of Disposal" in Terms of the Act Element of the Crime of
Abuse of Trust and Controversial Issues*

Fatih YURTLU s. 107-144

Araştırma Makalesi/Research Article

CEZA MUHALEMESİNDE YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE YETKİLİ MERCİ

Competent Authority for Retrial in Criminal Procedure

Yaprak ÖNTAN s. 145-160

Araştırma Makalesi/Research Article

MUKAYESELİ ANAYASALARDA DEĞİŞTİRİLEMEZ MADDELERİN HUKUKİ TAHLİLİ VE UYGULAMA BİÇİMLERİ: TÜRKİYE, FRANSA, İTALYA, YUNANİSTAN, PORTEKİZ, İSPANYA VE ALMANYA ÖRNEĞİ

Legal Analysis and Implementation Methods of Unamendable Provisions in Comparative Constitutions: The Examples of Türkiye, France, Italy, Greece, Portugal, Spain, and Germany

Abdülazim İBRAHİM s. 161-186

Lisansüstü Tez Makalesi/Graduate Thesis Article

DÜZENLEYİCİ ÜST KURULLARIN BAĞIMSIZLIĞI

The Independence of Regulatory Agencies

Serdar ATALAR s. 187-214

Araştırma Makalesi/Research Article

NİZAMİYE MAHKEMELERİ'NİN OSMANLI DEVLETİ'NİN SON DÖNEMİNDEKİ YAPISI VE GÖREVLERİ (1876-1924)

The Structure and Subject-Matter Jurisdiction of the Nizamiye Courts in the Last Period of the Ottoman Empire (1876-1924)

Mücahit CEYLAN s. 215-242

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi/Research Article

AB ONARIM HAKKI DİREKTİFİ VE TÜRK HUKUKUNDA ONARIM HAKKI

Right to Repair According to EU Right to Repair Directive and Turkish Law

Bilgehan ÇETİNER s. 245-266

Araştırma Makalesi/Research Article

İŞE İADE DAVASINDA YARGILAMAYA İLİŞKİN HUKUKİ ÇIKMAZLAR

Legal Dilemmas in the Proceedings of Reinstatement Lawsuits

Asiye ŞAHİN EMİR s. 267-300

Araştırma Makalesi/Research Article

YURT DIŞI DİL OKULU EĞİTİM HİZMET DANIŞMANLIĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Legal Nature of Overseas Language School Education Service Consultancy Agreement

Selin SERT SÜTÇÜ s. 301-318

Araştırma Makalesi/Research Article

**TÜRK HUKUKUNDA İŞÇİNİN İFŞA VE İHBAR HAKKI
(WHISTLEBLOWING)**

Worker's Right to Disclosure and Whistleblowing under Turkish Law

Cihan KIRPIK s. 319-346

Araştırma Makalesi/Research Article

**KİRA BEDELİNİN TARAF ANLAŞMASIYLA ARTTIRILMASINA
İLİŞKİN SINIRLAMALAR VE SINIRLARI AŞAN ANLAŞMALARDA
BEDELİN İADESİ**

*Limitations on Increasing the Rental Fee by Agreement of the
Parties and Refund of Fees Exceeding These Limits*

Meltem ERTUĞRUL s. 347-376

Araştırma Makalesi/Research Article

**ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE ARABULUCULUK SÜRECİ VE
ANLAŞMA BELGESİNİN İCRA EDİLMESİ**

*Mediation Process in Dissolution of Partnership and Execution of
The Agreement Document*

Süleyman TOPAK s. 377-406

Araştırma Makalesi/Research Article

**MİRASTAN YOKSUNLUĞUN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI VE TMK
M. 578/B.1 UYARINCA YOKSUNLUĞUN TESPİTİNDE HUKUK VE
CEZA YARGILAMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ**

*The Scope of Disinheritance in Terms of the Person and
the Relation Between Civil and Criminal Procedure in the
Determination of Disinheritance Pursuant to TCC 578/b.1*

Duygu KOÇAK DİKER s. 407-432

Araştırma Makalesi/Research Article

**JAPONYA'DA GERÇEKLEŞTİRİLEN BİLDİRİME DAYALI
BOŞANMALARIN (KYOUGI RIKON) 5490 SAYILI NÜFUS
HİZMETLERİ KANUNU M. 27/A KAPSAMINDA TESCİLE ELVERİŞSİZ
OLDUKLARI TEZİ**

*An Argument for the Non-Registrable Character of Mutual
Consent Divorces (Kyougi Rikon) Carried out in Japan When
Submitted Under the Regime of Civil Registration Services Act No.
5490, Article 27(A)*

Onur Can SAATCIOĞLU s. 433-480

Araştırma Makalesi/Research Article

ZORUNLU DEPREM SİGORTASINDA SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BİNA KİMLİK SERTİFİKASININ SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE KULLANILMASI

Pre-Contractual Declaration Obligation in Compulsory Earthquake Insurance and Use of Building Identity Certificate in Pre-Contractual Declaration Obligation

Hamit ÇAVUŞ; Sefa ER s. 481-508

Araştırma Makalesi/Research Article

İNTERNET ALAN ADLARINA DAİR ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM SÜREÇLERİNDE KÖTÜ NİYET KRİTERİ: TÜRK HUKUKU VE ICANN SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

The Bad Faith Criterion in Alternative Dispute Resolution Processes Regarding Internet Domain Names: A Comparison of Turkish Law and ICANN Systems

Sena KONTOĞLU TAŞTAN s. 509-530

Araştırma Makalesi/Research Article

EBEVEYNLERİN SOSYAL MEDYADA ÇOCUKLARI ÜZERİNDEN ELDE ETTİKLERİ KAZANCIN ÇOCUK MALLARI KAPSAMINDA İNCELENMESİ

An Examination of the Profits that Parents Earn Through their Children on Social Media within the Scope of Minors Properties

Nesli Beril ÖZEN ÇOLAK s. 531-562

Araştırma Makalesi/Research Article

TÜRK HUKUKUNDA MENKUL KIYMET KAVRAMININ YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Re-Evaluation of the Concept of Security in Turkish Law

Abdullah ALTINTAŞ s. 563-586

Araştırma Makalesi/Research Article

EMBRİYONUN HUKUKİ DURUMUNA GENEL BİR BAKIŞ

A General Overview of the Legal Status of the Embryo

Müslüm TURAN; Eda DURAN s. 587-638

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;

TRDİZİN



Jurix

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



KAMU HUKUKU

İSLAMOFOBİ İLE MÜCADELENİN HUKUKSAL BOYUTU

Legal Dimension of the Fight Against Islamophobia

Recai AKYEL*

Mustafa Erdem ATLIHAN**

Özet

İslamofobi bir şekilde batı toplumlarında güçlendikçe, bu toplumlarda yaşayan Müslüman azınlıklar için hukuk yoluyla temel haklarının korunması küresel ölçekte önemli hale gelmiştir. Müslüman kimliğine sahip bireylerin hukuk yoluyla haklarının korunması olmaksızın diğer yönleriyle İslamofobiyle mücadelenin bireyler için güncel hayatlarında yeterli yansıma yaratmadığını geçtiğimiz birkaç on yıl göstermiştir. Bununla birlikte, temel insan haklarının korunmasının hayati önemi, bu mücadelenin diğer unsurlarına da büyük katkı sağlayacaktır. Bu nedenle Müslüman bireylere yapılacak hukuki yardımın organizasyonunun sağlanması ve batı toplumlarında bulunan konu ile ilgili kamu kurumları ve sivil toplum örgütleriyle iş birliği için menşe ülke temsilcilikleri ile İslam İşbirliği Teşkilatı'na büyük bir sorumluluk düşmektedir.

Bu yaklaşımla; Avrupada yaşayan Müslüman bireylere yapılacak hukuki desteğin hayati önemi vurgulanmalıdır. Bu yolla bir yandan bireylerin temel haklarının korunması sağlarken, diğer yandan da İslamofobiye karşı olan eğilimin azalmasına katkı yapılacaktır. Bu nedenle, öncelikle İslamofobinin oluşumuna ilişkin kavramsal açıklamalar anlaşılmalı, sonrasında ise tarihsel boyutuna ilişkin bilgiler edinilmelidir. Menşe ülkeler ile birlikte, İslam İşbirliği Teşkilatı çatısı altında kurulacak bir organizasyon ile batı toplumlarında yaşayan Müslüman bireylere yapılacak hukuki yardımın İslamofobi ile mücadelede faydalı ve başarılı çözümlerden biri olacağı anlaşılmaktadır.

Anahtar kelimeler: İslamofobi, ırkçılık, temel haklar, insan haklarının korunması, hukuki danışmanlık desteği.

Abstract

As Islamophobia has somehow become stronger in western societies, it has become globally important for Muslim minorities living in these societies to protect their fundamental rights through the law. The past few decades have shown that combating Islamophobia in other aspects, without the protection of the rights of individuals with a Muslim identity through the law, does not have sufficient repercussions for individuals in their daily lives.

However, the vital importance of the protection of fundamental human rights will also contribute greatly to other elements of this struggle. For this reason, there is a great responsibility for the representative offices of the country of origin and the Organisation of Islamic Unity to organise

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 02.07.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Doç. Dr., Anayasa Mahkemesi Üyesi, recai.akyel@anayasa.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2872-6017>

** Hâkim, Anayasa Mahkemesi Raportörü, mustafaerdem.atlihan@anayasa.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8086-1297>

legal assistance to Muslim individuals and to cooperate with relevant public institutions and non-governmental organisations in western societies.

With this approach, the vital importance of legal assistance to Muslim individuals living in Europe should be emphasised. In this way, on the one hand, the protection of the fundamental rights of individuals will be ensured, and on the other hand, a contribution will be made to reduce the tendency towards Islamophobia. For this reason, firstly, conceptual explanations about the formation of Islamophobia should be understood and then information about its historical dimension should be obtained. It is understood that legal assistance to Muslim individuals living in western societies through an organisation to be established under the roof of the Organisation of Islamic Cooperation together with the countries of origin will be one of the useful and successful solutions in the fight against Islamophobia.

Keywords: Islamophobia, racism, fundamental rights, protection of human rights, legal consultancy support.

GİRİŞ

İslamofobi, bir başka deyişle İslam korkusu ya da İslam'dan hoşlanmama özellikle batı ülkelerinde günümüzün yükselen önemli bir sorunu olarak ortaya çıkmıştır.¹ Bu yükseliş karşısında Müslüman bireylerin temel hak ve özgürlüklerini tehdit eden bu çağdaş kültürel ırkçılık şekline karşı mücadelenin hukuki boyutu ve bu boyutu oluşturan kuralların yapı ve sınırlarının belirlenmesi küresel ölçekte önemli hale gelmiştir.

İçinde bulunduğumuz bilim ve teknoloji çağı ile modern teknolojinin iletişim ve ulaşım alanlarındaki genişlemesi sayesinde günümüzde mesafeler daha önce hiç olmadığı kadar birbirine yakınlaşmış ve toplumlar birbiriyle irtibatlı hale gelmiştir. Bu değişim ise dünya üzerinde zaten var olan göç olgusu ile ilgili olarak siyasal, sosyal ya da ekonomik sebeplere dayanan doğudan batıya ve güneyden kuzeye şeklinde oluşan göç yollarını daha yoğun hale getirmiştir. Uzunca bir tarihi geçmiş olmakla birlikte, son 50 yılda giderek artan bu sürekli göç eğilimi ise Müslümanların batı ülkelerindeki sayısını artırmış ve katıldıkları toplumdaki sosyoekonomik refahtan eşit ve adil pay alma talepleri bu toplumdaki geçmişe dayanan önyargıların da etkisiyle, Müslümanlara yönelik genellemeci bir tutumla önce korku ve ardından artan nefret ve ayrımcılık tepkisiyle karşılanmıştır. Bu durum, Müslüman bireylere karşı değişik düzeyde ve boyutta saldırganlıkların gerçekleşmesine yol açmıştır.

İslamofobi, içerdiği nefret söylemi ve yol açtığı nefret suçları itibarıyla ortaya çıktığı toplumlarda farklı dini ve etnik grupların toplumsal barış kuralları çerç-

¹ İslam karşıtlığı anlamı ile kesişen tarafları olsa da İslamofobi kelimesi yakın dönem literatürüne sosyolojik bir tanımlama olarak "herhangi bir gerçekliğe dayanmadığı hâlde İslam'dan ve Müslümanlardan çekinme, korkma ve kaçma içgüdü" olarak girmiştir. (Ayrıntı bilgi için bkz. Özcan Hıdır, 'Anti-Semizm ve Anti İslamizm: Benzerlikler ve Farklılıklar', in Kadir Canatan, Özcan Hıdır (eds.), *Batı Dünyasında İslamofobi ve Anti-İslamizm*, (EskiYeni Yayınları, 2000); Ergin Ergül, 'İslamofobi Olgusu Bağlamında Terörle Mücadele Dili ve Politikaları' (2015) 6(22) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi TAAD.. 299, 303; İbrahim Kalın 'Ben, Öteki ve Ötesi' (İstanbul: İnsan Yayınları, 2019) 15; Kadir Canatan, 'Batı Dünyasında İslamofobi ve Anti-İslamizm.' (EskiYeni Yayınları, 2000) 27.

vesinde bir ortak yaşam kurma olanağını tehdit eden ve hatta ortadan kaldıran bir modern anti-semitizm politikasına dönüşmüştür.² İnsanlık tarihinin en karanlık gerçek yaşam hikayelerinin Yahudi düşmanlığının bir devlet politikası olarak anlam kazandığı Hitler Almanya'sında yazılmış olduğu bilinmektedir.

Benzer utanç hikayelerinin tekrar yazılmaması için İslamofobi ile mücadelenin kazanılmasının ise en çok bu modern ırkçılığın şiddetlenerek arttığı batı toplumlarının huzur ve refahı için gerekli olduğu ise yadsınamaz bir gerçektir. Ülkelerin iç hukukunda yasal düzenlemeler olmaksızın bu mücadelenin kazanılabilesinin imkansızlığı elbette izaha muhtaç duymayacak bir olgudur. Yahudilerin yüzyıllarca süren pogromlara maruz kalması ve zirve noktası olarak gaz odalarında katledilmelerinin yine aynı batı toplumlarının özellikle edebiyatında ve sinemasında en çok işlenen konulardan biri olmasının yaratmış olduğu yaygın sempati ve kamusal desteğe rağmen, yine aynı toplumlar Yahudi düşmanlığı karşısı yasal düzenlemeleri hala tam olarak oluşturamamışlardır. Bu durum karşısında, etnik-dini sebeplerle çeşitli nefret söylem ve eylemlerine maruz kalan Müslümanların birey olarak korunmasının hayati öneminin olabildiğince çabuk ve uygulanabilir çeşitli yol ve yöntemlerle oluşturulabilmesinin gerekliliği ortadadır. Bu gereklilik karşısında Müslüman düşmanlığı ile mücadelede, devletlerin bu mücadelenin etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesine uygun yasal düzenlemeler oluşturmasını beklemek acil bir taleptir. Ancak Müslüman bireylerin belki de her gün karşı karşıya oldukları kimi zaman insan hakkı ihlaline varan olumsuz tutum ve eylemler karşısında birey olarak sahip oldukları haklarının korunması ihtiyacının karşılanmasının sağlanması göz ardı edilmemelidir.

Batı toplumlarında hukuksal zeminde gerçekleştirilecek yasal düzenlemeler ile Müslüman düşmanlığının önünün alınmasının öneminin anlatılması sağlanmalıdır. Bu yönde yapılacak değişiklikler hayata geçirilene dek geçen sürede, etnik-dini sebeplerle çeşitli nefret söylem ve eylemlerine maruz kalan Müslümanların birey olarak korunmasının hukuki boyutunun etkinliğini arttırmanın en önemli yöntemlerinden biri, bu kişilerin içinde yaşadıkları toplumların var olan hukuki düzenlemeleri çerçevesinde sahip oldukları hakları bilmelerini ve kullanmalarını sağlayabilmek için birey düzeyinde ve kısa vadede neler yapılabileceğini belirlemek olacaktır.

Yazıda, Müslüman azınlıklara yapılacak hukuki desteğin hayati önemi vurgulanmakta; böylece, bireylere hukuki destek verilerek bir yandan bireylerin temel haklarının korunması sağlanırken, diğer yandan da İslamofobiye karşı olan eğilimin azalmasına katkı yapılacağı ileri sürülmektedir. İslam düşmanlığı sebebiyle içinde yaşadıkları toplumlarda sorunlar yaşayan bireylere gerçekleştirilebilecek hukuki yardımın yolları ve bu yapılacak desteğin hayati önemi vurgulanacaktır. Yazıda, öncelikle ve kısaca İslamofobinin oluşumuna ilişkin kavramsal açıklamalar yapı-

² Caner Övsan Çakaş, 'Avrupa Toplumunda İrkçılığın İki Yüzü: Antisemitizm ve İslamofobi Arasındaki Benzerliklerin ve Farklılıkların Karşılaştırmalı Analizi' (2019) 4(2) Akademik İzdüşüm Dergisi, 222, 222.



lacak, sonrasında ise tarihsel boyutuna ilişkin bilgi verilecek ve İslamofobiyi doğuran nedenler özetlenecektir. Ardından, günümüzde İslamofobinin yansımaları ve birey bazında sonuçları irdelenecek; yazı, İslamofobiye karşı Avrupa’da yaşayan Müslüman bireyler için hukuk bağlamında yapılması gerekenler hususunda öneriler ile sonuçlandırılacaktır.

I. İSLAMOFOBİ TANIMI, KAPSAMI VE İLGİLİ KAVRAMLAR

Kelime anlamıyla İslamofobi “İslam korkusu” demektir.³ Kelime anlamı ve en basit tanımı bir araya getirildiğinde ortaya çıkan ise, İslam korkusu temelinde şekillenen bir Müslüman karşıtlığı olmaktadır. Birçok unsurla birlikte detaylandırılabilir bu tanım dahi, meseleyi esas olarak doğru bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu tanım biraz detaylandırıldığında ise karşımıza, İslamofobi; “Müslümanlara yönelik politik, ekonomik, sosyal, kültürel veya diğer kamusal alanlarda insan haklarının ve temel özgürlüklerin eşit şartlarda tanınmasını, yararlanılmasını ve uygulanmasını geçersiz kılmayı ve zayıflatmayı amaçlayan herhangi bir önyargı, ayrımcılık, dışlama ya da kısıtlama” şeklinde bir tanım olarak belirmektedir. İslamla ilgili her türlü şeyden korkma anlamına da gelen İslamofobi aynı anda dini, etnik ve kültürel ırkçılığı ve ayrımcılığı bir araya getirmektedir.⁴

Kavramsal açıdan İslamofobi⁵ ve Müslüman karşıtlığı⁶ kavramlarının akademik

³ Abu Dhabi Gallup Center, “Islamophobia: Understanding Anti-Muslim Sentiment in the West” (Organization for Security and Co-operation in Europe, Aralık 2011) <www.gallup.com/poll/157082/islamophobia-understanding-antimuslim-sentiment-west.aspx> Erişim:23.8.2024

⁴ İbrahim Kalın, (n 1) 444.

⁵ Kelimenin ilk kısmı Müslümanların dinini, ikinci kısmı ise eski Yunanca’da “korku” anlamına gelmektedir. Buna göre “İslamofobi”, İslam’a veya Müslümanlara ilişkin uygun veya normal kabul edilenin ötesinde güçlü bir korku duygusu anlamına gelir. Bundan dolayı, İslam’a karşı duyulan irrasyonel korku veya nefret olarak tanımlanır. Bu terim, daha çok İslam’ın kendisine yönelik bir olumsuz algıyı ifade etmektedir. Avrupa yaygınlığı da aynı cümlelerin kullanılmasından görülmektedir: *Islamophobie* (franzisca), *Islamphobie* (Almanca) *Islamophobia*’ (İngilizce).

⁶ Müslüman bireylere ve topluluklara karşı duyulan düşmanlık veya önyargı anlamına gelir. Bu terim, dini inançtan bağımsız olarak, Müslüman kimliği taşıyan insanları hedef alır. Avrupa’da yaygınlığı: „Die grüne Pest”, “Islamkritik.at”, “Politically Incorrect”, “Stop Islam” veya “Akte Islam. Für Europa - gegen Eurabien

Kullanılan terimler:

- a) **İslam Düşmanlığı:** İslam dinine ve onun öğretilerine yönelik nefret ya da düşmanlık anlamında kullanılır. Bu da genellikle İslam’ın belirli öğretilerine ya da pratiklerine karşı bir reddediş ya da saldırı olarak görülür.
- b) **İslamkritik-İslam’ın eleştirisi:** İslam’a ve Müslümanlara yönelik belirli tutumları tanımlamak için kullanılan bir diğer terim; ancak bu terim çok çeşitli şekillerde kullanılır: Bir yandan İslamofobikler yukarıda bahsedilen anlamda kendilerini “İslam’ın eleştirmeni” olarak tanımlarken, bu terim daha az olumsuz olduğu için tercih edilmektedir. Seyran Ateş veya Necla Kelek gibi yazarların yayınları anti-sosyal olarak değerlendirilir. Her iki Türk asıllı yazar da Müslüman bir ortamda büyümüş, burada sıklıkla kadın düşmanı davranışlara maruz kalmış ve bu konuda İslam’ı eleştiren kitaplar yazmışlardır. Şikayet konusu hallerin sebeplerinin dinin muhtevası ve gereklerinde görülebileceği görüşünde ifade ederler. Dar anlamda bakıldığında bunlar bilimsel iddialı kitaplar değil, kişisel yansımaları olan deneyim raporları. Ancak her

metinlerde zaman zaman birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Anti-semitizm kavramından benzetilerek ortaya atılmış görülen anti-islamizm kavramı “Müslüman karşıtlığı” anlamıyla İngilizce literatürde sıklıkla yer verilen bir ifadedir. İslamofobi kavramı ise daha çok toplumsal boyutu ön planda tutan bir terim olarak kullanılmakta ve yabancı düşmanlığı yani Zenofobi (Xenophobia) kavramının üzerine oturtularak anlamlandırılmaktadır. Irkçılık ve yabancı düşmanlığı ise genellikle birbirleri yerine kullanılan ve sıklıkla da karıştırılan iki kavramdır. Irkçılık temel olarak bir ırkın diğer tüm ırklardan daha iyi, daha üstün olduğu iddiasına dayanmışken; yabancı düşmanlığı bir üstünlük iddiasında bulunmaksızın öteki olandan nefret etme, ondan korkma şeklinde gerçekleşmektedir.⁷ Bu bakımdan kavramsal açıdan İslamofobi ifadesinin ortaya koyulması için ırkçılık ve yabancı düşmanlığı terimlerine de kısaca değinmek gereklidir.

İrkçılık, temelde insanları etnik kimlikleri ya da ten renkleri nedeniyle dışlamak ya da aşağılamak üzerine kurulu bir ayrımcılıktır ve önce yabancı düşmanlığı sonra da İslamofobi kavramlarına annelik yapmıştır. Irkçılık ilk olarak Aydınlanma Dönemi’nde Avrupa’da ortaya çıkmıştır. İlk çalışmaların antropoloji alanında olmasına ve insan türleri, biyolojik benzerlik ve farklılıklar konularında yürütülmüş olmasına rağmen; o dönem Avrupa’sının sömürgecilik vizyonu gereğince çok kısa süre içinde pozitivist bir anlayışla yürütülen bu bilimsel çalışmalar ideolojik bir çerçeveye oturtularak ırk üstünlüğü iddiasında olan fikirlere hizmet eder hale gelmeye başlamıştır.⁸

Klasik haliyle sömürülen bölgelerin kaynaklarına ve iş gücüne el koyma şeklinde ortaya çıkmış olan ve Portekizli denizcilerin 15. yüzyılın başlarında Afrika kıtasının kuzey batısında ve Akdeniz kıyısında bulunan bir kıyı şeridini ele geçirmesiyle başlayan sömürgecilik faaliyetleri, batıların özellikle Afrika ve güney ile güneydoğu Asya’da bulunan bölgeleri ele geçirme rekabetine sebep olmuştur.⁹ Sömürgeci devletler ele geçirdikleri bölgelerdeki halkların dinî değerlerine ve kültürel yapılarına da baskı uygulamalarına sebep olan sömürgecilik sisteminin yerel toplumlar üzerinde uygulanan baskı politikalarını ise, geliştirmiş oldukları üstün ırk inancı ile meşrulaştırmışlar ve kendi kamuoylarını da bu fikir ile beslemişlerdir. Sömürgeciler, kendilerinin sömürdükleri insanlardan daha üstün olduklarına inanmışlar; Bu gelişmemiş toplumları medeniyete ve refaha kavuşturmak amacıyla

iki yazar da İslam’ın kınanmasını değil modernleşmeyi savunduğundan, kendilerini İslam eleştirisi olarak tanıtır ve İslam’ın “modernleşmesi” gerektiğini savunurlar. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Cüneyt Dinç ‘Thorsten Gerald Schneiders (Ed.), *İslamfeindlichkeit: Wenn die Grenzen der Kritik Verschwimmen* (İslam Düşmanlığı: Eleştirinin Sınırlarının Muğlaklaştığı An), Wiesbaden: VS Verlag, 2009, 483 s.’ (2011) 1(1) İnsan Ve Toplum. 109, 109-112.

⁷ Jamie Bordeau, ‘*Xenophobia: The Violence of Fear and Hate.*’ (The Rosen Publishing 2010) 4.

⁸ Neil MacMaster, ‘*Racism in Europe: 1870-2000*’ (Palgrave Macmillan 2001) 87; J. M. Vorster, ‘*Racism, xenophobia and human rights*’ (2002). 54(3) The Ecumenical Review, 296, 296-297.

⁹ Marc Ferro. ‘*Sömürgecilik Tarihi-Fetihlerden Bağımsızlık Hareketlerine 13. Yüzyıl- 20. Yüzyıl*’ (İmge Yayınları 2002) 394-397.



baskı altında tuttıkları şeklinde bir toplumsal algı yaratmışlardır.¹⁰

20. yüzyıla gelindiğinde etnik ve ırksal ayrımcılık, artık sömürgeciliğin meşru nedeni olmaktan çıkmış, politik bir araç olarak kullanılarak somut ve pratik bir uygulama ile Naziler tarafından Yahudilere karşı gerçekleştirilen kıyım ve kötü muamelelere zemin oluşturan temel fikir olmuştur. Bu üstün ırk iddiaları, zaman içinde etnik merkezli yapısından çıkarılmış ve ekonomik, dini, sosyal ve kültürel öğeler de bu üstünlük iddiasının önemli yapı taşları olarak kabul edilmiştir.¹¹

İrkçilik fikri, esas olarak yabancı düşmanlığını da doğal olarak içinde barındıran bir kavramdır. Yabancı düşmanlığı en genel anlamda; farklı özelliklere sahip ve bu nedenle yabancı olarak nitelendirilen birey ve gruplara yönelik olarak duyulan korku ve nefrettir. Kavram ilk kez, 1901 yılında, Anatole France tarafından, *Monsier Bergeret a Paris* adlı eserde Anti-semitizm bağlamında kullanılmıştır.¹²

Yabancı düşmanlığının kökeninde, en basit anlatımla öteki olarak nitelenen birey ya da gruplara yönelik var olan önyargılar yatmaktadır. Bu önyargılar tarihsel ya da psikolojik etkenler nedeniyle kişi ya da toplumların hafızasında çok hafif bir uykuya yatmış olarak bulunurlar ve ekonomik veya siyasi tetikleyiciler tarafından uyandırılmayı beklerler. Uyanan önyargılar, kısa sürede büyür ve aşırı sağ söylem ve eylemlerle hızla beslenerek göçmen karşıtlığı ve ırkçı ideolojiler şeklinde yabancı düşmanlığını meydana getirirler.¹³

Tıpkı ırkçılığın yabancı düşmanlığını içermesi gibi; yabancı düşmanlığı da İslamofobiyi kapsayan bir kavramdır. Avrupa’da İslamofobi konusundaki güncel ilk araştırmanın İngiltere’de faaliyet gösteren Runnymede Trust adlı İngiliz araştırma kuruluşunun 1997 yılında yayınlamış olduğu “Islamophobia a Challenge for Us All (İslamofobi Hepimiz İçin Bir Meydan Okuma)” adlı rapor olduğu söylenebilir. Bu raporda İslamofobi “Müslümanlara yönelik olarak beslenen temelsiz düşmanlık” olarak tanımlanmış ve yine bu raporda kavramın “tüm Müslümanlardan ya da birçoğundan korkma ve hoşlanmama” durumunu ifade ettiği de belirtilmiştir. Aynı kuruluş 2018 yılında bu defa “Islamophobia Still a Challenge for Us All (İslamofobi Hepimiz İçin Hala Bir Meydan Okuma)” başlıklı bir başka rapor yayınlamış ve bu raporda ise İslamofobiyi “Müslüman karşıtı ırkçılık” olarak tanımlamıştır.¹⁴ İngiliz hükümetinin desteğiyle hazırlanan raporda İslamofobi kavramı dile getirilmiş ve kökenleri çok eskilere dayanmasına rağmen, son 20 yılda kayda değer bir

¹⁰ Maxime Rodinson. ‘*Europe and the Mystique of Islam*’ (2.baskı, I.B. Tauris, 2002) 60-62; Yücel Bulut. ‘*Oryantalizmin Kısa Tarihi*’ (Küre Yayınları, 2016) 114-117; Hişam Cuayıt. ‘*Avrupa ve İslam*’ (İz Yayıncılık, 1995) 25-30.

¹¹ Ramon Grosfoguel ‘*What is Racism?*’ (2016) 22(1) Journal of World-System Research, 9, 10-15.

¹² Raymond Taras, ‘*Xenophobia and Islamophobia in Europe*’ (Edinburg University Press 2012) 140.

¹³ Fatma Yılmaz. ‘*Avrupa’da İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığı*’ (Uşak Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu 2008) 49.

¹⁴ The Runnymede Trust, *Islamophobia: Still a Challenge for Us All* (Report of the Runnymede Trust Commission on British Muslims and Islamophobia, Londra, 1997) 4.

şekilde artış gösterdiği vurgulanmıştır. Yine aynı raporda İslamofobi kapsamında değerlendirilecek dört temel alan belirlenmiş ve Müslümanların maruz kaldıkları sorunlar şu şekilde özetlenmiştir:¹⁵

1. Ön yargı (prejudice): Medyada ve günlük yaşamda maruz kalınan ön yargılar.
2. Ayrımcılığa tabi tutulma (discrimination): Çalışma ortamında maruz kalınan ayrımcılık, eğitim, sağlık hizmetleri vb. konularda ayrımcılık.
3. Dışlanma, dışlanmışlık (exclusion): Bu kapsamda siyasete ve yönetime katılmaktan dışlanma, yetki ve sorumluluk verme noktasında dışlanma.
4. Şiddet (violence): Fiziksel saldırılar, mülkiyete yönelik saldırılar ve sözlü taciz.

AB Temel Haklar Ajansı İslamofobiyi, “İslamofobi, İslam inancına mensup olan bireylerin maruz kaldıkları ayrımcı muameleyle verilen genel isimdir.” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁶

Avrupa İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığı İzleme Merkezi ise 2006’da yayımladığı AB’de İslamofobi ve ayrımcılık raporunda İslamofobiyi; iş, eğitim ve barınma alanlarındaki ayrımcılık, göçmenlere ve azınlıklara yönelik ırkçılık ve düşmanlık, Müslümanlara yönelik çeşitli şiddet olayları, sosyal dışlanma ve entegrasyon sorunları bağlamında ele almıştır.

Sonuç olarak İslamofobi kavramı; İslam ve Müslümanlara karşı rasyonel olmayan bir tür kuşku, korku, kin, nefret ve düşmanlık besleme anlamında kullanılmaktadır. İslamofobik düşünce ise, Müslüman bireylere yönelik önyargı, ayrımcılık, dışlama, kısıtlama ve fiziksel şiddet davranışlarına yol açmaktadır.

V. İSLAMOFOBİYİ DOĞURAN NEDENLER

İslamofobi olgusunu anlayabilmek için elbette kavramın tarihsel kökenlerini ortaya koymak gerekmektedir. Çünkü İslamofobiyi doğuran en temel neden, elbette inanç ve din farklılığı sebebine dayalı olarak yaşanmış tarihsel çatışmalar ve rekabettir.¹⁷ Bu yazıda, çalışmanın amacı ve kapsamı dikkate alınarak İslamofobiyi

¹⁵ The Runnymede Trust, *Islamophobia: A Challenge For Us All* (Report of the Runnymede Trust Commission on British Muslims and Islamophobia.) <<https://www.runnymedetrust.org/companies/17/74/IslamophobiaA-Challenge-for-Us-All.html>> Erişim 18.7.2024.

¹⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, *EUMC, Activities of the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia in 2006* (European Union Agency for Fundamental Rights 2008) <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://fra.europa.eu/sites/default/files/ar07p1_en.pdf> Erişim 19.7.2024

¹⁷ Kısaca ve tarihsel dönemler itibariyle ifade etmek gerekirse:

a) Orta Çağ ve Haçlı Seferleri: İslamofobinin kökenleri, 11. yüzyılda başlayan Haçlı Seferleri’ne kadar uzanabilir. Bu dönemde Avrupa, Müslüman dünyasıyla sürekli bir çatışma içindeydi. Haçlı Seferleri, sadece dini bir savaş değil, aynı zamanda Batı Avrupa’nın İslam’a karşı olan derin korku ve nefretinin de bir yansımasıydı. Bu savaşlar, Avrupalıların İslam’ı “öteki” olarak görmelerine ve Müslümanları barbar veya düşman olarak algılamalarına yol açtı (OHCHR).

b) Osmanlı İmparatorluğu ve Avrupa: Osmanlı İmparatorluğu’nun Avrupa’daki genişlemesi, özellikle 15. Ve 16. Yüzyıllarda, Avrupa’daki İslamofobinin artmasına neden oldu. Osmanlı’nın Viya-



doğuran nedenler genel hatlarıyla ve özet biçiminde verilmiştir. 11 Eylül 2001’de Amerika Birleşik Devletleri’nde ikiz kulelere yapılan saldırı ve bunu takip eden dönemde de Avrupa’nın farklı ülkelerinde yaşanan bombalı saldırıların ardından bu ülkelerde yaşayan Müslümanlara karşı ayırımcılık, dışlama, nefret ve saldırıların artması sonrası daha çok dile getirilmeye başlanmış olan İslamofobi, esas olarak İslâm dininin ortaya çıkması ve kendi iç meselelerini çözdükten sonra çevresindeki diğer dinleri benimsemiş toplumlarla etkileşime geçmesi ile birlikte başlamıştır denilebilir. İslam’ın doğuşundan itibaren Doğu ve Batı dünyası arasında dini, siyasi, ekonomik, askeri ve sosyo-kültürel çekişmeler hep var olmuştur.¹⁸

İslâm’ın “son din”, Hz. Peygamber’in “son peygamber” ve Kur’an’ın “son kutsal mesaj” olduğu iddiası ve İslam dini içinde yer alan Cihad¹⁹ kurumu, bu iddianın doğası gereği halihazırda var olan Yahudilik ve Hristiyanlık inancı sahibi kişi ve bu temelde varlığını sürdüren kurumları gayet anlaşılabilir bir mantıkla rahatsız etmiştir.²⁰ Bu durumda dönemin Hristiyan din adamlarının bu iddianın yanlışlığını kanıt-

na’yı kuşatması gibi olaylar, Avrupa’da büyük bir korku ve endişe yarattı. Bu dönemde Avrupalılar, Osmanlı İmparatorluğu’nu ve dolayısıyla İslam’ı bir tehdit olarak gördüler. Bu algı, Avrupa edebiyatında ve sanatında da sıkça yer buldu ve Müslümanlar genellikle olumsuz ve tehlikeli figürler olarak tasvir edildi (OHCHR).

c)Oryantalizm ve Sömürgecilik: 18. ve 19. yüzyıllarda Avrupa’da ortaya çıkan Oryantalizm, İslamofobinin entelektüel bir temele oturmasına yardımcı oldu. Edward Said’in tanımladığı şekliyle Oryantalizm, Batı’nın Doğu’yu “öteki” olarak tanımlaması ve Doğu’yu geri kalmış, egzotik ve irrasyonel olarak görmesiydi. Bu bakış açısı, Müslümanların medeni olmayan ve Batı’nın üstünlüğüne ihtiyaç duyan halklar olarak görülmesine yol açtı. Ayrıca, sömürgecilik dönemi boyunca Avrupalı güçler, Müslüman toplumları sömürgeleştirirken, bu tür ayrımcı söylemleri pekiştirdiler (Ayrıntılı bilgi için bkz. Edward W. Said. *Orientalism*. (Vintage.1979)

d) Modern Dönem ve Medyanın Rolü: 20. yüzyılın sonları ve 21. yüzyılın başlarında, özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarının ardından, İslamofobi yeni bir boyut kazandı. Terörizmle mücadele söylemi, genellikle İslam’ı ve Müslümanları hedef aldı. Bu dönemde Batı medyasında İslam sıklıkla terörizmle ilişkilendirildi ve bu da toplumsal algının olumsuz yönde şekillenmesine neden oldu. Günümüzde bu söylem, aşırı sağcı politikalar ve popülist hareketler tarafından da desteklenmektedir (OHCHR). Bu tarihsel arka plan, İslamofobinin neden bu kadar yaygın ve kalıcı bir sorun olduğunu anlamak için önemlidir. Tarih boyunca süregelen bu negatif algılar ve söylemler, günümüzdeki İslamofobi dalgasının kökeninde yatan temel unsurları oluşturur.

¹⁸ Norman Daniel, *‘Islam and the West: The Making of an Image’* (Oneworld Publications 2009).

¹⁹ Arapça’da “güç ve gayret sarfetmek, bir işi başarmak için elinden gelen bütün imkânları kullanmak” mânasındaki **cehd** kökünden türeyen **cihad**, İslâmî literatürde “dinî emirleri öğrenip ona göre yaşamak ve başkalarına öğretmek, iyiliği emredip kötülükten sakındırmaya çalışmak, İslâm’ı tebliğ, nefse ve dış düşmanlara karşı mücadele vermek” şeklindeki genel ve kapsamlı anlamı yanında, fıkıh terimi olarak daha çok Müslüman olmayanlarla savaş, tasavvufta ise nefsi emmâreyi yenme çabası için kullanılmıştır. <chrome extension://efaidnbmnnpbceajpcglclefindmkaj/https://www2.diyinet.gov.tr/DinHizmetleriGenelMudurlugu/VaazHizmetleri/Allah%20Yolunda%20Cihad.pdf> Erişim 23.8.2024

²⁰ Batıda ortaya çıkan ve belki de üzerinde yüzlerce çalışma yapılmış olan oryantalizm ve yeni oryantalist söylem ile İslâm’ın bütün farklılıkları ve çoğulcu yapısı görmezlikten gelinerek Batı değerlerine meydan okuyan, Batılı yaşam tarzlarını ve kültürü tehdit eden, şiddet ve terörizmi meşrulaştırdığı ileri süren homojenleştirilmiş bir İslâm kurgusu yaratılmıştır. Bu kurguya göre İslâm toplumları göreceli zayıflıkları ve otoriter yapıları nedeniyle zaten şiddet ve terörizme meyilli olarak kabul

lamak amacıyla eserler ortaya koyarken İslam karşıtı tezler ileri sürmelerine sebep olmuştur.²¹ Özellikle Bizans kontrolünde bulunan Orta Doğu ile Kuzey Afrika'nın büyük kısmının yedinci ve sekizinci yüzyıllarda İslam hâkimiyeti altına girmesi ise, İslam'ı, Hristiyan toplumlarda dini-siyasi bir rakip ve düşman haline getirmiştir.²²

Europenses (Avrupalılar) terimi, ilk defa Isadore Pacensis isimli bir papaz tarafından 732 yılında, Poitiers savaşında Müslümanları yenen Hristiyanları tanımlamak amacıyla kullanılmıştır.²³ Osmanlı İmparatorluğu'nun Viyana'ya kadar ilerleyişi ile birlikte ortaya çıkmış olan "Türk korkusu-Türkfobi" de esas olarak İslamofobi içinde değerlendirilmelidir.²⁴ İslam ile Hristiyanlık arasında İslam'ın gelişi ve onu benimseyen toplumlar tarafından batıya yürünmesi, iki yapı arasındaki küçük istisnalar dışında her temasta çelişkiler ve sürtüşmeler meydana getirmiş ve gayet anlaşılabilir bir şekilde karşılıklı olarak korku ve düşmanlık duygu ve fikirlerini ortaya çıkarmıştır.²⁵

İslam ilerleyişinin durması ve gerilemesi, batı toplumlarındaki bu İslam korkusunu birkaç yüzyıl için dindirmiş ancak yok etmemiştir. 2.Dünya Savaşından sonra İsrail Devletinin kurulmasından sonra batı medyasında "kötü Arap" imgesine çok sık rastlanmaz. Ancak "kahraman Yahudi" imajı yine aynı medyada sıklıkla yer verilen bir imge olarak kullanılmıştır. Bunun nedeni Nazilerin gerçekleştirmiş olduğu soykırım sonrası, bu topluma karşı ortaya çıkmış olan merhamet ve yeni kurulmuş olan bu ulus devlete karşı hissedilen hayranlık hissidir. Elbette kullanılan bu imgeler gizliden de olsa toplumlar üzerinde Müslümanlara karşı var olan önyargıları besleyici bir etki göstermiştir; ancak o dönemde doğudan batıya kitlesel bir göçün de henüz başlamamış olması nedeniyle bu sadece bir düşünce ya da his olarak kalmıştır. Zira henüz bu "kötü Arap" batı şehirlerinin caddelerinde yürümektedir ve aynı binayı paylaştığımız komşunuz ya da kırk yıldır tanıdığınız ve varlığına

edilmektedir. Fakat oryantalist söylem daha da ileri giderek söz konusu şiddet ve terörizm yanlılığının İslâm'ın özüne de uyduğunu ileri sürmüştür. Başka bir deyişle oryantalist söylem İslâm'daki cihad gibi bazı kavramları ve Kur'an'daki birtakım ifadeleri kendi kurgusal, Batı ve özgürlük düşmanı, otoriter İslâm kurgusuna göre çarpıtarak Batı toplumun kolektif anlayışına yerleştirmiştir. (Bu konuda ayrıntı için bkz. Deepa Kumar, 'İslamofobi: İmparatorluğun Siyaseti' (Pınar Yayınları 2016), 171-172; Aziz Al-Azmeh, 'İslamlar ve Moderniteler' (3. baskı, İletişim Yayınları 2017) 11-15; Samuel P. Huntington, 'Medeniyetler Çatışması ve Dünya Düzeninin Yeniden Kurulması' (2. baskı, Okuyan Us Yayın 2005) 101-105; Prof. Dr. Mehmet S. Aydın 'Siyasetin Aynasında Kültür ve Medeniyet' (Kapı Yayınları 2016) 470-474.)

²¹ Özcan Hıdır 'Yahudi Kültürü ve Hadisler' (İnsan Yayınları 2010) 174

²² İbrahim Kalın 'İslam ve Batı' (İsam Yayınları 2008) 41-43.

²³ David Levering Lewis, 'God's Crucible: Islam and the Making of Europe' (W. W. Norton 2008) 172-173.

²⁴ Özcan Hıdır 'Luterci Protestanlığın Tarihi Arkaplanı ve Martin Luther'in Kur'an, Hz. Muhammed ve İslam-Türk Kültürüne Bakışı' XI. ve XVIII. Yüzyıllar İslâm-Türk Medeniyeti ve Avrupa Uluslararası Sempozyum = XI. to XVIII. Centuries Islamic-Turkish Civilization and Europe International Symposium, 24-26 Kasım, 2006) 135, 145.

²⁵ John L. Esposito. 'İslam tehdidi efsanesi' (Ufuk Kitapları. 2002) 85.



çok alıştığınız bir memleketlinizden köşedeki marketi satın alıp işletmeye başlayan esnaf değildir. Çünkü bu dönemde hala Batı Avrupa ile Müslümanların doğrudan doğruya çok az ilişkisi mevcuttur ve Müslümanlar da Avrupalılar nezdinde sadece uzak diyarlarda yaşayan yabancılarıdır.²⁶

İslam korkusunun İslam karşıtlığına dönüşerek Müslümanlara yönelik inançlarından dolayı ayrımcılığın Batı toplumlarında, büyük kesimler nezdinde canlanmasına neden olan olay ise, 11 Eylül 2001'de New York'ta meydana gelen terör saldırısıdır denilebilir.^{27 28} Bu tarihten sonra Batı medyasınca çizilmiş olan kandura²⁹ giyimli Ortadoğulu erkek karakteri şiddet ve terör kelimeleri ile eş değer anlam kazanacak nitelikte, çok ve yoğun bir şekilde görsel ve yazılı basında kullanılmıştır.³⁰

Bu konu öz bakımından o kadar çok boyutlu ve derindir ki, bu çalışmanın amacı dışına çıkmamak adına sadece değinilen iki boyutu dahi birçok bilimsel çalışmaya esas teşkil etmiştir. Bunlardan birincisi; Batı'nın İslâm toplumları üzerinde kurduğu ve 19'inci yüzyılın son çeyreğinden günümüze kadar geçen süreç içerisinde değişime uğramış olan ve 1960'lı yıllarda ortaya çıkan sömürge karşıtı ideolojinin güçlenmesi ve küreselleşme ile farklılaşan sömürgecilik fikrinin ve “medenileştirme misyonu” adı altında yapılan ve dünyanın farklı bölgelerinde bulunan ülke topraklarının Batı tarafından işgal edilmesine dayanan emperyalist politikanın değişime uğraması sonucu modern sömürgeciliğe haklılık kazandırmak için günümüzde başvurulan “terörle mücadele” kavramıdır. Batı medyası, bu kavramı popülerleştirmek ve kabul görmesini sağlamak amacıyla ve bu imajın yine kendi toplumları içinde yarataca-

²⁶ F. Betül Aydın Varol, 'Batı'nın Bir Ötekisi Olarak İslam ve Müslümanlar: Batı Avrupa Medyasında İslamofobinin Temsili' (2019) 2(2) Journal of Media and Religion Studies. 215, 222-224; Globalleşmenin dine etkileri için bkz. Peter Beyer. 'Religion and Globalization' (1. baskı Sage Publications Ltd. 1994); Roland Robertson 'Globalization, Politics and Religion, The Changing Face of Religion' in James A. Beckford ve Thomas Luckmann (eds), (Sage Publications Ltd. 1989) 10-23.

²⁷ Türküya Ataov. '11 Eylül ve Sonrası' (2001) 56(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi. 181,181-190; Ahmet Özer. '11 Eylül, Bölünen Dünya, Huntington ve Çatısma'. (2009) 3(5) Toplum Ve Demokrasi Dergisi. 191, 191-210; Metehan Temizel. 'Terörizmde Yeni Milad: 11 Eylül 2001' (2011) 11(1-2) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi. 311, 311-348; Bob Cunningham, 'Pluralist Democracy: Balancing Publicity, Privacy, and Secrecy' (2003) 25(2) Administrative Theory & Praxis. 299, 302-305.

²⁸ 11 Eylül 2001 tarihinde gerçekleşmiş olan saldırı önemli bir kırılma yaratmıştır ancak Batı kaynaklarında İslam ile modern anlamıyla terörün ilişkilendirildiği ilk olay 1972 Münih Olimpiyat Oyunlarında yaşanmış olan saldırdır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Stefan M. Aubrey. 'The New Dimension of International Terrorism' (vdf Hochschulverlag an der ETH 2004) 1-3 < https://books.google.com.tr/books?id=VJJG14mHbGAC&pg=PA34&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false> Erişim 5.6.2024

²⁹ Ayak bileğine kadar inen, uzun kollu, tunik yapıda olan Arapların geleneksel erkek kıyafetidir. Kandura; çeşitli bölgelerde savb, sob, suriyah, kandurah şeklinde de isimlendirilirken Libya'da 'dışdaşa' diye adlandırılır. Bu giysinin altına genellikle izaar veya vuzar diye isimlendirilen bir iç giysi giyilir.

³⁰ Süleyman Seydi. 'İslami Terör' (2003). Strategma Dergisi. 5

ğı ayrıştırıcı sonuçlarını düşünmeksizin, esasında İslâm toplumlarında marjinal bir boyutta kalan şiddet yanlısı ve köktenci ideolojileri ana akım İslâm imajı şeklinde kendi kamuoyuna tanıtmaktan çekinmemiştir. Bu yaklaşımla İslâm'ın bütün farklılıkları ve çoğulcu yapısı görmezlikten gelinerek Batı değerlerine meydan okuyan, Batılı yaşam tarzlarını ve kültürü tehdit eden, şiddet ve terörizmi meşrulaştırdığı ileri süren homojenleştirilmiş bir İslâm kurgusu yaratılmıştır.³¹

İslamofobiye doğuran temel nedenleri sayarken tarihsel yaşanmışlıklarla beraber, son dönemde sıklıkla yaşanan Radikal İslamcı örgütlerin terör olarak nitelendirilen faaliyetlerinin de göz ardı edilmemesi gerekliliği de konunun burada sınırlı olarak ifade dileyen ikinci boyutudur.³² Bu terör saldırıları ve Avrupa'daki aşırı sağcı ve popülist partilerin bunları siyaset malzemesi olarak kullanmaları da sorunun büyümesinde ve içinden çıkılmaz bir hale gelmesinde büyük bir etken olmuştur.³³ Son yıllarda özellikle El Kaide ve Irak ve Şam İslam Devleti (DEAŞ) gibi örgütlerin Avrupa ülkelerindeki saldırılarının ardından Müslümanların aşırı sağcı ve popülist kesimlerin hedefi haline gelmesi ve buna bağlı olarak Müslümanlara yönelik saldırıların artması dikkat çekmektedir. Avrupa ülkelerinde aşırı sağ ve ırkçı siyasi aktör ve partilerin hızla yükselişe geçmesi ve içinde yetiştiği toplumlarda daha büyük sayılarda insan kitleleri tarafından destek görmeleri ve hatta bazı ülkelerde koalisyon ortağı sıfatıyla hükümet içinde yer bulmaları bir kar topu misali, bu aşırı görüşleri savunanların da ana akım medyada daha çok yer bulmalarına ve göçmen ile İslam karşıtı popülist söylem ve vaatlerin artık çok daha fazla seçmeni etkilemekte olduğunu gören siyasi parti temsilcilerinin ve adaylarının bu tür söylemleri artık daha sık ve kolayca dile getirmelerine sebep olmuştur.³⁴

20. yüzyılın son çeyreğinde başlayan ve içinde bulunduğumuz yüzyıl içinde ise artarak devam eden dünya üzerinde güneyden kuzeye ve doğudan batıya göç fenomeni batı toplumlarındaki Müslüman kitlelerin sayılarının ve toplum içinde

³¹ Kumar (n 20) 12-13; Ania Loomba. 'Kolonyalizm Postkolonyalizm' (2.baskı Ayrıntı Yayınları. 2000) 34-38; Douglas Little. *American Orientalism: The United States and the Middle East Since 1945*. (3. Baskı. The University of North Carolina Press, 2008) 60-61; David Skidmore. *Understanding the Unilateralist Turn in U.S. Foreign Policy*. (2005) 1(2) Foreign Policy Analysis 207, 207-228.

³² Hilal Barın. *İslamofobi ve DEAŞ: Tedirgin Nefret*. (Tezkire 2016) 281-288.

³³ Laurence Michalak ve Agha Saeed *Anakarasal Ayrışım: Fransa, Amerika Birleşik Devletleri'nde İslam ve Müslüman Kimlikler*; in Nezar Alsayyad ve Manuel Castells (eds) *Müslüman Avrupa ya da Avro İslam*. (Everest Yayınları 2004) 221-222; Selim Kanat ve Samet Zengioğlu. *Avrupa Birliği'nin Suriyeli Mültecilere Yönelik Yaklaşım ve Politikaları*. (2017) 4(3) Route Educational and Social Science Journal. 20, 25-29

³⁴ Hasan Saim Vural. *Avrupa'da Radikal Sağın Yükselişi*. (1. Baskı. İletişim Yayınları 2005) 207-223; Dr. Bekir Emiroğlu *Avrupa Birliği'nin Çokkültürlülük ile İmtihanı* (2016, 44, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi) 91,105; Müge Aknur ve İbrahim Saylan. *Avrupa Demokrasisine Yönelik Güncel Bir Tehdit: Popülist Radikal Sağın Yükselişi* (2020) 18(2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi. 289, 291; M. Nail Alkan. *Avrupa'da Yükselen İrkçılık: Pegida Örneği*. (2015) 8(16) Gazi Akademik Bakış. 275, 278-287.



görünürlüklerinin giderek artmasına sebep olmuştur.³⁵ Bu göç ve günümüzde gerçekleşen mülteci krizi de İslamofobi ateşinin daha da güçlü yanmasına sebep olan bir diğer etkidir. Batılı ülkelere yönelik artan göç baskısı elbette sadece Müslüman ülkelerden gerçekleşmemiş, özellikle Doğu Avrupa ülkelerinden de Batı Avrupa'ya ciddi anlamda Hristiyan dinini benimsemiş kitleler de göç etmişlerdir. Bunun da ötesinde sömürgeci geçmişlerinden dolayı birçok Batı Avrupa ülkesinde günümüzde belli oranda bu ülkelerin zamanında sömürgesi olan coğrafyalardan gelerek bu ülkelere yerleşmiş olan yabancı unsurların da bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Bu yabancı unsurların yerleştikleri ülkelerde yarattığı tüm rahatsızlıklar dahi ne yazık ki, Müslümanlara karşı zaten var olan ve artan olumsuz bakış açısına eklenmiş ve bu ülkelerde Müslümanlar, oralara göç yoluyla gelen tüm yabancı unsurlara karşı artan ötekileştirmenin kurbanı olmuşlardır.³⁶

Tarih boyunca çeşitli nedenlerle meydana gelen insan göçü, günümüzde de devam ederek sosyal, kültürel ve ekonomik değişimlere neden olmaktadır. Göçün asıl nedeni; savaş, doğal felaketlerden kaçma, baskılardan kurtulma ile refah ve istihdam arayışı, düşünce ve fikir hürriyeti gibi nedenlerle güvenli, huzurlu ve özgür bir ülkede yaşama arayışına gidilmesidir.³⁷

Artarak devam eden bu göç olgusu tarih içinde gönüllü ve zorunlu sebeplerle gerçekleşmiştir. Daha iyi bir yaşam arayışında olan insanların sayısının artması, uluslararası alanda göçün artmasına neden olmuştur. Esas olarak Batı Avrupa ülkeleri için göç ve göçmen kavramları yeni kavramlar değildir. Zira 2. Dünya Savaşında ciddi bir nüfus kaybına uğramış olan Batı Avrupa ülkeleri, iş gücü ihtiyacını karşılamak için bin dokuz yüz elli yılların ortasında kapılarını göçmenlere gönüllü olarak açmıştır. Daha sonra ise Yugoslavya'nın dağılması ve Bosna Savaşı gibi yakın coğrafyada ortaya çıkmış olan kriz ve değişimler beraberinde bu coğrafyalarda yaşayan insanların sığınmacılar ve göçmenler olarak Batı Avrupa ülkelerine kitleler halinde göçüne sebep olmuştur.³⁸

³⁵ Oguzhan C. Dincer 'Ethnic Diversity and Trust' (2011) 29(2) Contemporary Economic Policy. 284, 284-287; Leonardo Álvarez Álvarez 'Education and Pluralism: Towards a Democratic Theory of Education in Europe' (2011) 6 Intercultural Human Rights Law Review. 349; Stephen Castles, Mark J. Miller ve Hein de Haas. *Göçler Çağı: Modern Dünyada Uluslararası Nüfus Hareketleri* (GAV Perspektif Yayınları 2022) 495.

³⁶ William A. Galston 'The Rise of European Populism and the Collapse of the Left' (2018) Brookings Institute, 8 Mart 2018, <<https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2018/03/08/the-rise-of-european-populism-and-the-collapse-of-the-center-left/>> Erişim 03.06.2024; Cengiz Dinç 'Avrupa Birliği'nin ve Üç Büyük Üyesinin Arap Baharı'na Yaklaşımları' (2018) 8(2) Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi. 1, 13-16.

³⁷ Talip Küçükcan 'Avrupa'da Kültürel Çoğulculuk, Göçmenler ve Türk Toplumunu' III. Uluslararası Mevlana Kongresi, 5-6 Mayıs 2003, Konya, 47; Will Kymlicka. 'Çokkültürlü Yurttaşlık Azınlık Haklarının Liberal Teorisi' (3.baskı, Ayrıntı Yayınları 1998) 292; M. Ali Kirman 'İslamofobinin kökenleri: Batılı mı Doğulu mu?' (2010) 21(1) İslami Araştırmalar Dergisi. 21, 26;

³⁸ Ayhan Kaya 'İslam, Göç ve Entegrasyon: Güvenleştirme Çağı' (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016) 230-240; Jef Huysmans. 'The European Union and Securitization of Migration'

Ortadoğu’da başlayan Arap Baharı ve özellikle Suriye krizi ise, 2009 yılından itibaren bölgede ortaya çıkardığı güvensizlik ortamı ile zaten var olan Avrupa’ya göç eğilimini iyice hızlandırmıştır.³⁹ Son on yıla damgasını vuran bu mülteci krizi ise özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkelerinde göçmen karşıtlığı bağlamında ‘öteki-nin bir güvenlik sorunu’ olduğu algısını güçlendirmiş ve İslamofobinin yükselme-sinde etkili olmuştur.⁴⁰ Misafir işçi kimliği ile batı ülkelerinde yer alan bu kitlelerin zaman içinde sahip oldukları Müslüman kimlikleri ve dünya görüşleri ile birlikte Batı toplumlarının sosyal yapıları içinde kendilerine yer edinme istekleri de, batı ülkelerindeki bazı kesimlerin tepkisine neden olmuştur.

Bu noktada elbette Müslüman yaşam tarzı ile Batı toplumlarının yaşam tarzı arasındaki farklılıkların da süreçte yeri olduğunu ifade etmek gerekmektedir.⁴¹ Müslüman kadınların tesettürlü ve kapalı giyim tarzları ile sosyal yaşam içerisinde karşı cinsle mesafeli tavırları, beslenme alışkanlıkları konusunda Müslümanların (örneğin domuz ya da alkollü içeceklerin tüketilmemesi gibi) seçici yaklaşımları, namaz ile oruç gibi Müslüman yaşamının temelini oluşturan ve süreklilik gerekti-ren ibadetlerinin varlığı da İslamofobinin yükselmesi sürecinde etkili olmuştur.⁴²

Yaşanan ekonomik sıkıntılar da İslamofobi sebeplerinden biri olarak sayılabilir. 1970’li yıllardan itibaren yabancı işgücü, Avrupa’da baş gösteren istihdam sorun-

(2001) 38(5) Journal of Common Market Studies. 751, 754; Christopher Caldwell. ‘Avrupa’da Devrimin Yansımaları: Göç, İslam ve Batı’ (Profil Yayınları 2011) 29-30; S.M.Amin ‘Cultural Division in Europe Since 9/11: Problems and Prospects’ (2011) 23(2) Journal of European Studies. 11-15; Mehmet S. Aydın ‘Siyasetin Aynasında Kültür ve Medeniyet’ (Kapı Yayınları 2016) 71; Zeynep Atikkan ‘Avrupa Benim: Batı Avrupa’da Aşırı Sağın Yükselişi’ (Metis Yayınevi 2017) 133-139; Mattias Ekman ‘Online Islamofobia and Politics of Fear: Manufacturing the Green Scare’ (2015) 38(11) Ethnic and Racial Studies. 1986, 1992-1993; Paul Silverstein ‘The Context of Antisemitism and Islamofobia in France’ (2008) 42(1) Patterns of Prejudice. 1, 3-4; Ergün Göknel ‘Düşman’dan Terörist’e’ (Kanes Yayınları 2015) 155; Nilüfer Göle ‘Gündelik Yaşamda Avrupalı Müslümanlar: Avrupa Kamusal Alanda İslam İhtilafları Üzerine Bir Araştırma’ (Metis Yayınevi 2015) 44-48.

³⁹ Mustafa Cem Ünal ‘Arap Baharı’ Sonrası Avrupa Komşuluk Politikasının Geleceği’ (2017) 16(2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi. 147, 156-157; Haydar Çoruh ‘Arap Baharı Bağlamında Avrupa’ya Yapılan Göçler, Nedenleri ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme’ (2021) 20(1) Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 291, 303-311.

⁴⁰ Gizem Kolbaşı Muyan ‘Hollanda Göçmen Entegrasyonu Politikaları: Liberalizmden Neoliberalizme’ (2019) 9(1) Sosyal Güvenlik Dergisi. 177, 178-179; Halim Emre Zeren ve Eren Alper Yılmaz ‘Arap Baharı Sonrası Avrupa Birliği’nin Güvenlik Odaklı Göç Politikaları’ (2018) IV. International Caucasus-Central Asia Foreign Trade And Logistics Congress September 7-8, Didim, Aydın. <chrome-extension://efaidnbmnmmnibpcajpcglelefndmkaj/https://ulk.ist/media/kitap/IV-UKODT-LK/arap-bahari-sonrasi-avrupa-birliginin-guvenlik-odakli-goc-politikalari.pdf> Erişim 13.7.2024; Murat Kardeşin ‘Avrupa Birliği’nde Ortak Göç Politikası Oluşturma Çabaları Ve Ulusal Farklılıklar Sorunu’ (T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı 2012) 19-21; Tanja A. Börzel, Assem Dandashly ve Thomas Risse ‘Responses to the Arabellions’: The EU in Comparative Perspective — Introduction’ (2015) 37(1) Journal of European Integration 1, 1-2.

⁴¹ Hollanda Kamu Politikaları Bilimsel Kurulu (WRR) ‘Avrupa Birliği, Türkiye ve İslam’ (Başlık Yayın Grubu 2007) 7

⁴² Ali Köse ‘Avrupa ve İslam’ (İz Yayıncılık 2009) 33.



larının, kültürel değişimlerin ve toplumsal hoşnutsuzluğun kaynağı olarak görülmeğe başlanmıştır.⁴³ Bunun da aşırı sağ partilerin ekmeğine yağ sürdüğü söylenebilir. Avrupa'daki aşırı sağ akımlar özellikle 1990'lı yıllardan itibaren güçlenmeye başlamıştır. 2008'den itibaren Avrupa'da yaşanan ekonomik kriz ve artan işsizlik oranları yabancı karşıtlığını artırmıştır. Avrupa'da işsizliğin artışı ve gelecek kaygısı toplumda güvensizliğe yol açmıştır.⁴⁴ Esas olarak Avrupa'nın genişlemesinden kaynaklanan sorunların faturasını göçmenlere, sığınmacılara ve Müslümanlara kesme eğiliminde olan aşırı sağ kesimlerde ayrımcılık, dışlayıcılık ve İslamofobinin derinleşmesine yol açmıştır.⁴⁵

Aşırı sağ eğilimlerin ve Müslüman karşıtlığının yükselmesinin bir diğer nedeni de Müslümanların Batılı ülkelerde kamusal alanda daha görünür hale gelmeleridir.⁴⁶ Bilindiği gibi Avrupa'ya göçmenlerin işgücü olarak gitmeleri 1960'lı yıllardan sonra başlamıştır. Aradan geçen uzun yıllar içinde çoğunluğunu Müslümanların oluşturduğu bu insanlar toplumla bütünleşmiş ve ekonomik açıdan zenginleşmişlerdir. Bunun sonucu olarak kamusal alanda daha görünür hale gelmişler ve çeşitli hak talepleri söz konusu olmuştur. Aslında ekonomik ve sosyal hayatta yer alan ve ülkenin üretimine ve refahına katkı yapan Avrupalı Müslümanların birçok isteği demokratik talepler olmasına rağmen, özellikle aşırı sağ kesimlerin bunlara karşı çıktıkları görülmektedir.⁴⁷

Günümüzde Avrupa'da teröre bulaşmış ve terör eylemleri gerçekleştiren az sayıda radikal unsurun varlığına karşın, Avrupalı Müslümanların büyük çoğunluğunun topluma uyum sağlamış ve herhangi bir şekilde radikalizme bulaşmamış olduğu bir gerçektir. Ancak Batı dünyası bu gerçeği görmek yerine toptancı bir bakış açısıyla Müslümanları bir sorun alanı olarak görmeye devam etmektedir.⁴⁸

⁴³ Ivan Kalmar 'Is Islamofobia The New Antisemitism?' (2017) 27 SETA Analysis Bulletin 15.

⁴⁴ İrfan Kaya Ülger 'Türkiye-AB İlişkilerinin Geleceğine Yönelik Düşünceler' in Cüneyt Yengün ve Ertan Efeğil (eds.) Türkiye'nin Değişen Dış Politikası (Nobel Yayın 2010) 481; Müge Aknur Almanya'da Radikal Sağın Yükselişi: Almanya İçin Alternatif Partisi, Popülizm ve Demokrasi (2020) 13(2) International Journal of Social Inquiry. 418 <<https://doi.org/10.37093/ijisi.837682>> Erişim 5.6.2024

⁴⁵ Jürgen Gerhards ve Silke Hans 'Why Not Turkey? Attitudes Towards Turkish Membership in the EU Among Citizens in 27 European Countries' (2011) 49(4) Journal of Common Market Studies. 741, 753.

⁴⁶ 2005 yılının Mart ayında Avrupa İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığı İzleme Merkezi bir rapor yayımlayarak Avrupa Birliği'nin üye ve aday ülkelerinde çokkültürlü toplum değerlendirmesi ile ilgili gözlemlerini açıklamıştır. Raporda, Avrupa halkının yarısının göçmenlere ve yabancılara yönelik olumsuz düşüncelere sahip olduğu ileri sürülmüştür. "AB'de Çokkültürlü Toplumla Direniş Artıyor", AB Haber, 16 Mart 2005. <http://www.abhaber.com/haber_sayfasi.asp?id=3942>

⁴⁷ Albert Bastenier 'Immigration and the Ethnic Differentiation of Social Relations in Europe' in John Rex ve Beatrice Drury (eds.) Ethnic Mobilisation in a Multi-Cultural Europe (Avebury 1994) 49; Didem Daniş ve Verda İrtiş 'Entegrasyon Ötesinde Türkiye'den Fransa'ya Göç ve Göçmenlik Halleri' (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 128; Deniz Altınbaş 'Avrupa ve Çokkültürlülük: Fransa Örneği' (2006) 78 Stratejik Analiz. 52, 52-59.

⁴⁸ Bassam Tibi 'Warum ich kapituliere' (2016) 6 Cicero. 115-119; Bassam Tibi 'İslamizm, National

VI. GÜNÜMÜZDE İSLAMOFOBİNİN YANSIMASI VE BİREY BAZINDA SONUÇLARI

Günümüzde dünya üzerinde çok sayıda Müslüman'ın yaşadığı şehirler artık sadece İstanbul, İslamabat veya Kahire şehirleri değildir. Londra, Paris, Marsilya, New York ve Los Angeles gibi şehirler de, artık ciddi sayıda Müslümanın yaşadığı şehirler haline gelmiştir.⁴⁹

Bu gerçek, İslamofobi olgusunu, sadece bu toplumlarda yaşayan Müslümanların ve İslam dünyasının değil; toplumsal huzur ve refah ortamında giderek genişleyen bir çatlak meydana getirdiğinden, asıl olarak Batı'nın ve Müslüman azınlıklara ev sahipliği yapan ülkelerin sorunu haline getirmiştir.

Tüm Avrupa Birliği ülkelerince temel değer olarak kabul edilen evrensel insan hakları, demokrasi ve özgürlük gibi kavramlar yine bu Birliği oluşturan ülkelerde her geçen gün yükselen Müslüman karşıtlığı yüzünden ciddi bir tehlike altındadır. Örneğin Uluslararası Af Örgütü'nün yayınlandığı raporda, Avrupa ülkelerinin insani değerlerden uzaklaşma yönünde yeni bir krizle yüz yüze olduğu uyarısında bulunmaktadır. Bunun göstergelerinden birinin ise Müslümanlara yönelik gittikçe artan hoşgörüsüzlük olduğu belirtilen raporda; araştırmaların bazı Avrupa ülkelerinde Müslümanlara ve İslam kültürüne karşı olumsuz görüşler oluştuğunu gösterdiği kaydedilmektedir. İslamofobi olarak adlandırılan bu ırkçı davranışların Türkiye, Arap ülkeleri ve Güney Asya ülkelerinden gelen Müslümanlara yönelik bariz bir şekilde geliştiği vurgulanmaktadır. Müslümanların bu ayırıcı ve dışlayıcı davranışlarla günlük yaşamda, iş ve eğitim dünyasında açıkça karşılaştığı belirtilmektedir.⁵⁰

Batı toplumlarında Müslümanlara karşı giderek artan bu dışlayıcı ve ayırıcı tutum önceleri kamusal tartışmaların ana konusunun İslam ve Müslümanlar etrafında dönmesiyle başlamıştır. Avrupa ülkelerinde yaşayan Müslüman azınlıkların sayılarının giderek artması bu tartışmalarda en büyük tehlike olarak gösterilmiş ve Müslümanların artan sayılarıyla Avrupa toplumlarını istila etmek niyetinde oldukları savunulmuştur. Bu tez her geçen gün daha fazla taraftar toplamış ve bir süre sonra da bir araya gelen bu kişiler tarafından İslam'a karşı mücadele amacıyla topluluklar kurulmuştur. Bu topluluklar Avrupa'ya sel gibi akın eden -ve giderek daha fazla talepkâr olan- Müslümanların kitlesel göçü karşısında boş vermenin sonuçları konusunda kamuoyunu bilinçlendirme amacını güttüklerini ileri sürerek yola çıkmışlarsa da, çok kısa süre sonra Müslümanlara karşı gerçekleştirilen fiili saldırı ve insan hakları ihlallerinin de temel çıkış noktası haline gelmişlerdir. Ancak Avrupa

and International Security after September 11 ' in G.Baechler ve A. Wenger (eds.) Festschrift für Kurt Spillmann, Conflict and Cooperation (NZZ Publishing 2002) 127-152.

⁴⁹ John Esposito 'Bir Batı Olgusu Olarak İslam' in Shireen Hunter ve Huma Malik (eds.) Avrupa ve Amerika Müslümanları (Gelenek Yayıncılık 2003) 23.

⁵⁰ Amnesty International 'Europe: Choice and Prejudice, Discrimination against Muslims in Europe'. (London 24.4.2012) <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/001/2012/en/>> 4-5. Erişim 21.6.2024



kamuoyunda toplumun büyük çoğunluğu tarafından Müslümanların batı için bir tehdit ve yaşanan sıkıntılarının da asıl sebebi olarak görülmesinde en büyük rolü ise, medya ve yayın organlarında yer verilen yayınlar oynamıştır ve oynamaktadır. Son yıllarda nicelik olarak giderek artan bu tür yayınlarda İslam; radikalizm ve fundamentalizm şeklinde tasvir edilirken; Müslümanlar ise Batı'nın güvenliğine karşı terörist olarak gösterilmektedir. Örneğin 7 Ekim 2023 tarihinde Hamas'ın gerçekleştirdiği saldırı sonrası tüm Dünya medya organları el birliği etmişçesine bu saldırıda ölenlerin ve rehin alınanların görüntülerini ve bu şahısların aileleri ile ya da saldırıdan kurtulanlarla yapılan röportajları tekrar tekrar yayınlamış; özellikle Hamas'ın Gazze sınırına yakın bir bölgede gerçekleştirilen ve Yahudi bayramı Sukot'u kutlamak için organize edilen Nova Festival alanına gerçekleştirilen saldırısı günlerce medyada kendisine yer bulmuştur.⁵¹

Avrupa ülkelerinde Müslüman karşıtlığını temel politika olarak belirlemiş birçok sağ parti ve popülist hareketler gittikçe artmakta ve toplumda da karşılık bulmaktadır.⁵² Bu durum İkinci Dünya Savaşı'nın korkunç yıkımını deneyimlemiş olan kıtada bir daha böyle bir savaşın yaşanmaması için esas olarak farklı kültür ve kimliklerin barış içinde birlikte yaşaması fikrine dayalı olarak geliştirilmiş ve kurulmuş Avrupa Birliği idealine de zarar vermektedir.

Özellikle 11 Eylül saldırılarının ardından Avrupa'da düzenlenen terör saldırılarında yüzlerce kişi yaşamını yitirmiştir. Bunlardan en kanlısı ise İspanya'nın başkenti Madrid'de 191 kişinin hayatını kaybettiği, üç ayrı trene konulan bombalarla gerçekleştirilmiştir. El-Kaide ve IŞİD'in üstlendiği saldırılar, Müslümanlara yönelik eski önyargıları pekiştirerek İslam ve Müslüman karşıtlığını daha da arttırmıştır. Böylece Avrupa'daki Müslüman imajı bu saldırılardan olumsuz etkilenirken, Müslümanlar, Batı'nın yeni "ötekileri" olarak, "içerdeki tehdit ve düşman" biçiminde algılanarak önemli sıkıntılarla karşı karşıya kalmıştır. Bunlara paralel olarak İslam ve Müslümanlara karşı korku, dışlama, ayırmacılık ve saldırılar artarken, Avrupa'da yaşanan Müslümanlara karşı tutumlar da giderek sertleşmiştir.

⁵¹ Zakir Avşar ve Serhan Koyuncu '7 Ekim Sonrası Gazze'ye İsrail Saldırıları ve Dezenfarmosyan' (2024) Özel sayı(2)Gazze Ombudsman Akademik. 363,377-399; Abdulkadir Gölcü ve Betül Karadeniz Demirata 'İsrail'in Dezenformasyon Stratejisini Çözümlemek: Gazze Saldırıları Örneği' (2024). Özel Sayı(2)Gazze Ombudsman Akademik. 195, 205-217.

⁵² Matthew Goodwin 'National Populism is Unstoppable- and the left still doesn't understand it.' *The Guardian* (London 8.10.2018) <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/nov/08/national-populismimmigration-financial-crisis-globalisation>,> Erişim 5.7.2024); Toby Sterling ve Bart H. Meijer 'In rightward shift, Dutch PM seals new government pact' *Reuters* (The Hague 10.10.2017) <<https://www.reuters.com/article/us-netherlands-government-deal/in-rightward-shift-dutchpm-seals-new-government-pact-idUSKBN1CF12C>> (Erişim 5.7.2024); 'French Election: Le Pen Pledges to suspend Immigration' *BBC News* (18.4.2017) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-39625509>> (Erişim 5.7.2024); Jessica Phelan 'Is Italy's League a far-right party?' *The Local It* (28.2.2018) <<https://www.thelocal.it/20180228/is-italynorthern-league-a-far-right-party>> (Erişim 5.7.2024); Büşra Kepenek 'Güncel raporlar ışığında Avrupa'da İslam düşmanlığı.' (2016) 2(3) Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi 68, 72.

Burada değinilmesi gereken önemli bir nokta da, İslamofobinin sadece batıların gözünde değil, bu ülkede yaşayan Müslümanların üzerinde de bir takım klişelerin oluşmasına sebep olmasıdır. İslamofobi, bir yandan batı toplumlarını ve değerlerini İslam'dan korumayı, batılları ona karşı birleştirmeyi hedeflerken, bu ülkelerde yaşayan Müslümanların da bir suçluluk duygusu içine girmesine sebep olmaktadır. İslamofobinin "Sadece şiddete başvuranlar değil, bütün Müslümanlar suçludur; İslam din değil, ideolojidir; Müslümanlar bize benzemezler; kolektif olarak bizden nefret ederler." söylemi; bu toplumlarda yaşayan Müslümanların da bilinçaltına kazınmaktadır.⁵³ Bu durum ise, bu Müslüman insanları içinde yaşadıkları toplumlardan uzaklaştırmakta ve terör örgütlerinin söylemlerine karşı bu kişileri daha kırılgan bir hale getirmektedir.⁵⁴

Yakın geçmişte ve günümüzde Batı ülkelerinde Müslümanlar İslamofobik denebilecek birçok uygulamayla karşı karşıya kalmışlardır.⁵⁵ Bu uygulamalardan en çok dikkat çekenler; 'Fransa'daki Burka Yasağı'⁵⁶, 'İsviçre'deki Minare Referandumu'⁵⁷, 'Karikatür Krizi' ve 'Anders Behring Breivik Saldırısı'dır.⁵⁸ Bu örnekler ise Müslümanların inançları gereği kullandıkları eşya ve kıyafetler nedeniyle kamusal alanda bulunamaması, ibadethanelerini geleneksel bir şekilde inşa edememeleri, dinlerinin en temel yapı taşı olan peygamberlerine yapılan saygısızlığa boyun eğmelerinin beklenmesi gibi sonuçlarla karşı karşıya kalmışlardır.

⁵³ Yaşar Çolak 'İslamofobi ile Mücadelede Amerika Diyanet Merkezi Örneği' in Hakan Aydın, İsmail Çağlar ve İbrahim Uslu (eds.), *1.Uluslararası Medya ve İslamofobi Sempozyumu, Yalan Haber Nefret Söylemi ve Kültürel Irkçılık Kısacasında İslam* (RTÜK,2023) 816-831.

⁵⁴ Jürgen Habermas 'Demokratik Anayasal Devlette Tanınma Savaşımı' in Amy Gutmann (ed) *Çokkültürlülük: Tanınma Politikası* (Yapı Kredi Yayınları, 2005) 121; Fatma Bozan 'Radikal Örgütlerin Ortaya Çıkmasında Batı Politikalarının Etkisi' (2016) 2(Special Issue 1) *Uluslararası Kültürel Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 1, 1-17

⁵⁵ Ahmet Yükleyen 'Almanya: Kısmi-Katılımcı Demokrasi ve İslam' in Ahmet Yükleyen ve Ahmet T. Kuru (eds.) *Avrupa'da İslam, Laiklik ve Demokrasi: Fransa, Almanya ve Hollanda*. (Tesev Yayınları 2006) 52; İsa Kuyucuoğlu 'Danimarka'da Müslüman Toplumun Entegrasyon Sürecinde Dinin İşlevi' (2013) 8(3) *Turkish Studies* < <https://turkishstudies.net/DergiTamDetay.aspx?ID=4352>> 383-398 (Erişim 5/7/2024)

⁵⁶ Leora Moreno 'Fearing the future: Islamophobia in Central Europe.' (2010) 4 *The New Presence*. 73, 75-76.

⁵⁷ 1848 yılından beri bir federasyon olan ve çokkültürlülük denince Avrupa'da akla gelen ilk ülkelerden biri olan İsviçre farklı ulusları, dinleri, dilleri, etnik kültürleri ve uluslararası ekonomileri bir araya getiren yapısıyla dünya için önemli modellerden biri olarak gösterilmiştir. Ancak gelinen noktada İsviçre de Avrupa genelinde yükselen aşırı sağ eğilimin etkisine maruz kalmıştır. Bunun bariz göstergelerinden biri, ülkede yaşanan ve minare krizi olarak adlandırılan durumdur. İsviçre'deki Türk Kültür Ocağı'nın yaptırdığı bir camiye minare eklenmesi gibi bir meselenin, karşıt bir sembolizme dönüştürülerek referanduma götürülmesi dahi çokkültürlülük anlayışının gerçekte içselleştirilmediğinin bir göstergesi olarak okunabilir.

⁵⁸ Talip Küçükcan 'Batı'nın Hoşgörüsü İslam'la Sınıyor' (Seta, 21.3.2010) <<http://arsiv.setav.org/public/yazdir.aspx?Dil=tr&hid=28816>> (Erişim 17.8.2024); Musa Gelici 'Norveç'te İslamofobi Tartışmaları' (2024) 4(7) *Din Sosyolojisi Araştırmaları*. 51, 56.



Sonuç olarak Müslümanlar İslamofobi nedeniyle, içinde yaşadıkları toplumlarda, inandıkları din nedeniyle medyada ve günlük yaşamda maruz kalınan ön yargılar, siyasete ve yönetime katılmaktan dışlanma, çalışma ortamında maruz kalınan ayrımcılık, eğitim, sağlık hizmetleri vb. konularda ayrımcılık, sözlü taciz, mülkiyete yönelik saldırılar, fiziksel saldırılar ve son haddinde de en temel hak olan yaşam hakkı ihlallerine kadar çeşitli eylem ve yaptırımlarla karşı karşıya kalır hale gelmişlerdir.

VII. İSLAMOFOBİYE KARŞI AVRUPA'DA YAŞAYAN MÜSLÜMANLAR İÇİN HUKUK BAĞLAMINDA YAPILMASI GEREKENLER

İslamofobi ile mücadelede, olgunun siyasi, kültürel, ideolojik, basın-medya yönleriyle ele alındığı; bununla birlikte İslamofobi ile mücadelenin hukuksal boyutunun da ele alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle olgunun hukuksal boyutu ile ilgili önerilerin geliştirilmesi çabası sürdürülmelidir.

Avrupa ülkelerinin hukuku, genel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde oluşturulmuştur. Avrupa ülkelerinin toplum içinde dinin rolü ile ilgili yaklaşımlarının benzerliği Avrupa ülkeleri ortak din hukuku prensiplerini ortaya çıkarmıştır. Avrupa ülkelerinde, devlet ile dini kurumların iş birliği yaptığı model yaygındır. Dini özgürlüğün korunması ve din bakımından ayrımcılığın yasaklanması konusunda hükümet kurumları ile dini organizasyonlar arasında resmi veya gayri resmi iş birliği söz konusudur.⁵⁹ Gerek uluslararası hukukta ve gerekse uluslararası hukuka uygun kabul edilmiş Avrupa ülkeleri anayasalarında temel insan hakları ve din özgürlüğü ile ilgili kurallar yer almaktadır. Ayrıca Avrupa demokrasilerinde çoğulculuk anlayışı, hoşgörü ve dini bakımdan tarafsızlık olduğu kabul edilmektedir.⁶⁰

Avrupa'da İslam'ın hukuki statüsü, her ülkenin kendi tarihi, kültürel ve dini yapısına bağlı olarak önemli farklılıklar göstermektedir. Avrupa ülkelerinin çoğunda, din özgürlüğü anayasal bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, İslam da dahil olmak üzere tüm dini topluluklar, inançlarını serbestçe yaşama ve ibadet etme hakkına sahiptir. Ancak, İslam'ın resmi din olarak tanınması ve diğer büyük dinlerle eşit statüye sahip olması, her ülkede farklılık göstermektedir. Örneğin, Fransa gibi laik bir devlet, dini toplulukların devlet işlerinden tamamen ayrı tutulmasını savunurken, Almanya gibi ülkeler, dini cemaatlere belirli yasal haklar ve imtiyazlar tanır. İngiltere ve İspanya gibi ülkelerde de İslam, diğer dini topluluklar gibi dini özgürlükler çerçevesinde tanınmaktadır. Ancak, bu tanınma her zaman resmi bir statü anlamına gelmeyebilir.

⁵⁹ Recai Akyel 'Bireysel Başvuru Yolu: Misyonu, Vizyonu ve Uygulanması' (2022) 68 Adalet Dergisi. 53,63; Norman Doe 'Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction' (Oxford University Press, 2011) 259-261.

⁶⁰ Renata Uitz 'Freedom of Religion: In European Constitutional and International Case Law' (Council of Europe Publishing, 2007) 9-22; A.Fusun Arsava 'Avrupa Temel Haklar Şartı' (2005) 5(1) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi. 1,1-13.

Bazı Avrupa ülkelerinde, dini cemaatlere kamu hukuku tüzel kişiliği statüsü verilmekte ve bu cemaatler devletten mali destek alabilmekte, eğitim ve diğer kamu hizmetlerinde görev alabilmektedir. Almanya’da, Katolik ve Protestan kiliseleri bu statüye sahiptir. Ancak, İslam bu statüyü elde edememiştir. Bu statüye sahip olabilmek için, dini toplulukların belirli şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Bu şartlar arasında, anayasal düzenle uyumlu olma, kamu yararına faaliyet gösterme ve yeterli bir üye sayısına sahip olma gibi kriterler bulunmaktadır.

Avrupa’nın bazı ülkelerinde, Müslüman topluluklar devletle yakın işbirliği yaparak dini eğitim verme hakkına sahip olabilmektedir. Avusturya ve Belçika gibi ülkelerde, İslam dini devlet tarafından tanınmış ve okullarda İslam dini eğitimi verilmesine izin verilmiştir. Ancak, bazı ülkelerde bu haklar daha sınırlıdır. Fransa’da, laiklik ilkesi gereği, devlet okullarında din eğitimi verilmez ve dini sembollerin kullanımı sınırlıdır. Bu durum, özellikle Müslüman öğrencilerin başörtüsü gibi dini sembollerle ilgili haklarını kısıtlayıcı bir etki yapmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), din özgürlüğü hakkını güvence altına alarak, dini toplulukların ve bireylerin haklarını koruma altına alır. Bu kapsamda, Müslüman topluluklar da din özgürlüğü hakkından yararlanma hakkına sahiptir. AİHS’nin 9. maddesi, “Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” başlığı altında din ve inanç özgürlüğünü güvence altına alır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu konuda önemli kararlar almış ve dini özgürlüklerin ihlali durumunda Müslüman toplulukların haklarını korumuştur. Ancak, AİHM’nin kararları her zaman Müslüman toplulukların lehine olmamıştır. Mahkeme, bazı durumlarda devletlerin laiklik ilkesine dayanan düzenlemelerini haklı bulmuş ve bu düzenlemelerin din özgürlüğüne müdahale olmadığını savunmuştur. AİHM’nin bu yaklaşımı, Müslüman bireyleri İslamofobik davranışlar karşısında savunmasız bırakmıştır.

Avrupa’da İslamofobi ile ilgili hem ulusal hem de uluslararası düzeyde pek çok yasal düzenleme olduğu halde ayrımcılık ve dışlayıcılık hala önemli bir sorun olmaya devam etmektedir. Üstelik hukuki düzenlemeler aksi yönde olsa da, sadece birey düzeyinde değil, kamu otoritelerinin de, yabancı düşmanlığı ve ırkçılık düşüncesi kaynaklı eylem veya işlemler karşısında pozitif ve negatif yükümlülüklerini yeterince yerine getirmedikleri görülmektedir. Ülkelerin kamu otoriteleri, uluslararası hukuk, uluslararası anlaşmalar ve kendi anayasalarına aykırı bir şekilde ortaya çıkan yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve ayrımcılık düşüncelerinden kaynaklı hak ihlallerine yol açan işlem ve eylemler karşısında bazen yetersiz ve bazen de tepkisiz kalmaktadırlar. Avrupa’nın bir kısım ülkelerinde kamu kurumlarının faaliyetlerinde, Avrupa kökenli olmayan ve dışarıdan gelen, genelde Asyalı ve Afrikalılara karşı ırkçı ve ayrımcı yaklaşımlar ve davranışlar olduğu; Müslümanlara karşı ise din özgürlüğünü ihlal eden uygulamalarda bulunduğu gözlenmektedir. Ayrıca, toplumsal düzeyde kişisel ve örgütlü olarak ırkçı, yabancı düşmanı, ayrımcı ve din özgürlüğünü ihlal eden davranışlara dayalı zarar vermelerin ve bu konudaki yakınma ve şikayetlerin yeterince karşılanmadığı çok sık rastlanır olmuştur.⁶¹

⁶¹ Akyel (n 59) 53.



Elbette esas olarak birlikte yaşamının ilkelerinin belirlendiği ve tüm kimliklerin kendilerini özgürce ifade edebildikleri bir model oluşturulmasına ihtiyaç vardır. Bunun gerçekleşmesi için ise, başta korku ve nefret gibi temel olumsuz duyguların ortadan kaldırılması ve toplumsal uzlaşmanın gerçekleştirilmesi gerekir. Bu sonuca ulaşılan kadar ve ulaşılmaması için etkin olarak üzerinde çalışılması gereken unsurlardan biri de elbette hukuksal düzlemdir. Bu süreçte etnik-dini sebeplerle çeşitli nefret söylem ve eylemlerine maruz kalan Müslümanların birey olarak hukuksal argümanlar ile korunması ise hayati öneme sahiptir.

Siyasi liderlerin kullandıkları ayrıştırmacı dil ve üslubun fikir özgürlüğü temelinde yorumlanıyor olması da İslamofobinin genişlemesinde önemli bir etkidir. Bu anlamda siyasi liderlerin sorumluluklarının bilincinde hareket ederek kullandıkları dile dikkat etmelerinin sağlanması için onları bu yönde hareket etmeyi gerekli kılan yasal altyapının oluşturulması da oldukça önemlidir. Esas olarak bunun sağlanması “terör” tanımının açıkça ortaya koyulması ve ortaya koyulan bu tanım çerçevesinde yasal mevzuatın şekillendirilmesi ile bile hayata geçirilebilir görünmektedir. Terör tanımının tam olarak şekillendirilmesi ile herhangi bir din, etnik grup ve ideolojinin terörle özdeşleştirilmesinin de önüne geçilmesi sağlanmış olacaktır.

Tüm bu bütüncül çözümler için gerçekleştirilmesi gerekenlerin hukuki boyutunun teknik düzeyde ve etraflıca ortaya konulması için çalışmalar yapılmalıdır. Ancak bu bütüncül çözümler için gerçekleştirilecek ortak çalışmalar devam ederken, birey bazında da yapılabilecekler, destek verilen bu bireylerin yaşam kalitelerine doğrudan etki edeceğinden bütüncül çözümler kadar değerlidir.

Günümüzde, hatırı sayılır miktarda Müslüman kitlenin Avrupa’da yaşadığı düşünüldüğünde, Almanya başta olmak üzere diğer birçok Avrupa ülkesinde ciddi miktarda vatandaşının yaşadığı menşe ülkeler ile birlikte, İslam İşbirliği Teşkilatı’na da bu anlamda çok önemli bir görev ve sorumluluk yüklenmektedir.

Bu sorumluluk kapsamında ülke bağlamında Müslüman bireylerin menşe ülkelerinin, organizasyon bağlamında ise İslam İşbirliği Teşkilatı’nın öncelikle uluslararası kuruluşlar, organizasyonlar, batılı ülkelerin hükümetleri ve bu alandaki kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği içinde hareket edip ülkelerin iç hukuklarında ve uluslararası hukuk metinlerinde İslamofobi, nefret söylemi, Müslüman karşıtlığı, yabancı ve göçmen düşmanlığı ile ayrımcılık gibi davranışların suç söylemi olarak kabul edilmesini ve bu suçları işleyenlerin cezalandırılmasını sağlayan yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesi için çalışmalar yapması oldukça önemli görülmektedir. Bu kapsamda uluslararası örgütler ve ülkeler bazında gerçekleştirilecek çalışmalara temel alınmak üzere, Avrupa ülkelerinin iç hukuk metinlerinin etraflıca taranması ve gerekli yasal değişiklikler ile somut örneklerin ortaya konulması adına; İslam İşbirliği Teşkilatı bünyesinde oluşturulacak bir çalışma grubunun, söz konusu ülkelerin hukuk metinlerini taramasının ve buna ilişkin bir program ortaya koymasının sağlanması ise, bu hususta önemli bir çaba olarak değerlendirilecektir.

İslam İşbirliği Teşkilatı bünyesinde kurulacak bir organizma ile Batı ülkelerinde yaşayan yetişmiş avukatların, akademisyenlerin ve hukuk adamlarının buldukları ülkelerin hukukuna olan hakimiyeti de dikkate alınarak öncelikle belirlenmesi; bu yetişmiş kişilerce yerel bağlamda kurulacak organizmalara ön-ayak olunması ve bu anlamda maddi desteğin de sağlanarak yerel mevzuatlara uygun olarak sivil toplum örgütü, dernek ya da vakıf şeklinde organizasyonlar oluşturulmalıdır. Bu yerel örgütler İslam İşbirliği Teşkilatı'nın bünyesinde kurulacak yapı çatısı altında birleştirilerek öncelikli olarak batı ülkelerinde yaşayan Müslümanların, bu kimlikleri nedeniyle karşı karşıya kalabilecekleri olası hak ihlali olayları karşısında, yaşadıkları ülke ve AİHM çerçevesinde korunan hakları ile ilgili farkındalık eğitimleri düzenlenmeli; bu amaçla çeşitli toplantı ve çalıştaylar düzenlenmeli, yayın faaliyetleri gerçekleştirilmelidir.

Bu tür eğitim çalışmalarıyla birlikte Müslüman bireylerin gerek iş yaşamında, gerekse toplumsal yaşamda bireysel veya kamusal birtakım sınırlamalar ve saldırılarla karşı karşıya kalması halinde ise, uğradıkları haksızlık nedeniyle mağdur olan bu kişilere gereken hukuki yardımın yapılması oldukça önemlidir. Bu kapsamda dinsel nedenlerle ayrımcılığa uğrayan kimselere, kurulacak ya da hizmet alımı yapılmak suretiyle anlaşılacak hukuk büroları ve avukatlar aracılığıyla hukuki danışmanlık hizmetleri verilmesinin yanı sıra; kolluk aşamasından başlayarak, soruşturma ile kovuşturma aşamaları, yerel mahkemeler ve gerektiğinde AİHM'ye başvurularının sağlanması ve sonuçlandırılmasına değin süreçlerin takip edilmesi sağlanmalıdır. Bu noktada başvuru harç ve masraflarının karşılanması, soruşturma, dava ve duruşmalarda temsil gibi örnekler bu yardımın kapsamı içinde değerlendirilebilir.

Müslüman kimliğinden dolayı hakları ihlal edilen bu kişilerin, yasa yollarına başvurarak haklarını aramalarının sağlanması iki yönlü olarak sürece önemli katkı yapacaktır. Bu kişiler hukuki anlamda haklarının bilincinde oldukça kimlikleri ile daha barışçıl olacaklarından içinde yaşadıkları ülke sistemleri ve toplumsal yapıları ile de barışçıl ilişkiler kurabilme yetenek, imkân ve cesaretine sahip olacaktırlar. Bireyin içinde yaşadığı toplumla iletişim kurması, haklarını ve insan olarak kıymetini bildiğinden etkin bir şekilde toplum içinde yer alması, medeni ve siyasi haklarını özgürce kullanması ve kısaca içinde yaşadığı toplum içinde başarılı bir birey olarak bulunması, doğal olarak onu dini veya etnik kimliğine dayanarak radikalleşmekten uzak tutacaktır.

Buna karşın, yabancı düşmanlığı ve İslamofobi gibi aşırı fikirlerle hareket etme ve Müslüman bireylere yönelik olumsuz davranma ihtimali bulunan kimseler ise, yapacakları eylemlerin bir cezası ve karşılığı bulunduğunu görerek davranışlarının sonuçları hakkında daha doğru değerlendirmeler yapabileceklerdir.



Bu şekilde hukuk yoluyla ulaşılan olumlu sonuçlar Avrupa ülkelerini de, kendi ulusal makamlarına ve AİHM'ye karşı yapılan dava ve bireysel başvuruların sonuçlarının objektif amaçları ve etkileri nedeniyle, uygulamalarında daha dikkatli olmak zorunda bırakacaktır. Bu sürecin sonuç olarak yabancı kökenli bireylerin ve Müslümanların bireysel haklarının korunmasına olumlu katkı sağlayacağı açıktır. Yunanistan'ın Batı Trakya bölgesinde yaşayan soydaşlarımıza yönelik insan hak ve hürriyetlerini ihlal eden düzenleme ve uygulamalara karşın hak ihlaline uğrayan soydaşlarımızın önce Yunanistan iç hukukunda ve devamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde bireysel başvuru yolunu kullanmalarını etkinleştirmek için yol gösterici olmak adına, Türkiye Cumhuriyeti tarafından yapılacak faaliyetlerin önemli, faydalı ve gerekli olacağı bilinmelidir.⁶²

Bu kapsamda İslam İşbirliği Teşkilatı ile Avrupa ülkelerinde yaşayan Müslüman toplulukların menşe ülke devletlerinin büyükelçilikleri arasında koordinasyon ve iş birliği şarttır. Bu iş birliğinin sağlanması ise ancak yine İslam İşbirliği Teşkilatı bünyesinde bu amaçla kurulacak bir alt birim eliyle organize edilebilir. Bu organizasyon aynı zamanda yerel bazda Avrupa ülkelerinin Baroları, hukuk büroları, avukatları ve sivil toplum örgütleri ile de iş birliği yapılmasını, gerektiğinde bu kişi ve kuruluşlarla yürütülecek ortak faaliyetlerle bu ülke vatandaşlarına da İslam'ın anlatılması noktasında yapılacak çalışmalar ile onların gerçek İslam'ı öğrendikçe ve Müslüman bireyleri tanıdikça önyargılarının kırılmasının sağlanacağı açıktır.

SONUÇ

İnsanlık tarihi çatışmalar, anlaşmazlıklar ve modern dünyada birçok örneği görüleceği üzere sonu kıyımla bitmiş olan savaşlar tarihidir. Sümer mitolojisinde Emeş ile Enten ve bazen de Lahar ve Aşnan hikâyesi olarak karşımıza çıkar Habil ve Kabil'in hikayesi; sonra Yahudilikte Tanah'ta, Hristiyanlıkta Kitâb-ı Mukaddes'te ve son olaraksa Kur'an-ı Kerim'de yer verilir iki kardeşin hüznünlü hikayesine. Kabil'in kıskançlığı ile başlar insanoğlunun çatışma hikayesi. Onun sunduğu kurban Allah tarafından beğenilmeyince, kardeşini öldürmeye karar veren Kabil'in gözünde Habil'i "öteki" yapan Allah'a sunduğu kurbandır.⁶³ Tarihsel sürecin tüm dönemlerinde de, bir diğer kişi ya da gruba "öteki" demek için bir sebep bulmuştur insanoğlu. Kimi zaman kıskançlık ya da korku, kimi zaman ise nefret ve düşmanlık olarak ortaya çıkan bu ötekileştirici duygu, fırsat bulduğunda da çoğu zaman

⁶² Akyl (n 59) 65.

⁶³ Maida Suresi, 27-32 "(Ey Muhammed!) Onlara, Âdem'in iki oğlunun haberini gerçek olarak oku. Hani ikisi de birer kurban sunmuşlardı da, birinden kabul edilmiş, ötekinden kabul edilmemişti. Kurbanı kabul edilmeyen, "Andolsun seni mutlaka öldüreceğim" demişti. Öteki, "Allah, ancak kendisine karşı gelmekten sakınanlardan kabul eder" demişti. "Andolsun! Sen beni öldürmek için elini bana uzatsan da ben seni öldürmek için sana elimi uzatacak değilim. Çünkü ben âlemlerin Rabbi olan Allah'tan korkarım."

kişisel sonuçları olan insan hakları ihlallerine, bazen de kitlesel kıyımlara varan uygulamaların ortaya çıkmasıyla neticelenmiştir.

İnsanlık tarihinin son iki yüzyıllık tarihini şekillendiren en önemli olgu ırkçılık olmuştur. Günümüz dünya siyasi haritalarında “ülke sınırları” olarak karşımıza çıkan derin çatlaklara sebep olan ırkçılık fikri özellikle 11 Eylül 2001 terör saldırısı sonrasında “İslamofobi” ismi ile batılı ülkelerde yaşayan Müslümanların hayatına olumsuz bir faktör olarak girmiştir.

Batı ve Avrupa ülkelerinde yaşayan Müslüman bireylerin en önemli problemi olan İslamofobi problemi ile mücadelede bütüncül çözümler bulmak ve uygulamak çok önemlidir. İslamofobik davranışların kaynaklarına göre ve bu kaynaklara özgün biçimde çözümler üretilmelidir. İslamofobik tavır ve davranışları doğuran kaynakları; Devletlerin yasal düzenlemelerinden ve kamu teşkilatlanmasından, kamu görevlilerinin fiili davranışlarından; toplumsal yapının kültüründen, siyasi partilerin, ideolojik ve siyasi sivil toplum kuruluşlarının söylemlerinden, eylemlerinden; bireylerin bireysel olumsuz davranışlarından ve Müslümanların uygun olmayan görüntülerinden ve yanlış davranışlarından kaynaklananlar olarak sayabiliriz. Müslüman karşıtlığına karşı verilecek mücadele, yukarıda sayılan kaynaklara özgü planlanmalı ve yürütülmelidir.

Avrupa ülkelerinde yaşayan Müslüman bireylere, İslamofobik davranışlar ile temel hak ve hürriyetlerine herhangi bir saldırı olduğunda; Müslüman bireylerin yaşadıkları ülkenin hukuk yollarına, yargı kurumlarına, takiben Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Avrupa Adalet Divanına, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesine başvurmaları, dava açmaları teşvik edilmeli, yol gösterilmeli, hukuki danışmanlık hizmeti verilmelidir. Bu hizmetler için Vakıflar, Dernekler ve Avukatlık büroları kurulmalıdır.

İslamofobi ile etkin bir mücadelede, yapılması gereken bazı faaliyetlere aşağıda yer verilmiştir:

1. Avrupa ülkelerinde, devlet ile dini kurumların işbirliği yaptığı model yaygındır. Avrupa Devletlerinin kurumları, Hristiyan, Yahudi ve diğer kesimlere gösterdikleri sempati ve anlayışı Müslümanlara da göstermelidir. Müslümanlara karşı ayrımcılık yapmamalıdır.
2. AB ve üye devletlerin İslam ve Müslüman karşıtı olayları daha ciddiye alarak, Müslüman ve yabancı düşmanlığı ve karşıtlığına karşı somut politikalar geliştirmeleri ve bu konularda çalışmalar yapılmasını desteklemeleri gerekmektedir.
3. İslamofobi açıkça nefret suçu biçiminde tanımlanarak, yasalara cezası olan bir suç olarak işlenmeli ve nefret suçu mevzuatları bütün AB ülkelerinde kararlı bir şekilde uygulanmalıdır.
4. Müslümanların maruz kaldıkları insan hakları ihlalleri, kurulacak sivil toplum örgütleri vasıtasıyla hukuki düzlemde sonuna kadar takip edilmeli ve suçluların cezasız kalmasının önüne geçilmelidir.

5. Müslüman azınlıkların, belki de her gün karşı karşıya oldukları kimi zaman insan hakkı ihlaline varan olumsuz tutum ve eylemler karşısında, birey olarak sahip oldukları haklarının hukuk yoluyla, yargı kurumları aracılığı ile korunması günlük yaşam pratikleri açısından oldukça önemlidir.
6. Batı toplumlarında yasal düzenlemeler ve kurumsal yapılar ile, Müslüman düşmanlığının önünün alınmasına yönelik kamuoyunu bilgilendirici ve yönlendirici faaliyetlerde bulunmalıdır.
7. Etnik-dini sebeplerle çeşitli nefret söylem ve eylemlerine maruz kalan Müslümanların birey olarak korunmasının sağlanması için, içinde yaşadıkları toplumlarda dini kimlikleri nedeniyle sıkıntılar ve sorunlar yaşayan bireylere, kendi menşe ülke temsilcilikleri tarafından hukuki danışmanlık desteği sunulmalıdır. Gerçekleştirilebilecek hukuki yardımın yolları ve bu yapılacak hukuki desteğin usulü, kapsamı, yöntemi ve niteliği tespit edilmelidir.
8. İslam İşbirliği Teşkilatı gibi kuruluşlar ile bu konuda yeni yapılacak uluslararası birliktelikler ve organizasyonlar tarafından, etnik-dini sebeplerle çeşitli nefret söylem ve eylemlerine maruz kalan Müslüman bireylere hukuki danışmanlık desteği sunulmalıdır.
9. İslamofobik davranışların önlenmesi, İslamofobik davranışların cezalandırılması, İslamofobik davranışlar nedeniyle mağdur edilen Müslüman bireylerin mağduriyetlerinin giderilmesi ve haklarının korunması ve elde edilmesi, ancak hukuksal boyutta ve yargı kurumlarının koruması altında mümkün olabilecektir. İslamofobik davranışlara karşı, birey bazında yapılacak hukuki danışmanlık ve yardım ile gerçekleştirilecek mücadelenin kazanılması; İslamofobi ile mücadele yolunda tüm mücadelenin kazanılması adına son derece önemlidir.
10. İslamofobi ile mücadele yolunda batılı ülke hükümet, kurum ve sivil toplum örgütlerinin büyük sorumluluğu olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Ancak bu kurum ve kuruluşlar ile iş birliği içinde hareket edecek organları oluşturmak suretiyle yeni politikalar oluşturması gerekenler ise, batılı ülkelerde yaşayan Müslüman topluluklarının menşe ülkelerinin ve İslam İşbirliği Teşkilatının da aynı sorumluluğu taşıdığı açıktır.

Unutulmamalıdır ki, Batıda, Avrupa'da İslamofobiye karşı verilecek etkin mücadelede elde edilecek başarılı bir durum, sadece batılı ülkelerde yaşayan Müslümanlara değil, bu Müslümanların yaşadığı toplumların barış ve refahına da büyük fayda sağlayacaktır. Böylece Müslüman bireylerde, yaşadıkları ülkelerde kendilerini eşit vatandaşlar olarak görebilecek, aidiyet hissiyle bağlandıkları ülkelere yönelik suç, şiddet ve terörizme karşı onlar da Müslüman benlikleri ile karşı duracaklardır.

KAYNAKÇA

Abu Dhabi Gallup Center, 'Islamophobia: Understanding Anti-Muslim Sentiment in the West' (Organization for Security and Co-operation in Europe, Aralık 2011) <www.gallup.com/poll/157082/islamophobia-understanding-antimuslim-sentiment-west.aspx> Erişim:23.8.2024.

Aknur M, Almanya'da Radikal Sağın Yükselişi: Almanya İçin Alternatif Partisi, Popülizm ve Demokrasi (2020) 13(2) International Journal of Social Inquiry. 415-446. <<https://doi.org/10.37093/ijsi.837682>> Erişim 5.6.2024

Aknur M ve Saylan İ, 'Avrupa Demokrasisine Yönelik Güncel Bir Tehdit: Popülist Radikal Sağın Yükselişi' (2020) 18(2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi. 289-324.

Akyel R, 'Bireysel Başvuru Yolu: Misyonu, Vizyonu ve Uygulanması' (2022) 68 Adalet Dergisi. 53-92.

Alkan MN, 'Avrupa'da Yükselen Irkçılık: Pegida Örneği.' (2015) 8(16) Gazi Akademik Bakış. 275-289.

Altınbaş D, 'Avrupa ve Çokkültürlülük: Fransa Örneği' (2006) 78 Stratejik Analiz. 52-59.

Álvarez LA, 'Education and Pluralism: Towards a Democratic Theory of Education in Europe' (2011) 6 Intercultural Human Rights Law Review. 349-378.

Amensty International 'Europe: Choice and Prejudice, Discrimination against Muslims in Europe'. (London 24.4.2012) <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/001/2012/en/>> 4-5. Erişim 21.6.2024

Amin SM, 'Cultural Division in Europe Since 9/11: Problems and Prospects' (2011) 23(2) Journal of European Studies.

Arsava AF, 'Avrupa Temel Haklar Şartı' (2005) 5(1) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi.1-13.

Ataov T, '11 Eylül ve Sonrası.' (2001) 56(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi. 179-190.

Atikkan Z, 'Avrupa Benim: Batı Avrupa'da Aşırı Sağın Yükselişi' (Metis Yayınevi 2017)

Aubrey SM, 'The New Dimension of International Terrorism' (vdf Hochschulverlag an der ETH 2004) 1-3. < https://books.google.com.tr/books?id=VJJG14mHbGAC&pg=PA34&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false> Erişim 5.6.2024.

Avşar Z ve Koyuncu S, '7 Ekim Sonrası Gazze'ye İsrail Saldırıları ve Dezenfaryasyon' (2024) Özel sayı(2)Gazze Ombudsman Akademik. 363-404.

Aydın MS, 'Siyasetin Aynasında Kültür ve Medeniyet' (Kapı Yayınları 2016).

Aziz Al-Azmeh A, 'İslamlar ve Moderniteler' (3. baskı. İletişim Yayınları 2017).

Barın H, 'İslamofobi ve DAES: Tedirgin Nefret.' (Tezkire 2016)

Bastienier A, 'Immigration and the Ethnic Differentiation of Social Relations in Europe' in John Rex ve Beatrice Drury (eds.) Ethnic Mobilisation in a Multi-Cultural Europe (Avebury 1994)



- Beyer P, 'Religion and Globalization,' (1.baskı Sage Publications Ltd. 1994)
- Bordeau J, 'Xenophobia: The Violence of Fear and Hate.' (The Rosen Publishing 2010)
- Bozan F, 'Radikal Örgütlerin Ortaya Çıkmasında Batı Politikalarının Etkisi' (2016) 2(Special Issue 1) Uluslararası Kültürel Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi. 1-17.
- Börzel TA, Dandashly A ve Risse T, 'Responses to the 'Arabellions': The EU in Comparative Perspective — Introduction' (2015) 37(1) Journal of European Integration. 1-17.
- Bulut Y, *Oryantalizmin Kısa Tarihi.* (Küre Yayınları, 2016)
- Caldwell C, 'Avrupa'da Devrimin Yansımaları: Göç, İslam ve Batı' (Profil Yayınları 2011)
- Canatan K, 'Batı Dünyasında İslamofobi ve Anti-İslamizm.' (EskiYeni Yayınları, 2000)
- Castles S, Miller MJ ve de Haas H, 'Göçler Çağı: Modern Dünyada Uluslararası Nüfus Hareketleri' (GAV Perspektif Yayınları 2022)
- Cuayyt H, *Avrupa ve İslam.* (İz Yayıncılık, 1995)
- Cunningham B, 'Pluralist Democracy: Balancing Publicity, Privacy, and Secrecy' (2003) 25(2) Administrative Theory & Praxis. 299–308.
- Çakaş CÖ, 'Avrupa Toplumunda Irkçılığın İki Yüzü: Antisemitizm ve İslamofobi Arasındaki Benzerliklerin ve Farklılıkların Karşılaştırmalı Analizi' (2019) 4(2) Akademik İzdüşüm Dergisi. 222-252.
- Çolak Y, 'İslamofobi ile Mücadelede Amerika Diyanet Merkezi Örneği' in Hakan Aydın, İsmail Çağlar ve İbrahim Uslu (eds.), *1.Uluslararası Medya ve İslamofobi Sempozyumu, Yalan Haber Nefret Söylemi ve Kültürel Irkçılık Kısacasında İslam* (RTÜK,2023)
- Çoruh H, 'Arap Baharı Bağlamında Avrupa'ya Yapılan Göçler, Nedenleri ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme' (2021) 20(1) Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 291-315.
- Danış D ve İrtiş V, 'Entegrasyon Ötesinde Türkiye'den Fransa'ya Göç ve Göçmenlik Halleri' (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008)
- Daniel N, 'Islam and the West: The Making of an Image' (Oneworld Publications 2009).
- Deepa Kumar D, 'İslamofobi: İmparatorluğun Siyaseti.' (Pınar Yayınları 2016)
- Dincer OC, 'Ethnic Diversity and Trust' (2011) 29(2) Contemporary Economic Policy. 284-293.
- Diñç C, 'Avrupa Birliği'nin ve Üç Büyük Üyesinin Arap Baharı'na Yaklaşımları' (2018) 8(2) Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi. 1-33.
- Diñç C, 'Thorsten Gerald Schneiders (Ed.), *Islamfeindlichkeit: Wenn die Grenzen der Kritik Verschwimmen* (İslam Düşmanlığı: Eleştirinin Sınırlarının Muğlaklaştığı An), Wiesbaden: VS Verlag, 2009, 483 s.' (2011) 1(1) İnsan Ve Toplum. 109-112.
- Doe N, 'Law and Religion in Europea: A Comparative Introduction' (Oxford University Press, 2011)

Ekman M, 'Online Islamofobia and Politics of Fear: Manufacturing the Green Scare' (2015) 38(11) Ethnic and Racial Studies. 1986-2002

Emiroğlu B, 'Avrupa Birliği'nin Çokkültürlülük ile İmtihani' (2016, 44, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi) 91-121.

Ergül E, 'İslamofobi Olgusu Bağlamında Terörle Mücadele Dili ve Politikaları' (2015) 6(22) Türkiye Adalet Akademi Dergisi TAAD. 299-335.

Esposito JL, 'Bir Batı Olgusu Olarak İslam' in Shireen Hunter ve Huma Malik (eds.) Avrupa ve Amerika Müslümanları (Gelenek Yayıncılık 2003)

Esposito JL. 'İslam tehdidi efsanesi' (Ufuk Kitapları. 2002)

European Union Agency for Fundamental Rights, EUMC, *Activities of the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia in 2006* (European Union Agency for Fundamental Rights 2008) <chrome-extension://efaidnbmnnpbpcjpcglclefindmkaj/https://fra.europa.eu/sites/default/files/ar07p1_en.pdf> Erişim 19.7.2024

Ferro M. 'Sömürgecilik Tarihi-Fetihlerden Bağımsızlık Hareketlerine 13. Yüzyıl- 20. Yüzyıl.' (İmge Yayınları 2002)

Galston WA, 'The Rise of European Populism and the Collapse of the Left' (2018) Brookings Institute, 8 Mart 2018, <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2018/03/08/the-rise-of-european-populism-and-the-collapse-of-the-center-left/> Erişim 03.06.2024

Gelici M, 'Norveç'te İslamofobi Tartışmaları' (2024) 4(7) Din Sosyolojisi Araştırmaları. 51-62.

Gerhards J ve Hans S, 'Why Not Turkey? Attitudes Towards Turkish Membership in the EU Among Citizens in 27 European Countries' (2011) 49(4) Journal of Common Market Studies. 741-766.

Goodwin M, 'National Populism is Unstoppable- and the left still doesn't understand it.' *The Guardian* (London 8.10.2018) <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/nov/08/national-populismimmigration-financial-crisis-globalisation,> Erişim 5.7.2024).

Göknel E, 'Düşman'dan Terörist'e' (Kanes Yayınları 2015)

Gölcü A ve Demirata BK, 'İsrail'in Dezenformasyon Stratejisini Çözümlemek: Gazze Saldırıları Örneği' (2024). Özel Sayı(2)Gazze Ombudsman Akademik. 195-226.

Göle N, 'Gündelik Yaşamda Avrupalı Müslümanlar: Avrupa Kamusal Alanda İslam İhtilafları Üzerine Bir Araştırma' (Metis Yayınevi 2015)

Grosfoguel R, 'What is Racism?' (2016) 22(1) Journal of World-System Research. 9-15.

Habermas J, 'Demokratik Anayasal Devlette Tanınma Savaşımı' in Amy Gutmann (ed) Çokkültürlülük: Tanınma Politikası (Yapı Kredi Yayınları, 2005)

Hıdır Ö, 'Anti-Semitizm ve Anti İslamizm: Benzerlikler ve Farklılıklar', in Kadir Cاناتan, Özcan Hıdır (eds.), *Batı Dünyasında İslamofobi ve Anti-İslamizm*, (EskiYeni Yayınları, 2000)



Hıdır Ö. 'Luterci Protestanlığın Tarihi Arkapları ve Martin Luther 'in Kur'an, Hz. Muhammed ve İslam-Türk Kültürüne Bakışı.' XI. ve XVIII. Yüzyıllar İslâm-Türk Medeniyeti ve Avrupa Uluslararası Sempozyum = XI. to XVIII. Centuries Islamic-Turkish Civilization and Europe International Symposium, 24-26 Kasım, 2006) 135-160.

Hıdır Ö, 'Yahudi Kültürü ve Hadisler' (İnsan Yayınları 2010)

Hollanda Kamu Politikaları Bilimsel Kurulu (WRR) 'Avrupa Birliği, Türkiye ve İslam' (Başlık Yayın Grubu 2007)

Huntington SP, 'Medeniyetler Çatışması ve Dünya Düzeninin Yeniden Kurulması' (2. baskı. Okuyan Us Yayın 2005)

Huysmans J, 'The European Union and Securitization of Migration' (2001) 38(5) Journal of Common Market Studies. 751-777.

Kalın İ, 'Ben, Öteki ve Ötesi' (İstanbul: İnsan Yayınları, 2019)

Kalın İ. 'İslam ve Batı' (İsam Yayınları 2008)

Kalmar I, 'Is Islamofobia The New Antisemitism?' (2017) 27 SETA Analysis Bulletin. 1-19.

Kanat S ve Zengioğlu S, 'Avrupa Birliği'nin Suriyeli Mültecilere Yönelik Yaklaşım ve Politikaları.' (2017) 4(3) Route Educational and Social Science Journal. 20-32.

Karavaşin M, 'Avrupa Birliği'nde Ortak Göç Politikası Oluşturma Çabaları Ve Ulusal Farklılıklar Sorunu' (T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı 2012)

Kaya A, 'İslam, Göç ve Entegrasyon: Güvenlikleştirme Çağı' (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016)

Kepenek B, 'Güncel raporlar ışığında Avrupa'da İslam düşmanlığı.' (2016) 2(3) Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi. 68-73.

Kirman MA, 'İslamofobinin kökenleri: Batılı mı Doğulu mu?' (2010) 21(1) İslami Araştırmalar Dergisi. 21-39.

Köse A, 'Avrupa ve İslam' (İz Yayıncılık 2009)

Kuyucuoğlu İ, 'Danimarka'da Müslüman Toplumun Entegrasyon Sürecinde Dinin İşlevi' (2013) 8(3) Turkish Studies < <https://turkishstudies.net/DergiTamDetay.aspx?ID=4352> > 383-398 (Erişim 5/7/2024)

Küçükcan T, 'Avrupa'da Kültürel Çoğulculuk, Göçmenler ve Türk Toplumu' III. Uluslararası Mevlana Kongresi, 5-6 Mayıs 2003, Konya.

Küçükcan T, 'Batı'nın Hoşgörüsü İslam'la Sinanıyor' (Seta, 21.3.2010) <<http://arsiv.setav.org/public/yazdir.aspx?Dil=tr&hid=28816>> (Erişim 17.8.2024)

Kymlicka W, 'Çokkültürlü Yurttaşlık Azınlık Haklarının Liberal Teorisi' (3. baskı, Ayrıntı Yayınları 1998)

Little D, 'American Orientalism: The United States and the Middle East Since 1945.' (3. Baskı. The University of North Carolina Press, 2008)

Loomba A, 'Kolonyalizm Postkolonyalizm' (2.baskı Ayrıntı Yayınları. 2000)

MacMaster N, 'Racism in Europe: 1870-2000' (Palgrave Macmillan 2001)

Michalak L ve Saeed A, 'Anakarasal Ayrışım: Fransa, Amerika Birleşik Devletleri'nde İslam ve Müslüman Kimlikler' in Nezar Alsayyad ve Manuel Castells (eds) Müslüman Avrupa ya da Avro İslam. (Everest Yayınları 2004)

Moreno L, 'Fearing the future: Islamophobia in Central Europe.' (2010) 4 The New Presence. 73-80.

Muyan GK, 'Hollanda Göçmen Entegrasyonu Politikaları: Liberalizmden Neoliberalizme' (2019) 9(1) Sosyal Güvenlik Dergisi. 177-192.

Özer A, '11 Eylül, Bölünen Dünya, Huntington ve Çatışma' (2009) 3(5) Toplum Ve Demokrasi Dergisi. 191-210.

Phelan J, 'Is Italy's League a far-right party?' *The Local İt* (28.2.2018) <<https://www.thelocal.it/20180228/is-italynorthern-league-a-far-right-party>> (Erişim 5.7.2024)

Robertson R, 'Globalization, Politics and Religion, The Changing Face of Religion' in James A.Beckford veThomas Luckmann (eds), (Sage Publications Ltd. 1989)

Rodinson M, *Europe and the Mystique of Islam*. (2.baskı, I.B. Tauris, 2002)

Said EW, 'Orientalism.' (Vintage.1979)

Seydi S, 'İslamî Terör.' (2003). *Strategma Dergisi*.

Skidmore D, 'Understanding the Unilateralist Turn in U.S. Foreign Policy.' (2005) 1(2) *Foreign Policy Analysis*. 207-228.

Silverstein P, 'The Context of Antisemitism and Islamofobia in France' (2008) 42(1) *Patterns of Prejudice*. 1-26.

Sterling T ve Meijer BH, 'In rightward shift, Dutch PM seals new government pact' *Reuters* (The Hague 10.10.2017) <<https://www.reuters.com/article/us-netherlands-government-deal/in-rightward-shift-dutchpm-seals-new-government-pact-idUSKBN1CF12C>> (Erişim 5.7.2024).

Taras R, 'Xenophobia and Islamophobia in Europe.' (Edinburg University Press 2012)

Temizel M, 'Terörizmde Yeni Milad: 11 Eylül 2001.' (2011) 11(1-2) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi. 311-348.

The Runnymede Trust, *Islamophobia: Still a Challenge for Us All* (Report of the Runnymede Trust Commission on British Muslims and Islamophobia, Londra, 1997)

The Runnymede Trust, *Islamophobia: A Challenge For Us All* (Report of the Runnymede Trust Commission on British Muslims and Islamophobia.) <<https://www.runnymedetrust.org/companies/17/74/IslamophobiaA-Challenge-for-Us-All.html>> Erişim 18.7.2024.



Tibi B, 'Islamizm, National and International Security after September 11' in G.Baechler ve A. Wenger (eds.) Festschrift für Kurt Spillmann, Conflict and Cooperation (NZZ Publishing 2002)

Tibi B, 'Warum ich kapituliere' (2016) 6 Cicero. 115-119.

Uitz R, 'Freedom of Religion: In European Constitutional and International Case Law' (Council of Europe Publishing, 2007)

Ülger İK, 'Türkiye-AB İlişkilerinin Geleceğine Yönelik Düşünceler' in Cüneyt Yenigün ve Ertan Efeğil (eds.) Türkiye'nin Değişen Dış Politikası (Nobel Yayın 2010)

Ünal MC, 'Arap Baharı' Sonrası Avrupa Komşuluk Politikasının Geleceği' (2017) 16(2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi. 147-170.

Varol FBA, 'Batı'nın Bir Ötekisi Olarak İslam ve Müslümanlar: Batı Avrupa Medyasında İslamofobinin Temsili.' (2019) 2(2) Journal of Media and Religion Studies. 215-235.

Vorster JM, 'Racism, xenophobia and human rights' (2002). 54(3) The Ecumenical Review. 296-312.

Vural HS, 'Avrupa'da Radikal Sağın Yükselişi.' (1. Baskı. İletişim Yayınları 2005)

Yılmaz F, 'Avrupa'da Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı' (Uşak Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu 2008)

Yükleyen A, 'Almanya: Kısmi-Katılımcı Demokrasi ve İslam' in Ahmet Yükleyen ve Ahmet T. Kuru (eds.) 'Avrupa'da İslam, Laiklik ve Demokrasi: Fransa, Almanya ve Hollanda.' (Tesev Yayınları 2006)

Zeren HE ve Yılmaz EA, 'Arap Baharı Sonrası Avrupa Birliği'nin Güvenlik Odaklı Göç Politikaları' (2018) IV. International Caucasus-Central Asia Foreign Trade And Logistics Congress September 7-8, Didim, Aydın. <chrome-extension://efaidnbnmn-nibpcjpcglclefndmkaj/https://ulk.ist/media/kitap/IV-UKODTLK/arak-bahari-sonra-si-avrupa-birliginin-guvenlik-odakli-goc-politikalari.pdf>Erişim 13.7.2024

KAMU ALACAKLARININ KORUNMASI VE CEBREN TAHSİLİ SÜRECİNDE MÜKELLEF HAKLARI*

*Taxpayer Rights in the Process of Protection
and Forced Collection of Public Receivables*

Ersan ÖZ**
Tülay BARAN***

Özet

Devletin fonksiyonlarını geciktirmeden yerine getirebilmesi için kamu alacaklarının vadesinde tahsil edilmesi gerekmektedir. Mükellefler ise vergilerini vadesini geçirmeden ödemek zorundadırlar. Ancak alacağın tahsilinin vadesinde yapılamaması üzerine devlet kamu icra hukukundaki cebren tahsil yöntemleri ile borçlu mükellefi takip edebilecektir. Öte yandan kamu alacağının tahsilinin tehlikeye düşebileceğine dair bulguların tespit edilmesi halinde vergi idaresi alacak hakkını koruyabilmek için de bazı uygulamalara başvurmak durumundadır. Devletin başvurduğu bu uygulamalar neticesinde mükelleflerin taşınır ve taşınmaz mal varlıklarına, alacak ve haklarına müdahale yapabilmesi de söz konusu olacaktır. Müdahalenin yapılması sürecinde idare tahsil yetkisini kullanırken mükelleflerin anayasal ve kanuni haklarını zedeleyebilmektedir. Dolayısıyla kamu gücü kullanılırken uygulamada bazı ölçüsüz durumlarla da karşılaşmaktadır. Bu çalışmada kamu alacaklarının korunması ve cebren tahsilat sürecinde mükellef hakları ele alınmış ve hakların kullanımına aykırılık oluşturan durumlar incelenmiştir. Vergi idaresinin ölçüsüz uygulamalarının olduğu durumlar tespit edilmiş ve yargısal kararlarla desteklenerek çözüm yolları önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mükellef hakları, ihtiyati haciz, ödeme emri, haciz.

Abstract

In order for the state to fulfill its functions without delay, public receivables must be collected on time. Taxpayers are obliged to pay their taxes on time. However, if the collection of the receivable cannot be made on time, the state may pursue the debtor taxpayer with the forced collection methods in public enforcement law. On the other hand, if there are indications that the collection of public receivables may be jeopardized, the tax administration has to resort to certain practices in order to protect the right to receivables. As a result of these practices, the state may intervene in the movable and immovable assets, receivables and rights of taxpayers. In the process of intervention,

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 11.11.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Bu çalışma, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde hazırlanan “Türk Vergi İcra Hukukunda Kamu Alacaklarının Korunmasına Ve Tahsilatına İlişkin Yöntemlerin Mükellef Hakları Kapsamında İncelenmesi ve Değerlendirilmesi” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Prof. Dr., Pamukkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Maliye Ana Bilim Dalı, ersanoz@pau.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-1847-8841>.

*** Dr. Öğretim Görevlisi, Pamukkale Üniversitesi, Acıpayam Meslek Yüksekokulu, Finans Bankacılık ve Sigortacılık Bölümü/ Maliye Programı, tulayb@pau.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-1825-0097>.



the administration may damage the constitutional and legal rights of taxpayers while exercising its collection power. Therefore, while using public power, some disproportionate situations are encountered in practice. In this study, the protection of public receivables and taxpayer rights in the process of forced collection are discussed and the situations that violate the use of rights are analyzed. The cases of disproportionate practices of the tax administration have been identified and solutions have been proposed by supporting them with judicial decisions.

Keywords: Taxpayer rights, precautionary attachment, payment order, attachment.

GİRİŞ

Vergilendirme yetkisine sahip olan devletin kamu hizmetlerinin sürdürülebilirliğini sağlamak için alacağını zamanında tahsil etmesi ve mükelleflerin de borcunu vadesinde ödemesi gerekmektedir. Kamu alacağının tahsilini yapacak olan idare, alacağın tahsilinin tehlikeye düşmemesi için mükelleflere kamu alacağını koruma müesseselerini uygulayabilecektir. Ayrıca kamu borcunu vadesinde ödemeyen mükelleflere de 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer alan cebren tahsil yöntemlerini kullanarak takip başlatabilecektir. İdare bu yetkisini kullanırken ölçülü hareket ederek mükelleflerin Anayasa'dan ve Kanunlar'dan kaynaklı hak ve özgürlükleri konusunda özenli davranarak kamu yararını gerçekleştirmek zorundadır. Özellikle hukuk devleti ilkesi çerçevesinde mükelleflerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması gerekmektedir. Kamu alacağının korunması ve tahsili yöntemlerinin uygulanması sırasında herhangi bir icra organı kararı ile işlemler başlatılmamaktadır. Tahsilat işlemleri idarenin yetkisinde gerçekleşmekte ve idare bu yetkisini bağlı yetki ve takdir yetkisi şeklinde kullanmaktadır. Yetki kullanımı sırasında Anayasa'da ve Kanunlarda tanınmış olan mükellef haklarına aykırı olan durumlarla da karşılaşılabilir. Bu aykırılıkların mükelleflerin mülkiyet, adil yargılanma, hak arama özgürlüğü, mahkemeye erişim hakkı gibi birçok hakkın ihlal edilmesi şeklinde meydana geldiği görülmektedir. Bu çalışmanın amacı mükellef haklarının en çok ihlal edildiği kamu alacağının korunması ve tahsilatı sürecinde idarenin yetkilerini kullanırken hukuka ve mükellef haklarına aykırı uygulamalarının ortaya konulmasının yanı sıra hukuki dayanağının oluşturulması gereken işlemlerin belirlenmesidir.

Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun kapsamında kamu alacağının korunma yöntemleri ve cebren tahsili yöntemlerinin uygulanması aşamasında mükellef cephesinde birçok özel durum ortaya çıkabilmektedir. Çalışmada öncelikle mükellef haklarının hukuki çerçevesi ele alınmıştır. Devamında ise alacağın korunması yöntemlerinden teminat istenmesi ve şahsi kefalet uygulamalarında mükellef hakları açıklanmıştır. Teminatta özellikle teminat isteme şartları incelenmiş ve ihtiyati hacizle ortak sorun olan somut delil tespitinin gerekliliği ortaya konulmuştur. Akabinde mükellef haklarının en çok ihlal edildiği koruma yöntemi olan ihtiyati haciz tüm yönleriyle ele alınmış sebepleri, uygulanma süreci ve dava açma aşamasında ne gibi hakların olduğu araştırılmıştır. Kanunda netleşmemiş olan itiraz sürecine ve hukuki olmayan ve ihlal yaratan durumlara da değinilmiştir. İhtiyati hacizi takiben ihtiyati tahakkuk sürecindeki mükellef haklarını ihlal eden idari işlemlere de değinilmiştir.

Çalışmanın devamında ise kamu alacağının cebren tahsilatı sürecinde ödeme emri, mal bildirimi, haciz varakası, menkul ve gayrimenkul malların haczi ve satışı sürecindeki mükellef hakları ve mükelleflerin anayasal haklarının ihlalleri ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu doğrultuda mülkiyet hakkı, tasarruf hakkının kısıtlanması, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, insan onuruna ve saygınlığına aykırılık gibi daha birçok hak ihlallerinin yapılmış olduğu tespit edilmiştir. Son olarak haciz uygulamasından dolayı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile istihkak davaları incelenmiştir.

I. MÜKELLEF HAKLARININ KAPSAMI VE HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Hak kelimesi adaletin ve hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, kazanç olarak tanımlanmıştır¹. Hukuk sisteminin kişilere tanımış olduğu ve kişileri koruma altına alan yetkiler hak kavramını betimlemektedir. Hak sahipleri gerçek ve tüzel kişiler iken hakkın konusunu ise kişiler ve eşyalar oluşturmaktadır². Haklar özel ve kamusal olarak sınıflandırılabilir. Özel haklar özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kurallardan oluşmakta ve herkese eşit şekilde uygulanmaktadır. Özel hukuk kapsamında hak, hukuki açıdan korunan ve gerçekleşmesi bireylerin özgür iradesine bırakılmış olan menfaat olarak tanımlanmaktadır³. Kamusal haklar ise temelini kamu hukukundan alan haklardır. Kamu hukuku devlet ile toplumun bireyleri arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla kamusal hakların konusu o toplumu oluşturan bireylerin egemenlik gücü olan devletten hangi tür hakları talep edebileceğidir⁴. Kamu hakları anayasa ve kanun gibi hukuki temellere dayanmakta olup herkese tanınmış olan haklardır. Bu haklar devlet tarafından kabul edilmiş ve pozitif hukukta yerini almış insan haklarından oluşmaktadır⁵.

Mükellef hakları ise mükelleflerin vergilendirme işlemlerinde kendilerine tanınan yasal haklardır. Mükellef haklarının gelişim tarihi incelendiğinde mükelleflere bir takım imkanların sağlanması ve hakların verilmesi ve devletin sahip olduğu vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması ilk olarak 1215 yılında Magna Carta Libertatum'da gerçekleşmiştir⁶. Mükellef hakları, ihlal edildiği durumlarda mükellefe hukuki korunma sağlayan haklar olup bu haklar mükellefe talep yetkisi vermektedir. Talep yetkisi ise bir şey yapma veya bir şey yapmama şeklinde olumlu veya olumsuz olarak ortaya çıkabilmektedir⁷. Mükellef haklarının korunması ve

¹ Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <<https://sozluk.gov.tr/>>, erişim tarihi 7 Temmuz 2021.

² Mustafa Dural, *Türk Özel Hukuku*, (Filiz Kitabevi 2013) 1.

³ Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş* (3. bası, Vedat Kitapçılık 2004) 112.

⁴ Neslihan Aybike Ceylan, 'Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Sosyal Ve Ekonomik Haklar Ve Hakların Bütünlüğü İlkesi' (2017) (2) Anasay Dergisi 217, 219.

⁵ Yasin Aydoğdu, 'Türk Hukukunda Siyasi Haklar ve Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu', (2017) (128) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 39, 42.

⁶ Adnan Gerçek, *Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi* (3. Bası, Yaklaşım Yayıncılık 2006) 121.

⁷ Haluk Egeli ve Mehmet Dağ, 'Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi' (2012) (163) Maliye Dergisi 130, 132.



aynı zamanda geliştirilmesi gerekmektedir. Hakların geliştirilmesindeki amaç ise mükelleflerin vergi tahsil eden organlar karşısında kendilerine tanınmış olan tüm haklarına özen gösterilmesi ve bu hakların uygulamada ihlal edilmemesidir. Verilen hakların dikkate alınmayıp mükellefin farklı şekillerde hukukunu sınırlama çabası içinde işlem uygulayan, hukuk normları dışında bu haklarına el atmaya çalışan ve buna yönelik tehdit ve zorlama yapanlar hakkında hukuki yaptırımların getirilmesi ve uygulanması gerekmektedir⁸.

Mükellef hakkı, genel hukuk sistemi içinde bulunan temel insan haklarından kaynaklanan, anayasa, kanun, uluslararası anlaşmalar ve idari düzenlemelerde yer alan ve vergilendirme sürecinde meydana gelen işlemlerde ileri sürülebilmektedir⁹. Kanunlar ve idari düzenlemelerle mükellef haklarının belirlenmiş olması mükelleflerin idareye güven duymalarını sağlayacaktır¹⁰. Ancak vergi kanunlarının etkilediği alanı tespit edebilmek için mevzuatın açık ve sade bir dille hazırlanması gerekmektedir¹¹. Belirlilik ilkesi şeklinde teoride yer alan ilke vergi mevzuatının istikrar içinde olmasını dolayısıyla sıkça ve keyfiyete bağlı olarak değiştirilmemesini ifade etmektedir¹². Hukuki belirlilik ile mükellefler belirsizliğe düşmeyecek ve bu anlamda sorun meydana gelmesi minimum düzeye indirilebilecektir. İdari düzenlemeler hazırlanırken hukuki belirlilik ilkesi dikkate alınması gereken bir husus olacaktır¹³.

Mükellef haklarının önemi uluslararası alanda da ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda uluslararası kuruluşların da mükellef haklarına yönelik çalışmaları bulunmaktadır. OECD'nin yaptığı bir araştırmaya göre temel mükellef haklarının tüm sistemlerde mevcut olduğu belirtilmiştir. Çalışmada bahsi geçen haklar, bilgilendirilme, yardım alma ve dinlenme hakkı, temyiz hakkı, doğru miktarda vergiden fazlasını ödememe hakkı, kesinlik hakkı ve gizlilik hakkı şeklindedir¹⁴. Vergi idaresinin mükelleflerle iş birliği yapması ve vergi sistemlerinin yapısının yanı sıra uluslararası anlamda ticaretin geliştirilmesi bakımından mükellef haklarının açık ve net bir şekilde belirlenmesi söz konusu olmuş ve yapısal vergi reformu kapsamında hem yerli mükellefler hem de yabancı yatırımcılar açısından bir kapsam belirlenmesi hedeflenmiştir¹⁵. Çoğu

⁸ Ahmet Erol, 'Mükellef Hakları ve Evrensel Değerler' (2011) (89) Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi 18, 20.

⁹ Feride Bakar, Mükellef Hakları ve Türkiye'de Mükellef Haklarının Korunmasına Yönelik Öneriler (Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2011) 4.

¹⁰ Hakan Üzeltürk, 'Mükellef Hakları: Yansımalar' (2005) (7) Legal Mali Hukuk Dergisi 135, 135.

¹¹ Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi* (Kazancı Hukuk Yayınları 1982) 172.

¹² Ersan Öz, Vergilemede Kanunilik İlkesine Göre Türk Vergi Sisteminin Değerlendirilmesi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2004) 60.

¹³ Mustafa Erkan, Üyümez, 'Vergi Mevzuatının Karmaşıklığı Ve Uzlaşma Yöntemi Bağlamında Vergi Uyumunun Değerlendirilmesi', (2016) 8 (1) Ekonomi Bilimleri Dergisi 75, 80.

¹⁴ OECD Taxpayers' Rights and Obligations–Practice Note, Centre for Tax Policy and Administration Tax Guidance Series, 2003, (oecd.org 2003) Erişim Tarihi 23 Ekim 2021.

¹⁵ Engin Hepaksaz ve Orçun Avcı, 'Seçilmiş Ülkeler Kapsamında Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi' (2020) 15(3), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi 1061, 1062.

ülkede olduğu gibi Türkiye’de de mükellef hakları, anayasa ve kanunların yanı sıra mükellef hakları bildirelerinde yer almıştır. Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından 2006 yılında yayınlanan Mükellef Hakları Bildirgesi ile Türk Gelir İdaresinin mükellef odaklı olarak, kaliteli hizmet sunma anlayışıyla çalışmaya devam edeceği açıklanmıştır. Bildirgede saygılı ve dürüst olma ilkesi ışığında mükelleflerin vergi ödemesinin yalnızca bir yükümlülük olarak görülmediği vatandaş olma ve sorgulama haklarına da sahip olarak hizmet verileceği belirtilmiştir.

Kamu icra hukukunun işleyişi kendine özgü kurallar çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu süreçte temel hak ve özgürlüklere dolayısıyla kişilerin hakimiyet alanlarına doğrudan doğruya müdahale edilebilmektedir. Anayasada açıklanan temel ilkeler ve hak ve ödevlerin kamu icra hukuku ile bağlantısının kurulması gerekmekte olup bu bağlantıya istinaden konulacak kuralların belirlenmesi ve belirlenen kurallar çerçevesinde yorumlama ve uygulama yapılabilmesi söz konusu olmalıdır. Öte yandan Anayasanın tüm hukuk normlarında olduğu gibi kamu icra hukuku bakımından da bağlayıcılığı ve üstünlüğü bulunmaktadır¹⁶. Vergi mükelleflerine tanınmış olan hakların anayasal ilkeler ile değerlendirilmesi, hakların dayandığı temeller açısından önemlidir. Bu anlamda mükellef haklarının kanunilik ilkesi, hukuk devleti ilkesi, hukuki güvenlik ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi ve ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

Kamu icra hukukunun konusu devletin alacağı cebren tahsilatının yapılmasıdır. Bu tahsilat gerçekleştirilirken zaman zaman kişi ve negatif statü hakkı özelliği gösteren mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkına müdahale edilebilmektedir. Cebren tahsildeki amaç vergi borcunun mükellefin malvarlığından karşılanması olmaktadır. Dolayısıyla mükellefin malvarlığında bir azalma meydana gelecektir. Bu noktada tahsilatı gerçekleştirirken sosyal devletin gereği olan mükelleflerin ekonomik durumunu düzeltici uygulamalarda bulunması beklenemez. Ancak devlet insan onuruna yakışır şekilde mükelleflerin asgari hayat standardını bozmamakla yükümlü olmalıdır¹⁷. Bireyler ticari ilişkileri sebebiyle de onur ve saygınlığa sahip olabilmelidir. Hukuka aykırı fiiller sebebiyle bu kavramların zarar görebilme ihtimalleri de bulunmaktadır. Bu sebeple oluşan zararların da tazmin edilmesi gerekmektedir¹⁸.

Mükelleflerin kamu icra hukuku uygulamalarından dolayı hak ihlali yaşamamaları için idarenin işlemlerini ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapması önem arz etmektedir. Ölçülülük ilkesinin temel amacı kamu gücünün gereksiz ve aşırı bir

¹⁶ Cemal Başar, ‘Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri’ (2015) (16 Özel sayı), DEUHFD 4567, 4568.

¹⁷ Türker Ertaş, ‘Kamu İcra Hukukunda Sosyal Devlet İlkesi’, (2015) (16 Özel sayı), DEUHFD 4737, 4750.

¹⁸ Yıldırım Taylar, *Kamu İcra Hukukunda İdarenin Hukuka Aykırı Haciz ve İhtiyati Haciz İşlemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu*, (Oniki Levha Yayıncılık, 2023) 216.



şekilde kullanımını önleyerek temel hak ve hürriyetleri güvence altına almaktır¹⁹. Bu ilke takdir yetkisi ile hukuka uygunluk arasındaki temel bağlantının kurulmasını sağlayan bir ilkedir. Ölçülülük ilkesiyle idarenin kamu yararının sağlanması için aldığı önlemler ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması dengelenmeye çalışılmaktadır²⁰. Mükelleflerin temel hak ve özgürlüklerinin kamu icra hukuku işlemleriyle sınırlandırılması ölçülülük ilkesi bağlamında incelenirken kullanılacak olan tahsil aracının bu amaca yönelik olması ve amaçla orantılı olup olmadığının tespiti büyük önem taşımaktadır²¹. Dolayısıyla kamu alacaklarının korunması ve cebri icra yöntemlerinin uygulanması aşamasında mükellefler ve alacaklı kamu idaresi arasındaki menfaat dengesinin kurulması gerekmektedir.

II. KAMU ALACAKLARININ KORUNMASI VE CEBREN TAHSİLİ SÜRECİNDE MÜKELLEF HAKLARI

Kamu alacağı niteliği gereği özellikli bir alacaktır. Devlet vatandaşlarının ihtiyaçlarını kamu hizmeti sunarak karşılamaktadır. Nitekim kamu hizmetlerinin sunumu için finansmana ihtiyacı olup bu finansmanın da sürekliliğinin sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla finansman sisteminin daimiliğini oluşturmak için kamu alacağının ileride tahsilinin yapılamaması şeklinde bir tehlikeyle karşılaşmamak amacıyla kamu alacağı kanunda belirtilen haller oluştuğunda vadesi öncesinde korunma altına alınmaktadır. Bunun yanı sıra idare tarafından uygulanan cebren tahsil yöntemleri ile tahsilatın uzaması önlenerek kamu alacağının hazineye intikali sağlanmış olacaktır. Çalışmanın bu bölümünde kamu alacaklarına uygulanan korunma ve cebren tahsil yöntemleri mükellef hakları ve yargı kararları çerçevesinde incelenecektir.

A. Kamu Alacaklarının Korunması Sürecinde Mükellef Hakları

6183 sayılı Kanun kapsamında bulunan kamu alacaklarının korunmasına yönelik uygulanan müesseselerin kanuni hükümlerinde mükelleflerin hukuki güvenliklerini zedeleyici durumlar bulunabilmektedir. Bu başlık altında kamu alacaklarının korunması sürecinde mükelleflerin hakları ve uygulanacak yöntemlerin mükellef haklarına aykırılık teşkil eden yönleri ele alınacaktır.

1. Teminat ve Şahsi Kefalet Müessesesinde Mükellef Hakları

Kamu alacağının korunması yöntemleri içerisinde en pratik yol teminat istemektir. 6183 sayılı Kanununun 9. ve 12. maddeleri arasında düzenlenmiş olan teminat uygulamasını kısaca açıklamak gerekirse; kamu alacağının korunması adına kamu borçlusundan kanunda belirtilen haller çerçevesinde yine kanunda öngörülmüş teminat olarak belirlenmiş değerlerin istenmesidir.

¹⁹ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2019) 148.

²⁰ Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi* (Seçkin Yayıncılık 2002) 59.

²¹ Yusuf Karakoç, *Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler* (Yetkin Yayınevi 2017) 370.

6183 sayılı Kanun'un 9. maddesinin geçmişi incelendiğinde iki kere değişiklik yapıldığı görülmektedir. Değişiklikten önce vergi ziyayı cezasının kesilmesi için kasıt unsuru aranmakta olup son halinde artık kasıt unsuru madde hükmünden çıkarılmış bulunmaktadır²². Dolayısıyla değişiklik sonrasında teminat istenmesinin gerekli olduğu alanlar daha da genişlemiş ve kasıt unsuru madde metninden çıktığı için kaçakçılık kastı aranmadan mükellefin yaptığı hatalı işlemler sebebiyle kanun hükmünün ihlal edilmesi durumunda da teminat istenip ihtiyati haciz işlemleri uygulanabilecek hale gelmiştir²³. Mükelleflerin kanun maddesine nüfuz edememeleri sonucu hatalı işlem yapabilmeleri olasıdır. Dolayısıyla kasıt unsuru içermeden hata ile yapılan ve bu madde kapsamına giren mükellef eylemleri sonucu teminat isteme durumu ortaya çıkabilecektir. Mükellefin kasıt unsurunun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim vergi mazisi olumsuzluk göstermeyen bir mükellefin hata ile yapmış olduğu işlemlerden dolayı teminat göstermesini istemek idareye dargınlık yaratıp vergiye gönüllü uyumunu da azaltabilecektir. Elbette ki her mükellefin vergi ahlakı aynı olmayacaktır ancak vergi daireleri mükelleflerinin vergisel durumlarını kontrol edebilecek bilgiye sahip olmaktadır.

Öte yandan 6183 sayılı Kanunun 9. maddesinde teminat istenmesini gerektiren haller değerlendirilirken “...*gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde*” ifadesi teminat istenme sebeplerinin yalnızca vergi incelemesine başlanması olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Yargı uygulamasında vergi incelemesine başlanmış olmasının yeterli olduğu ve yeterli olmadığı şeklinde görüşler mevcut olup yeterli olmadığı somut bir delile dayanması gerektiğine dair kararlar yoğunluktadır²⁴. Netice itibarıyla teminat isteme yetkisinin dahi inceleme elemanı ile idare arasındaki dağılımının net olarak belirlenmediği bu müessesenin uygulanması için vergi ziyasının meydana geldiği somut bir bilgi veya delilin ortaya konması gerekir. Zira mükellef hakkında yalnızca vergi incelemesine başlanmış olması mutlaka teminat istenmesini gerektirmemelidir.

6183 sayılı Kanunda teminat ile ilgili belirlilik ilkesinin bulunmadığı bir durum mükelleflerin kaç gün içerisinde teminat göstermesi gerektiği ve teminat isteme işlemine karşılık kaç gün içerisinde dava yoluna gidebileceğidir. Kanunda bu konuyla ilgili özel bir süre belirlenmemiş ancak 6183 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle VUK hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre teminat isteme süresi bakımından mükellefe en az 15 günlük sürenin verilmesi gerekecektir²⁵. Aynı şekilde teminat istenmesi durumunda mükellefin dava yolunu kullanma süresi de

²² Mustafa Balcı, *Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması*, (2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2021) 416.

²³ Yıldırım Taylar, “Kamu Alacakları İçin Güvence Önlemi Olan Teminat ve Teminat-İhtiyati Haciz İlişkisinden Kaynaklanan Sorunlar” (2008) 4(48) Mali Pusula Dergisi 68, 70.

²⁴ Danıştay 9D. 2129/4497 18.09.2003 (Balcı, (n 22) 434)

²⁵ Hakan Arslaner, *6183 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yolu İle Tahsili* (Yetkin Yayınları 2010) 151.



yine kanunda belirtilmemiştir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun verdiği bir kararda²⁶ kanunda özel sürenin verildiği uygulamanın yalnızca ihtiyati haciz olduğu, diğer işlemler açısından genel dava sürelerinin geçerli olduğu belirtilmiştir. Buna göre teminat isteme müessesesi 9. maddenin 1. fıkrasına istinaden uygulanmışsa tebliğden itibaren 30 gün içinde vergi mahkemesine dava açılabilir²⁷. Teminatın dava edilebilirliği konusunda özel bir sürenin tayin edilmemiş olması mükelleflerin yargısal yollara başvuru hakkını sürüncemede bırakabilmektedir. Mükellefler kendilerini ilgilendiren konularda kanunilik ilkesi çerçevesinde ilgili kanunda belirtilen hükümler doğrultusunda eyleme geçeceklerdir. Bu nedenle özel sürenin Kanunda açık ve net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Teminat isteme sebepleri aynı zamanda ihtiyati haciz sebebini de oluşturmaktadır. İhtiyati haciz uygulanması durumunda dava açma süresi 15 gün olacaktır. Dolayısıyla sürenin kanunda açıkça belirtilmemesi hukuk devleti ve belirlilik ilkesinin ihlalinin yanı sıra hak arama özgürlüğünün kısıtlanmasına da yol açabilecektir.

Teminat müessesesinin tamamlayıcı bir parçası olarak kabul edilen şahsi kefalet uygulaması da kamu alacağının korunması için getirilmiştir. Kamu borçluları muteber nitelikte olan bir kimseyi müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu olarak gösterebilmektedir²⁸. Şahsi kefil olmayı kabul etmiş olan kişiler kefil olduğu borcun dönemini, hangi borç türünde ve ne miktarda kefil olduğunu borç sorumluluğu bakımından sınırlandırmalıdır. Bunun gerçekleştirilmediği durumda tahsil dairesi asıl borçlunun tüm borçları kapsamında kefalet gösterildiğini dikkate alabilmektedir²⁹. Sonuç itibarıyla şahsi kefilin sınırlandırma yapmadan muvafakat vermiş olduğu durumda kefil olunan kişi veya şirketin tüm borçlarından dolayı sorumluluğu da ortaya çıkabilmekte ve tahsil dairesi teminat olarak göstermiş olduğu değerler üzerinde daha geniş yetki sahibi olabilmektedir. Bu durum kefilin mülkiyet hakkını ihlal edici bir nitelik taşımaktadır.

Kefilin haklarından bir diğeri de rücu hakkı olmaktadır. Kamu alacağı şahsi kefilen tahsil edildiğinde kendisine verilen ödeme belgesine istinaden ödenen tutarı asıl mükellefe rücu edebilme hakkına sahip olabilecektir³⁰. Kefil olan kişiler ile asıl borçlu mükellef arasındaki alacak borç ilişkisi özel nitelik kazanmaktadır. Bu yüzden rücu işlemleri konusundaki uyumsuzluklar idari yargıda değil adli yargıda çözümlenebilecektir.

²⁶ Danıştay VDDK tarih, 107/634 16.11.2011.

²⁷ Balcı (n 22) 451.

²⁸ Ahmet Güzel, 'Amme Alacakları Bakımından Şahsi Kefalet Uygulaması' (2007) (98) Vergi Raporu Dergisi 47, 49.

²⁹ Balcı (n 22) 460.

³⁰ Turgut Candan, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, (4. Baskı Yetkin Yayınları 2018) 89.

2. İhtiyati Haciz Uygulamasında Mükellef Hakları

İhtiyati haciz uygulaması kamu alacağının zorla tahsili evresine geçmeyi beklemeden iyi niyetli olmayan mükelleflerin malvarlıklarını elden çıkarmaları veya hile kullanarak malvarlığı intikali yapmalarını önlemek amacıyla varlıkları üzerindeki tasarruf haklarının kısıtlanmasıdır³¹. İhtiyati haciz kamu alacağının korunması kapsamında başvuru en etkili yollardan biridir. Kamu alacağının tahsili sürecinde ihtiyati haciz kararının alınması ve kararın uygulanması aşamasında genel ve özel mükellef haklarının aykırılığına ilişkin işlemler meydana gelebilmektedir.

Kamu alacağının güvence altına alınabilmesi için teminat istenmesini gerektiren bir durumda teminatın gösterilmesine kadar beklenmesinin zorunlu olmadığı, ihtiyati haciz işlemlerine derhal başlanması gerektiği tahsilat genel tebliğinde belirtilmiştir. Ancak kamu alacağının teminat ile güvence altına alınması durumunda her mükellef için ihtiyati haciz uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Teminatın gösterilmemesi ya da alacağı karşılamaması halinde ihtiyati haciz uygulanmalı, mükellefin mallarını kaçırma veya hileli yollara sapma şeklinde hareketleri olmadığı sürece ihtiyati hacize gidilmemelidir. Öncelikle mükelleften teminatın istenmesi, 6183 sayılı Kanunun ruhuna uygun olacaktır³². Teminat istenmesi gereken hallerin varlığının bulunması durumunda idareye takdir yetkisinin tanınmış olduğu düşünülmektedir. Halihazırdaki mükelleflerin önceki işlemlerinde, vergi ödevlerini düzenli ve hukuka uygun olarak yerine getiren mesleki faaliyetleri sebebiyle kaçma ihtimali bulunmayan ya da ihtimali düşük olan mükellefler için yalnızca teminat istenmesi ancak önceki işlemleri sebebiyle sahte belge düzenlemiş, vergi kaçakçılığı yaptığı tespit edilmiş mükellef için doğrudan ihtiyati haciz kararı alınması tercih edilebilir³³. Teminat isteme ve ihtiyati haciz kamu alacağının korunması adına iki farklı yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ihtiyati haciz sebeplerinden biri olan teminat istenmesini gerektiren durumun varlığı halinde idarece değerlendirme yapılarak mülkiyet hakkına ve ölçülülük ilkesine aykırılık göstermeden uygulama yapılmalıdır. Kanun maddesi içerisinde bu şekilde bir belirleme söz konusu değildir. Hukuk devleti olarak temel hak ve özgürlüklerin suiistimal edilmemesi adına konu hakkında içtihatların gözden geçirilmesi ve birleştirilmesi gerekmektedir.

Hakkında ihtiyati haciz uygulanmış olan bir mükellefin ihtiyati hacizin konusu olan mallar üzerindeki tasarruf hakkı ortadan kalkmaktadır. Mükellefler alacaklı kamu idaresinin muvafakati olmadan bu mallar üzerinde tasarrufta bulunamayacaklardır³⁴. İhtiyati haciz uygulamasıyla taşkın haczin oluşmaması için mükellefe uygulanacak ihtiyati haciz tutarı, vergi aslını, cezasını ve gecikme faizini karşılayabilecek tutar

³¹ Yusuf Karakoç, *Kamu İcra Hukuku* (Yetkin Yayınları 2016) 258.

³² Adnan Gerçek, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, (6. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 188.

³³ Taylar (n 18) 53.

³⁴ Karakoç (n 31) 120.



kadar olmalı fazlasına gerek duyulmamalıdır. İhtiyati hacize tabi olacak malvarlığı tespitinde hukuk devleti ilkesi ve ölçülülük ilkesine bağlı kalınmalı ve koruma altına alınmak istenen kamu alacağı ile sınırlı olmalıdır³⁵. Mükellefin vergi borcuna karşılık olarak maaş ve banka hesabı gibi haczolunabilecek unsurları varken taşınmazına haciz konulması ya da yeterli olacak kadarı yerine tüm malvarlıklarına ihtiyati haciz uygulanması ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır³⁶. Mülkiyet hakkına yapılacak olan ölçüsüz müdahale sosyal devlet ilkesine de aykırılık oluşturacaktır³⁷. Öte yandan kanuni temsilcilerin kamu alacağının korunma hükümlerine tabi olup olmayacağı konusunda VUK'un 10. maddesi veya 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi kapsamında açık bir düzenleme mevcut değildir. Danıştay kararları incelendiğinde ise vergi incelemesi aşamasında ihtiyati haciz kararının kanuni temsilciler için de alınıp alınmayacağı konusunda istikrar bulunmamaktadır³⁸. Bilindiği üzere mükelleflerin yanı sıra kanuni temsilciler de kamu borcundan sorumlu tutulmaktadır. Ancak yargı kararlarında da kanuni temsilcilerin ihtiyati haciz işlemlerine tabi olup olmayacağı konusunda bir karar birliği bulunmamaktadır. Kanun maddesi içeriğinde belirtilen kamu alacağının tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılmış olması ifadesi ihtiyati hacizden ziyade haciz uygulamasında temsilcilere başvuru yapılabilmesine işaret etmektedir. Görülen davalarda adaletsiz yargılama yapılmaması için bu konuda içtihat oluşturulması gerekmektedir. Uygulama birliğinin olmaması belirli şartlar dahilinde mükellef gibi sorumlu olan kanuni temsilcilerin mülkiyet ve adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturabilmektedir.

İhtiyati hacize karşı mükellefler hakkında haciz tatbiki yapılmasından, gıyapta yapılan hacizlerde ise haczin tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde dava açabileceklerdir. İhtiyati hacze karşı vergi mahkemesi başkanlığına hitaben dilekçe yazılarak itiraz davası açılmalıdır. Dilekçede davanın içeriğini oluşturan verginin ya da vergi cezasının türü ve yılı, tebliğ edilen ihtiyati haciz kararının gün ve sayısı ve itiraz edenin mükellef hesap numarasının gösterilmesi gerekmektedir. Ayrıca itirazı yapan borçlu mükellefin var olan tüm delillerini dosyaya eklemesi gerekmektedir³⁹. Mükelleflerin ihtiyati haciz işlemine karşı dava açması durumunda yürütme kendiliğinden durmayacaktır. Bu aşamada mükelleflerin yürütmeyi durdurma talebinde bulunma hakkını kullanmaları fayda sağlayacaktır⁴⁰. Yargılama sürecinin ortalama olarak bir ile iki yıl arasında seyretmesi durumunda mükellefin uğrayacağı ticari itibar erozyonunun yanı sıra müşteri kaybı ve işletmenin kapanması gibi ağır so-

³⁵ Balcı (n 22) 531- 532.

³⁶ Mustafa Balcı, *Teminat İsteme ve İhtiyati Haciz Uygulamalarında Yaşanan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (Oniki Levha Yayıncılık 2021) 184.

³⁷ Ertaş (n 17) 4756

³⁸ Balcı, (n 22) 492,494.

³⁹ Hasan Özkan, *İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağının Tahsilinde İhtiyati Haciz*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 1997) 236.

⁴⁰ Gerçek (n 32) 197.

nuçlar doğabilecektir⁴¹. Öte yandan İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 28. maddesinin birinci fıkrasına göre alacaklı tahsil dairesi Danıştay, Bölge İdare Mahkemesi, İdare ve Vergi Mahkemelerinin esas hakkında ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarını gecikmeksizin uygulamak durumundadır. Bu süre kararın idareye tebliğinden itibaren otuz günü geçmeyecektir. Sonuç itibariyle alacaklı tahsil dairesinin uyguladığı ihtiyati haciz işlemi haksız çıkması durumunda mükellefin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. 6183 sayılı Kanunun ihtiyati hacizle ilgili maddesinde bu konuyla ilgili bir hüküm bulunmamakta ancak aksine bir durumdan da bahsedilmemektedir. İdare hukukunun genel hükümleri bağlamında bu konuda idarenin sorumluluğuna da gitmek mümkün olacak⁴², alacaklı kamu idaresinin vergi mahkemesinin verdiği ihtiyati hacizin iptali ve yürütmeyi durdurma kararını uygulamaması durumunda mükellefler idare hakkında maddi ve manevi tazminat davası açabileceklerdir⁴³. Nitekim Anayasanın 40. maddesine göre temel hak ihlali sayılacağından zararın tazmini gerekmektedir.

3. İhtiyati Tahakkuk Uygulamasında Mükellef Hakları

İhtiyati tahakkuk uygulaması ihtiyati hacizle varlık bulan ancak nedenlerinin hem teminat isteme hem de ihtiyati hacizle iç içe bulunduğu bir uygulamadır. Fonksiyonlarına bakıldığında kamu alacağının korunması için uygulanan bu üç yöntemin de aynı amaca hizmet ettiği görülmekte ve uygulanabilmeleri için kesiştiği nedenler mevcut bulunmaktadır. İdarenin bu durumda hangi koruma yöntemini kullanacağı ise açık olmamakla beraber bu şekilde oluşan bir belirsizlik hukuk güvenliğini tehlikeye düşürmektedir⁴⁴. Bu noktada mükelleflerin de menfaatlerinin göz önüne alınarak işlem uygulanması gerekecektir.

İhtiyati tahakkuk işleminin özel kanuna dayanan tahakkuka istinaden düzeltilmesi kapsamında mükellefin verdiği dönem beyannamesinin verilmesi sonrasında en geç iki ay içinde incelenmesi zorunludur. Verilen süre içerisinde inceleme yapılamaması durumunda bu gerekçeyle düzeltmenin geciktirilmesi mümkün olmaktadır⁴⁵. Maddede belirtilen iki aylık sürenin mükelleflerin korunması için getirilmiş olduğu açıktır. Ancak süreye uyulmaması durumunda idareye herhangi bir yaptırımının olması söz konusu değildir.

Mükellefin beyanının yanı sıra ihtiyati tahakkuk re'sen ve ikmalen tarh uygulanarak mükellefe tebliğ edilmiş ve yargı yolu kullanılarak vergi mahkemesinde dava açılmış ya da tebliğ edilmiş olup henüz dava açma süresi dolmamış veya tutarı belli olmasına karşın henüz tebliğati gerçekleştirilmemiş vergi, resim ve cezalarıyla

⁴¹ Balcı (n 36) 304.

⁴² Karakoç (n 31) 267.

⁴³ Binnur Çelik, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018) 78.

⁴⁴ Balcı (n 22) 564.

⁴⁵ Karakoç (n 31) 125.



ilgili olabilmektedir. Bu durumda mükellef dava yoluna gitmeden tarhiyatı kabul etmişse dava açma süresinin dolmasıyla tahakkuk kesinleşecek ve düzeltme gerçekleştirilecektir. Mükellef bu aşamada VUK'un 376. maddesi gereği cezalarda indirim hakkını kullanabilecektir. Bu durumda yine dava açma süresinin dolmuş olduğu tarihte ihtiyati tahakkuk kesin tahakkuka çevrilecek ve yeni tahakkuka göre düzeltme yapılmış olacaktır. Mükellef ile idare arasında uzlaşmanın sağlandığı durumda uzlaşma tutarında ihtiyati tahakkuk düzeltilerek kesin tahakkuk tutarı hesaplanacaktır⁴⁶. Koşullarının bulunması durumunda istinaf başvurusu yapılarak yürütmenin durdurulması da istenebilecektir. Yürütmenin durdurulması kararı olmadığı sürece idare vergi mahkemesinin kararını yerine getirmek mecburiyetinde olacaktır⁴⁷. Netice itibarıyla mükelleflerin kendilerine uygulanacak olan ihtiyati tahakkuk işlemi sonucunda zarar görmemek adına yürütmeyi durdurma kararı almaları gerekmektedir.

Mükellefler ihtiyati tahakkuk işlemine karşı 15 gün içerisinde vergi mahkemesine dava açma haklarını kullanabileceklerdir. Ayrıca ihtiyati tahakkuk üzerine ihtiyati haciz uygulanması durumunda 6183 sayılı Kanunun 15. maddesine yapılan atıf ile ihtiyati haczin ancak sebebine karşı itiraz edilebileceğinin düzenlenmesi ihtiyati tahakkuk üzerine uygulanmış olan ihtiyati haczin miktarına itiraz edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanunda da ihtiyati tahakkuk üzerine ihtiyati haciz uygulanmasıyla haczin miktarına itirazı düzenlemiş olan başka bir hüküm yer almamaktadır⁴⁸. Yargı kararları incelendiğinde Danıştayın ihtiyati tahakkukun tek başına dava edilemezliğini ihtiyati hacizle birlikte dava edilebilirliğini açıklayan kararının yanı sıra ihtiyati tahakkukun tek başına davaya konu edilebilecek ve icrai nitelikte işlem olduğu yönünde yargı kararları⁴⁹ da bulunmaktadır. Hukuk devleti olmanın gerektirdiği şekilde Anayasa'nın 125. maddesine istinaden idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması hükmü ve 2577 sayılı İYUK'un 20. maddesindeki re'sen araştırma ilkesi kapsamında yargısal denetim gerçekleştirilmelidir. Bu doğrultuda ihtiyati tahakkukun sebep ve miktarının yanı sıra amaç, konu, yetki ve şekil açısından da hukuki uygunluğun tespit edilmesi gerekmektedir⁵⁰.

B. Kamu Alacaklarının Cebren Tahsili Sürecinde Mükellef Hakları

6183 sayılı Kanun'un 54. maddesinde kamu alacağının cebren tahsili için; borçlunun tahsil dairesine teminat göstermesi durumunda teminatın paraya çevrilmesi veya kefilin takibi, borçlunun kamu borcuna yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi ve gerekli şartların bulunduğu durumda borçlunun iflasının istenmesi öngörülmektedir.

⁴⁶ Gerçek (n 32) 203.

⁴⁷ Candan (n 30) 126.

⁴⁸ Muharrem Özdemir, *Vergi İcra* (Yiletim Reklam ve Basım, 2019) 79.

⁴⁹ Danıştay 3D. 2373/5233 01.10.2019, İstanbul BİM 6.VDD 1387/2083 17.07.2018 (Balcı (n 22) 568).

⁵⁰ Balcı (n 22) 568.

Cebren tahsil işlemlerinin bu usullerden herhangi birinin uygulanmasıyla yapılacağı belirtilmiştir. Madde içeriğinde herhangi bir yöntemin uygulanacağı ifade edilip idarenin takdirine bırakılmış gibi görülse de yöntemler incelendiğinde bu şekilde bir tercihin yapılamayacağı görülebilmektedir. Kamu alacağının korunması adına öncelikle teminat istenmesi, teminatın gösterilememesi durumunda şahsi kefaletin temini ve kabulü, bunlardan her ikisinin de olmaması halinde uygulanmış olan ihtiyati haczin kesin hacze dönüştürülmesi işlemleri dikkate alınması gerekmektedir. İflas müessesesi ise idarenin takdir yetkisini kullanarak istenilen her an başvurulacak bir yol değil şartların bulunması halinde ve sürece bağlı olarak gidilmesi gereken bir yol olduğu belirtilebilir⁵¹.

Türk Kamu İcra Hukuku'nda kamu alacaklarının cebren tahsilinin sağlanması sürecinde tahsil dairesi icra dairesi olarak kendi organları ile tahsilat işlemlerini yürütmektedir. Devletin bir an önce alacağına kavuşmasının amaçlandığı cebren tahsil uygulamalarında tahsil dairesi, 6183 sayılı Kanununun 62. maddesinde yer alan hüküm doğrultusunda mükellefin menfaatini mümkün olduğunca telif etmek durumundadır⁵². Kamu alacağının tahsil sürecinde de mükelleflere tanınmış birtakım haklar bulunmakta olup mükellef hakkı kavramı temelinde insan haklarını da barındırmaktadır. Bu sebeple Anayasa'da yer alan hak ve ilkeler bakımından da mükellefler idarenin sınırı aşan işlemlerine karşı koruma altına alınmalıdır. Dolayısıyla tahsil dairesi cebren tahsil sürecini uygularken kamu gücünü belirli sınırlar dahilinde kullanmalı ve kaynağı anayasa ve kanun olan hak ve ilkelere aykırı düzenlemeler tesis etmemelidir. Çalışmanın bu kısmında cebren tahsil süreçlerinden teminatın paraya çevrilmesi ve haciz uygulamasında mükelleflerin genel ve özel haklar çerçevesindeki hakları ele alınacak, hak ihlallerinin varlığı yargı kararları kapsamında anayasal ilkeler doğrultusunda incelenecektir.

1. Teminatın Paraya Çevrilmesi Uygulamasında Mükellef Hakkı

Kamu alacağının cebren tahsil sürecine girmesi ile mükellefler tarafından verilmiş olan teminat, paraya çevrilerek alacağın tahsili gerçekleştirilmiş olacaktır. 6183 sayılı Kanununun 56. maddesinde hüküm altına alınan teminatın paraya çevrilmesi müessesesi uygulanmaya başlanmadan önce borçlu mükellefe bir ödemeye çağrı mektubu gönderilecek ve buna istinaden de borcun 15 gün içerisinde ödenmesi istenecektir. Borcun ödenmemesi halinde teminatın paraya çevrileceği bilgisi mükellefe verilecektir⁵³. Danıştayın bu konu hakkında verdiği bir kararda⁵⁴ “.....İdare borçlu şirkete verginin vadesinde ödenmemesi üzerine 15 gün içerisinde ödenmesi

⁵¹ Engin Hepaksaz ve Orçun Avcı, ‘Türk Vergi Hukukunda Vergilendirme Sürecinde Yetki Unsuru ve İdarenin Takdir Yetkisi’ (2021) 22(2) Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 250, 268.

⁵² Gerçek (n 32) 232.

⁵³ Gerçek (n 32) 251.

⁵⁴ Danıştay 4D /2271/348 09.03.2005.



gerektiği ancak ödenmediği takdirde teminatın paraya çevrileceği bilgisini vermeden gayrimenkullerin haciz işlemlerine başlamıştır. *gayrimenkullerin satışa çıkartılması uygun görülmemiştir*” ifadesi ile teminatın paraya çevrileceğinin bildirilmemesi durumunda uygulanacak haciz işleminin hukuka aykırı olarak nitelenildiği görülmektedir.

İdareye verilmiş olan teminatın paraya çevrilmesi usulüne uyulmaksızın ve mükellefe haber verilmeksizin tahsil dairesi tarafından haciz işlemine girişilmesi sonucu mükellefin mallarına müdahalede bulunulması hem ölçülülük ilkesine hem de mülkiyet hakkına aykırı bir hareket olacaktır. Anayasa’nın 35. maddesi mülkiyet hakkının olağan dönemlerde yalnızca kamu yararı için sınırlandırmasını öngörmüştür. Ancak burada idare yaptığı işlemle kamu yararı ilkesinden ziyade kanunun usul emri dışında hareket etmiş tahsil usulüne uymayarak mükellefin mülkiyet hakkını haksız yere ihlal etmiştir. Öte yandan devletin yasal düzenleme dışına çıkarak işlem yapması durumu doğacak bu da hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Alacaklı idarenin borçluya ödemeye davet yazısı göndermiş olduğu durumda ve borç süresi içerisinde ödenmemiş ise verilen teminatın paraya çevrilmesi idare için zorunlu bir uygulama olmaktadır. 6183 sayılı Kanun’da ödemeye davet yazısına karşı dava açma süresi içinde, yetkili ve görevli mahkmeden yürütmeyi durdurma kararı alınması durumunda teminatın paraya çevrilip çevrilmeyeceğine dair herhangi bir bilgi bulunmamaktadır⁵⁵. 6183 sayılı Kanunun 56. maddesinde ödeme emri veya ödemeye çağrı/ödemeye davet yazısı gibi terimler kullanılmamıştır. Dolayısıyla ödeme emrine karşı gidilebilecek yolların teminatlı alacaklarda takip için de kullanılabileceği yorum yöntemiyle ve genel hükümlerle ortaya konulabilir. Ancak bu durum belirlilik ilkesine aykırılık gösterebilecektir. Dolayısıyla hukuk devleti olma ve Anayasa’nın 40. maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin korunması gereğinden dolayı mükelleflerin hangi yolu nasıl kullanabileceklerinin açık bir şekilde madde metnine eklenmesi gerekmektedir.

2. Haciz Uygulaması

Vergi borcunu zamanında ödemeyen mükellefler hakkında haciz uygulanması sürecinde birçok idari işlem bulunmaktadır. Bu başlık altında ödeme emrinin düzenlenmesi, haczin uygulanması ve yargısal yollara başvurma aşamasında mükellef hakları ile idarenin hukuka aykırı işlemleri karşısında mükelleflerin hakları incelenmiştir.

2.1. Ödeme Emrinin Düzenlenmesinde Mükellef Hakları

Ödeme emri cebren tahsil aşamasının ilk adımını oluştururken vadesi geçmiş kamu borcu nedeniyle ödeme emrinin düzenlenip mükellefe gönderilmesi ise idari bir zorunluluktur. Mükellefe önceden gönderilmiş olan ihbarnameye karşı vadesinde ödeme yapılmaması durumu ödeme emrinin sebep unsurunu oluşturacağı için

⁵⁵ Arslaner (n 25) 114.

sürenin sonu beklenmeksizin mükellefe ödeme emri gönderilmeyecektir. Cebren tahsil sürecinde önemli bir yeri olan ödeme emrinin alacaklı tahsil dairesi tarafından mükellefe tebliğinde ve ödeme emrine karşı itiraz aşamasında mükelleflere tanınmış olan haklar bulunmaktadır. Bu başlık altında ödeme emrinin düzenlenmesi, tebliği ve itirazı çerçevesinde kanuni dayanağı olan hakların yanı sıra mükelleflere uygulanan idari işlemlerin anayasal haklar ve ilkeler çerçevesinde incelemesi yapılacaktır.

2.1.1. Mükellefin Vergi İadesinin Bulunması Durumunda Takas Talep Hakkı

Mükelleflerin vergi borcuna istinaden vergi iadesini takas etmek istemesi halinde takas işlemi gerçekleştirilene kadar kamu borçlusu sıfatı devam etmektedir. Vergi idaresi bünyesinde takas işleminin incelenmesi uzun sürebilmektedir. Mükellefin talebinin incelenmesi sonrasında işlemin uygulanabilir olup olmadığı mükellefe bildirilmeden ödeme emrinin düzenlenmemesi gerekmektedir⁵⁶. Dolayısıyla mükelleflerin ödeme emri gönderilmeden önce internet vergi dairesi üzerinden dilekçe ve başvuru hakkını kullanarak oluşturduğu takas (mahsup) dilekçesi dikkate alınarak idarenin bu doğrultuda işlem yapması gerekmektedir.

2.1.2. Ödeme Emrine Karşı Üst Makama Başvuru Hakkı

Mükelleflerin idari dava açmadan önce idareye başvuru yapma ve uyuşmazlığa idari yollarla çözüm bulması mecburi bir durum değildir. Ancak İYUK'un 11. maddesine göre tercihe bağlı olarak mükellefler idari dava yoluna gitmeden işlemi yapan kurumun üst makamından, üst makamın bulunmadığı durumda işlemi yapan kurumdan yapılan idari işlemin kaldırılmasını, geri alınmasını, yeni bir işlem yapılmasını veya var olan işlemin değiştirilmesini talep edebilmektedir.

Danıştayın ödeme emrine karşı üst makama başvuru yapılması konusu hakkında 11. maddenin uygulanacağı yönünde kararları olduğu gibi aksine kararları da var olup uygulanamayacağı yönündeki kararları çoğunluktadır⁵⁷. Ödeme emri safhasında üst makama başvuru yapıldığında idare bu süre zarfında düzenlenmiş olan ödeme emrine istinaden haciz uygulayarak kamu alacağını tahsil edebilecektir. Mükellefin ise hem üst makama başvuru hem de dava açma yolunu kullanması neticesinde idari makama başvuru yapması dava açılmasına engel oluşturmayacaktır⁵⁸. 6183 sayılı Kanun'da İYUK'un 11. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı yönünde herhangi bir atıf içeren madde bulunmamaktadır. Bu konu hakkında temel hak ve hürriyetlerin korunması adına içtihadı birleştirme kararının çıkartılması uygun olacaktır.

⁵⁶ Kazım Yılmaz, 6183 Sayılı *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması* (Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları 2015) 574.

⁵⁷ Balcı (n 22) 548. (İYUK 11. Maddenin uygulanabileceği yönündeki kararlar: Danıştay 7D 430/5323 23.11.2010 Danıştay 7D 2311/1100 20.02.2008. İYUK 11. Maddesinin uygulanamayacağı yönündeki kararlar: Danıştay 3D 3825/1420 28.02.2019, Danıştay 3D 2472/1140 11.03.2015).

⁵⁸ Candan (n 30) 357.



2.1.3. Ödeme Emrine Karşı Düzeltme Talebi ve Şikâyet Yoluna Başvuru Hakkı

Ödeme emrinin konusunu oluşturan kamu alacağında vergi hatasının bulunması söz konusu ise ödeme emrine karşı hata düzeltme yoluna başvuru yapmayı engelleyen bir hüküm bulunmadığından hatanın düzeltilmesi için mükellefin idareye başvurması mümkün görünmektedir⁵⁹. Açık bir şekilde vergi hatasının bulunduğu cezalı bir tarhiyata karşı tahakkuk ve ödeme emri aşamasında dava açılmazsa sonradan tarh zamanışımı içinde tarhiyatta açık vergi hatasının olduğu ileri sürülerek düzeltme ve şikâyet başvurusunda bulunulabilecektir⁶⁰. Danıştayın bazı kararlarında gerek ödeme emri gerekse haciz işlemlerini içerisinde barındıran tahsilat aşamasındaki işlemlere ilişkin olan vergi hatalarında düzeltme ve şikâyet yolunun açık olduğu ifade edilirken bazı kararlarında⁶¹ ödeme emri ve haciz uygulamasını içeren işlemler için bu yolun kullanılmayacağı ifade edilmiştir. Yargı kararları çoğunlukla ödeme emrinin düzeltme ve şikâyet uygulamasına konu yapılamayacağını fakat ödeme emrinin içeriğini oluşturan vergi ve cezaların düzeltme ve şikâyet uygulamasından yararlandırılacağı yönündedir⁶². Dolayısıyla kendisine ödeme emri gönderilen mükellef ödeme emrinin içeriğini oluşturan vergi ve cezalara istinaden alacağın türüne göre vergi mahkemesi veya idare mahkemesine dava açabilecektir. Ancak kamu alacağı iktisadilik ilkesi gereği en az masrafla en kısa sürede tahsil edilmelidir. Mükellefin de bu noktada ödeme emri içeriğini oluşturan vergi ve cezalar bakımından uzun yargılama sürecinden geçmesinden ziyade barışçıl olan düzeltme yolunu tercih etmesi mümkün olmalıdır. Nitekim kamu borçlusu ile kamu alacaklısı arasındaki menfaat dengesinin sağlanması da bu konuda ilke olarak benimsenmeli ve bu kadar önemli konuda yargısal içtihatlarla birlik oluşturulması gerekmektedir.

2.1.4. Ödeme Emrine Karşı Dava Açma ve Yürütmeyi Durdurma Hakkı

Mükellefler kendilerine gönderilen ödeme emirlerine karşı dava açma hakkını kullanabileceklerdir. Ödeme emrine karşı açılan davanın konusu ödeme emrinin kendisidir. Davanın açılması ile beklenen nihai işlem ise düzenlenen tarihten itibaren ödeme emrinin iptal edilerek hukuk düzeninden çıkarılmasıdır⁶³. Ödeme emrine itiraz hakkı 6183 sayılı Kanunda tahdit ve tadat edilmiş olup itiraz süresi de tarhiyattan daha kısa olarak belirlenmiştir. Uygulamada itiraz sebepleri arasında yer alan “borcumu kısmen ödedim” ve “borç zamanışımına uğradı” iddiaları açık olduğu için uyumsuzluklarda sorun yaratmamakta ancak “borcum yoktur” ifadesinin çerçevesi net çizilmediği için çeşitli yorumlarla karşı karşıya kalınmaktadır⁶⁴. Borçlu

⁵⁹ Karakoç (n 31) 293.

⁶⁰ Gerçek (n 32) 240.

⁶¹ T.C. Danıştay Kararlar Dergisi (8) Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı, 236/1278.

⁶² Balcı (n 22) 928.

⁶³ Candan (n 30) 333.

⁶⁴ Uğur Karadoğan, ‘Ödeme Emrine İtiraz Sebeplerinden Olan Borcum Yoktur’un Kapsamı’ (2000) (318) Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi 74, 74.

mükellefin ödeme emrine karşı “*borcum yoktur*” şeklinde itirazı altında; borcun ödenmiş olduğu, vadesinin henüz dolmadığı, vergilendirme aşamasında meydana gelmiş olan hatalar, af uygulaması ile tecil ve terkin uygulamalarına bağlı olarak borcun ortadan kalktığına istinaden yapılabilmektedir⁶⁵. Danıştayın bir kararında⁶⁶ “*böyle bir borcun bulunmadığı*” iddiasının ancak vergilemeye ilişkin işlemlerin “*borcun doğmadığı ya da varlık kazanamadığı şeklinde beliren hukuka aykırılığının açık ve tartışmasız olması ve bu durumun kuşkuya yer bırakmayacak açıklıkta somut olarak ispatlanmış olması halinde hukuki etkililiğinden söz edilebilir.*” ifadesi kullanılmıştır. Buna göre borcum yoktur iddiasında bulunabilmek için borcun doğmamış olması veya varlık kazanamamış olmasının açık ve net bir şekilde somut olarak ispatlanmış olması gerekmektedir.

6183 sayılı Kanun’da dava açma sebepleri tahsile ilişkin olarak sınırlandırılmıştır. Bir başka deyişle açılacak olan davalar yalnızca ödeme emri aşamasına özgü bir nedene dayanmalıdır. Yukarıda belirtilen sebepler tahsil işleminin sebep ve konu unsuruna ilişkindir. Ancak davayı görecek olan yargı organının ödeme emrini yetki, şekil ve amaç unsurları bakımından da denetlemesi söz konusu olabilmektedir⁶⁷. Mükellefin ödeme emrine karşı süresi içerisinde dava açmaması halinde gerçekten borçlu olmayıp haciz işlemine maruz kalması durumunda ödeme emrinde belirtilmiş olan kamu borcuna nasıl itiraz edebileceğine dair 6183 sayılı Kanunda bir düzenleme söz konusu değildir. Düzenlemenin olmaması sebebiyle mükellefler hak kaybına uğramaktadır. Doğacak olan hak kayıplarının önüne geçebilmek için farklı yollar kullanılmaktadır. Mükellef süresi içerisinde dava açamamış ise idari başvuru yoluna gitmekte buradan ret cevabı alınca iptal davası açabilmektedir. Bir başka yol ise menfi tespit davası açma şeklinde olsa da bu davayı 6183 sayılı Kanunun 79. maddesinde düzenlenen haciz ihbarnamesine itiraz etmeyen kişiler dışında kalanlar açamamaktadır. Uygulamada çoğunlukla ihtirazı kayıtlı ödeme yapılması sonrasında haksız ödeme iadesi başvurusunun reddine yönelik işlemin iptali yolu kullanılarak bu sorun dolaylı olarak çözümlenmeye çalışılmaktadır⁶⁸.

Mükellefler ödeme emrinde belirtilen borcun tamamına dava açabileceği gibi bir kısmına da dava açabilecek olup borcun kısmi iptalini veya terkinini isteyebileceklerdir. Vergi idaresi borcun kısmen ödenmiş olduğu durumlarda bazen borcun tamamı için ödeme emri gönderebilmektedir. Mükelleflerin dava dilekçelerini hazırlarken ödenmemiş kalemleri ayrıca belirtmeleri gerekmektedir⁶⁹.

⁶⁵ Edip Şimşek, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi* (Alfa Basım Yayım Dağıtım1996) 500.

⁶⁶ Danıştay 7D 1931/1406 09.03.2023 *Karar İçeriği* (danistay.gov.tr).

⁶⁷ Karakoç (n 31) 289.

⁶⁸ Barış Bahçeci, *Kamu Alacağına Takip Hukuku*, (Seçkin Yayıncılık 2019) 218.

⁶⁹ Hakan Ay ve Mustafa Alpaslan, ‘Kamu Alacaklarının Takibinde Yeni Tip Ödeme Emrine Karşı Vergi Davası Açılması ve Yürütmenin Durdurulması Problemleri’ (2011) (360) Vergi Dünyası Dergisi 165, 167.



6183 sayılı Kanun'da tahsilat işlemleri kapsamında uygulaması bulunan ödeme emrine karşı davanın açılması tahsilat işlemlerini durdurmayacaktır. Tahsilatın durdurulması için teminat karşılığında yürütmenin durdurulması kararı almak gerekecektir. Ancak borçlu mükellefin yürütmeyi durdurma kararı talebine karşı kararın tebliğini takip eden günden itibaren 7 gün içerisinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebilecektir. İtirazı inceleyen merciler⁷⁰ dosyayı 7 gün içerisinde karara bağlamak zorundadır. Yürütmenin durdurulması isteminin kabul edilmesi durumunda itirazı yapacak olan merci idare olurken, istemin reddi kararına karşı ise davacı itiraz edebilecektir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olacaktır⁷¹. Burada itirazı inceleyecek olan mercinin dosyayı 7 gün içerisinde karara bağlaması gerektiği belirtilmiş ancak 7 gün içerisinde karara bağlanamaması durumunda nasıl bir yaptırımında bulunulacağı açıklanmamıştır. Nitekim uygulamada itirazların karara bağlanması daha uzun bir süreci kapsayabilmektedir. İdari düzeni sağlamaya yönelik bir süre olması sebebiyle yaptırımı söz konusu olmasa da mükellefin bu süre içerisinde maddi ve manevi zararı meydana gelebilecek olup mülkiyet hakkının ihlalini oluşturabilecektir. Öte yandan 6183 sayılı Kanun'un 55. maddesinde ödeme emrine itiraz ve mal bildiriminde bulunulacak olan süreler 7 günden 15 güne çıkarılmışken buradaki 7 günlük sürenin de uygulama bütünlüğünün sağlanması bakımından 15 güne çıkarılması uygun olacaktır. Dolayısıyla mükelleflerin tahsilat işlemlerini durdurabilmeleri için mutlaka yürütmeyi durdurma kararı almaları gerekmektedir. Aksi halde mükellef haklı olsa da tahsilat işlemleri devam edeceğinden dolayı hak kayıpları doğabilecektir.

2.1.5. Ödeme Emrine Karşı Mücbir Sebep İleri Sürebilme Hakkı

Mükellefin mücbir sebep hali içinde olması durumunda dava açma süresinin işlemeyeceğine ilişkin ne İYUK'ta ne de 6183 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa ki mükellef mücbir sebepten dolayı nedensellik bağına da bağlı olarak dava açma hakkını kullanamayacaktır. Netice olarak mücbir sebebin de dava açma süresini etkilememesi gerek hak arama özgürlüğü bakımından gerekse adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye başvuru hakkının ihlali olarak değerlendirilebilecektir⁷².

Öte yandan farklı kanunlarda konu ile ilgili benzer düzenlemeler yer almıştır. Bu düzenlemeler İcra İflas Kanunu'nda (İİK) "*gecikmiş itiraz*" Hukuk Muhakemeleri Kanununda (HMK) ise "*eski hale iade*", başlıklarında hüküm altına alınmıştır.

⁷⁰ İYUK 27/7: Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar; Danıştay dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarına, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine, idare ve vergi mahkemeleri ile tek hakim tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine itiraz edilebilecektir.

⁷¹ İbrahim Organ ve Neslihan Coşkun Karadağ, 'Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması II' (2012) 21(3) Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 71, 79.

⁷² Balcı (n 22) 915.

İİK' da borçlunun kendi kusuru olmaksızın belirtilen 7 günlük süre içerisinde borcuna itiraz edemediği durumda mallarının paraya çevrilme işlemi gerçekleşinceye kadar itiraz edebilme hakkı mevcuttur. Bu itiraz türü İİK' nın 65. maddesinde gecikmiş itiraz⁷³ başlığı altında hükme bağlanmıştır. Buna göre borçlu itiraza mâni olan durumun ortadan kalkmasını takip eden 3 gün içerisinde mazeretini ve itiraz sebeplerini delillerle bildirmeye ve duruşmaya istinaden harç ve masrafları ödemeye mecbur olmaktadır. Yapılacak bildirim ile takip kendiliğinden durmayacak ancak icra dairesi mazereti kabul ederse önceden takibin durdurulması kararı verilmemiş olsa dahi icra takibi duracaktır.

HMK' un 95 ve 96. maddelerinde düzenlenen eski hale iade ise “*Elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde bir işlemi yapamayan kimse, eski hâle getirme talebinde bulunabilir. Eski hâle getirme, işlemin süresinde yapılamamasına sebep olan engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içinde talep edilmelidir. İlk derece ve istinaf yargılamalarında, en geç nihai karar verinceye kadar eski hâle getirme talebinde bulunmak mümkündür*” şeklinde açıklanmıştır.

Farklı Kanunlarda yer alan bu müesseselere benzer şekilde 6183 sayılı Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kendisine ödeme emri gönderilen mükellefin kusursuzluğu durumunda sebeplerin değerlendirilmesi sonucu itirazın kabulü veya reddinin yapılabilmesi gerekmektedir. Mükelleflerin kendi kusursuzluklarını açıklamaları hak arama özgürlüğü, mahkemeye erişim hakkı, dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı ve savunma hakkının bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasal hakların tesis edilebilmesi hukuk devletinin göstergesi olacaktır. İlgili müesseseler niteliğinde bir düzenlemenin 6183 sayılı Kanun kapsamına da alınması yerinde olacaktır.

2.1.6. Ödeme Emrinin Usulsüz Tebliğ Edilmesi Durumunda Mükellef Hakkı

Kamu alacağının takip edilebilmesi ve tahsil sürecinin başlatılması için ön şart ödeme emrinin usulüne uygun bir şekilde mükellefe tebliğ edilmesidir⁷⁴. Uygulamada Danıştay dairelerinin görüş birliğinde olduğu konu, mükellefe yapılması gereken tebliğin tebligat hükümlerine aykırı olması halinde kamu alacağının hukuki anlamda doğmamış olduğunun kabul edilmesidir⁷⁵. İhbarnamelerin usule uygun tebliğ edilmemesi böyle bir borcun olmadığı iddiası kapsamında değerlendirilmiş ve borcun varlığından bahsedilemeyeceği şeklinde içtihadı birleştirme kararı

⁷³ Gecikmiş itiraz İİK' nın 65. ve 89. maddelerinde uygulama imkanına sahiptir. Borçlunun veya üçüncü kişinin kusuru bulunmaksızın ihbarnameye karşı itiraz edilememesi ise icra mahkemesine gecikmiş itirazda bulunulabilecektir. İcra mahkemesi üçüncü kişinin kusurunu kabul etmesi doğrultusunda itirazın süresi içerisinde yapılmış sayılacağına karar verilebilecektir. (Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 24. Baskı, Yetkin Yayınları 2010) 255).

⁷⁴ Karakoç (n 31) 292.

⁷⁵ Candan (n 30) 293.



verilmiştir⁷⁶. Tebligatın mükellefe yapılması VUK hükümleri kapsamında gerçekleştirilmekte bu sebeple ödeme emrinin tebliğinde VUK'ta yer alan hükümler yerine 7201 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması durumunda da düzenlenmiş olan tebliğ işlemi geçersiz sayılmaktadır⁷⁷.

Mükelleflere yapılan tebliğlerde önemli bir sorun da mükellefiyetliği resen terk edilmiş olan işletmelerin e-tebligat yolu ile takip edilmesidir. Konu ile ilgili Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından “*mükellefiyetini kendi iradesiyle sona erdiren veya mükellefiyeti re’ sen terkin edilen gerçek kişilere, mükellefiyetin sona erdiği tarihten sonra yapılacak olan tebligatların, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 107/A maddesi uyarınca elektronik ortamda yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır*” şeklinde verilen karar⁷⁸ mükellef hakkı ihlaline neden olabilecektir. 456 sıra No’lu VUK Genel Tebliği’nin e-tebligat sisteminden çıkış başlığında “*Tüzel kişilerde ticaret sicil kaydının silindiği (nevi değişikliği ve birleşme halleri dahil) tarih itibarıyla, elektronik tebligat adresi kapatılır. Gerçek kişilerde ise ilgilinin ölümü veya gaipliğine karar verildiğinin idare tarafından tespit edilmesi*” durumu belirtilmiştir. Mükellefiyetliği kendi isteği üzerine veya idarece re’ sen terk edilmiş bir gerçek kişinin de mükellefiyetliğinin terkin edilmiş olması sebebiyle e-tebligat sistemi ile takip edilmesine devam edilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Tüzel kişiliklerde ticaret sicilinden kaydın silinmesine benzer şekilde mükellefin de mükellef kaydının silinmesi üzerine sistemden çıkış yapılabilmesi gerekmektedir.

2.2. Haciz Uygulanması Aşamasında Mükellef Hakları

Kamu alacağının tahsilinin sağlanması için kullanılan haciz yolu, kanunun izin verdiği ölçüde hem borçlunun hem de üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına müdahalenin yapıldığı bir cebren tahsil uygulamasıdır. Dolayısıyla bu yolun kullanılmasında tahsil dairesi ile borçlu mükellef arasındaki menfaat dengesinin sağlanabilmesi oldukça önemlidir. 6183 sayılı Kanun’un 62. maddesinin 6. fıkrası menfaat dengesinin sağlanması için tahsil dairesini sorumlu tutmuştur⁷⁹. Haciz uygulanırken; borçlu mükellefin taşınır ve taşınmaz mallarından önce çekişmesiz malları bir diğer deyişle istihkak iddiasında bulunulmayan mallar haczedilmelidir. Çekişmesiz taşınır mallardan ise öncelikle muhafazası ve satışı kolay olan ve yokluğu borçlu mükellefi en az etkileyen malların haczine öncelik verilmesi gerekmektedir. *Çalışmanın bu kısmında menkul ve gayrimenkul malların haczi aşamasındaki mükellef hakları ve uygulanan hacze karşı dava yollarını kullanma hakkı incelenecektir.*

⁷⁶ Danıştay İçtihatı Birleştirme Kurulu Kararı 13/18 13.03.1971, <<https://danistay.gov.tr/assets/pdf/upload/2021-12-30-12-03-5388184.pdf>> erişim tarihi: 12 Haziran 2022.

⁷⁷ Danıştay 9D 5363/7553 02.11.2011 (Özdemir (n 48) 293)

⁷⁸ Danıştay VDDKK 9/3 17.05.2024 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/05/20240517-4.pdf>> erişim tarihi 20 Mayıs 2024.

⁷⁹ Emine Sevcan Artun, ‘Karar İncelemesi Kamu İcra Hukukunda Haciz ve İhtiyatı Haciz İşlemlerine İlişkin Verilen Mahkeme Kararlarının Uygulanması’ (2014) (16) DEÜHFD 4535, 4542.

2.2.1. Menkul Malların Haczi ve Satışı Sırasında Mükellef Hakkı

Mükellefe uygulanacak menkul malların haczinde haciz tutanağının imzalanması ile haciz işlemi gerçekleşmiş olup tutanağın bir örneği de orada bulunanlara verilmektedir. Yapılan haciz işlemlerinin hukuka aykırılık göstermiş olduğu kanısına varılır ise verilen tutanak hak arama yollarında kullanılabilir. Gıyapta yapılan hacizlerde ise tutanağın bir örneği borçlu veya zilyede derhal tebliğ edilecektir⁸⁰. Hazırlanmış olan haciz tutanağı hukuki yönüyle bir idari işlem olup iptal davasına konu olabilmektedir⁸¹. Danıştayın vermiş olduğu bir kararda⁸² gıyapta haciz yapılması üzerine haciz tutanağının bir örneğinin kamu borçlusuna tebliğ edilmemesi sebebiyle haciz uygulamasına dayandırılarak yapılmış olan satış işleminin hukuka uygun olmadığı belirtilmiştir⁸³. Öte yandan haczedilen malların yediemine bırakılması durumunda yediemin bilgileri, malların değiştirilmesine engel olmak için alınan tedbirlerin neler olduğu, tahsil dairesinin izni dışında mallar üzerinde tasarrufta bulunulmasının hangi sonuçları doğuracağı hakkında haciz uygulanan mükellefin bilgilendirildiği haciz tutanağına yazılmalıdır⁸⁴. Bu işlemin yapılması mülkiyet hakkı çerçevesinde mükellefin bilgilendirilmesi bakımından yerinde olmaktadır.

Menkul mal haczi sırasında gereken durumda kapalı yerler zorla açtırılıp kilitler kırılabilir. Gereken her türlü zora başvurularak haczi mümkün olan mallar herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın zorla alınabilmektedir. Ancak zor kullanma eylemleri insan haklarına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde uygulanmalıdır⁸⁵. Halihazırda cezai bir yaptırım yerine getirmekle görevli bir savcının dahi mahkeme kararının olmaması durumunda konuta girip arama eylemini gerçekleştirmesi söz konusu olamazken kamu icra hukukunda icra memurunun mahkeme kararı olmadan konuta girme yetkisine sahip olması hem hukuk devletine aykırılık oluşturacak hem de borçlu ve üçüncü kişilerin hakları ile menfaatlerini olumsuz etkileyecektir⁸⁶. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun arama ve el koyma başlıklı dördüncü bölümünde şüpheli, sanık ve diğer kişilerle ilgili aramanın yapılması açıklanmıştır. Arama kararının bir hâkim kararı üzerine ve kolluk kuvvetleri tarafından yapılabileceği açıklanmıştır. Konuya sistematik bir bakış açısıyla bakıldığında Anayasal hakların ihlal edilme olasılığının bulunduğu böyle bir uygulamanın kamu icra hukukunda da benzer nitelikte yapılması esas olmalıdır. Zor kullanma fiilleri ölçülülük ilkesi, insan onuru ve özel hayatın gizliliği ilkeleri çerçevesinde

⁸⁰ Candan (n 30) 458.

⁸¹ Arslaner (n 25) 238.

⁸² Danıştay 3D 3415/887 24.01.1993.

⁸³ Mustafa Gülseven, *Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun* (Seçkin Kitabevi 1999) 529.

⁸⁴ Yılmaz (n 56) 767.

⁸⁵ Candan (n 30) 457.

⁸⁶ Pınar Çiftçi, 'Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku İle Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması' (2012) (12) *DEUHF* 313, 371.



uygulanmalıdır. Alacaklı tahsil dairesinin memuru ve kolluk kuvvetlerinin haciz esnasında bu Anayasal temelli ilkelere aykırı davranmaması gerekmektedir. Ancak madde metninde geçen her türlü zora başvurulabileceği ifadesi kelimenin telaffuzunda dahi olumsuzluk içerebileceğini yansıtmaktadır. Bu doğrultuda 6183 sayılı Kanunun ilgili maddesinde güncelleme yapılması gerekmektedir.

Menkul malların haczi aşamasında malların değerlendirilmesinin yapılması sonrasında tespit edilen değerler haciz tutanağına kaydedilecektir. Tahsil dairesi veya borçlu mükellefin talep etmesi durumunda yapılan değerlendirme bilirkişi⁸⁷ tarafından yeniden yapılabilecektir. Yeniden değerlendirme talebi için herhangi bir süre kanunda belirtilmemiş olmakla beraber satışın yapılmasına kadar talep edilebilmektedir⁸⁸. Uygulamada ise değer biçme işleminin gerçeği yansıtmaması halinde sonra yapılan işlemlerden ayrı olmak üzere dava konusu yapıp yapılamayacağına istinaden istikrarlı bir görüş bulunmamaktadır. Danıştayın bu konu hakkındaki önceki uygulamaları, işlemin zincir işlem teorisi kapsamında değerlendirileceği bu sebeple sonraki işlemde bağımsız olarak idari davaya konu edilemeyeceği şeklindeydi. Ancak Danıştay görüşünü zaman içerisinde değiştirmiş ve değer biçme işleminin satış işleminden ayrı olarak idari davaya konu yapılabileceği şeklinde kararlar almıştır⁸⁹. Değer biçme işlemine karşı mükelleflerin yargı yoluna gidebilmesi, hak arama özgürlüğünün ve mülkiyet hakkının korunması adına olumlu sonuçlar doğuracaktır.

Tahsil dairesi haczedilmiş olan menkul malları satışın gerçekleşmesine kadar veya kamu alacağının satış öncesi tahsil edilmesi durumunda borçlu mükellefe geri teslim edilmesine kadar koruma altına almakla yükümlü kılınmıştır. Korumanın sağlanmadığı durumda hizmet kusuru yapılmış sayılacak ve kusurlu sorumluluk çerçevesinde tahsil dairesi sorumlu olacaktır⁹⁰. Öte yandan güvenilir bir kişinin kefil olması halinde haczedilmiş olan malların borçlu mükellefin zilyetliğine bırakılması borçlunun işlerine devam etmesi ve kamu borcunun ödenmesi bakımından önemlidir. Kendilerine mal bırakılmış olan borçlular, zilyetler ve güvenilir şahıslar, bu malların kendilerine atfolunamayacak nedenlerden dolayı telef veya zayi olduğunu kanıtlamaları halinde ise sorumluluktan kurtulmuş olacaklardır. Ancak bu kanıtlamanın kabul edilip edilmemesi idarenin takdirinde olacaktır. İdarenin kabul etmemesi halinde yargıya gidilebilecektir⁹¹. Malın borçluya bırakılıp bırakılmayacağı konusunda takdir yetkisi idarede olup borçlunun vergi sicilinin temiz olup olmadığı değerlendirilerek bir karar verilmesi uygun olacaktır. Malın korunması için yediemine bırakılması durumunda ise malın zarar görmesi üzerine mükellefler

⁸⁷ Bilirkişi raporuna karşı itiraz olması durumunda belirsizliklerin ve çelişkilerin giderilmesi amacıyla yeni sorular tertiplenerek aynı bilirkişiden ek rapor istenebilmektedir. (Süha Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik* (Yetkin Yayınları 2017) 118.)

⁸⁸ Arslaner (n 25) 260.

⁸⁹ Candan (n 30) 476. (Danıştay 3D 4098/2604 16.10.1991, Danıştay 4D 1975/4032 17.10.1995)

⁹⁰ Danıştay 10D 962/798 03.10.1997.

⁹¹ Yılmaz (n 56) 799, 808.

zarar tazminini karşılamak için idareye dava açabilecektir. Öte yandan özellikle ev ve iş yeri hacizlerinde menkul malların bu yerlerden çıkartılıp götürülmesi onur kırıcı bir hareket olup mükellefin saygınlığının azalmasına da sebep olabilecektir. Bu sebeple menkul mal haczinde malın borçlu kişiye bırakılması sonucu mükellef ile idare arasında menfaat dengesinin sağlandığı ifade edilebilecektir.

2.2.2. Üçüncü Kişilerin Haciz Bildirisine Karşı İtiraz Hakkı

6183 sayılı Kanununun 79. maddesinde üçüncü kişilerdeki menkul malların, alacakların ve hakların haczi düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan özel takip yolu kapsamında madde metninde belirlenmiş nitelikteki mal, alacak ve haklar için üçüncü kişiye haciz bildirisini tebliğ edilmektedir.

Üçüncü kişilere takip başlatıldığında uygulamada yaşanan sorunlardan biri kamu borçlusunun borç tutarı dikkate alınmaksızın elektronik haciz uygulanmasıdır. Mükellefin kamu borcundan dolayı banka hesabının tamamına bloke konulması, hukuk devletinin alt ilkelerinden ölçülülük ilkesine aykırılık göstermesinin yanı sıra mülkiyet hakkı bağlamında hukuka aykırı bir durum oluşturabilecektir⁹². Uygulama incelendiğinde vergi idaresinin mükelleflerin banka hesaplarına e haciz koyması belirli tutar çerçevesinde yapılmaktadır. Bu konuda idare ve banka ile yapılan görüşmeler doğrultusunda vergi idaresinin e haczi borç tutarıyla sınırlı bir şekilde uyguladığı bloke yönetiminin bankada olduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle bankanın elektronik haciz uygulaması konusunda iyileştirmeler yapılması önerilmektedir. Zira mükellefin mevduatının tamamını bankada tutması ve serbest bırakılması gereken mevduat tutarını da kullanamaması mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin aşırılığını ve haczin taşkın bir şekilde yapıldığını göstermektedir. Bu sebeple 6183 sayılı Kanun'un 70. maddesinde belirtilmiş olan haczedilemeyecek mallara ekleme yapılarak veya 70/A maddesi oluşturulup elektronik haciz kapsamında mükellefin banka hesaplarına konulmuş olan bloke ile ilgili hukuki dayanak oluşturulmalıdır. Önerilen tasarı madde şu şekilde belirlenebilir:

“Elektronik Haciz

Madde 70/A: *Borçlunun elektronik haciz konulmuş olan banka hesaplarına bankanın rehin hakkı saklı kalmak üzere haciz bildirisinde belirtilmiş olan borç tutarı nispetinde bloke konulması gerekir; borç tutarını aşan kısma banka tarafından blokenin uygulanmaması ve bu kısmın borçlunun tasarrufuna bırakılması zorunludur.”*

Kamu alacağının tahsil edilmesi amacıyla kendisine haciz bildirisini gönderilmiş olan üçüncü kişi tarafından yedi gün içerisinde ileri sürülebilecek itirazlar borcu olmadığı, malın yedinde bulunmadığı, haczin tebliğinden önce borcu ödemiş olduğu, mal istihlak edilmiş ya da kusuru olmaksızın telef olduğu, alacaklının emrettiği yere verilmiş olduğu şeklindedir.

⁹² Balcı (n 22) 1031.



Mükelleflerin bunlardan herhangi birini tahsil dairesine yazılı itiraz ile bildirmiş olması gerekmektedir. Bu bildirim yapılması ile alacaklı tahsil dairesi kamu gücünü kullanarak üçüncü kişiye haciz uygulaması gerçekleştiremez⁹³. Üçüncü kişinin bu iddialarını kanıtlamasına ve bildirim iptali için idari dava açmasına da gerek bulunmamaktadır⁹⁴. Danıştayın kararlarında haciz bildirisinin kesin ve yürütülebilir bir işlem olmayıp davaya konu olamayacağı fakat itiraz edilmemesi üzerine üçüncü kişiye düzenlenecek olan ödeme emri ve haciz kararları için yargısal yolun kullanılabilmesi ifade edilmiştir⁹⁵. Üçüncü kişinin haciz bildirisine sürecinde dava açmaması halinde borçtan kurtulmak için kendisine tanınan diğer bir hak ise menfi tespit davası açma hakkıdır. Üçüncü kişi kendisine haciz bildirisinin tebliğinden itibaren 1 yıl içerisinde genel mahkemelerde menfi tespit davası açarak, kamu borçlusuna borcu olmadığını ya da malın elinde bulunmadığını ispat etmek durumundadır⁹⁶. Ayrıca dava devam ederken teminat göstererek takip işlemlerinin geçici olarak durdurulmasını talep edebilecektir⁹⁷. Alacaklı tahsil dairesine verilen teminat haciz varakasına dayanılarak haczedilecektir. Teminatın niteliği veya miktarı konusundaki uyuşmazlıklar takip işlerini durduran adli yargı mahkemesi tarafından çözümlenecektir. Menfi tespit davasında haklı bulunan üçüncü kişi takipten kurtulacaktır. Ancak davada haksız çıkılması durumunda davaya bakan mahkeme %10 tutarında inkâr tazminatı hükmü verebilmektedir⁹⁸. İnkâr tazminatına hükmedilmesi sonucu özünde hak arama özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilecektir. İnkâr tazminatı ödeme emrine karşı davasında haksız çıkan mükelleflere uygulanan haksız çıkma zammı niteliğinde görülebilir. Haksız çıkma zammına karşı Anayasaya aykırılık gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine gidilmiş ve mahkeme bu zammın Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla inkâr tazminatının da mükellefin hak arama özgürlüğünü kısıtlayan bir yaptırım olması nedeniyle iptal edilmesi yerinde olacaktır.

2.2.3. Gayrimenkul Malların Haczi ve Satışı Sırasında Mükellef Hakkı

Kamu borcu sebebiyle borçlu mükelleflerin gayrimenkul mallarına da haciz işlemi uygulanabilmektedir. Borçluya ait gayrimenkul mal haczinde özellikle haline münasip ev haczi konusunda uygulamada problemler yaşanabilmektedir. 6183 sayılı Kanunun'un 70. maddesinde açıklanan haczedilemeyecek mallar başlığı altındaki 11. fıkrasında "*Borçlunun haline münasip evi "ancak evin değeri fazla ise bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılabilir"* ifadesi yer almaktadır.

⁹³ Yılmaz (n 56) 778.

⁹⁴ Candan (n 30) 469.

⁹⁵ Balcı (n 22) 1017. (Danıştay 3D 12319/6042 06.11.2019, Danıştay VDDK 1345/1336 28.12.2016, Danıştay 9D 14239/6663 09.12.2019)

⁹⁶ Çelik (n 43) 232.

⁹⁷ Bahçeci (n 68) 252.

⁹⁸ Candan (n 30) 473.

Kamu alacağının tahsili sürecinde kamu borçlusunun mesken olarak kullandığı evin haczinin en son aşamada tercih edilmesi gerektiği Danıştayın çok sayıdaki kararında belirtilmiştir. Haczin uygulanmasında borçlunun mesken olarak kullanılan evinin haczinden ziyade varsa farklı taşınır ve taşınmaz malvarlığının araştırılıp öncelikle bunlara haciz konulması sosyal hukuk devletinin gereği olmaktadır⁹⁹. Uygulamada ödeme emri tebliği edilmesine rağmen borcunu ödemeyen borçlu mükellefler için elektronik ortamda yapılan malvarlığı araştırmasından sonra muhteviyatına bakılmaksızın gayrimenkul haczi uygulanabilmektedir. E haciz sistemi haciz uygulamasının pratikliğini artırmakta ancak bu sistemin, mülkiyet hakkı gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde en çok yargılanan ve tazminat ödenmesine yol açan konularda daha da dikkatli bir şekilde kullanılması gerektiği açıktır. Mesken hacizleri gerçekleştirilirken vergi idareleri incelemelerinde daha özenli olmalı ve mağduriyetlere yol açmamalıdır¹⁰⁰. Bunların yanı sıra haline münasip evin haczedilmezliği konusunda münasip kavramı idari işlem çerçevesinde idare tarafından belirlenmektedir. Oysa ki egemenlik gücünü elinde bulunduran idarenin odak noktası yalnızca kamu alacağının tahsili olabilmektedir. Bu doğrultuda likiditenin dikkate alınmamasının yanı sıra gayrimenkulün haline münasip olup olmadığı araştırılmadan mükellefe haciz işlemi uygulanabilmektedir. Yapılabilecek bir mevzuat düzenlemesi ile bu konuda idarenin geniş takdir yetkisinin sınırları çizilebilmelidir. Ayrıca borçlu mükellefin haline münasip evin haczine karşı yapacağı itiraz ve itirazın süresi de belirlenmemiştir. Mükellefin anayasada yer alan konut hakkını etkileyecek ve ağır sonuçlar yükleyecek olan haline münasip ev haczinde yol hırsının çizilmesi gerekmektedir.

Öte yandan 6183 sayılı Kanununun 99. maddesinde gayrimenkul satış ihalesinin feshi açıklanmıştır. Satış ihalesinin tamamlanması üzerine ihale kararının tebligatı ihalenin ilgili taraflarına yapılmaktadır¹⁰¹. İlgililer kendilerine tebliğ yapıldıktan sonraki 7 gün içerisinde adli yargıda icra mahkemesinden şikâyet yolu ile ihalenin feshini isteyebilme hakkına sahip olacaklardır. Menfaatler dengesi kapsamında ihale edilen gayrimenkulün üzerinde aynı ve şahsi hakka sahip olan ve ihaleden zarar gören borçlu ya da temsilcisi, tapu kütüğünde tescil edilmiş hak sahipleri ve tapuda haklarını şerh ettiren kişiler ihalenin feshini talep edebileceklerdir¹⁰².

2.2.4. Hukuka Aykırı Haciz İşlemlerinde Tam Yargı (Tazminat) Davası Açma Hakkı

Haciz uygulaması oldukça ayrıntılı kural ve eylemler içermektedir. Uygulama sırasında tahsil dairesinin kanuna uygun hareket etmesi gerekmektedir. Haciz aş-

⁹⁹ Balcı (n 22) 979.

¹⁰⁰ Volkan Erdoğan, 'Vergi Borcundan Dolayı Haline Münasip Evin Haczedilmesinin Sonuçları' (2013) (381) Vergi Dünyası Dergisi 96, 97.

¹⁰¹ Ahmet Erol, *Taşınmaz Mal Haczi ve Satışı* (Yaklaşım Yayıncılık 2010) 414.

¹⁰² Karakoç (n 31) 485.



masına gelindiğinde kesinleşmiş bir kamu alacağının varlığı haciz işlemlerinde hukuka aykırı işlemin uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir¹⁰³. İdare yaptığı her işleminde hukuka uygun hareket etmek zorundadır. Fakat idare dönem dönem hukuk kurallarını dikkate almadan da işlem yapabilmektedir. Bundan dolayı hukuksuz yapıldığı iddia edilen eylemler yargı denetiminden geçmek durumunda kalabilir¹⁰⁴. Dolayısıyla mükellefler mülkiyet hakkının korunması, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve zarar tazmini gibi haklar çerçevesinde hukuka aykırı haciz işlemlerine karşı dava açabileceklerdir.

6183 sayılı Kanun hükümleri arasında haciz işlemlerine karşı kanun yollarına başvurma ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat haciz işlemi kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu için Anayasa'nın 125. maddesi kapsamında yargısal denetime tabi olacaktır¹⁰⁵. Haciz gibi sosyolojik ve psikolojik bir işleme karşı gidilebilecek kanun yollarının 6183 sayılı Kanun'da yer almaması büyük bir eksiklik yaratmaktadır. Yargısal yola başvurma hakkı anayasal bir hak olup bu yola başvurunun usulünün kanunda açıkça yer almaması yargıya ulaşım hakkının zedelendiğini göstermektedir.

Devlete, il özel idarelerine, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ile bunların zam ve cezalarından doğan alacaklar için haciz uygulanmasına karşı İYUK'un 7. maddesine göre 30 gün içinde, bu sayılanlar dışında kalan kamu alacaklarına karşı ise 60 gün içerisinde dava açılabilir¹⁰⁶. Burada sürelerin hesaplanması haczin borçlu mükellefin hazır bulunması ve gıyabında yapılmasına göre farklılık göstermektedir. Haciz borçlunun hazır bulunması sırasında yapıyor ise sürenin başlangıcı haciz tutanağının imzalandığı tarihten itibaren belirlenirken, gıyapta yapılan hacizlerde ise süre haciz tutanağının tebliğ edilme tarihinden itibaren başlayacaktır¹⁰⁷.

İYUK'un 28/1. maddesinde "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez*" ifadesi yer almaktadır. Buna göre vergi idaresi esasa ve yürütmenin durdurulmasına istinaden verilen yargı kararlarını idareye tebliğ tarihinden itibaren otuz günü geçirmeksizin uygulamak zorundadır.

İYUK'un 28/3. maddesinde ise "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi*

¹⁰³ Recai Dönmez, *Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip* (Seçkin Yayıncılık 2005) 194.

¹⁰⁴ Atilla Özer, *Anayasa Hukuku Genel İlkeler* (Turhan Kitabevi 2005) 110.

¹⁰⁵ Gerçek (n 32) 257.

¹⁰⁶ Balcı (n 22) 955.

¹⁰⁷ Erol (n 101) 308.

tazminat davası açılabilir” ifadesi doğrultusunda yargı kararlarına göre işlem tesis etmeyen idarelere karşı maddi ve manevi tazminat davası açılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Haciz işlemi uygulanması durumunda haczin kaldırılması kararının tebliğini alan vergi idaresinin haczi kaldırması gerekecektir. Buna rağmen haczin kaldırılmadığı durumda vergi idaresinin¹⁰⁸ aleyhine tazminat davası açılacaktır¹⁰⁹. İdare mahkeme kararlarını uygulamaması durumunda direkt tazminatla yükümlendirilmemektedir. Tazminata hükmedilebilmesi için gerçekleşmiş bir zararın bulunması, zararı doğuran olayın idareye yüklenebilecek nitelikte olması ve zarar ile mahkeme kararının uygulanmaması arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir¹¹⁰. Danıştayın bir kararında¹¹¹ idarenin sorumluluğu *“kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur”* şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda hukuki sorumluluk çerçevesinde idare tarafından bireylerin uğradığı zararın tazmininin yapılması vurgulanmıştır.

Meydana gelen zararın kaynağı borçlu mükellefin veya üçüncü kişinin eşya üzerinde tasarruf haklarının kısıtlanması veya tasarrufta bulunamaması olarak belirtilebilir. Buradaki sorumlulukta ağır hizmet kusuru aranmaktadır. Alacaklı kamu idaresi tarafından takibin haksız bir şekilde yapılmış olması önem arz etmektedir. Borçlu mükellefin de kusurluluk durumu var ise zararın belirlenmesi aşamasında dikkate alınacaktır. İdarenin bu şekildeki sorumluluğu tam yargı davasının konusunu oluşturmaktadır¹¹². Hakkında haciz uygulanmış olan mükellefin zararının tazmini amacıyla açılan tam yargı davasında davalı mükellef ispat külfeti altında kalacaktır. Dolayısıyla mükellef delillerini toplayıp mahkemeye kendi sunacak olup re’ sen araştırma ilkesi kapsamında mahkemeden gerekli delillerin toplanması ve dosyaya eklenmesini talep edebilecektir¹¹³.

Uygulanan haciz işlemine karşı iptal ve tam yargı davasını beraber açacak olan mükellefin dava açma süresi haciz işleminin öğrenilmesi ya da mükellefe bildirildiği tarihten itibaren otuz gündür. Bunun dışında dava açacak olan mükellef aynı zamanda İYUK’un 11. maddesi kapsamında üst makama başvuru yolunu da kullanabilecek olup bu yolu da tercih eder ise otuz günlük dava açma süresi duracak ve kalan süre otuz günlük zımnî red süresinin dolmasından sonra veya red kararının

¹⁰⁸ Anayasanın 40/3. maddesinde haksız işlemlerin resmi görevli tarafından yapılması durumunda davanın devlet adına açılacağı ancak ilgili görevliden rücu edilebileceği belirtilmiştir.

¹⁰⁹ Karakoç (n 31) 314.

¹¹⁰ Cemil Kaya, ‘İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi’ (2010) XIV(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 61.

¹¹¹ Danıştay 13. D’nin 24.06.2021 tarih, Esas no: 2015/3638, Karar no: 2021/2483.

¹¹² Karakoç (n 31) 314.

¹¹³ Bilge Demirtürk, *Vergi Alacağına Dayalı Hukuka Aykırı Haciz İşlemi Nedeniyle Açılan Tazminat Davası* (Seçkin Yayınları 2022) 179.



mükellefe tebliğ edilmesi tarihinden itibaren işlemeye devam edecektir. Mükellefin doğrudan tam yargı davası açması durumunda ise süre haciz işleminin öğrenildiği veya bildirildiği tarihten itibaren otuz gündür. Öte yandan mükellef iptal davasının ardından tam yargı davası açma yolunu tercih edecek ise süre iptal davasında verilen kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün olacaktır. Tam yargı davasında özel görevli mahkeme vergi mahkemesi olup davaların burada açılması gerekmektedir¹¹⁴. Görüldüğü üzere mükellefler haklarında uygulanan haciz işlemlerinde idare tarafından zarara uğratılmışlar ise tam yargı davası açarak zararını tazmin edebileceklerdir.

2.2.5. İstihkak Davası Açma Hakkı

Haczin uygulanması aşamasında açılacak önemli davalardan biri de istihkak davasıdır. İstihkak kelime anlamı itibariyle hakkı olma, hak kazanma ve hak ediş anlamlarına gelmektedir¹¹⁵. İstihkak iddialarının hangi tür mallar için yapılacağı 6183 sayılı Kanun'da net olarak belirtilmemiş olup gerek taşınır gerek ise taşınmaz mallar üzerinde istihkak iddiasında bulunulabilecektir¹¹⁶. Mülkiyet hakkının bir eşya üzerinde kurulan en temel hak olmasından dolayı cebri icra uygulanmasında alacaklının hakkından daha önce gelen bir haktır. Üçüncü kişi tarafından bu iddianın yapılmasıyla amaçlanan malın borçluya değil kendisine ait olduğudur. Bu şekilde mülkiyet hakkına yapılacak olan müdahalede hak sahibi hakkının korunması adına işlem yapabilecektir¹¹⁷. İstihkak davasına bakmakla görevli olan mahkeme haczi gerçekleştiren tahsil dairesinin bulunduğu mahaldeki adli mahkemelerdir¹¹⁸. Gerek sulh hukuk mahkemeleri gerekse de asliye hukuk mahkemeleri tarafından verilmiş olan kararlar için temyiz incelemesi yolu açıktır. Dolayısıyla bu mahkemelerin verdiği aleyhe kararlara karşı temyiz mahkemesine başvurulabilmektedir¹¹⁹. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun vermiş olduğu bir kararda haciz işlemine karşı açılan istihkak davalarının adli yargıda sonuçlandırılması gerekirken davanın haczin iptali olarak değerlendirilmesi ve vergi mahkemesi tarafından sonuçlandırılmasının Kanuna uygun olmadığı belirtilmiştir¹²⁰.

İstihkak davaları duruşma yapılarak ve diğer davalardan öncelikli olarak görülmektedir. Taraflar ispat yükümlülüklerini her türlü delil kullanarak yerine geti-

¹¹⁴ Demirtürk (n 113) 145,149.

¹¹⁵ Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> , erişim tarihi 05.01.2024.

¹¹⁶ Arslaner (n 25) 314.

¹¹⁷ Nesibe Kurt Konca, 'Üçüncü Kişi Elinde Haczedilen ve Üçüncü Kişinin Üzerinde Mülkiyet İddiasında Bulunduğu Taşınır Mallar Üzerinde Alınacak Muhafaza Tedbirlerinin Kapsamı' (2009) (2) Ankara Barosu Dergisi 32, 35.

¹¹⁸ Mine Nur Bozdoğan, '6183 Sayılı Kanun Açısından Haciz Uygulamasında İstihkak İddiasının İncelenmesi ve Değerlendirilmesi' (2002) (168) Vergi Sorunları Dergisi 104, 119.

¹¹⁹ Recep Beyazkılıç, Suriye Kaya, Murat Sever, Ali Güler ve Ümit Yiğit, *6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, (Arıkan Basım Yayım Dağıtım 2006) 357.

¹²⁰ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı 98/210 03.06.1994 (Gülseven (n 83) 460)

rebilirler¹²¹. İstihkak iddiasında bulunulacak malın borçlunun ya da üçüncü kişinin elinde olma durumu davanın tarafları, süreleri ve tehiri açısından farklılık gösterebileceği için haciz tutanağında belirtilmesi gerekmektedir¹²². İstihkak iddialarına karşı dava açma süresi üçüncü kişiye ve idareye göre farklılaşmaktadır. Üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddi sonrasında dava açma süresi 7 gün iken, idarenin istihkak davası açma süresi 15 gündür¹²³. İstihkak davası açma süresi mükellef veya üçüncü kişi için 7 gün ancak alacaklı kamu idaresi için 15 gündür. Silahların eşitliği ilkesine göre davada taraf olanlara farklı süreler verilmesi mükellef ve üçüncü kişiler cephesinde hak kaybına neden olabilmektedir.

6183 sayılı Kanununun 68. maddesinde ise davacı olan tarafın takibin ertelenmesini isteyebilmesi açıklanmıştır. Takibin ertelenmesine karar verecek olan mahkeme delillerin içeriğine göre değerlendirme ve takdir etme yetkisine sahip olacaktır. Olası bir zarara yeterli gelecek şekilde teminat gösterilmesi durumunda mahkeme tarafından takibin tehirine karar verilebileceği açıklanmış olup takibin tehirine karar verilmesi sonrasında davanın reddolunması durumunda hacizli malın değerinin %10'u oranında tazminata hükmolunacağı da belirtilmiştir¹²⁴. İcranın tehiri sebebiyle malı haksızlıkla haczedilmiş olan ve bu durumdan dolayı zarar gören üçüncü kişiler de zararın tazmini için dava açabilme hakkına sahip olmaktadır¹²⁵. Davanın reddolunması sonucunda mükellefin ödemek zorunda kaldığı bu tazminat hak arama özgürlüğüne aykırı bir durum yaratmaktadır. Dolayısıyla inkâr tazminatının da mükellefin hak arama özgürlüğünü kısıtlayan bir yaptırım olması nedeniyle iptal edilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Kamu gücünü elinde bulunduran tahsil dairesinin kamu alacağının tahsilini gerçekleştirirken hem Anayasada hem de Kanunlarda mükelleflere tanınmış olan hakları ihlal etmemesi önem arz etmektedir. Fakat uygulama aşamasında mükellef haklarına aykırı, hukuka uygun olmayan ve belirsizlik taşıyan durumlar tespit edilmiştir. Çalışmada spesifik olarak mükellefleri en çok etkileyen cebren tahsil ve alacağın korunması evrelerinde mükelleflere uygulanan işlemler, haklar ve ilkeler doğrultusunda analiz edilmiş ve hukuka aykırı uygulamalar ortaya konulmuştur.

Kamu alacağının korunması sürecinde uygulama kolaylığı nedeniyle en çok tercih edilen yöntem teminat istemedir. Ancak mükellefin kasti olmayan hata ile

¹²¹ Gerçek (n 32) 271.

¹²² Bozdoğan (n 118) 108.

¹²³ Kamil Mutluer ve Nilay Dayanç Kuzeyle, *Vergi Teorisi İle İlişkilendirilmiş Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler* (Yetkin Yayınları 2019) 337.

¹²⁴ Yılmaz (n 56) 701.

¹²⁵ Yılmaz Özbacı, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları* (2. Baskı Oluş Yayıncılık 2012) 714.



yapmış olduğu bir işlem için vergi ziyayı cezası alması halinde dahi teminat istenmesi mükellefi olumsuz etkileyebilecektir. Vergi ziyasının meydana gelmiş olduğu herhangi bir somut durum veya delil tespit edilmeden teminat istenmemelidir. Mükellefin malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayan bu uygulama hem hukuk devletine aykırılık gösterecek hem de mülkiyet hakkının ihlalini oluşturacaktır. Öte yandan tahmini tutar olarak uygulanan ihtiyati haciz işleminin hangi tutarda olması gerektiğinin belirlenmemiş olması aynı zamanda ölçülülük ilkesine de aykırıdır. Yapılan incelemenin sonucunun ne olduğu bilinmeden ve hangi sürede sonuçlanacağı netleşmiş olmayan bu uygulama ile mükellefin ticaret özgürlüğü de kısıtlanabilecek hatta iş çevresindeki güvenilirliği dahi etkilenebilecektir. Dolayısıyla teminat istenmesi gereken durumlarda hemen ihtiyati haciz kararı alınmamalı mükellefin vergisel mazisi de göz önünde bulundurularak kaçma, mal kaçırma veya hileli yollara sapma gibi somut durumlar yoksa yalnızca teminat isteme müessesesi çalıştırılmalıdır.

Hakkında ihtiyati haciz uygulanmış mükelleflerin İYUK' un 11. maddesi kapsamında üst makama başvuru yolunu kullanıp kullanamayacağı konusunda yargı kararlarında istikrarsızlık mevcuttur. Dolayısıyla mükellefin yargısal yola gitme hakkı var ise uyuşmazlığı idari çözüm yolu ile de sonlandırabilme hakkı olmalıdır. Kamu alacağının korunma yöntemlerinden bir diğeri olan ihtiyati tahakkuk için kanunda yer alan şartların oluşması durumunda mükellefin malvarlıklarına tutar belirlenmeksizin ihtiyati tahakkuk ve akabinde ihtiyati haciz uygulanması mükelleflerin mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunabilme hakkını kısıtlayacaktır. Tutarın netleştirilmeden taşkın haciz uygulanarak tasarruf hakkının kısıtlanması ölçülülük ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.

Kamu alacağının tahsili sürecinde en önemli aşamalardan biri de mükellefe ödeme emrinin gönderilmesidir. Mükelleflere vadesi geçmiş vergi borçlarını ödemeleri için düzenlenen ödeme emirleri gönderilmeden önce tahsil dairesinin mükellefin mahsup talebinin olup olmadığını kontrol edecek bir altyapı sisteminin kurulması gerekmektedir. Dolayısıyla bu şekilde yapılacak bir otokontrol sistemi veya kurulacak bir entegre altyapı ağının oluşturulması ile mükellefin alacağının/iadesinin olduğu durumda mahsup işlemi kendiliğinden devreye alınmalıdır. Bunun yanı sıra 6183 sayılı Kanunda kendisine ödeme emri gönderilmiş olan mükellefin belirli gerekçeler göstererek ödeme emrine itirazda bulunabileceği belirtilmiştir. Fakat mükellefin ödeme emrine karşı İYUK' un 11. maddesi doğrultusunda idari makama başvuru yapabileceği netleşmiş bir konu değildir. Ancak bu yolun kullanımının yasak olduğuna dair de bir madde 6183 sayılı Kanun' da bulunmamaktadır. Uygulamaya bakıldığında da bu konu için yargı kararlarında istikrar görülmemektedir. Bu yolun kullanılmasının engellenmesi ise mükellefin hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelecek olup konuyla ilgili içtihadı birleştirme kararının alınması yerinde olacaktır.

6183 sayılı Kanunda ödeme emrine karşı itirazın süresinde (15 gün) yapılamaması nedeniyle hak düşürücü süre olmasından dolayı mükelleflerin icra takibine

alınmaması için bu süreyi kaçırmamaları gerekmektedir. Ayrıca mükellefin ödeme emri tebliği sonrasında mücbir sebebin meydana gelmiş olması durumunda ödeme emrine karşı dava açma süresinin uzayıp uzamayacağına ilişkin 6183 sayılı Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuyla bağlantılı olarak diğer kanunlar incelendiğinde İcra ve İflas Kanununda yer alan gecikmiş itiraz uygulaması ve Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan eski hale iade uygulamalarının hak kayıplarının önüne geçebilmek amacıyla getirildiği görülmektedir. Bu uygulamalara benzer bir müessesenin 6183 sayılı Kanuna da getirilmesi yerinde olacaktır. Çünkü mükelleflerin kusursuz olarak ödeme emrine karşı dava açma sürelerini kaçırmaları söz konusu olabilmektedir. Mükelleflere cebren tahsil süreci başlatılmadan gecikmiş itirazlarını kanıtlama şansı verilmesi hak arama özgürlüklerinin yanı sıra adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim haklarının da verilmesi gerekmektedir. Mücbir sebep halinde dava açabilmenin yanı sıra verginin ödenmesinin ertelenmesi ve gecikme zammının uygulanıp uygulanmayacağı konuları da geçici çözümler içermektedir. Özellikle deprem, yangın gibi durumlarda Hazine ve Maliye Bakanlığı anlık çözüm olarak bölgesel mücbir sebepler ilan etmektedir fakat bu durumun yasal dayanağının oluşturulması ihtiyaç haline gelmiştir.

Öte yandan haciz işlemlerinin makul bir süre içerisinde tamamlanması hukuk devletinin de göstergesi olmaktadır. Gerek menkul gerek gayrimenkul mallarda satış işleminin kanundaki usule aykırı bir şekilde yapılmış olması durumunda ise mükellefler önce işlemi yapan idareye başvurarak İYUK' un 11. maddesi gereği işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem uygulanmasını isteyebilmelidir. Bunun yanı sıra idarenin uyguladığı işlem sonucu işlemde zarar görmüş olan mükellefin İYUK' un 12. maddesi gereği tam yargı davası açma hakkını kullanabilmesi gerekmektedir. Haciz uygulamasında sıkça yaşanan olumsuz bir durum da mükellefin haline münasip ev haczidir. Haline münasip evin haczedilemeyeceği konusunda münasip durumun değerlendirilmesi idare tarafından yapılacaktır. Haline münasip olması kararı mükellefin aile yapısı da dikkate alınarak verilecektir. Bu bakımdan subjektiflik değerlendirilmesi de yapılmalıdır. Ancak egemenlik gücünü elinde bulunduran idare yalnızca kamu alacağının tahsiline odaklanmaktadır. Dolayısıyla bu kararın verilmesinde idarenin geniş takdir yetkisi bulunmamalı yapılacak bir mevzuat düzenlemesi ile bu sorun ortadan kaldırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Arslaner H, *6183 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yolu İle Tahsili* (Yetkin Yayınları 2010).

Artun E. S, 'Karar İncelemesi Kamu İcra Hukukunda Haciz Ve İhtiyatı Haciz İşlemlerine İlişkin Verilen Mahkeme Kararlarının Uygulanması' (2014) (16) DEÜHFD 4535-4566.

Atar Y, *Türk Anayasa Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2019).

Ay H ve Alpaslan M, 'Kamu Alacaklarının Takibinde Yeni Tip Ödeme Emrine Karşı



Vergi Davası Açılması ve Yürütmenin Durdurulması Problemleri' (2011) (360) Vergi Dünyası Dergisi 165-169.

Aydoğdu Y, 'Türk Hukukunda Siyasi Haklar ve Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu', (2017) (128) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 39-72.

Bahçeci B, *Kamu Alacağını Takip Hukuku*, (Seçkin Yayıncılık 2019).

Bakar F, *Mükellef Hakları ve Türkiye'de Mükellef Haklarının Korunmasına Yönelik Öneriler* (Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2011).

Balcı M, *Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması* (2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2021).

Balcı M, *Teminat İsteme ve İhtiyati Haciz Uygulamalarında Yaşanan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (Oniki Levha Yayıncılık 2021).

Başar C, 'Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri' (2015) (16 Özel sayı), DEUHFD 4567-4611.

Beyazkılıç R, Kaya S, Sever M, Güler A ve Yiğit Ü, *6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, (Arıkan Basım Yayım Dağıtım 2006).

Bozdoğan M.N , '6183 Sayılı Kanun Açısından Haciz Uygulamasında İstihkak İddiasının İncelenmesi ve Değerlendirilmesi' (2002) (168) Vergi Sorunları Dergisi 104-122.

Candan T, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, (4. Baskı Yetkin Yayınları 2018).

Ceylan N. A, 'Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Sosyal Ve Ekonomik Haklar Ve Hakların Bütünlüğü İlkesi' (2017) (2) Anasay Dergisi 217-226.

Çağan N, Vergilendirme Yetkisi (Kazancı Hukuk Yayınları 1982).

Çelik B, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018).

Çiftçi P, 'Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku İle Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması' (2012) (12) DEUHFD 313-379.

Demirtürk B, *Vergi Alacağına Dayalı Hukuka Aykırı Haciz İşlemi Nedeniyle Açılan Tazminat Davası* (Seçkin Yayınları 2022).

Dönmez R, *Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip* (Seçkin Yayıncılık 2005).

Dural M, *Türk Özel Hukuku*, (Filiz Kitabevi 2013).

Egeli H ve Dağ M, 'Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi' (2012) (163) Maliye Dergisi 130-146.

Erol A, *Taşınmaz Mal Haczi ve Satışı* (Yaklaşım Yayıncılık 2010).

Erdoğan V, 'Vergi Borcundan Dolayı Haline Münasip Evin Hacedilmesinin Sonuçları' (2013) (381) Vergi Dünyası Dergisi 96-100.

Erol A, 'Mükellef Hakları ve Evrensel Değerler' (2011) (89) Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi 18-23.

Ertaş T, 'Kamu İcra Hukukunda Sosyal Devlet İlkesi', (2015) (16 Özel sayı, 2015, DEUHF 4737-4783).

Gerçek A, *Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi* (3. Bası, Yaklaşım Yayıncılık 2006).

Gerçek A, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, (6.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 188.

Gülseven M, *Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun* (Seçkin Kitabevi 1999).

Güzel A, 'Amme Alacakları Bakımından Şahsi Kefalet Uygulaması' (2007) (98) Vergi Raporu Dergisi 47-50.

Hatemi H, *Medeni Hukuka Giriş* (3. Bası, Vedat Kitapçılık 2004).

Hepaksaz E ve Avcı O, 'Seçilmiş Ülkeler Kapsamında Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi' (2020) 15(3), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi 1061-1080.

Karadoğan U, 'Ödeme Emrine İtiraz Sebeplerinden Olan Borcum Yoktur'un Kapsamı' (2000) (318) Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi 74-77.

Karakoç Y, *Kamu İcra Hukuku* (Yetkin Yayınları 2016).

Karakoç Y, *Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler* (Yetkin Yayınevi 2017).

Kaya C, 'İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi' (2010) XIV(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59-77.

Kurt Konca N, 'Üçüncü Kişi Elinde Haczedilen ve Üçüncü Kişinin Üzerinde Mülkiyet İddiasında Bulunduğu Taşınır Mallar Üzerinde Alınacak Muhafaza Tedbirlerinin Kapsamı' (2009) (2) Ankara Barosu Dergisi 32-42.

Kuru B, Arslan R ve Yılmaz E, *İcra ve İflas Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 24. Baskı, Yetkin Yayınları 2010).

Metin Y, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi* (Seçkin Yayıncılık 2002).

Mutluer K ve Dayanç Kuzeyli N, *Vergi Teorisi İle İlişkilendirilmiş Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, (Yetkin Yayınları 2019).

Organ İ ve Coşkun Karadağ N, 'Türk Vergi Yargısında Yürütmenin Durdurulması II' (2012) 21(3) Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 71-84.

Öz E, *Vergilemede Kanunilik İlkesine Göre Türk Vergi Sisteminin Değerlendirilmesi* (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi 2004).

Özbalcı Y, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları* (2. Baskı Oluş Yayıncılık 2012).



Özdemir M, *Vergi İcra* (Yıltem Reklam ve Basım, 2019).

Özer A, *Anayasa Hukuku Genel İlkeler* (Turhan Kitabevi 2005).

Özkan H, *İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti ve İhtiyati Haciz ile Kamu Alacağıın Tahsilinde İhtiyati Haciz*,(2. Baskı, Adalet Yayınevi, 1997).

Şimşek E, *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi* (Alfa Basım Yayım Dağıtım1996).

Tanrıver S, *Hukukumuzda Bilirkişilik* (Yetkin Yayınları 2017).

Taylar Y, ‘Kamu Alacakları İçin Güvence Önlemi Olan Teminat ve Teminat-İhtiyati Haciz İlişkisinden Kaynaklanan Sorunlar” (2008) 4(48) Mali Pusula Dergisi 68-87.

Taylar Y, *Kamu İcra Hukukunda İdarenin Hukuka Aykırı Haciz ve İhtiyati Haciz İşlemlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu*, (Oniki Levha Yayıncılık, 2023).

T.C. Danıştay Kararlar Dergisi.

Üyümez M.E , ‘Vergi Mevzuatının Karmaşıklığı Ve Uzlaşma Yöntemi Bağlamında Vergi Uyumunun Değerlendirilmesi’, (2016) 8 (1), Ekonomi Bilimleri Dergisi 75-92.

Üzeltürk H, ‘Mükellef Hakları: Yansımalar’ (2005) (7) Legal Mali Hukuk Dergisi 135-143.

Yılmaz K, 6183 Sayılı *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulaması* (Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları 2015).

İNTERNET KAYNAKLARI

Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi 7 Temmuz 2021.

OECD Taxpayers’ Rights and Obligations–Practice Note, Centre for Tax Policy and Administration Tax Guidance Series, 2003, (oecd.org 2003) erişim tarihi 23 Ekim 2021.

Danıştay Kararları İçeriği <https://karararama.danistay.gov.tr/>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/05/20240517-4.pdf>

SEYİRDEN YASAKLANANIN KOLLUK BİRİMİNE BAŞVURMAMASI SUÇU

*The Crime of a Person Banned from Watching Sports
not Contacting the Law Enforcement*

Ahmet Hulusi AKKAŞ*
Görkem YAMAN**

Özet

Spor alanlarında meydana gelen şiddet ve düzensizlik içeren eylemlere gün geçtikçe daha fazla rastlanılmaya başlandığından hem ulusal hem de uluslararası alanda spor aktörleri öncülüğünde çeşitli yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin ülkemizdeki karşılığında birisi de sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesine ilişkin kanundur. Bu kanunla birlikte amaçlanan spor alanlarının şiddet ve düzensizlikten arındırılması ile seyir zevkinin yüksek olduğu spor organizasyonlarının icra edilmesidir.

Bahsi geçen amacı yerine getirmeye yönelik en etkili mekanizmalardan biri de seyirden yasaklama tedbiridir. Bu tedbir 6222 sayılı yasanın 18. maddesinde; güvenlik tedbiri, koruma tedbiri ve idari tedbir olarak üç ayrı şekilde düzenlenmiştir. 18. maddenin dokuzuncu fıkrasında ise, seyirden yasaklanan kişinin kolluk birimine başvurmaması suç olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızda da işbu seyirden yasaklama tedbirine de değinilerek seyirden yasaklanan şahsın kolluk birimine başvurmaması suçu ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: 6222 sayılı yasa, seyirden yasaklama, seyirden yasaklanan kişi, kolluk birimine başvurmama, spor hukuku.

Abstract

As violent and regular actions in sports fields become more common day by day, various regulations are made under the leadership of sports actors both nationally and internationally. One of the products of these regulations is the law on the protection of violence and proportions in sports. The aim of this law is to purify sports from violence and heat and to organize sports organizations with high viewing pleasure.

One of the most effective mechanisms to fulfill the purpose of passing the bet is the measure of prohibition from navigation. This measure is stated in Article 18 of Law No. 6222; It is regulated in three different ways; security measure, protection measure and administrative measure. In the aforementioned maddening ninth paragraphs, it is regulated as a crime for a person banned from traveling to apply to the law enforcement unit. In our study, the measure of banning this cruise

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.06.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ahakkas@erciyes.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5217-5951>

** Kayseri Cumhuriyet Savcısı, Adalet Bakanlığı, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, yaman.grkm@hotmail.com, <https://orcid.org/0009-0004-4933-1182>



is also mentioned and the crime of applying to the law enforcement unit of the person who is banned from the cruise is discussed in detail.

Keywords: Law No. 6222, Banning from watching, person banned from watching, applying to law enforcement units, sports law.

GİRİŞ

Spor; bireyin maddi ve manevi varlığının gelişimine katkı sağladığı gibi beden ve ruh sağlığının da korunmasını sağlayan evrensel bir faaliyettir. Spor faaliyetleri her coğrafyadan insanın bir araya gelmesini sağladığından bilim, kültür, sanat gibi insanlığın ortak paydası olduğu da söylenebilir.

Dünya nüfusunun her geçen gün artması, teknolojinin ve sanayileşmenin gelişmesi, kitle iletişim araçlarının ve sosyal medya kullananların sayısının artmasına paralel olarak spor faaliyetlerinin alanı ve hitap ettiği kesimde de büyük artış yaşanmıştır. Eski tarihlerden günümüze değin spor dallarının ve organizasyonlarının çeşitlenmesi, bu organizasyonlara dahil olan kişilerin artması ve spor seyircilerinin spor faaliyetlerine her an bulunduğu yerden kolayca erişim sağlayabilmesi sonucunda spora özellikle de futbola olan yatırımlarda büyük bir artış yaşanmıştır. Bu da futbolun ekonomik boyutunun ön planda tutulmasına sebebiyet vermiştir.

Sporun hemen hemen tüm dallarında yakın temasın bulunması, büyük ölçüde rekabetçi ve mücadele içeren bir atmosferin bulunması, kazanma güdüsü ile hareket edilmesi, ister istemez saha içerisinde mücadele eden sporcuyla etkilemekte ve ani şiddet içeren hareketlere yönelmesine neden olabilmektedir. Fakat buradaki asıl sorun bunu gören taraftarın kendine hâkim olamaması, onun da şiddet içeren eylem ve söylemlere katılmasıdır. Kaldı ki desteklemiş olduğu takımın da müsabakayı kaybetmesi halinde, saldırgan tutum ve davranışlar göstermeye müsait hale gelmesidir. Bu şiddet ve saldırganlık içeren eylemlerin ortaya çıkışında da en büyük etkenlerden biri de topluluk halinde olduğunda hissedilen güçten kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, topluluk halinde hareket eden taraftarların şiddet ve taşkınlık içeren eylemleri icra etmesine engel olmak adına, toplumun huzur ve güvenliğini sağlamak adına alınması gereken önlemlerin sıkı bir şekilde, yeteri sayıda güvenlik güçlerinin katılımı ile sağlamak elzemdir. Ez cümle hayatın her alanında olduğu gibi spor alanlarında da şiddete karışan kişiler olacağı göz önüne alınarak şiddetin ve saldırganlığın ortaya çıkmasını engelleyici ve caydırıcı araçları geliştirmek ve ölümlü olayların da yaşandığı dikkate alınarak sporda şiddet ve düzensizliği en aza indirmek için gereken önlemleri almada imtina etmemek gerekir.

Bu noktada şiddet ve düzensizliği bozan hareketlerde bulunanların cezai müeyyide ile karşılaşması da kaçınılmaz olacaktır. Spor ve ceza hukukunun ortak temelleri de bununla beraber gün yüzüne çıkmaktadır. Ülkemizde sporda şiddet ve düzensizlik eylemlerine dahil olanlara, uzunca bir süre ceza hukukunun genel hükümleri çerçevesinde cezalandırılma yoluna gidilmiştir. İlk olarak sporda şiddete ve düzensizliğe özgü yasal düzenleme ise 18 Ocak 1990 yılında Sportif Karşılaş-

malarda ve Özellikle Futbolda Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesinin Meclisimizce uygun bulunması ile meydana gelmiştir. Akabinde ise; sporda şiddete ilişkin düzenlemeye has yasa düzenleme gereği bulunduğundan 7 Mayıs 2004 tarihinde 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Yasa yürürlüğe girmiştir. 5237 sayılı TCK ile uyum sağlamaması ve beklentileri karşılayamaması nedeniyle bu kanun ilga edilmiştir. Bunun yerine ikinci bir yasa Mecliste kabul edilmiş ve 14 Nisan 2011 tarihinde ise çalışma konumuz olan 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair yasa yürürlüğe girmiştir.

Nitekim bu yasa ile beraber şiddet ve düzensizlik içeren hareketlerde bulunanların cezai müeyyide ile karşılaşması ele alınmıştır. Ancak cezai müeyyide ile yetinmeyip suç işleyen kişinin seyirden yasaklanmasına ilişkin karar da verilmektedir. Seyirden yasaklama tedbiri de kolluğa başvurmayı içermektedir. Bu haliyle de seyirden yasaklanan kişinin kolluğa müracaat etmemesi de suç olarak düzenlenmiştir. Aşağıda da öncelikle seyirden yasaklama tedbirine sonrasında, işbu suç bir bütün halinde doktrin ve yargı kararları dikkate alınarak ele alınacaktır.

I. SEYİRDEN YASAKLAMA TEDBİRİ

Bu başlık altında seyirden yasaklanma tedbirine değinildikten sonra seyirden yasaklı olan şahsın kolluğa başvuruda bulunmaması suçu incelenecektir. Zira seyir faaliyetinden yasaklanma tedbirine vakıf olunmadan anılan suçun incelenmesi halinde konunun eksik kalacağı düşüncesindeyiz.

6222 sayılı yasanın 18. Maddesinde “seyirden yasaklanma” başlığı altında ve on fıkra halinde bu tedbire yer verilmiştir. Maddenin dokuzuncu fıkrasında ise; seyirden yasaklanan kişinin kolluk birimine başvurmaması suç olarak düzenlenmiştir. Mezkur madde metninde bazı yerlerde “seyirden yasaklanma” bazı yerlerde ise “seyirden yasaklama” şeklinde kullanımların olması nedeniyle bu hususun kanun koyucu tarafından ayırım gözetilerek kullanıldığı, kararı veren ile tedbirin uygulanacağı kişi ile ilgili ayrımı belirttiğini dile getirenler bulunmaktadır.¹Fakat kanun koyucu bilerek ve isteyerek bu noktada bir ayırım ya da vurgulama yoluna gitmesi halinde bunun teoride veya uygulamada bir farklılığa sebebiyet vermeyeceğinden bu düşünceye katılmamaktayız.

5149 sayılı mülga yasada da seyirden yasaklama (seyirden men) tedbirine yer verilmişti. Ancak uygulama alanı oldukça dar nitelikteydi. Akabinde 6222 sayılı yasa ile daha ayrıntılı ve geniş çerçevede uygulama alanı bulunan bir tedbir halini almıştır. Nitekim 6222 sayılı yasada yer alan suçlarda uygulanabildiği gibi işbu yasanın atıfta bulunduğu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan mala zarar verme ve kasten yaralama suçlarda da uygulanabilmektedir. Başka bir deyişle, bu

¹ Peyman Hürmüz, *7182 sayılı Kanunla değişik 6222 Sayılı Kanun Kapsamında Seyirden Yasaklanma*, (1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 21.



yasada yer almayan ve atıfta yapılmayan suçlardan dolayı seyirden yasaklanma kararı verilemeyecektir.²

Seyirden yasaklanmanın tanımına yasanın 18. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre seyirden yasaklanma; bir şahsın karşılaşmaları veya takımın yaptığı antrenmanları izleme maksadıyla karşılaşma ile antrenman alanlarına ve seyir alanlarına girmesinin yasaklanmasıdır. Seyirden yasaklanma tedbiri üç ayrı şekilde kanunda yer bulmakta olup bunlar; güvenlik tedbiri şeklinde, koruma tedbiri şeklinde ve idari tedbir şeklindedir.³

18. Maddenin ilk halinde “spor alanlarına” giriş yasaklanmış iken, sonrasında 4 Temmuz 2019 tarihinde 7182 yasa değişikliği ile daha ayrıntılı ve açık bir düzenleme yapılarak müsabaka, antrenman alanları ve seyir alanlarına giriş yasak hale getirilip madde metni tadil edilmiştir.⁴ Ayrıca 18. Maddenin ilk fıkrasında yer alan güvenlik tedbiri olan seyirden yasaklamada müsabaka, antrenman ve seyir alanlarına giriş açıkça yasaklanmış iken, koruma tedbiri olan seyirden yasaklamada madde metninde sadece müsabaka alanına girişe ilişkin düzenleme bulunmaktadır.⁵ Bu durumda kanun koyucu bu iki tedbiri ayırarak farklı alanlarda işlenmesi halini dikkate alarak bilinçli olarak ayrı düzenleme yoluna gitmemiştir.⁶ Nitekim hem güvenlik tedbiri şeklinde olan seyirden yasaklama hem de koruma tedbiri olan seyirden yasaklama halinde; müsabaka, antrenman ve seyir alanlarına giriş yasak alanlardan sayılmaktadır.

A. Güvenlik Tedbiri olan Seyirden Yasaklama

Seyirden yasaklanma tedbirinin üç ayrı şekilde kanunda yer aldığını ve bunların güvenlik tedbiri⁷ şeklinde, koruma tedbiri⁸ şeklinde ve idari tedbir şeklinde oldu-

² Yusuf Yaşar ‘6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 18’inci Maddesinde Yer Alan “Seyirden Yasaklanma” İle “Seyirden Yasaklama” Tedbirleri’ (2013) ,19(1), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi -Hukuk Araştırmaları Dergisi 3, 4-10.

³ İzzet Özgenç ‘Değerlendirme ve Sonuç’, iç Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi-*Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu*, edr. Cumhur Şahin, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmaz (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık,2012) 121-126.

⁴ <https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/07/20190712-1.htm> Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2024.

⁵ Yaşar (n 2) 35.

⁶ Hamide Zafer, *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama*, (2014), 5(19) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 23, 40.

⁷ Güvenlik tedbiri şu şekilde açıklanabilir: failin işlenmiş olduğu suç nedeniyle meydana getirdiği tehlike hali de dikkate alınarak tekrar suç işlememesi için işbu meydana gelen tehlike ile bağlantılı olarak kullanılan cezai müeyyide türüdür. Hâkim tarafından işlenen suç sebebiyle verilen ceza ile beraber ya da tek başına uygulanmaktadır. Hâkim tarafından kanunda yer alan güvenlik tedbirine ancak hükmedilebilmektedir. Ayrıntıları için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (4. baskı, Beta Yayınevi, 2006) 721-723.

⁸ Koruma tedbiri ise şu şekilde açıklanabilir: Ceza Muhakemesini etkili şekilde yürütebilmek ya da muhakeme sonucunda hükmedilecek kararların yerine getirilebilmesi için başvuru geçici nitelikte ve kişi hak ve hürriyetlerine müdahale niteliğinde olan yasal çarelerdir. Ayrıntıları için Bknz.

ğunu belirtmiştik. İlk olarak güvenlik tedbiri olan seyir faaliyetinden yasaklanma tedbirine bakacak olursak; belli suçlardan dolayı yapılan yargılama sonrasında mahkeme tarafından hükmedilen karar ile beraber verilmektedir. Verilen cezanın yanı sıra yahut tek başına da hüküm olarak verilebilmektedir. 6222 sayılı yasanın 18. Maddesinin ilk cümlesinde de bu kanun ve atıf yaptığı kanunlar⁹ için seyirden yasaklanma tedbirine hükmedilebileceği kayıt altına alınmıştır. İş bu tedbirin infazı ise, hükmün kesinleşmesi ile hemen başlamaktadır. Bununla birlikte cezanın infazının tamamlanmasından itibaren bir yıl geçmesi ile güvenlik tedbirinin infazı da sona erecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki 18. Maddenin altıncı fıkrasında Cumhuriyet Savcısı tarafından tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesine (KADEK), mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB), hapis cezası yerine seçenек yaptırım olarak tedbire yahut hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi halinde, bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren, ön ödeme durumunda ise; ön ödemede bulunulduğu tarihten itibaren, bir yıl süreyle

Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018), 4

⁹ Buna göre yasa metninden anlaşılması gereken suçlar şu şekildedir:"

- Şike suçu ve teşvik piri mi suçu,
- Aslında bulundurulması suç oluşturmamakla birlikte, 12/1-b kapsamına giren kesici, ezici, bereleyici aletler ile patlayıcı, parlayıcı yahut yakıcı maddeleri spor alanına sokma suçu,
- 12/1-b kapsamına giren kesici, ezici, bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddeleri seyircilere temin etmek amacıyla spor alanına sokma veya spor alanlarında seyircilere temin etme suçu,
- Yine 12/1-b bendi kapsamına giren kesici, ezici, bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddeleri spor alanında kullanma suretiyle müsabaka düzenini bozma suçu,
- 12/1-b kapsamına giren alet ve maddelerin dışında kalan; spor alanına sokulması yasak olmayan maddeleri kullanarak karşılaşma düzeninin bozulmasına sebebiyet verme suçu,
- uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkollü içecek sokma suçu,
- Spor alanlarında hakaret ve tehdit olarak algılanacak tarzda aleni olarak söz ve davranışlarda bulunma suçu,
- Spor alanlarında toplum kesimlerini dil, din, ırk, etnik köken, cinsiyet veya mezhep farkı gözeterek söz ve davranışlarda bulunma suçu,
- biletsiz spor alanlarına girme suçu,
- Usulsüz seyirci girişi,
- Kendisine ait elektronik kartı bir başkasının spor müsabakasına seyirci olarak girmesini sağlamak amacıyla kullandırma suçu,
- Sahte elektronik kart üretme, satma, satışa arz etme, devretme, satın alma, kabul etme ve bulundurma suçu,
- Yetkisiz olarak üretilmiş, satılmış, satışa arz edilmiş, devredilmiş, satın alınmış spor müsabakalarına seyirci olarak girişi sağlayan elektronik kartı kendi kullanımı için kabul etme veya bulundurma suçu,
- Yasak alanlara girme suçu,
- Yasak alan girme sonucu karşılaşmanın seyrini ve güvenliğini bozma suçu,
- Son olarak karşılaşmaları seyirden yasaklananın, eylemin icra edildiği karşılaşmanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı karşılaşmaların yapılacağı gün, başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın kolluğa başvurmaması suçu." Beyza Aksoy, "*Seyirden Yasaklama Tedbiri*" (2021), 95(4), İstanbul Barosu Dergisi 258, 267-268.



spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirinin uygulanmasına devam edileceği yönünde kayıt bulunmaktadır¹⁰. Diğer yandan bu güvenlik tedbiri şeklinde olan seyirden yasaklanma kararını verme hususunda hâkime takdir hakkı tanınmamıştır. Karar ile beraber seyirden yasaklanma kararının da verilmesi gerekir. 18. maddenin ilk cümlesinde yer alan seyirden yasaklanma tedbirini güvenlik tedbiri niteliğinde olduğundan yalnızca suç sonrası verilecek olan cezalarda uygulanabilir, kabahat içeren eylemler yönünden uygulama alanı bulamayacaktır.¹¹

18. maddenin onuncu fıkrasında ise; mahkeme tarafından hüküm ile beraber ayrıca güvenlik tedbiri olan seyirden yasaklama kararı verilen şahsın, işbu yasak süresi boyunca herhangi bir kulüpte, federasyonda ve taraftarların oluşturduğu derneklerde yöneticilik yapamayacağı gibi karşılaşmalarda hakem, temsilci yahut gözlemci olarak da görev yapamayacakları kayıt altına alınmıştır.

B. Koruma Tedbiri olan Seyirden Yasaklama

İkinci olarak koruma tedbiri¹² niteliğinde olan seyirden yasaklanma; başta ifade etmek gerekir ki güvenlik tedbiri yargılama sonrası verilirken, koruma tedbiri olan seyirden yasaklama kararına soruşturma ve kovuşturma devamında karar verilmektedir. Bu tedbire ilişkin olarak karar alınmasına da gerek bulunmamaktadır.¹³ Yine tedbire karar verilirken suçun meydana geldiğine ilişkin basit şüphe yeterli sayılacaktır.¹⁴ Nitekim bu kanun ve atıf yaptığı kanunlardaki suçlar ile ilgili soruşturmaya başlanıldığında doğrudan doğruya başka bir deyişle kanun gereği fail seyirden yasaklama tedbirine başlanmaktadır.¹⁵ Sadece tedbiri kaldırma için soruşturmada Cumhuriyet Savcısı kovuşturmada ise, hâkim kararı gereklidir. Ancak kararı verecek olan ile ilgili yasada açık düzenleme bulunmamaktadır. Benzer şekilde 18. Maddenin altıncı fıkrası da yine geçerlidir. Yani bir yıl süreyle devam hususu burada da caridir.

Öte yandan Yargıtay 19. Ceza Dairesi¹⁶ bir kararında, Seyirden yasaklama tedbiri bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'undaki koruma tedbirlerine ilişkin genel kuralların dışına çıkıldığını, ceza yargılamasına konu seyirden yasak-

¹⁰ Özgenç (n 3) 121-124. Muharrem Özen, *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanununda Yer Alan Suçlar ve Yaptırımlar*, (Adalet Yayınevi, 2013) 107. Yaşar (n 2) 19-26.

¹¹ Yaşar (n 2) 11-12

¹² Doktrinde Özgenç, bu tedbir Ceza Muhakemesi Kanunumuzda yer alan koruma tedbirlerinden, adli kontrol şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Ayrıntıları için Bknz Özgenç, (n 3)121. Aksi görüş ise, bu tedbirin adli kontrol' den farklı ve 6222 sayılı yasaya özgü bir koruma tedbiri olduğu yönündedir. Ayrıntıları için Bknz. Yaşar (n 2) 23.

¹³ Özgenç (n 3) Zafer (n 6) 41-44.

¹⁴ Bahri Öztürk 'Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu', iç Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi-*Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu*, edr Cumhur Şahin, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmöz (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2012) 121, Yaşar (n 2) 24, Zafer (n 6) 43.

¹⁵ Zafer (n 6) 42.

¹⁶ Ayrıntıları için bknz. Yargıtay 19. C.D, E. 2015/34253, K. 2017/4486, 11/05/2017.

lama kararının sebebini oluşturan eylemden ayrı olarak mahkeme kararı olmaksızın uygulanması hali, ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararları etkileme özelliğinin bulunmaması hali, verilmesi muhtemel hapis veya adli para cezasının infazını güvence altına alma ile delil temini ve muhafazası amaçlarını taşıyamaması nedenleriyle diğer koruma tedbirlerinden farklı olduğunu ve suçun önlenmesi amacını taşıdığı belirtmektedir.

C. İdari Tedbir olan Seyirden Yasaklama

Üçüncü olarak idari tedbir şeklinde olan seyirden yasaklanma;¹⁸ Maddenin yedinci fıkrasında alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olan ve bu durumun açıkça anlaşıldığı durumlarda kişinin müsabaka, antrenman ve seyir alanlarına alınmamasına, alındı ise dışarı çıkmaması halinde zor kullanılarak dışarı çıkarılmasına ve seyirden yasaklama kararı verilmesine Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verileceği düzenlenmiştir. İşbu düzenleme, idari bir tedbir şeklinde olduğundan karara karşı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu gereği yasa yoluna başvurma hakkı da bulunmaktadır.¹⁷

II. SEYİRDEN YASAKLANAN ŞAHSIN KOLLUK BİRİMİNE BAŞVURMAMASI SUÇU

1. Genel Olarak

Kanunun 18. Maddesinin sekizinci ve dokuzuncu fıkralarında seyirden yasaklanan kişinin kolluk birimine başvurma usulü ve başvurmaması halinde adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla; seyirden yasaklanan kişinin, fiilin gerçekleştiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın yer aldığı spor karşılaşmasının yapılacağı gün, eğer ki ülke sınırları içinde ise, müsabakanın başlama saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın olan kolluğa başvurması gerektiğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır.¹⁸

Seyirden yasaklama tedbiri yalnızca ülkemizde değil birçok Avrupa ülkesinde de başvurulan bir ceza uygulamasıdır. Nitekim Fransa ülkesinde yasaklama kararına rağmen sahaya giren kişiye hapis ve adli para cezası verileceğine dair düzenleme bulunmaktadır. Yine İngiltere ülkesinde futbol ile ilgili olan bir suç nedeniyle hakkında işlem yapılan ve bu nedenle de ceza alan kişiye kısıtlayıcı tedbirler verilmektedir. İngiltere ülkesinde ayrıca tedbire aykırı olarak maç sırasında karakola rapor vermemeyi de suç saymıştır.¹⁹

¹⁷ Özgenç (n 3) 126. Zafer (n 6) 46-48.

¹⁸ 6222 sayılı yasanın bahsi geçen maddesinin Sekizinci bendinde, seyir faaliyetinden yasaklanan kişi, yasaklama verilen nedeni meydana getiren fiilin işlendiği karşılaşmanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın yer aldığı karşılaşmaların yapılacağı gün, ülke içinde bulunduğu takdirde, başlangıç saatinde ve bir saat sonrasında olduğu yere en yakın kolluğa müracaatta bulunması gerektiğine dair iken dokuzuncu bent bu anılan metne uyulmaması halinde her bir karşılaşma için adli para cezası ile cezalandırılacağına ilişkindir, kaldı ki bunların takibi maksadıyla da kolluk biyometrik usuller kullanabilmesine imkan verilmiştir.

¹⁹ Recep Gülşen, *Spor Hukuku* (2. Baskı, Adalet Yayınevi,2014) 278.



Seyirden yasaklama tedbirinin uygulama alanı, seyirden yasaklanan kişinin kolluk birimine başvurmaması suçuna kıyasen daha geniş niteliktedir. Seyirden yasaklama tedbiri uygulanan kişi, tüm müsabakalara artık seyir amacıyla girememekte iken, seyirden yasaklanan kişinin kolluk birimine başvurusu, sadece yasaklama kararı aldığı müsabaka taraftarı ve müsabakanın tarafı olanlarda kolluğa başvurmayı gerektirmektedir.²⁰ Başka bir anlatımla; kişiye basketbol müsabakasında gerçekleştirdiği eylemler nedeniyle seyirden yasaklama kararı verilirse sadece basketbol maçlarına değil futbol maçlarına ve diğer maçlara da seyir amacıyla giremeyecektir. Ancak kolluk birimine sadece taraftarı olduğu basketbol takımın yapacağı müsabaka için başvurusu gerekmektedir. Öte yandan soruşturma evresinde, Cumhuriyet Savcısının kovuşturma evresinde, hâkimin seyirden yasaklama tedbirine başvurup başvurmama noktasında bir takdir hakkı söz konusu değildir. Diğer bir deyişle; şüpheli veya sanık hakkında hâkim tarafından hüküm ile beraber, Cumhuriyet savcısı tarafından ise suç işlendiği kanaatine varıldığında soruşturma başlandığında, bu tedbire ilişkin de karar verilmesi gerekir. Ancak tedbirin kaldırılması noktasında hâkim ve Cumhuriyet Savcısının takdir hakkı bulunmaktadır.²¹

2. Korunan Hukuki Değer

İşbu madde ile amaçlanan; seyirden yasaklanan kişinin taraftarı olduğu takımın müsabakaları esnasında gözetim altında bulunması ve yaşanacak olan menfi olayların önüne geçilmesi ile nihayet müsabakaların seyir zevki yüksek, suçtan arı bir şekilde icra edilmesidir.

3. Suçun Unsurları

3.1. Maddi Unsurları

3.1.1. Fiil

Fiil veya hareketin ne olduğuna öncelikle bakacak olursak; belli amaca yönelik kişinin isteğine ve iradesine bağlı olarak dış dünyada yankı uyandıran icrai veya ihmali insan davranışıdır.²² 18. maddenin sekizinci fıkrasında; seyirden yasaklı olan kişinin, müsabaka tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın müsabaka yapacağı günde, başlama saati ile bir saat sonrasında, ülke içinde ise olduğu mevkiye en yakın kolluğa müracaat etmemesi cezalandırılmaktadır. Bu bağlamda maddede tanzim edilen suç hareketin şekline göre, ihmali hareketli bir suçtur. Yani yapması gereken bir eylemi yapmama hali mevcuttur. Neticeye göre tasnif edilecek olunursa, sırf hareket suçudur. Bu suç tipinde netice aranmaz.²³

²⁰ Zafer (n 6) 31-32, Süheyl Donay, *Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike Teşvik Primi* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012) 139-140.

²¹ Zafer (n 6) 42-43.

²² Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9.Baskı, Adalet Yayınevi,2015) 216.

²³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 22) 238-252.

Öte yandan seyirden yasaklanan kişi, müsabaka günü iki ayrı defa kolluğa gitmesi gerekir iken, müsabaka boyunca kolluk biriminde bekleme zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁴ Zira maddenin lafzına bakıldığında, karşılaşmanın başlama saatinde ve bir saat sonrasında demek suretiyle bu durumu ifade etmektedir. Yine kişi müsabakanın başlangıç saatinde gidip sonrasında gitmez ise yahut başlangıç saatinde gidip sonrasında gitmez ise bu noktada suç oluşacaktır. Esasen burada ulaşılmak istenen gaye seyirden men edilen kişinin söz konusu müsabakaya gitmemesini sağlamaktır. Hakeza seyirden men edilen kişi müsabaka günü yurt dışında ise kolluğa başvuru yükümlülüğü kalkacağı gibi, kişinin yurt içindeki müsabakalar için seyirden men edildiğinden yurt dışında taraftarı olduğu takımın müsabakasına katılabilecektir.²⁵

04/07/2019 tarihinde 7182 sayılı yasa ile kolluğa başvurunun takibinde biyometrik yöntemlerin de kullanılabilmesi eklenmiştir.

Yine madde metnine bakıldığında; kişinin “yasaklama kararını oluşturan eylemin meydana geldiği karşılaşmanın tarafı olan, aynı zamanda taraftarı olduğu takımın yer aldığı spor müsabakasının icra edileceği gün” kolluğa başvurma yükümlülüğü bulunduğundan, burada her iki unsur olan taraftarı olunan takım ile seyirden men alınan takım taraflarından birinin müsabakasının olması gereklidir. Başka bir deyişle, taraftarı olunan takımın müsabaka yapması ve men kararı verilen takım taraflarından birinin karşılaşmasının olması gerekir. Mesela, A ile B takımının karşılaşmasında kişi A takımının taraftarı olduğu ve kişi müsabaka alanına yasak sayılan maddelerinden birini sokması nedeniyle hakkında seyirden yasaklama kararı verildiği ve halen devam olduğu anda A takımı ile C takımının müsabakasının yapılacağı gün kolluğa başvurması gerekir. Aksi halde kişi C takımın taraftarı olsun fakat benzer şekilde A ile B arasındaki müsabaka nedeniyle suç işlemiş ve hakkında yasaklama kararı varken B takımının veya A takımının her müsabakasında kolluğa başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Doktrinde bir görüş; madde metninde bu nitelikte bir yükümlülük getirilmesi yine buna aykırı davranışlara ise müeyyide uygulanmasının keyfiyete açık bir davetiye olduğunu belirtmektedir. Yine kararın kesinleşmediği bir evrede tedbirin yanında yükümlülüğün de getirilmesi buna aykırı hareketin de cezalandırılmasını eleştirmektedir. Ayrıca Anayasadaki masumiyet karinesine ve 38. Maddesinin beşinci fıkrasına yani kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı ifadede bulunmaya

²⁴ Anayasa Mahkemesi 2006 K. 2005/55 E. Sayılı ve 20.11.2007 tarihli kararında, 5149 sayılı mülga kanun döneminde kollukta iki saat beklenmesini Anayasaya aykırı bularak iptali yönünde karar vermişti. Akabinde ise 6222 sayılı yasa ile yeniden düzenlenen seyirden men tedbiri AYM kararı da dikkate alınarak, müsabaka boyunca kollukta beklemeyi devre dışı bırakmıştır. Ayrıntıları için Bknz. Zafer (n 6) 51.

²⁵ Mahmut, Koca, ‘6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler’, iç Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi-*Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu* edr Cumhuriyet Şahin, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmaz (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012) 78-79; Gülşen (n 19) 280-281.



ya da delil sunmaya zorlanmaması (nemo tenetur) ilkesine aykırılık teşkil ettiğini dile getirmektedir.²⁶

Diğer yandan, spor alanlarına girişte elektronik bilet uygulaması bulunduğundan bir kişinin hali hazırda elektronik bilete sahip olmadan spor alanlarına girebilmesi mümkün olmadığından karşılaşmanın yapılacağı gün başlama saatinde ve bir saat sonrasında kolluğa başvurmamasını suç saymanın uygulamada bir sonucunun bulunmadığı ve bu nedenle suçun meydana gelmeyeceğine ilişkin verilen bir yerel mahkeme kararında, Yargıtay 19. Ceza Dairesi; kanun koyucunun, spor müsabakalarını seyirden yasaklı kişinin, elektronik bilet uygulaması olsa dahi, bir şekilde müsabaka ya da seyir alanına girebileceğini öngörerek, elektronik bilet uygulaması ile spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirini birlikte düzenlediği, öte yandan 6222 sayılı Kanun'un 18/1. maddesinde düzenlenen spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirinin antrenmanları da kapsadığı, oysa elektronik bilet uygulamasının yalnızca müsabakalar için öngörüldüğü, böylece Kanun'un 18. maddenin birinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarındaki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, elektronik bilet uygulaması nedeniyle bu Kanun'a uygun olarak bilet temin etme imkanı olmayan kişinin, başka bir şekilde müsabaka ve seyir alanına girmesinin önüne geçilmeye çalışıldığı, bu itibarla sırf elektronik bilet uygulamasına başlanmasının Kanun'un 18/8. maddesinde yer alan tedbiri etkisiz ve sonuçsuz kılmayacağı ve netice olarak sanık, hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama kararı uygulanmakta iken, kabul edilebilir bir mazereti bulunmaksızın, Kanun'un 18/8. maddesinde öngörülen imza yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde üzerine atılı suçun unsurlarının oluşacağı cihetle, yerinde görülmeyen gerekçe ile yerel mahkemenin sanığın beraatine karar vermesini hukuka aykırı bularak bozmuştur.²⁷

3.1.2.Fail

Ceza yasasına göre suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren kişiye fail denilmektedir. Bu minvalde yalnızca gerçek kişiler fail olabilir, tüzel kişiler suçun faili olarak cezalandırılmazlar. Ceza kanunumuz gereği kural olarak suçlar kişi ayrımı yapılmaksızın herkes tarafından işlenebilir. Ancak bazı suçlar vardır ki özel yükümlülük altında olan şahıslarla işlenebilir, işte bu türden suçlara özgü suçlar denilmektedir.²⁸ Bu suçun faili karşılaşmadan yasaklanan kişidir. Bu suç ancak belirli kişiler tarafından işlenebildiğinden özgü suç niteliğindedir.²⁹

²⁶ Ersan Şen, *3 Temmuz Sözde Şike Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2017) 102-105.

²⁷ Ayrıntıları için bkz. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E 2019/33512, K 2020/9179, 30/06/2020.

²⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 22) 273.

²⁹ Koca (n 25) 78; Gülşen (n 19) 280.

3.1.3.Mağdur

Maddi unsurlarından birisi de mağdurdur. Mağdur, bir suçun maddi konusunun ait olduğu kimse olarak tanımlanabilir. Her suçta mutlaka bir mağdur bulunmaktadır. Bir kişi aynı suçun faili ve mağduru aynı anda olamamaktadır. Ayrıca bir suçun mağduru sadece gerçek kişiler olabilir, tüzel kişiler ise sadece suçtan zarar gören olabilirler.³⁰Yasanın işbu hükmünde suçun mağduru, toplumu meydana getiren herkes olabilmektedir.

3.1.4.Konu

Fail tarafından fiilin yönelmiş olduğu kişi yahut şey bir suçta konu unsurunu meydana getirmektedir.³¹ Konusuz suç olmaz. Bununla beraber failin icra ettiği fiil eşyaya veya kişinin maddi bütünlüğüne yahut da manevi bütünlüğüne yönelmektedir.³² Bu suç tipinde ise; seyirden yasaklanan kişinin başvurmaması bizatihi suçun konusunu oluşturmaktadır. Yani kişinin buradaki ihmali davranışı olan kolluğa başvurmama konuyu belirlemektedir.

3.1.5.Suçun Nitelikli Halleri

Ceza kanunumuzun sistematığında öncelikle suçun temel şekli akabinde de var ise temel şeklinin üstüne düzenlenen ve daha ağır nitelikte veyahut daha hafif nitelikte sayılmasını düzenleyen hallere suçun nitelikli halleri(unsurları) denilmektedir. Başka bir ifade ile cezanın artırılmasını veya eksiltilmesini gerektiren hallerdir. Bu nitelikli haller ise; eylemin işleniş şekli ve zamanı, suçta konu olan eylemin meydana geldiği yer, eylemin konusu ve amacı, fail veya mağdurun sıfatı ve aralarındaki bağlantı gibi sebeplere bağlı olarak Ceza kanunumuzda düzenlenmiştir.³³ Seyirden yasaklanan şahsın kolluğa başvurmamasını suç sayan madde hükmünde herhangi bir cezayı artıran veya azaltan nitelikli hale yer verilmemiştir.

3.2.Manevi Unsurları

Bir suçun manevi unsurlarını; kast, taksir, saik, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ihtiva etmektedir.³⁴ Kusurluluk ile manevi unsurların birbirinden farklı olgular olduğunu kabul ettiğimizden ayrı olarak ele alınacağız. Kast, suçun yasal tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek icra edilmesidir. Bu durumda kastı meydana getiren unsurları bilme ve isteme olarak ifade edebiliriz. Bazen kastın somut olayda var olması cezai sorumluluğun faile yükletilmesi için yeterli değildir. Failin ayrı olarak bir de saikle hareketi icrası gerekmektedir. Saik, (amaç veya gaye) manevi

³⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 22) 288-289.

³¹ Faruk Erem, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayınevi, 1997), 236.

³² Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 22) 284-285.

³³ İbid 290-291

³⁴ İbid 293-294



unsurlardan olan kasttan önce gelir ve kastı hazır eden duygu ve düşüncelerdir. Yine suçun işlenmesindeki sebep olduğu söylenebilir. Suçun ortaya çıkmasındaki kişisel hesaplardır. Hakeza kural olarak da her suçta mutlaka bulunması gerekli olan bir unsur da değildir.³⁵ İnceleme konumuz olan seyirden yasaklananın kolluğa başvurmaması suçu da kasten işlenebilen suçlardandır. Yani suçun oluşması için şahsın iki defa kolluğa bilerek ve isteyerek gitmemesi gerekir.

3.3.Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru ise; kanunda tanımlanan tipe uygun olarak işlenmiş eyleme, hukuk düzenince izin verilmemesi, salt ceza hukuku değil diğer hukuk dalları ile de tenakuz içinde olması demektir.³⁶

Hukuka uygunluk ise; ceza yasasının o eylemi yasaklamasına rağmen eylemin işlenmesine cevaz vererek o eylemin hukuka aykırılık hali teşkil etmesini önleyen normlara denir.³⁷ Başka bir deyişle hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu hallerde, fiil hukuka aykırı olmayıp hukukun cevaz verdiği hale getirmektedir.³⁸

6222 sayılı yasanın 18. Maddesinin sekizinci ve dokuzuncu fıkralarında yer alan hükümlerde yasa metninde açıkça hukuken uygunluk sayılacak bir hale yer verilmemiştir.

4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

4.1.Teşebbüs

Teşebbüs; girişme veya bir işi yapmaya davranma anlamlarına gelmekte olan Arapça kökenli bir sözcüktür. Kalkışmada denilen teşebbüs kavramının ceza hukuku bakımından karşılığı ise; suçun tipinde saptanmış eylemin icrasına elverişli hareketlerle başlanmış olmakla beraber bu eyleme ilişkin icra hareketlerinin tamamlanamaması yahut icra hareketleri tamamlanmış olmakla beraber suç tipinde ayrı bir unsurun saptandığı durumlarda sonucun meydana gelmemiş olması halini ifade etmektedir.³⁹

Ceza kanunumuzun veya diğer kanunlarımızın öngördüğü her suçta teşebbüs mümkün olmamakla birlikte, suçun teşebbüs aşamasında kalmış olan bir suç olarak sayılabilmesi için aşağıdaki beş şartın da aynı anda cari olması gerekir ; ilki kasten işlenebilen bir suçun cari olması, ikincisi gerçekleştirilen eylemin icra hareketi niteliğinde olması, üçüncüsü gerçekleştirilen eylemin neticeyi meydana getirmeye

³⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Baskı (Adalet Yayınevi, 2015) 28-45.

³⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 22) 2022, 374.

³⁷ Mehmet Emin Artuk, *Suç Genel Teorisi, Ceza Hukuku El Kitabı*, (Beta Basım Yayın Dağıtım, 1989) 207.

³⁸ Artuk, *Suç Genel Teorisi*, 207.

³⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 22) 580-582

elverişli olması, dördüncüsü; neticeli bir suçun veya icra hareketleri kısımlara ayrılabilen sırf hareket suçunun mevcudiyeti, beşincisi; suçun icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte bu hareketin tamamlanamamış veya tamamlanmış olmakla birlikte neticenin gerçekleşmemiş olmasıdır.⁴⁰

İşbu suç tipi esasen saf ihmali olarak addolunan suçlardan olduğundan yani kanunun kişiden beklediği eylemi yapmamasından kaynaklanan bir hal mevcut olduğundan bu suça teşebbüs mümkün değildir.⁴¹

4.2.İştirak

Ceza kanunumuz yahut suçun özelliği gereği, tek bir kişi tarafından işlenebilen suçun birden fazla kişi tarafından aralarında anlaşarak, fiilin meydana gelmesine katkıda bulunulmasıyla ve beraberce işlenmesi durumunda suça iştiraktan bahsedilebilir.⁴² Bu suç tipinde iştirak yönünden genel hükümler geçerlidir, ayrı bir özellik taşıyan hal bulunmamaktadır.⁴³

4.3.İçtima

Türk Ceza Kanununun içtima konusunda benimsediği asıl kural; kaç eylem bulunuyor ise o kadar suç, kaç suç var ise o kadar cezaya hükmedilmesidir. Lakin bazı özellik arz eden hallerin varlığı halinde tek suç kabul edilip ceza artışına gidilirken bazı hallerde de işlenen suçlardan en ağırı ile cezalandırma yoluna gidilir. İçtima başlığı altında; bileşik suç ve zincirleme suç, aynı ve farklı neviden fikri içtima halleri bulunmaktadır.⁴⁴

Bu suç yönünden genel hükümler geçerlidir. Ayrı bir özellik taşıyan hal bulunmamaktadır. Ayrıca koşulları meydana gelmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Mesela; kişinin taraftarı olduğu ve yasaklı olduğu müsabakalara bir suç işleme kararı kapsamında, birden fazla müsabakada kasten kolluğa başvurması halinde zincirleme suç hükümleri devreye girecektir.⁴⁵

5. Yaptırım

Bu suçun takibi şikâyete bağlı değildir, başka bir deyişle re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardandır. Suçun yaptırımını olarak yalnızca adli para cezası öngörüldüğünden Ceza yasamızda tanzim edilen ön ödeme yoluna gidilmeden kamu davası açılmaması gerekir.⁴⁶

⁴⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 22) 582-588.

⁴¹ Gülşen, *Spor Hukuku Genel Esaslar* (Adalet Yayınevi, 2020) 358, Koca (n 25) 79.

⁴² Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 22) 624-625

⁴³ Koca (n 25) 79

⁴⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 22) 682-684.

⁴⁵ Gülşen (n 41) 358.

⁴⁶ Gülşen (n 41) 359.

SONUÇ

Sporla şiddet ve düzensizliği meydana getiren en önemli sebeplerin başında; kişilerin dış dünyada yapamadıklarını spor alanlarında uygun ortam bulduğunda yani kendisine anında karşılık veremeyecek durumda olanlara yönelik bazı eylemlerde bulunabilme rahatlığı ve yanında olan diğer seyircilerden de aldığı güç ile kolayca yapabilme hissine kapılmasıdır. Bu kişiler ile beraber suç içeren eylemlere giriştiğinde tespit edilmesinin zor olduğu hissi ve yaptığı suç olduğu bilincinde ise de kendinden başka birçok kişinin de aynı eylemi gerçekleştirdiği için iç dünyasında meydana gelen hisler sebebiyle suç işlemektedir. Benzer şekilde ya da caydırıcı olmayan cezaların varlığı bilincinde olunması ve spor kaynaklı suçlar olduğundan dolayı basit suçlar kategorisinde olacağı hissi veyahut da meydana gelen eylem ülke gündemine girmesi halinde spor kulübünün ya da yöneticilerinin kendisini koruyacağına, kollayacağına olan güven nedeniyle rahatça eylemi gerçekleştirmektedir. Bu var olan menfi tespitlerin ortadan kaldırılması için de el birliği ile sporda şiddet içeren her türlü eylem ve sözü devre dışı bırakmak adına mücadele etmek gerekmektedir. Öncelikle stadyumlarda görev alan güvenlik görevlilerinin ve kolluk kuvvetlerinin yeteri sayıda olmaması, yine bu görevlilerin özellikle stadyumlara girişte gereken arama ve el koymaları yapmada yeterli eğitime tabi tutulmadıkları nedeniyle güvenlik zafiyetine sebebiyet verilmektedir. Ayrıca ev sahibi olan spor kulübünün taraftarlarına iltimas geçerek yasak nitelikte olan eşyalara el koyulmaması ve gereken aramaların yapılmaması, biletsiz seyirci alınması sonrasında müsabaka sırasında bazı suçların meydana gelmesinde kolaylık sağlamaktadır. Kanaatimce tüm bunların önüne geçmek adına atılması gereken önlemler ise; stat girişinde ve içerisinde güvenlik görevlileri yerine sadece spor suçları ile ilgili gereken eğitimlerden geçmiş olan kolluk kuvvetlerinin görev alması ve sayı itibarıyla de stadyumların kapasiteleri de göz önünden bulundurularak buna paralel olarak yeterli sayıda kolluk görevlilerinin stadyum çevresinde ve geliş gidiş güzergahlarında müsabaka öncesinde, sırasında ve sonrasında görev alması gerektiği yine Asliye Ceza Mahkemelerinde ihtisaslaşmasının kanun gereği arandığı ancak benzer şekilde Cumhuriyet Başsavcılıklarında spor suçları konusunda ihtisaslaşmaya yer verilmesi sayılabilir. Hakeza taraftar gruplarının önderlerine, holiganlara sporun şiddetten ve düzensizlikten bağımsız olarak sürdürülmesi yönünde bazı eğitici programların düzenlenmesi gerektiği de söylenebilir. Basın yayın organlarının özellikle tahrik edici açıklamalara yer vermesi de müsabaka atmosferini etkilemekte bilhassa günümüzde kulüp yöneticilerinin müsabaka günü sosyal medya üzerinden açıklamaları da gerilimi arttırmaktadır. Bunların önüne geçilmesi de istenen amaca hızlı ulaşılmasına sebep olacaktır. Statların fiziki durumları da yine şiddeti etkilemekte misafir takıma ayrılan yer ile ev sahibi olan takımın yan yana olması gerilimi arttırmaktadır. Benzer şekilde soyunma odalarına gidiş ve yedek kulübelerinin konumu da şiddete neden olabileceğinden gerekli önlemlerin ev sahibi takım tarafından alınması elzemdir.

Esasen sporda şiddet ve düzensizliğe ilişkin yasa bakımından en etkili ve caydırıcı yönü kuvvetli olan düzenlemenin de seyirden yasaklama olduğu söylenebilir. Yasa ile hedeflenen de spor alanlarında şiddet içeren eylemlere dahil olanlarını bu

spor alanlarından uzaklaştırmak ve spor alanlarında huzur ve güvenin sağlanarak müsabakaların yapılması olduğundan bu amaca hizmet eden bir önlem olduğu aşıkardır. Seyirden yasaklanan şahsın tarafı olduğu ve taraftarı olduğu aynı zamanda seyirden yasaklama kararı aldığı takımın icra edeceği karşılaşmalarda, bu karşılaşmanın başlama saati ile bir saat sonrasında kolluğa başvurması gerekmektedir. Bahse konu yükümlüğün yerine getirilmemesi halinde ise çalışma konumuz olan suç ayrıca meydana gelecektir. Yine bu seyirden yasaklama tedbirinin hukuki düzlemde karşılığı ise bize göre, Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan adli kontrol tedbirinden farklı, kendine ve bu yasaya has bir düzenleme olduğu yönündedir.

Seyirden yasaklama kararı verme konusunda mahkeme ve cumhuriyet savcısına takdir hakkı tanınmadığından doğrudan seyirden yasaklama kararı vermeleri gereklidir. Güvenlik tedbiri olan yasaklama hüküm ile beraber mahkeme tarafından hükmedilecek iken koruma tedbiri olan seyirden yasaklama hem soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı tarafından hem de mahkemece hükmedilebilecektir. Yasanın amacı da dikkate alındığında, spor alanlarında menfi eylemlerde bulunanların bu şekilde spor alanlarından uzaklaştırılması son derece önemli bir adımdır. Cezalandırılmayan hareket tekrarlanmaya muhtaç olduğundan suç işleyen şahsa ayrıca tedbirin de uygulanması yerinde bir düzenlemedir. Fakat kanun metninde bu tedbirlerin kim tarafından kaldırılacağına ilişkin düzenlemeler mevcut iken kim tarafından bu tedbirlere karar verileceği ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumu yasanın bir eksikliği olarak görmekteyiz.

Bu suça müeyyide olarak ise, kanun koyucu yirmi beş günden az olmamak şartıyla adli para cezası cezalandırma öngörmüştür. Fakat günümüz koşulları irdelendiğinde artık hem adli para cezası miktarları hem de yirmi beş gün kadar süre hayli anlamsız ve yasanın ulaşmak istediği gaye ile uyumsuz nitelikte kaldığı söylenebilir. Bu nedenle de kanaatimizce adli para cezasının gün karşılığının artırılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Aksoy B, “Seyirden Yasaklama Tedbiri” (2021) 95 (4), İstanbul Barosu Dergisi, 258-281.
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Kerim Ç. Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Adalet Yayınevi,2022)
- Artuk ME, Gökçen A ve Yenidünya AC, Ceza Hukuku Genel Hükümler (9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015).
- Artuk ME, Gökçen A, Yenidünya AC. Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015)
- Artuk, Mehmet Emin, Suç Genel Teorisi, Ceza Hukuku El Kitabı (Beta Basım Yayım Dağıtım, 1989)
- Centel N. Zafer H. ve Çakmut Ö. Türk Ceza Hukukuna Giriş (4. Baskı, Beta Yayıncılık, 2006).



Donay, S. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike Teşvik Primi (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012).

Erem F, Danışman A. ve Artuk ME, Ceza Hukuku Genel Hükümler. (Seçkin Yayınevi, 1997).

Gökçen A, Balcı M, Alşahin, ME ve Çakır K, Ceza Muhakemesi Hukuku II, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018).

Gülşen R, Spor Hukuku (2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014).

Gülşen R, Spor Hukuku Genel Esaslar, (Adalet Yayınevi, 2020)

Hürmüz P, 7182 sayılı Kanunla değişik 6222 Sayılı Kanun Kapsamında Seyirden Yasaklanma (1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020).

Özgenç İ. “6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler”, iç Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu. Edr: Cumhur Şahin, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmöz, (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012).

Koca M “6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler”, iç Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Ed. Cumhur Şahin, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmöz, (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012).

Özen M. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanununda Yer Alan Suçlar ve Yapıtlar. (Adalet Yayınevi, 2013).

Özgenç İ. “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu”, iç Sporda Şiddet Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Açılış Konuşması, Edr. Cumhur Şahin, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmöz, (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012).

Öztürk B, “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu”, iç Sporda Şiddet Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Açılış Konuşması, Edr. Cumhur Şahin, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmöz, Cumhur Şahin, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmöz, (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012).

Şen E. 3 Temmuz Sözde Şike Hukuku (Seçkin Yayıncılık, 2017).

Üzülmöz İ. ‘Değerlendirme ve Sonuç’, iç Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi-Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, edr Cumhur Şahin, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmöz (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık,2012).

Yaşar Y. “6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 18’inci Maddesinde Yer Alan “Seyirden Yasaklanma” İle “Seyirden Yasaklama” Tedbirleri” (2013), 19(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 3-38.

Zafer H. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama, (2014), 5(19) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 23-52.

İCRA MAHKEMESİNİN İCRA HUKUK VE İCRA CEZA MAHKEMESİ OLARAK AYRILAMAMASI

Nonseparation of the Court of Execution into Civil Court of Execution and Criminal Court of Execution

Uğur BULUT*

Özet

Anayasa'nın açık hükmü gereği mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri ile işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Buna göre bir mahkeme, kanunen kurulmuş şekli ve yine kanunen düzenlenen sıfatıyla yargılama yaparak karar vermelidir. Bu kapsamda icra mahkemesi, her hâlükârda icra mahkemesi olarak karar vermesi gereken bir mahkemedir. İcra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi şeklinde bir ayırım, uygulamadaki birtakım gerekçelerle kanuna aykırı bir şekilde yaratılamaz. Dahası kanuna aykırı böyle bir ayırımın niteliğini belirlemek de mümkün olmaz. Ayrıca, kanunen kurulmuş adı altında hiçbir zaman karar veremeyen, mutlaka kanunda hiçbir şekilde yer almayan hukuk veya ceza şeklinde eklemelere ihtiyaç duyarak karar verebilen bir mahkemeyi kabul etmek mantiken dahi tartışmaya açıktır. Böyle bir kanuna aykırı ayırım, kanun yolu incelemesini yapmakla görevli dairenin tespitinde de ek hukuka aykırılıklara sebep olmakta; uygulamada kabul edilen birtakım kriterlere göre icra mahkemeleri tarafından verilen kararlar bazen bir bütün olarak kanun yolu mahkemelerinin hukuk daireleri tarafından bazen de ceza daireleri tarafından incelenmektedir. Tüm bu Anayasaya ve kanuna aykırı, mantiken de kabulü zor durumların çözümü oldukça basittir; icra mahkemesi, icra mahkemesidir ve görevli olduğu her durumda icra mahkemesi olarak karar vermelidir.

Anahtar Kelimeler: İcra mahkemesi, hukuk, ceza, görev, iş bölümü, Anayasa.

Abstract

Pursuant to the express provision of the Constitution, the establishment, jurisdiction and powers of courts, their functioning and judicial procedures shall be regulated by law. Accordingly, a court must adjudicate in its legally established form and in its legally regulated jurisdiction. In this context, an enforcement court is a court that must decide as an enforcement court in any case. A distinction between an enforcement civil court and an enforcement criminal court cannot be created in violation of the law based on certain grounds in practice. Moreover, it would not be possible to determine the nature of such an illegal distinction. Also, it is even logically questionable to accept a court that can never render a decision under the name established by law, and can only render a decision by needing to add the words civil or criminal, which are not included in the law in any way. Such an unlawful distinction also causes additional unlawfulness in the determination of the chamber in charge of the remedy review; according to certain criteria accepted in practice, the decisions rendered by the enforcement courts are sometimes reviewed

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.11.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Doç. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ugur.bulut@bakircay.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4347-1799>



as a whole by the civil chambers and sometimes by the criminal chambers of the remedy courts. The solution to all these unconstitutional, unlawful and logically unacceptable situations is quite simple; an enforcement court is an enforcement court and should decide as an enforcement court in all cases in which it has jurisdiction.

Keywords: Enforcement court, civil, criminal, jurisdiction, division, Constitution.

GİRİŞ

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'la kurulan genel mahkemeler haricinde çeşitli özel kanunlarla birçok özel mahkeme kurulmuştur. Bu kapsamda 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile kurulan icra mahkemesi, icra ve iflâs hukukuna ilişkin çeşitli hukukî ve cezaî konularda görevlendirilmiş özel bir mahkeme niteliğindedir.

İcra mahkemesinin görevine giren işlerle ilgili olarak ne İcra ve İflâs Kanunu'nda ne de İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nde icra mahkemesi haricinde başka bir sıfat veya adlandırma yapılmıştır. Buna rağmen uygulamada, icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi şeklinde bir ayırım yerleşmiş bulunmaktadır. Bu ayırma göre, icra mahkemesi, cezaî konularda icra ceza mahkemesi; hukukî konularda ise, icra hukuk mahkemesi sıfatıyla yargılama yaparak karar vermektedir. İlgili mahkeme, kanunen kurulmuş şekli olan icra mahkemesi sıfatı altında hiçbir zaman karar vermemektedir.

Çalışmamızda icra mahkemesinin görevine giren işlere ilişkin detaylı açıklamalardan kaçınılarak bu mahkemenin kuruluşu ve görevlerine kısaca değinilmiş, bu konuda sadece ilgili çalışmalara atıfta bulunulmakla yetinilmiştir. Zira çalışma kapsamında üzerinde duracağımız aslî konu, icra hukuk ve icra ceza mahkemesi ayırımı, bu ayırımın -varsa- dayanakları ile niteliği ve böyle bir ayırım yapılmasından kaynaklanan sorunlardır. Bu çerçevede öncelikle icra mahkemesinin kuruluş, görev ve yetkileri üzerinde kısa açıklamalar yapılmış, icra hukuk ve icra ceza mahkemesine ilişkin uygulama örnekleri ve benzer olarak akla gelebilecek diğer mahkemeler üzerinde durulmuş, icra hukuk ve icra ceza mahkemesi ayırımından kaynaklanan çeşitli sorunlar ile bu ayırma yönelik gerekçeler ile doktrindeki görüşler ortaya konulmuştur. Son olarak icra hukuk ve icra ceza mahkemesi şeklindeki ayırımın hukukî bir dayanağının mevcut olmadığına yönelik görüşümüze ilişkin gerekçeler ile Anayasa ve kanuna uygun olan, olması gereken uygulamaya ilişkin açıklamalarımıza yer verilmiştir.

I. SORUNUN TESPİTİ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Anayasa'nın 142. maddesinin birinci fıkrası, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûllerinin kanunla düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Bu doğrultuda, adli yargı ilk derece hukuk ve ceza mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen temel kanun 5235 sayılı Kanun'dur¹. Bu Kanun'un 6. maddesinin üçüncü fıkrası hukuk mahkemeleri

¹ RG, 07.10.2004, S. 25606.

bakımından; aynı Kanun'un 9. maddesinin dördüncü fıkrası ise, ceza mahkemeleri bakımından özel kanunlarla kurulan diğer mahkemelerin kuruluş ve görevine ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. Çeşitli özel kanun hükümleriyle² birçok özel mahkeme kurulmuş olup bu özel mahkemelerin görevleri de ilgili kanunlarla düzenlenerek ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na da yetkiler tanınarak³ belirlenmiştir.

İcra mahkemesi, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun⁴ 4. maddesindeki temel düzenleme doğrultusunda kurulmuş ve bu Kanun'da yer alan çeşitli hukukî ve cezaî konularda görevlendirilmiştir. Kanun'un ilk hâlden bugüne kadar yapılan düzenlemelerin hiçbirinde icra mahkemesi, "icra hukuk mahkemesi" veya "icra ceza mahkemesi" olarak adlandırılmamış olmasına rağmen, uygulamada böyle bir ayırım yerleşmiştir. Bu kapsamda ilgili mahkemenin tutanak ve gerekçeli kararlarında icra hukuk mahkemesi veya icra ceza mahkemesi olarak "Türk Milleti Adına" kararlar verildiği, çeşitli adliyelere ilişkin web sayfalarında ve Ulusal Yargı Ağı Projesi Portalı'nda dava açılacak yargı çevresinde yargı teşkilâtına ilişkin mahkemeler arasında ayrı birer icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesinin sayıldığı görülmektedir. Dahası, icra mahkemesinin tek bir yargılama içerisinde hukukî ve cezaî bir konuda karar vermesi hâlinde, icra ceza mahkemesi ibaresinin kullanıldığı ve tarafların kanun yoluna başvurması hâlinde dosyanın bir bütün olarak istinaf aşamasında cezaî; temyiz aşamasında ise, hukukî konularda karar verme yetkisini haiz dairenin incelemesine sunulduğu görülmektedir.

Öncelikle belirtmek isteriz ki, icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi şeklinde bir ayırımın kanunî dayanağı tarafımızca tespit edilememiştir. Böyle bir ayırı kullanımın pratik birtakım gerekçeleri olsa da, kanunen mevcut olmayan bir mahkeme olarak yargılama yapılması ve karar verilmesi hukuken yerinde değildir. Bu nedenle, çalışmamızda icra mahkemesinin genel görev ve yetkileri gibi konulardan ziyade sadece hukuk ve ceza ayırımına yönelik uygulama ile bu ayırımdan kaynaklanan sorunlar üzerinde durulmuştur.

² Özel mahkemeler için bkz. İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (8. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 74-76; Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. II* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2024) 1715 vd; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 779 vd; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku, Cilt I* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 157 vd; Mine Akkan, 'Mahkemeler' in Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H (eds) *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I* (15. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2017) 135 vd; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 135 vd; Ali Çetin Aslan, *Medenî Usûl Hukukunda Görev* (1. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2022) 130 vd.

³ Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun görev gibi işin niteliğine göre yapılan ayrımlarla mahkemeler arası tevzi işlemlerini düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olduğu görüşü için bkz. Uğur Bulut, 'Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kararları Neticesinde Ortaya Çıkan Görev-Yetki Sorunları' (2020) 3. *Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi*, 41 vd. Bu yöndeki düzenlemelerin görev ilişkisi niteliğinde olduğu görüşü için bkz. Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2024) 243. Karş. Aslan (n2) 190-193, 204-205.

⁴ RG, 19.06.1932, S. 2128.

II. İCRA MAHKEMESİNİN KURULUŞU VE GÖREVLERİ

A. Genel Olarak

Anayasa'nın 142. maddesinin birinci fıkrası uyarınca mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûlleri kanunla düzenlenir. Bu nedenle, kanunen kurulmamış, görev ve yetki sınırları belirlenmemiş bir mahkemenin hukuken varlığından da söz edilemez. Bu çerçevede icra mahkemesinin kurulmasına ilişkin düzenlemelere bakıldığında, icra mahkemesi, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun "icra mahkemesi" başlıklı 4. maddesinde özel bir mahkeme olarak temel görevleriyle birlikte kurulmuş ve düzenlenmiştir. Kanun'un ilk hâlinde tetkik mercii olarak ifade edilen icra mahkemeleri, 3890 sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun⁵ ve 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁶ ile yapılan kapsamlı değişiklikler neticesinde de aynı şekilde tetkik mercii olarak varlığını devam ettirmiştir. Bu mercii niteliğine ilişkin tartışmalara son veren düzenleme 5092 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷ ile yapılmış ve kanunda yer alan tetkik mercii ve benzeri diğer ibareler, icra mahkemesi olarak değiştirilmiştir. Böylece, icra mahkemesinin mahkeme olarak niteliği⁸ ile görev ve yetkileri konusu da açıklığa kavuşturulmuştur.

B. İcra ve İflâs Kanunu'nda İcra Mahkemesi Hakkındaki Düzenleme

İcra mahkemesi, temel olarak icra ve iflâs dairelerinin işlemlerine karşı yapılacak şikâyetleri (İİK m. 16-18), borçlu tarafından takibe itiraz edilmesi hâlinde alacaklı tarafından yapılacak itirazın kaldırılması taleplerini (İİK m. 68, 68/a, 147, 150/a, 169/a, 170, 269/b, 269/c, 275) ve istihkak davalarını (İİK m. 97-99, 228) incelemekle görevlidir. İcranın geri bırakılması (İİK m. 33), icranın durdurulması (İİK m. 36), icra takibinin iptal ve taliki (İİK m. 71) veya haciz ihbarnamesine itiraz üzerine yapılan başvuruları incelemek (İİK m. 89) gibi icra hukukuyla ilgili birçok konuda icra mahkemesi görevlidir⁹. Bu hukukî konular haricinde, İcra ve

⁵ RG, 11.07.1940, S. 4558.

⁶ RG, 30.07.2003, S. 25184.

⁷ RG, 21.02.2004, S. 25380.

⁸ Esasen bu yöndeki kanunî değişiklikten çok daha önce Anayasa Mahkemesi, icra tetkik mercinin somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecek bir mahkeme niteliğinde olduğunu kabul ederek iptal taleplerinin esasını incelemiştir. Bu konuda bkz. AYM, 23.05.1966, 1966/13, 1966/26 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>).

⁹ İcra mahkemesinin görevleri konusunda genel olarak bkz. Necmeddin Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (1. Baskı, Filiz Kitabevi 1980) 39 vd; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku, C. I* (3. Baskı, Evrim Basım Yayım Dağıtım 1988) 41 vd; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (11. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2024) 56-57; Abdurrahim Karlı, *İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi* (1. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım 1995) 52-57; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 43-48; Ayşe Ece Acar, *İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu* (1. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2022) 10 vd; Gökçe Varol, "İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü" (2020) (2) AndHD 438 vd.

İflâs Kanunu'nun onaltıncı babında düzenlenen icra suçlarında da icra takibinin yapıldığı yerdeki icra mahkemesi görevli ve yetkilidir (İİK m. 348). Bu nedenle icra mahkemesi, hem hukukî konularda hem çeşitli cezaî konularda yargılama yapma göreviyle donatılmış özel bir mahkemedir.

Uygulamada yerleşen icra hukuk ve ceza mahkemesi ayırımına karşın, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilk hâlinde dahi ayrı bir ceza tetkik merciinden söz edilmemiş, sadece ceza hususlarında yetkili merciin takibin yapıldığı yerdeki mercii olduğu düzenlenmişti (m. 348). 3890 sayılı ve 4949 sayılı Kanun ile yapılan kapsamlı değişikliklerde cezaî işlere ilişkin değişiklikler yapılmasına rağmen bu hükme ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 5092 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun tamamında yer alan mercii ve benzeri diğer ibareler icra mahkemesi olarak olarak değiştirilmiştir. Böylece cezaî konularda karar verme yetkisinin de icra mahkemesi olarak mahkeme niteliğindeki bir organa ait olduğu konusundaki tereddütlere son verilmiştir¹⁰. İcra mahkemesinin cezaî konulardaki görevlerine ilişkin hükümlerde kapsamlı değişiklikler yapan 5358 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹¹ 20. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen cezayı gerektiren fiillerden dolayı yetkili¹² icra mahkemesinin icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkeme olduğu yönünde bir düzenleme yapılarak bu Kanun'da düzenlenen fiillerin tamamında icra mahkemesi görevli hâle getirilmiştir¹³. Görüldüğü gibi, icra mahkemesinin kuruluşuna ilişkin düzenlemenin tarihî değişim sürecinde olduğu gibi bu mahkemenin cezaî konularda karar verme yetkisine ilişkin düzenlemenin tarihî sürecince de sadece icra mahkemesi ifadesi kullanılmış, icra hukuk veya icra ceza mahkemesi şeklinde bir ibare kullanılmamıştır. Ancak, güncel uygulamada bu ayırım yerleşmiş olup sadece icra mahkemesi sıfatı altında verilmiş bir mahkeme kararına tarafımızca yapılan araştırma neticesinde rastlanamamıştır. Uygulamada icra mahkemesinin görevine giren tüm işler, icra hukuk mahkemesi veya icra ceza mahkemesi olarak yürütülmektedir. Doktrinde, eski tarihli çalışmalarda sadece icra tetkik merciince yürütülen ceza yargılamasından bahsedilmekteyken¹⁴, yeni tarihli

¹⁰ Pekcantez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n9) 56; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n2) 143; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 44-45; Acar (n9) 7; Varol (n9) 437.

¹¹ RG, 01.06.2005, S. 25832.

¹² İcra ve İflâs Kanunu'nun 348. maddesinin başlığı "salâhiyet" iken 538 sayılı 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun (RG, 06.03.1965, S. 11946) 143. maddesiyle Kanun'un tamamında yer alan "salâhiyet" ibaresi yetki olarak değiştirilmiştir.

¹³ 5358 sayılı Kanun (RG, 01.06.2005, S. 25832-1. Mükerrer) ile yapılan değişikliklere kadar icra mahkemesi sadece hafif hapis, hafif para ve tazyik hapsi cezası gerektiren fiillerde görevli iken hapis cezası ve ağır para cezasını gerektiren fiillerde asliye ceza mahkemeleri görevli kabul edilmekte idi (İbrahim Ermenek, 'İcra ve İflâs Kanunu'nda Öngörülen Cezaî Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı' (2014) (19) *TAAD* 297). Bu tarihten itibaren ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun onaltıncı babında düzenlenen suç teşkil eden fiillerin tamamında icra mahkemesi görevli kabul edilmiştir.

¹⁴ Baki Kuru, *Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi* (2. Baskı, Türkiye Bankalar Bir-



çalışmalarda da artık bu ayrım kabul görmektedir¹⁵.

III. İCRA MAHKEMESİ BAKIMINDAN UYGULAMADAKİ ÖRNEKLER VE BENZER DURUMLAR

A. İcra Mahkemesi Sifatına İlişkin Uygulama Örnekleri

Genel açıklamalarımız kapsamında değindiğimiz üzere, uygulamada icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi ayrımı, sadece *icra mahkemesi* olarak yürütülmüş bir yargılama ve verilmiş örnek bir karara rastlanamayacak derecede yerleşmiştir. Bu nedenle, uygulamada böyle bir ayrımın mevcut olduğunu ortaya koymak amacıyla örneklere değinmek dahi gereksizdir. O hâlde, bu yöndeki bir ayrıma ilişkin kararlara değinmekten ziyade böyle bir ayrım yapılmasından kaynaklanan istisnaî bazı durumlarda nasıl sonuca gidildiğine ilişkin hususlar üzerinde durmanın daha faydalı olabileceği kanaatindeyiz.

Uygulamadaki kabule göre icra hukuk mahkemesi tarafından yürütülmesi gereken bir dava icra ceza mahkemesinde açılırsa veya tersi bir durum söz konusu olursa nasıl hareket edildiği üzerinde durulmalıdır. Yargıtay, icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi arasındaki ilişkinin iş bölümü ilişkisi niteliğinde olduğunu¹⁶; bu nitelendirmenin bir sonucu olarak, icra hukuk mahkemesinin icra ceza mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı veremeyeceğini¹⁷ ve böyle bir durumda bir ara kararla dosyayı icra ceza mahkemesi sıfatıyla incelemesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁸. Tazminat ve cezalandırma taleplerinin bir arada incelenebildiği durumlarda (İİK m. 89/4) ise, icra ceza mahkemesi sıfatının esas alınarak karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁹. Diğer yandan, istisnaî olarak böyle bir durumda icra hukuk mahkemesi sıfatıyla karar verilebileceği yönünde kararlara rastlamak da mümkündür²⁰. Yargıtay'ın icra mahkemesinin bu farklı alanlara

liği Yayınları 2002) 86; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (8. Baskı, 2004) 425; M. Nezir Özcengiz, *Tetik Mercii* (1. Baskı, Fon Matbaası 1975) 167.

¹⁵ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 76, 750. Ayrıca bkz. aşa. VI.

¹⁶ HGK, 21.02.2018, 2017/12-373, 2018/319 (Kazancı); HGK, 13.03.2015, 2013/1711, 2015/1024 (Lexpera).

¹⁷ HGK, 13.03.2015, 2013/1711, 2015/1024 (Lexpera). Aynı yönde Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2016) 50.

¹⁸ 12. HD, 17.04.2014, 2014/6960, 2014/11395 (Lexpera).

¹⁹ Kuru (n9) 730; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2013) 481; Kuru (n14) 86; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 238; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. II* (3. Baskı, Bilge Yayınevi 2014) 1777; Mahmut Coşkun, *İcra – İflâs Suçları Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usulü* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 174; HGK, 21.02.2018, 2017/12-373, 2018/319 (Kazancı); 16. HD, 31.01.2011, 2010/9150, 2011/365 (Lexpera).

²⁰ 12. HD, 08.03.2013, 2012/31868, 2013/8244 (Lexpera); 12. HD, 15.06.2009, 2009/4996, 2009/13296 (Lexpera).

ilişkin görevlerini, icra mahkemesinin hukuk ve ceza bölümü olarak adlandırdığı da görülmektedir²¹.

Buna göre, uygulamada, icra hukuk ve icra ceza mahkemesi şeklinde iki farklı fiziken olmasa da hukuken var kabul edilmekte ve bu iki mahkeme arasındaki ilişki de nitelikli bir iş dağılımına benzer şekilde çözülmektedir. Bu durum, özel mahkemelerin kurulmadığı yerlerdeki genel mahkemelerden hangi numaralı olan mahkemenin o özel mahkeme sıfatıyla yargılama yapabileceğine ilişkin Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararlarıyla ortaya çıkan ilginç duruma benzetilebilir²². Böylece, gerçek anlamda bir görev, yetki veya işbölümü ilişkisinden söz edilemeyecek²³ ve bu nedenle bu yönde bir usûlî nihaî karar verilemeyecek; ancak, bir şekilde hâkim tarafından re'sen yargılamanın ilgili özel mahkeme sıfatıyla yürütülmesi sağlanacaktır. Bu ise, hukukî bir çözüm bulunması güç sorunlara sebep olmaktadır. Bu konuda aşağıda detaylı değerlendirme yapılacağından burada sadece soruna dikkat çekmekle yetiniyoruz²⁴.

B. Diğer Benzer Mahkeme Örnekleri

İcra mahkemesinin, uygulamada icra hukuk ve icra ceza mahkemesi olarak kabul edilmesine yönelik birtakım pratik gerekçeler diğer bazı mahkemeler için de benzer şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Bu nedenle, icra mahkemesinin hukukî durumu ile birebir örtüşmese dahi bir sonuca varmadan önce karşılaştırma yapılması mümkün olan bu mahkemeler üzerinde durulmasında da fayda vardır.

Bu nokta ve özellikle Ulusal Yargı Ağı Projesi siteminde yer alan mahkeme bilgileri bakımından sadece karşılaştırma amacıyla üzerinde durulması gereken diğer mahkemeler, Denizcilik İhtisas Mahkemesi ile Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'dir. Zira, mahkeme seçme adımı icra hukuk mahkemesi haricinde diğer özel mahkemeler yanında bu iki mahkemeye de yer verilmektedir. Hemen

²¹ “Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında icra mahkemesinin hukuk bölümü ile ceza bölümü arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olmayıp...” HGK, 13.03.2015, 2013/1711, 2015/1024 (Lexpera).

²² Bu konuda bkz. Bulut (n3) 38 vd.

²³ Kanaatimizce burada, aynı konuda karar vermeye yetkili farklı mahkemeler veyahut aynı mahkeme içerisinde karşımıza çıkabilen ve ilgili mahkemenin hukuken farklı işlevlerde karar verebilmesini açıklamak için kabul edilen işlevsel yetkiden de söz edilemez. Zira işlevsel yetki kurallarında ilgili mahkemenin farklı işlevleri yerine getirilebilmesini ve böylece o mahkemenin söz konusu farklı işlevlerini diğer görevlerinden ayrılabilmesini gerekli kılan açık kanunî düzenlemeler söz konusu olmalıdır. Oysa icra mahkemesi bakımından, hukukî veya cezaî konularda karar verebilme şeklinde farklı işlevlerden söz edilebilirse de bu farklılığı mahkemelerin işlevi kapsamında açıklamak mümkün değildir. Zira, her şeyden önce kanunen icra hukuk veya icra ceza mahkemesi şeklinde bir ayırım olmadığı gibi, icra mahkemesinin bu farklı konularda gerekirse birlikte karar verebilmesi ve her iki konunun da nitelikleri farklı olsa da esasen sadece icra mahkemesinin görevleri arasında düzenlenmesi böyle bir ayırım yapmayı hukuken mümkün kılmamaktadır. İşlevsel yetki hakkında detaylı bilgi için bkz. Ersin Erdoğan ve Uğur Bulut, ‘İşlev İtibariyle Yetki (Mahkemenin İşlevi)’ (2018) (39) *MİHDER* 95 vd.

²⁴ Bkz. aşa. VII.



belirtmek gerekir ki, sistemde bu isimlere yer verilmiş olması, doğrudan bu sıfatta ayrı bir mahkeme teşkilâtı olduğu şeklinde yorumlanmaya müsait değildir. Unutmamak gerekir ki, UYAP sistemi nihayetinde idarî işlem ve teknik bir kolaylık olup mahkeme kuruluşunu gerçekleştirecek bir “kanun” değildir.

Denizcilik ihtisas mahkemesi, 5136 sayılı Kanun’un²⁵ 1. maddesiyle mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun²⁶ 4. maddesine eklenen üçüncü fıkraya dayanılarak iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde kurulmuş olmasına rağmen, yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda²⁷ bu şekilde ayrı bir mahkemeye yer verilmemiştir. 6102 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla denizcilik ihtisas mahkemesi sıfatını haiz ayrı bir mahkeme teşkilâtı sona ermiş ve bu mahkemelerde görülen davaların ilgili asliye ticaret mahkemesine devredileceği düzenlenmiştir²⁸. Böylece, asliye ticaret mahkemesinden ayrı bir denizcilik ihtisas mahkemesinden söz etmek artık hukuken mümkün değildir. Diğer yandan, Hâkimler ve Savcılar Kurulu’na, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde o yerdeki birden fazla asliye ticaret mahkemesinden birini veya birkaçını deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirme yetkisi verilmiştir (TTK m. 5/2)²⁹. Hâkimler ve Savcılar Kurulu’nun bu yetkiye dayanarak belirlediği asliye ticaret mahkemeleri, uygulamada mülga düzenlemenin de etkisiyle denizcilik ihtisas mahkemesi olarak adlandırılmakta; sadece, asliye ticaret mahkemesi olarak o yerdeki deniz ticareti ve deniz sigortasına ilişkin hukuk davaları belirlenen asliye ticaret mahkemesine tevzi edilmektedir³⁰. İlgili asliye ticaret mahkemesi de, olması gerektiği gibi, tüm yargılamayı asliye ticaret mahkemesi olarak yürüterek karar vermektedir. Görüldüğü gibi, Ulusal Yargı Ağı Projesi siteminde mahkemeler sekmesinde ayrı bir denizcilik ihtisas mahkemesine yer verilmiş olması hukuken bu sıfatta bir mahkemeyi var etmemekte; sadece, tevzi işlemlerini düzenlemek amacıyla pratik bir ihtiyaca yönelmektedir. Ancak, kanaatimizce, bu ihtiyacın da mahkeme seçimi aşamasında

²⁵ RG, 28.04.2004, S. 25446.

²⁶ RG, 09.07.1956, S. 9353.

²⁷ RG, 14.02.2011, S. 27846.

²⁸ 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un (RG, 14.02.2011, S. 27846) 8. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: “6762 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kurulmuş bulunan denizcilik ihtisas mahkemesinin görmekte olduğu davalar, Türk Ticaret Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından, Türk Ticaret Kanunu ile diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevli kılınacak asliye ticaret mahkemesine devredilir.”

²⁹ Bu yetkilendirme hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. Bulut (n3) 38 vd.

³⁰ Deniz ticareti ve deniz sigortasına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilen asliye ticaret mahkemesi ile o yerdeki diğer asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki de basit bir iş dağılımı ilişkisidir (İbrahim Ercan, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Asliye Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi Arasındaki İşbölümü İtirazının Değerlendirilmesi’ (2012) (2) *MÜ-HF-HAD* 116). Karşı görüşte Tanrıver (n2) 158.

değil, mahkemeler arasından asliye ticaret mahkemesi seçildikten sonra bir sonraki adımda tevzi kotası aşamasında seçim yapılarak giderilmesi daha yerinde ve hukukî bir yol olacaktır. Aksi hâl, yukarıda belirtildiği üzere UYAP'a âdeti kanunda olmayan bir mahkemeyi kurma yetkisi tanımak anlamına gelecektir. Müstakil bir şekilde denizcilik ihtisas mahkemesi varmış gibi UYAP'ta belirleme yapmakla, asliye ticaret mahkemesi altında onun bir dairesi olarak seçim alanı açmak tamamen birbirinden farklıdır. Şu andaki hâliyle denizcilik ihtisas mahkemesine yönelik UYAP uygulaması kanuna açıkça aykırıdır.

Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin hukukî durumu icra mahkemesi ve denizcilik ihtisas mahkemesinden biraz daha farklıdır. Zira ilgili mahkeme, çeşitli mülga kanun hükmünde kararnamelerde³¹ ihtisas mahkemesi olarak kabul edilmiş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun³² 156. maddesinde kuruluşu, görev ve yetkileri düzenlenerek yürürlükten kaldırılan kanun hükmünde kararnamelerde yer verilen ihtisas mahkemesi olarak davaları görmeye devam edeceği hükme bağlanmıştır (SMK Geçici Madde 6). İcra mahkemesinin gelişiminden farklı olarak bu özel mahkeme, mülga kanun hükmünde kararnamelerin ilk hâlinde itibaren ayrı birer hukuk ve ceza mahkemesi olarak belirlenmiştir. Yürürlükteki düzenleme de *"Bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir."* şeklindedir (SMK m. 156). Hatta fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin kurulmamış olduğu yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye hukuk mahkemesince; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde ise, bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye ceza mahkemesince bakılacağı da ayrıca düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi ilgili mahkeme, icra mahkemesi gibi hukuk ve ceza mahkemesi olarak ayrı ayrı hareket ederek Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi veya Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi olarak karar verebilmektedir. Yine icra hukuk mahkemesi gibi Ulusal Yargı Ağı Projesi sistemi mahkeme seçimi adımımda fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesine yer verilmektedir. Ancak, icra mahkemesinden farklı olarak kanunen fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ve fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi olarak ayrı ayrı kurulmuş iki farklı mahkeme mevcuttur. Bu nedenle, Ulusal Yargı Ağı Projesi sisteminde ayrı ayrı yargı teşkilâtına dahil olan bu mahkemelere ismen yer verilmesi ve ilgili mahkemelerce kanunen düzenlenmiş sıfatlarıyla hukuk veya ceza mahkemesi olarak karar verilmesi Anayasaya ve kanuna uygundur. Bu nedenle, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi, fikri ve sınai haklar ceza mahkemesinin de varlığı nedeniyle uygulamadaki icra hukuk ve icra ceza mahkemesi ayrımıyla benzer görülebilirse de esasen her iki durum birbi-

³¹ 551 Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 146. maddesi, 554 Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 58. maddesi, 555 Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 30. maddesi, 556 Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 71. maddesi.

³² RG, 10.01.2017, S. 29944.



rinden hukuken oldukça farklıdır. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kanunen kurulmuş iki farklı mahkeme olarak karşımıza çıkmakta iken icra mahkemesi için böyle bir ayırımın herhangi bir kanunî dayanağı mevcut değildir.

IV. İCRA MAHKEMESİ BAKIMINDAN KANUN YOLLARI AŞAMASINDA GÖREVLİ DAİRENİN TESPİTİNE İLİŞKİN UYGULAMA

İcra mahkemeleri tarafından verilen kararların istinaf ve temyiz incelemeleri, kural olarak, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'ın ilgili hukuk daireleri tarafından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre yapılmaktadır (İİK m. 366/1)³³. Diğer yandan, icra mahkemesinin İcra ve İflâs Kanunu'nun onaltıncı babında düzenlenen tüm suçlara ilişkin kararlarıyla ilgili 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanmaktadır (İİK m. 353/2)³⁴.

Bir önceki uygulama örneklerinde değinildiği üzere, icra mahkemesinin hukuk ve ceza işlerinin bir arada görülmesi hâlinde ceza mahkemesi sıfatının esas alınmasının bir devamı olarak, böyle bir durumda verilen kararın kanun yolu incelemesi de bir bütün olarak ceza daireleri tarafından yapılabilmektedir. Bu noktada, uygulama ilginç ve yine açık bir kanunî dayanaktan yoksun bir yöntem benimsemiştir. Buna göre, hukuk ve ceza işlerinin bir arada görüldüğü ve icra ceza mahkemesi sıfatıyla verilen kararların istinaf incelemesinde istinafa konu edilen karara göre bir ayırım yapılmaktadır. İstinaf talebi sadece hukukî konuda verilen karara ilişkinse, icra ceza mahkemesi sıfatıyla verilmiş bir karar söz konusu olsa dahi, dosya bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk dairesi tarafından karara bağlanmaktadır. Ancak, hem hukukî konuya ilişkin hem de cezaî konuya ilişkin karara karşı istinaf yoluna

³³ Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun işbölümüne ilişkin 18.01.2024 tarih ve 2024/1 sayılı kararı için bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek-1706165589.pdf> Erişim 10 Kasım 2024. Bölge adliye mahkemelerinin işbölümüne ilişkin kararlar için bkz. https://www.hsk.gov.tr/istinaf-mahkemeleri-is-bolumleri_1426 Erişim 10 Kasım 2024. İcra mahkemeleri tarafından verilen kararların istinaf ve temyiz incelemesine ilişkin genel açıklamalar için bkz. Acar (n9) 76 vd; Ayşe Ece Acar, 'İcra ve İflâs Kanunu'nun Madde 363 Düzenlemesine Dair Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler' (2023) (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1185 vd.

³⁴ İcra ve İflâs Kanunu'nun 353. maddesinin ilk hâli "*Tetkik merciinin kararı tefhim veya tebliği tarihinden beş gün içinde maznun ve şikâyetçi ve Cumhuriyet müddei umumisi tarafından temyiz olunabilir. Bu tebliğin maznunun zatına yapılması şarttır. Temyiz, istida veya tetkik merciine zaptettirecek şifahi beyanla olur. Depo ve lâyiha aranmaz. İstida veya beyan üzerine evrak hemen Temyiz Mahkeme sine gönderilir.*" şeklindedir. 3890 sayılı Kanun (RG, 11.07.1940, S. 4558) ile beş günlük süre yedi güne çıkarılmış; 538 sayılı Kanun (RG, 06.03.1965, S. 11946) ile sadece ifadeler güncellenmiş; 5311 sayılı Kanun (RG, 18.03.2005, S. 25759) ile "*Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bu kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamaz.*" şeklinde bir düzenleme yapılarak temyiz yolu kapatılmış ve istinaf incelemesinin ceza daireleri tarafından yapılacağı da açıklığa kavuşturulmuş; ancak, 5238 sayılı Kanun (RG, 31.03.2005, S. 25772) ile 5311 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi "1 Haziran 2005" olarak değiştirilmiş; bu kez de 5358 sayılı Kanun (RG, 01.06.2005, S. 25832) ile ilgili hüküm bugünkü hâlini alacak şekilde "*İcra mahkemesinin bu Bapta yer alan suçlardan dolayı verdiği hükümlerle ilgili olarak 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanır.*" şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

başvurulmuş ise, bölge adliye mahkemesinin ilgili ceza dairesi³⁵ tarafından her iki konuda da istinaf incelemesi yapılmaktadır. Bu durumda bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, hukukî konuya ilişkin kararı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygulayarak; cezaî konuya ilişkin kararı ise, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerini uygulayarak ayrı ayrı incelemektedir³⁶. İstinaf aşamasında, cezaî konudaki karar kesinleşerek sadece hukukî konudaki kararın kaldırılması söz konusu olmuş ve bu nedenle ilk derece mahkemesi tarafından verilen yeni karar da sadece hukukî bir konuya ilişkin olsa dahi artık bu kararın istinaf incelemesi yine ilgili ceza dairesi tarafından yapılmaktadır. Uygulamada bunun gerekçesi, ilgili dosyada daha önce ceza dairesinin karar vermiş olmasıyla açıklanmaktadır.

İstinaf incelemesi sonrasında verilen temyiz yolu açık kararlara karşı yapılan temyiz başvurularının hangi Yargıtay dairesi tarafından karara bağlanacağı konusunda ise istinaftan farklı bir uygulama benimsenmiştir. Bugünkü³⁷ uygulamada, istinaf aşamasında hukuk veya ceza dairelerinden hangisi tarafından karar verilmiş olduğu önemli olmaksızın İcra ve İflâs Kanunu'ndan kaynaklanan hukukî ve cezaî konuların tamamının temyiz incelemesi Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından yapılmaktadır. Bu durumda, istinaf aşaması için yukarıda değindiğimiz sürece göre, bir bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından karar verilmiş olsa dahi bu karara ilişkin temyiz talebini bir bütün olarak Yargıtay hukuk dairesi incelemektedir. Böylece, istinafta hukukî ve cezaî konunun tamamı ceza dairesi tarafından; temyizde ise, aynı şekilde hukukî ve cezaî değerlendirmenin tamamı hukuk dairesi tarafından yapılabilmektedir. Böyle bir durumda, aynı dosyada mevcut hukukî konuya ilişkin değerlendirme, istinaf aşamasında ceza daireleri tarafından; şartların sağlanması

³⁵ Örneğin, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesi, “2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 89/4 maddesine göre cezalandırma isteği ile birlikte açılan tazminat davaları üzerine icra ceza mahkemesince verilen tazminat kararları da dahil olmak üzere icra ceza mahkemelerince verilen kararlar” bakımından istinaf incelemesi yapmakla yetkilendirilmiştir. Bkz. https://www.hsk.gov.tr/istinaf-mahkemeleri-is-bolumleri_1426 Erişim 10 Kasım 2024.

³⁶ Örneğin, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesi, 13.03.2024 tarih, 2024/457 Esas ve 2024/529 Karar numaralı kararında Yargıtay hukuk dairesi kararlarını değerlendirerek ve “*HMK'nın 353/1-a maddesi uyarınca KESİN olmak üzere, 13/03/2024 tarihinde oy birliği ile karar verildi.*” şeklinde karar vermiştir.

³⁷ Daha önce bu konudaki kararlar, işbölümü kararları doğrultusunda temyiz aşamasında Yargıtay hukuk daireleri veya ceza daireleri tarafından incelenebilmekteydi (Örneğin bkz. Kuru (n14) 101; Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 01.02.2002 ve 2002/1 sayılı kararı (RG, 16.02.2002, S. 24673)). Bu noktada, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 30.01.2019 tarihli ve 1 sayılı Yargıtay dairelerinin işbölümüne ilişkin kararından önce icra ceza mahkemesi tarafından verilen kararların temyiz incelemesi, ceza daireleri tarafından yapılmaktayken (Örneğin bkz. 19. CD, 05.10.2015, 2015/4100, 2015/5035 (Lexpera); 8. CD, 28.03.1996, 1996/3543, 1996/4512 (Lexpera)), bu tarihten itibaren Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından incelenmektedir. Böylece, nihai durumda istinaf aşamasında ceza daireleri tarafından yapılan inceleme artık temyiz aşamasında bir bütün olarak Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından yapılmaktadır. Kanun yolu incelemesini yapmakla görevli dairenin hukuk dairesi mi yoksa ceza dairesi mi olduğu konusundaki bu farklı uygulamalar dahi icra mahkemesinin uygulamadaki karışık ve ilginç durumunu ortaya koymaya yeterlidir. Tüm bu karışık uygulamalara yönelik değerlendirmelerimiz ve önerimiz aşağıda ayrı bir başlık altında açıklanmıştır. Bkz. aşa. VII.



hâlinde ise, temyiz aşamasında hukuk daireleri³⁸ tarafından yapılmaktadır. Oysa, aynı mesele sadece hukukî boyutuyla ileri sürüldüğü veya hukukî ve cezaî konuların ayrı ayrı ileri sürüldüğü durumlarda, hukukî konuya ilişkin verilen kararın istinaf incelemesi de ilgili hukuk daireleri tarafından yapılmaktadır³⁹.

Böylece, bir sonraki başlıkta değindiğimiz salt pratik gerekçelerle ve kanunî bir dayanağını tespit edemediğimiz bir kabul sonucu kanun yolu incelemesini yapmakla görevli mercii de dahi değişiklik ortaya çıkmaktadır. Bu durum, icra mahkemesinin uygulamada kabul görenek yerleşen bir ayırımından kaynaklanan ve işbölümüne ilişkin kararlar haricinde⁴⁰ net bir hukukî dayanağı bulunmayan bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sonuç, hukukî dayanağına ilişkin soru işaretleri haricinde, daireler arasında ek içtihat farklılıklarına da sebep olmak gibi diğer başka sorunlara da sebep olabilecek niteliktedir.

V. İCRA HUKUK MAHKEMESİ VE İCRA CEZA MAHKEMESİ AYRIMINA YÖNELİK UYGULAMADA İLERİ SÜRÜLEN PRATİK GEREKÇELER

Anayasa'nın mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûllerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin açık hükmüne rağmen (AY m. 142/1), icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi sıfatında bir mahkemeye yönelik hiçbir kanunî düzenleme yoktur. Aksine, tüm kanunî düzenlemeler icra mahkemesi adında bir mahkeme teşkilâtına yöneliktir. Sadece İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin⁴¹ 69. maddesinde icra mahkemesinde hukuk ve ceza davaları için ayrı kayıt tutulacağı düzenlenmiş ve yalnızca bir yerde icra ceza mahkemesi ibaresi kullanılmıştır⁴².

³⁸ İcra mahkemesinin hukuk mahkemesi veya ceza mahkemesi olarak nitelendirilmesine ilişkin görüşlere paralel bir şekilde, cezaî bir konuda inceleme yapan Yargıtay Hukuk Dairesi'nin bu inceleme özeline ceza dairesi niteliğini haiz olduğu da ileri sürülebilir. Nitekim bu konuda bkz. Ferid Yasa, 'Temyiz İcra ve İflâs Dairesinden Verilen Ceza Kararları Aleyhine Baş Müddeiumumiliğin İtiraz Hakkı Var mıdır?' (1937) (3) *Adliye Ceridesi* 186. Benzer şekilde Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin "kısmen ceza dairesi sayılacağı" yönündeki tespit için bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı, Seçkin Yayınları 2023) 273.

³⁹ Bölge adliye mahkemelerinin işbölümüne ilişkin kararlarda icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi sıfatı esas alınarak belirleme yapılmış olduğu için böyle bir ayırım ortaya çıkmaktadır. Nitekim bkz. https://www.hsk.gov.tr/istinaf-mahkemeleri-is-bolumleri_1426 Erişim 10 Kasım 2024.

⁴⁰ 5235 sayılı Kanun'un 35. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak bölge adliye mahkemeleri ceza ve hukuk daireleri arasındaki iş bölümü, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir." şeklindeki ve Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Hukuk daireleri ile ceza daireleri kendi aralarında işbölümü esasına göre çalışır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, dairelerin aralarındaki işbölümü karar tasarısı aşağıdaki esaslar uyarınca, Başkanlar Kurulu tarafından hazırlanır. Hazırlanan karar tasarısı, toplantı tarihinden yedi gün önce ilân edilmek kaydıyla Büyük Genel Kurulun onayına sunulur." şeklindeki düzenlemenin sadece hukuk ve ceza daireleri arasındaki işbölümüne yönelik olduğu kanaatindeyiz.

⁴¹ RG, 11.04.2005, S. 25783.

⁴² İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği m. 69/6: "İcra ceza mahkemelerinden verilip, kanun yoluna baş-

Ayrıca, bir önceki başlıkta değindiğimiz üzere, bölge adliye mahkemeleri daireleri arasındaki işbölümüne ilişkin Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararlarında da icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi kararları şeklinde ayrımlar yapılmış ve kararın hangi sıfatla verildiğine göre kanun yolu incelemesini yapmakla yetkilendirilen daire belirlenmiştir⁴³. Benzer bir kesin ayırım Yargıtay daireleri arasındaki işbölümüne ilişkin kararlarda yer almamaktaysa da Yargıtay dairelerinin işbölümü bakımından da icra hukuk mahkemesi şeklinde ifadelere yer verildiği görülmektedir⁴⁴. Ancak dikkat edilirse, belirtilen bu ifadeler mahkemelerin kuruluşunu düzenlemesi gereken kanunla değil, ikincil ve alt düzenlemeler ya da idarî kararlarda yer almaktadır. Kanunen kurulması gereken mahkeme âdeta yönetsel bir tasarruf hâline gelmiş ve getirilmiştir. Bunun Anayasa karşısında sorunlu yapısı, daha açık bir ifadeyle alt düzenlemelerin kanuna uygun olması gerektiği konusundaki normlar hiyerarşisine aykırılığı ayrı bir hukukî sorundur.

Uygulamadaki icra hukuk ve ceza mahkemesi sıfatı ayırımının aslî olarak esas kaydının farklı tutulabilmesine dayandığı; zira, aynı mahkemenin esas numarası adı altında birden fazla farklı kayıt tutmasının teknik olarak mümkün olmadığı söylenebilir. Nitekim, icra hukuk ve icra ceza mahkemesi sıfatları arasında gönderme kararı verilebilmesi için de önceki esasın bir şekilde ve tercihen usûle ilişkin bir nihaî gönderme kararı ile kapatılmasının teknik olarak zorunlu olduğu ifade edilmektedir⁴⁵. Bu noktada gösterilen diğer bir gerekçe de Ulusal Yargı Ağı Projesi sisteminde yer alan hukuk ve ceza mahkemesi ayırımıdır. Bu sistemde yer verilen ifadeler sonucu sistemsel zorunluluklar sebebiyle hukuk veya ceza mahkemesi olarak yargılamanın başlatılıp yürütülmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁶. Bu gerekçelere ilişkin değerlendirmelerimizi aşağıda ayrı bir başlık altında yapacağımızdan burada sadece uygulama gerekçelerine yer vermekle yetiniyoruz.

verilmeksizin kesinleşen ve mahkûmiyete ilişkin ilâmların en fazla bir hafta, temyiz edilen ilâmların Yargıtay'dan onanarak gelmesini izleyen bir hafta içerisinde infaza verilmesi zorunludur.”

⁴³ Bölge adliye mahkemelerinin işbölümüne ilişkin kararlarda icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi sıfatı esas alınarak belirleme yapılmış olduğu için böyle bir ayırım ortaya çıkmaktadır. Nitekim bkz. https://www.hsk.gov.tr/istinaf-mahkemeleri-is-bolumleri_1426 Erişim 10 Kasım 2024.

⁴⁴ Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun işbölümüne ilişkin 18.01.2024 tarih ve 2024/1 sayılı kararı için bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek-1706165589.pdf> Erişim 10 Kasım 2024.

⁴⁵ Esasen bu, icra hukuk mahkemesi veya icra ceza mahkemesi şeklinde bir ayırım yapılmasına pratik bir gerekçe olarak dahi kabul edilemez. Zira, böyle bir ayırım yapılmaksızın tüm işler icra mahkemesi olarak görülerek karara bağlanırsa, zaten böyle bir sebeple gönderme kararı verilmesine de gerek kalmayacaktır.

⁴⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.02.2018 tarih ve 2017/12-373 Esas, 2018/319 Karar numaralı bozma kararına konu direnme kararından: “Yerel mahkemeye bu kez önceki gerekçeler tekrarlanmak ve yasal düzenlemeler ile UYAP sistemindeki mahkeme yapılanması dikkate alındığında icra hukuk ve icra ceza mahkemelerinin bağımsız iki ayrı mahkeme olduğu; Daire bozmasında belirtildiği gibi esasın kapatılmasının teknik olarak mümkün olmadığı ve ancak usule ya da esasa dair bir kararın verilmesinin gerektiği belirtilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.”

VI. İCRA MAHKEMESİNE YÖNELİK DOKTRİNDEKİ AÇIKLAMALAR

İcra mahkemesinin bir özel mahkeme niteliğini haiz olduğu doktrinde genel olarak kabul görmektedir⁴⁷. Ancak, icra mahkemesinin adli yargı kolunun hangi alanında yer aldığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Buna göre, icra mahkemesinin özel hukuk alanına ilişkin bir özel mahkeme olduğu yanında⁴⁸, hem hukuk hem ceza mahkemesi niteliğinde olduğu⁴⁹, sulh ve asliye hukuk gibi bir hukuk mahkemesi olmadığı⁵⁰ ve özel bir yargı organı olduğu⁵¹ yönünde görüşler ileri sürülmektedir.

İcra mahkemesinin ceza hukukuna ilişkin yargılama yetkisi dikkate alınarak ileri sürülen görüşler bu noktada ayrı bir önemi haizdir. Buna göre, icra mahkemesinin, işlerin yoğunluğuna göre icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi olarak ikiye ayrıldığı ileri sürülmüştür⁵². Bu ayrıma paralel bir şekilde icra mahkemesinin icra ve iflâs suçlarıyla ilgili karar verirken ceza mahkemesi gibi hareket ettiği⁵³ veya icra ceza mahkemesi olarak kanunla kurulmuş özel bir ceza mahkemesi olduğu⁵⁴ belirtilmektedir. Hukuk ve ceza alanına ilişkin işlerin bir arada yürütülebildiği istisnaî yargılamalarda (İİK m. 89/4) ise, icra mahkemesinin aynı anda

⁴⁷ 5092 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG, 21.02.2004, S. 25380) ile İcra ve İflâs Kanunu'nun tamamında yer alan mercii ve benzeri diğer ibareler icra mahkemesi olarak değiştirilerek bu konudaki tereddütler sona erdirilmiştir (Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n9) 56; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n2) 143; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 44-45; Acar (n9) 4, 7). İsviçre hukukunda icra ve iflâs organlarının işlemlerinin denetimi için adli veya idarî organlar kurma yetkisi Kantonlara verilmiştir (SchKG Art. 14/2). Ancak, iki dereceli bir denetim sağlandığının kabul edilebilmesi için, icra ve iflâs organı tarafından verilen kararın denetiminin mahkeme niteliğindeki bir üst organ tarafından yapılması gerekmektedir. Bu konuda bkz. Frank Emmel, 'Art. 13' in Staehelin A, Bauer T ve Staehelin D (eds) *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2010) Rdnr. 14-15.

⁴⁸ Postacıoğlu ve Altay (n2) 76, 109; Kuru (n19) 65, dn. 8; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Sevinç Matbaası 1978) 46; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n2) 103; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n9) 56; Akkan (n2) 178; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n2) 143; Aslan (n2) 157; Acar (n9) 8.

⁴⁹ Yılmaz (n17) 50; Tanriver (n2) 214, 216; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 44; Yasa (n38) 184.

⁵⁰ Kuru (n9) 42-43; Kuru (n19) 66; Kuru ve Aydın (n2) 1791-1792; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n2) 782.

⁵¹ Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra – İflâs Hukukunda Şikâyet* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017) 279; Karslı (n9) 39; Talih Uyar, *İcra Hukukunda Yetki – Görev ve Yargılama Usulü* (2. Baskı, Feryal Matbaacılık 1991) 182; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. I* (3. Baskı, Bilge Yayınevi 2014) 6.

⁵² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n15) 76; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 331.

⁵³ Kuru (n9) 43; Kuru (n19) 66-67; Kuru ve Aydın (n2) 1793; Bilge ve Önen (n48) 46; Yılmaz (n17) 50; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n15) 78; Tanriver (n2) 217; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 44; Mustafa Artuç ve Raif Bıkmaz, *İcra-İflâs Suçları ve Yargılama Usulü* (1. Baskı, Kartal Yayınları 2005) 23; Coşkun (n19) 527; Mehmet Günay, *İcra Suçları* (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2014) 178.

⁵⁴ İhsan Baştürk, 'İcra ve İflâs Kanununun On Altıncı Babındaki Takibi Şikâyetle Bağlı Suçlarda Uzlaştırma Kurumunun Uygulanmasının Doğuracağı Sakıncalar', (2020) (4) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 624.

hem hukuk hem ceza mahkemesi niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁵⁵. Ancak, açık hiçbir kanunî sebebi olmaksızın⁵⁶, böyle bir yargılamada, icra ceza mahkemesi sıfatının esas alınarak karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷. Diğer yandan, icra mahkemelerinde ayrı bir hukuk ve ayrı bir ceza mahkemesinin bulunmadığı da ifade edilmektedir⁵⁸. Benzer şekilde, bu konuda daha eski tarihlerde, icra mahkemesinin icra tetkik mercii olarak düzenlenmiş olduğu dönemde⁵⁹ kaleme alınan eserlerde ayrı bir icra hukuk veya icra ceza tetkik mercii ifadesinin kullanılmadığı görülmektedir. İlgili çalışmalarda, hukuk veya ceza mahkemesi şeklinde ayrımlar yapılmaksızın, sadece icra tetkik mercii'nin cezaî yargılamalarından bahsedilmekte⁶⁰ veya ceza mahkemesi gibi faaliyette bulunduğu durumlara değinilmekte⁶¹ ya da icra tetkik mercii hâkiminin ceza hâkimi sıfatıyla hareket ettiği⁶² doğrultusunda açıklama ve değerlendirme yapılmaktadır.

VII. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ: İCRA HUKUK VE İCRA CEZA MAHKEMESİ AYRIMININ HUKUKÎ DAYANAĞININ OLMAMASI

A. Genel Olarak

Bir mercinin mahkeme olarak isimlendirilebilmesi için ilgili mahkeme ve görevlerinin kanunla düzenlenmiş olması şarttır⁶³. Anayasal seviyedeki düzenleme sonucu kanunla kurulan mahkemeler dikkate alındığında, icra hukuk mahkemesi veya icra ceza mahkemesi şeklinde iki farklı mahkemenin mevcut olmadığı görülmektedir. Anayasa'ya uygun olarak kanunen kurulmuş mahkemenin adı icra mahkemesidir. Bu noktada, kanunla düzenlenmiş olan mahkemenin icra mahkemesi olduğu ve bu mahkemenin hukuk veya ceza mahkemesi olarak ayrı ayrı hareket ettiği durumların kanun haricindeki bir düzenleme veya başka bir işlemle yapılabileceği de söylenemez.

Anayasa Mahkemesi, 469 sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakimin Teşkilâtına Ait Ahkâmî Muaddil Kanunu'nun⁶⁴ asliye mahkemesi olarak kurulan

⁵⁵ Kuru (n19) 67; Kuru ve Aydın (n2) 1793; Yılmaz (n17) 50; Uyar, Uyar ve Uyar (n19) 1777; Coşkun (n19) 174.

⁵⁶ Asıl ve öncelikli olanın cezalandırma talebi olduğu yönündeki gerekçeler ileri sürülmekte ise de bu gerekçenin de dayanağı belirtilmemektedir. Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 238. Benzer yönde bkz. Kuru (n14) 86.

⁵⁷ Kuru (n9) 730; Kuru (n19) 481; Kuru (n14) 86; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 238; Uyar, Uyar ve Uyar (n19) 1777; Coşkun (n19) 174.

⁵⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 44.

⁵⁹ Bkz. yuk. II.

⁶⁰ Üstündağ (n15) 425; Özcengiz (n15) 167; Yalçın Tuna, 'İcra Takibi Suçları (1)' (1957) (10) *Adalet Dergisi* 915.

⁶¹ Bilge ve Önen (n48) 46.

⁶² Kuru (n14) 86.

⁶³ Tanrıver (n2) 77; Aslan (n2) 216 vd.

⁶⁴ RG, 26.04.1924, S. 69.



mahkemelerde görülen işlerin niteliğine göre hukuk ve ceza olarak ayrımının Kanun haricindeki bir tasarrufla yapılamayacağı; aksinin, tabii hâkim ilkesi ve mahkemelerin bağımsızlığı kuralı yanında mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine ilişkin hükümlere aykırı olduğuna karar vermiştir⁶⁵. Daha sonra yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun⁶⁶ ve bu Kanun'da yapılan değişikliklerle sadece hukuk mahkemeleri ile ceza mahkemelerinin kendi arasındaki iş dağılımına ilişkin düzenleme yapma yetkisi Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na verilmiş; hukuk ve ceza mahkemeleri arasında bir iş dağılımı yapma yetkisi düzenlenmemiştir⁶⁷. O hâlde, icra mahkemesinin duruma göre ve kanunen düzenlenmemiş bir şekilde icra hukuk mahkemesi veya icra ceza mahkemesi sıfatıyla hareket edebilecek olması şeklinde bir sonuca varmak da hukuken mümkün değildir⁶⁸. Aksi hâlde, ilgili Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulandığı üzere mahkemelerin hukuk ve ceza olarak ayrımının Kanun haricindeki bir tasarrufla yapılamayacağı kuralı ihlâl edilmiş olur.

Ayrıca bir mahkemenin hukukî ve cezaî konularda karar verme yetkisiyle donatılmış olması mahkemenin sıfatında doğrudan bir değişiklik yaratacak etkiyi haiz kabul edilmemelidir. Aksi hâlde, hukuk mahkemelerinin her cezaî kararlarında kendiliğinden ceza mahkemesi sıfatını alması; ceza mahkemelerinin ise, istisnaî hukukî kararlarında hukuk mahkemesi sıfatını alması gibi mantık dışı bir sonuç ortaya çıkar. Nitekim, ne hukuk mahkemeleri istisnaî olarak cezaî yaptırımlara karar verirken (örneğin, HMK m. 151/3, 398/1) ne de ceza mahkemeleri hukukî tazminatlara karar verirken (örneğin, CMK m. 142/2) mahkeme sıfatında bir değişikliğe gitmektedir. Mantıken ve hukuken olması gereken de zaten budur. Oysa, icra mahkemeleri bakımından sadece esas kaydının tutulmasına ilişkin yönetmelik hükmü ve sistemde yer alan bilgiler gerekçe gösterilerek mahkemenin sıfatı -kanunda yer verilmediği bir şekilde- değiştirilebilmektedir. Bunun ise, mahkemenin kurulması gereken kanunla değil, alt düzenlemelerle yani idarî tasarrufla yapıldığı ve bu nedenle Anayasaya aykırı olduğunu söylemek gerekir.

İcra mahkemesi, ister hukukî bir konuya ister cezaî bir konuya ilişkin olsun kanun seviyesindeki düzenlemelerin tamamında sadece icra mahkemesi olarak ifade edilmiştir. Hiçbir kanunî düzenlemede, icra mahkemesi haricinde icra hukuk

⁶⁵ AYM, 07.04.1977, 1977/5, 1977/45 (RG, 11.06.1977, S. 15963).

⁶⁶ RG, 07.10.2004, S. 25606.

⁶⁷ Mevcut durumun dahi Anayasa aykırı olduğu söylenebilir. Bu konudaki süreç ve değerlendirmeler için bkz. Bulut (n3) 38 vd.

⁶⁸ Örneğin, Anayasa'da düzenlenmiş şekliyle Anayasa Mahkemesi yine Anayasa'da açıkça düzenlenen hâllerde başka bir sıfat olarak Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapabilmektedir (AY m. 148). O hâlde, farklı yönde bir kanunî düzenleme yapılmadığı sürece bir mahkeme, ancak kanunen kurulmuş şekli ve sıfatıyla yargılama yapabilecektir. Aksi bir yorum, mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi kuralıyla bağdaşmayacaktır.

mahkemesi ve icra ceza mahkemesi şeklinde bir mahkemeye ilişkin herhangi bir ifadeye dahi yer verilmemiştir. Bu nedenle, hukuken mevcut olan tek bir icra mahkemesidir. Esasen uygulamada da bu şekilde iki farklı mahkeme teşkilâtının mevcut olmadığına yönelik kararlar verilmekle beraber, hâlâ bu iki sınıftan birinin kullanılarak yargılama yapılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak, hukuken böyle ayrı bir mahkeme teşkilâtı mevcut olmayıp olsa olsa icra mahkemesi olarak tek ve aynı mahkemede görevlendirilen birden fazla hâkimin birinin hukuk, birinin ceza işlerine baktığı söylenebilir.

Esasen doktrinde de icra mahkemelerinde ayrı bir hukuk ve ayrı bir ceza mahkemesinin bulunmadığı, kanaatimizce de yerinde olarak ifade edilmektedir⁶⁹. Benzer şekilde Yargıtay da bir kararında, icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi olarak ayrı birer mahkeme olmadığını tereddütsüz bir şekilde şu ifadelerle kabul etmiştir:

“Aynı icra mahkemesi hem hukuki ve hem de cezai işlere bakar. Bu kapsamda ayrı ‘icra hukuk’ ve ‘icra ceza’ mahkemeleri bulunmamaktadır.

İcra mahkemelerinin yargılama usulü hukuka dair dava ve şikâyetler bakımından İcra ve İflas Kanunu’nun 17 ve 18. maddelerinde düzenlenmiş ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ‘basit yargılama usulü’ne dair düzenlemelerine de atıf yapılmıştır. İcra mahkemelerinde görülecek ceza yargılaması sırasında uygulayacağı usul ise yine aynı Kanunun 346 ilâ 354. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Bütün bu düzenlemelerde de icra hukuk ve icra ceza mahkemesi şeklinde bir görev farklılığından söz edilmemiştir. Farklılık sadece aynı mahkemenin farklı sıfatlarla hareket etmesine dayalıdır ve bu farklılık usul hukuku bakımından ancak ‘iş bölümü’ farklılığı olarak ifade edilebilir.”⁷⁰

Karara konu ifadeler, ilk bakışta icra mahkemesinin tek bir mahkeme olduğuna ve ayrı bir icra hukuk veya icra ceza mahkemesinin mevcut olmadığına yönelik görünmekle beraber, Yargıtay bu kararında dahi icra mahkemesinin icra hukuk veya icra ceza mahkemesi sıfatıyla hareket etmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bu karara göre, ayrı birer icra hukuk veya icra ceza mahkemesi mevcut olmayıp tek bir icra mahkemesi bulunmakla beraber, bu mahkeme hiçbir zaman sadece icra mahkemesi olarak karar verememektedir. Yargıtay’a göre, icra mahkemesi herhangi bir görevsizlik kararı vermeksizin hangi sıfatla hareket edeceğini tespit ederek hukuk veya ceza mahkemesi olarak yargılamayı yürüterek karar vermek zorundadır.

⁶⁹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 44.

⁷⁰ HGK, 21.02.2018, 2017/12-373, 2018/319 (Kazancı). Aynı yönde 12. HD, 03.02.2020, 2020/889, 2020/688 (Lexpera); HGK, 13.03.2015, 2013/1711, 2015/1024 (Lexpera); 12. HD, 01.12.2016, 2016/5769, 2016/24768 (Lexpera).



Yargıtay'ın ayrı birer icra hukuk ve icra ceza mahkemesinin mevcut olmadığı yönündeki değerlendirmelerine katılmaktayız. Ancak, bu katılımımızın sebebi bu sıfatlarla herhangi bir mahkemenin kurulmamış olması; bu nedenle, icra hukuk mahkemesi veya icra ceza mahkemesi şeklinde bir mahkemenin değil, sadece icra mahkemesinin hukuken mevcut bir mahkeme olarak kabul edilebilecek olmasıdır. Esasen, ayrı bir icra hukuk ve icra ceza mahkemesi olmadığını ve tek bir icra mahkemesinin mevcut olduğunu kabul edip bu mahkemenin icra hukuk veya icra ceza mahkemesi sıfatıyla hareket edeceği sonucuna varmak kendi içerisinde çelişkilidir. Zira Yargıtay'ın bu yöndeki kararı, mevcudiyeti kabul edilen icra mahkemesinin hiçbir zaman icra mahkemesi sıfatıyla hareket edememesi, her zaman ayrı birer hukukî varlığı kabul edilmeyen sıfatlarla hareket etmesi şeklinde sonuçlanmaktadır⁷¹.

Kanaatimizce, icra hukuk ve icra ceza mahkemesi şeklinde bir ayırım yapılmasına hukukî bir ihtiyaç da yoktur. İcra mahkemesi, sadece icra mahkemesi olarak hem hukukî hem cezaî konularda karar verebilir. Bu noktada çok ciddi bir problemin ortaya çıkabileceği düşünülürse, kanuna aykırı uygulamalar yapmak yerine bir kanun değişikliği ile cezaî konular tamamen icra mahkemesinin görevinden çıkarılarak -daha önce de olduğu gibi⁷²- ceza mahkemelerine verilebilir.

B. İcra Mahkemesi Hukuk ve Ceza Ayrımı Olmadan Kurulan Tek Mahkemedir

Yukarıda pratik uygulama gerekçeleri bölümünde değindiğimiz hususlar, kanunen düzenleniş şekli farklı bir mahkeme varmış gibi hareket edilmesine hukukî bir gerekçe olarak kabul edilemez. İlgili sistemden sorumlu idare, bu sistemi kanuna uygun bir şekilde kurmak ve yönetmekten de sorumludur. İdare, yönetmelikleri kanuna uygun olarak düzenlemeli, kanuna aykırı ve yönetmeliğe uygun ve hatta yönetmeliği aşan uygulamalarla Anayasaya aykırı hareket etmemelidir.

⁷¹ Yargıtay kararında ayrı birer icra hukuk ve icra ceza mahkemesi sıfatına ilişkin açıklamalara katılmadığımız gibi, kararda kullanılan ve icra hukuk mahkemesi ile icra ceza mahkemesi arasındaki ilişkinin "iş bölümü" ilişkisi olarak tespiti de hukuken hatalıdır. Zira, iş bölümü, hukukî olarak asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişkiyi açıklamak amacıyla kullanılmış ve bu ilişkinin görev ilişkisi hâline dönüşmesiyle birlikte terkedilmiş bir kurumdur (bkz. TTK m. 5/3; 7251 sayılı Kanun m. 8). Kararda kastedilen, olsa olsa iş dağılımı ilişkisi olabilir ki bu nitelendirme dahi birden fazla farklı mahkemeden (daireden) söz edilemediği için yerinde olmayacaktır.

⁷² Nitekim, İsviçre'de borçlu veya üçüncü kişiler tarafından işlenebilecek icra ve iflâs hukukuna özgü suçlar İsviçre Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş (StGB Art. 323-324) ve böylece bu mahkemelerin görev alanına dahil edilmiştir. Türk hukukunda da 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda da icra suçlarının tamamında ceza mahkemeleri görevlendirilmişti (Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (1. Baskı, İstiklal Matbaası 1973) 145). 2004 sayılı Kanun ile icra suçlarının sayısı artırılırken cezaî konuların bir kısmında da icra mahkemeleri görevlendirilmiştir. Daha sonra 5358 sayılı Kanun (RG, 01.06.2005, S. 25832-1. Mükerrer) ile yapılan değişikliklere kadar icra mahkemesi sadece hafif hapis, hafif para ve tazyik hapsi cezası gerektiren fiillerde görevli iken hapis cezası ve ağır para cezasını gerektiren fiillerde asliye ceza mahkemeleri görevli kabul edilmekte idi (Ermenek (n13) 297). Bu tarihten itibaren ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun onaltıncı babında düzenlenen suç teşkil eden fiillerin tamamında icra mahkemesi görevli kabul edilmiştir.

Yargıtay tarafından da açıkça ifade edildiği üzere, bizatihi Ulusal Yargı Ağı Projesi uygulamalarının Anayasa'nın ve kanunun öne geçmemesi, sırf sistemdeki teknik gereklilikler sebebiyle kanunla düzenlenmemiş bir görev ilişkisinin kabulü mümkün değildir⁷³. Yargıtay, icra hukuk mahkemesi şeklindeki bir kaydı icra ceza mahkemesine çevrilmesi için bu değerlendirmeyi yapmıştır. Ancak, esasen Yargıtay tarafından çok yerinde bir şekilde yapılan bu tespit, bizatihi icra hukuk ve icra ceza mahkemesi şeklindeki ayırım için de geçerlidir. Zira, sırf yönetmelikte hukuk ve ceza işleri için ayrı esas kaydı tutulmasının düzenlenmiş olması⁷⁴, kanunda düzenlenmemiş bir şekilde icra hukuk mahkemesi ve icra ceza mahkemesi şeklinde mahkemeler kabul edip kanunda düzenlenmiş şekli olan icra mahkemesi olarak bir mahkemenin mevcudiyetini reddetmeyi haklı kılamaz. Ceza işlerinin ayrı bir ceza esasına kaydının gerekmesi, icra ceza mahkemesi sıfatıyla karar verileceği şeklinde yorumlanamaz⁷⁵; zira, kanunen o sıfatla kurulmuş bir mahkeme mevcut değildir. İcra mahkemesinin istisnâî olarak ceza işleriyle de görevlendirilmiş olması⁷⁶, kanaatimizce, onu bir ceza mahkemesi hâline de getiremez. İcra mahkemesi, her hâlükârda adli yargı teşkilâtının hukuk alanında yer alan bir mahkeme olarak karar vermektedir.

İcra mahkemesinin cezaî konularda bir ceza mahkemesi olarak hareket ettiğine ilişkin görüşlerin⁷⁷, mahkemece yürütülen yargılamanın fonksiyonel olarak hangi alanı ilgilendirdiğini ve hangi alanın temel ilkelerine yönelik olduğunu esas aldığı söylenebilir. Ancak, hukuk yargılaması içerisinde de yaptırım niteliğinde kararlar

⁷³ “UYAP uygulamalarının da Anayasa'nın ve kanunun önüne geçemeyeceği sabittir; sırf UYAP'taki teknik gereklilikler sebebiyle kanunla düzenlenmemiş bir görev ilişkisinin mevcudiyeti kabul edilemez.” HGK, 21.02.2018, 2017/12-373, 2018/319 (Kazancı).

⁷⁴ Bu şekilde ayrı ayrı esas kayıtlarının tutulması ihtiyacı da sorgulanması gereken diğer bir husustur. İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin (RG, 11.04.2005, S. 25783) ilk hâlinde esas defteri olarak; sonradan değiştirilen hâlinde ise (RG, 16.04.2013, S. 28620), esas kaydı olarak hukuk ve ceza işleri için ayırım yapılması öngörülmüştür. Bu ayırım, cezaî işleri ve bunların infazına ilişkin işlemleri diğer işlerden ayırt ederek Cumhuriyet savcılığına intikal ettirilmesi gereken dosyaların tespitini kolaylaştırmayı amaçlıyor olabilir. Ancak, amaç ne olursa olsun, mahkemenin farklı bir sıfatla karar vermesine imkân tanıyacak veya bunu zorunlu kılacak nitelikte bir gerekliliğin mevcut olduğu söylenemeyecektir. Ayrıca bu amaca uygun hareket edilmesi zorunlu ise, ayrı mahkeme sıfatları adı altında ayrı esas numarası verilmeden hukuk ve ceza işlerine aynı defterden numara verilerek, örneğin 2024/365-Hukuk, 2024/366-Ceza şeklinde numara verilmesi de mümkün; yönetmeliğe, kanuna ve Anayasa'ya uygundur.

⁷⁵ Aksi yönde “Somut olaya dönüldüğünde İcra ve İflâs Kanunu'nun 89/IV. tazminat ve 338. maddesi maddesindeki cezalandırma taleplerinin bir arada ileri sürülmesi hâlinde yargılamanın icra mahkemesince ve icra ceza esas defteri üzerinden, diğer bir ifade ile icra ceza mahkemesi hâkimliği sıfatıyla yapılması gerekir.” HGK, 21.02.2018, 2017/12-373, 2018/319 (Kazancı).

⁷⁶ İsviçre'de borçlu veya üçüncü kişiler tarafından işlenebilecek icra ve iflâs hukukuna özgü suçlar İsviçre Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş (StGB Art. 323-324) ve böylece bu mahkemelerin görev alanına dahil edilmiştir.

⁷⁷ Kuru (n9) 43; Kuru (n19) 66-67; Kuru ve Aydın (n2) 1793; Bilge ve Önen (n48) 46; Yılmaz (n17) 50; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n15) 78; Tanrıver (n2) 217; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 44; Artuç ve Bıkmaz (n53) 23; Coşkun (n19) 527; Günay (n53) 178; Baştürk (n54) 625.



verilebilen, tarafların tasarruf ilkelerinin sınırlandırıldığı veya re'sen araştırma yapılabilen ve bu nedenle farklı ilke ve esaslara dayanabilen yargılamalar yapılabilmektedir. Bunların hiçbirisi mahkeme sıfatında bir değişiklikle sonuçlanmamakta veya yargılamanın başka bir alana yaklaştığı şeklinde yorumlanmamaktadır.

Doktrinde, icra ceza mahkemesi sıfatıyla verilen kararların temyiz incelemesini yapan Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bu işlevi gereği kısmî bir ceza dairesi olduğu dahi söylenmekte⁷⁸; ancak, ilgili daire hiçbir zaman ceza dairesi sıfatıyla karar vermemektedir. O hâlde, yapılan yargılamanın niteliğine göre ilgili mahkemenin kanunen düzenlenmemiş bir şekilde farklı sıfatlarla karar vermesi kabul edilemez. Bu nedenle, icra mahkemesi de her hâlükârda ve her yargılamada sadece icra mahkemesi olarak yargılama yaparak karar vermelidir. Bu mahkemenin cezaî konulara ilişkin yargılamalarda bir ceza mahkemesi gibi hareket ettiği söylenebilir de bu ifade sadece ilgili yargılamanın özelliklerine dikkat çekmek amacıyla kullanılabilecek olup icra mahkemesini yargı teşkilâtında ceza mahkemesi statüsüne taşıyan bir anlam taşıyamaz. Ancak, tekrar vurgulamak isteriz ki, biz, icra mahkemesinin ceza mahkemesi gibi hareket ettiğine yönelik böyle bir dar kullanım şekline dahi katılmamaktayız. Zira, aksi hâlde, özel hukuk yargılamasının temel ilkelerinden sapılan her istisnaî yargılamada⁷⁹ ilgili yargılamayı yürüten mahkemenin farklı bir statü kazanması gibi hukuken izahı zor bir sonuç ortaya çıkar. Bir konuda uygulanacak yargılama usulünün farklılaşması, mahkemenin de görev ve konumunu değiştirmez. Şüphesiz bazı mahkemelerin bazı temel yargılama usûlleri vardır; ancak, bu her zaman o usulün uygulanacağı ya da usûl değiştiğinde mahkemenin de değişeceği anlamına gelmez. Örneğin, ihtiyatî tedbire muhalefette (HMK m. 398), mahkemece ceza süreci işletilmekte, ancak mahkemenin görev ve sıfatı değişmemektedir. Yine asliye hukuk mahkemesinde bazı işlerde basit yargılama usulünün uygulanması onu sulh hukuk veya iş mahkemesi hâline getirmemektedir.

⁷⁸ Yasa (n38) 186; Yenisey ve Nuhoğlu (n38) 273.

⁷⁹ Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 151. maddesinin üçüncü fıkrasında veya 398. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen hâllerde hukuk mahkemeleri tarafından cezaî nitelikte kararlar verilmesi mümkündür. Yine çekişmesiz yargı işlerinde (HMK m. 385/2), boşanma davasında (TMK m. 184) veya iflâs davasında (İİK m. 165/2) çeşitli nokta ve kapsamda medenî usûl hukukuna ilişkin temel yargılama ilkelerinden farklı ve ceza yargılamasına yaklaşan kurallar benimsenmiştir. Bu istisnaî durumların hiçbirisi, ilgili mahkemenin hukuk mahkemesi olarak diğer birtakım yargılamalardan farklı kurallara bağlı kalarak karar verdiği gerçeğini değiştirmemektedir. Zira, yargılamanın asli unsuru hâlen bir hukukî uyumsuzluğa dayanmaktadır. Bu nedenle, icra mahkemelerinde görülen cezaî işlerin odak noktasını alacağın tahsilinin oluşturduğu ifade edilebilir (Baştürk (n54) 646). İşte bu nokta, icra mahkemenin cezaî yargılamalarında da aynen mevcuttur; zira, hukukî uyumsuzluk sona erdiğinde cezaî yargılama da sona ermektedir. Daha açık bir ifadeyle, icra takibine konu borç ödendiğinde, ilgili ceza davası bütün sonuçlarıyla birlikte ceza düşmektedir (İİK m. 354/1). Nitekim, icra mahkemelerinin cezaî konulardaki görevleri bakımından benimsenen usûl kurallarının tam olarak ceza yargılama hukuku kurallarıyla da bağdaşmadığı kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Baştürk (n54) 625 vd.

Bu kapsamda, yukarıda⁸⁰ hukukî niteliği üzerinde kısaca durulan fikri ve sınai haklar ceza mahkemesinden farklı olarak, icra mahkemesinin kurulmadığı yerlerde bu mahkemenin hukuk ve ceza işlerinin tamamının asliye ceza mahkemeleri tarafından değil asliye hukuk mahkemeleri tarafından karara bağlanıyor olması⁸¹ da dikkate alınabilir. Ayrıca, icra mahkemesi tarafından verilen tazyik ve disiplin hapsine ilişkin kararların itiraz incelemesinin öncelikle diğer bir icra mahkemesi tarafından; ancak, o yerde tek bir icra mahkemesi mevcut ise, asliye ceza mahkemesi tarafından yapılabilecek olması da (İİK m. 353/1) bu mahkemenin görevine giren işlerin hukuk mahkemesi olarak ve hukuk mahkemelerince karara bağlandığına işaret etmektedir. Zira, aksi hâlde, kararı veren mahkeme ile itiraz incelemesini yapan mahkeme aynı mahkeme olabilirdi. Daha açık bir ifadeyle, icra mahkemesi tarafından verilen tazyik ve disiplin hapsine ilişkin kararlar bir ceza mahkemesi kararı olsa idi, bu kararlara yönelik itiraz incelemesinin de aynı mahkeme olarak ceza mahkemesi tarafından yapılması gibi bir sonuç ortaya çıkabilirdi. Bu nedenle, uygulamada, ilgili asliye hukuk mahkemesi icra ceza mahkemesi sıfatıyla yargılama yapsa da yukarıda detaylı olarak değindiğimiz gerekçelerle ayrı bir icra hukuk ve ceza mahkemesi hukuken mevcut olmadığından, sadece icra mahkemesi sıfatıyla yargılama yürütülerek karar verilmelidir. Bu yargılama da cezaî birtakım işlere ilişkin olsa dahi esasen hukuk yargılamasına tâbi istisnaî bir durum olarak kabul edilmelidir. Yine icra mahkemesi tarafından suç niteliğinde kabul edilen fiillerle ilgili verilen kararların 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun⁸² kanun yollarına ilişkin hükümlerine tâbi kılınması da (İİK m. 353/2) ilgili mahkemenin esasen hukuk mahkemesi niteliğinde olduğunu gösterir kabul edilebilir. Zira, icra ceza mahkemesi olarak ayrı bir ceza mahkemesi mevcut olsa idi bu yönde istisnaî bir hükme yer verilmesine gerek olmaksızın bu ceza mahkemesi tarafından verilen kararların kanun yolu incelemesinin de doğal olarak ilgili kanuna tâbi olması gerekirdi. Oysa böyle bir ceza mahkemesi mevcut olmamasına rağmen, bir hukuk mahkemesi tarafından karar verilen ceza hukukuna ilişkin yaptırımların kanun yolu incelemesinin de cezaî konulara ilişkin hükümlere göre yapılmasına yönelik özel bir düzenleme yapılmıştır. Böylece, icra mahkemesi tarafından verilen kararların niteliğine göre farklı hukukî çareler kabul edilmiştir.

Yukarıda değinildiği gibi⁸³, uygulamada cezaî bir yaptırımla birlikte verilen hukukî kararların kanun yolu incelemesi de Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre

⁸⁰ Bkz. yuk. III, B.

⁸¹ Berkin (n9) 38; Postacıoğlu ve Altay (n2) 76; Kuru (n9) 42; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n2) 782; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n15) 76; Yılmaz (n52) 331; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (12. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2024) 45; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n9) 55; Tanrıver (n2) 213; Karşlı (n9) 37; Özcengiz (n15) 2; Uyar (n50) 181; Uyar, Uyar ve Uyar (n50) 6; Artuç ve Bıkmaz (n53) 23.

⁸² RG, 17.12.2004, S. 25673.

⁸³ Bkz. yuk. IV.



ceza işleriyle görevli kanun yolu mahkemelerince yapılabilmektedir. Oysa kanun, sadece icra mahkemesi tarafından yürütülen suç niteliğindeki fiiller nedeniyle verilen kararları bu kanun yoluna tâbi kılmış olup bu istisna kapsamında kalmayan hukukî konularda icra mahkemesinin hukuk mahkemesi niteliğinin doğurduğu sonuçlardan ayrılmayı gerektiren herhangi bir hukukî sebep yoktur. Uygulama ve doktrinde dile getirildiği üzere, hukuk ve ceza konularının bir arada karara bağlanması hâlinde ceza mahkemesi sıfatının esas alınması şeklindeki kabulün⁸⁴ de herhangi bir açık hukukî dayanağı yoktur. Kaldı ki, detaylı olarak açıkladığımız üzere, icra mahkemesinin hukuk ve ceza mahkemesi olarak bir ayrıma tâbi tutulması da hukukî değildir⁸⁵. Yine örneğin, hukukî bir konu ile disiplin veya tazyik hapsi bir arada görülebilse idi, her iki konudaki kararı da cezaî nitelikteki karar için öngörülen sadece itiraz yoluna tâbi tutmak gibi bir sonuç da kabul edilemeyecekti. Daha açık bir ifadeyle, hukukî ve cezaî işin bir arada görülerek karara bağlanması hâlinde cezaî konudaki mahkeme sıfatı ve buna ilişkin hükümlerin yargılamanın tamamı için esas alınması şeklinde bir kabul mümkün değildir. Esasen uygulamada da böyle bir genel kabul yoktur. Örneğin, hukukî ve cezaî konuyu içeren bir icra mahkemesi yargılamasında davalı/sanık mahkeme huzurunda sorguya çekilmiş olsa dahi davalıya dava dilekçesinin hukuk yargılamasında kabul edilen usûllere uygun bir şekilde tebliğ edilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir. O hâlde, her hâlükârda cezaî konuya ilişkin yargılama kurallarının esas alındığı sonucuna da varılamamaktadır. Tüm bu nedenlerle, bu tür çelişkili uygulamalara son verilerek icra mahkemesinin sadece icra mahkemesi olarak yargılama yaparak karar vermesi gerekmekte olup bu mahkemece verilen kararların niteliğine göre farklı kanun yollarına tâbi olması da istisnaî olarak mümkün kabul edilmelidir. Sadece farklı esas kayıtlarının tutulması ihtiyacını karşılamak amacıyla mahkemenin sıfatı değiştirilmemeli, bu konuda açık bir düzenleme yapılmaya kadar esas kayıtlarında hukuk veya ceza şeklinde bir ibareye yer verilmesi yeterli görülmelidir. Zira, yönetmelikte yer alan esas kayıtlarının farklı tutulması şeklindeki düzenleme de esasen sadece böyle bir ayrıma yönelik olup icra mahkemesinin adının değiştirilmesine imkân tanıyacak şekilde yorumlanamaz.

Son olarak belirtmek isteriz ki, kanunen kurulan ve görevleri düzenlenen icra mahkemesinin hukuk veya ceza sıfatları eklenerek vermiş olduğu kararları, mahkeme olmayan bir organ tarafından verilmiş bir yok hükmünde karar olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira, icra mahkemesi, kanunen kurulmuş, mahkeme niteliğinde bir organ olup mahkemece verilen karar ve hükümlerde kullanılan adlandırmada yapılan

⁸⁴ Kuru (n9) 730; Kuru (n19) 481; Kuru (n14) 86; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 238; Uyar, Uyar ve Uyar (n19) 1777; Coşkun (n19) 174; HGK, 21.02.2018, 2017/12-373, 2018/319 (Kazancı). Karş. Kuru ve Aydın (n2) 1793.

⁸⁵ Esasen icra mahkemesinin icra hukuk ve icra ceza mahkemesi olarak iki ayrı mahkeme olarak kabul edilemeyeceğini ifade eden yazarlar (Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 44) dahi, ceza ve hukuk işlerinin birleşmesi hâlinde asıl ve öncelikli olanın cezalandırma talebi olduğundan bahisle yargılamanın ceza mahkemesi sıfatıyla görülmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n9) 238. Benzer yönde bkz. Kuru (n14) 86.

hukuka aykırılıklar, kanaatimizce, mahkeme ve yargılama niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Ortaya çıkan karar, uygulanabilir bir mahkeme kararı niteliğinde olacağı için etkisiz bir hükümden de söz edilemeyecektir⁸⁶. İcra hukuk veya icra ceza mahkemesi olarak verilen kararları, mahkemenin kanuna aykırı bir şekilde teşekkül etmiş olması gibi bir sebep kapsamında (HMK m. 375/1-a) yargılamanın yenilenmesine tâbi tutmak da pek olası görünmemektedir⁸⁷. Zira, mahkemenin teşekkülünde herhangi bir kanuna aykırılık mevcut değildir. Bu nedenle, icra hukuk veya icra ceza mahkemesi şeklinde yargılama yaparak karar verilmesinin herhangi bir yaptırım olmadığı düşünülebilir. Ancak bu, Anayasaya, hukuka ve kanuna uygun olan bir uygulama yapılması için bir etken değildir. Hukuka uygun hareket etme, sadece açık yaptırımlara bağlanan hukuk kuralları gereği değil, bizatihi hukuk devletinin bir gereği olarak görülmelidir. Anayasaya ve hukuka uygun hareket edilebilmesi için, beklenenin Anayasaya ve hukuka uygun hareket etmek olduğu haricinde ek birtakım gerekçeler veyahut somut yaptırım tehditlerine ihtiyaç duyulmamalıdır. Tüm bu nedenlerle, verilen kararın niteliği ve icra edilebilmesi bakımından herhangi bir açık sorun doğmuyor gerekçesiyle⁸⁸ Anayasaya aykırı bir uygulamada ısrar edilmemelidir; yukarıda detaylı olarak değindiğimiz gerekçelerle icra mahkemesinin görevli olduğu tüm konularda sadece icra mahkemesi sıfatı kullanılarak yargılama yürütülüp karar verilmelidir.

SONUÇ

Mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesini gerektiren anayasal kural (AY m. 142/1), bir mahkemenin hangi mahkeme olarak nasıl bir sıfatla karar vereceğinin kanunla düzenlenmesini gerektirmektedir. Kanun'un ismini zikrederek hangi konularda nasıl karar vermeye görevli kılındığını açıkça düzenlediği bir mahkemenin, benzer bile olsa farklı bir ad altında karar verebileceği kabul edilemez. Aksi hâl, açık Anayasa hükmüne aykırı olacaktır. Bu kapsamda özel bir mahkeme olarak kurulan icra mahkemesi, en basit haliyle icra mahkemesi olarak karar vermek durumundadır. Kanun ve hatta belirttiğimiz Anayasa hükmüne aykırı olacak olsa bile ikincil seviyedeki düzenlemeler,

⁸⁶ Yok ve etkisiz hüküm hakkında detaylı bilgi için bkz. Muhammet Özkes, 'Medeni Usul Hukukunda Yok ve Etkisiz Hüküm' (2000) (4) *Yargıtay Dergisi* 668 vd; Murat Atalı, 'Karar ve Hüküm' in Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H (eds) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III (15. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2017) 2046 vd.

⁸⁷ Mahkemenin kanuna aykırı teşekkül etmiş olması sebebine örnekler için bkz. Mert Namlı, *Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi* (1. Baskı, Beta Yayınları 2014) 184-186. Karş. Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (1. Baskı, Turhan Kitabevi 1977) 63, 132.

⁸⁸ İcra hukuk mahkemesi veya icra ceza mahkemesi olarak verilen kararların mahkeme kararı olarak niteliği veya bizatihi kanuna aykırı bir sıfat kullanımı bakımından açık ve somut ek bir olumsuzluk mevcut olmayabilirse de çalışmamız boyunca böyle bir uygulamadan kaynaklanan tespit edilemediğimiz çeşitli sorunlara değinilmiştir. Burada, herhangi bir açık sorun doğmamasından kastımız, uygulamanın bir şekilde -Anayasa ve kanuna aykırı da olsa- kendi içinde bir yol bulmuş olmasından ibarettir.

İcra mahkemesinin icra hukuk veya icra ceza mahkemesi gibi farklı iki sıfat altında işleyişine dair hiçbir düzenleme içermemektedir.

İcra mahkemesinin, icra hukuk ve icra ceza mahkemesi olarak ayırımına ilişkin uygulamaya yönelik çeşitli pratik gerekçeler sunmak mümkündür. Ancak bu gerekçelerin hiçbiri böyle bir Anayasa'ya aykırı ayırımı haklı ve gerekli kılmamaktadır. İcra mahkemesinin sadece icra mahkemesi sıfatıyla görevli olduğu tüm hususlara ilişkin yargılama yaparak karar vermesi, pek tabii, mümkündür. Esasen bu bir mümkün olma durumundan ziyade Anayasal ve kanunî bir zorunluluktur. Dahası, uygulamadaki icra hukuk ve icra ceza ayırımından kaynaklanan, özellikle kanun yolu aşamasında karşılaşılan başka ek sorunlar da mevcut olup hukukî bir konunun ceza daireleri tarafından incelenerek karar verilmesi gibi ilginç durumlarla karşılaşabilmektedir. Hatta bu konuda dahi belirli bir yönde uygulama mevcut olmamakta; istinaf aşamasında ceza dairesinin verdiği karar temyiz aşamasında hukuk dairesi tarafından incelenebilmektedir.

İcra hukuk ve icra ceza mahkemesi ayırımı, yapay, Anayasa'ya aykırı ve bu nedenle niteliği belirlenmesi mümkün olmayan hukuka aykırı bir ayırımıdır. İster hukukî bir konu olsun ister cezaî bir konu olsun isterse her iki hususun bir arada incelenebildiği bir yargılama olsun icra mahkemesi, icra mahkemesi olarak yargılamayı yürütüp karar vermelidir.

KAYNAKÇA

Acar A E, İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu (1. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2022).

Acar A E, 'İcra ve İflas Kanunu'nun Madde 363 Düzenlemesine Dair Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler' (2023) (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1183-1210.

Akkan M, 'Mahkemeler' in Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H (eds) Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I (15. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2017).

Arslan R, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (1. Baskı, Turhan Kitabevi 1977).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, İcra ve İflâs Hukuku (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, Medenî Usul Hukuku (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).

Artuç M ve Bıkmaz R, İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü (1. Baskı, Kartal Yayınları 2005).

Aslan A Ç, Medenî Usûl Hukukunda Görev (1. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2022).

Atalı M, 'Karar ve Hüküm' in Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H (eds) Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III (15. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2017).

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, İcra ve İflâs Hukuku (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).

- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).
- Baştürk İ, 'İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babındaki Takibi Şikayete Bağlı Suçlarda Uzlaştırma Kurumunun Uygulanmasının Doğuracağı Sakıncalar', (2020) (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 613-666.
- Berkin N, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (1. Baskı, Filiz Kitabevi 1980).
- Bilge N ve Önen E, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (3. Baskı, Sevinç Matbaası 1978).
- Bulut U, 'Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kararları Neticesinde Ortaya Çıkan Görev-Yetki Sorunları' (2020) 3. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi 34-45.
- Coşkun M, *İcra – İflas Suçları Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usulü* (7. Baskı, Seçkin Yayınları 2021).
- Emmel F, 'Art. 13' in Staehelin A, Bauer T ve Staehelin D (eds) *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2010).
- Ercan İ, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Asliye Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi Arasındaki İşbölümü İtirazının Değerlendirilmesi' (2012) (2) MÜHF-HAD 111-118.
- Erdoğan E ve Bulut U, 'İşlev İtibariyle Yetki (Mahkemenin İşlevi)' (2018) (39) MİHDER 91-130.
- Ermenek İ, 'İcra ve İflâs Kanunu'nda Öngörülen Cezaî Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı' (2014) (19) TAAD 279-320.
- Günay M, *İcra Suçları* (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2014).
- Karşlı A, *İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi* (1. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım 1995).
- Kuru B, *Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi* (2. Baskı, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları 2002).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku, C. I* (3. Baskı, Evrim Basım Yayım Dağıtım 1988).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2013).
- Kuru B ve Aydın B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2024).
- Kuru B ve Aydın B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. II* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2024).
- Namlı M, *Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi* (1. Baskı, Beta Yayınları 2014).
- Özekes, M, 'Medeni Usul Hukukunda Yok ve Etkisiz Hüküm' (2000) (4) Yargıtay Dergisi 661-699.
- Özcengiz M N, *Tetkik Mercii* (1. Baskı, Fon Matbaası 1975).
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (12. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2024).



Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (11. Baskı, Oniki Levha Yayınları 2024).

Pekcanitez H ve Simil C, İcra – İflâs Hukukunda Şikâyet (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2017).

Postacıoğlu İ E ve Altay S, Medenî Usûl Hukuku Dersleri (8. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020).

Tanrıver S, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2021).

Tuna Y, ‘İcra Takibi Suçları (1)’ (1957) (10) Adalet Dergisi 899-916.

Umar B, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi (1. Baskı, İstiklal Matbaası 1973).

Uyar T, İcra Hukukunda Yetki – Görev ve Yargılama Usulü (2. Baskı, Feryal Matbaacılık 1991).

Uyar T, Uyar A ve Uyar C, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. I (3. Baskı, Bilge Yayınevi 2014).

Uyar T, Uyar A ve Uyar C, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. II (3. Baskı, Bilge Yayınevi 2014).

Üstündağ S, İcra Hukukunun Esasları (8. Baskı, 2004).

Varol G, ‘İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü’ (2020) (2) AndHD 435-465.

Yasa F, ‘Temyiz İcra ve İflâs Dairesinden Verilen Ceza Kararları Aleyhine Baş Müddeiumumiliğin İtiraz Hakkı Var mıdır?’ (1937) (3) Adliye Ceridesi 182-186.

Yenisey F ve Nuhoglu A, Ceza Muhakemesi Hukuku (11. Baskı, Seçkin Yayınları 2023).

Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2021).

Yılmaz E, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2016).

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN FİİL UNSURU BAKIMINDAN “TASARRUF İŞLEMİ” ve TARTIŞMALI MESELELER

*“Act of Disposal” in Terms of the Act Element of the Crime of Abuse
of Trust and Controversial Issues*

Fatih YURTLU*

Özet

Güveni kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler bölümünde, mal varlığına karşı suçlar başlığı altında, 155. maddesinde düzenlenmiştir. TCK m. 155'te güveni kötüye kullanma suçu; “başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında **tasarrufta bulunan** veya bu devir olgusunu inkâr eden...” şeklinde tanımlanmıştır. Kanuni tanımı dikkate alındığında suçun, “zilyetliğin amacı dışında tasarrufta bulunma” veya “devir olgusunu inkâr etme” seçimli fiilleriyle işlenebildiği görülmektedir. İşte tam bu noktada, güveni kötüye kullanma suçunun seçimli hareketlerinden birini oluşturan “tasarrufta bulunma” kavramının ne şekilde anlaşılacağı önemli bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanuni tanımdaki bu ifade, günlük dildeki anlamıyla, yani “herhangi bir iş veya işlem yapmak” şeklinde mi, yoksa özel hukukta teknik bir kavram olan “tasarruf işlemi yapmak” şeklinde mi anlaşılmalıdır? Bu tartışma, salt teorik olmanın ötesinde, somut olay adaletinin tecellisi bakımından da son derece önemlidir. Yukarıdaki soruya verilecek cevap, somut olaydaki uyuşmazlığın salt olarak özel hukuk alanında mı kalacağı yoksa ceza hukukuna da mı sirayet edeceğiyle doğrudan ilintilidir. Bir başka ifadeyle, bu tartışma somut olayda suçun oluşup oluşmadığını da belirleyecektir. Bu nedenle, güveni kötüye kullanma suçunun fiil unsurunu oluşturan “tasarrufta bulunma” kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması, ceza hukukundaki belirlilik ve dolayısıyla kanunilik ilkeleri bakımından bir zorunluluk oluşturmaktadır. Ancak güveni kötüye kullanma suçu bakımından tartışmalı olan konular sadece bununla sınırlı değildir. Suçun fiil unsuruna yönelik bu tartışmaların doğru bir zeminde yapılabilmesi, ancak suç tipine ilişkin bazı hususların açıklığa kavuşturulmasıyla mümkün olacaktır.

Bu nedenle çalışmamızda, öncelikle güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin tartışmalı bazı hususları ele alacağız. Sonrasında, suçun seçimli hareketlerinden birini oluşturan “devir amacı dışında tasarrufta bulunma” kavramını ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Bu incelemeyi yaparken, “tasarruf” kavramının esasında özel hukuka ait olması nedeniyle yalnızca ceza hukuku literatürüyle yetinmeyip özel hukuk literatüründen de geniş ölçüde yararlanacağız.

Anahtar Kelimeler: Güveni kötüye kullanma, zilyetlik, malvarlığına karşı suçlar, suçun maddi unsurları, tasarruf işlemi.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 19.08.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Dr. Öğretim Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fatihyurtlu@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-2905-7900>



Abstract

The crime of abuse of trust is regulated in Article 155 under the title of crimes against property in the special provisions section of the Turkish Penal Code (TPC) No. 5237. Abuse of trust is defined in Article 155 of the TPC as; “Any person who denies the transfer to himself of property belonging to another, or who enjoys the disposal of such property for a purpose not specified at the time of the transfer for the benefit of himself or another, where such property had been transferred for the purpose of protection or for a specified usage...”. Considering the legal definition of the crime, it is evident that abuse of trust can be committed through acts such as ‘disposing of property outside the intended purpose’ or ‘denying the fact of transfer’. At this point, an important legal issue arises regarding how the concept of ‘disposing of the property’ should be understood and applied, as it constitutes one of the alternative actions for the crime of abuse of trust. Should this legal expression be understood as ‘performing any action or transaction’ in everyday language or as ‘act of disposal’ a technical concept in private law? This discussion goes beyond purely theoretical and is crucial for ensuring justice in concrete cases. The answer to this question will directly affect the answer to whether the dispute in the concrete case concerns only private law or whether it constitutes a crime within the scope of criminal law. Therefore, clarifying the concept of ‘disposing of the property’ which constitutes an element (actus reus) of the crime of abuse of trust, is essential for the protection of the principles of clarity and legality in criminal law. However, the controversial issues in the crime of abuse of trust are not limited to these. These discussions on the act element of the crime can only be carried out on a correct basis by clarifying some issues regarding the type of crime.

For this reason, firstly, we will examine the controversial issues in the crime of abuse of trust. After that, we will discuss in detail the concept of ‘act of disposal other than for the purpose of transfer’ which constitutes one of the alternative act of the crime. While conducting this analysis, we will not only be restricted to the criminal law literature, but we will also extensively utilize the private law literature, since the ‘disposal of property’ is a private law concept.

Keywords: Abuse of trust, possession, crimes against property, objective elements of crime, act of disposal.

GİRİŞ

Güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 155, f. 1’de seçimlik hareketli olarak düzenlenmiştir. Kanuni tanımına bakıldığında, güveni kötüye kullanma suçunun “zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak” veya “devir olgusunu inkâr etmek” seçimlik hareketlerinden biriyle işlenebileceği görülmektedir. Suçun seçimlik hareketlerinden “devir olgusunu inkâr etmek”, uygulama ve teoride görece daha az tartışmalıdır. Bu seçimlik hareket bakımından uygulama ile teori arasında esaslı etkileyecek nitelikte bir ayrışma yoktur. Buna karşılık suçun diğer seçimlik hareketini oluşturan “zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmaya” ilişkin önemli teorik ve pratik tartışmalar söz konusudur. Gerçekten de bu seçimlik hareketi oluşturan “tasarrufta bulunmak” ibaresinden tam olarak ne anlaşılması gerektiği izaha muhtaçtır. Bu ibarenin nasıl anlaşılıp yorumlanacağı, salt bir teorik tartışmanın çok ötesindedir ve somut olay adaletini doğrudan etkileyecek niteliktedir.

TCK m. 155, f. 2’de; “suçun meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi” nitelikli bir unsur olarak düzenlenmiştir. “Tasarrufta bulunmak” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği, uygulamada, özellikle bu fıkradaki nitelikli unsur bakımından daha da önemli bir hal

almaktadır. Günümüzde oldukça büyük ve karmaşık yapılara sahip organizasyonların iç işleyişlerinden kaynaklı olarak güveni kötüye kullanma suçu yargılama makamlarını sıklıkla meşgul etmektedir. Bu tip durumlar çoğu zaman meslek, ticaret veya hizmet ilişkisinden kaynaklandığından ikinci fıkradaki nitelikli unsur kapsamında kalmaktadır. Bu tip olaylarda faillerin ceza sorumluluğunun oluşup oluşmayacağı ise “*tasarrufla bulunmak*” kavramına yüklenecek anlama göre değişecektir. TCK m. 155, f. 2’deki hapis cezasının üst sınırının yedi yıl olduğu göz önüne alındığında, konunun ceza adaleti bakımından önemi daha da iyi anlaşılmaktadır.

Konuyu biraz daha somutlaştırmak gerekirse, örneğin, işe gelip gitmesi veya yalnızca şirket işlerinde kullanması için teslim edilen otomobili kendi özel işleri için kullanan işçinin fiili güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur mu? Veyahut, satması için kendisine teslim edilen şirket mallarını satmayıp şahsi borçları için alacaklısına rehin veren şirket çalışanının ceza sorumluluğu var mıdır? Şirket adına kredi çekmesi amacıyla şirket taşınmazlarını bankaya ipotek ettirme yetkisi verilen şirket ortağının, söz konusu taşınmazları üçüncü kişilere satması halinde cezai sorumluluğu gündeme gelir mi? Bu örneklerin sayısını daha da artırmak elbette mümkündür. Bu tip olaylarda ilgililerin ceza hukuku sorumluluğunun oluşup oluşmadığının tespiti, tipiklikteki “*tasarrufla bulunmak*” kavramına yüklenecek anlama göre değişiklik gösterecektir.

Altını çizmek gerekir ki, suçun kanuni tanımında yer alan “*tasarrufla bulunmak*” ibaresine yüklenecek anlam, ilgililerin yalnızca ceza sorumluluğunu etkilemekle de kalmayacaktır. Bu tartışmanın sonucu, çoğu zaman ilgililerin özel hukuk sorumluluklarını da doğrudan etkileyecektir. Uygulamada, zarara uğratıldığını düşünen taraflar, çoğu zaman doğrudan tazminat (özel hukuk) davası açmak yerine önce şikâyetle bulunup ceza muhakemesi sürecini işletmeyi tercih etmektedir. Uygulamada kanıksanan bu yaklaşımın arkasında farklı gerekçeler yatmaktadır.

Bu gerekçelerden birincisi, yargılama sırasında uygulanacak ispat kurallarıyla alakalıdır. Bu tip durumlarda zarara uğratıldığını düşünen taraf doğrudan tazminat davasına başvurduğunda, özel (medeni usul/icra iflas hukuku) hukuktaki ispat kurallarına tabi olacaktır. Bu delil sisteminin uygulanması halinde lehlerine sonuç çıkmayacağını düşünen taraflar, özel hukuktaki usul kuralları yerine ceza muhakemesindeki “*delil serbestisinden*” faydalanmak istemektedir. Özellikle hukuk muhakemesinde belirli bir miktarın üzerindeki¹ alacakların mutlaka senetle ispat edilmesi zorunluluğu (Hukuk Muhakemeleri Kanunu-HMK m. 200) uygulamada tarafları sıklıkla bu yola itmektedir. Tarafların doğrudan özel hukuk davası açmak yerine ceza muhakemesi sürecini işletmek istemelerindeki ikinci gerekçe ise özel hukuktaki dava giderlerine ilişkindir. Özellikle karşı taraftan talep edilecek meblağın yüksek olduğu durumlarda, doğrudan tazminat davası açıp davanın kaybedilmesi

¹ Kanunda yer alan senetle ispat sınırı her yıl güncellenmektedir. 2024 yılı için bu miktar 23.450 Türk Lirası’dır.



halinde yüksek miktarda dava gideri ve vekalet ücreti ödemek istemeyen taraflar, öncelikle ceza muhakemesi sürecini işletmeyi tercih etmektedir. Böylece hem ceza tehdidiyle karşı taraf uzlaşmaya zorlanmakta hem de ceza muhakemesinin gidişatına göre tazminat davası açılıp açılmayacağına bilahare karar verilmektedir. Bu yola tevessül edilmesindeki üçüncü bir gerekçe de özel hukuktaki sürelerle ilişkindir. Özel hukuktaki bazı zorunlu süreleri kaçıran taraflar, ceza muhakemesi yolunu işletmek suretiyle sürelerden kaynaklı bu eksikliği aşmaya çalışmaktadır.

Gerekçesi her ne olursa olsun aslında özel hukuk uyuşmazlığı olan bu tip vakıalarda ceza muhakemesi sürecinin işletilmesi hem adalete olan güvenin sarsılmasına hem de kolluğun, savcılıkların ve ceza mahkemelerinin iş yükünün gereksiz bir şekilde artmasına neden olmaktadır. Çünkü bu tür olayların önemli bir bölümü tipik birer özel hukuk uyuşmazlığıdır ve ceza hukukunu ilgilendirmemektedir. Dahası, esasında tipik birer özel hukuk uyuşmazlığı olan bu tür ihtilafların ceza hukuku alanına çekilmesi, uygulanacak usul kuralları farklılık arz ettiğinden, yargılamaların uzamasına, hatalı sonuçlanmasına veya hiç sonuçlanamamasına yol açmaktadır.

Sayıdığımız tüm bu gerekçelerle, güveni kötüye kullanma suçunun seçimlik hareketlerinden birini oluşturan “tasarrufta bulunmak” kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Suçun kanuni tanımındaki “tasarrufta bulunmak” ibaresinden, günlük dildeki anlamıyla herhangi bir iş veya işlem yapmak mı yoksa özel hukuktaki teknik anlamıyla “tasarruf işlemi yapmak” mı anlaşılmalıdır? Aslında gayet basit gibi görünen bu sorunun cevabı, yukarıda örneklendirdiğimiz üzere salt teorik bir tartışma olmanın ötesine geçmekte, somut olay adaletine doğrudan sırayet etmektedir. Bu soruya verilecek cevap, kişilerin yalnızca cezai sorumluluğunu değil özel hukuk sorumluluğunu da doğrudan etkilediğinden, çözülmesi gereken önemli bir hukuki problemi oluşturmaktadır.

İş bu çalışmamızda, söz konusu tartışmayı sağlıklı bir zeminde yaparak suç teorisi bakımından tutarlı bir sonuca ulaşmak ve böylece ceza adaletine hizmet etmeyi amaçlamaktayız. Ancak suçun fiil unsuruna ilişkin bu teorik tartışmadan sağlıklı bir sonuç elde edilebilmesi için, öncelikle suç tipine ilişkin bazı tartışmalı meseleler üzerinde durmak gerekir. Çünkü suçun fiil unsuruna ilişkin bu tartışmadan tutarlı bir sonuç elde edilebilmesi, özellikle suç tipiyle korunan hukuki değer ve diğer maddi unsurların ne şekilde anlaşılıp yorumlanacağıyla da doğrudan bağlantılıdır.

Çalışmamızda hedeflediğimiz amaca ulaşmak için, öncelikle güveni kötüye kullanma suçuyla korunan “hukuki değer” üzerinde duracağız. Çünkü “tasarrufta bulunmak” kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevabı, suç tipiyle korunan hukuki değerden ari olarak verilemez. Her ne kadar çalışmamızın temel motivasyonu, suçun seçimlik hareketlerinden “tasarrufta bulunmak” ibaresinin açıklanması olsa da bu kavram suçun diğer maddi unsurları gözetilmeden yorumlanamaz. Bu sebeple, suç tipiyle korunan hukuki değer üzerinde durduktan sonra çalışmamızda, suçun maddi unsurlarına ilişkin teori ve uygulamada ortaya çıkan tartışmalı meselelere yer vereceğiz. Bu kapsamda; suçun konu, fail, mağdur ve fiil

unsurlarına ait tartışmalı konuları alt başlıklar halinde ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Nihayet, çalışmamızın temel konusunu ve dolayısıyla da başlığını oluşturan “*ta-sarruf işlemi*” kavramını ayrıca ve ayrıntılı olarak analiz edecek, tartışmaya ilişkin vardığımız sonucu gerekçeleriyle birlikte ortaya koyacağız.

I. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suçla korunan hukuki değer, ilk defa Alman hukukçu Karl Binding tarafından teşebbüsün cezalandırılmasını açıklamak için kullanılmış olup² Türk doktrininde farklı kavramlarla ifade edilmektedir: “*Hukuksal (hukuki) değer*”³, “*hukuksal menfaat*”⁴, “*hukuki yarar*”⁵, “*suçun hukuki konusu*”⁶ gibi... Aslında “*korunan hukuki değer*” salt ceza hukukuna özgü olmayıp, tüm hukuk alanlarında kullanılan genel bir kavramdır. Çünkü her hukuk normunun temelinde mutlaka bir değer (yargısı) yatar⁸. Bu düşüncenin tezahürü olarak modern ceza hukuku yaklaşımlarında, her ceza normunun koruduğu bir hukuki değer olduğu kabul edilir⁹. Ceza normuyla korunan hukuki değer; şahıs veya eşyanın doğrudan kendisine işaret etmeyip, şahıs ve eşyayla bağlantılı soyut nitelikteki, manevi ve metafizik değerlere ilişkindir¹⁰. Suçla korunan hukuki değer, aynı zamanda kanun koyucuyu suç tipini düzenlemeye iten soyut değerleri de ifade eder¹¹.

² Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022) 594.

³ Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, İçel Suç Teorisi - 2. Kitap (1. Bası, Türdav Basım Yayım, İstanbul 1999) 95; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022) 387; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022) 174; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023) 118 vd; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010) 109.

⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023) 221 vd.

⁵ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (21. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021) 201.

⁶ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım - Cilt I* (14. Bası, Beta, İstanbul 1997) 333; Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler - Cilt I (13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995) 248 vd; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998) 212; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2014) 101; Demirbaş, (n 2) 594 vd.

⁷ Umut Balcı, *Türk Hukukunda Güveni Kötüye Kullanma Suçları* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019) 34; Zafer, (n 3) 109.

⁸ Özgenç, (n 3) 174.

⁹ M. Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata* (Adalet Yayınevi, Ankara 2022) 50.

¹⁰ İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu ve Ünver, (n 3) 95.

¹¹ Claus Roxin, Gunther Arzt und Klaus Tiedemann, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht* (5. Auflage, C.F Müller, Heidelberg 2006) 46; Dönmezer ve Erman, (n 6) 335; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, (n 4) 221.



Çoğu zaman suçun mağduru ve konusuyla karıştırılmaya¹² müsait olan "suçla korunan hukuki değer"¹³ kavramı, soyut niteliği hasebiyle suçun mağduru ve konusundan ayrılır¹⁴. Suçla korunan hukuki değer denildiğinde, suç tipini meşru kılan yüksek nitelikteki ideal değerler anlaşılmalıdır¹⁵. Genel yaklaşıma göre fiziki varlığı olan şeyler suçun konusunu, yalnızca düşünceyle idrak edilen yani fiziki varlığı olmayan şeyler ise suçla korunan hukuki değeri meydana getirir¹⁶. Her suçun koruduğu bir veya daha fazla hukuki değer vardır¹⁷. Bir başka ifadeyle koruduğu hukuki değer olmayan bir suçtan bahsedilemez¹⁸.

Ceza kanunlarının özel hükümler kısmındaki suç tiplerinin unsurlarının belirlenmesi ve yorumlanmasında, suç tipinin koruduğu hukuki değer büyük önem taşır¹⁹. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçunun koruduğu hukuki değer tespiti, çalışmamızın konusunu oluşturan "tasarruf işlemi" kavramından ne anlaşılması gerektiğinin cevabıyla doğrudan ilintilidir. Bilhassa güveni kötüye kullanma suçuyla korunan hukuki değer sadece mülkiyet mi yoksa mülkiyetle birlikte zilyetlik mi olduğu sorusunun cevabı, temel tartışma konumuz bakımından önemli bir çıkış noktası olacaktır.

Alman doktrininde baskın nitelikte olup Türk doktrininde azınlıkta kalan bir görüş, güveni kötüye kullanma suçuyla korunan yegâne hukuki değer "mülkiyet" olduğu yönündedir²⁰. Buna göre "zilyetlik" ve "kişiler arasındaki güven ilişkisi" güveni kötüye kullanma suçuyla korunan birer hukuki değer olamaz. Konuya ilişkin

¹² Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, (n 4) 221.

¹³ Öztürk ve Erdem, (n 5) 201.

¹⁴ Tulay, (n 9) 50.

¹⁵ Öztürk ve Erdem, (n 5) 201.

¹⁶ Erem, (n 6) 253; Toroslu, (n 6) 103.

¹⁷ Soyaslan, (n 6) 212; Öztürk ve Erdem, (n 5) 201; Özgenç, (n 3) 174.

¹⁸ Toroslu, (n 6) 101; Özgenç, (n 3) 176-177.

¹⁹ Karl Heinz Gössel, *Strafrecht Besonderer Teil - Band 2* (C.F. Müller, Heidelberg 1996) ff 1; Dönmezer ve Erman, (n 6) 334.

²⁰ Joachim Vogel und Dominik Brodowski, *Leipziger Kommentar StGB - Band 13* (13. Auflage, De Gruyter, Berlin/Boston 2022) 244; Martin Heger, *Strafgesetzbuch Kommentar: StGB* (30. Auflage, C.H. Beck, München 2023) § 246 Unterschlagung kn 1; Olaf Hohmann, *Münchener Kommentar StGB - Band 4 §§ 185-262* (4. Auflage, C.H. Beck, München 2021) § 246 Unterschlagung kn 1; Urs Kindhäuser, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2017) 973 kn 1; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (71. Auflage, C.H. Beck, München 2024) 1855 kn 2; Jörg Eisele, *Strafrecht Besonderer Teil II - Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte* (6. Auflage, W. Kohlhammer, Stuttgart 2021) 88 kn 245; Michael Heghmanns, *Strafrecht Besonderer Teil* (2. Auflage, Springer, Berlin 2021) 448 kn 1281; Christian Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht Besonderer Teil* (8. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2019) 136 kn 176; Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I - Vermögensdelikte* (21. Auflage, C.H. Beck, München 2019) 112 kn 1; Johannes Wessels, Thomas Hillenkamp und Jan C. Schuhr, *Strafrecht Besonderer Teil 2* (43. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2020) 159 kn 307; Gössel, (n 19) 177 kn 1; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022) 846.

ikinci bir yaklaşım ise güveni kötüye kullanma suçuyla korunan öncelikli hukuki değerın “mülkiyet” olduğunu, ancak buna ek olarak, suç tipiyle taraflar arasındaki (hukuki ilişkiye dayanan) “güven ilişkisinin” de korunduğunu ifade etmektedir²¹. Türk doktrininde yer alan üçüncü bir görüş; “kişiler arasındaki güven ilişkisinin” bu suçla korunan bir hukuki değer olmadığı, güveni kötüye kullanma suçuyla “zilyetlik” ve “mülkiyet” hukuki değerlerinin birlikte korunduğu yönündedir²². Nihayetinde dördüncü ve Türk doktrinindeki baskın nitelikteki görüş ise suç tipiyle hem “mülkiyet” hem “zilyetlik” hem de kişiler arasındaki “güven ilişkisinin” birlikte korunduğunu savunmaktadır²³.

Kanaatimizce, güveni kötüye kullanma suçuyla korunan hukuki değer; hırsızlık suçunda olduğu gibi hem mülkiyet hem de zilyetlik değil, sadece mülkiyettir²⁴. Bu husus, suçun düzenlendiği TCK m. 155 gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir²⁵. Hakeza Alman doktrinindeki baskın görüş de suçla²⁶ korunan yegâne hukuki

²¹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022) 789; Selman Dursun, “Emniyeti Suiistimal Suçu” (1999) 57(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 7.

²² Asuman Aytekin İnceoğlu, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu” (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 44.

²³ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023) 722; Çağatay Çınar, *Türk Ceza Kanunu’nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019) 234; Şölen Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK md 155)* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017) 33; Can Canpolat, *5237 Sayılı TCK’da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009) 38; Şenel Sarsıkoğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)* (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2014) 30-31; İsmail Aydın, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yer Alan Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019) 18; Hasan Elmaliç, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)* (Yüksek Lisans Tezi Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017) 73; Serkan Meraklı, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)” (2009) 11 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1666; Fatih Şahin, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK 155/1-2)” (2021) 155 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 152; M. Nedim Bekri, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Avukatın Failliği” (2023) 81(4) Ankara Barosu Dergisi Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı 58.

²⁴ Johannes Wessels und Thomas Hillenkamp, *Strafrecht Besonderer Teil 2* (28. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2005) 138 kn 277; Heger, *Strafgesetzbuch Kommentar* (n 20) kn 1; Kindhäuser, *Nomos Kommentar* (n 20) 973 kn 1; Balcı, (n 7) 39.

²⁵ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı: 664, Sayfa: 562.

²⁶ Belirtmek gerekir ki Alman Ceza Kanunu’nda (StGB) yer alan güveni kötüye kullanma suçlarının sistematigi ile TCK’nın sistematigi birbirinden oldukça farklıdır. Alman CK m. 246, f. 1, “bir başkasına ait taşınır malı kendi veya üçüncü bir kişi adına sahiplenilen-mal edinilen (zueignen)” ibaresini kullanmaktadır. Dolayısıyla Alman CK m. 246, f. 1 düzenlemesi bakımından failin malın zilyedi olması şart değildir. Kindhäuser, *Nomos Kommentar* (n 20) 974 kn 7.

Failin malı uhdesinde/emanetinde (anvertrauen) buldurması, Alman CK m. 246, f. 2’de suçun nitelikli bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Wessels, Hillenkamp und Schuhr, (n 20) 168 kn 321. Hakeza Alman CK m. 266’da özel bir güveni kötüye kullanma suçu da düzenlenmiştir. Kısacası, Alman CK’nın güveni kötüye kullanma suçlarına ilişkin sistematigi TCK’dan oldukça farklıdır.



değerin *mülkiyet* olduğu yönündedir²⁷. Güveni kötüye kullanma suçunun hırsızlık suçundan temel farkı şudur: Güveni kötüye kullanma suçunun faili, suçun konusu bakımından “*emin sıfatıyla zilyet*” konumundayken; buna karşılık hırsızlık suçunun faili hukuken korunan bir zilyetliğe sahip değildir²⁸. Hırsızlık suçunda fail, malın zilyetliğini mağdurun rızası hilafına aldığından, suç tamamlandıktan sonra ancak “*haksız zilyet*” konumunda olabilir. Buna karşılık güveni kötüye kullanma suçunun faili, fiil işlendiği sırada suçun konusu mal üzerinde zaten hukuken korunan bir zilyetliğe sahiptir. Dolayısıyla, zaten mal üzerinde emin sıfatıyla (haklı) zilyet olan kişinin bu mal üzerinde gerçekleştirdiği fiillerle “*zilyetlik*” değerini ihlal ettiğini söylemek, kanaatimizce bir çelişki olacaktır²⁹. Hakeza böyle bir kabulde, suçun hem failinin hem de mağdurunun “*zilyet*” olduğu kabul edilmiş olacaktır ki; bu da “*bir suçun failiyle mağduru aynı kişi olamaz*” prensibiyle çelişecektir.

Hakeza Alman doktrininde rastlamadığımız ancak Türk doktrininde baskın nitelikte olan yaklaşım, güveni kötüye kullanma suçuyla mülkiyetle beraber korunan diğer bir hukuki değer de “*kişiler arasındaki güven ilişkisi*” olduğunu savunmaktadır³⁰. Biz ise farklı gerekçelerle bu yaklaşıma iştirak etmiyoruz. Her şeyden önce, “*kişiler arasındaki güven ilişkisinin*” bir hukuki değer olup olmadığı tartışmalıdır³¹. Kaldı ki “*güven ilişkisi*” bir hukuki değer olarak kabul edilse dahi, her sosyo-ekonomik ilişkinin temelinde zaten bir “*güven duygusu*” bulunmaktadır. Ceza hukukunun işlevi salt olarak “*kişiler arasındaki güven ilişkisini korumaya*” indirgenildiğinde; eşini aldatan, borcunu zamanında ödemeyen, verdiği sözü tutmayan, işini beklenildiği kalitede ve zamanında yapmayan kişilerin de cezalandırılması

Alman CK m. 246'nın eski halinde ise (1998 yılından önce) TCK'dakine benzer şekilde, failin malı elinde bulundurma şartı söz konusuydu (*Besitz oder Gewahrsam*). Bu unsur 6. StrRG 1998 ile metinden çıkartılmış ve düzenleme bugünkü halini almıştır. *Leipziger Kommentar StGB Band 13* (n 20) 241; *Münchener Kommentar StGB* (n 20) § 246 Unterschlagung kn 5; Wessels und Hillenkamp, (n 24) 138 kn 276, 146 kn 291; Eisele, 93 kn 258.

²⁷ Gössel, (n 19) 177 kn 1; Jäger, (n 20) ff 136 kn 176; Fischer, (n 20) 1855 kn 2; Rengier, (n 20) 112 kn 1; Kindhäuser, *Nomos Kommentar* (n 20) 973 kn 1; *Leipziger Kommentar Band 13*, (n 20) 244; Wessels, Hillenkamp und Schuhr, (n 20) 159 kn 307.

²⁸ Dursun, (n 21) 8.

²⁹ Doktrinde bu suçla korunan hukuki değer aynı zamanda zilyetlik olduğuna ilişkin şöyle bir örnek verilmektedir: Malike gelen bir postanın, postacı tarafından sekreterine bırakılması ve sekreterin bu postayı imha ederek malike teslim etmemesi. Bkz. Meraklı, (n 23) 1677.

Belirtmemiz gerekir ki bu örnek olay üzerinden suçla korunan hukuki değer “*zilyetlik*” olduğu sonucuna varmak mümkün değildir. Çünkü örnekteki postacı, zilyetliğin zorunlu manevi unsuru olan “*zilyetlik iradesini*” taşımadığından zilyet olamaz; ancak “*zilyet yardımcısı*” olabilir. Bkz. Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021) 100.

³⁰ Koca ve Üzülmüş, (n 21) 789; Dursun, (n 21) 7; Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 23) 722; Çınar, (n 23) 234; Çakıroğlu, (n 23) 33; Canpolat, (n 23) 38; Sarsıkoğlu, (n 23) 30-31; Aydın, (n 23) 18; Elmalcı, (n 23) 73; Meraklı, (n 23) 1666; Şahin, (n 23) 152; Bekri, (n 23) 58.

³¹ Balcı, (n 7) 40.

gerekir. Kısacası, her kasıtlı sözleşmeye aykırılık bir güven ilişkisinin ihlalidir³². Kanaatimizce, hukukun ve hele ki ceza hukukunun salt bireyler arasındaki güven ilişkisini korumak gibi temel bir işlevi olamaz. Ceza hukuku, ancak toplumsal yaşam bakımından önem arz eden, toplumsal hayatta kurumsallaşmış “güven ilişkileriyle” sınırlı olarak devreye girmelidir. Bu şekilde kurumsallaşmış güven ilişkileri de zaten mevzuatta hukuki birer kavram/kurum olarak düzenlenmiştir: *Mülkiyet, zilyetlik, konut dokunulmazlığı, özel hayat, aile, evlilik, soy bağı gibi...* “*Son çare olma özelliği (ultima ratio)*” gereğince ceza hukuku, kurumsallaşmış bu değerlere yönelik her türlü ihlal halinde de devreye girmeyecektir. Ceza hukuku sadece nicelik açısından toplumsal yaşamı ciddi manada etkileyen ihlallerde devreye girer. Sonuç olarak; *kişiler arasındaki sözleşmeye dayanan güven ilişkisi* güveni kötüye kullanma suçu bakımından korunması gereken bir hukuki değer olamaz. Salt “*kişiler arasındaki güven ilişkisinin bozulması*” kural olarak ceza hukukunun değil, ancak özel hukukun ilgi alanına giren bir haksızlık oluşturabilir.

Zilyetlik ya da *kişiler arasındaki güven ilişkisi* en azından güveni kötüye kullanma suçuyla korunan birer hukuki değer olamaz. Bu suç tipiyle korunan yegâne hukuki değer “*mülkiyet*” olduğuna yönelik kabul, çalışmamızın tartışma konusu “*tasarrufla bulunma*” kavramıyla da doğrudan ilintilidir. Çünkü suç tipiyle mülkiyetin yanında zilyetlik ve/veya kişiler arasındaki güven ilişkisinin de korunduğunu savunan görüşler, bu yaklaşımlarının otomatik bir sonucu olarak zilyetlik ve güven ilişkisine zarar verici her türlü eylemi tipiklik içerisinde mütalaa etmektedir. Bir başka ifadeyle bu yaklaşım, “*tasarrufla bulunmak*” kavramını günlük dildeki anlamıyla geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Bu durum ise her şeyden önce ceza hukukunun *son çare olmasıyla* çelişecektir³³. Son çare olması nedeniyle ceza hukuku, kişiler arasındaki her sözleşmeye/güvene aykırılığı koruma işlevi üstlenemez. Sözleşmeye aykırılık oluşturan fiiller kural olarak özel hukukun ilgi alanına girer. Eşya hukukunda, zilyetliğe yönelen hukuka aykırı müdahalelerin giderilmesi için (haklı zilyetlere) birçok fiili ve hukuki imkân tanınmıştır³⁴. Dolayısıyla sözleşmeye aykırı bir şekilde zilyetliğe yönelmiş her fiili ceza hukukunun konusu yapmak isabetli olmayacaktır. Kanun koyucunun iradesini de bu yaklaşıma uygun yorumlamak gerekir.

Bu yaklaşımımız karşısında, özel hukuktaki benzer hukuki ve fiili koruma enstrümanlarının “*mülkiyet*” bakımından da geçerli olduğu akıllara gelebilir. Ancak burada şu husus gözden kaçırılmamalıdır: Güveni kötüye kullanma suçunda fail, mal

³² İnceoğlu, (n 22) 44-45.

³³ İnceoğlu, (n 22) 45-46.

³⁴ Zilyet mala yönelen her türlü saldırı ve gaspı kuvvet kullanılarak defedebilir [Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 981]. Hakeza zilyetliği gasp edilen ya da saldırıya uğrayan zilyet dava yoluyla bu saldırıların sonra erdirilmesini de isteyebilir (TMK m. 982, 983). Taşınmazlarda zilyetliğe yapılan tecavüzlerin önlenmesine yönelik idari nitelikte hukuki yollar da düzenlenmiştir. Bkz. 3091 sayılı “*Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun*”.



üzerinde meşru zilyetliğe sahiptir. Meşru zilyedin mal üzerinde, özellikle iyiniyetli üçüncü kişilere yönelik tasarrufları hukuk düzenince korunmaktadır. Eşyaya emin sıfatıyla zilyet olan kişinin o mal üzerinde üçüncü kişiler lehine aynı hak tesis etmesi, belirli şartlar altında hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Hatta bir eşyaya emin sıfatıyla zilyet bulunan kimse eşyayı iyiniyetli olan bir başkasına satarsa, mülkiyet iyiniyetli üçüncü kişiye geçer ve eşyayı satın alan kişinin mülkiyet hakkı hukuk düzeni tarafından korunur³⁵. İşte güveni kötüye kullanma suçunun da tam olarak bu noktada devreye girmesi gerekir. Çünkü böyle bir durumda meşru zilyedin fiiliyle malikin mülkiyet hakkı, özel hukuk enstrümanlarıyla telafi edilemeyecek bir şekilde ihlal edilmektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde eşya sahibinin mülkiyet hakkı özel hukuk enstrümanlarıyla geri alınamayacak bir şekilde ihlal edildiğinden, bir başka ifadeyle, bu durumda emin sıfatıyla zilyedin mal üzerinde gerçekleştirdiği haksızlık özel hukuk kurallarınca giderilemeyecek nicelikte olduğundan artık ceza hukuku devreye girmelidir.

Açıklamaya çalıştığımız tüm bu gerekçelerle güveni kötüye kullanma suçuyla korunan yegâne hukuki değer *"mülkiyet"* olduğu kanaatindeyiz³⁶. Bu tespitimiz ışığında, zilyetliğe ya da kişiler arasındaki güven ilişkisine aykırı fiillerin değil, yalnızca eşya sahibinin mülkiyet hakkını ortadan kaldıran/sınırlandıran işlemlerin güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bununla beraber mülkiyet hakkını sınırlandırmayan, mülkiyet hakkının kullanımını fiili veya hukuki olarak imkânsız hale getirmeyen diğer haksız fiiller, her ne kadar zilyetliğe ya da kişiler arasındaki güven ilişkisine hanel getirmiş olsalar dahi güveni kötüye kullanma suçu kapsamında mütalaa edilmemelidir. Bu fiillerin oluşturduğu hukuka aykırılıkların giderilmesi ceza hukukunun değil özel hukukun konusudur.

II. SUÇUN UNSURLARI

Ceza hukuku dogmatığında, suçun unsurlarının hangi sıra ve ne şekilde inceleneneğine ilişkin görüş birliği yoktur. Tam tersine, bu konuda çok farklı tasnif ve yaklaşımlara rastlamak mümkündür³⁷. Bu kısa çalışmamızda söz konusu teorik tartışmalara girmeyeceğiz. Biz çalışmalarımızda genel olarak; maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık şeklindeki üçlü sistemi tercih etmekteyiz. Elbette çalışmamızın kapsamını aşmamak adına bu bölümde güveni kötüye kullanma suçunun tüm unsurlarını tek tek incelemeyeceğiz. Yalnızca suçun fiil unsurunun yorumlanmasında önem arz ettiğini düşündüğümüz maddi unsurlara ilişkin tar-

³⁵ TMK m. 988:

"Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynı hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur".

³⁶ Alman CK'da 1998'de yapılan değişiklik öncesinde de suçla korunan hukuki değer yalnızca *mülkiyet* olduğu kabul edilmekteydi. Dolayısıyla 1998 yılında 6. StrRG ile yapılan kanuni değişiklik suçla korunan hukuki değerde bir farklılık oluşturmamıştır. Gössel, (n 19) 177.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 3) 276.

tışmalı konulara değinmekle yetinecek, suçun manevi unsuru ve hukuka aykırılık konularına ise girmeyeceğiz. Çalışmamızın başlığını oluşturması nedeniyle maddi unsurlara ilişkin tartışmalı meselelere değindikten sonra suçun “*fiil*” unsuruna ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak yer vereceğiz.

A. Suçun Konusu

Güveni kötüye kullanma suçunda fiil unsurunun açıklanması bakımından önem arz eden ilk maddi unsur, *konudur*. Suçun konusu doktrinde, suç fiilinin üzerinde gerçekleştiği kişi veya şey olarak tanımlanmaktadır³⁸. Suçun konusu bakımından önem arz eden fiilin üzerinde gerçekleştiği her kişi veya şey değil, tipiklikte yer alan kişi ya da şeydir³⁹. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunun konusunu “*mal*” oluşturur. Tam bu noktada mal kavramının ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Gerek meri mevzuatımızda gerekse doktrinde, “*mal*” kavramını karşılamak için çoğu zaman “*eşya*” ibaresinin tercih edildiği görülmektedir. Özel hukukta mal ve eşya kavramlarının aynı olmadığı yönünde görüşler olmakla beraber⁴⁰ genel yaklaşım, bu iki kavramın birbiriyle aynı anlama geldiği yönündedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)⁴¹ da çoğu yerde “*eşya*” yerine “*mal*” kavramını tercih etmiştir (TMK m. 693, 698, 701 gibi)⁴². 5237 sayılı TCK’nın sistematüğinde de benzer şekilde “*mal*” ibaresi çoğu zaman “*eşya*” kavramına eşdeğer şekilde kullanılmıştır. Hatta bazı suçların temel şeklinin tanımında “*mal*” ibaresi kullanılmışken, nitelikli unsurları bakımından hem “*mal*” hem de “*eşya*” ibaresi kullanılmıştır⁴³. Kısacası, özel hukuktaki genel yaklaşıma paralel olarak 5237 sayılı TCK’da da “*mal*” ve “*eşya*” ibareleri birbiriyle eş anlama gelecek şekilde kullanılmıştır.

Esas itibarıyla aynı hakların konusunu oluşturan eşya (*mal*) özel hukukta; üzerinde hâkimiyet kurmaya elverişli, kişilik dışı ve sınırları belirli maddi varlık olarak

³⁸ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023) 126; Erem, (n 6) 250; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, (n 4) 221.

³⁹ Toroslu, (n 6) 102.

⁴⁰ Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (2. Baskı, Beta, İstanbul 2018) 29; Betül Özlük, “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler” (2019) 27(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143.

⁴¹ Türk Medeni Kanunu’nda eşya kavramı yerine mal ibaresi kullanılmasının, eşyanın ekonomik bir değere sahip olması gerekliliğinin bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. Ahmet Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021) 209.

⁴² Kılıçoğlu, (n 41) 209.

⁴³ Hırsızlık suçunun temel şeklinin düzenlendiği m. 141’de “*mal*” ibaresi kullanılırken, cezayı artıran nitelikli hallerin düzenlendiği m. 142’de “*eşya*” ibaresine yer verilmiştir. Bununla birlikte suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerini düzenleyen m. 144’te tekrar “*mal*” ibaresi kullanılmıştır. Benzer şekilde mala zarar verme suçunun temel şeklini düzenleyen m. 151’de “*mal*” kavramı kullanılmışken, nitelikli unsurlarının düzenlendiği m. 152’de “*eşya*” kavramı tercih edilmiştir.



tanımlanmaktadır⁴⁴. Bir şeyin eşya sayılabilmesi için ekonomik bir değere sahip bulunmasının şart olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır⁴⁵. Kanaatimizce, bir şeyin "eşya" olarak kabul edilebilmesi için maddi varlığı şart olmakla beraber ekonomik bir değeri olması zorunlu değildir. Bu kapsamda, bir kimsenin büyükannesinden yadigâr kaldığı için sakladığı ancak hiçbir maddi değeri bulunmayan ufak bir bez parçası da kanaatimizce "eşya" niteliğini haizdir ve kural olarak malvarlığına karşı suçların konusunu oluşturur. Güveni kötüye kullanma suçunun düzenlendiği madde metninde, hırsızlık suçunda olduğu gibi "taşınır mal" ifadesi değil, yalnızca "mal" ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunun konusunu taşınmaz mallar da oluşturabilir⁴⁶.

Güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturan malın özelliği, "mülkiyeti başkasına ait olup da muhafaza etmek ya da belirli şekilde kullanmak üzere zilyetliği faile devredilmiş" olmasıdır⁴⁷. Zaten güveni kötüye kullanma ile hırsızlık suçları arasındaki temel fark da kendini burada, yani suçun konusunun zilyetliği üzerinde göstermektedir. Hırsızlık suçunda fail, suç fiili sırasında suçun konusu üzerinde herhangi bir zilyetliğe sahip değildir. Hırsızlık fiiliyle beraber malın zilyetliğini hukuka aykırı olarak ele geçirmektedir (**haksız zilyet**). Bununla beraber güveni kötüye kullanma suçunda konu faile "emin sıfatıyla zilyet" olarak teslim edilmiştir. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunda fiil gerçekleştirildiği sırada fail, "malın meşru zilyetliğine zaten sahiptir"⁴⁸. Bu durum, güveni kötüye kullanma suçuyla korunan hukuki değerlerden birinin zilyetlik olduğu yönündeki tespitlerin de hatalı olduğunu göstermektedir. Çünkü güveni kötüye kullanma suçunda fail, suç fiili sırasında zaten malın meşru zilyedi olduğuna göre, suçun konusu mala meşru sıfatla zilyet olan failin gerçekleştirdiği fiillerin zilyetlik değerini ihlal ettiğini söylemek kanaatimizce açık bir çelişki oluşturacaktır.

B. Suçun Faili

Fiil kelimesinden türetilen *fail*, kısaca, suç fiilini gerçekleştiren kişidir⁴⁹. Bu kapsamda, güveni kötüye kullanma suçunun faili; suçun konusunu oluşturan malın meşru zilyetliğini elinde bulunduran kişidir⁵⁰. Güveni kötüye kullanma yükümlülük suçlarından olup,⁵¹ suçun faili ancak lehine meşru bir zilyetlik tesis edilen kişi

⁴⁴ Mehmet Akçaal, *Medeni Hukuk* (1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022) 266.

⁴⁵ Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023) 88.

⁴⁶ Koca ve Üzülmez, (n 21) 791-792.

⁴⁷ Meraklı, (n 23) 1659-1660.

⁴⁸ Meraklı, (n 23) 1660.

⁴⁹ Hakeri, (n 38) 120.

⁵⁰ Meraklı, (n 23) 1681.

⁵¹ Tülay Kitapçioğlu Yüksel, *Özgü Suç* (1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021) 30, 86, 89.

olabilir. Bu nedenle, güveni kötüye kullanma tipik bir “*özgü suçtur*”^{52, 53}. Bağlılık kuralı gereğince özgü suçlarda, özel şartı taşımamakla beraber suç fiilinin işlenmesine katkı sağlayanlar fail olarak değil, ancak şerik (azmettiren/yardım eden) olarak sorumlu tutulabilir (TCK m. 40/2)⁵⁴. Örneğin, kendisine tamir etmesi amacıyla bırakılan otomobili üçüncü kişiye satmak için arkadaşıyla birlikte hareket eden oto tamircisi güveni kötüye kullanma suçundan “*fail*” sıfatıyla sorumlu olacak iken, meşru zilyet konumunda bulunmayan ancak fiil üzerinde hâkimiyet kuran arkadaşı, ancak “*şerik*” sıfatıyla sorumlu tutulabilir^{55, 56}.

Altını çizmek gerekir ki, ancak “*doğrudan zilyet*” konumunda bulunanlar suçun faili olabilir. “*Zilyet yardımcıları*” suçun faili olamaz⁵⁷. Fiili gerçekleştiren kişinin zilyet yardımcısı olması halinde güveni kötüye kullanma suçu değil hırsızlık suçu oluşur⁵⁸. Örneğin, bir işyerindeki temizlik görevlisi, işyerinde bulunan ve temizlik sırasında kullandığı elektrikli süpürgeyi başkasına satarsa güveni kötüye kullanma değil, hırsızlık suçu oluşacaktır. Hakeza suçun konusu eşya üzerinde birden fazla kişinin zilyetliği de bulunabilir. Ortak zilyetlik özel hukukta “*müşterek zilyetlik*” ve “*iştirak halinde zilyetlik*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrıma göre; ortak zilyetlerden her biri eşya üzerindeki yetkilerini diğerinin iştirakine gerek kalmaksızın kullanabiliyorsa “*müşterek zilyetlikten*”, ortak zilyetlerden her biri zilyetlik yetkilerini diğerinin iştiraki olmaksızın kullanamıyorsa “*iştirak halinde zilyetlikten*” bahsedilir⁵⁹. Zilyetliğe ilişkin bu ayrımın ceza hukuku bakımından önemli yansımaları vardır. Buna göre, müşterek zilyetlerden birinin eşyayı başkasına satması halinde *güveni kötüye kullanma suçu* oluşacakken; iştirak halinde zilyetlerden birinin

⁵² Muhammed Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı* (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017) 104; Gülden Şişman ve Şenel Sarsıkoğlu, “Hizmet Nedeniyle Güveni Kötüye Kullanma Suçunun SMMM ve YMMler Açısından Değerlendirilmesi” (2023) 20(1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169; Koca ve Üzülmöz, (n 21) 790; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 20) 847; Bekri, (n 23) 58.

⁵³ Alman CK’da 1998 yılında yapılan değişikliklerle daha önceleri suç tipinde bulunan zilyetlik şartı kaldırılarak üçüncü kişiler de bu kapsama alınmış ve böylece m. 246, f. 1 özgü suç niteliğinden çıkarılmıştır. *Leipziger Kommentar Band 13*, (n 20) 267; Wessels, Hillenkamp und Schuhr, (n 20) 165 kn 317; Fischer, (n 20) 1855 kn 1; Rengier (n 20) 121 kn 34.

⁵⁴ Elvan Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik” (2006) 65 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 80; Fischer, (n 20) 1861 kn 22; Meraklı, (n 23) 1702-1703; Bekri, (n 23) 58-59; Demirel, (n 52) 119.

⁵⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, (n 20) 847.

⁵⁶ Alman doktrininde, Alman CK m. 246, f. 2’deki özel niteliği taşımayanların, Alman Ceza Kanunu m. 28, f. 2’deki bağlılık kuralı uyarınca, ikinci fıkra hükmüne göre cezalandırılmayacakları; bununla beraber suçun temel şekli olan m. 246, f. 1 uyarınca cezalandırılacakları ifade edilmektedir. Wessels, Hillenkamp und Schuhr, (n 20) 169 kn 323; Wessels und Hillenkamp, (n 24) 150 kn 297.

⁵⁷ İnceoğlu, (n 22) 47.

⁵⁸ Savaş Tek, *Zilyetliğin Uzak Hukuki Temellerinin Meralık Vafına Etikisi* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009) 21.

⁵⁹ Tek, (n 58) 17.



eşyayı başkasına satması halinde hırsızlık suçu oluşacaktır⁶⁰. Tamamen zilyetliğin özel hukuktaki niteliğine odaklanarak yapılan bu tespit, suç tiplerinin tüm unsurları göz önüne alındığında her zaman doğru sonuç vermeyebilir. Şöyle ki; suçun konusu üzerinde ortak zilyetliğin bulunduğu durumlarda mülkiyetin kime ait olduğuna göre hareket etmek gerekir. Kanaatimizce, bu tip durumlarda ceza hukuku bakımından varılacak sonuç, eşyanın mülkiyetinin kime ait olduğuna göre değişkenlik arz eder.

Birinci ihtimal, ortak zilyetlerin aynı zamanda mal üzerinde ortak mülkiyet hakkına sahip olmalarıdır. Hem hırsızlık hem de güveni kötüye kullanma suçunun teknik anlamda malın sahibi tarafından işlenmesi mümkün olmadığından, bu ihtimalde, ortak zilyetliğin türü ne olursa olsun failin ceza hukuku sorumluluğuna gidilemez. Zarara uğrayan zilyet (aynı zamanda malik) zararını, hukuka aykırı işlemi yapan diğer zilyetten özel hukuk hükümlerince talep etmelidir. Buna karşılık ortak zilyetlerden biri malik olmasına rağmen diğer zilyet malik konumunda olmayabilir. Bu ikinci ihtimalde; malik durumunda bulunan zilyedin diğer zilyedin rızası hilafına gerçekleştirdiği fiiller, ortak zilyetliğin niteliği ne olursa olsun her iki suçu da oluşturmaz. Çünkü hem hırsızlık hem de güveni kötüye kullanma suçunun faili malik olamaz. Bununla beraber böyle bir ihtimalde; malik konumunda bulunmayan zilyedin gerçekleştirmiş olduğu fiil, ortak zilyetliğin niteliğine göre farklı suç tiplerini oluşturur. Şöyle ki; malik olan zilyet ile malik olmayan zilyet arasında "*müşterek zilyetlik*" söz konusuysa, malik olmayan zilyet tarafından gerçekleştirilen fiiller "*güveni kötüye kullanma*" suçunu oluşturur. Kişiler arasında "*iştirak halinde zilyetlik*" söz konusuysa malik konumunda olmayan zilyedin fiili "*hırsızlık*" suçunu oluşturur. Çünkü "*müşterek zilyet*" mal üzerinde tek başına zilyetliğin yetkilerini kullanabilirken, "*iştirak halinde zilyetlikte*" diğer zilyedin onayı olmadan bu yetkiler tek başına kullanılamaz.

Hakeza ortak zilyetlik hallerinde üçüncü bir ihtimal, ortak zilyetlerin her ikisinin de malik konumunda olmamasıdır. Bir başka ifadeyle, suçun konusu mal üzerinde zilyetlerin dışında üçüncü bir kişi malik olabilir. Ortak zilyetliğin türüne ilişkin yukarıda bahsettiğimiz ayırım, özellikle bu ihtimalde önem arz etmektedir. Şöyle ki; "*müşterek zilyetlikte*" zilyetlerden birinin mal üzerinde devir amacı dışında tasarrufta bulunması halinde, diğer zilyede karşı *hırsızlık* suçu oluşmayacak ancak malike karşı *güveni kötüye kullanma* suçu oluşacaktır. Böyle bir durumda müşterek zilyetler, ortak suç işleme kararına istinaden eşya üzerinde devir amacı dışında tasarrufta bulunursa, güveni kötüye kullanma suçundan "*müşterek fail*" olarak sorumlu olacaklardır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Böyle bir ihtimalde oluşan güveni kötüye kullanma suçunun mağduru suç fiiline iştirak etmemiş müşterek zilyet değil, maliktir. Suça iştirak etmeyen diğer müşterek zilyet, güveni kötüye kullanma suçu bakımından ancak "*suçtan zarar gören*" olabilir. Buna karşılık, üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunan mal üzerinde "*iştirak*

⁶⁰ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (24. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022) 328; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (n 40) 131.

halinde zilyetlerden” biri malın devir amacı dışında tasarrufta bulunursa; diğer zilyede karşı *hırsızlık* suçu oluşacak iken, malike karşı *güveni kötüye kullanma* suçu oluşur. Çünkü hırsızlık suçuyla hem zilyetlik hem mülkiyet korunmakta iken, güveni kötüye kullanma suçuyla yalnızca mülkiyet korunmaktadır. Bu ihtimalde, hukuki anlamda tek fiilin varlığı kabul ediliyorsa, her iki suç arasında farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacak; iki ayrı fiilin varlığı kabul ediliyorsa, gerçek içtima hükümlerince her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırma yoluna gidilecektir.

Doktrinde maliklerin de suçun faili olabileceğine ilişkin görüşler bulunmakla beraber⁶¹, kanaatimizce bu mümkün değildir. Mülkiyet hakkı; malik olunan eşya üzerinde kullanma, tüketme, yok etme, elden çıkarma ve tasarruf işlemlerine konu etme gibi bütün yetkileri içerisinde barındırması nedeniyle bir eşya üzerinde kurulabilecek en geniş ayni haktır⁶². Bu durum TMK m. 683’te şu şekilde ifade edilmiştir: *“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir”* (usus, fructus, abusus)⁶³. Bu nedenle malın mülkiyetini elinde bulunduran kimse, yani malik bu suçun faili olamaz⁶⁴. Kaldı ki suçun kanuni tanımının yapıldığı TCK m. 155’te; *“başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal”* ibaresi kullanıldığından, malikin suçun faili olması tipiklik açısından da mümkün görünmemektedir⁶⁵. Örneğin, aracını uzun süreli olarak bir başkasına kiraya veren malik, henüz kira sözleşmesi bitmeden aracını kiralayandan birkaç günlüğüne ödünç almış ve bu esnada aracı üçüncü bir kişiye satmıştır. Kanaatimizce, bu olayda güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz⁶⁶. Buradaki uyuşmazlık ceza hukukunun değil ancak özel hukukun konusunu oluşturabilir. Kaldı ki bu konuya ilişkin olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK), *kiralananın el değiştirmesi durumunda yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağı* açıkça ifade edilmiştir⁶⁷. Bu nedenle kiralayan, uğradığı zararları özel hukuk hükümlerince malikten tazmin edebilir. Hakeza bu tip durumlarda kiralayan, araç üzerinde kendi lehine yeniden bir zilyetlik tesis edilmesini yeni malikten talep edebilir. Sonuç olarak, bu tip durumlarda ortaya çıkan uyuşmazlık, tamamen özel hukuku ilgilendirmektedir.

⁶¹ Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, (n 4) 723; Meraklı, (n 23) 1682.

⁶² Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020) 31; Cem Baygın ve Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri I* (3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022) 133; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (n 40) 19; Özlük, (n 40) 141; Akçaal, (n 45) 104.

⁶³ Dieter Lösch, “Die ‘Theorie’ der Property Rights” 63 (12) in: (Wirtschaftsdienst, Verlag Weltarchiv, Hamburg) 624.

⁶⁴ İnceoğlu, (n 22) 46.

⁶⁵ Benzer yönde görüşler için bkz. Dursun, (n 21) 15; Şahin, (n 23) 153; Çınar, (n 23) 316.

⁶⁶ Bu durumda güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağı ve malikin suçun faili olacağı yönündeki görüş için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 23) 723.

⁶⁷ TBK m. 310: *“Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur”*.



Doktrinde, elbirliği ya da paylı mülkiyet sahiplerinin de suçun faili olabileceği savunulmaktadır⁶⁸. Esasında bu teorik yaklaşım, mülkiyet hakkının kapsamı göz önüne alındığında, ilk başta isabetli görünmektedir⁶⁹. Çünkü elbirliğiyle ya da paylı mülkiyet sahibi kimseler, diğer paydaşların rızası olmadan mal üzerinde tek başına tasarruf etme yetkisini haiz değildir⁷⁰. TMK m. 692'de; "*paylı mülkiyet halinde malın tamamını kapsayan tasarruf işlemlerinin, aksi kararlaştırılmadığı sürece, tüm paydaşların kabulüne bağlı olduğu*" ifade edilmiştir⁷¹. Bu durum, benzer şekilde elbirliğiyle mülkiyet bakımından da geçerlidir⁷². TMK m. 702, f. 2'de; "*elbirliğiyle mülkiyete konu mallar üzerinde tasarruf işlemlerinin ancak oybirliği ile yapılabilceği*" açıkça düzenlenmiştir⁷³. Bu iki kanuni hükümden, *paylı* veya *elbirliğiyle* mülkiyet sahibi kişilerin, tek başlarına, malın tamamı üzerinde tasarruf yetkilerinin olmadığı sonucu çıkarılmaktadır. Dolayısıyla, paylı veya elbirliğiyle mülkiyet hakkına sahip kişilerin suçun faili olabilmesi, teorik açıdan mümkün görünmektedir. Ancak güveni kötüye kullanma suçunun kanuni tanımında "**başkasına ait olup da**" ifadesi kullanıldığından, elbirliğiyle ya da paylı mülkiyet sahiplerinin suçun faili olamayacağını kabul etmek gerekir⁷⁴. Aksi yönde bir yorum, ceza normlarının dar yorumlanması ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi ceza sorumluluğunun yorum yoluyla genişletilmesini de doğuracaktır⁷⁵. Sonuç olarak; paylı ya da elbirliğiyle mülkiyet hakkına sahip kimselerin güveni kötüye kullanma suçunun faili olabilmesi teorik açıdan mümkün ise de TCK m. 155'teki suç formülasyonu dikkate alındığında, suçun konusuna paylı ya da elbirliğiyle malik olanların suçun faili olamayacağını kabul etmek gerekir⁷⁶. Bu tip durumlarda, suçun konusu üzerinde mülkiyet hakkı

⁶⁸ Şahin, (n 23) 153-154; Meraklı, (n 23) 1672; Çınar, (n 23) 317 vd.

⁶⁹ Dursun, (n 21) 15.

⁷⁰ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, (n 60) 371.

⁷¹ TMK m. 692:

"Paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır. Paylar üzerinde taşınmaz rehni veya taşınmaz yükü kurulmuşsa, paydaşlar malın tamamını benzer haklarla kayıtlamayazlar".

⁷² Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, (n 60) 399.

⁷³ TMK m. 702/2:

"Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir".

⁷⁴ İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar* (Seçkin Yayınevi, Ankara 2002) 73; Koca ve Üzülmüş, (n 21) 790; Bekri (n 23) 60.

⁷⁵ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (ETCK) bulunan madde metni bakımından da benzer tartışmalara rastlanmaktadır: bkz. Dursun, (n 21) 23-24.

⁷⁶ Esasında varmış olduğumuz bu sonuç, TCK m. 155'in gerekçesinde de açıkça vurgulanmıştır. "*Bu nedenle, müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olan mallarla ilgili olarak, müşterek veya iştirak halinde malik olanlar birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işleyemezler.*" TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı: 664, Sayfa: 562.

bulunanlar, diğ er tarafın fiili nedeniyle uğ radıkları zararı özel hukuk aracılığıyla tazmin etmelidir.

Hakeza ulaştığımız bu sonuca, 5237 sayılı TCK’nın hırsızlık suçuna ilişkin düzenlemelerinden yola çıkılarak da varmak mümkündür. Şöyle ki, TCK m. 144’te; “*Hırsızlık suçunun; paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde*” işlenmesi açıkça cezayı azaltan bir nitelikli unsur olarak düzenlendiği halde güveni kötüye kullanma suçu bakımından böyle bir düzenlenmeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce bu yaklaşım, suç siyaseti açısından bilinçli bir tercih olup gerek paylı gerekse elbirliğiyle eşyaya malik olan kişilerin güveni kötüye kullanma suçunun faili olmayacağına yönelik iradeyi yansıtmaktadır. Kanun koyucunun aksi yönde bir iradesi olsaydı, hırsızlık suçuna ilişkin m. 144 düzenlemesinin bir benzerini güveni kötüye kullanma suçu bakımından da yapması gerekirdi. Suçun fail unsuruna ilişkin şimdiye kadar ortaya koyduğumuz gerekçe ve tespitler, kanun koyucunun, suçun konusu üzerinde gerçekleştirilen her türlü eylemi ceza hukuku alanına dahil etmek istemediğinin bir göstergesidir. Bu durum, aynı zamanda *ceza hukukunun son çare olmasının* da bir gereğidir ve isabetli görünmektedir.

TCK m. 155, f. 2’de, failin özel bir konumda bulunması güveni kötüye kullanma suçu bakımından cezayı artıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Buna göre; “*suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi*” cezanın artırılmasını gerektirmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu nitelikli unsurun uygulanması için, failin suçun konusu mal üzerinde *malik sıfatına sahip olmamasıdır*. Bu; nitelikli unsurun temel suç tipindeki tüm unsurları taşıması gerekliliğinin doğal bir sonucu olduğu gibi, düzenlemenin kanuni tipinden de açıkça çıkarılabilmektedir. Çünkü ikinci fıkra düzenlemesinde; “*başkasının mallarını idare etmek yetkisi*” ibaresi yer almaktadır. Bu nedenle, kendisine yetki verilen kişi mallar bakımından paylı ya da elbirliğiyle malik konumundaysa güveni kötüye kullanma suçundan bahsedilemez. Bu tip durumlarda, eğer başka suçlar söz konusu değilse (hırsızlık, dolandırıcılık ya da belgede sahtecilik gibi), zarara uğrayan malik zararını özel hukuk hükümlerince tazmin etmelidir.

Doktrinde, “*anonim şirkette pay sahibi olan yönetim kurulu üyesinin şirket malları üstünde müşterek malik olmasının güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulmasına engel teşkil etmediği*” ifade edilmektedir⁷⁷. Bu tespitin sonucu doğru olmasına rağmen gerekçesi isabetli değildir. Sonuç doğrudur; çünkü anonim şirkette pay sahibi olan yönetim kurulu üyesi, bu suçun faili olabilir. Ancak gerekçe yanlıştır; çünkü anonim şirketlerin ayrı bir tüzel kişiliği bulunduğundan, mallar üzerindeki mülkiyet şirket ortaklarının şahsına değil, bizzat şirket tüzel kişiliğine

⁷⁷ Çınar, (n 23) 318.



aittir⁷⁸. Bu sebeple bir kimse şirkette pay sahibi olsa dahi şirket malları üzerinde şahsi mülkiyet hakkına sahip değildir. Bununla beraber bir şirket yöneticisi veya ortağına, şirketin yetkili organları tarafından şirket malları üzerinde tasarruf yetkisi verilmiş olabilir. Böyle bir yetkinin dışına çıkarak şirket malları üzerinde tasarruf işlemi yapan şirket ortağı veya yöneticisi, elbette suçun faili olabilecektir. Bu ihtimalde, TCK m. 155, f. 2’de düzenlenen nitelikli unsurun oluşacağını da gözden kaçırmamak gerekir.

C. Suçun Mağduru

Suçun mağduru, suçun konusunun ait olduğu gerçek kişi ya da kişilerdir⁷⁹. Doktrinde “suçun pasif süjesi” olarak da ifade edilen mağdur, tıpkı fail gibi her suçta mutlaka bulunması gereken bir maddi unsurdur⁸⁰. Bir diğer tanıma göre suçun mağduru, norm tarafından korunan ve suçun işlenmesiyle ihlal edilen hukuki değerinin sahibi veya hamilidir⁸¹.

Doktrindeki bir yaklaşım, güveni kötüye kullanma suçunun mağduru, aralarındaki sözleşme nedeniyle maliki veya zilyedi olduğu malı faile devreden ve suç nedeniyle güveni sarsılan kişi kabul etmektedir⁸². Bu yaklaşıma göre, suçun konusunu oluşturan malın zilyetliğinin bizzat malik tarafından faile devredildiği durumlarda mağdur malik; suçun konusunun malik tarafından değil de zilyet tarafından faile devredildiği durumlarda malı devreden zilyet mağdur, malik ise suçtan zarar gören olacaktır⁸³. İştirak etmediğimiz bu görüş, her şeyden önce zilyetlik kavramını yanlış yorumlamaktadır. Şöyle ki; eşya malik tarafından başka bir kişiye teslim edildiğinde bu kişi hukuken “zilyet” konumundadır. Zilyetliği devralan bu kimse, malikten aldığı malı, iradi olarak üçüncü bir kişiye devrettiği takdirde artık mal üzerindeki zilyetliği sona erecektir. Dolayısıyla, malı eski zilyetten alan yeni zilyedin mal üzerinde tasarruf işlemlerinde bulunması halinde malike karşı güveni kötüye kullanma suçu işlenmiş olacaktır. Bu yaklaşımda suçun mağduru olarak kabul edilen malı devreden kişi, suç fiilinin gerçekleştiği sırada hukuken zaten “zilyet” değildir. Dolayısıyla fiil işlendiği sırada zaten “zilyet” konumunda bulunmayan kişinin mağdur olduğunu söylemek isabetli değildir.⁸⁴

⁷⁸ İnceoğlu, (n 22) 47.

⁷⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, (n 3) 383-384.

⁸⁰ Toroslu, (n 6) 104.

⁸¹ Toroslu, (n 6) 105.

⁸² Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 23) 724; Koca ve Üzülmöz, (n 21) 791.

⁸³ Koca ve Üzülmöz, (n 21) 791; Şahin, (n 23) 155; Şişman ve Sarsıkoğlu, (n 52) 170.

⁸⁴ Suçla korunan hukuki değer kapsamında bahsettiğimiz örnek olayda, postacı tarafından sekretere bırakılan gönderi, sekreter tarafından imha edilir ve alıcıya teslim edilmez. Örnek için bkz. Meraklı, (n 23) 1677.

Kanaatimizce, bu örnekte postacının mağdur olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Burada suçun mağduru malik, yani gönderinin sahibi olan kişidir. Eğer söz konusu olay nedeniyle posta şirketinin veya postacının tazminat sorumluluğu doğacaksa, bu kimseler ancak “suçtan zarar gören”

Bu ihtimaldeki yeni zilyet, eski zilyetle aralarındaki hukuki ilişkinin dışına çıkarak mal üzerinde bir takım iş ve işlemler yapmış olabilir. Bu işlemler bir “*tasarruf işlemi*” niteliğinde ise, malike karşı güveni kötüye kullanma suçu oluşur. Eski zilyet bu durumda yalnızca güveni kötüye kullanma suçundan “*zarar gören*” olabilir. Bununla beraber yeni zilyedin, eski zilyetle aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak yaptığı işlemler bir “*tasarruf işlemi*” değilse güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Bu durum salt bir sözleşmeye aykırılık oluşturacağından özel hukukun ilgi alanına girmektedir.

Örneğin, A, maliki olduğu traktörü yalnızca buldukları ilçe sınırları içerisinde ve bizzat kullanması kaydıyla B’ye kiralamıştır. B ise traktörü alt kira sözleşmesiyle C’ye kiralayıp teslim etmiştir. C ise traktörü bir başkasına satmış ve teslim etmiştir. Bu örnekte güveni kötüye kullanma suçu oluşmuştur. Suçun faili önceki zilyet B değil son zilyet C, mağduru ise malik A’dır. Bu olayda, suç fiili gerçekleştiği sırada “*zilyet*” olduğundan C faildir. Dikkat edilmelidir ki B, aracı C’ye devrettiği anda zaten zilyetliği sona ermiştir. Dolayısıyla bu tip olaylarda B’nin (eski zilyet) de mağdur olduğundan yola çıkarak “*zilyetlerin*” güveni kötüye kullanma suçunda mağdur olabileceğini savunmak hukuken mümkün değildir. Çünkü, her şeyden önce, suç fiilinin icrası sırasında B zaten zilyet konumunda değildir. Burada B suçtan maddi ya da manevi bir zarar görmüşse ancak davaya “*zarar gören*” sıfatıyla katılabilir.

Sonuç olarak; bu tip durumlarda, suç fiilinin gerçekleştiği sırada iki değil tek bir zilyet vardır, o da zaten suçun failidir. Dolayısıyla, “*zilyetlerin de suçun mağduru olabileceği*” yönündeki bu yaklaşım, kendi içerisinde çelişkilidir. Bu hatalı yaklaşımın, güveni kötüye kullanma suçuyla korunan hukuki değer in yalnızca mülkiyet değil, aynı zamanda zilyetlik de olduğunu savunmanın doğal bir sonucu olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz üzere, güveni kötüye kullanma suçuyla korunan hukuki değer in yalnızca mülkiyet olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle suçun mağduru yalnızca malik(ler) olabilir⁸⁵. Malın önceki meşru zilyetleri ise mağdur değil⁸⁶ ancak suçtan zarar gören konumunda olabilir⁸⁷. Alman doktrininde haklı bir şekilde, mal üzerinde *intifa veya rehin hakkı* bulunanların dahi suçun mağduru olamayacağı, yalnızca maliklerin suçun mağduru olabileceği vurgulanmaktadır⁸⁸. Dolayısıyla intifa veya rehin gibi aynı hak sahiplerinin dahi korunmadığı bir suç tipiyle eski zilyetlerin korunduğunu söylemek mümkün değildir.

sıfatıyla davaya katılabilirler. Benzer şekilde kargo görevlileri de bu suçun mağduru olamaz; şartları oluşursa ancak suçtan zarar gören olabilir. Bkz. İnceoğlu, (n 22) 48.

⁸⁵ Fischer, (n 20) 1855 kn 2.

⁸⁶ *Münchener Kommentar StGB*, (n 20) § 246 Unterschlagung kn 2.

⁸⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, (n 20) 847.

⁸⁸ *Leipziger Kommentar Band 13*, (n 20) 244.

D. Suçun Fiil Unsuru

Güveni kötüye kullanma suçunun fiil unsuru TCK m. 155’te; **“zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak veya bu devir olgusunu inkâr etmek”** şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere güveni kötüye kullanma, seçimlik hareketli bir suçtur⁸⁹. Devir olgusunu inkâr etmek; zilyetliği devralınan eşyanın kendisine hiç verilmediğinin iddia edilmesi veya teslim amacının gizlenmesi şeklinde tezahür edebilir⁹⁰. Örneğin; aslında kendisine kiralandan ya da ödünç verilen malı satın aldığı, bu malın kendisine bağış olarak verildiğini söylemek **“devir olgusunu inkâr etmek”** seçimlik hareketini oluşturacaktır.

Güveni kötüye kullanma suçunun seçimlik hareketlerinden ikincisini ise **“zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak”** oluşturmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçu, esasında, öncesinde yapılan bir sözleşmeye dayanmaktadır⁹¹. Bu sözleşme, niteliği itibarıyla kira, ariyet, ödünç, borç veya karma nitelikte olabilir⁹². Yapılan sözleşme uyarınca, malik suçun konusu malı belirli bir amaç dahilinde zilyedine devretmekte; ancak zilyet devir amacı dışına çıkarak **“tasarrufta bulunmaktadır”**.

Tam bu noktada, suçun kanuni tanımında yer alan **“tasarrufta bulunmak”** kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Şöyle ki, tasarruf işlemi özel hukukta karşılığı olan, teknik bir kavramdır. Dolayısıyla TCK m. 155’te yer alan **tasarrufta bulunmak** ibaresi, özel hukuktaki teknik anlamıyla mı, yoksa günlük dildeki anlamıyla mı yorumlanmalıdır? Basit gibi görünen bu sorunun cevabı, somut uyuşmazlığın çözümünü doğrudan etkileyecektir. Örneğin, kiraya verilmesi için emlakçıya bırakılan konutun, ev sahibinden habersiz bir şekilde bizzat emlakçı tarafından kullanılması suç oluşturacak mıdır? Bu tip durumlarda ilgililerin cezai sorumluluklarının bulunup bulunmadığı, güveni kötüye kullanma suçunun kanuni tanımında geçen **“tasarrufta bulunmak”** ibaresinden ne anlaşılacağına göre değişkenlik gösterecektir. Bu gerekçelerle, **tasarruf** kavramı üzerinde ayrıntılı olarak durmak gerekir. Çalışmamızın temel motivasyon kaynaklarından birini oluşturan bu tartışmayı ayrı bir başlık altında yapmak gerekir.

III. SUÇUN FİİL UNSURU BAKIMINDAN “TASARRUF İŞLEMİ” VE KAPSAMI

Güveni kötüye kullanma suçunun seçimlik hareketlerinden birini oluşturan **“zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak”** kavramından ne anlaşılacağı uygulama ve doktrinde tartışmalıdır. Suç tipiyle **“zilyetliğin devri amacı dışındaki her türlü hukuki işlem ya da fiilin”** mi cezalandırıldığı, yoksa sadece **“belirli nitelik ve nicelikteki işlem ve fiillerin mi cezalandırıldığı”** önemli bir hukuki soruna işaret

⁸⁹ Koca ve Üzülmüş, (n 21) 796; Çınar, (n 23) 23.

⁹⁰ Koca ve Üzülmüş, (n 21) 798.

⁹¹ Fischer, (n 20) 1861 kn 17.

⁹² Kindhäuser, *Nomos Kommentar* (n 20) 983 kn 45; Fischer, (n 20) 1861 kn 17.

etmektedir. Bu hukuki sorunun çözümü, suç tipinin kanuni tanımında kullanılan “*tasarrufta bulunmak*” ifadesinin anlamının ortaya konulmasıyla mümkün olacaktır. Çünkü “*tasarruf*” kavramı hem günlük dilde geniş bir anlamda hem de özel hukukta daha dar ve teknik anlamda kullanılmaktadır. Kanaatimizce; suçun kanuni tanımındaki “*tasarruf*” kelimesinin anlamı tespit edilirken öncelikle lafzi yoruma başvurulmalıdır. Buna ek olarak, suç tipinin koruduğu hukuki değer ve suçun diğer maddi unsurlarıyla birlikte kavramın “*sistematik yorumundan*” faydalanılması, söz konusu hukuki tartışmanın isabetli bir şekilde sonuçlanmasına zemin hazırlayacaktır.

A. Tasarruf İşleminin Kelime Anlamı ve Özel Hukuktaki Yeri

“*Tasarruf etmek*” Türk dilinde; “*bir malın sahibi olmak, onu istediği gibi kullanmak; bir şeyi dikkatli ve idareli kullanmak, para biriktirmek, kısmak*” anlamlarına gelmektedir⁹³. İnceleme konumuz “*Güveni Kötüye Kullanmanın*” malvarlığına karşı bir suç tipi olduğu düşünüldüğünde, “*tasarruf*” kavramının sözlükteki “*bir malın sahibi olmak, onu istediği gibi kullanmak*” anlamları üzerinde durmak gerekir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere “*tasarruf*” kavramı, mülkiyet hakkıyla doğrudan bir bağlantı içerisindedir.

Özel hukuk tarafına bakıldığında ise *tasarrufta bulunmak*, “*bir tasarruf işlemi yapmak*” şeklinde anlaşılmaktadır. Buna karşılık tasarruf işleminin doğrudan bir kanuni tanımı bulunmamaktadır. Bu nedenle kavramın içeriği doktrin tarafından doldurulmaktadır. Tasarruf işleminin özel hukukta teknik bir karşılığı, anlamı ve sınırları vardır. Buna göre “*tasarruf işlemi*”; “*eksiltici-kazandırıcı işlemler*” ayırımında kazandırıcı işlem başlığı altında, “*borçlandırıcı(taahhüt) işlem-tasarruf işlemi*” ayırımında yer almaktadır⁹⁴. Görüldüğü üzere özel hukukta kazandırıcı işlemler, kendi içerisinde “*taahhüt ve tasarruf işlemi*” şeklinde ikili bir tasnife tabi tutulmaktadır. *Taahhüt* ve *tasarruf* farklı iki işlem türünü oluşturmakla beraber aynı zamanda çok yakın bir ilişki içerisindedir. Öyle ki doktrinde, ne tasarruf işleminin taahhüt işlemi olmadan ne de taahhüt işleminin tasarruf işlemi olmadan açıklanmasının mümkün olmayacağı vurgulanmaktadır⁹⁵.

Özel hukukta yapılan bu ayırmda “*borçlandırıcı işlemler*”; “*borç ilişkisine taraf olanlardan en az birini borç altına sokan, onu belirli bir davranışta bulunmaya zorlayan, borç ilişkisinin konusunu(edimi) ifa etmeyi öngören işlemler*” şeklinde tanımlanmaktadır⁹⁶. Buna karşılık çalışmamızın da konusunu oluşturan “*tasarruf*

⁹³ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> , siteye erişim tarihi: 29.11.2024.

⁹⁴ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (Doktora Tezi, İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013)2; İpek Sevdâ Söğüt, “Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları” (2020) 69(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 764-765.

⁹⁵ Hamamcıoğlu, (n 94) 6.

⁹⁶ Söğüt, (n 94) 766.



işlemi”;⁹⁷ “bir hakkı ve hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren ya da ortadan kaldıran işlemlerdir”⁹⁸. Tasarruf işlemlerinin en önemli ayırıcı özelliklerinden biri, kişinin malvarlığı aktiflerini azaltmasıdır⁹⁹. Bu kapsamda *tasarruf işlemi*, işlemi yapan kişiye ait bir hakkın varlık veya içeriğini bir başkası lehine kesin ve doğrudan değiştirir¹⁰⁰. Hangi işlemlerin tasarruf işlemi olduğu ise hukuk düzeni tarafından tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiş olup, bu işlemler sınırlı sayı ilkesine tabidir (*numerus clausus*)¹⁰¹. Tasarruf işlemleri, kendini genellikle eşya hukuku alanında göstermektedir. Örneğin; taşınır ve taşınmaz mülkiyet devri, eşya üzerinde sınırlı ayni hakların (rehin, irtifak gibi) kurulması ya da var olan mülkiyet hakkından feragat edilmesi, birer tasarruf işlemidir¹⁰².

Tam bu noktada; bir eşyayı yok eden, maddi-fiziki yapısına zarar veren, bozan, değiştiren veya kullanılamaz hale getiren fiillerin, güveni kötüye kullanma kapsamında “bir tasarruf işlemi” olarak kabul edilip edilemeyeceğini tartışmak gerekir. 765 sayılı TCK’da, 5237 sayılı TCK’dan farklı olarak, güveni kötüye kullanma suçunun fiil unsurları tek tek sayılmıştır. ETCK’daki düzenlemeye göre güveni kötüye kullanma suçu; *satmak, rehin etmek, sarf ve istihlak etmek (tüketmek), ketim ve inkâr eylemek (devir olgusunu reddetmek), tahvil (değiştirmek/dönüştürmek) ve tağyir (bozmak)* seçimlik fiillerinden biriyle işlenebilmektedir. Doktrinde, ETCK’daki bu düzenlemeden esinlenilerek, meşru zilyedin devir amacına dışına çıkarak malı tüketmesi, değiştirmesi ya da bozmasının güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı ifade edilmektedir¹⁰³. Buna karşılık özel hukuk doktrininde, “*tasarruf işlemlerinin*” hukuki bir işlem niteliğinde olduğu ve bu nedenle eşyanın dış görünüşünün, fiziki durumunun değiştirilmesinin teknik manada bir *tasarruf işlemi* olmadığı da savunulmaktadır¹⁰⁴.

Kanaatimizce; bir eşyanın maddi-fiziki yapısının değiştirilmesi, bozulması ya da tüketilmesi dar anlamda bir tasarruf işlemi olmasa da geniş anlamda birer “*tasarruf işlemi/fili*” olarak nitelendirilebilir. Çünkü mülkiyet hakkının verdiği üç temel yetkiden biri olan “*abusus*”, o malı tüketmeyi hatta yok etmeyi de içerir¹⁰⁵.

⁹⁷ Doktrinde “geniş anlamda tasarruf işlemi” ve “dar anlamda tasarruf işlemi” ayrımı yapılmaktadır: bkz. Hamamcıoğlu, (n 94) 6. Bu ayrım göz önüne alındığında, iş bu çalışmamızda tasarruf işlemi kavramıyla dar anlamda tasarruf işlemine işaret edildiğini belirtmek gerekir.

⁹⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2024) 179; Baygın ve Nar, (n 62) 166-167; Hamamcıoğlu, (n 94) 1.

⁹⁹ Baygın ve Nar, (n 62) 167.

¹⁰⁰ Eren, (n 98) 179.

¹⁰¹ Eren, (n 98) 183; Akçaal, (n 45) 15.

¹⁰² Eren, (n 98) 180.

¹⁰³ İnceoğlu, (n 22) 61.

¹⁰⁴ Eren, (n 98) 180.

¹⁰⁵ Elvan Sütken, “Roma Mülkiyetinde Mancipatio’nun Yeri ve Önemi” (2016) 27(7) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 471 dipnot 9.

Güveni kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK m. 155'te; "*tasarruf işlemi yapmak, tasarruf işleminde bulunmak*" değil "*tasarrufta bulunmak*" ibaresi tercih edildiğine göre, eşyanın maddi-fiziki yapısını bozan veya yok eden fiillerin de suç tipi içerisinde mütalaa edilmesi mümkündür. Buna karşılık kanaatimiz; TCK m. 155'teki düzenlemenin tasarruf kavramının geniş anlamından ziyade dar anlamına yani "*tasarruf işleminde bulunmaya*" işaret ettiği yönündedir. Çünkü suçun konusunu oluşturan malın fiziki yapısına zarar verilmesi, zaten TCK m. 151'de düzenlenen "*mala zarar verme suçuyla*" güvence altına alınmıştır. Bu nedenle, meşru zilyet konumundaki kişinin malı tahrip etmesi ya da onun fiziki yapısına zarar vermesi veyahut malı tüketmesi hallerinde, devir olgusu inkâr edilmediği sürece güveni kötüye kullanma değil, mala zarar verme (TCK m. 151) suçu oluşur¹⁰⁶. Dolayısıyla, TCK m. 155'in kanuni tanımındaki "*tasarrufta bulunma*" ibaresinden, hukuki anlamda "*tasarruf işleminde bulunmanın*" anlaşılması gerekir.

Güveni kötüye kullanma suçu, düzenlenişi itibariyle bir sözleşmeye dayanır. Kural olarak bu sözleşmenin türü ve niteliğinin bir önemi yoktur¹⁰⁷. Yapılan sözleşme gereği malik malın zilyetliğini faile bırakır; fail (zilyet) ise zilyetliği kendisine bırakılan mal üzerinde aslında sadece malikin yapabileceği iş ve işlemler (*tasarruf işlemleri*) yaparak onun mülkiyet hakkını sınırlar ya da kullanılamaz hale getirir¹⁰⁸. Meşru zilyet tarafından, aralarındaki sözleşmeye aykırı şekilde yapılan bu iş ve işlemler; zilyetliği devredilen malı satma, rehin verme, tüketme, dönüştürme ya da yok etme şeklindeki tasarruf işlemlerinden biri olabilir¹⁰⁹. Ancak, yukarıda da vurguladığımız üzere, zilyedin yetkisini aşarak yapmış olduğu hukuki işlemler (mülkiyetin devri, rehin verme ya da üçüncü taraf lehine aynı bir hak tesis etme gibi) *güveni kötüye kullanma* suçunu oluştururken; malın fiziki-maddi yapısına yönelik fiiller ise (tüketme, dönüştürme, yok etme gibi...) *mala zarar verme* suçunu oluşturur.

Güveni kötüye kullanma suçunda, suçun konusunu oluşturan eşyayı elinde bulduran meşru zilyet, zilyetliğin dışına çıkarak herhangi bir yetkiyi değil, sadece maliklerin kullanabileceği yetkileri kullanmaktadır. Mülkiyet hakkının maliklere verdiği üç temel yetki söz konusudur: Kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve *tasarrufta bulunma (abusus)*¹¹⁰. Bir mala meşru sıfatla zilyet bulunan kişi, bu malın özüne zarar vermeden kullanabilir (usus) veya bundan yararlanabilir (fructus). Kullanma ve yararlanma fiilleri, kural olarak zilyetliğin hukuken doğal bir sonucu olduğundan; zilyedin malı kullanması veya maldan yararlanması halinde ceza sorumluluğuna gidilemez. Bu husus, TMK m. 993, f. 1'de açıkça vurgulanmıştır: "*İyiniyetle zilyedi bulunduğu şeyi, karineyle mevcut hakkına uygun şekilde*

¹⁰⁶ Mal üzerindeki kullanma ve tüketme fiillerinin de güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı yönündeki görüş için bkz. İnceoğlu, (n 22) 61; Sarsıkoğlu, (n 23) 44-45; Canpolat, (n 23) 52.

¹⁰⁷ Kindhäuser, *Nomos Kommentar* (n 20) 983 kn 45; Fischer, (n 20) 1861 kn 17.

¹⁰⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, (n 20) 846; Meraklı, (n 23) 1683-1684.

¹⁰⁹ Meraklı, (n 23) 1684.

¹¹⁰ Lösch, (n 63) 624; Kılıçoğlu, (n 41) 217.



kullanan veya ondan yararlanan zilyet, o şeyi geri vermekle yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir". Dolayısıyla bir mala emin sıfatıyla zilyet olan kişi, o mal üzerinde *kullanma (usus)* ve *faaydalanma (fructus)* yetkilerini haizdir¹¹¹. Zilyedin malikten farklı olarak mal üzerinde haiz olmadığı yetki, "*tasarrufta bulunmadır (abusus)*". Çünkü tasarrufta bulunma, kural olarak yalnızca malike ait bir yetkidir. Bu yetki ancak malik tarafından bir başkasına devredildiği takdirde üçüncü bir kişi tarafından kullanılabilir (malikin malı satması ya da bağışlaması için bir başkasına vekalet vermesi gibi). Bu nedenle kanun koyucu, zilyedin yetkilerini aşarak mal üzerinde tasarrufta bulunmasını güveni kötüye kullanma suçuyla koruma altına almıştır.

Güveni kötüye kullanma suçunun seçimlik hareketini oluşturan "*zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma*" özel hukuk perspektifiyle yorumlandığında, "*mal üzerinde ancak malikin bulunabileceği (hukuki) işlemler*" şeklinde anlaşılmalıdır¹¹². Dolayısıyla, bu suçun oluşumu için yalnızca malik tarafından yapılabilecek tasarruf işlemlerinin yapılması, bir başka ifadeyle, malikin mülkiyet hakkını sınırlayacak veya ortadan kaldıracak tasarruf işlemlerinin zilyet tarafından, aralarındaki sözleşmeye aykırı olarak yapılması gerekir. Aksi takdirde, malın zilyetliği kendisine hukuka uygun olarak devredilen kişinin sözleşmeye aykırılık oluşturan her türlü eyleminin ceza hukukunun konusu oluşturduğu kabul edilmiş olur ki; böyle bir kabul iş ve sosyal yaşamı çekilmez hale getirir.

Sonuç olarak; tasarruf işleminin özel hukuktaki anlamı dikkate alındığında, güveni kötüye kullanma suçundan bahsedebilmek için, failin mal üzerinde zilyetliğin kendisine verdiği yetkiler dışına çıkması tek başına yeterli değildir. Suçun oluşumu için, failin hem zilyetliğin devri amacı dışına çıkması hem de malikin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıyan işlemlerde bulunması gerekir. Eğer kanun koyucunun amacı "*zilyetliğin devrediliş amacına aykırı her türlü davranışı cezalandırmak*" olsaydı, suç tipinde "*zilyetliğin devri amacına aykırı hareket eden/davranan*" ibaresini kullanması yeterli olurdu. Kanun koyucunun suç tanımında özellikle "*tasarrufta bulunma*" ifadesini tercih etmesinin bir nedeni olmalıdır. Kanun koyucunun suç tanımındaki bu tercihi kanaatimizce bilinçlidir ve nedeni, kavramın özel hukuktaki teknik anlamına işaret edilmesidir. Tipiklikte işaret edilen kavramın özel hukuktaki teknik karşılığı ise "*tasarruf işlemidir*". Kısacası, her ne kadar kişiler arasındaki sözleşmeye aykırı nitelikte olsa da teknik anlamda tasarruf işlemi niteliğinde olmayan fiiller, *güveni kötüye kullanma* suçu kapsamında *mütalaa edilmemelidir*¹¹³.

B. Tasarruf İbaresinin Türk Ceza Kanunu'ndaki Kullanımları

Görüldüğü üzere "*tasarruf (işlemi)*" esasında bir özel hukuk kavramıdır. Bununla beraber tasarruf kavramının 5237 sayılı TCK'nın çeşitli düzenlemelerinde,

¹¹¹ Akipek, Akıntürk ve Ateş, (n 40) 120.

¹¹² Tezcan, Erdem ve Önok, (n 20) 856; Koca ve Üzülmez, (n 21) 797.

¹¹³ Meraklı, (n 23) 1677.

farklı anlamlar çıkarılmaya müsait şekilde kullanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla “tasarruf” ibaresinin TCK’da kullanıldığı yerlere ve anlamlarına göz atmak, güveni kötüye kullanma suçunun fiil unsurundaki “tasarruf” kavramının yorumlanması bakımından faydalı olacaktır.

“İlgilinin Rızası” hukuka uygunluk nedenini düzenleyen TCK m. 26, f. 2’de, “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir haktan” bahsedilmektedir. Madde gerekçesinde “tasarruf” kavramına ilişkin doğrudan bir açıklama yer almamaktadır. Bununla beraber maddenin lafzından “tasarruf etmenin”, “kullanmaya, karar vermeye” işaret ettiği anlaşılmaktadır. Ancak maddedeki “tasarruf” kavramının bir eşya ya da nesneye yönelik değil, bir “hakka” yönelik kullanıldığı gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK m. 155’teki tasarruf kavramıyla TCK m. 26, f. 2’deki “tasarruf” kavramı arasında doğrudan bir bağlantı kurmak doğru olmayacaktır. Buna karşılık “tasarruf kavramı”, TCK’nın özel hükümler kısmında, konusunu taşınır ve/veya taşınmaz malın oluşturduğu birçok suç tipinin temel ya da nitelikli halinde kullanılmıştır.

“Hakkı Olmayan Yere Tecavüz” suçunun düzenlendiği TCK m. 154, f. 2’de; “...taşınmaz malları kısmen veya tamamen zapt eden, bunlar üzerinde tasarrufta bulunan veya sürüp eken...” ibaresi yer almaktadır. “Zapt etmek, tasarrufta bulunmak ve sürüp ekmek” fiillerinin maddede birer seçimlik hareket olarak düzenlendiği göz önüne alındığında, “tasarrufta bulunmanın” “zorla almak/tutmak” ve “kullanmak” dışında bir anlamının olması gerekir. Çünkü Türkçede zapt etmek, “zorla almak veya tutmak”; sürüp ekmek ise “araziyi işleyerek (semerelelerinden) faydalanmak” anlamlarına gelmektedir¹¹⁴. Dolayısıyla mülkiyet hakkının sahibine eşya üzerinde sağladığı üç temel yetkiden ikisi olan kullanma (usus) ve faydalanma (fructus), suçun kanuni tanımında “zapt etmek” ve “ekip biçmek” kavramlarıyla ifade edilmiş görünmektedir. Bu bakımdan “Hakkı Olmayan Yere Tecavüz” suçunun düzenlendiği TCK m. 154, f. 2’deki “tasarrufta bulunmak” ibaresiyle kanun koyucunun, mülkiyet hakkının eşya üzerinde kişilere sağladığı üçüncü yetki olan “tasarrufta bulunmaya (abusus)” işaret ettiği kabul edilmelidir. Sonuç olarak; TCK m. 154, f. 2’deki “tasarrufta bulunmak” ibaresi, özel hukukta teknik anlamı olan “tasarruf işlemi” şeklinde kullanılmış görünmektedir.

“Kişilerin Malları Üzerinde Usulsüz Tasarruf” suçunu düzenleyen TCK m. 261’de; “zorla tasarrufta bulunan kamu görevlisi...” ibaresi kullanılmıştır. Madde gerekçesinde; “madde metninde, kamu görevlilerinin maddede gösterilen fiilleri icra suretiyle kişilerin taşınır veya taşınmaz malları üzerindeki tasarruf haklarını ortadan kaldırmaları veya sınırlandırmaları suç olarak tanımlanmaktadır”¹¹⁵ açıklamasına yer verilmiştir. Gerekçedeki bu açıklamalar dikkate alındığında, “tasarrufta bulunmak” ibaresi kanaatimizce, bu kanuni düzenlemede de özel hukuktaki teknik anlamına paralel olacak şekilde “tasarruf işlemi yapmaya (abusus)” işaret etmektedir.

¹¹⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, siteye erişim tarihi: 26.11.2024.

¹¹⁵ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı: 664, Sayfa: 658.



“**Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma**” suçunu düzenleyen TCK m. 289, f. 1’de; “*teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi...*” ifadesi kullanılmıştır. Madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere *muhafaza görevini kötüye kullanma*, esasında güveni kötüye kullanma ve görevi kötüye kullanma suçlarının birer özel görünüş biçimidir¹¹⁶. Madde gerekçesinde konuya ilişkin şu açıklamalara yer verilmiştir: “*Birinci fikraya göre, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunulması, bu suçu oluşturacaktır. Teslim amacı muhafaza olduğuna göre, suçun konusunu oluşturan malın örneğin satılması, başkasına verilmesi gibi, bu amaçla bağdaşmayan davranışlar, söz konusu suçun oluşumuna neden olacaktır*”¹¹⁷. Madde gerekçesinde “*tasarrufta bulunmaya*” örnek mukabilinde verilen işlemler; “*satmak*” ve “*başkasına vermektir*”. Örnek olarak verilen bu iki fiilin de teknik anlamda birer “*tasarruf işlemi*” olduğu görülmektedir.

“*Tasarruf*” ibaresi TCK’da sair suç tanımlarında da kullanılmıştır. Örneğin; “*Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf*” suçunu düzenleyen TCK m. 160, f. 1’de “*malik gibi tasarrufta bulunan...*”; “*Hileli İflas*” suçunu düzenleyen m. 161’de “*hileli tasarruflarda bulunan...*” ibareleri kullanılmıştır. Nihayetinde, çalışmamızın konusunu oluşturan “*Güveni Kötüye Kullanma*” suçunu düzenleyen TCK m. 155, f. 1’de, “*zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulun...*” ifadesi yer almaktadır. Ancak söz konusu bu kanuni düzenlemelerin gerekçelerinde tasarruf işleminin anlamına yönelik doğrudan veya dolaylı bir açıklama yer almamaktadır. Dolayısıyla bu suç tiplerinde kullanılan “*tasarruf*” kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiği yorum yoluyla ortaya konulacaktır.

C. Değerlendirme ve Görüşümüz

Tasarrufun Türk dilindeki kelime anlamı, özel hukuktaki karşılığı ve TCK’daki kullanımları birlikte değerlendirilerek suç tipindeki kullanımın neye işaret ettiği açıklığa kavuşturulabilir. Bu tespitin yapılması, salt teorik bir tartışmadan ibaret değildir. Suçun kanuni tanımında kullanılan “*tasarruf*” ibaresinden tam olarak ne anlaşılacağına ortaya konulması, ceza hukukundaki belirlilik ve dolayısıyla kanunilik ilkesi bakımından aynı zamanda bir zorunluluktur ve somut ceza adaletini doğrudan etkileyecek niteliktedir.

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK’nın aksine, güveni kötüye kullanma suçunun fiil unsuru kapsamına giren şeyleri tek tek somutlaştırarak saymak yerine “*devir olgusunu inkâr etmek*” veya “*zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak*” şeklinde daha genel kavramları tercih etmiştir. 5237 sayılı TCK’nın bu şekilde soyut ve genel nitelikte kavramları tercih etmesi, bu kavramların anlam ve sınırlarının ortaya konulması mecburiyetini de beraberinde getirmektedir. Aksi halde ceza hukukunun belirlilik ve dolayısıyla da kanunilik ilkeleri ihlal edilmiş olur. Esasında

¹¹⁶ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı: 664, Sayfa: 678.

¹¹⁷ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı: 664, Sayfa: 678.

bu yöndeki zorunluluk *çalışmamızın* temel motivasyon kaynağını oluşturmaktadır.

5237 sayılı TCK’da tek tek sayılmamasına rağmen 765 sayılı TCK’nın güveni kötüye kullanma suçunu düzenleyen 508. maddesinde, suç oluşturan fiiller tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiştir¹¹⁸. Eski kanundaki düzenlemeye göre tipikliği oluşturan fiiller; “*satmak, rehin etmek, sarf ve istihlak etmek (tüketmek), ketim ve inkâr eylemek (devir olgusunu reddetmek), tahvil (değiştirmek/dönüştürmek) ve tağyir (bozmak) etmektir*”. Doktrinde, yeni kanundaki “*tasarrufla bulunmak*” ifadesinin 765 sayılı TCK’da sayılan bu fiillerin hepsini kapsadığı ifade edilmesine rağmen kanaatimizce; bir malın “*sarf edilmesi (tüketilmesi), tahvil (değiştirmek) veya tağyir edilmesi (bozmak)*” güveni kötüye kullanma içerisinde mütalaa edilmemelidir¹¹⁹. Zilyetliği kendisine bırakılan malı bozan veya maddi yapısını değiştiren fiiller, diğer kanuni şartların da oluşması halinde, TCK m. 151’de düzenlenen mala zarar verme kapsamında mütalaa edilmelidir¹²⁰. Bu yönü itibariyle TCK m. 155 düzenlemesi tasarruf işleminin geniş anlamına değil, dar anlamına işaret etmektedir.

Bu kapsamda, meşru zilyedin mal üzerinde devrediliş amacı dışında gerçekleştirdiği her türlü davranışın güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağına altını bir kez daha *çizmek gerekir*. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklamaya çalıştığımız üzere, güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için zilyedin yaptığı işlemin mutlaka hukuki anlamda bir “*tasarruf işlemi*” olması gerekir. Zilyet mal üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında birtakım iş ve işlemler yapmış olmasına rağmen yapılan bu işlemler birer “*tasarruf işlemi*” olmadığı sürece güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz. Aksi bir iradesinin olması halinde kanun koyucunun, ETCK’da olduğu gibi suç fiillerini tek tek sayması ya da “*zilyetliğin devri amacı dışında kullanmak, hareket etmek*” veya “*zilyetliğin devri amacı dışına çıkararak kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak*” gibi formülasyonları tercih etmesi beklenirdi. Ancak kanun koyucu suç tanımında bu formülasyonları kullanmak yerine *özel hukukta* teknik bir anlamı olan “*tasarrufla bulunmayı*” tercih etmiştir ve dolayısıyla bu tercihin bir amacı olmalıdır.

Örneğin, “*kiralama*” **mülkiyeti sınırlayan bir işlem ve dolayısıyla teknik anlamda bir “tasarruf” işlemi** değildir¹²¹. Bu nedenle bir taşınmazı kiralayan kiracı, mülk

¹¹⁸ Mülga 765 sayılı TCK m. 508: “*Her kim başkasına ait olupta iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şeyi kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satar veya rehneder veya sarf ve istihlak eder yahut ketim ve inkâr eyleyeyahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikâyeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır*”.

¹¹⁹ Aksi yönde görüş için bkz. Meraklı, (n 23) 1700.

¹²⁰ Mala zarar verme suçuyla korunan hukuki değer de tıpkı güveni kötüye kullanma suçundaki gibi “*mülkiyettir*”. Erkan Sarıtaş, *Türk Ceza Hukuku’nda Mala Zarar Verme Suçu ve Kriminolojik Açıdan Vandalizm* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009) 50.

¹²¹ TCK m. 155’te yer alan “*tasarruf*” kelimesinin “*teknik anlamıyla*” anlaşılması yönündeki görüş için bkz. İnceoğlu, (n 22) 60.



sahibi ile arasındaki sözleşmeye aykırı olmasına rağmen taşınmazı bir alt kiracıya devretmiş olabilir. Veyahut kiracı; aslında konut olarak kullanmak üzere kiraladığı taşınması, mülk sahibiyle aralarındaki sözleşmeye aykırı olarak işyerine *çevirmiş olabilir*. Kanaatimizce, bu iki olayda da güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz¹²². Her iki *örnekte de* taraflar arasındaki uyumsuzluk tamamen özel hukuka ilişkindir.

Kısacası, aksi görüşler bulunmasına rağmen, malikin rızası hilafına olsa dahi malın zilyet tarafından alt kiraya verilmesi halinde güveni kötüye kullanma suçu oluşmaz¹²³. Hatta kiralanan bir malı, kira sözleşmesi sona ermesine rağmen malike geri vermeyen kişi dahi, devir olgusunu inkâr etmediği sürece, *güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulamaz*¹²⁴. Aksi halde kira sözleşmesi bitmesine rağmen taşınmazı tahliye etmeyen tüm kiracıların "*güveni kötüye kullanma*" suçundan cezalandırılması gerekirdi. Böyle bir uygulama ise ne teorik ne de pratik anlamda makul karşılanmayacaktır. Ezcümle, güveni kötüye kullanma suçuyla failin "*zilyetliğin devrediliş amacı dışındaki her türlü eylemi değil*", sadece "*zilyetliğin devrediliş amacı dışındaki tasarruf işlemleri*" cezalandırılmaktadır.

Elbette ki bu ve benzeri durumlarda, tasarruf işlemi olmaması nedeniyle tipik kabul edilemeyecek fiiller dolayısıyla malik zarara uğramış olabilir. Ancak malikin uğradığı bu zarar ceza hukukunun değil özel hukukun ilgi alanına girer. Dolayısıyla alt kiraya verme gibi fiiller, sözleşmeye aykırılık teşkil etse de güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Bu durum ancak tazminat hukukunun konusunu oluşturabilir. Aksinin kabulü halinde, günlük hayatta bir ev veya iş yerini alt kiraya veren, şehir içinde kullanmak için kiraladığı otomobille şehir dışına çıkan herkesin güveni kötüye kullanma suçunu işlediğini söylemek gerekir. Bu yaklaşım da güveni kötüye kullanma suçunun düzenlenme amacı ve koruduğu hukuki değerle bağdaşmaz. Güveni kötüye kullanma suçu, kişiler arasındaki sözleşmeye aykırı her davranışı değil; malikin mülkiyet hakkını ortadan kaldıran ya da sınırlandıran sözleşmeye aykırı davranışları yani "*sözleşmeye aykırı tasarruf işlemlerini*" cezalandırmaktadır.

Benzer şekilde, kendisine yalnızca tamir etmesi için bırakılan otomobili şahsi işleri için kullanan tamircinin fiili de bir tasarruf işlemi olmadığından güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz¹²⁵. Çünkü bir malı kullanma, kural olarak zilyedin yetkisi dahilindedir. Örnekteki tamirci de otomobil üzerinde "*emin sıfatıyla zilyet*" konumunda olduğuna göre, zilyetliği meşru olarak kendisine devredilen otomobili şahsen kullanması bir haksızlık oluştursa da bir suç oluşturmaz. Burada tamircinin, otomobil sahibi ile aralarındaki sözleşmeye aykırı hareket ettiğinden kuşku yoktur. Ancak burada malikin mülkiyet hakkını kısıtlayan, sona erdiren veya bu hakkı kullanmasını imkânsız hale getiren bir işlem yani "*tasarruf işlemi*" söz konusu değildir.

¹²² Kiralama halinde de suçun oluşacağı yönündeki görüş için bkz. Şahin, (n 23) 168.

¹²³ İnceoğlu, (n 22) 63.

¹²⁴ *Leipziger Kommentar Band 13* (n 20) 255.

¹²⁵ Aksi yönde görüş için bkz. Aydın, (n 23) 21.

Bu nedenle, buradaki uyumsuzluk salt bir sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır ve ceza hukukunun değil özel hukukun ilgi alanına girmektedir. Bununla beraber oto tamircisi zilyetliği kendisine devredilmiş mal üzerinde yalnızca malikin yapabileceği birtakım hukuki işlemler, yani *tasarruf işlemleri* yapmış olabilir. Bu tip durumlarda güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağından kuşku yoktur. Örneğin, tamirci otomobili bir üçüncü kişiye satıp teslim eder¹²⁶ veya rehin veririse¹²⁷, mülkiyeti devretmek veya rehin etmek malikin mülkiyet hakkını sınırlandıran birer “*tasarruf işlemi*” olduğundan, **güveni kötüye kullanma suçunun** tipikliği oluşur.

SONUÇ

Güveni kötüye kullanma, 5237 sayılı TCK’nın 155. maddesinde, seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Suç tipinde, “*devir olgusunu inkâr etmek*” ve “*zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak*” seçimlik birer hareket olarak sayılmıştır. Suçun seçimlik hareketlerinden ilkinin oluşturan *devir olgusunu inkâr etmek*; görece daha az tartışmalı olup, zilyetliği kendisine devredilen malın kendisine hiç verilmediğinin iddia edilmesi veya teslim amacının gizlenmesi şeklinde tezahür edebilir¹²⁸. Örneğin fail, malın zaten kendisinin olduğunu veya aslında mülkiyetin kendisine devredildiğini (malı satın aldığı veya malın kendisine bağışlandığını) gerçeğe aykırı olarak iddia ederse “*devir olgusunu inkâr etme*” seçimlik hareketi gerçekleşecektir.

¹²⁶ Salt olarak “*satış sözleşmesi yapmak*” bir tasarruf işlemi değil, bir *taahhüt işlemidir*. Dolayısıyla, zilyedin üçüncü kişiyle salt bir satım sözleşmesi imzalaması güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Buna karşılık, taşınırlarda satışla birlikte malın alıcıya teslim edilmesi bir tasarruf işlemidir ve bu durumda suç oluşur. Salt olarak satış sözleşmesi yapılması, suça teşebbüs kapsamında tartışılabilir. Çünkü borçlandırıcı işlem (taahhüt işlemi) çoğu zaman tasarruf işleminin hukuki zeminini oluşturur. Bkz. Hamamcıoğlu, (n 94) 54.

Aksi yönde, yani satım sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte suçun tamamlanacağına yönelik görüş için bkz. Sarsıkoğlu, (n 23) 39; Şahin, (n 23) 170.

Kanaatimizce; bir malın tasarrufuna yönelik taahhüdün (örneğin satım sözleşmesi) yapılmasıyla suçun tamamlanacağını söylemek mümkün değildir. Hakeza, suçun kanuni unsurunu oluşturan tasarruf işlemi yapmaya yönelik taahhüt işleminin (örneğin satım ya da bağış sözleşmesinin) yapılması, tek başına “*suça teşebbüs*” kapsamında da mütalaa edilmemelidir. Kanaatimizce; suçun konusu mala yönelik bir taahhütte bulunulması/sözleşme yapılması bir “*hazırlık hareketidir*” ve “*doğrudan doğruya icraya başlama*” olarak nitelendirilemez. Bununla beraber fail, sözleşmeyle taahhüt ettiği tasarruf işlemini gerçekleştirmeye yönelik birtakım icra hareketlerine başlamış ise artık “*teşebbüs hükümleri*” uygulanabilir. Örneğin fail; taşınır malı devretmek amacıyla malla birlikte teslim yerine gider ya da malın devri için gerekli resmi işlemlere başlarsa (tapu dairesinden veya noterden randevu almak gibi) suçun icra hareketlerine başlamış kabul edilebilir. Özetle; suçun tamamlanmış olması için tasarruf işleminin tamamlanması, teşebbüs sorumluluğunun doğması içinse tasarruf işlemiyle doğrudan ve yakın ilişki içerisindeki birtakım fiillerin icra edilmesi gerekir. Salt olarak bir taahhüt işleminin yapılması, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağı gibi, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için de yeterli değildir.

¹²⁷ Bir malın ipotek edilmesi de “*dar anlamda bir tasarruf işlemidir*” ve güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. bkz. Hamamcıoğlu, (n 94) 1-2.

¹²⁸ Koca ve Üzülmez, (n 21) 798.



Güveni kötüye kullanma suçunun fiil unsuruna ilişkin tartışmalar, daha çok ikinci seçimlik hareket olan "*zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma*" kapsamında ortaya çıkmaktadır. 765 sayılı TCK'da suçun seçimlik hareketleri tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiş iken, 5237 sayılı TCK'da tek tek sayma yerine daha genel nitelikte olan "*tasarrufta bulunma*" ibaresi tercih edilmiştir. Bu farklılığın bir eksiklik/hata oluşturduğu söylenemez. Çünkü ideal bir hukuk normu, soyut ve genel nitelikte olmalıdır. Hukuk ilminin temel işlevlerinin başında, soyut ve genel nitelikteki normların açıklığa kavuşturulması gelmektedir. Bu temel işlev aynı zamanda hukuki güvenliğin de ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Dahası, bu şekilde açıklanıp sınırlarının çizilmesi gereken soyut ve genel norm bir suça ilişkinse, belirlilik ve kanunilik ilkeleri uyarınca bu işlev daha da hayati bir hal almaktadır. Tüm bu gerekçelerle, iş bu çalışmamızda güveni kötüye kullanma suçunun seçimlik hareketi olan "*tasarrufta bulunma*" ibaresini incelemiş bulunuyoruz.

"*Tasarrufta bulunmanın*" ve dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçunun içeriğinin belirlenmesinde, kanaatimizce, lafzi ve sistematik yorum metotlarından birlikte yararlanılmalıdır. Sistematik yorum yaparken "*suçla korunan hukuki değerden*" ve "*suçun fiil dışında kalan maddi unsurlarından*" faydalanılması gerektiğinden, çalışmamızın ilk kısmında, öncelikle bu başlıklara ve tartışmalı hususlara ayrıntılı olarak yer verdik. Akabinde "*tasarruf*" kavramının kelime anlamı, özel hukuktaki karşılığı ve 5237 sayılı TCK'daki kullanımlarına ayrıntılı olarak değindik. Esasında, öncelikle "*tasarruf*" kavramına ilişkin tartışmaları yapmak, sonrasında diğer hususlara yer vermek çalışmanın akıcılığı bakımından daha ideal olabilirdi. Ancak çalışmamızın temel motivasyon kaynağı olan "*tasarruf*" kavramının yorumlanmasında atıf yapmamız gerektiğinden, suç tipinin *koruduğu hukuki değer ve suçun diğer maddi unsurları* başlıklarına daha önce yer vermek durumunda kaldık.

Güveni kötüye kullanma suçunun seçimlik hareketini oluşturan "*tasarrufta bulunmadan*" ne anlaşılması gerektiği teori ve uygulamada tartışmalıdır. Gerçekten de kanuni tanımdaki "*tasarrufta bulunmak*" ibaresinden, özel hukuktaki teknik anlamıyla "*tasarruf işleminde bulunmanın mı?*"; yoksa daha genel anlamıyla "*herhangi bir iş veya işlem yapmanın mı?*" anlaşılacağı izaha muhtaçtır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklamaya çalıştığımız gerekçelerle biz, bu kanuni ifadeden özel hukuktaki teknik anlamıyla "*tasarruf işlemi yapmanın*" anlaşılması gerektiği sonuca varmış bulunmaktayız.

Bu sonuca ulaşırken, ilk olarak suç tipiyle korunmak istenen hukuki değerden yola çıkmış bulunmaktayız. Doktrinde, suç tipiyle korunan hukuki değerlerden birinin de *zilyetlik* olduğu ifade edilmesine rağmen biz, suçla korunan yegâne hukuki değer *mülkiyet* olduğu kanaatindeyiz. Çünkü, özgü suç niteliğinde olan güveni kötüye kullanmanın faili, yalnızca, *emin sıfatıyla zilyet* olarak malı elinde bulunduran kimse olabilir¹²⁹. Bu nedenle, bir taraftan emin sıfatıyla zilyedi cezalandırırken,

¹²⁹ İnceoğlu, (n 22) 46.

diğer taraftan bu suç tipiyle korunan hukuki değerin zilyetlik olduğunu söylemek kanaatimizce bir çelişki oluşturur. Hakeza doktrinde, “*kişiler arasındaki güven ilişkisinin*” de suç tipiyle korunan hukuki değerlerden biri olduğu ifade edilmektedir. Kanaatimiz; yukarıda ayrıntılı olarak değindiğimiz gerekçelerle, kişiler arasındaki güven ilişkisinin de bu suç tipiyle korunan bir hukuki değer olamayacağı yönündedir. Sonuç olarak; güveni kötüye kullanma suçuyla korunan yegâne hukuki değer “*mülkiyettir*”. Bu nedenle, yalnızca mülkiyet hakkının kullanılmasını imkânsız kılan veyahut kısıtlayan işlemler güveni kötüye kullanma suçunun fiil unsuru kapsamında mütalaa edilmelidir. Bir başka ifadeyle, suç tipini oluşturan fiillerin salt sözleşmeye aykırı olması yeterli değildir; tipik fiilin, hem zilyetliğin devri amacına aykırı olması hem de mülkiyet hakkının kullanılmasını **imkânsız kılan veyahut sınırlandıran nitelikte** (yani bir tasarruf işlemi) olması gerekir.

Belirtmemiz gerekir ki uygulama ve doktrindeki baskın görüş, varmış olduğumuz bu sonucun tam aksine, *tasarruf* kavramını oldukça geniş yorumlamakta; zilyedin, malikin iradesine aykırı olarak mal üzerinde gerçekleştirdiği her türlü işlemi tipik kabul etmektedir. Bu yaklaşım, her şeyden önce hayatın sosyo-ekonomik gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. Ceza hukuku, kural olarak doğrudan bireyleri ilgilendiren hukuki uyumsuzluklara müdahale etmez. Bir uyumsuzluğun ceza hukukunun alanına girmesi, ancak bireysel boyutu aşır toplumsal hayat bakımından tehlike arz etmesiyle mümkündür. Bu nedenle, bireylerin akdettikleri sözleşmelere uymaması kural olarak ceza hukukunun değil, özel hukukun konusunu oluşturur. Bu husus, yürürlükte bulunan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda da açıkça belirtilmiştir¹³⁰. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma, malik ile zilyet arasındaki sözleşmeye aykırı nitelikteki her türlü davranışı kapsayan torba bir hüküm, bir başka ifadeyle, tazminat hukukunu otomatik olarak tamamlayan genel bir ceza normu olarak yorumlanamaz. Aksinin kabulü bizi, özel hukuk alanındaki tüm uyumsuzlukların aynı zamanda ceza hukukunun da ilgi alanına girdiği şekilde kabulü mümkün olmayan bir sonuca götürür.

Tüm bu açıklamalar ışığında, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmayı “*mal üzerinde ancak malikin yapabileceği hukuki işlemler (tasarruf işlemleri)*” şeklinde anlamak gerekir¹³¹. Çünkü ilgili suç tipiyle korunan hukuki değer *mülkiyet* olduğuna göre, suç normuyla, malikin mal üzerindeki mülkiyet hakkını ortadan kaldıran ya da sınırlandıran fiiller yasaklanmaktadır. TCK m. 155’in gerekçesi de suç tipiyle korunan hukuki değerin zilyetlik değil, bizim de katıldığımız şekilde *mülkiyet* olduğunu açıkça ifade etmektedir¹³². Ezcümle, suçun konusunu elinde bulunduran meşru zilyedin, zilyetliğin devri amacı dışında gerçekleştirdiği her türlü

¹³⁰ Anayasa m. 38, f. 8: “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz”.

¹³¹ Tezcan, Erdem ve Önok, (n 20) 856; Koca ve Üzülmöz, (n 21) 797; İnceoğlu, (n 22) 60.

¹³² Heger, *Strafgesetzbuch Kommentar* (n 20) kn 1; *Leipziger Kommentar Band 13* (n 20) 244; Kindhäuser, *Nomos Kommentar* (n 20) 973 kn 1; Wessels, Hillenkamp und Schuhr, (n 20) 159 kn 307; Jäger, (n 20) 136 kn 176; Fischer, (n 20) 1855 kn 2; Rengier, (n 20) 112 kn 1.



işlem değil; yalnızca malikin mülkiyet hakkına müdahale oluşturan fiiller suç tipi içerisinde değerlendirilmelidir. Bir diğer ifadeyle, güveni kötüye kullanma suçunun oluşumu için mülkiyet hakkını ortadan kaldıran ya da sınırlandıran bir fiilin yani “tasarruf işleminin” yapılması gerekir.

Aralarındaki sözleşmeye ve dolayısıyla da zilyetliğin devri amacına aykırılık oluştursa bile malikin mülkiyet hakkına hanel getirmeyen fiiller güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Bu kapsamda, teknik anlamda birer “tasarruf işlemi” olmadığından kira ya da ödünç sözleşmesine istinaden malın emin sıfatıyla zilyet tarafından malikin rızası hilafına üçüncü kişilere verilmesi, güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Bu tip durumlarda, meşru zilyetlerin, zilyetliğin devrediliş amacına aykırı hareket ettiğinden kuşku yoktur. Ancak dikkat edilmelidir ki, faillerin zilyetliğin devri amacı dışına çıkarak gerçekleştirdikleri fiiller (kiralama ve ödünç verme), birer “tasarruf işlemi” değildir. **Güveni kötüye kullanma suçunun** kanuni tanımında kanun koyucu, “zilyetliğin devri amacı dışında kullanmak, hareket etmek” veya “zilyetliğinde devri amacı dışına çıkarak menfaat sağlamak” ifadelerini değil; “tasarrufta bulunmak” ibaresini tercih etmiştir. Kanun koyucunun bu tercihinin bilinçli olduğunun kabulü gerekir. Yukarıda ayrıntılarına değinmiş olduğumuz hukuki gerekçeler ve mevcut kanuni düzenlemeler de bu yaklaşımımızı destekler mahiyettedir.

Mülkiyet hakkı, bir eşya üzerinde kurulabilecek en geniş ayni haktır¹³³. Bu kapsamda malik, mal üzerinde kullanma, faydalanma ve tasarruf etme yetkilerinin tümünü haizdir¹³⁴. Bu husus, mülkiyet hakkını düzenleyen TMK m. 683’te de açıkça belirtilmiştir¹³⁵. Özel hukukta, fiili bir durumu ifade eden *zilyetlik* de ilgisine birtakım yetkiler vermektedir. Bu kapsamda, bir mala *haklı zilyet* olan kimse, kural olarak o malı kullanabilir ve o maldan faydalanabilir. Dolayısıyla, malikte bulunup da zilyette bulunmayan temel yetki “tasarrufta bulunmadır”. Güveni kötüye kullanma suçu bakımından doktrinde baskın nitelikteki görüşün temel yanılığısı, zilyetliği doğuran hukuki ilişki yani sözleşmeye aykırılıkla fiili bir durum olan zilyetliği aynı kategoride değerlendirmesidir. Bu noktada önem arz eden husus şudur: Bir eşyanın zilyetliğinin rıza ile devredilmesi halinde *teslimin dayanağı olan hukuki işlem geçersiz olsa* dahi kişi emin sıfatıyla zilyet olur ve zilyetliğin kendisine tanıdığı tüm hak ve yetkileri kullanabilir¹³⁶.

Görüldüğü üzere mülkiyet ve zilyetlik, kendilerini doğuran hukuki ilişkilerden (sözleşmeden) ari olarak kişilere birtakım hak ve yetkiler tanımaktadır. Zilyetlik,

¹³³ Sirmen, (n 62) 31; Baygın ve Nar, (n 62) 133; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (n 40) 19; Akçaal, (n 45) 104.

¹³⁴ Lösch, (n 63)624.

¹³⁵ TBK m. 683: “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.”

¹³⁶ Osman Levent Özay, “Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınırı Bağışlamasının Hükümü” (2022) 12(2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1180.

özellikle taşınır mallar bakımından toplumsal ve ekonomik hayatın devamı açısından önemli bir hukuki müesseseyi oluşturmaktadır. Bir mala emin sıfatıyla zilyet olan kişinin, zilyetliğin devrini sağlayan *sözleşmeden ari olarak o mal üzerinde birtakım hak ve yetkilerinin olduğunun kabul edilmesi*, sosyo-ekonomik yaşamın devamı bakımından önemli bir fonksiyona sahiptir. Bu yönü itibariyle emin sıfatıyla zilyedin iyi niyetli üçüncü kişilere yapmış olduğu tasarruflar, hukuk düzeni tarafından açıkça korunmaktadır. Dolayısıyla mülkiyet ya da zilyetlik haklarının geçişinin hukuki zeminini oluşturan *sözleşmelere aykırılık* ile bu hakların bizatihi kendilerinde mündemiç yetkilere aykırılık oluşturan davranışlar birbirinden farklı iki duruma işaret etmektedir (*taahhüt işlemi- tasarruf işlemi*). Salt sözleşmeye aykırılık oluşturan ve mülkiyet hakkının kullanılmasını hukuken kısıtlamayan/imkânsız hale getirmeyen fiiller, yalnızca bir özel hukuk uyuşmazlığını oluşturur. Çünkü bu tip durumlarda malik, halen mülkiyetin kendisine sağladığı hak ve yetkileri eksiksiz olarak kullanabilmektedir¹³⁷. Örneğin, kiracı malikle aralarındaki sözleşmeye aykırı bir şekilde taşınmazı alt kiraya verdiğiğinde, alt kiralama yapan üçüncü kişi iyiniyetli dahi olsa malik "*mülkiyet*" hakkından kaynaklanan tüm haklarını eksiksiz şekilde kullanmaya devam edebilir¹³⁸. Buna karşılık mala "*emin sıfatıyla zilyet*" bulunan kişi tarafından iyiniyetli üçüncü kişi lehine bir "*ayni hak*" tesis edildiğinde; hukuk düzeni malikin mülkiyet hakkını değil, iyiniyetli üçüncü kişinin iktibas ettiği ayni hakkı koruma altına almaktadır. İşte bu ikinci durumda yer alan işlemler, özel hukukta "*tasarruf işlemleri*" olarak ifade edilmektedir. Bu durumda ortaya çıkan hukuka aykırılık, artık salt bir sözleşmeye aykırılığın ötesine geçtiğinden ceza hukukunun (güveni kötüye kullanma suçu) konusunu oluşturur.

Kıscacası; malik zilyede mal üzerinde tasarrufa ilişkin bir yetki vermediği halde zilyet malikten almadığı bu yetkiyi kullanır, bir başka ifadeyle, zilyet malikin vermiş olduğu yetki dışına çıkarak malik gibi bir tasarrufta bulunursa artık *güveni kötüye kullanma suçu* oluşur. Bu nedenle, suç tipinin fiil unsurunu yalnızca teknik anlamda bir *tasarruf işlemi* oluşturabilir. Malikin malı devrediş iradesine aykırı olsa dahi teknik anlamda bir *tasarruf işlemi* olmayan eylemler güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Bu tip durumlarda salt sözleşmeye aykırılık söz konusudur ve bu tip uyuşmazlıklar ceza hukukunun değil özel hukukun ilgi alanına girer.

¹³⁷ Özay, 1181.

¹³⁸ "Werner bir şirketten kendisine pikap kiralar. Ancak işleri yolunda gitmez ve bir süre sonra ödeme sıkıntısına düşer. Arkadaşının ödeme sıkıntısına düştüğünü fark eden Klaus, Werner'e bir teklif sunar. Pikabı kendisine vermesi halinde ona aylık 2.000 avro ödeyebileceğini söyler. Werner teklifi kabul eder ve 2.000 avrosunu alır. Bir süre sonra araç Klaus'un evindeyken anahtar kontakta kırılır ve bunun üzerine firma durumu öğrenir." Örnek için bkz. Hehmanns, 449-450 kn 1287. Bu örnek olayda Werner ve Klaus bakımından güveni kötüye kullanma suçu henüz oluşmamıştır. Çünkü her ne kadar kişiler arasında zilyetliğin devrine aykırı olarak yeni bir sözleşme ihdas edilmişse de bu sözleşme firmanın mülkiyet hakkını kısıtlar nitelikte değildir. Olayda Werner ve Klaus'un arabayı kendi malvarlıklarına geçirmeye yönelik bir tasarruf işlemi yaptıklarından da bahsedilemez. Hehmanns, 450 kn 1288.



Meşru zilyedin malın fiziki yapısını bozan, zarar veren fiillerinin nasıl değerlendirileceğine de konumuz bağlamında değinmek gerekir. *Tasarruf*, temel olarak bir hukuki işleme işaret eder. Buna karşılık mülkiyet hakkındaki *tasarruf (abusus)* yetkisi malike, malı tüketme, yok etme ve dönüştürme yetkisi de vermektedir. Bu nedenle bir malı tüketmek ya da malın maddi-fiziki yapısına zarar vermek, geniş anlamda bir "*tasarruf işlemleri*" olarak kabul edilebilir. Ancak bir malın yok edilmesi ya da maddi yapısının zarara uğratılması TCK m. 151'de "*mala zarar verme suçuyla*" zaten güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla meşru zilyedin malı bozması ya da yok etmesi hallerinde güveni kötüye kullanma suçunun değil, mala zarar verme suçunun oluşacağını kabul etmek gerekir.

Sonuç olarak; güveni kötüye kullanma suçunun seçimlik hareketlerinden birini oluşturan "*tasarrufta bulunma*" kavramından, yalnızca özel hukuk anlamında tasarruf işlemlerini anlamak gerekir. Buradaki bir diğer hukuki sorun, tasarruf işleminin dar anlamının mı yoksa geniş anlamının mı esas alınacağıdır. Kanaatimizce, güveni kötüye kullanma suçunda tasarruf kavramı dar anlamıyla yorumlanmalıdır. Çünkü kavramın geniş anlamı içerisinde değerlendirilecek bozma, yok etme, değiştirme veya dönüştürme gibi fiiller, zaten mala zarar verme suçuyla (TCK m. 151) koruma altına alınmıştır.

Hangi işlemin teknik anlamda "*(dar) tasarruf işlemi*" olup olmadığı ise özel hukuka bakılarak belirlenmelidir. Hukuk düzeninin bir bütün olduğu düşünüldüğünde, kanaatimizce, özel hukuka ait teknik bir kavram ceza kanunlarında kullanıldıysa bu kavramın özel hukuktaki anlamına göre yorumlanması esastır. Aksi bir yaklaşım, hukuk düzeninin bütünlüğü ile suçta kanunilik/belirlilik ilkeleriyle çelişecektir. Özel hukukta teknik anlamı ve sınırları olan bir kavramın, ceza hukukunda bu anlam ve sınırlar gözetilmeden yorumlanması, aynı zamanda ceza hukukundaki genişletici yorum yasağını da ihlal edebilir. Güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin baskın nitelikteki görüşe yönelttiğimiz temel eleştiri de tam olarak burada gündeme gelmektedir: "*Tasarrufta bulunmanın*" cezalandırılabilirliğin alanını genişleten, özel hukuktaki anlamını ve sınırlarını aşacak şekilde yorumlanması. Bir suç tipinde kullanılan hukuki kavram eğer başka bir hukuk alanına aitse mutlaka bu alandaki anlamıyla uyumlu bir şekilde yorumlanmalıdır. Bu tür kavramlara ceza hukukunda yeni bir anlam yüklemekten olabildiğince kaçınmak gerekir. Ceza normunun uygulanabilmesi için farklı yorum yapmanın zorunluluk arz ettiği durumlarda ise bu yorum mutlaka ceza sorumluluğunu daraltıcı şekilde yapılmalıdır.

Tüm bu açıklamalar ve değerlendirmeler ışığında, güveni kötüye kullanma suçunun kanuni tanımında kullanılan "*tasarrufta bulunmak*" ibaresinden, özel hukuktaki anlamıyla "*tasarruf işlemi yapmanın*" anlaşılacağı sonucuna varmış bulunuyoruz. Suçun fiil unsuru bakımından varmış olduğumuz bu nihai sonuç; hem suç tipiyle korunan hukuki değerle hem suçun diğer maddi unsurlarıyla hem de ceza hukukunun son çare olmasıyla (*ultima ratio*) daha uyumlu görünmektedir. Hakeza varmış olduğumuz hukuki sonuçların uygulamaya yansımaları halinde, çalışmanın başında

ayrıntılı olarak belirttiğimiz, özel hukuk uyuşmazlıklarında karşılaşılan bazı problemleri aşmak adına ceza hukukunun bir manivela gibi kötüye kullanılmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akçaal M, *Medeni Hukuk* (1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022).
- Akçaal M, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023).
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (2. Baskı, Beta, İstanbul 2018).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022).
- Aydın İ, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019).
- Balcı U, *Türk Hukukunda Güveni Kötüye Kullanma Suçları* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019).
- Baygın C ve Nar A, *Medeni Hukuk Dersleri I* (3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022).
- Bekri MN, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Avukatın Failliği" (2023) 81(4) Ankara Barosu Dergisi Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı 49-108.
- Canpolat C, *5237 Sayılı TCK'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009).
- Çakıroğlu Ş, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK md 155)* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017).
- Çınar Ç, *Türk Ceza Kanunu'nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022).
- Demirel M, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı* (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017).
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım - Cilt I* (14. Bası, Beta, İstanbul 1997).
- Dursun S, "Emniyeti Suiistimal Suçu" (1999) 57(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 3-44.
- Eisele J, *Strafrecht Besonderer Teil II - Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte* (6. Auflage, W. Kohlhammer, Stuttgart 2021).
- Elmalıca H, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)* (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017).
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler - Cilt I* (13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995).



- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2024).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (71. Auflage, C.H. Beck, München 2024).
- Gössel KH, *Strafrecht Besonderer Teil Band 2* (C.F. Müller, Heidelberg 1996).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023).
- Hamamcıoğlu GV, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı* (Doktora Tezi, İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013).
- Heger M, *Strafgesetzbuch Kommentar - § 246 Unterschlagung* (30. Auflage, C.H. Beck, München 2023).
- Heghmanns M, *Strafrecht Besonderer Teil* (2. Auflage, Springer, Berlin 2021).
- Hohmann O, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch StGB Band 4 - §§ 185-262* (4. Auflage, C.H. Beck, München 2021).
- İçel K, Özgenç İ, Sözüer A, Mahmutoğlu FS ve Ünver Y, *İçel Suç Teorisi - 2. Kitap* (1. Bası, Türdav Basım Yayım, İstanbul 1999).
- İnceoğlu AA, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu" (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41-86.
- Jäger C, *Examens-Repetitorium Strafrecht Besonderer Teil* (8. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2019).
- Keçelioğlu E, "Alman Ceza Hukukunda Faillik" (2006) 65 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 73-88.
- Kılıçoğlu A, *Eşya Hukuku* (1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021).
- Kindhäuser U, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2017).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022).
- Lösch D, "Die 'Theorie' der Property Rights" 63(12) in: (Wirtschaftsdienst, Verlag Weltarchiv, Hamburg) 623-628.
- Meraklı S, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)" (2009) 11 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1657-1714.
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Özdemir SO, *Eşya Hukuku* (24. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022).
- Özay OL, "Emin Sıfatıyla Zilyedin Taşınırını Bağışlamasının Hükmü" (2022) 12(2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1172-1192.
- Özbek VÖ, Doğan K, Meraklı S, Bacaksız P ve Başbüyük İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023).

Özgenç İ, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar* (Seçkin Yayınevi, Ankara 2002).

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022).

Özlük B, "Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler" (2019) 27(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139-166.

Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (21. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021).

Rengier R, *Strafrecht Besonderer Teil I - Vermögensdelikte* (21. Auflage, C.H. Beck, München 2019).

Roxin C, Arzt G und Tiedemann K, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht* (5. Auflage, C.F Müller, Heidelberg 2006).

Sarıtaş E, *Türk Ceza Hukuku'nda Mala Zarar Verme Suçu ve Kriminolojik Açından Vandallizm* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009).

Sarsıkoğlu Ş, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)* (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2014).

Sirmen L, *Eşya Hukuku* (8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020).

Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998).

Söğüt İS, "Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları" (2020) 69(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 764-765.

Sütken E, "Roma Mülkiyetinde Mancipatio'nun Yeri ve Önemi" (2016) 27(7) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 467-492.

Şahin F, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK 155/1-2)" (2021) 155 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 147-201.

Şişman G ve Sarsıkoğlu Ş, "Hizmet Nedeniyle Güveni Kötüye Kullanma Suçunun SMMM ve YMMler Açısından Değerlendirilmesi" (2023) 20(1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 165-188.

Tek S, *Zilyetliğin Uzak Hukuki Temellerinin Meralık Vafına Etkisi* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009).

Tezcan D, Erdem MR ve Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022).

Toroslu N, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2014).

Tulay ME, *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata* (Adalet Yayınevi, Ankara 2022).

Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku* (12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021).

Vogel J und Brodowski D, *Leipziger Kommentar StGB - Band 13* (13. Auflage, De Gruyter, Berlin/Boston 2022).



Wessels J und Hillenkamp T, *Strafrecht Besonderer Teil 2* (28. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2005).

Wessels J, Hillenkamp T und Schuhr JC, *Strafrecht Besonderer Teil 2* (43. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2020).

Yüksel TK, *Özgül Suç* (1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021).

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010).

CEZA MUHALEMESİNDE YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE YETKİLİ MERCİ

Competent Authority for Retrial in Criminal Procedure

Yaprak ÖNTAN*

Özet

Ceza muhakemesinde yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulacak ve istemin kabulü halinde yargılamayı yenileyecek mahkeme yürürlükteki Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre "hükümü veren mahkeme"dir. Ne var ki özellikle bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçtikten sonra, bazı durumlarda, hükümü veren mahkemeden ne anlaşılması gerektiği tartışılmalı hale gelmiştir. Yargı kararlarında da birbirinden farklı uygulamalarla karşılaşmaktadır. Bu nedenlerle, yargılamanın yenilenmesinde yetkili merciin hangi merci olduğu tartışılmaya değer bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, hem mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu dönemindeki düzenleme ve doktrindeki görüşler, hem de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nu yürürlüğe girdikten sonraki durum değerlendirilecektir. Ayrıca bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmeden önce ve geçtikten sonraki durum farklı başlıklar altında incelenecektir. Bu yapılırken, istinaf ve temyizde verilebilecek karar çeşitleri göz önünde bulundurularak farklı ihtimaller açısından yargılamanın yenilenmesinde yetkili merciin hangi merci olduğu tartışılacaktır. Sonuç olarak, ceza muhakemesi hukukunda kanunilik ilkesi ve istisnai normlar açısından söz konusu olan kıyas yasağına işaret edilerek özellikle hükümü veren mahkemeye ve mahkemece verilen karar çeşidinde ilişkin bazı ihtimaller açısından düzenleme ihtiyacı olduğuna vurgu yapılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yargılamanın yenilenmesi, kesin hüküm, hükümü veren mahkeme, istinaf, temyiz.

Abstract

According to the Code of Criminal Procedure in force, the court to request retrial and the court that will renew the trial if the request is accepted is the "court that rendered the judgment". However, in some cases, especially after the regional courts of justice became operational, it has become controversial what should be understood by the court that rendered the judgment. Judicial precedents also show different practices. For these reasons, which authority is the competent authority for retrial emerges as a subject worthy of discussion. In this study, both the regulation and the opinions in the doctrine during the period of the abrogated Code of Criminal Procedure (no. 1412) and the situation after the entry into force of the Code of Criminal Procedure (no. 5271) will be evaluated. In addition, the situation before and after the regional courts of justice become operational will be examined under different headings. While doing this, it will be discussed which authority is the competent authority for retrial in terms of different possibilities, considering the types of decisions that can be rendered in appeal and cassation. In conclusion, the principle of legality in criminal procedure law and the prohibition of analogy in terms of exceptional norms

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 23.09.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, yontan@ankara.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-4665-6737>

will be pointed out and the need for a regulation will be emphasized, especially in terms of some possibilities regarding the court that renders the judgment and type of decision to be ruled to by different courts.

Keywords: Retrial, final judgment, court that rendered the judgment, appeal, cassation.

GİRİŞ

Hükümlünün hem lehine hem de aleyhine olarak kesinleşmiş ceza mahkemesi kararlarına karşı başvurulabilen ve bu nedenle olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesine dair istem, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 318. maddesine göre, "hükmü veren mahkemeye sunulur." Ayrıca aynı fıkraya göre "bu mahkeme, istemin kabule değer olup olmadığına karar verir."

Dahası, CMK madde 319 vd.'na göre, yenileme isteminin kabule değer olup olmadığına karar veren aynı merci, istemin kabul edilebilir bulunması halinde, delillerin toplanması ve akabinde yargılamanın yenilemesi isteminin esassız olması dolayısıyla reddedilmemesi durumunda ayrıca yenileme isteminin incelenmesi ve şartları söz konusuysa duruşma yapılması aşamalarında da görev yapmaktadır¹.

Bu düzenlemenin yerindeliği ve hatta anlamı tartışılmalıdır. Bir görüşe göre, ilk hükmü veren mahkemenin, ilgili yargılamadaki delilleri değerlendirmiş ve dava dosyasını en iyi bilen mahkeme olması nedeniyle yargılamanın yenilenmesinin bu mahkemece yapılması yerindedir². Ayrıca bu mahkeme meseleyi daha hızlı çözebilir³. Aksi görüşe göreyse, mahkeme ve hâkim kavramlarının birbirine karıştırılmaması gerekir. Yargılama aynı mahkemede görülecek olsa da hâkimler değişmiş olabilir. Ayrıca hükme katılmış olan hâkimin yargılamanın yenilenmesi muhakemesine katılması yerinde değildir⁴. Bir diğer görüşe göre de mahkemenin önceden verdiği kararın "manevi ipoteği altında kalmadan objektif olarak hareket edebilmesi için" başka bir mahkemenin yetkili olması gerekir⁵. Yargılamanın yenilenmesinin

¹ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 378. maddesine göre de; "Yargılamanın iadesi talebini içeren dilekçe, kararı veren mahkemece incelenir."

² 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'ta da yer alan düzenlemenin mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda karşılığı olan madde gerekçesinde "Muhakemenin yenilenmesi talebi, ilk hükmü veren mahkemece tetkik edilen meselenin haksız bir hükme bağlandığı iddiasını değil, daha ziyade, yeni ileri sürülen deliller ilk hükmü veren mahkemece bilinse idiler, mahkemenin değişik bir hüküm verip vermeyeceğinin tetkik ve tesbiti arzusunu ihtiva etmektedir. Böyle bir mesele hakkında karara ise ancak, ilk meseleyi tetkik etmiş mahkeme yetkilidir." ifadelerinin yer aldığı hakkında bkz. Eralp Özgen, *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi* (Başnur Matbaası 1968) 125.

³ Ayhan Önder, 'Muhakemenin İadesinde Reform' (1973) 38 [1-4] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 101.

⁴ Görüşler için bkz. Özgen (n 2) 125-126; Ayhan Önder, 'Muhakemenin İadesinin Caiz Olmadığı Hal' (1965) 31 [1-4] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 404-406. Hükmü veren hâkimin yargılamanın yenilenmesi muhakemesine katılmasının yerinde olmadığı şeklindeki eleştiri, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 1965 yılında bu durumu yasaklayan bir hüküm sevk edilmeden önce yapılmıştır.

⁵ Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. bs Yaylacık Matbaası 1989) 1130. Benzer görüşler için bkz. Ahmet Gökçen ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. bs Adalet Yayınevi 2023) 773; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (16. bs Seçkin Yayıncılık 2019) 697.

üst dereceli mahkemelerce yapılmasının daha yerinde olduğunu belirten başka bir görüş de söz konusudur⁶. Nitekim karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, yargılamanın yenilenmesi istemine yönelik başvurunun Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya'daki gibi üst mahkemeye hatta İngiltere'deki gibi mahkeme dışında bir mercie, örneğin; bir komisyona yapılmasının öngörüldüğü görülmektedir⁷. Bir diğer görüşe göreyse, yargılamanın yenilenmesinin gerekip gerekmediğine Yargıtayca karar verilmeli, yenileme kabul edilirse gereği hükmü veren mahkemece yapılmalıdır⁸. Esasında, yargılamanın yenilenmesinin hükmü veren mahkemece yapılması yerinde olarak değerlendirilebilir ve bunun bir sakıncası da yoktur. CMK madde 23/3'e göre; "Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz." Hâkimin yasaklılığını öngören bu düzenleme nedeniyle yargılamanın yenilenmesinin hükmü veren mahkemece yapılması herhangi bir soruna yol açmaz. Ne var ki bu yasak, mahkemenin dava dosyasını en iyi bilen mahkeme olması şeklindeki ve yargılamanın yenilenmesinin hükmü veren mahkemece yapılması lehindeki görüşün ileri sürdüğü söz konusu faydayı geçersiz hale getirmektedir⁹. Yine de yargılamanın delillerle doğrudan temas etmesi imkânı çok daha fazla olan ve madde ve yer yönünden yetkili olan hükmü vermiş mahkemece yapılması yerinde görülebilir. Her hâlükârda kanun koyucu çok uzun yıllardır mevcut olan bu düzenlemeyi değiştirmeye gerek görmemiştir ve düzenlemeye göre yargılamanın yenilenmesinde yetkili merci "hükmü veren mahkeme"dir.

Buna karşılık olağan kanun yollarında inceleme mercilerinin verdikleri karar çeşitleri bakımından değerlendirildiğinde, "hükmü veren mahkeme"den anlaşılması gerekenin ne olduğu tartışmalı bir görünüm arz edebilmektedir. Özellikle bölge adliye mahkemelerin faaliyete geçtiği dönemden itibaren bu mesele daha büyük önem kazanmıştır. Zira mahkemeler istinaf kanun yolunda esastan ret, düzelterek esastan ret ve bozmanın yanı sıra duruşma açarak yeni bir hüküm de verebilmektedir. Bu durumda yargılamanın yenilenmesi isteminin hangi mercie yapılacağına dair Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi, bölge adliye mahkemeleriyle ilgili olarak, CMK madde 318/2'de yer alan, "303 üncü madde gereğince Yargıtayın doğrudan hüküm kurduğu hâllerde de hükmü vermiş olan mahkemeye başvurulur." şeklindeki düzenlemenin bir benzerine de yer verilmemiştir. Bütün bu hususlar göz önünde bulundurularak yargılamanın yenilenmesi isteminin yapılması gereken ve istemin kabulü halinde delilleri toplayacak ve yargılamayı yenileyecek merciin hangisi olduğu aşağıda bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmeden önce

⁶ Bu yöndeki görüş için bkz. Güçlü Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi* (3. bs Seçkin Yayıncılık 2018) 168; Dilaver Nişancı, *Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi* (3. bs Seçkin Yayıncılık 2023) 185.

⁷ Detaylı bilgi için bkz. Akyürek (n 6) 157 vd.

⁸ Faruk Erem, 'Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler' (1962) 19 [1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 36.

⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Akyürek (n 6) 164; NİŞANCI, s. 186.



ve sonraki dönem bakımından ve verilen hükme karşı gidilebilecek olan olağan kanun yollarına göre ayırım yapılmak suretiyle irdelenecektir.

I. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ FAALİYETE GEÇMEDEN ÖNCEKİ DÖNEM

A. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun Yürürlükte Olduğu Dönem

CMUK döneminde de yargılamanın yenilenmesi istemi hükmü vermiş olan mahkemeye yapılmaktaydı. CMUK madde 335'te, "Muhakemenin iadesi talebiyle hükmüne itiraz olunan mahkeme bu talebin kabule şayan olup olmadığına karar verir. Temyizi dava üzerine Temyiz Mahkemesince verilmiş olan bir hükmün mevzuunu teşkil eden davanın muhakemesinin iadesi talep olunupta gösterilen sebepler 327 veya 330 uncu maddelerin üçüncü numaralarında yazılı sebeplerden başkaları ise muhakemenin iadesi talebine karar vermek salahiyeti evvelce hükmü temyiz edilmiş bulunan mahkemeye aittir." düzenlemesi yer almaktaydı.

Düzenlemeyle ilgili olarak, hükmü veren mahkemenin yalnızca yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule şayan olup olmadığı ve istemin esastan incelenmesi aşamalarında yetkili olduğu, buna karşılık son soruşturmanın yenilenmesi halinde davaya hangi mahkemenin bakacağına genel hükümlere göre tespit edileceği ileri sürülmüştür. Son aşamada iş daha yüksek veya daha aşağı yetkili bir mahkemenin görevine giriyorsa son soruşturma o mahkemede açılmalıdır¹⁰. Örneğin; Yargıtay esas hükmetmişse bu takdirde son soruşturma Yargıtay ceza dairesinde açılmalıdır¹¹. Buna karşılık, her üç aşamada da son kararı vermiş olan mahkemenin görevli olduğu da ifade edilmiştir¹².

¹⁰ Özgen (n 2) 127. Duruşma yapılması kararı verildikten sonra yetki sorununun genel hükümlere göre çözülebileceği yönündeki görüş için bkz. Önder (n 4) 412.

Aksi yönde bir karar için bkz: "Kaçakçılıktan sanık (B. A) in mahkûmiyetine dair Bilecik Asliye Ceza Yargıçlığına verilip Yargıtayca onanmak suretiyle kesinleşen hüküm hakkında hükümlü tarafından muhakemenin iadesi talebinde bulunmakla aynı Yargıçlıkça inceleme yapılarak muhakemenin iadesi talebi yerinde görülmediğinden reddine dair verilen 25/7/949 günlü karar aleyhine hükümlü (B. A) tarafından vuku bulan itirazın Bilecik Ağır Ceza Mahkemesince incelenmesi sonunda suçun işlendiği Gölpazarı İlçesinde ahiren Asliye Mahkemesi teşkilatı kurulmuş olup karar vermek adı geçen yargıçlığa ait bulunduğundan Bilecik Asliye Ceza Yargıçlığının mezkûr 25/7/949 günlü kararının kaldırılarak bu hususta bir karar verilmek üzere dosyanın Gölpazarı Asliye Ceza Yargıçlığına gönderilmesi için C. Savcılığına iadesine dair itiraz olunan 7/10/949 tarihli kararı havi evrak Yüksek Adalet Bakanlığının 30/12/949 gün ve 1609/2700 sayılı yazılı emrine müsteniden C. Baş Savcılığının 5/1/950 gün ve 950/57 sayılı tebliğnamesiyle daireye verilmekle okundu: Yazılı emre dayanan tebliğname *münderecatı Usul Kanununun 335 inci maddesi hükmüne göre muhakemenin iadesi talebi hakkında hükmü veren mahkemece karar verileceğine ve sanık hakkındaki mahkûmiyet kararının da Bilecik Asliye Ceza Yargıçlığına itiraz edilmiş bulunmasına nazaran Bilecik Ağır Ceza Mahkemesince bu cihet nazarı itibara alınmadan yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet görülmemiştir.*" Y 3. CD, E 59, K 11021, T 29.11.1950 (Akt Önder (n 4) 402).

¹¹ Özgen (n 2) 127.

¹² Kunter (n 5) 1130; Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt: II*, (2. bs Sulhi Garan Matbaası 1976) 272.

Ayrıca, ilk derece mahkemesinin kararının temyiz edilmeden kesinleşmesi halinde yetkili mahkemenin hükmü veren ilk derece mahkemesi olduğu kabul edilmekteydi. Buna karşılık, temyizde Yargıtay ceza dairesi ilk mahkemenin hükmünü bozarak esasa hükmetmiş ve madde 327 ve 330'un 3. bentlerindeki bir sebep, yani; "Hükme iştirak etmiş olan hakimlerden biri aleyhine ceza tatbikatını ve kanuni bir ceza ile mahkûmiyeti istilzam edecek mahiyette olarak vazifelerini ifada kusur etmiş" olması yargılamanın yenilenmesi talebinin nedeni olarak gösterilmişse, yetkili mahkeme Yargıtay ceza dairesi olmaktadır. Yine bir görüşe göre, temyiz istemi reddedilmiş ve hüküm kesinleşmişse ve yenileme talebi madde 327 ve 330'un 3. bentlerindeki nedene dayanıyorsa Yargıtay ceza dairesi yetkili olmalıdır¹³. Ancak Yargıtay'ın yalnızca, Yargıtay hâkimlerinin suç teşkil eden bir görev kusuru yenileme sebebi olarak ileri sürüldüğünde yetkili olacağı, 335. maddenin anlamının bu olduğu da ifade edilmiştir¹⁴.

Son olarak, Yargıtay ceza dairesinin ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalar bakımından, yargılamanın yenilenmesi talebinin Yargıtay ceza dairesine yapılması gerektiği belirtilmekteydi¹⁵.

B. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlükte Olduğu Dönem

5271 sayılı CMK yürürlüğe girdikten sonra fakat bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmedikleri dönemde yargılamanın yenilenmesinde yetkili olan mahkemenin hangi mahkeme olduğunu belirlemek güçlük arz etmemekteydi.

Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete henüz geçmemiş olduğu dönemde, madde 318/1'deki "Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye sunulur." ifadesindeki mahkeme, ilk derece mahkemesidir¹⁶. Hükmün temyiz edilmesi halinde

¹³ Özgen (n 2) 129.

¹⁴ Kunter (n 5) 1130.

Bu durumun halen geçerli olduğu yönündeki görüş için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1059; NİŞANCI, s. 187; Sevi Bakım, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi' (2013) 19 [2] Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan 925. Ancak CMUK madde 335'teki düzenlemeye CMK'da yer verilmemiş olduğundan bu sonuca varmak güç gözükmektedir. Aynı yöndeki görüş için bkz. Ahu Karakurt, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi* (Seçkin Yayıncılık 2009) 139.

¹⁵ Özgen (n 2) 129; Önder (n 4) 409; Erem (n 8) 35.

¹⁶ "Bankayı aracı kılmak suretiyle dolandırıcılık suçundan sanığın 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 525/b-2, 80, 59. maddeleri uyarınca 3 yıl 6 ay hapis ve 513 Yeni Türk Lirası adli para cezası ile cezalandırılmasına dair (Kadıköy İkinci Ağır Ceza Mahkemesi)'nin 08.12.2005 tarihli ve 2005/211-541 sayılı kararının, Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 28.03.2008 tarihli ve 2006/1633 Esas, 2008/2257 sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmesini müteakip, sanık müdafii tarafından yapılan yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin aynı mahkemenin 04.12.2008 tarihli ve 2005/211-541 sayılı kararına yönelik itirazın reddine dair (Kadıköy Üçüncü Ağır Ceza Mahkemesi)'nin 29.12.2008 tarihli ve 2008/1275 sayılı kararın tüm dosya kapsamına göre; (...) Somut olayda; Kadıköy İkinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin 08.12.2005 gün ve 2005/211 Esas, 2005/541 sayılı kararının kesinleşmesini müteakip, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine önceki yargılamada görev yapan (...) sicil sayılı mahkeme başkanının, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair aynı mahkeme-



Yargıtay ceza dairesinin yargılamanın yenilenmesinde yetkili merci olması ise aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca mümkün değildir. Fıkraya göre; “303 üncü madde gereğince Yargıtayın doğrudan hüküm kurduğu hâllerde de hükmü vermiş olan mahkemeye başvurulur.” Bir diğer ifadeyle ve aksi görüşlerin varlığına rağmen¹⁷, Yargıtay’ın davanın esasına hükmettiği veya hükümdeki hukuka aykırılığı düzelttiği yani ıslah kararı verdiği hallerde de yargılamanın yenilenmesi istemi ilgili ceza dairesine değil, ilk derece mahkemesine yapılacaktır¹⁸. Buradan çıkan sonuç, Yargıtay ceza dairesinin verebileceği diğer kararlardan esastan ret kararı halinde, kesinleşen hüküm bakımından yargılamanın yenilenmesi yetkisinin evleviyetle ilk derece mahkemesine ait olacaktır. Bozma kararı verilmesi halinde ise henüz kesinleşen bir karar yoktur. Bozmaya uyma ya da direnme kararlarından ve bunlar için öngörülen kanun yolları tüketildikten sonra ise, yargılamanın yenilenmesi yine ilk derece mahkemesinden istenecektir.

Yargıtay ceza dairesinin ilk derece mahkemesi olarak gördüğü işlerde ise yargılamanın yenilenmesinde CMUK döneminde olduğu gibi Yargıtay ceza dairesi yetkilidir¹⁹.

nin 04.12.2008 gün ve aynı sayılı müteferrik kararına 5271 sayılı CMK’nın 23. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak iştirak ettiği anlaşılmakta; anılan karara vaki itirazın bu yönden kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir.” Y 11. CD, E 2009/12102, K 2010/287, T 29.01.2010 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.09.2024).

¹⁷ CMK madde 303 uyarınca Yargıtay’ın doğrudan hüküm kurduğu hallerde Yargıtay ilgili ceza dairesine veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na başvurulması gerektiği şeklindeki görüş için bkz. Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. bs Adalet Yayınevi 2022) 833-834.

¹⁸ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (22. bs Savaş Yayınevi 2023) 470; Akyürek (n 6) 165; NİŞANCI, s. 186; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. bs Seçkin Yayıncılık 2023) 1059; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. bs Beta Yayınları 2021) 982; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. bs Seçkin Yayıncılık 2023) 681; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. bs Seçkin Yayıncılık 2023) 830; Bahri Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. bs Seçkin Yayıncılık 2023) 768; Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuk* (Seçkin Yayıncılık 2023) 884; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. bs Nisan Kitabevi 2022) 692.

“1-) Sanık I. Ş. hakkında, 21.10.2014 tarihinde işlediği iddia olunan uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan Elazığ 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 12.2.2015 tarihinde 2014/419 esas ve 2015/58 karar sayı ile sanığın TCK’nın 188. maddesinin 3. fıkrası, aynı maddenin 4. fıkrası, 62. maddesi ve 52. maddesi gereğince 12 yıl 6 ay hapis ve 100 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği ve kararın Dairemizce 12.6.2015 tarihinde düzeltilerek onandığı,

2-) Hükümlünün infaz aşamasında yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunması üzerine, Elazığ 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 2.12.2015 tarihinde 2014/419 esas ve 2015/58 ek karar sayı ile “hükümlünün yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunduğu hususların yeni olay ve yeni delil niteliğinde olmayıp, daha önce yargılama ve temyiz aşamasında ileri sürülüp tartışılmış ve değerlendirilmiş hususlar olduğu, yargılamanın yenilenmesi nedenlerinden hiçbiri mevcut olmadığı” gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi isteğinin reddine karar verildiği,” Y 10. CD, E 2016/1745, K 2016/1935, T 27.6.2016 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.09.2024).

¹⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Akyürek (n 6) 53.

II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ FAALİYETE GEÇTİKTEN SONRAKİ DÖNEM

A. İlk Derece Mahkemesince Verilen ve Aleyhine İstinaf Kanun Yoluna Başvurulmayan ya da Başvurulamayan Kararlar Yönünden

İlk derece mahkemesince verilen hükme karşı istinaf yoluna başvurulmaması ya da hükme karşı CMK 272/3 uyarınca istinaf kanun yoluna başvurulamıyor olması halinde yargılamanın yenilenmesi başvurusunun yapılması açısından yine herhangi bir sorun söz konusu olmayacaktır.

Bu durumda ilk derece mahkemesinin verdiği ve olağan kanun yolları incelemesinden geçmeksizin kesinleşen hükme karşı yargılamanın yenilenmesi talebi hükmü veren ilk derece mahkemesine yapılacaktır²⁰.

Bu noktada yargılamanın yenilenmesi istemi kabul edildiğinde ve duruşma açıldığında, işin artık yüksek yetkili mahkemenin görevine girdiğinin anlaşılması halinde ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Bir görüşe göre, madde yönünden yetkisizlik söz konusu olsa dahi hükmü veren mahkemenin karar vermesi gerekir. Bu görüşe göre, madde 318/1'deki düzenleme açık ve özel bir düzenlemedir²¹. Aksi görüş göreyse, yargılamanın yenilenmesi kararı verilmesinden sonra davaya hangi mahkemenin bakacağına genel hükümlere göre karar verilecektir ve dosyanın yüksek ya da aşağı yetkili mahkemeye gönderilmesi mümkündür²². Belirtmek gerekir ki, yargılamanın yenilenmesi istemi kabule değer bulunduktan, deliller toplandıktan ve duruşma açıldıktan sonra görevsizlik (madde yönünden yetkisizlik) kararıyla dosyanın aşağı yetkili mahkemeye gönderilmesi kabul edilemez. Nitekim CMK madde 6 uyarınca; "Duruşmada suçun hukukî niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez." Buna karşılık duruşma açıldıktan sonra işin mahkemenin görevini aşması nedeniyle görevsizlik kararı verilmesi ve dosyanın yüksek yetkili mahkemeye gönderilmesi, mahkemenin yeni hükmü vermesi yetkili olması gereklidir.

B. İstinaf Kanun Yolunda Verilen ve Aleyhine Temyiz Kanun Yoluna Başvurulmayan ya da Başvurulamayan Kararlar Yönünden

İstinaf kanun yolunda verilen ve aleyhinde temyiz kanun yoluna başvurulmayan ya da başvurulamayan kararlar bakımından yargılamanın yenilenmesinde yetkili

²⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1059.

²¹ Akyürek (n 6) 165.

Medeni muhakeme bakımından aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: 5* (6. bs Demir Demir Yayıncılık 2001) 5248; Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi* (Ayyıldız Matbaası 1977) 149-150; Berfin Uyuma Bulut, 'Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarına Karşı Yargılamanın Yenilenmesi' (2018) [3] İzmir Barosu Dergisi, s. 125.

²² NİŞANCI, s. 187.



merci, bölge adliye mahkemesinin verebileceği karar türlerine göre ayrı ayrı değerlendirilmekte yerinde olacaktır.

Öncelikle yine bozma kararıyla birlikte hüküm kesinleşmemiş olduğundan bu karar çeşidi açısından konunun ayrıca tartışılmasına gerek bulunmamaktadır.

Bölge adliye mahkemesinin esasa girmeden verdiği ret kararları bakımından yargılamanın yenilenmesinde yetkili merci ilk derece mahkemesidir²³.

Bölge adliye mahkemesinin esastan ret, düzelterek esastan ret kararları ve duruşma açarak davanın yeniden görülmesi sonucu verdiği kararlar bakımından konu tartışmalıdır. Bunun nedeni, istinaf kanun yoluyla ilgili, temyiz kanun yoluna ilişkin yukarıda yer verilen CMK madde 318/2 hükmü benzeri bir düzenlemenin olmamasıdır.

Bu noktada “hükmü veren mahkeme” ifadesindeki “hüküm” kavramı üzerinde durmak yerinde olacaktır. Hükmün, mahkemelerin her türlü kararları olarak anlaşılması halinde düzenlemenin amaçlarıyla bağdaşmayan bir sonuca varılmış olacaktır. Ayrıca bu durumda, temyiz kanun yolunu ilgilendiren ve ceza dairesinin verdiği kararlar bakımından yargılamanın yenilenmesinde yetkili merciin ceza dairesi değil ilk derece mahkemesi olmasını öngören normla bir çelişki ortaya çıkacaktır. O halde hükmün CMK madde 223’te sayılı uyuşmazlığın esasına dair verilmiş olan son kararlar ile ret ve düşme kararı olarak anlaşılması gerekir²⁴. Bu çözüm hem daha isabetlidir hem de CMK’nın yaptığı hüküm tanımıyla birebir örtüşmektedir. Yargılamanın yenilenmesi kanun yolunun her üç aşamasında da yetkili merci, hatalı olduğu iddia edilen son kararı vermiş olan mahkemedir²⁵.

Bu doğrultuda bölge adliye mahkemesi esastan ret kararı verdiğinde ve akabinde hüküm kesinleştiğinde yargılamanın yenilenmesi talebinin ilk derece mahkemesine yapılması ve yargılamanın yenilenmesinde bu mahkemenin yetkili olması gerekir²⁶.

²³ “Sanık hakkında hakaret, tehdit ve şantaj eylemleri nedeniyle cezalandırılması talebiyle 14.07.2016 tarihinde kamu davasının açıldığı, yargılama sırasında atılı suçların uzlaştırma kapsamına alındığından bahisle dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesine karar verildiği, şikayetçilerin uzlaşmak istemedikleri, yargılama neticesinde Denizli 4. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 12.09.2017 tarihli ve 2016/558 esas, 2017/656 Sayılı kararıyla sanığın, şantaj suçundan beraatine, hakaret ve tehdit suçlarından ise TCK’nın 125/1, 106/1-1.cümle, 50/1-a, 62 (iki kez) ve 52. (iki kez) maddeleri gereğince 1.500,00 Türk lirası ve 3.000,00 Türk lirası adli para cezaları ile cezalandırılmasına karar verildiği, sanık tarafından istinaf talebinde bulunulduğu, bu talebin süreden reddedildiği, ret kararının sanığa tebliği üzerine sanığın bu kez ret kararına yönelik istinaf talebinde bulunduğu, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi’nin 22.01.2018 tarihli ve 2018/137 esas, 2018/194 Sayılı kararıyla istinaf başvurusunun reddine karar verildiği, sanığın yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunduğu, bu talebin Denizli 4. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 05.03.2018 tarihli ve 2016/558 esas, 2017/656 Sayılı ek kararıyla reddedildiği,” Y 4. CD, E 2019/3494, K 2019/11770, T 25.6.2019 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.09.2024).

²⁴ Aynı yöndeki görüş için bkz. Akyürek (n 6) 52.

²⁵ Toroslu ve Fezyioğlu (n 17) 470.

²⁶ “Nitelikli hırsızlık suçundan sanık ...’ın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 142/2-h ve 62. maddeleri uyarınca 4 yıl 2 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına dair Beyşehir 1. Asliye Ceza Mahkemesinin

Buna karşılık bölge adliye mahkemesinin duruşma açarak hüküm kurduğu ve hükmün temyiz kanun yoluna başvurulmaksızın ya da temyizi kabil olmayan bir karar olması nedeniyle temyize başvurulmaması sonucu kesinleştiği durumlarda ise yargılamanın yenilenmesi istemini bölge adliye mahkemesinin değerlendirmesi gerekir²⁷. Bu halde, ilk derece mahkemesinin hükmünden tamamen farklı bir hüküm

07/03/2019 tarihli ve 2018/637 esas, 2019/160 sayılı kararının Konya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesinin 28/06/2019 tarihli ve 2019/1287 esas, 2019/1243 sayılı kararıyla istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi sonucu kesinleşmesini müteakip, hükümlü tarafından yapılan yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin Beyşehir 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 15/10/2019 tarihli ve 2018/637 esas, 2019/160 sayılı ek kararına yönelik itirazın reddine dair mercii SEYDİŞEHİR Ağır Ceza Mahkemesinin 05/12/2019 tarihli ve 2019/1151 değişik iş sayılı karar aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığınca verilen 24/02/2020 gün ve 94660652-105-42-2272-2020-Kyb sayılı kanun yararına bozma talebine dayanılarak dava dosyası Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 02/03/2020 gün ve 2020/28252 sayılı tebliğnamesiyle dairemize gönderilmekle okundu. (...) asıl kararı veren hakim T.'ün, yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine de karar vermesi CMK'nın 23/3. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine dair kararın ortadan kaldırılmasına ve talebin kabulüne karar verilmesi gerekirken, itirazın reddine karar verilmesi nedeniyle kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden," Y 2. CD, E 2020/14568, K 2020/9930, T 5.10.2020 (karararama.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi: 13.09.2024). "Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçundan sanık ...'ın, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 292/1 maddesi gereğince 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, anılan Kanun'un 58. maddesi gereğince cezasının mükerrirlerle özgü infaz rejimine göre çektirilmesine dair Kırklareli 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 03.03.2017 tarihli ve 2016/433 esas, 2017/35 Sayılı kararının ... Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 06.04.2017 tarihli ve 2017/531 esas, 2017/554 Sayılı kararıyla istinaf isteminin esastan reddine karar verilerek kesinleşmesini müteakip, hükümlü tarafından yapılan yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin anılan Mahkemenin 15.05.2017 tarihli 2016/433 esas, 2017/35 Sayılı ek kararına karşı yapılan itirazın reddine dair Kırklareli 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 07.06.2017 tarihli ve 2017/468 değişik iş sayılı kararını kapsayan dosya incelendi. (...) Somut olayda; Kırklareli Asliye Ceza Mahkemesi'nin 03.03.2017 gün 2016/433 esas, 2017/35 Sayılı kararının kesinleşmesini müteakip, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine önceki yargılamada görev yapan (196325) sicil sayılı hâkimin,yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair aynı mahkemenin 15.05.2017 gün ve aynı sayılı kararında 5271 Sayılı CMK.nun 23. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak görev aldığı anlaşılmakla, anılan karara vaki itirazın bu yönden kabulü gerekirken istemin reddine karar verilmesi yerinde görülmediğinden," Y 8. CD, E 2018/10082, K 2019/4485 T 28.3.2019 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.09.2024).

²⁷ Aynı yöndeki görüş için bkz. Akyürek (n 6) 53, 166; NİŞANCI, s. 186; Devrim Güngör ve Adem Albayrak, *İstinaf* (Ankara Barosu Yayınları 2016) 34; Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (3. bs Seçkin Yayıncılık 2023) 359.

Bu ihtimalde ve hatta esastan ret kararı verilmesi durumunda dahi yetkili mercinin istinaf mahkemesi olması gerektiği hakkında bkz. Önder (n 4) 411. İlk derece mahkemesi hükmünün istinaf kanun yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin verdiği karar çeşitleri arasında ayırım yapmaksızın yargılamanın yenilenmesi başvurusunun bölge adliye mahkemesi ceza dairesine yapılacağı yönündeki görüş için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1059. HMK bakımından bölge adliye mahkemelerinin ilk derece mahkemesinin hükmünü kaldırarak yeni bir hüküm verdiği hallerde yargılamanın yenilenmesinin bölge adliye mahkemesinden isteneceği şeklindeki aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. Uyma Bulut (n 20) 131, 133. Ancak yazar ayrıca, esastan ret kararı verilmesi halinde dahi, istinaf aşamasına ilişkin sebeplerle yargılamanın yenilenmesi talep ediliyorsa talebin bölge adliye mahkemesine, buna karşılık yalnızca ilk derece mahkemesi kararına ilişkin hususlar öne sürülecek talebin ilk derece mahkemesine yapılması gerektiğini savunmaktadır. Uyma Bulut (n 20) 132.

1942 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; "...Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun



kurulmuş olmaktadır. Uygulamada ise bu halde yine ilk derece mahkemesine başvurulduğu ve yargılamanın yenilenmesi isteminin ilk derece mahkemesince karara bağlandığı birçok örnek bulunduğu görülmektedir²⁸. Ancak aksi yönde ve sorun irdelenerek bölge adliye mahkemesinin yetkili olduğunun tespit edildiği kararlar da bulunmaktadır²⁹.

iadei muhakemeye mütedair faslındaki maddeleri metin ve ruhundan mezkûr fasılda ancak davanın esası hakkındaki kararların yeniden muhakeme yapılmak suretiyle iptal veya tadil edilebilmesi bahis mevzuu olduğu...” ifadelerine yer verilmiştir. YİBK, 41/23, T 25.11.1942 (Akt Uyuma Bulut (n 20) 131).

²⁸ “Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Fethiye 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 08/11/2018 tarihli ve 2018/17 Esas - 2018/842 Karar sayılı kararı ile sanık ... hakkında hırsızlık ve mala zarar verme suçlarından mahkumiyet kararları verildiği, bu mahkumiyet kararlarını veren hakimnin ... (...) olduğu, mala zarar verme suçundan verilen hükmün kesin nitelikte olduğu, hırsızlık suçundan verilen mahkumiyet hükmünün sanık müdafii tarafından istinaf edilmesi üzerine, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesinin 16/09/2019 tarihli ve 2019/153 Esas, 2019/1563 Karar sayılı kararı ile sanık hakkında hırsızlık suçunu işlediği sabit olmadığından beraat kararı verildiği, bu beraat kararının temyiz edilmeksizin kesinleştiği; ardından sanık müdafii Av. ... tarafından dosyaya sunulan 17.11.2019 tarihli dilekçeyle yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine Fethiye 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 16/12/2019 tarihli ve 2018/17 Esas - 2018/842 Karar sayılı ek kararı ile yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine karar verildiği, ret kararı veren mahkeme hakiminin de ... (...) olduğu ve bu kararın da itiraz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmalıdır; asıl kararı veren hakim ...’m, yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine de karar vermesinin 5271 Sayılı CMK’nın 23/3. maddesine aykırılık oluşturması” Y 2. CD, E 2021/14709, K 2021/15052, T 27.9.2021 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.09.2024).

“Sanık hakkında Fethiye 1. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 08.12.2021 tarihli ve 2020/539 Esas, 2021/1213 Karar sayılı kararı ile 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’na muhalefet suçundan 1 yıl 15 gün hapis ve 1.660,00 TL adli para cezası verildiği, hükmün katılan vekili ve sanık tarafından istinaf edilmesine üzerine İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesinin 31.05.2022 tarihli ve 2022/56 Esas, 2022/1013 Karar sayılı kararı ile sanık hakkında kurulan önceki hükmün kaldırılmasına ve sanığın 5607 Sayılı Kanun’a muhalefet suçundan 1 yıl 15 gün hapis ve 12.500,00 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına kesin olarak karar verildiği ve hükmün 31.05.2022 tarihinde kesinleştiği, sanığın 12.09.2022 tarihli yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine Fethiye 1. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 29.09.2022 tarihli ek kararı ile talebin reddine karar verildiği ve anılan ek karara sanık tarafından yapılan itirazın Fethiye 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2022/141 Değişik İş sayılı kararı reddedildiği belirlenmiştir.” Y 7. CD, E 2023/13768, K 2024/1716, T 21.2.2024 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.09.2024).

Ayrıca bkz. Y 11. CD, E 2020/6163, K 2021/902, T 1.2.2021 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.09.2024).

²⁹ ““Bakırköy 38. Asliye Ceza Mahkemesinin 11/09/2018 tarihli beraat kararının, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesinin 21/03/2019 tarihli kararı ile kaldırıldığı ve sanığın mahkumiyetine esas hükmün de İstanbul Bölge Adliye Mahkemesince verildiği, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun’un 318/1. maddesinde yer alan, “Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye sunulur. Bu mahkeme, istemin kabule değer olup olmadığına karar verir.” şeklindeki düzenleme nazara alındığında, söz konusu kararı müteakip, sanığın yargılamanın yenilenmesine ilişkin dilekçesinin Bölge Adliye Mahkemesince değerlendirilerek bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, itirazın bu yönden kabulü yerine, yazılı reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden” bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 309. maddesi uyarınca, bozulması istenilmiş olmakla,

Dosya incelendi, gereği görüldü:

İncelenen dosya içeriğine göre; kanun yararına bozma istemine atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden,” Y 11. CD, E 2021/1046, K 2021/1423, T 15.02.2021 (karararama.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi: 13.09.2024).

Belirtmek gerekir ki, düzelterek esastan ret kararları bakımından problemin çözümü oldukça zordur. Zira düzelterek esastan ret kararları kapsamında ceza miktarı değişebildiği gibi, olayın daha ziyade aydınlatılmasına gerek olmayan hallerde beraate ya da davanın düşmesine dahi hükmedilebilmektedir. Bu durumda da bölge adliye mahkemeleri açısından CMK 318/2 benzeri bir düzenlemenin yokluğu karşısında, yargılamanın yenilenmesi kanun yolunda bölge adliye mahkemesinin yetkili olacağını kabul etmek daha isabetli olacaktır³⁰. Madde 318/2'deki hükme Kanun'da yer verilmesinin nedeni, yargılamanın yenilenmesinde kuralın istemin hükmü veren mahkemeye yapılması olması karşısında, kuralın istisnasını oluşturmaktır. Öyleyse aynı istisnanın bölge adliye mahkemeleri bakımından geçerli olabilmesi için bu mahkemeler bakımından da düzenlemeye ihtiyaç vardır. Ancak belirtmek gerekir ki uygulama aksi yönde şekillenmiş gibi gözükmektedir³¹.

“Dosya kapsamına göre, İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.12.2016 tarihli beraat kararının, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20. Ceza Dairesinin 05.03.2018 tarihli kararı ile kaldırıldığı ve sanıkların mahkûmiyetlerine esas hükmün de İstanbul Bölge Adliye Mahkemesince verildiği, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 318/1. maddesinde yer alan, “Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye sunulur. Bu mahkeme, istemin kabulüne değer olup olmadığına karar verir.” şeklindeki düzenleme nazara alındığında, söz konusu kararı müteakip, sanıklar müdafininin yargılamanın yenilenmesine ilişkin dilekçesinin Bölge Adliye Mahkemesince değerlendirilerek bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, itirazın bu yönden kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 08.06.2022 gün ve 94660652-105-34-7524-2022-Kyb sayılı yazılı istemlerine müsteniden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye ihbar ve mevcut evrakla birlikte tevdi kılınmakla gereği görüldü;

KARAR : Kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden talebin kabulüyle” Y 9. CD, E 2022/11400, K 2022/12309, T 29.12.2022 (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 10.09.2024).

³⁰ Aynı yöndeki görüş için bkz. NİŞANCI, s. 186. CMK madde 318/2 hükmünün yerinde olduğu, zira düzelterek esastan ret kararlarının daha ziyade maddi hatalara ilişkin olduğu ve ilk hükmü veren mahkemelerin tespitleriyle bağlı bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Akyürek (n 6) 165. CMUK döneminde de temyize ilişkin düzenleme olmasa da, Yargıtay ceza dairesi kararını, ilk derece mahkemesinin maddi tespitlerine dayandırdığından istemin ilk derece mahkemesine yapılması gerektiğini ifade eden görüş için bkz. Önder (n 4) 410. Ancak örneğin bu şekilde verilebilecek bir beraat kararının bu mahiyette olduğu söylenemez.

³¹ “Sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun basit cinsel istismarı suçundan sanığın , 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 103/1-a-2. cümle, 103/3-c, 62/1. maddeleri gereğince 3 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına dair Siirt 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 30.09.2016 gün ve 2015/667 Esas, 2016/387 Sayılı Kararının yapılan istinaf kanun yolu incelemesinde hükmün düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine dair Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 17. Ceza Dairesinin 24.02.2017 gün ve 2017/227 Esas, 2017/260 Sayılı Kararıyla kesinleşerek infazına geçilmesini müteakip, hükümlünün yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair aynı Mahkemenin 16.05.2017 gün ve 2015/667 Esas, 2016/387 Sayılı Ek kararına yapılan itirazın reddine dair Siirt 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 05.06.2017 günlü, 2017/226 Değişik iş sayılı kararının.” Y 14. CD, E 2017/7393, K 2017/5496, T 9.11.2017 (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 10.09.2024).

“İcbar suretiyle irtikap suçundan sanık ...'un, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 250/1 ve 62/1. maddeleri gereğince 4 yıl 2 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına dair ... 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 09/02/2021 tarihli ve 2020/68 esas, 2021/51 Sayılı kararının, ... Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesinin 15/04/2021 tarihli ve 2021/455 esas, 2021/733 Sayılı kararı ile istinaf başvuru-



Bölge adliye mahkemesinin düşme kararı vermesi ihtimali için de aynı değerlendirme yapılmalı ve söz konusu hüküm bakımından yargılamanın yenilenmesi isteminin bölge adliye mahkemesine yapılacağı kabul edilmelidir. Zira düşme kararı da 223. maddeye göre hüküm çeşitlerinden biridir. Ne var ki, Yargıtay ceza dairesinin verdiği düşme kararları bakımından burada bir parantez açılmalıdır. Temyiz kanun yolunda verilen düşme kararına karşı yargılamanın yenilenmesinde yetkili merci, düşme kararı bir hüküm çeşidi olsa da Yargıtay ceza dairesi olamayacaktır; çünkü yargılamanın yenilenmesini ve düşme kararının kaldırılmasını gerektirecek bir sebep ortaya çıktığında, temyiz hukuku derece kanun yolu olması ve uyuşmazlığa ilişkin maddi sorun hakkında değerlendirme yapamayacak olması yargılamayı yenilemesine de engel olacaktır. Oysa istinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemesi hem maddi hem de hukuki sorun hakkında karar verebileceğinden düşme karardan sonra yargılamanın yenilenmesinde yetkili merci olacaktır.

Ancak son tahlilde bölge adliye mahkemesince verilen kararlardan sonra yargılamanın yenilenmesinde yetkili merciin hangisi olacağına dair bir düzenlemenin olmaması konuyla ilgili kesin bir belirleme yapmayı imkânsız hale getirmektedir. Olağanüstü bir kanun yolunda inceleme yapacak merciin kanunla düzenlenmesi gerektiği açıktır. Bu konuda kıyas yapılması ve istisnai bir düzenleme olan madde 318/2'nin kıyasen bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri için uygulanması da kabul edilemez³². O nedenle ve uygulamada verilen çelişkili kararların önüne geçilebilmesi için kanuni düzenleme yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

C. Aleyhine Temyiz Kanun Yoluna Başvurulan Kararlar Bakımından

Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra, aleyhine temyiz kanun yoluna başvuru kararlar bakımından yargılamanın yenilenmesinde yetkili merciin belirlenmesi özellik arz etmemektedir. Yargıtay ceza dairesinin temyiz incelemesi sonucu vermiş olduğu kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi isteminin ceza dairesine yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir³³.

rusunun düzeltilerek esastan reddine karar verilerek suretiyle kesinleşmesini müteakip, sanık tarafından yapılan yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin ... 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 29/06/2021 tarihli ve 2020/68 esas, 2021/51 Sayılı ek kararına karşı yapılan itirazın reddine dair ... 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16/07/2021 tarihli ve 2021/324 Değişik iş sayılı Kararının;" Y 5. CD, E 2022/125, K 2022/1619, T 10.2.2022 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.09.2024). Ayrıca bkz. Y 3. CD, E 2019/12839, K 2019/13408, T 24.6.2019; Y 14. CD, E 2017/7393, K 2017/5496, T 9.11.2017 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.09.2024).

³² Aksi yöndeki görüş için bkz. Akyürek (n 6) 53.

³³ Konu HMK bakımından değerlendirildiğinde, düzeltilerek onama kararlarıyla ilgili olarak Kanun'da CMK madde 318/2 benzeri bir düzenleme bulunmamağaysa da doktrinde ağırlıklı olarak Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucu verdiği kararlara karşı Yargıtay hukuk dairesinden yargılamanın yenilenmesinin talep edilemeyeceği belirtilmektedir. Ancak kanun yolunda ortaya çıkan yargılamanın iadesi nedenleri bakımından, bunları Yargıtay'ın ya da bölge adliye mahkemesinin incelemesini kabul etmek gerektiği yönündeki görüş için bkz. Uyuma Bulut (n 20) 147 vd.

Bu ihtimalde, davayla ilgili son hükmün hangi merci tarafından verildiğine bakarak belirleme yapılması gerekmektedir. Eğer bölge adliye mahkemesi esastan ret kararı verdikten sonra bu karar temyiz edilmiş ve sonrasında (Yargıtay ceza dairesinin esastan red, düzelterek esastan ret kararları ya da bozma ve bozmadan sonra ilk derece mahkemesinin uyma kararı ya da direnme kararı ve Ceza Genel Kurulu'nun verdiği kararlar üzerine fark etmeksizin) kesinleşmişse, yargılamanın yenilenmesi talebi ilk derece mahkemesine yapılmalıdır³⁴.

Ancak bölge adliye mahkemesince düzelterek esastan ret veya düşme kararı ya da duruşma açarak yeni bir hüküm verilmişse temyiz kanun yolu da tüketildikten sonra kesinleşen hükme dair yargılamanın yenilenmesinde bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesi yetkili olacaktır³⁵.

SONUÇ

CMK'nın 318. maddesine göre, yargılamanın yenilenmesi istemi "hükmü veren mahkemeye sunulur." Bu merci aynı zamanda yenileme isteminin kabule değer olup olmadığına da karar verecek ve istemin kabule değer bulunması halinde sırasıyla delil toplama ve sonrasında da yargılamanın yenilenmesi isteminin esassız olmadığına kanaat getirilecek olması durumunda kural olarak duruşma açarak yargılamayı yenileyecek olan mahkemedir.

CMUK'ta da aynı düzenlemeye yer verilmişti. Buna göre, ilk derece mahkemesinin hükmü temyiz incelemesinden geçsin ya da geçmesin, yargılamanın yenilenmesi talebinin ilk derece mahkemesine yapılacağı kabul edilmekteydi. Ancak CMUK'ta ayrıca, "Hükme iştirak etmiş olan hakimlerden biri aleyhine ceza tatbikatını ve kanuni bir ceza ile mahkûmiyeti istilzam edecek mahiyette olarak vazifelerini ifada kusur etmiş" olması yenileme talebi olduğu zaman, yetkili mahkemenin Yargıtay ceza dairesi olacağı düzenlenmişti.

³⁴ "Bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde; hükümlü/sanık hakkında Manisa 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 15.01.2018 tarih ve 2017/559, 2018/22 sayılı kararıyla silahlı terör örgütüne üye olma suçundan 5237 sayılı TCK'nın 314/2 maddesi gereğince mahkûmiyet kararı verildiği, istinaf başvurusu üzerine İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin 2. Ceza Dairesinin 10.05.2018 tarih ve 2018/1192 esas, 2018/1528 karar sayılı ilamı ile istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği, bu kararın da (kapatılan) Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 02.04.2019 tarih ve 2018/6431 esas, 2018/59858 karar sayılı ilamıyla düzeltilerek onandığı, iş bu karara ilişkin hükümlü/sanık tarafından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidildiği, Anayasa Mahkemesinin 03.02.2020 tarihli 2019/24034 başvuru nolu, ... kararında, Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğinin belirtildiği, iş bu karar gereği Manisa 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 11.03.2022 tarihli ve 2017/559- 2018/22 sayılı ek kararıyla CMK'nın 318/1 maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesine karar verildiği," Y 3. CD, E 2022/29130, K 2022/6587, T 18.10.2022 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 10.09.2024).

³⁵ Temyiz incelemesinden geçmiş bir bölge adliye mahkemesi ceza dairesi kararında maddi olayın tespitinde hata olduğu iddiasının yargılamanın yenilenmesi yoluyla ileri sürülebileceği hakkında bkz. Fahri Gökçen Taner, '5271 Sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar' (2017) [4] Ankara Barosu Dergisi 58.



CMK bakımındansa, ilk derece mahkemesinin hükmü, aleyhine istinaf kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşmişse, yargılamanın yenilenmesi talebinin hükmü veren ilk derece mahkemesine yapılacağında kuşku yoktur. Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinin bu tespit bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

Keza bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmeden önce ilk derece mahkemesinden verilen ve temyiz incelemesinden geçerek kesinleşen hükümler bakımından da yargılamanın yenilenmesinin şartları oluştuğunda yenileme ilk derece mahkemesi tarafından yapılmaktaydı.

Ancak özellikle bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle beraber, “hükmü veren mahkeme” düzenlemesinden ne anlaşılması gerektiğinin bazı ihtimaller açısından belirsizlik arz ettiği görülmektedir. Sorunun çözümü “hüküm” kavramının CMK madde 223’te sayılı hüküm çeşitlerini ifade ettiğinin kabulüyle mümkün olacaktır. Bu doğrultuda, bölge adliye mahkemesinin esasa girmeden verdiği ret kararları bakımından da esastan ret kararları bakımından da yargılamanın yenilenmesinde yetkili merci yine ilk derece mahkemesidir. Öte yandan, bölge adliye mahkemesinin duruşma açarak verdiği karar öncekini ortadan kaldıran bir “hüküm” olduğundan, buna karşı yargılamanın yenilenmesinde yetkili merci bölge adliye mahkemesi ceza dairesi olacaktır. Düzelterek onama kararı vasıtasıyla beraat kararı dahi verilebildiği ve CMK’da, Kanun’un 318/2. maddesindeki, Yargıtay ceza dairesinin verdiği düzelterek onama kararlarıyla ilgili istisnai düzenlemenin benzerine bölge adliye mahkemeleriyle ilgili olarak yer verilmediği göz önünde bulundurulduğunda, bölge adliye mahkemelerinin düzelterek onama kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yine bölge adliye mahkemesinden istenmelidir. Bölge adliye mahkemelerinin verdikleri düşme kararları için de aynı şekilde düşünmek yerinde olacaktır.

Temyiz incelemesinden geçen kararlar bakımındansa, davayla ilgili son hükmü hangi mahkeme verdiyse yargılamanın yenilenmesi talebi o mahkemeye yapılmalıdır. Eğer bölge adliye mahkemesi esastan ret kararı verdikten sonra bu karar temyiz edilmiş ve sonrasında kesinleşmişse, yargılamanın yenilenmesi talebi ilk derece mahkemesine yapılmalıdır. Buna karşılık, bölge adliye mahkemesince düzelterek esastan ret veya düşme kararı ya da duruşma açarak yeni bir hüküm verilmişse temyiz kanun yolundan geçerek kesinleşen bu hükme dair yargılamanın yenilenmesinde bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesi yetkili olacaktır.

Öte yandan, uygulamada farklı farklı kararlar veriliyor olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda özellikle bölge adliye mahkemelerinin verdikleri karar çeşitleri açısından ve bilhassa duruşma açarak hüküm verilen ve düzelterek esastan ret kararı verilen hallerde hangi merciin yargılamanın yenilenmesinde görevli olacağı Kanun’da açıkça düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akyürek, G, Yargılamanın Yenilenmesi (3. bs Seçkin Yayıncılık 2018)
- Arslan R, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (Ayyıldız Matbaası 1977)
- Bakım S, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi’ (2013) 19 [2] Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan 919-951
- Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku (20. bs Beta Yayınları 2021)
- Dülger MV ve Taşkın ŞC, Ceza Muhakemesi Hukuk (Seçkin Yayıncılık 2023)
- Erem F, ‘Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler’ (1962) 19 [1] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-48
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Muhakemesi Hukuku (7. bs Adalet Yayınevi 2023)
- Güngör D ve Albayrak A, İstinaf (Ankara Barosu Yayınları 2016)
- Karakehya H, Ceza Muhakemesi Hukuku (4. bs Nisan Kitabevi 2022)
- Karakurt A, Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi (Seçkin Yayıncılık 2009)
- Kaymaz S, Ceza Muhakemesinde İstinaf (3. bs Seçkin Yayıncılık 2023)
- Kunter N, Ceza Muhakemesi Hukuku (9. bs Yaylacık Matbaası 1989)
- Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: 5 (6. bs Demir Demir Yayıncılık 2001)
- Nişancı D, Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi (3. bs Seçkin Yayıncılık 2023)
- Önder A, ‘Muhakemenin İadesinde Reform’ (1973) 38 [1-4] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 59-114
- Önder A, ‘Muhakemenin İadesinin Caiz Olmadığı Hal’ (1965) 31 [1-4] İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 297-420
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku (16. bs Seçkin Yayıncılık 2023)
- Özgen E, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi (Başnur Matbaası 1968)
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Sırma Gezer Ö, Saygılar YF, Alan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E ve Tok MC, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (17. bs Seçkin Yayıncılık 2023)
- Taner FG, ‘5271 Sayılı CMK’nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar’ (2017) [4] Ankara Barosu Dergisi 47-78.
- Toroslu N ve Fezyioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku (22. bs Savaş Yayınevi 2023)
- Tosun Ö, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt: II, (2. bs Sulhi Garan Matbaası 1976)



Uyma Bulut B, 'Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarına Karşı Yargılamanın Yenilenmesi' (2018) [3] İzmir Barosu Dergisi 111-165.

Ünver Y ve Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku (18. bs Adalet Yayınevi 2022)

Şahin C ve Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku (19. bs Seçkin Yayıncılık 2023)

Yenisey F ve Nuhoglu A, Ceza Muhakemesi Hukuku (11. bs Seçkin Yayıncılık 2023)

Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku (16. bs Seçkin Yayıncılık 2019)

- karararama.yargitay.gov.tr

- www.kazanci.com

MUKAYESELİ ANAYASALARDA DEĞİŞTİRİLEMEZ MADDELERİN HUKUKİ TAHLİLİ VE UYGULAMA BİÇİMLERİ: TÜRKİYE, FRANSA, İTALYA, YUNANİSTAN, PORTEKİZ, İSPANYA VE ALMANYA ÖRNEĞİ

Legal Analysis and Implementation Methods of Unamendable Provisions in Comparative Constitutions: The Examples of Türkiye, France, Italy, Greece, Portugal, Spain, and Germany

Abdülazim İBRAHİM*

Özet

Çalışma içerisinde çeşitli ülkelerin anayasalarındaki dokunulmaz anayasal hükümlerin hukuki değeri karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Türkiye Cumhuriyeti başta olmak üzere, Belçika, Yunanistan, İtalya, Portekiz, İspanya, Fransa ve Almanya gibi ülkelerden seçilen örneklerle, bu ülkelerdeki anayasal dokunulmazlık kavramı ve bu hükümlerinin hukuk sistemindeki yeri analiz edilecektir.

Çalışmanın temel amacı, bu ülkelerdeki dokunulmaz anayasal hükümlerin hukuki değeri ve uygulama biçimlerini karşılaştırmak ve aralarındaki benzerlikleri ve farkları belirlemektir. Dokunulmaz anayasal hükümler, genellikle anayasanın belirli kısımların değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması mümkün olmayan hükümler olarak tanımlanmakta ve bu nedenle anayasal istikrarın korunmasında önemli bir rol oynamaktadır.

Belçika ve Fransa'nın anayasal sistemleri, dokunulmazlık kavramını sıkı bir şekilde tanımlamakta ve belirli hükümleri anayasal değişikliklerden korumaktadır. Yunanistan'da da benzer bir yaklaşım görülmekle birlikte, bazı esneklikler söz konusudur. İtalya ve Portekiz, dokunulmazlık kavramını daha detaylı düzenleyerek anayasal değişikliklerin sınırlarını çizirken, İspanya ve Almanya'nın anayasal sistemleri, bu hükümlerinin hukuki değerini ve sınırlarını belirleyen katı kurallara sahiptir.

Bu çalışma, her ülkenin anayasal dokunulmazlık hükümlerinin hukuki değerini ve uygulama biçimlerini detaylı bir şekilde inceleyerek, uluslararası karşılaştırmalı hukuk literatürüne katkıda bulunmayı amaçlamaktadır. Dokunulmaz anayasal hükümlerinin hukuki etkileri ve anayasal istikrar üzerindeki rolü hem teorik hem de pratik açılarından ele alınarak, bu konuda daha geniş bir anlayış geliştirilmesi hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, dokunulmaz hükümler, zaman kısıtlaması, maddi kısıtlama, hiyerarşik.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 25.11.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Dr. Öğretim Üyesi, Karabük Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, azim_2006@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7617-2429>



Abstract

This study comparatively examines the legal value of inviolable constitutional provisions in the constitutions of various countries. By selecting examples from countries such as the Republic of Türkiye, Belgium, Greece, Italy, Portugal, Spain, France, and Germany, the study analyzes the concept of constitutional inviolability in these countries and the role of these provisions within their legal systems.

The primary objective of this study is to compare the legal value and implementation of inviolable constitutional provisions in these countries, identifying both their similarities and differences. Inviolable constitutional provisions are typically defined as clauses within a constitution that cannot be altered or abolished, thus playing a crucial role in maintaining constitutional stability.

Belgium and France's constitutional systems define the concept of inviolability strictly and protect certain provisions from constitutional amendments. A similar approach is observed in Greece, although with some flexibility. Italy and Portugal provide more detailed regulations on inviolability, outlining the boundaries of constitutional amendments, while Spain and Germany's constitutional systems have rigid rules that define the legal value and limitations of these provisions.

This study aims to contribute to the international comparative law literature by examining in detail the legal value and implementation of each country's inviolable constitutional provisions. The legal effects of inviolable constitutional provisions and their role in constitutional stability are addressed both theoretically and practically, with the goal of developing a broader understanding of this subject.

Keywords: Constitution, inviolable provisions, temporal restrictions, material restrictions, hierarchical.

GİRİŞ

Bazı hukukçular, birçok anayasanın geçerlilik süresi boyunca değiştirilemez konulara sahip olması dolayısıyla anayasa hükümleri arasında hiyerarşik bir sıralama olduğunu düşünmüşler ve tali kurucu iktidarın bu hükümlere müdahale edemeyeceğine dair bir görüş ortaya koymuşlardır. Bu ilkelere de “*Üstün Anayasal Kurallar*” (*Supra Constitutionnelles*) adı verilmiştir ve bu kavram Fransız hukukunda destek bulan bir yaklaşım olarak yerini almıştır. Bu kuralları savunanların karşısında ise bu görüşe karşı çıkan başka bir kesim yer almıştır. Destekleyenlerin bu kısıtlamaları öne sürme amacı ise temel hakların mümkün olan en yüksek düzeyde anayasal koruma altına alınmasını ve halk tarafından kabul edilen bazı temel ilkelerin korunmasını sağlamak olmuştur.

Üstün Anayasal Kurallar (*Supra Constitutionnelles*) kavramı, “*Temel*” olarak nitelendirilen bazı kuralların veya ilkelerin anayasa hükümleri ve kanun metinlerinde açıkça veya dolaylı olarak yer alan kurallar üzerinde üstünlüğünü ifade etmektedir. Bu kurallar, anayasa koyucuya bağlayıcı olup, anayasanın üzerinde yer alan bir dizi kural olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle anayasa değişikliği yapma yetkisine sahip olan otorite, bu kurallara uymak ve saygı göstermek zorundadır. Bu ilkeler monarşik veya cumhuriyetçi sisteme müdahale yasağı ya da devletin federal yapısına müdahale yasağı gibi belirli konulara ilişkin olup devletin siyasi sistemiyle bağlantılı oldukları için bu konulara dokunulmaması gerektiğini ifade etmekle beraber devlet başkanlığı makamının boş olduğu bir dönemde anayasanın değiştirilmesini yasaklamak ya da devletin dış saldırı altında olduğu bir dönem içe-

risinde anayasanın dokunulmazlığını korumak gibi belirli bir süre boyunca anayasa hükümlerinin değiştirilmesini de engellemektedir. Nitekim bu kısıtlamalar, anayasa değişikliği sürecinin başlangıcından itibaren belirli bir yetkili merciye bırakılması, değişiklik tasarısının hazırlanması, onaylanması ve yürürlüğe girmesi gibi usulen veya şekli nitelikte de olabilmektedir.

Anayasa değişikliği yetkisi üzerinde zaman ve konu bakımından getirilen kısıtlamalar üzerine anayasa hukukunda bir tartışma yürütülmüş, ancak şekli veya usuli kısıtlamalarla ilgili bu tür bir tartışma yapılmamış, çünkü anayasa değişikliği yetkisi açısından bu tür kısıtlamalar genellikle kabul görmüş normlar arasında yer almıştır. Bu nedenle burada yalnızca zaman ve konu bakımından getirilen kısıtlamalardan bahsedeceğiz.

Anayasa hukukunda hemen hemen genel bir kabul vardır ki, anayasalara mutlak bir katılık getirilmemelidir. Bu mutlak katılık, anayasanın hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği anlamına gelmektedir. Anayasaların tamamen, mutlak ve sonsuza kadar değiştirilmelerinin yasaklanması nadiren görülse de bazı anayasalar belirli bir süre boyunca değiştirilmeleri yasaklayabilmektedir. Buna “*zaman kısıtlaması*” adı verilmektedir. Bu üstün anayasal kuralların, anayasanın dışında değil, bizzat anayasanın içinde yer alan yüksek ilkeler olduğuna dikkat çekmek gerekir. Asli kurucu iktidar, anayasa değişikliği yapma yetkisine sahip olan otoriteyi bu ilkelere uymaya ve onlardan sapmamaya zorlamak istemektedir.

I. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASALARDA DEĞİŞTİRİLEMEZ MADDELER

Anayasal sistemler, devletlerin hukuki yapılarını belirleyen temel normları içermektedir. Bu bağlamda, bazı anayasal hükümler, belirli bir süre boyunca değiştirilemez olarak kabul edilmektedir ve bu hükümlerin dokunulmazlığı, anayasanın temel ilkelerinin korunmasını sağlamak için önemlidir. Karşılaştırmalı anayasalarda, bu dokunulmaz hükümlerinin hukuki değerini incelemek, farklı ülkelerin anayasal yapılarında ne tür koruma mekanizmalarının mevcut olduğunu anlamamıza yardımcı olmaktadır. Bu bölümde Türkiye, Belçika, Yunanistan, İtalya, Portekiz, İspanya, Fransa ve Almanya gibi ülkelerdeki değiştirilemez anayasal hükümlerinin hukuki değerini detaylı bir şekilde analiz edilecek ve bu anayasal hükümlerinin çeşitli anayasal sistemlerde nasıl bir rol oynadığı belirlenecektir. Böylece, anayasal değişikliklerin sınırlarını ve bu sınırların devletlerin hukuk sistemleri üzerindeki etkileri daha iyi kavranabilecektir. Bu hükümlerden bazıları *zamanla*, bazıları ise *konularla* ilgilidir. Öncelikle zaman kısıtlamaları taşıyan hükümlere, ardından konu kısıtlamaları taşıyan hükümlere değinilecektir. Bu konu aşağıdaki iki alt başlıkta ele alınacaktır.

A. Zaman Bakımından Kısıtlamalar

Zaman kısıtlamalarından kasıt, belirli bir süre boyunca dokunulması yasak olan bir dizi anayasal hükümlerin bulunmasıdır. Kısıtlamalar, belirli süre zarfında istikrar



ve sürekliliği sağlamak amacıyla getirilmektedir. Bu hükümler, ya önceki sistemlerden farklı yeni sistemlerin kurulması ya da ülkenin geçirdiği olağanüstü durumlar veya krizlerle başa çıkması amacı taşımaktadır. Bu dönemde, kamuoyunun yerleşik ve kesin eğilimlerine aykırı değişikliklerin yapılmasını önlemek için bu hükümlerin değiştirilmesi yasaklanmaktadır. Ayrıca bu kısıtlamalar, özellikle monarşi gibi yönetim sistemlerinde görülen zayıflık dönemlerine karşı koymayı amaçlamaktadır.¹

Bu zaman kısıtlamaları ya anayasanın özünde açıkça belirtilir ya da anayasal hükümlerin zımnen anlaşılmasından elde edilmektedir. Anayasa mahkemeleri de bu duruma katkı sağlayabilir. Aşağıda, anayasa değişikliği üzerinde zaman kısıtlamaları getiren bazı karşılaştırmalı anayasalara değinilecektir.

1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

1982 Anayasası'nın değiştirilmez maddeleri, anayasal düzenin zaman ötesi bir yapı olarak korunması amacıyla tasarlanmıştır. Anayasa'nın 4. maddesi, 1., 2. ve 3. maddelerin değiştirilmesini ve hatta değiştirilmesinin teklif dahi edilmesini yasaklamıştır. Bu düzenleme, anayasa teorisinde belirli kuralların zamanla değişmezlik iddiasını ifade etmiş, anayasal süreklilik sağlama arzusunun bir yansıması olmuştur.² Bu tür hükümler zaman kısıtlamaları açısından ele alındığında ise belirgin bir sorun ortaya çıkmıştır. Nitekim toplumların sürekli değişen dinamikleriyle uyum içinde olmayan hükümler, hukuki ve siyasi sistemin güncellenme ihtiyacına direnç gösterebilmektedir.

1982 Anayasası'nın 4. maddesi, anayasanın değiştirilemez ve değiştirilmese teklif dahi edilemez maddelerini şu şekilde tanımlamıştır: “*Anayasanın 1'inci maddesindeki devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3'üncü maddesi değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.*”

Bu hükümler Türkiye'de anayasal rejimin temel yapı taşlarını oluşturmakta ve anayasanın özünü temsil etmektedir. Ayrıca, bu maddelerin anayasal üstünlük ilkesini korumak ve siyasi istikrarı sağlamak amacıyla koruma altına alınması, anayasa değişikliklerine getirilen konusal sınırlamaları ifade etmektedir.

1982 Anayasası'nın 1. maddesi Türkiye Devleti'nin yönetim şeklinin cumhuriyet olduğunu açık bir şekilde belirtmiştir. Bu madde, devletin yönetim biçimine ilişkin tartışmaları da kapatan kesin bir hüküm olarak anayasal güvence altına alınmıştır. 2. madde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı ve sosyal barışa dayalı bir devlet yapısı öngörmüştür. 3. madde ise devletin bütünlüğünü, resmi dilini, bayrağını, milli marşını ve başkentini güvence altına almıştır. “*Türkiye Devleti ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir.*”

¹ Kemal Gözler, *Kurucu İktidar* (2. Baskı, Ekin, Bursa, 2016) 116.

² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş* (Ekin Yayınları, 2019) 82.

Bayrağı, şekli kanununda belirtilen, ay yıldızlı al bayraktır. Milli marşı “İstiklal Marşı”dır. Başkenti Ankara’dır.”

Zaman kısıtlamaları taşıyan bu hükümler, Türkiye’nin 1980 hükümeti sonrası içinden geçtiği toplumsal ve siyasi krizlere bir yanıt olarak sertleştirilmiştir. Darbe döneminin yasama yetkisini kullanan askeri yönetimi, anayasanın temel niteliklerini değiştirilemez bir şekilde sabitleyerek devletin kurucu ilkelerini koruma altına almayı amaçlamıştır.³ Bu durum, özellikle laiklik ve devletin bölünmez bütünlüğü gibi konularda geçmişte yaşanan krizlerin tekrarını önleme hedefinden kaynaklanmaktadır. Ancak, bu maddelerin mutlak değişmezliği, anayasal düzeni zamanla toplumsal ihtiyaç ve taleplerden kopuk hale getirme riskini taşımaktadır.⁴

Demokratik bir anayasa, teorik olarak, toplumsal iradeyi yansıtmaya ve zamanla değişen koşullara uyum sağlama esnekliğine sahip olmalıdır. Ancak, 1982 Anayasası’nın değiştirilemez hükümleri, bu tür bir esnekliği sınırlamaktadır. Özellikle anayasa hukuku literatüründe, anayasanın katılığı ile demokratik dönüşüm ihtiyacı arasındaki çelişki sıkça vurgulanmaktadır.⁵ Türkiye’de bu çelişki, anayasal reform taleplerinin sık sık gündeme gelmesine ve demokratikleşme sürecinde anayasal değişimin engelleyici bir faktör olarak görülmesine neden olmuştur.⁶ Bu nedenle, değiştirilemez maddelerin zamana karşı statik kalması, toplumun dinamik yapısıyla çelişmekte ve anayasal süreklilik ile demokratik yenilenme arasındaki dengeyi tartışmaya açmaktadır.

2. Belçika Anayasası

7 Şubat 1831 tarihinde kabul edilen ve 31 Temmuz 1984 yılında değiştirilen Belçika Anayasası’nın 196. maddesi hükümlerine göre, anayasanın savaş durumu ve taht naipliği süresi gibi durumlarda değiştirilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca, aynı madde içerisinde “*Savaş zamanında veya federal topraklarda meclisin özgürce toplanmasının engellendiği durumlarda hiçbir anayasa değişikliği yapılamaz*” hükmü düzenleme altına alınmıştır. 197. maddede ise taht naipliği süresince kralın anayasal yetkileri ile ilgili hiçbir değişiklik yapılamayacağı belirtilmiştir. Genel itibarıyla bu madde 85’ten 88’e, 91’den 95’e, 106 ve 197’ye kadar olan maddelerle ilgili düzenlemelere yer vermektedir. 197. madde’nin atıfta bulunduğu 85’ten 88’e kadar olan kısımlar, “*Kral ve Federal Hükümet*” başlıklı üçüncü bölümün birinci kısmında yer aldığı görülmektedir. Bu bölümde kralın yetkileri, hükümdarlığın mirası, kraliyet soyundan gelen bir varisin bulunmaması durumu, başka bir krallığı yönetme durumu ve kralın eylemlerinden sorumlu tutulmaması gibi konular ele alınmaktadır. 91’den 95’e kadar olan maddeler ise kralın reşit olması, anayasal

³ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2012) 94.

⁴ İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri* (İmge Kitabevi, Ankara, 2018) 176.

⁵ Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (MIT Press, Cambridge, 1928) 125.

⁶ Burhan Kuzu, *Türkiye’de Anayasa ve Demokrasi Tartışmaları* (Seçkin Yayınları, İstanbul, 2012) 56



yemin etmesi, kralın ölümünde varisin reşit olmaması durumu, kralın yetkilerini yerine getirememesi durumu, bir naibin atanması ve yemin etmesi, taht boşaldığında bir naip bulunması gibi konuları kapsamaktadır.⁷ 106. madde, kralın kararlarının yürürlüğe girebilmesi için bir bakanın imzasını gerektirdiğini ve bu kararlar için şahsen sorumluluk taşıdığını belirtmektedir.⁸

Son olarak, 197. madde taht naipliği süresince anayasa değişikliklerinin yapılamayacağını vurgulamaktadır ancak, şekli sınırlar geçerli olmasına rağmen, bu hükümler kendileri de gözden geçirilmeye tabidir. Nitekim, daha önce bahsedilen 197. madde, 1984 yılında Anayasa'nın 84. maddesinin değiştirilmesiyle eklenmiştir.

3. Yunanistan Anayasası

1927 yılında yürürlüğe giren Yunanistan Anayasası, cumhuriyet fikrini korumak amacıyla beş yıl geçmeden değişiklik yapılmasını yasaklamıştı.⁹ Bu yasa, 1975 yılında kabul edilen Yunanistan Anayasası'nda da on birinci maddenin altıncı fıkrasında, herhangi bir hükmün değiştirilmesinden sonraki beş yıl içinde anayasanın yeniden değiştirilmesini engelleyen bir hüküm olarak tekrar vurgulanmıştır.¹⁰

4. İtalya Anayasası

1947 yılında kabul edilen İtalya Anayasası'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, anayasa değişikliği için birinci ve ikinci düzeltme arasında en az üç ay geçmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu maddeye göre, anayasayı ve diğer anayasal yasaları değiştiren kanunlar, her iki meclis tarafından birbirini takip eden iki oturumda, en az üç aylık bir ara ile kabul edilmekte ve ikinci oylamada her meclis üyesinin mutlak çoğunluğu tarafından onaylanması öngörülmüştür. Aynı kanunlar, meclis üyelerinden beşte biri, beş yüz bin seçmen ya da beş bölgesel meclis tarafından, kanunların yayımlandığı tarihten itibaren üç ay içinde talep edilmesi durumunda halk oylamasına sunulmalıdır. Halk oylamasına sunulan kanun, geçerli oyların çoğunluğu tarafından onaylanmadığı takdirde yürürlüğe girmemektedir ancak, kanun ikinci oylamada herhangi bir meclis tarafından üye sayısının üçte iki çoğunluğuyla onaylanmışsa, referandum yapılmasına gerek kalmamaktadır.¹¹

⁷ Akif Tögel, *Dünya Anayasalarında Değiştirilemez Maddeler ve Türkiye'nin Yeni Anayasası İçin Öneriler* (Sayı: 27, 2016) 757, 773.

⁸ *Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları* (Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Mayıs 2011).

⁹ "Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları", s.528-529; http://www.servat.unibe.ch/icl/po00000_.html. (E.T: 25.01.2023)

¹⁰ Daha fazla bilgi için, 16-17 Eylül 1994 tarihlerinde gerçekleştirilen Avrupa Anayasa Mahkemeleri'nin onuncu konferansına sunulan Yunan raporuna bakınız. Bu rapor, 1994 tarihli Uluslararası Anayasa Yargısı Yılığının 119. sayfasında ve devamında yayımlanmıştır.

¹¹ "Anayasayı değiştiren yasalar ve diğer anayasal yasalar, her iki meclis tarafından, aralarında en az... olan iki aradışık tartışmadan sonra kabul edilecektir."

5. Portekiz Anayasası

1976 yılında kabul edilen Portekiz Anayasası'nın 289. maddesi, anayasanın olağanüstü hâl ilan sırasında ve “*état de siège*” olarak adlandırılan sıkıyönetim hâlinde değiştirilmesini yasaklamaktadır. Bu madde, “*Bu anayasanın sıkıyönetim veya olağanüstü hâl sırasında değiştirilmesine yönelik herhangi bir işlem yapılamaz*” şeklinde ifade edilmiştir.¹² Ayrıca, aynı anayasanın 284. maddesi, anayasanın normal bir değişiklik yapıldıktan sonraki beş yıl içinde değiştirilmesini yasaklamaktadır. Bu madde, “*1. Cumhuriyet Meclisi, son normal anayasa değişikliği yasasının yayımlanmasından beş yıl sonra bu anayasayı değiştirebilir. 2. Bununla birlikte, Cumhuriyet Meclisi, üyelerin toplamının beşte dördünün oy çokluğuyla herhangi bir zamanda istisnai değişiklik prosedürlerine başlayabilir*” şeklinde hüküm düzenlenmiştir.¹³

6. İspanya Anayasası

27 Aralık 1978 tarihinde kabul edilen İspanya Anayasası'nın 169. maddesi, savaş zamanında veya 116. maddesinde belirtilen durumlardan herhangi birinin mevcut olduğu hallerde anayasa değişikliği başlatılmasını yasaklamaktadır¹⁴. 116. madde, bu durumları üç şekilde tanımlamaktadır. Bunlar:

- (1) Hükümet tarafından ilan edilen ve en fazla on beş gün süren genel seferberlik,
- (2) Parlamento iki meclisinin onayıyla hükümet tarafından ilan edilen olağanüstü hâl,
- (3) Hükümetin önerisiyle Parlamento tarafından ilan edilen sıkıyönetim,

116. maddeye göre temel bir yasa, seferberlik, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim durumlarının düzenlenmesini ve bu durumların ilanı ile ilgili yetki ve sınırlamaları belirlemektedir. Hükümet, Bakanlar Kurulu'nun onayını alarak seferberliği en fazla on beş gün sürecek şekilde ilan edebilmekte ve Temsilciler Meclisi'ni derhal bilgilendirmesi gerekmektedir. Temsilciler Meclisi onaylamadığı sürece bu süre uzatılamaz ve ilan edilen seferberlik bölgesini belirlenmelidir. Olağanüstü hâl, Hükümet tarafından Bakanlar Kurulu kararıyla ilan edilmekte ve Temsilciler Meclisi'nin önceden iznini gerektirmektedir. Olağanüstü hâl ilanında, etkilerinin ve kapsamının

¹² Daha fazla bilgi için, 7-10 Mayıs 1990 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen Avrupa Anayasa Mahkemeleri'nin sekizinci konferansına sunulan İtalyan raporuna bakınız. Bu rapor, 1999 tarihli Uluslararası Anayasa Yargısı Yıllığı'nın 169. sayfasında ve devamında yayımlanmıştır.

¹³ Bu maddenin metni şu şekildedir: -

1. “*Cumhuriyet Meclisi, son olağan revizyon yasasının yayımlanmasından beş yıl sonra Anayasa'yı gözden geçirebilir.*
2. *Ancak, tüm üyelerin beşte dört çoğunluğu ile Cumhuriyet Meclisi, olağanüstü revizyon yetkilerini herhangi bir zamanda alabilir. Bu anayasanın revizyonunu içeren herhangi bir işlem, sıkıyönetim veya olağanüstü hâl sırasında yapılmaz.*”

¹⁴ İspanyol Anayasası'nın 169. maddesinin İngilizce metninin Türkçeye çevirisi şu şekildedir: “*Anayasa değişikliği süreci, savaş zamanı veya 116. maddede belirtilen herhangi bir durum altında başlatılamaz.*”

net olarak belirtilmesi ve süresinin otuz günü geçmemesi gerekmektedir; bu süre benzer koşullar altında uzatılabilir. Sıkıyönetim ise, yalnızca Hükümet tarafından önerilen bir önergeyle Temsilciler Meclisi tarafından mutlak çoğunlukla ilan edilmektedir. Meclis, sıkıyönetimin kapsamını, süresini ve koşullarını belirlemektedir.¹⁵

116. maddeye göre Milletvekilleri Kongresi'nin feshedilmesi veya dağıtılması, bu maddede belirtilen olağanüstü durumların ilan edilmesi halinde mümkün olmamaktadır. Kongre tatilde olduğu takdirde, söz konusu durumun ilanı üzerine kendiliğinden toplanmaktadır. Bu olağanüstü hallerin devam ettiği süre boyunca Kongre ve diğer anayasal organların faaliyetleri kesintiye uğramamaktadır. Kongre feshedilmiş ya da görev süresi sona ermişse, bu durumların gerçekleşmesi halinde Kongre'nin yetkileri Daimi Komisyon tarafından devralınmaktadır. Bu durumların ilanı, hükümet ve temsilcilerinin sorumluluğuna aykırı değildir ve anayasa ile yasalarca belirtilmiştir. İspanyol Anayasası'nın 169 ve 116. maddelerinde belirtilen dört durum, anayasanın değiştirilmesine yönelik bir zaman yasağı oluşturur ve bu durumlar sırasında yapılan anayasa değişiklikleri geçersiz sayılmaktadır.

7. Fransa Anayasası

Fransa Anayasası'nın 7. maddesinin özellikle son fıkrası¹⁶, 16. maddesi ve 89. maddesinin dördüncü fıkrası¹⁷ anayasanın değiştirilmesi yetkisini kısıtlayan zaman sınırlamaları içermektedir. Bu sınırlamalar hem açık hem de dolaylı olarak anlaşılabilir. Açık sınırlamalar şunlardır:

(1) 7. maddenin son fıkrasında, Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması durumunda veya Cumhurbaşkanının görevini yerine getiremeyecek durumda olduğuna dair nihai açıklamanın yapılması ile halefinin seçilmesi arasındaki dönemde anayasanın değiştirilmesi yasaklanmıştır.¹⁸ Bu yasak, 1962'de Cumhurbaşkanı seçiminin doğrudan halk oylaması ile yapılmasını öngören referandumun ardından anayasa metnine eklenmiştir. Bu düzenleme, Parlamento'nun bu yöntemle ilgili değişiklik yapmasının, özellikle başkanlık makamının boşalması gibi ani durumlarda engellenmesi amacıyla getirilmiştir.¹⁹

¹⁵ Daha fazla bilgi için, 16-17 Eylül 1994 tarihlerinde düzenlenen Avrupa Anayasa Mahkemeleri'nin onuncu konferansına sunulan Portekiz raporuna bakınız. Bu rapor, 1994 tarihli Uluslararası Anayasa Yargısı Yıllığı'nın 222-171. sayfalarında ve devamında yayımlanmıştır.

¹⁶ Son fıkraya göre: "Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması ya da Cumhurbaşkanının görevini yerine getiremeyeceğine dair nihai karar ile halefinin seçilmesi arasındaki dönemde, 49 ve 50. maddeler ile 89. madde uygulanamaz."

¹⁷ Dördüncü fıkra, ülkenin toprak bütünlüğüne yönelik bir saldırı durumunda anayasanın değiştirilmesine dair herhangi bir başvurunun ya da prosedürün başlatılamayacağını belirtir.

¹⁸ Son fıkra şu şekilde ifade edilmiştir: "Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması veya Cumhurbaşkanının görevini yerine getiremeyeceğine dair nihai karar ile halefinin seçilmesi arasındaki dönemde, Anayasanın 49 ve 50. maddeleri ile 89. maddesi uygulanamaz."

¹⁹ Dmitri-Georges Lavroff, *Beşinci Cumhuriyetin Anayasa Hukuku* (Daloz, Paris, 1995) 105.

(2) 89. maddenin dördüncü fıkrasında, ülkenin topraklarına yönelik saldırı durumunda anayasanın değiştirilmesi yasaklanmıştır.²⁰ Bu hüküm, 1946 Anayasası'nın 94. maddesinde yer alan ve ülkenin toprak bütünlüğüne yönelik bir tehdit durumunda anayasanın değiştirilmesine yönelik herhangi bir işlemin başlatılamayacağını belirten yasakla bir tutarlılık göstermektedir.²¹ Bu yasak, 1940 Temmuz'unda Fransız topraklarının Alman güçleri tarafından işgal edilmesinden sonra kabul edilen Fransız anayasal sistemi için geçerli bir düzenleme olmuştur. Bu yasak, bu olağanüstü koşullar altında anayasa değişikliklerinin halkın gerçek iradesini yansıtmayabileceği endişesiyle mantıklı bir önlem olarak getirilmiştir.²² Ancak dolaylı kısıtlama, Fransız Anayasa Konseyi tarafından 2 Eylül 1992 tarihli kararında çıkarılmıştır. Bu karar, Fransız Anayasası'nın 16. maddesinden türetilmiştir; bu madde olağanüstü durumları düzenlemektedir. Madde şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Cumhuriyet kurumları, Ulusun bağımsızlığı, ülke bütünlüğü veya uluslararası yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ciddi ve acil bir şekilde tehdit edildiğinde ve anayasal kamu otoritelerinin düzenli işleyişi kesintiye uğradığında, Cumhurbaşkanı, Başbakan, meclis başkanları ve Anayasa Konseyi ile resmi istişarelerin ardından, duruma uygun önlemleri alır. Cumhurbaşkanı, bu önlemleri bir mesaj aracılığıyla ulusa bildirir. Alınan bu önlemler, anayasal kamu otoritelerinin görevlerini mümkün olan en kısa sürede yerine getirebilmelerini sağlama amacına dayanmalıdır. Bu önlemler hakkında Anayasa Konseyi'ne danışılır. Parlamento kendiliğinden toplanır. Olağanüstü yetkiler kullanıldığı süre boyunca Ulusal Meclis feshedilemez.”*²³ Ulusal Meclis Başkanı, Senato Başkanı veya 60 milletvekili veya 60 senatör, olağanüstü yetkiler uygulandıktan 30 gün sonra Anayasa Konseyi'ne başvurarak ilk fıkradaki koşulların devam edip etmediğini incelemesini talep edebilmektedir. Anayasa Konseyi'nin en kısa sürede açık bir şekilde karar vermesi gerekmektedir. Ayrıca Konsey'in, olağanüstü yetkilerin uygulanmasının sona ermesinden sonra 60 günlük sürenin sonunda da aynı koşullar altında inceleme ve karar verme yükümlülüğü vardır.²⁴

²⁰ Dördüncü fıkra şu şekilde ifade edilmiştir: *“Toprak bütünlüğüne yönelik bir saldırı durumunda anayasanın değiştirilmesine dair herhangi bir prosedür başlatılamaz veya devam ettirilemez.”*

²¹ Bu madde şu şekilde ifade edilmiştir: *“Yabancı kuvvetler tarafından toprakların tamamının veya bir kısmının işgali durumunda, anayasanın değiştirilmesine dair herhangi bir prosedür başlatılamaz veya devam ettirilemez.”*

²² Robert Badinter ve Bruno Genevois, Anayasal Normların Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki Fonksiyonu. (1990 Ankara).

²³ Rubio Llorente F, 'ESPAGNE', X. Uluslararası Yuvarlak Masa Toplantısı, *ANNUAIRE international de justice constitutionnelle* (X, 1994) 75-80.

²⁴ Fransız Anayasası'nın 16. maddesi şu şekildedir:

“Cumhuriyet'in kurumları, ulusun bağımsızlığı, topraklarının bütünlüğü veya uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi ciddi ve acil bir tehlike altına düştüğünde ve bu durum kamu yetkilerinin düzenli işleyişinin kesintiye uğramasına yol açtığında, Cumhurbaşkanı bu koşullara uygun önlemleri alır ve bu önlemler hakkında Başbakan, iki meclisin başkanları ve Anayasa Konseyi ile resmi olarak danışır ve ulusa bir konuşma yaparak bilgilendirir. Bu önlemler, kamu yetkilerine görevlerini mümkün olan en kısa sürede yerine getirebilecek araçları sağlamak amacıyla olmalı-

Fransız Anayasa Konseyi, Fransız hukuk doktrininden de destek alarak, Cumhurbaşkanı'nın olağanüstü yetkilerini kullanırken anayasayı değiştiremeyeceği sonucuna varmıştır. Çünkü bu, Cumhurbaşkanı'nın anayasayı koruma görevini zıt bir şekilde yerine getirmesi anlamına gelmektedir. Anayasayı korumakla görevli olan Cumhurbaşkanı'nın amacı, devlet kurumlarını mümkün olan en kısa sürede normal işleyişine döndürmek olmalıdır. Dolayısıyla, 16. madde çerçevesinde anayasayı değiştirmek, bu maddenin uygulanmasının amacına aykırıdır.²⁵

B. Maddi veya Konularına Göre Kısıtlamalar

Bazı anayasalar, belirli konulara yönelik maddi kısıtlamalar içermektedir. Bu kısıtlamalar, anayasa değişikliğine tabi olmayan belirli konuları kapsamakta ve bu konular anayasanın değiştirilmesinden muaf tutulmaktadır. Bu konular genellikle ülkenin siyasi sistem anlayışına ve felsefesine göre değişiklik göstermekte ve çoğu zaman temel hak ve özgürlüklerle ilgili olup, değişiklikten korunmak istenmektedir. Bu tür konular anayasa metninde açıkça belirtilmiş olabilir veya anayasal metinler aracılığıyla dolaylı olarak anlaşılabilir.²⁶ Aşağıda bazı kıyaslamalı anayasalarda bu kısıtlamaların nasıl belirlendiğine dair örnekler sunulmuştur:

1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

1982 Anayasası'nın değiştirilemez hükümleri, anayasanın temel ilkelerine ilişkin konu kısıtlamaları taşıyan bir karaktere sahiptir. Bu maddeler, devletin yönetim biçimini (1. madde), niteliklerini (2. madde) ve temel unsurlarını (3. madde) belirleyen kurucu düzenlemelerdir. 1. madde ile cumhuriyet rejiminin, 2. madde ile demokratik, laik, sosyal hukuk devleti anlayışının ve 3. madde ile ülkenin bölünmez bütünlüğü ve Türkçe'nin resmi dil olarak kabul edilmesinin korunması hedeflenmiştir. Bu konular, anayasal düzenin dokunulamaz özünü temsil etmektedir.²⁷

Konu kısıtlamaları taşıyan bu hükümler, özellikle Türkiye'nin 20. yüzyıldaki ulus-devlet inşası süreciyle ilişkilidir. Cumhuriyet rejiminin korunması ve laiklik ilkesinin anayasal garanti altına alınması, Atatürk ilke ve inkılaplarının anayasal

dr. Anayasa Konseyi, bu önlemler hakkında görüşünü sunar ve parlamento yasal olarak toplar. Olağanüstü yetkilerin uygulanması sırasında Ulusal Meclis feshedilemez. Ulusal Meclis Başkanı, Senato Başkanı veya 60 milletvekili ya da 60 senator, olağanüstü yetkilerin uygulanmasından 30 gün sonra Anayasa Konseyi'ne başvurarak ilk fıkradaki koşulların hala geçerli olup olmadığını incelemesini talep edebilir. Anayasa Konseyi, en kısa sürede kamuya açık bir şekilde karar verir. Ayrıca, olağanüstü yetkilerin uygulanmasının sona ermesinden sonra 60 gün içinde de aynı koşullar altında inceleme ve karar verme yükümlülüğü vardır."

²⁵ Bkz.; Jacques Lamarque, 'Gerekliğin Teorisi ve Anayasa Maddesi', RDP (1961) 617; Dmitri-Georges Lavroff, *Fransız Siyasi Sistemi: Anayasa ve Beşinci Cumhuriyetin Politik Pratiği* (Paris, 1991) 474; Bernard Branchent, *Beşinci Cumhuriyet Döneminde Anayasa Değişikliği* (L.G.D.J., 1994) 63; Jean Gicquel, *Anayasa Hukuku ve Siyasi Kurumlar* (12. Baskı, Paris, 1993) 180; Dominique Rousseau, *Anayasa Yargı Hukuku* (3. Baskı, 1993) 182

²⁶ Tögel, (n 7) 759-760.

²⁷ Gözler (n 2) 88.

bir gereklilik olarak sabitlenmesi çerçevesinde değerlendirilmelidir.²⁸ Aynı şekilde, devletin bölünmez bütünlüğü ve Türkçe'nin resmi dil olarak belirlenmesi, etnik ve bölgesel ayrılıkçılıkla mücadelede anayasal bir güvenlik mekanizması olarak tasarlanmıştır. Bu bağlamda, konu kısıtlamaları, anayasal düzenin ideolojik temellerini muhafaza etme işlevi görmektedir.²⁹ Bununla birlikte, bu maddelerin konu bakımından değişmezliği, eleştirilere de açıktır.

Modern anayasal sistemler, çoğulculuk ve demokratik temsil ilkelerini öncelerken, değişmez hükümler toplumsal farklılıkların anayasal sistemde yeterince temsil edilmesini engelleyebilmektedir.³⁰ Özellikle laiklik gibi kavramların yoruma açık doğası ve sosyal, kültürel kimliklerin anayasada sabit bir dil ile ifade edilmesi, değişen toplumsal gerçekliklerle çatışma yaratabilmektedir.³¹ Türkiye bağlamında, bu maddelerin konu bakımından katılığı hem anayasa reformlarının önünü tıkamakta hem de toplumsal uzlaşmayı zedeleyen bir unsur olarak tartışılmaktadır.³²

Değiştirilemez maddelerin konu bakımından kısıtlamaları, anayasal istikrar ile demokratik esneklik arasında bir denge arayışını yansıtmaktadır. Ancak, bu tür hükümler, anayasanın kendisini bir ideolojik araç olarak konumlandığı eleştirisini de beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda, konu bakımından kısıtlamalarının demokratik temsil ve katılım üzerindeki etkisi, anayasa hukuku tartışmalarında önemli bir yer tutmaktadır.

2. Almanya Anayasası

23 Mayıs 1949'da kabul edilen Almanya Anayasası'nın 79. maddesinin üçüncü fıkrası, temel ilkeler olan federal düzenin ve eyaletlerin yasama sürecine katılımının değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını yasaklamaktadır.³³ Anayasanın 1. ve 20. maddelerinde belirtilen temel ilkeler doğrultusunda, bu anayasanın herhangi bir değişikliği, federal düzeni, eyaletlerin yasama işlevine katılımını veya anayasanın 1. ve 20. maddelerinde belirtilen ilkeleri ihlal edemez. Anayasanın birinci maddesine göre, bu kısıtlamalar temel haklara ilişkindir ve anayasa değişikliklerinin bunlara zarar vermesi yasaktır. Bu haklar arasında insan onuru ve tüm devlet otoriteleri tarafından korunması gereken haklar yer almaktadır. Anayasanın birinci maddesinde “(1) İnsanın onuru ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür. (2) Alman Milleti, dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder.” şeklinde belirtilmiştir.

²⁸ Feroz Ahmad, *The Making of Modern Turkey* (Routledge, London, 1993). 172.

²⁹ Ergun Özbudun (n 3) 74.

³⁰ Kaboğlu, (n 4) 185.

³¹ Özbudun (n 3) 74.

³² Andrew Arato, ‘Constitutional Politics in a New Key’ (1995) 62 (2) *Social Research* 463, 470.

³³ Almanya Anayasası'nın 79. maddesinin üçüncü fıkrasının İngilizce metninin Türkçe çevirisi şu şekildedir: “*Bu Temel Kanunda, Federal Devletin eyaletlere bölünmesi, eyaletlerin yasama sürecine katılımı veya 1. ve 20. maddelerde belirtilen ilkelerle ilgili değişiklikler kabul edilemez.*”



Alman vatandaşlarını sadece etkileyen haklardan bazıları, toplanma özgürlüğü (Madde 8), dernek kurma özgürlüğü (Madde 9), seyahat özgürlüğü (Madde 11) ve meslek özgürlüğüdür (Madde 12). Diğer haklar ise tüm bireyler için geçerlidir ve bunlar arasında yaşam hakkı, bedensel bütünlük hakkı, kişisel işlerin yönetimi hakkı (başkalarına zarar vermemek şartıyla) (Madde 2), hukukun önünde eşitlik ilkesi (Madde 3), inanç özgürlüğü ve dini ibadetleri yerine getirme hakkı (Madde 4), ifade özgürlüğü (Madde 5) ve anneliğin ve çocukluğun korunması (Madde 6) yer almaktadır. Bu haklar, anayasa yapıcıları tarafından belirlenmiş ve yasama, yürütme ve yargı organlarının uygulamasını sağlamakla yükümlü kılınmış haklar olarak tanımlanır ve değiştirilmesi mümkün olmayan haklardır. Dolayısıyla, bu metinlerde yapılacak herhangi bir anayasa değişikliği anayasaya aykırı olacaktır ve bu nedenle Federal Anayasa Mahkemesi tarafından geçersiz kılınabilir.³⁴

Alman Anayasası'nın 20. maddesi, Almanya Federal Devleti'nin temel özelliklerini belirleyen birçok ilkeyi içermektedir. Bu maddede, halk egemenliği, Cumhuriyet biçimi, federalizm, anayasal meşruiyet, kuvvetler ayrılığı ve kamu yetkilerinin anayasaya saygısı gibi temel ilkeler vurgulanmaktadır. Ayrıca, Alman halkının bu ilkelere aykırı hareket edenlere karşı, barışçıl yöntemlerle engellenemeyen durumlarda direnme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.³⁵

Bu madde, şu şekilde ifade edilmiştir:

(1) Almanya Federal Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir Federal Devlettir.

(2) Egemenlik tümüyle halkındır. Halk, egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donanmış özel organlar eliyle kullanır.

(3) Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdır.

(4) Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.

Tüm bu ilkeler, Almanya'da "*Bundesrat*" (Eyaletler Meclisi) ve "*Bundestag*" (Bundestag) tarafından yapılan değişikliklerle değiştirilemez veya iptal edilemez. Almanya Anayasası'nın 79. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen ve 1. ve 20.

³⁴ Roman Herzog, 'La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux' Alman raporu, VIII Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nda sunulmuştur (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), *A.I.J.C.* (1990) 15-16.

Alman Anayasası'nda, devletin varlığından önce mevcut olan ve devlet tarafından tanınmasa da var olan insan hakları gibi tanımlanan bazı haklar bulunmaktadır. Bu haklar doğal haklar olarak kabul edilir ve devlet tarafından tanınmasa bile geçerlidir; bu haklar, temel haklarla çatışma oluşturmaz çünkü devlet tarafından tanınır ve Alman Federal Mahkemesi bu haklar arasında bir çatışma görmemektedir. Doğal haklardan kaynaklanan diğer haklar, Anayasa'nın birinci maddesinin ikinci fıkrasında yer alırken, 2-17. maddelerde belirtilen haklar temel haklar olarak adlandırılmaktadır. Daha fazla detay için bkz: önceki referans, s. 15 ve devamı.

³⁵ Herzog (n 35) 18

maddelerde yer alan ilkelere dokunulamaz. Eğer bu ilkeler değiştirilir veya ihlal edilirse, bu değişiklikler anayasaya aykırı olur ve Almanya Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir.

3. İtalya Anayasası

İtalyan anayasa hukuku, anayasal değişikliklerin imkânsız olduğu temel ilkelere ilişkin çeşitli metinlerin şekillerini net bir şekilde ortaya koymuştur. Bu nedenle anayasal incelemelerden tamamen muaf tutulmuştur. Bu durum, özellikle 27 Aralık 1947 tarihinde yürürlüğe giren mevcut İtalya Anayasası'nın 139. maddesinde yer alan cumhuriyetçi hükümet şekli ilkesinde belirgin bir şekilde görülmektedir. Bu madde, "*Cumhuriyetçi hükümet şekli anayasa değişikliğine tabi olamaz*" şeklinde bir hüküm içermektedir.³⁶

1988 yılına kadar, İtalya Anayasa Mahkemesi, anayasal yasalara uygulanan nesnel kısıtlamalar üzerine açık bir görüş belirtme fırsatı bulamamıştır. Ancak, İtalyan yargısı anayasal yasalar üzerindeki nesnel sınırlar kapsamındaki denetim eğilimlerini ortaya koyan bazı kararlar vermiştir. Bunlar arasında 1957 tarihli Mahkeme Kararı No. 38, 1970 tarihli Mahkeme Kararı No. 16 ve 10 Eylül 1948 tarihli Bölgesel Yüksek Mahkeme Kararı zikredilebilir.³⁷

1988 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 1146 numaralı kararı, İtalyan anayasasının bazı üstün ilkeler içerdiğini ve bu ilkelerin öz içeriklerinin, anayasa değişiklikleri veya diğer anayasal yasalar aracılığıyla bile değiştirilemeyeceğini açıkça belirlemiştir.³⁸ İtalyan Anayasası'nda açıkça belirtilen maddi sınırlamalar, özellikle hükümetin Cumhuriyet formunu koruyan 139. madde ile sınırlı değildir. 1988 yılında İtalyan mahkemesi 1146 numaralı kararında, öz içerikleri değiştirilemeyecek veya etkilenemeyecek üstün ilkeler olduğunu belirtmiştir. Bu ilkeleri çıkarmaya çalışırken, İtalyan mahkemesi, anayasa değişikliklerine karşı maddi sınırlamalar oluşturan bazı ilkeleri dolaylı olarak belirlemiştir. Örneğin, 9. maddeyle ülkenin genel karakterini koruma çabası, mahkeme tarafından temel bir değer olarak kabul edilmiştir ve bu, Anayasa Mahkemesi'nin 1985 tarihli 359 numaralı kararı,

³⁶ İtalya Anayasası'nın 139. Maddesi'nin Türkçesi: "*Cumhuriyet şekli anayasa değişikliğine tabi tutulamaz.*"

³⁷ Massimo Luciani, 'Anayasal Normların Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi', VIII Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nda sunulan İtalyan raporu (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), *A.I.J.C.* (1990) 170 ve devamı ("*İtalyan anayasası bazı üstün ilkelere sahiptir ki bunlar, anayasa değişiklikleriyle veya diğer anayasal yasalarla bile öz içeriklerinde değiştirilemez veya tersine çevrilemez*"). Bu karar, İtalyan Anayasası'nda bazı "üstün ilkelerin" varlığını vurgular. Bu ilkeler, anayasa değişiklikleri veya diğer anayasal yasalarla dahi öz içeriklerinde değiştirilemez ya da tersine çevrilemez. Karar, anayasal normların hiyerarşisini ve temel hakların korunmasındaki işlevini açıklamaktadır. Özellikle, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının anayasal düzenin en üst önceliği olduğunu belirtir. Bu ilke, anayasa değişikliklerinin sınırlandırılmasıyla güvence altına alınır.

³⁸ Luciani (n 38) 170. "*İtalyan anayasası bazı üstün ilkelere sahiptir ki bunlar esas içeriğinde değiştirilip bozulamaz; hatta anayasa değişikliği yasaları veya diğer anayasa yasalarıyla bile değil.*"

1987 tarihli 210 numaralı kararı ve 1981 tarihli 151 numaralı karar gibi kararlarla desteklenmiştir.³⁹ Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, Katolik dini eğitimiyle ilgili kararında, laiklik ilkesinin (La Laïcité de l'Etat) üstün bir ilke olduğunu belirlemiştir; bu ilke, Cumhuriyetin anayasa belgeleriyle tanımlanan devlet formunun bir bileşeni olarak kabul edilmiştir. Bu, 1989 tarihli 203 numaralı kararda ifade edilmiştir.⁴⁰

4. Portekiz Cumhuriyeti

Portekiz Cumhuriyeti Anayasası'nın 288. maddesi, 1976'da kabul edilen ve 1982 ve 1989'da bazı değişiklikler yapılan Anayasa'ya birçok kısıtlama getirmiştir ve Avrupa'daki en kısıtlayıcı anayasalardan biri olma özelliğine elde etmiştir. Bu maddeye göre, anayasa değişiklikleri aşağıdaki konulara dokunmamalıdır:

- (1) Ulusal bağımsızlık ve Devletin birliği,
- (2) Cumhuriyetçi yönetim biçimi,
- (3) Kiliselerin Devletten ayrılığı,
- (4) Vatandaşların hakları, özgürlükleri ve güvenceleri,
- (5) İşçilerin, işçi komitelerinin ve sendikaların hakları,
- (6) Üretim araçlarının mülkiyetinde kamusal, özel, kooperatif ve sosyal sektörlerin bir arada bulunması,
- (7) Karma ekonomi çerçevesinde ekonomik planların yeri,
- (8) Yüksek otoriteli organların, özerk bölgelerin ve yerel yönetimlerin seçilmiş üyelerinin evrensel, doğrudan, gizli ve düzenli oyla seçilmesi ve orantılı temsil sistemi,
- (9) İfade ve siyasi örgütlenme çoğulculuğu, buna siyasi partiler ve demokratik muhalefet hakkı dahildir,
- (10) Yüksek otoriteli organların ayrılığı ve birbirine bağımlılığı,
- (11) Hukuki düzenlemelerin pozitif anayasaya aykırılık ve ihmal yoluyla anayasaya aykırılık bakımından yargısal denetimi,
- (12) Mahkemelerin bağımsızlığı,
- (13) Yerel otoritelerin özerkliği,
- (14) Azorlar ve Madeira takımadalarının siyasi ve idari özerkliği.

Portekiz, 1. maddeye göre egemen bir cumhuriyettir ve insan onuru ile halkın iradesine dayanmaktadır. Ayrıca özgür, adil ve dayanışmacı bir toplum inşa etme taahhüdündedir. 2. maddeye göre ise, Portekiz bir hukuk devleti olup, halkın egemenliği ve düşünce çeşitliliği temelinde, demokratik politikaların düzenlenmesi ve temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasını sağlama prensibine dayanmaktadır. Bu,

³⁹ Luciani (n 38) 172

"İtalyan anayasası bazı üstün ilkelere sahiptir ki bunlar esas içeriğinde değiştirilip bozulamaz; hatta anayasa değişikliği yasaları veya diğer anayasa yasalarıyla bile değil."

⁴⁰ Luciani (n 38) 172

ekonomik, sosyal ve kültürel demokrasiyi gerçekleştirme ve katılımcı demokrasiyi derinleştirme amacını taşımaktadır.⁴¹

Anayasa, 288. maddede temel hakları, dokunulmaz temel ilkelerden biri olarak vurgulamaktadır. Bu nedenle, anayasa yapıcılar geniş bir temel haklar haritası hazırlamışlar ve *“Temel Haklar ve Yükümlülükler”* başlığı altında bu hakları düzenlemişlerdir.⁴²

Bu temel haklar haritası, klasik özgürlük hakları ve karşılık gelen garantilerle sınırlı kalmamış, siyasi katılım haklarını da kapsayan geniş bir yelpazeyi içermiştir. Ayrıca, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara geniş bir alan ayrılmıştır. Bu durum, liberal bireysel haklar anlayışının ötesine geçişi ve bu hakların sosyal boyutunu da içeren yeni bir anlayışın benimsendiğini göstermektedir.⁴³

Portekiz Anayasası bu hakları, anayasanın ilk bölümünde farklı başlıklar altında toplayıp dağıtmaktadır. Ayrıca, anayasa, başka haklar içermekle birlikte, temel hakların doğrudan uygulanmasını emretmektedir. Dolayısıyla yetkili merciler, bu hakları uygulamak ve düzenleyici bir yasanın olmaması durumunda bile bu hakları korumak zorundadırlar. Bu bağlamda, anayasa değişiklik yetkisi, bu haklara karşı herhangi bir itirazda bulunamamaktadır. Nitekim anayasa değişikliği sırasında bu haklar hariç tutulmaktadır. Bu sebeple de belirtilen haklar içerik olarak azaltılmamakta ve hakların korunma seviyesi düşürülememektedir. Aksine, bu hakların mevcudiyeti gerek anayasal düzlemde gerekse de toplum nezdinde daha fazla güvence ve koruma sağlamaktadır.⁴⁴

5. Fransa Anayasası

Fransa'nın Ekim 1958'de kabul edilen Anayasası'nın 89. maddesinin beşinci fıkrasında, anayasa değişiklikleri için belirli nesnel sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar arasında, hükümetin cumhuriyetçi biçiminin değiştirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁴⁵ Cumhuriyetçi biçim, anayasanın değiştirilmesine yönelik getirilen nesnel sınırlamalardan biridir ve bu sınırlama, 14 Ağustos 1884 yılında

⁴¹ *“Portekiz Cumhuriyeti, hukukun üstünlüğüne, halkın egemenliğine ve demokratik ve çoğulcu bir şekilde ifade ve örgütlenmeye dayanan bir demokratik devlettir. Temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde uygulanmasını ve güçler ayrılığı ilkesine dayalı bir devlet düzenini sağlar. Tüm bu ilkeler, ekonomik, sosyal ve kültürel demokrasi ile katılımcı demokrasiyi derinleştirme amacını taşır.”*

⁴² José Manuel Cardoso da Costa, ‘La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux’, *A.I.J.C.* (1990) 180

Portekizli rapor: J. M. Cardoso da Costa'nın bu raporu, anayasal normlar arasındaki hiyerarşiyi ve bu hiyerarşinin temel hakların korunmasındaki rolünü ele almaktadır. Bu bağlamda, temel hakların anayasa tarafından korunmasının önemini ve anayasal değişiklikler karşısındaki dayanıklılığını vurgulamaktadır.

⁴³ José Manuel Cardoso da Costa, “Anayasa Normlarının Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki Fonksiyonu,” op. cit., s. 180.

⁴⁴ Cardoso da Costa (n 44) 181.

⁴⁵ Fransa Anayasası'nın 89. maddesinin beşinci fıkrası şu şekildedir: *“Cumhuriyetçi hükümet biçimi anayasa değişikliğine tabi olamaz.”*

kabul edilen Üçüncü Cumhuriyet Anayasası'nda da benzer bir şekilde yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, bu sınırlama, 1946'da kabul edilen Dördüncü Cumhuriyet Anayasası'nın 95. maddesinde de tekrar vurgulanmıştır.⁴⁶

Fransız anayasa koyucularının, hükümetin cumhuriyetçi biçimini korumaya yönelik bu kararlılığı 1884'ten günümüze kadar devam etmektedir. Fransız hukuku, bu yaklaşımın arkasındaki motivasyonun Fransız halkını monarşiden uzak tutma ve yazılı anayasadan daha yüksek bir anayasal meşruiyeti koruma isteği olduğu belirtilmektedir. Ancak, bu fikir, bazı Fransız hukukçularının anayasa yapıcısının gelecekteki sınırlamalardan etkilenemeyeceğini savunan görüşüyle çelişmektedir.⁴⁷

Fransız hukukunun bazı kısımları, cumhuriyetçi biçimin korunmasını yalnızca devlet başkanının seçim yoluyla iş başına gelmesini sağlayan monarşik mirası reddetmekle sınırlandırırken, diğer modern Fransız hukukçuları bu kavramı genişleterek doğrudan seçim, parlamenter sistem ve güçler ayrılığı ilkelerini de dahil etmektedirler.⁴⁸ Ayrıca, 1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nde belirtilen temel ilkeler de bu cumhuriyetçi biçimin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmekte ve anayasa değişikliklerine karşı koruma sağlanmaktadır. 1992'ye kadar, cumhuriyetçi biçimle ilişkilendirilen ilkeler arasında bölünmezlik, laiklik, demokrasi ve sosyalizm de yer almakta olup, bu ilkeler anayasanın 2. maddesinde belirtilmiştir.⁴⁹ Ayrıca, Fransız bayrağı, ulusal marş ve hükümetin halkın hükümeti olarak tanımlanması gibi yeni şekiller de bu kapsamda korunmaktadır. Bu ilkeler, anayasa değişikliklerine karşı direnç göstermektedir.⁵⁰

II. ÖĞRETİLERİN, DEĞİŞTİRİLEMEYECEK METİNLERE YÖNELİK TUTUMU

Önceki bölümlerde, karşılaştırmalı anayasalar içinde birçok anayasa maddesinin, anayasa değişiklik yetkisine sahip organlar tarafından değiştirilmesini yasakladığı hususlarından bahsedilmiştir. Peki, bu değiştirilemeyen maddelerin, anayasanın diğer maddelerinden daha yüksek bir anayasal değere sahip olup olmadığı nasıl de-

⁴⁶ 1884 Anayasası'nın ikinci maddesi ve 1946 Anayasası'nın 95. maddesinde yer alan metin şu şekildedir:

"Cumhuriyetçi hükümet biçimi anayasa değişikliğine tabi olamaz."

⁴⁷ Bertrand Genvoa ve Robert Badinter'in "Fransız Raporu" başlıklı raporu, 7-10 Mayıs 1990 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştirilen Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'na sunulmuştur. Bu rapor, 1990 yılı Uluslararası Anayasa Yargısı Dergisi'nde yayımlanmıştır, s. 137.

⁴⁸ Didier Maus, 'Sur la forme Républicaine du gouvernement', Notlar CC, 25 Eylül 1992, DC N° 92-312, RFDC (1992) No. 11, 412; G. Vedel, *Droit constitutionnel* (Sirey, 1989) 278; M. Hauriou, *Précis du droit constitutionnel* (Sirey, 1923) 382.ve devamı.

⁴⁹ Robert Badinter, 'İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ve İçtihat' adlı çalışmasında, P.U.F. (Paris, 1989) 33.

⁵⁰ Fransız Anayasası'nın 89. maddesi ve içerdiği konular hakkında daha fazla detay için özellikle şuna bakınız: Daniel Gaxie, "Article 89" başlıklı bölüm, Francis Luchaire ve Gilbert Conac (ed.), *La Constitution de la République Française* (2. Baskı, Economica, Paris, 1987).

ğ erlendirilebilir? Örneğin, Fransa’da hükümetin cumhuriyetçi şekli, tüm anayasal denetimlerden muaf mı? Öğretideki yazarların bir kısmı bu soruya olumlu yanıt verirken, diğerleri ise olumsuz yanıt vermektedir. Bu konunun ele alınması, öncelikle bu metinlerin hukuki değerinin açıklanmasını, ardından ise öğretideki yazarların bu maddeler ile anayasanın diğer maddeleri arasında bir derece ayrımı olup olmadığını açıklanmasını gerektirmektedir. Bu iki husus, aşağıdaki başlıklarda ele alınacaktır:⁵¹

A. Değiştirilemez Anayasa Maddelerinin Hukuki Değeri

Değiştirilemez anayasa maddelerinin hukuki değeri konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, bu maddelerin şekli, usulen, zaman bakımından veya konuya bağlı kısıtlamalar içerip içermediğine göre değişiklik göstermektedir. Özellikle zaman ve konuya bağlı kısıtlamalarla ilgili olarak bu görüşler üç ana doğrultuda toplanabilir: Birinci görüş, bu maddelerin herhangi bir hukuki değerinin olmadığını savunmaktadır. İkinci görüş, birinci görüşün aksine bu maddelere hukuki değer atfetmektedir. Üçüncü görüş ise, kısıtlamalar arasında ayırma ve kategorileştirme yapmaktadır; bu bağlamda bazıları konuya bağlı kısıtlamaları kabul ederken, bazıları sadece zaman kısıtlamalarını kabul etmektedir. Şimdi bu görüşleri ayrıntılı olarak inceleyelim:⁵²

Birinci Görüş: Zaman bakımından ve konuya bağlı kısıtlamaların herhangi bir hukuki değerinin olmadığını savunan görüş: Anayasa hukukunda bazı düşüncüler, belirli bir süre içinde değiştirilmesi yasak olan anayasa maddeleri veya belirli konuları kapsayan değişikliklerin hukuki değer taşımadığını öne sürmektedirler. Bu görüşe göre, bu tür maddeler, sadece fikirler veya siyasi dileklerden ibarettir ve dolayısıyla anayasa değişiklik yetkisi tarafından değiştirilmesi mümkün olabilir. Bu tür yasaklar, sadece “*kâğıt üzerindeki engeller*” olarak görülmektedir ve anayasanın değiştirilmesinin önünde gerçek bir engel teşkil etmemektedirler.⁵³

⁵¹ Olivier Beaud, ‘Devlet Egemenliği, Kurucu Yetki ve Maastricht Anlaşması’, *RFDA* (1993) 1045.

⁵² Zafer Gören, ‘Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları’, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (Yıl 8, Sayı 16, 2009) 1, 7.

⁵³ Bu görüşün ayrıntılarına dair daha fazla bilgiye ulaşmak için aşağıdaki kaynaklar incelenebilir: Joseph Barthélemy ve Paul Duez, *Anayasa Hukuku Üzerine El Kitabı* (Daloz, 1933) 231: Bu eser, anayasa hukukunun kapsamlı bir incelemesini sunar ve anayasa değişikliklerinin hukuki sınırlarını ele alır. Léon Duguit, *Anayasa Hukuku Üzerine El Kitabı* (Cilt 4, Paris, 1928) 539: Duguit’in eseri, anayasa hukukunun çeşitli yönlerini detaylandırır ve değiştirilemez maddelerin hukuki değerini tartışır. Georges Liet-Veaux, *Anayasa Hukuku* (Paris, 1949) 163: Liet Veaux’nun çalışması, anayasa hukukunda değiştirilemez maddeler konusundaki farklı görüşleri incelemektedir. Francis Luchaire, ‘Avrupa Birliği ve Anayasası’, *R.D.* (1992) 1591: Bu çalışma, Avrupa Birliği ve anayasa arasındaki ilişkileri ele alırken, değiştirilemez anayasa maddeleri üzerindeki tartışmalara değinir. Georges Vedel, *Temel Anayasa Hukuku El Kitabı* (Paris, 1949) 117: Vedel’in bu eseri, anayasa hukukunun temel kavramlarını ve değiştirilemez maddelerin hukuki değerini inceler. Marie-Françoise Rigaux an Paul De Visscher, *La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction constituant* (Revue internationale de droit comparé, 1985): Rigaux’nun çalışması, anayasa değişikliklerinde malzeme sınırlarını ve bu sınırların hukuki etkilerini ele alır.



Bu görüşün savunucuları bir dizi argüman öne sürmektedir. İlk olarak, mevcut bir nesil gelecekteki nesillere iradesini zorla kabul ettirmemeli veya sınırlandırmamalıdır. Her neslin, kendini yöneten anayasayı yetkili organlar aracılığıyla değiştirme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca, her anayasa belirli bir siyasi ve sosyal koşul çerçevesinde hazırlanır ve bu koşullar doğal olarak değişkendir. Bu nedenle, anayasayı güncel koşullara uygun olarak değiştirmek gerekebilir. Örneğin, bir toplumda devrim gerçekleştiğinde, devrimciler mevcut anayasanın sınırlarına uymak zorunda kalmazlar; bunun yerine anayasayı değiştirebilir veya tamamen ortadan kaldıracırlar.⁵⁴

Bu görüşü savunanlar, kurucu yetkinin anayasayı oluşturan ilk organ ile değişiklik yapma yetkisine sahip olan ikinci organ arasında bir fark olduğunu belirtmektedirler. Değişiklikler, ilk organ tarafından belirlenen kurallara göre ikinci organ tarafından yapılmakta ve bu durum ilk organın ikinci organ üzerinde üstün olduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, ilk organ, ikinci organın yetkilerini sınırlayamaz; çünkü kurucu yetki kendini sınırlayamaz. Ayrıca, bir ulusun anayasasını veya bir kısmını değiştirme hakkından mahrum bırakılması, ulusun egemenlik ilkesine aykırıdır. Bu, egemenliğin en önemli unsurlarından birinden vazgeçmek anlamına gelmekte ve anayasanın değiştirilmesi yetkisi önceden belirlenmiş kurallara tabi olmamaktadır. Bu görüşü destekleyenler, pratik gerçeklerden de örnekler verirler. Örneğin, 1791’de kabul edilen Fransız Anayasası bazı maddelerinde değişiklik yapılmasını on yıl boyunca yasaklamıştı, ancak bu anayasa sadece bir yıl ayakta kalmıştır. Buna karşılık, 1875’te kabul edilen Üçüncü Cumhuriyet Anayasası değişikliklere karşı herhangi bir kısıtlama içermediği halde 1940 yılına kadar varlığını devam ettirmiştir.⁵⁵

İkinci Görüş: Zaman bakımından ve konuya bağlı kısıtlamaların hukuki değerinin kabulü: Önceki görüşün aksine, bazı yazarlar zaman veya konuya bağlı kısıtlamalar içeren anayasa maddelerinin hukuki değerinin olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, bu maddeler hukuki açıdan geçerli olduğu sürece ve anayasa yürürlükte olduğu müddetçe bu kısıtlamaların hukuki değeri vardır. Ancak siyasi açıdan, bu tür maddeler halk egemenliği ilkesine aykırı olabilir ve dolayısıyla bu tür yasakların değeri sorgulanabilir.⁵⁶

Bu görüşü savunanlar, hukuki açıdan bu maddelere değer verilmesini şu şekilde açıklamaktadır: Yasakların halk egemenliği ilkesine aykırı olduğu doğru olabilir; ancak bu durum hukuki açıdan geçerli değildir. Çünkü halk, anayasanın öngördüğü yasal organlar aracılığıyla haklarını kullanabilmektedir. Anayasa hükümlerine aykırı hareket eden bu organların, devrim veya darbe gibi aşırı bir eylemi hedeflemedikçe

⁵⁴ Francis Luchaire, ‘Avrupa Birliği ve Anayasası’, *R.D.* (1992) 1578

⁵⁵ Joseph Barthélemy ve Paul Duez, *Anayasa Hukuku Üzerine El Kitabı* (Dalloz, 1933) 232.

⁵⁶ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (İstanbul, 1998) 165.

böyle bir davranışta bulunması akla yatkın değildir.⁵⁷ Bu nedenle, değişiklik yetkisine sahip organlar bu tür maddelere dokunamazlar. Nitekim bu maddeler devlet kurumlarının istikrarını ve potansiyel veya kesin tehlikelerden korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Ayrıca, kurucu yetki ile değişiklik yetkisi arasında işlevsel farklar vardır. Bu farklar değişiklik yetkisinin, ilk organ tarafından belirlenen kısıtlamalara uyması gerektiğini belirtmektedir. Anayasa değişiklik yetkisini kullananlar, anayasadaki kısıtlamalara aykırı hareket ettiği takdirde, kendisine verilen yetkiyi kötüye kullanmış olmaktadır. Dolayısıyla bu durumun değişiklik yetkisinin sınırlarını aşması anlamına geldiği ileri sürülebilir.⁵⁸

Üçüncü Görüş: Kısıtlama türleri arasındaki farklılıklar: Bazı yazarlar, zaman ve konuya bağlı kısıtlamalar arasındaki farkları kabul etmektedir. Öte yandan her kısıtlama türü için de aynı hukuki hükmü kabul etmemektedirler. Yani bu görüşü savunan bazı yazarlar, konuya bağlı kısıtlamaların hukuki bir değeri olmadığını ancak, siyasi bir anlam taşıdığını belirtmektedirler. Çünkü kurucu yetkinin gelecekte ortaya çıkacak yetkileri kısıtlaması söz konusu olmamaktadır. İlaveten de zaman bakımından kısıtlamaların geçerli ve meşru olduğunu, çünkü bunların yeni anayasa sisteminde istikrar ve sürekliliği sağladığını savunmaktadırlar.⁵⁹

Bu görüşü destekleyenler, konuya bağlı kısıtlamaların anayasanın mutlak katılığı ile ilişkilendirildiğini ve anayasa hukuku tarafından reddedilen bu katılığının sadece derecesinin farklı olduğunu ifade etmektedirler. Yani, konuya bağlı yasaklar sadece bazı maddelerle sınırlıdır, oysa mutlak katılık tüm anayasa maddelerini kapsamaktadır. Ancak zaman bakımından yasaklar, anayasanın mutlak katılığını oluşturmamakla beraber ulusun egemenlik ilkesine de aykırı değildir. Bu sebepten dolayı bu yasaklar, anayasa değişikliği önerisinin sunulması ile oylama arasında belirli bir süre geçmesini öngören maddelerden farklı değildir. Diğer taraftan, bu görüşü savunan bazı yazarlar, konuya bağlı sürekli yasakların hukuki değerini kabul ederken, zaman bakımından yasakların hiçbir hukuki değeri olmadığını, çünkü etkisiz olduklarını öne sürmektedirler. Her iki yasak türü de hukuki açıdan eleştirilmiş ve bu ayrımın mantıklı bir gerekçesi ya da hukuki bir dayanağı bulunmadığı ifade edilmiştir; bu nedenle her iki yasak türü arasında hukuki açıdan bir ayrım yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.⁶⁰

Bu kapsamda önceki yaklaşımları incelediğimizde, anayasa değişikliklerini yasaklayan maddelerin hukuki değerini değerlendiren üç ana görüş arasında, yasakların

⁵⁷ Ergun Özbudun, 'Anayasa'nın Değiştirilemez Hükümlerinin Bağlayıcılığı', *Zaman*, 16.12.2008.

⁵⁸ Bkz: Raymond Carré de Malberg, *Devletin Genel Teorisine Katkı* (2003) 603; Georges Burdeau, *Traité de science politique*

235; Marie-Françoise Rigaux an Paul De Visscher, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituant* (Revue internationale de droit comparé, 1985) 236

⁵⁹ Georges Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques* (1972) 84.

⁶⁰ Rigaux (n 54) 236



her iki türünün de meşru olduğunu savunan görüşe daha yakın olduğumuzu görüyoruz. Bu görüş, Fransız yazarların büyük çoğunluğunun benimseyip savunduğu bir yaklaşımdır. Bu yasaklar, anayasa yürürlükte olduğu sürece, siyasi ve hukuki istikrarı sağlamayı hedeflemektedir. Kurucu yetki, gerektiğinde anayasanın değiştirilmesinden sorumlu olan yetkidir ve bu yetkinin, orijinal kurucu yetki tarafından belirlenen sınırları ve kısıtlamaları göz önünde bulundurarak hareket etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, kurucu yetki, anayasa değişiklikleri konusunda belirli konuları veya süreleri yasaklayan bu maddeleri ihlal edemez; bu nedenle anayasa, yürürlükte olduğu sürece ve feshedilmediği sürece, anayasa koyucunun iradesine saygı gösterilmelidir.

Ancak, bu maddelerin hukuki değerinden yoksun olduğunu savunan görüş, ne kadar mantıklı sebepler öne sürse de bizce ikna edici değildir. Halk egemenliği ilkesinin bu maddelerin meşruiyetiyle çeliştiğini iddia etmek kabul edilemez; çünkü bu kısıtlamalar, orijinal kurucu erke değil anayasa değişikliklerini gerçekleştiren otoriteye hitap etmektedir. Orijinal kurucu erk, anayasanın önceden belirlenmiş herhangi bir kısıtlaması olmaksızın değiştirilmesi konusunda tamamen özgürdür. Dolayısıyla, egemenliğin sınırlandırılmaz olduğu ve her zaman sınırsız olarak kullanılabileceği görüşü, orijinal kurucu erkten ziyade tali kurucu iktidar ile ilgilidir. Ayrıca, yasaklanmış durumlarda anayasanın değiştirilmesi girişimleri, anayasanın kendisinin ihlaline neden olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.⁶¹

Bir neslin, kendi iradesini gelecekteki nesillere dayatamayacağı görüşü de ikna edici değildir; çünkü kısıtlamalar, anayasanın tüm maddelerini değil, sadece bazılarını kapsamaktadır. Bir neslin tamamen iradesini gelecekteki nesillere dayatması düşüncesi, sürekli değişim ve gelişim ilkesiyle çelişmektedir.⁶² Bu kısıtlamalar, istikrar ve sürekliliği sağlamak için kısmi bir şekilde uygulanmaktadır. Ayrıca, bu görüşün kabul edilmesi, orijinal kurucu erk ile tali kurucu iktidar arasındaki farkı ortadan kaldırmaktadır fakat, çoğu öğreti bu iki otorite arasında fark olduğunu kabul etmektedir. Eğer tali kurucu iktidarın yasaklara tabi olmadığı düşünülürse, bu durum diğer kısıtlamalardan, örneğin, parlamentoda özel çoğunluk gerektiren onaylama şartlarından veya ortak parlamento toplantısı gereksinimlerinden muaf tutulmasını anlamına gelmektedir. Bu tür bir muafiyetin kabul edilmesi ise mümkün değildir.⁶³

Bazı yazarlar geçmiş nesiller ile gelecekteki nesiller arasında fikirlerin, umutların ve temel ilkelerin sürekliliğini sağlamak için belirli konularda kurallar koymanın gerekliliğini savunmaktadır. Bu tür kurallar, anayasa yürürlükte olduğu sürece hukuki bir değere sahip olmalıdır ve dolayısıyla tali kurucu iktidar, bu kuralları ihlal etmemelidir.

⁶¹ Bkz; Olivier Beaud, 'Devlet Egemenliği, Kurucu Yetki ve Maastricht Anlaşması', *RFDA* (1993) 1048 ve devamı; Dmitri-Georges Lavroff, *Beşinci Cumhuriyetin Anayasa Hukuku* (Daloz, Paris, 1995) 99 ve devamı.

⁶² Bkz, Pierre Pactet, *Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku* (12. Baskı, Paris, 2002) 73.

⁶³ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku* (11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023) 342.

B. Anayasal Kurallar Arasında Hiyerarşi Var Mı?

Daha önce belirtildiği gibi, belirli bir süre için veya bazı önemli konularda değiştirilemeyecek anayasa maddelerinin hukuki değerini kabul eden öğretinin üstünlüğüne yönelik açıklama yapılmıştır. Ancak, bu tür maddelerin, anayasanın diğer maddelerine kıyasla daha yüksek bir anayasal değer taşıyıp taşımadığına dair bir soru ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten de anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşinin olduğunu savunan yazarlar, genellikle değiştirilemeyecek maddeler ile diğer anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşi bulunduğunu belirtmektedirler. Bu hiyerarşiyi belirleyen şey, anayasanın kendisidir ve bu maddeler anayasa değişikliklerinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Başka bir deyişle, anayasanın açık ve yazılı kuralları, anayasa maddeleri arasındaki hiyerarşiyi belirlemektedir. Bu hiyerarşi, anayasanın belirlediği prosedürler ve garantiler aracılığıyla oluşturulmuştur ve bu kurallar tek bir hukuk sistemine aittir.⁶⁴ Orijinal anayasa koyucu otorite ile tali kurucu iktidar arasında bir fark olduğunu kabul etmemize rağmen, bu fark, iki erk arasında biçimsel bir hiyerarşiyi gerektirmemektedir. Yani, ilk otoritenin eylemleri ikincinin eylemlerinden üstün değildir. Ancak, anayasa değişiklikleri yapan otoritenin, anayasa koyucu erkin belirlediği sınırlamalar ve prosedürler olmadan anayasa üzerinde değişiklik yapması mümkün değildir, aksi takdirde bu durum anayasanın tamamen çökmesine neden olabilmektedir. Dolayısıyla, anayasa, asli anayasa koyucu otorite tarafından düzenlenmişken, değişiklikler, oluşturulan bir anayasa koyucu erk tarafından yapılmaktadır ve bu ikincisi, orijinal anayasa koyucu tarafından belirlenen prosedürlere tabidir.⁶⁵

Konuyla ilgili olarak, anayasa değişiklikleri yetkisinin doğası ve değişiklik yetkisinin sağladığı anayasa metinlerinin gücü üzerinde durulmaktadır. Bu metinler değişiklik yetkisi tarafından yapılan metinlerle aynı derecede mi yoksa daha düşük bir derecede mi bulunmaktadır? Ayrıca, anayasa değişikliklerine ilişkin olarak yasa koyucunun etkilenemediği metinler, anayasanın diğer metinlerinden daha yüksek bir konumda mı yer almaktadır? Fransa ve hatta bazı Ortadoğu ülkelerinde örneğin Mısır'da bu soruya verilen cevaplar üzerinde bir anlaşma sağlanamamıştır. Çoğunluk bu tür bir hiyerarşiyi kabul etmemektedir.

SONUÇ

Bu çalışma, karşılaştırmalı anayasalarda değiştirilemez anayasal hükümlerin hukuki değerini ele alarak, bu tür hükümlerinin anayasa değişiklikleri üzerindeki etkilerini ve hukuki bağlamını incelemiştir. İncelenen farklı hukuk sistemlerinde, değiştirilemez anayasal hükümler konusundaki yaklaşımlar, genellikle üç ana görüş çerçevesinde şekillenmiştir: Bu hükümler ya tamamen hukuki değer taşımadığı ya anayasal bir öneme sahip olduğu ya da sadece belirli durumlarda geçerli olduğu kabul edilmektedir.

⁶⁴ Rigaux, (n 54) 250.

⁶⁵ Pactet (n 63) 75.



Birinci görüş, değiştirilemez hükümleri tamamen hukuki değerden yoksun sayarak, anayasa değişikliklerinin bu hükümlere dokunmadan gerçekleşebileceğini savunmaktadır. Bu görüş, anayasa değişikliklerinin zamana ve şartlara göre değişiklik gösterebileceği argümanını desteklemekte ve dolayısıyla, mevcut anayasal düzenin esnekliği vurgulanmaktadır. Bu görüşe göre, anayasa bir sosyal sözleşme olarak toplumun değişen değerleri, ihtiyaçları ve şartlarına uyum sağlamalıdır. Ancak bu görüş eleştirilere de açıktır. Anayasanın temel ilkelerinin veya değiştirilemez hükümlerinin göz ardı edilmesi, hukuki ve siyasi belirsizliklere yol açabilmektedir. Bu durum, anayasanın temel taşlarını oluşturan değerlerin zedelenmesine ve toplumsal istikrarın zarar görmesine neden olabilir.

İkinci görüş, değiştirilemez anayasal hükümlerin hukuki bir değer taşıdığını ve anayasa değişikliklerinin bu hükümlere dokunamayacağını savunmaktadır. Bu görüş, anayasanın sürekli ve istikrarlı bir yapıya sahip olması gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca, bu tür hükümlerin, anayasanın temellerini koruma ve gelecekteki nesillerin haklarını güvence altına alma amacı taşıdığı belirtilmektedir. Bu görüşü destekleyen doktrinler, anayasanın sabit unsurlarının korunmasının, devletin hukuki ve siyasi istikrarı için gerekli olduğunu belirtmektedir. Öte yandan anayasa, toplumun ortak değerlerini ve temel haklarını koruyan bir metin olarak, keyfi değişikliklerden uzak tutulmalıdır. Özellikle, temel hak ve özgürlüklerin korunması, anayasal istikrarın ve hukukun üstünlüğünün sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır. Bu görüşü benimseyen hukuk sistemleri, anayasal normları bir hiyerarşik düzen içinde ele almakta ve değiştirilemez hükümlere en üst sırada yer vermektedir. Bu görüş, anayasanın “*kati anayasalar*” olarak adlandırılan şekilde işlev gördüğü durumlarda daha öne çıkmaktadır. Örneğin, Almanya’da İkinci Dünya Savaşı sonrası kabul edilen Temel Yasa, temel hakları ve insan onurunu koruma altına alan değişmez hükümler içermektedir. Bu hükümler, anayasa değişikliklerinin sınırlarını çizmekte ve anayasal düzenin temel unsurlarının korunmasını güvence altına almaktadır.

Üçüncü görüş ise, değiştirilemez hükümler ile diğer anayasal hükümler arasında bir hiyerarşi olduğunu kabul etmektedir. Bu görüş, anayasa değişiklikleri sürecinde, belirli hükümler üzerinde yapılan değişikliklerin, anayasanın temel ilkeleriyle uyumlu olması gerektiğini öne sürmektedir. Bu hiyerarşinin varlığı, anayasanın belirli kısımlarının diğerlerinden daha üstün bir konumda olduğunu kabul etmekte ve bu çerçevede anayasa değişiklikleri yapılırken dikkatli bir denetim mekanizması önerilmektedir. Bu görüşün pratikteki örneklerinden biri olarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda yer alan üç temel ilke örnek verilebilir. Bunlar: Cumhuriyetin nitelikleri, devletin bölünmez bütünlüğü ve laiklik ilkesidir. Anayasanın 4. maddesi, bu ilkelerin değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğini açık bir şekilde belirtmektedir. Bu durum, anayasanın belirli hükümlerinin hukuki hiyerarşik düzende öncelikli olduğunu ve anayasal değişiklik süreçlerinde bu hükümlerin koruma altına alındığını göstermektedir.

Değiştirilemez anayasal hükümler çerçevesinde gelişen üç farklı yaklaşım, anayasa değişiklikleri ve anayasal istikrar konularında çeşitli perspektifler sunmaktadır.

Birinci görüş, anayasanın esnekliğini ve değişime açıklığını vurgulamaktadır. İkinci görüş anayasanın sabit bir yapıya sahip olmasını ve temel ilkelerin korunmasını savunmaktadır. Üçüncü görüş ise anayasal hükümler arasındaki hiyerarşiyi kabul etmekte ve anayasa değişikliklerinin bu hiyerarşiye uygun bir şekilde yapılması gerektiğini belirtmektedir. Genel itibarıyla hiyerarşik yaklaşım, anayasa değişiklikleri sürecinde hem hukuki hem de siyasi bir denetim mekanizmasını gerektirmektedir. Anayasa Mahkemeleri veya benzeri kurumlar, anayasa değişikliklerinin bu temel ilkelerle uyumlu olup olmadığını denetlemekte gerekli durumlarda bu değişiklikleri iptal edebilmektedir. Bu tür bir sistem, anayasanın evrimsel dinamikleri ile anayasal istikrarın dengelenmesine olanak tanımaktadır.

Sonuç olarak, karşılaştırmalı anayasalarda değiştirilemez anayasal hükümlerin hukuki değeri, anayasanın hem sürekliliğini hem de esnekliğini dengelemeye yönelik çeşitli stratejilerle ele alınmaktadır. Değiştirilemez hükümler, anayasal istikrarı koruma ve temel hakların güvencesini sağlama işlevi görürken, aynı zamanda hukukun üstünlüğü ve demokratik temsili desteklemek için hukuki ve siyasi bir çerçeve sunmaktadır. Bu bağlamda, anayasa değişiklikleri sürecinde bu hükümler üzerinde yapılan tartışmalar, anayasanın evrimsel dinamikleri ile ilgili derin bir anlayış geliştirmemizi sağlamaktadır.

Değiştirilemez hükümler, anayasanın hem sürekliliğini hem de esnekliğini dengeleyen kritik bir unsurdur. Hukukun üstünlüğü ve demokratik temsili desteklemek için bir güvence oluşturan bu hükümler, anayasa değişiklikleri sürecinde önemli bir referans noktası sağlamaktadır. Bu nedenle, anayasa değişikliklerine ilişkin tartışmaların, anayasanın temel ilkelerini, toplumun dinamiklerini ve anayasanın hukuki istikrarını dengeleyen bir anlayışla ele alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Ahmad F, *The Making of Modern Turkey* (London, 1993).
- Arato A, 'Constitutional Politics in a New Key' (1995) 62 (2) *Social Research* 463.
- Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları* (Ankara, 2011).
- Badinter R ve Genevois B, *Anayasal Normların Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki Fonksiyonu*. (Ankara, 1990).
- Badinter R, 'İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ve İçtihat' *P.U.F.* (Paris, 1989).
- Barthélemy J ve Duez P, *Anayasa Hukuku Üzerine El Kitabı* (Paris, 1933).
- Beaud O, 'Devlet Egemenliği, Kurucu Yetki ve Maastricht Anlaşması', (*RFDA*, 1993) 1045.
- Branchent B, *Beşinci Cumhuriyet Döneminde Anayasa Değişikliği* (L.G.D.J. 1994).
- Burdeau G, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques* (Paris, 1972).
- Burdeau G, *Traité de science politique* (L.G.D.J., 1976).



Cardoso da Costa J M, 'La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux', (A.I.J.C., 1990).

Cardoso da Costa, J. M. 'Anayasa Normlarının Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki Fonksiyonu.' (Tirant lo Blanch, 1999).

Duguit L, *Anayasa Hukuku Üzerine El Kitabı* (Paris, 1928).

Fendoğlu H T, *Anayasa Hukuku* (Ankara, 2023).

Fendoğlu H T, 'Demokrasi, Demokratikleşme Dalgaları ve Çıkış Garantileri', *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını* (İzmir, 2000) 79.

Gaxie D, 'Article 89' Francis Luchaire ve Gilbert Conac (ed.), *La Constitution de la République Française* (Paris, 1987).

Genova B ve Badinter R, 'Fransız Raporu' Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (7-10 Mayıs 1990, Ankara).

Gicquel J, *Anayasa Hukuku ve Siyasi Kurumlar* (Paris, 1993).

Gören Z, 'Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları', *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (Yıl 8, Sayı 16, 2009) 1.

Gözler K, *Anayasa Hukukuna Giriş* (Bursa, 2019).

Gözler K, *Kurucu İktidar* (Bursa, 2016).

Hauriou M, *Précis du droit constitutionnel* (Paris, 1923).

Herzog R, 'La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux', Alman raporu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), A.I.J.C. 15-16.

Kaboğlu İ, *Anayasa Hukuku Dersleri* (Ankara, 2018).

Kuzu B, *Türkiye'de Anayasa ve Demokrasi Tartışmaları* (İstanbul, 2012).

Lamarque J, 'Gerekliliğin Teorisi ve Anayasa Maddesi', (RDP 1961) 617.

Lavroff D, *Beşinci Cumhuriyetin Anayasa Hukuku* (Paris, 1995).

Lavroff D, *Fransız Siyasi Sistemi: Anayasa ve Beşinci Cumhuriyetin Politik Pratiği* (Paris, 1991).

Liet-Veaux G, *Anayasa Hukuku* (Paris, 1949).

Luchaire F, 'Avrupa Birliği ve Anayasası', (R.D, 1992).

Luciani M, 'Anayasal Normların Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi', VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'nda sunulan İtalyan raporu (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), A.I.J.C.

Maus D, 'Sur la forme Républicaine du gouvernement' 25 Eylül 1992, RFDC (1992) No. 11, 412.

Özbudun E, 'Anayasa'nın Değiştirilemez Hükümlerinin Bağlayıcılığı' *Zaman* (16.12.2008).

Özbudun E, 'Demokratik Anayasalar ve Değiştirilemez Hükümler' (2012) 101 *TBB Dergisi* 45-67.

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara, 2012).

Pactet P, *Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku* (Paris, 2002).

Rigaux M-F ve De Visscher P, 'La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituant', *Revue internationale de droit comparé* (1985) 236.

Rubio Llorente F, 'ESPAGNE', X. Uluslararası Yuvarlak Masa Toplantısı, *ANNUAIRE international de justice constitutionnelle* (X, 1994) 75-80.

Schmitt C, *Constitutional Theory* (Cambridge, 1928).

Teziç E, *Anayasa Hukuku* (İstanbul, 1998).

Tögel A, 'Dünya Anayasalarında Değiştirilemez Maddeler ve Türkiye'nin Yeni Anayasası İçin Öneriler' (Sayı: 27, 2016) 757

Vedel G, *Droit constitutionnel* (Sirey, 1989).

Vedel G, *Temel Anayasa Hukuku El Kitabı* (Paris, 1949).

'Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları.' Erişim: 25 Ocak 2023. http://www.servat.unibe.ch/icl/po00000_.html ; 1831 tarihinde kabul edilen ve 31 Temmuz 1984'te değiştirilen Belçika Anayasası; 1927 Yunanistan Anayasası; 1946 Fransa Anayasası; 1947 İtalya Anayasası; 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası; 1958 Fransa Anayasası; 1975 Yunanistan Anayasası; 1976 Portekiz Anayasası; 1978 İspanya Anayasası.



DÜZENLEYİCİ ÜST KURULLARIN BAĞIMSIZLIĞI

The Independence of Regulatory Agencies

Serdar ATALAR*

Özet

Devletin geleneksel kurumsal gücüyle bazı kapasite sorunları yaşanması, bürokratik yapıda yavaşlık, kamusal sektörde şeffaflık ve hesap verebilirlik eksiklikleri, popülizmin varlığı ve geleneksel düzenleyici yapının yetersizliği gibi nedenlerle, hükümetler mevcut düzenleyici yapıları yeniden yapılandırarak bankacılık, sigorta, enerji, iletişim ve tarım gibi geniş toplumsal kesimleri etkileyen bazı özel alanlarda yeni kuruluşlar kurmaktadır. Bu kuruluşlar bağımsız düzenleyici kurullar (BDK) olarak adlandırılmıştır. BDK'ların bağımsızlığı, ülkeden ülkeye, sosyal ve ekonomik faktörlere bağlı olarak farklı yorumlanmış ve uygulanmıştır. Düzenleyici bağımsızlık, hükümet, denetlenen firmalar, tüketiciler ve kişisel menfaat sahipleri ile mesafeli bir ilişkiyi gerektirir. Uygulamada bağımsızlık sağlamak için, yapısal ve finansal bağımsızlık ile işlevsellik gibi bazı temel unsurların her düzenleyici kuruluştaki bulunması gerekmektedir. Ancak bağımsızlık, mutlak bir kavram olarak değil göreceli bir kavram olarak görülmelidir; çünkü mutlak bağımsızlık ne mümkündür ne de arzu edilir ve düzenleyici otoriteler üzerinde bazı kısıtlamalar getirilmelidir. Bu bağlamda hesap verebilirlik, şeffaflık ve öngörülebilirlik uygun mekanizmalar olarak sayılabilir. Bu makalenin amacı, düzenleyici bağımsızlığın temel unsurlarını ve düzenleyici otoritenin faaliyetlerine getirilen sınırlamaları incelemektir.

Anahtar kelimeler: Düzenleyici kurullar, bağımsızlık, hesap verebilirlik, şeffaflık, öngörülebilirlik, sınırlamalar.

Abstract

Causes such as experiencing issues in doing some of government's capacities with its conventional established power, moderate execution in bureaucratic structure, lack of transparency and accountability in public sector, presence of populism, and uncover inadequacy in conventional regulatory association, governments rebuild existing regulatory arrangements by building up new establishments in some unique zones that influence expansive parts of the general public, for example, banking, insurance, energy, communication, agriculture. These organisations called as independent regulatory agencies (IRAs). IRAs' independence has been subject to different interpretations and implementations, with the reasons behind the concept of independence varying from country to country and depending on social and economic elements. Regulatory independence requires an arm's-length relationship with the government, supervised firms, consumers, and private interests. To achieve independence in practice, a few key aspects such as structural and financial independence and functionality should be present in any regulatory body. However, independence

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.12.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Kahramanmaraş Büyükşehir Belediyesi Genel Sekreter Yardımcısı, serdaratalar@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3086-2552>.



should not be perceived as an absolute concept, but a relative one, as absolute independence, is neither feasible nor desirable and some restrictions must be imposed upon regulatory authorities. In this sense, accountability, transparency, and predictability can be counted as appropriate mechanisms. The objective of this essay is to examine what the central elements of regulatory independence are and the limitations on the activities of a regulatory authority.

Key words: Regulatory agencies, independence, accountability, transparency, predictability, limitations.

GİRİŞ

Devletlerin geleneksel kurulu mekanizmaları ile idare edemedikleri alanlarda bürokratik yapıdaki sorunlar, şeffaflık ve kamu sektöründe hesap verebilirlik eksikliği, popülizmin var olması ve geleneksel düzenleyici kuruluşların yetersizliğinin ortaya çıkması sonucunda devletler mevcut düzenleyici kuruluşları yeniden yapılandırma ihtiyacı hissetmişlerdir. Geniş kitlelere hitap eden bankacılık, sigortacılık, enerji, iletişim ve tarım gibi özel alanlarda yeni kuruluşların temeli atılmıştır. Bu kuruluşlar bağımsız düzenleyici kurullar (BDK)¹ olarak adlandırılmıştır.

Son yıllarda telekomünikasyon politikasında birçok yenilik meydana gelmiştir. Teknoloji alanındaki yeni icatlar nedeniyle iletişim biçimleri değişmiş ve genişlemiştir. Bu gelişmeler telekomünikasyon sektöründe büyük bir büyümeye yol açmıştır. Özelleştirme ve liberalleşme bu sektörü tüm dünyada etkilese de, telekomünikasyon hizmetleri hala devletin en önemli kamu hizmetlerinden biri olarak kabul edilmekte ve tüketicilerin refahı ve pazarın sürdürülebilir gelişimi için düzenlemeye tabi tutulmaktadır. Yüksek yatırım maliyetleri ve mevcut alt yapıların tek elde toplanması sektörde tekelleşmeye neden olmuştur. Tekelleri ortadan kaldırmak ve rekabeti teşvik etmek için etkili ve bağımsız düzenleyici sistemlere gereksinim duyulmaktadır.² Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'ne (OECD) üye devletlerin telekomünikasyon sektörleri son on yılda büyük yapısal değişiklikler görmüştür. Başarılı bir liberalleşme, diğer kamusal çıkarlar etkin bir şekilde korunurken tam rekabet sağlayan şeffaf ve etkili bir düzenleyici rejimin varlığına dayanmaktadır.³ İşte asıl mesele bu noktada ortaya çıkmaktadır. Telekomünikasyon sektörünü duyarlı, adil ve her şeyden önce bağımsız olarak düzenlemek için bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Tüm bunların başarılması, hem devlet hem de özel sektörün etkisi dışında bağımsız ve ayrı bir idari makamın varlığını zorunlu kılmaktadır.⁴

¹ Bundan sonra BDK olarak anılacaktır.

² Ian Walden, *Telecommunications Law and Regulation*, (first published 2001, 4th edn, Oxford University Press 2012) 15.

³ OECD Reviews of Regulatory Reform Regulatory Reform in the UK Regulatory Reform in the Telecommunications Industry 2002, 6.

⁴ "How Has The Telecommunications Industry Evolved Commerce Essay." UKessays.com. 11 2013. All Answers Ltd. 08 2017 <https://www.ukessays.com/essays/commerce/how-has-the-telecommunications-industry-evolved-commerce-essay.php?cref=1> erişim 22 Ekim 2024.

Regülasyon ihtiyacı piyasa oyuncularının artışı, telekomünikasyon sektörünün dinamik yapısı ve büyük kar marjları gibi bazı önemli faktörler tarafından tetiklenmektedir. İnternet kullanımının stabil olmayan bir şekilde gelişmesi ve dijital ekonominin olağanüstü ilerlemesiyle, telekomünikasyon politikasının iyileştirilmesine ilişkin riskler çok daha yüksek hale gelmiştir. Telekomünikasyon ağları kurulması zor olan muazzam önkoşulları nedeniyle doğal tekel olarak kabul edilmektedir. Telekomünikasyon kuruluşlarının ortak alt yapılarının kullanıldığı zamanlarda telekomünikasyon şirketleri çoğunlukla devlete ait bulunmaktaydılar. Tekel durumundaki operatörler birçok devlet kurumuyla benzer şekilde topluma yetersiz ve kötü yönetimler sunmaktaydılar.⁵ Piyasa oyuncularının sayısı olarak azlığı; yüksek fiyatlar, verimsiz altyapı ve kartelleşmeler gibi büyük sorunlara yol açmıştır. Bilgi çağında yeni operatörler ortaya çıkması kaçınılmaz hale gelmiştir. Özelleştirmeler ve yeni lisans tahsisleri ülke içinde telekomünikasyon sektöründe birçok yeni operatörün ortaya çıkmasına olanak tanımıştır. Daha fazla piyasa oyuncusu etkili bir şekilde düzenlenmesi gereken daha rekabetçi bir piyasa ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda rekabete aykırı bir çok uygulama ve ele alınması gereken piyasa sorunu ortaya çıkmıştır. Mevcut operatörler altyapılarını adil bir şekilde paylaşmaya istekli değillerdi. Sonuç olarak, telekomünikasyon sektöründeki regülasyonun gerekliliği belirgin hale gelmişti.⁶ Dinamik bir telekomünikasyon pazarını ilerletmekle ilgilenen hükümetler, pazar büyümesi ve ilerlemesi için ulusal hedeflerin yeterince karşılanmasını garanti altına almak için sağlam ve bağımsız bir düzenleyici oluşturmak üzere hareket etmişlerdir.⁷ BDK'ların bağımsızlığı, ülkeden ülkeye değişen, sosyal ve ekonomik unsurlara bağlı olarak bağımsızlık kavramının ardındaki nedenlerle, farklı yorumlara ve uygulamalara tabi tutulmaktadır.

Avrupa Birliği aday ülkesi olarak Türkiye'nin AB ilke ve kurallarını düzenleyici bağımsızlık açısından uygulamaya geçirmesi beklenmektedir.

Bu bağlamda, bu makale aşağıdaki araştırma sorularına odaklanmaktadır:

- Düzenleyici bağımsızlığın temel yönleri nelerdir?
- Bağımsız düzenleyici kurullar neden gereklidir?
- Bağımsız düzenleyiciler Telekomünikasyon politikası alanında neden önemlidir?
- BDK'lar tarafından üstlenilen görevler nelerdir.

⁵ Ihala Walawwe Namal Bandaranayake, 'Impact of the Regulator's Independence on the Telecommunications Industry', Master Thesis. 2005, 6.

⁶ Bandaranayake (n 4) 6.

⁷ Thakur Dhanaraj, L. Best Michael, Jones Kipp, 'Regulatory Independence and the Development of the Telecommunications Sector: The Liberian Telecommunications Authority' https://www.researchgate.net/publication/241648375_Regulatory_independence_and_the_development_of_the_telecommunications_sector_The_Liberian_Telecommunications_Authority1 erişim 17 Ekim 2024.



A. Regülasyon ve Düzenleyici Kurumlar

Yaşanan ekonomik krizler, iş faaliyetlerinin daha belirgin bir şekilde düzenlenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.⁸ Devlet kurumundan ziyade bağımsız bir otoritenin kurulması, politik ve finansal etkilerden kaynaklanan engellerin sınırlarını belirler. Ayrıca bağımsız düzenleyici kurumlar faaliyetlerini sadece finans veya telekomünikasyon gibi belirli bir piyasayı düzenlemeye odaklayan uzman yapıların oluşturulmasını güçlendirir. Uzman bilgisi içeren bu tür yapılar söz konusu sektörle ilgili karmaşık konuları ele almak için daha iyi bir konuma sahiptir. Bu özerk organ şeffaflığı, kamu güvenini ve finansal istikrarı artırabilir.⁹ Kamu hizmeti yönetiminin iki öncelikli hedefi vardır. Birincisi kamu idarelerinin düzenlenmesiyle ilgili pazardaki hayal kırıklıklarının giderilmesidir. İkincisi ise makul bir maliyetle sermaye için öngörülebilir bir yatırım alanı kurmaktır. Düzenleyici bir müdahale için en önemli üç bileşen tüketicilerin çıkarlarını güvenceye almak, makul rekabeti garanti etmek ve rekabeti teşvik etmektir. Telekomünikasyon sektöründe regülasyonun temel nedeni cazip bir rekabet alanının sadece pazar oyuncuları tarafından sağlanamayacağı şeklindeki temel varsayımdır.¹⁰ Bu nedenle gözlemlenmesi gereken piyasa yapısının dışında verimli bir telekomünikasyon sektörü için düzenleme ve müdahale yetkilerine sahip profesyonel bir gözlemcinin olması gerektiği ortaya konmuştur.

Rekabetçi pazarlara zorlayıcı girişimleri garanti altına almak için piyasa işletmecileri ve normalde yerleşik hizmetlere ilişkin gelişim süreçlerinin başlangıç zamanlarında olan rakip firmalar arasındaki işbirliğini denetlemek ve yönetmek için düzenleyici kurumlar kurulmuştur.¹¹ Düzenleyici kurumlar sektöre özgü regülasyonun ana sujeleridir. Prensip olarak bağımsız otoriteler diğer idari kuruluşlardan kendi işleyişleri, özgünlük öncelikleri, halka karşı sorumlulukları ve regüle edilen pazar ve hükümetle ilişkilerinin nasıl olduğu yönlerinden farklılık gösterirler. Bu bağlamda bağımsız idari otoritelerin belirli niteliklerinin anlaşılması değişen piyasalardaki rollerini kavramak için zorunludur.¹² Çok sayıdaki devletin telekomünikasyon kuruluşu özelleştirilirken idari otoriteler kurulmuştur. Bu düzenleyicilerin genel

⁸ Howard Harris, 'Enhancing the independence of supervisory agencies: the development of courage. Business Ethics: A European Review', v.12, no.4, 2003, 369.

⁹ Ahmet Faruk Aysan ve Hüseyin Al, 'Assessing the Preconditions in Establishing an Independent Regulatory and Supervisory Agency in Globalized Financial Markets: The Case of Turkey' Munich Personal RePEc Archive Bogazici University 2006, 13. <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/5481/> erişim 30 Ekim 2024. [accessed 30 June 2017.](https://www.ssrn.com/abstract=465020)

¹⁰ Nicholas Economides, 'Telecommunications Regulation: An Introduction' NET Institute Working Paper No. 04-20. 2004, 50. <https://ssrn.com/abstract=465020> erişim 17 Ekim 2024.

¹¹ Geoff A. Edwards ve Leonard Waverman, 'The Effects of Public Ownership and Regulatory Independence on Regulatory Outcomes: A Study of Interconnect Rates in EU Telecommunications 2005. <https://ssrn.com/abstract=588722> erişim 25 Ekim 2024.

¹² E. Ünal Zenginobuz ve Gül Sosay, 'Independence and Accountability of Regulatory Agencies in Turkey.' Paper prepared for presentation at the ECPR Conference on Regulatory Governance, University of Bath, Bath, UK, 7-8 September 2006, 8.

amacı sektöre yönelik kamu politikası hedeflerinin karşılanmasının sağlanmasını güvence altına almak olmuştur.¹³ Son yıllarda ülkeler ve politik mecralardaki idari otorite sayısında kayda değer bir artış görülmüştür. Güvenilir düzenleyici rejimleri kurmak için düzenleyici kurumlar resmi olarak doğrudan politik etkilerden korunmalı ve yüksek düzeyde yasal bağımsızlık garanti edilmelidir.¹⁴

Sektörel özelleştirme gerçekleşmeden önce hükümet bünyesindeki belirli bakanlıklar politika ve regülasyondan sorumluydular. İdari otoriteler bakanlıklara tamamen bağımlı olduklarından hükümetin temel organlarının içerisinde yer almaktaydılar. Liberalleşme ve özelleştirme, telekomünikasyon sektörünü denetlemek için hükümet kurumlarının yeniden örgütlenmesini sağlamıştır.¹⁵ Bunu takiben düzenleyici müdahaleler konusunda hükümetlerin görevi kapsamlı bir şekilde değişmiştir. Hükümetler ana görevlerini telekomünikasyon sektöründe bağımsız düzenleyici kurumlara devretmişlerdir. Ancak bu tüm görevlerini BDK'lara aktardıkları anlamına gelmemektedir. Hükümetlerin seçmenlerine karşı sorumlulukları vardır. Bu nedenle bir yandan siyasal nüfuztan bağımsız olarak düzenleyicilerin bağımsızlığını garanti etmeleri ve diğer yandan da BDK'larında vatandaşlar ve seçmenlerin çıkarları için gözlemci olarak davranmaları beklenmektedir.

Regülasyon, BDK'lar dahil olmak üzere çeşitli aktörler tarafından yapılabilir. Regülasyon, özel sektörün idare edilmesini, vergi tahsilatını, kural oluşturma, mali davranışların değerlendirilmesi ve soruşturulmasını içeren yetkilerin düzenlenmesi ve kurallara uymama durumunda yaptırım uygulanmasını anlamına gelir. BDK'lar belirli sektörleri yönetmek için yetkilendirilmiş kurumlardır ve hiyerarşik olarak seçilmiş yasa koyuculara tabi olmayan bir kamu otoritesine sahiptirler.¹⁶ Bu bakımdan regülasyon ve bağımsızlık birbiriyle ilişkilidir. Regülasyonun başarısı, düzenleyici kurumların kurumsal yapısının dışına çıkabilecek doğrudan veya dolaylı etkilerden bağımsızlık düzeyiyle yakından bağlantılıdır. Düzenleyici, ülkedeki telekomünikasyon sektörünü etkileyen meseleleri çözme konusunda uzmanlığa sahip özerk bir kurum olmalıdır.¹⁷ Bağımsız düzenleyiciler, hükümetlerden daha kolay reform yapacak ve yatırımcıları risklere karşı koruyacak şekilde kurulmuşlardır.¹⁸

¹³ Hank Intven ve Tetrault McCarthy, *Telecommunications Regulation Handbook*, (1st edn, Infodev, 2000).

¹⁴ Laurenz Ennsler Jedenastik, 'The Politicization of Regulatory Agencies- Between Partisan Influence and Formal Independence' *Journal of Public Administration Research and Theory Advance Access*, 2015,1.

¹⁵ Intven (n 13)

¹⁶ Chris Hanretty ve Christel Koop, 'Measuring the formal independence of regulatory agencies.' *Journal of European Public Policy*, Vol.19, No 2, 2012, 199.

¹⁷ Bandaranayake (n 4) 7.

¹⁸ Irene Wu, 'Who Regulates Phones, Television, and the Internet? What Makes a Communications Regulator Independent and Why It Matters?' (Perspectives on Politics, Vol. 6, No.4, American Political Science Association, 2008). 769,771, <<http://www.jstor.org/stable/20446827>> erişim accessed 03 Ekim 2024.



Bir düzenleyici kurumun dinamik bir sektörde değişen koşullara etkin bir şekilde uyum sağlaması için bağımsız olması şarttır. Sektöre özgü bağımsız kurulların kurulmasına ilişkin temel mantık, serbest piyasadaki tüm oyuncuların ayrımcı olmayan muameleye tabii tutulması ilkesine dayanmaktadır.¹⁹ Düzenleyicinin sektördeki etkisi yüksektir ve pazarın gelişmesini etkilemektedir, bu nedenle bu uzman organın özellikle politik etkiden bağımsız kalması şarttır.²⁰ Düzenleyici kurumlar devlet kuruluşlarıdır ve tüm yönetim unsurları bir dereceye kadar politik etkilere tabidir.²¹ Düzenlemeler bağımsız denetleyici kurumlar tarafından uygulanır. Bağımsızlığın düzenleyici yapının ana unsuru olması kaçınılmazdır. Bununla birlikte bağımsızlık mutlak özgürlüğü ifade etmemektedir.²² Düzenleyiciler hükümet politikasından tamamen bağımsızlık iddia etmemekte ve hükümete ait olan politika yapma gücünü gasp etmemektedir. Bağımsızlık, politikacıların ve sektör paydaşlarının yasadışı müdahaleleri olmaksızın sektör politikasının uygulanmasını içermektedir.²³ Sınırsız bağımsızlığa sahip özerk bir düzenleyicinin tamamen halkın çıkarlarını temsil ettiği söylenemez. Hükümetler tarafından dillendirilen popüler görüşe göre; regülatör tamamen özerk olmamalıdır. Diğer bir olasılık da, eğer regülatör devlet tarafından kontrol edilmezse düzenleyici kurul operatörler tarafından etki altına alınabilir ve müşterilere yönelik elverişsiz düzenlemeler yaratabilir.²⁴ Örneğin, basit bir paket için fiyatlandırmayı istismar edebilirler ya da çok eski bir teknoloji veya verimsiz altyapı sunabilirler. Kurul bağımsızlığı için var olan düzenlemeler zorlayıcı düzenleme ve denetleme için yeterli değildir. Yasal sorumluluk kaideleri özerkliğin iyi işleminin temelidir. Özerkliğin sorumlulukla dengelenmemesi halinde sanayi sıkışması, yeni kurumsal katılıkların yaratılması; iş için ekstra masraflar gerektiren aşırı düzenleme; telekomünikasyon sektöründeki yapısal değişimde sıkışma veya kişisel çıkar ile sonuçlanabilir.²⁵

B. Düzenleyici Kurumların Bağımsızlığı

Regülasyon çerçevesinde kullanılan “bağımsızlık” terimi çoğu zaman yanlış değerlendirilmektedir. Bağımsızlık hükümetin politika belirleme veya strateji geliştirme yetkilerinin göz ardı edilebileceği ve bu yetkilerinin gasp edilebileceği anlamına gelmemektir. Bağımsızlık daha ziyade politikacılar ya da endüstri lobi-

¹⁹ ICT Regulation Toolkit, <<http://www.ictregulationtoolkit.org/toolkit/1>>, erişim 01 Ekim 2024.

²⁰ William H. Melody, *Telecommunication Policy*, (Vol. 21, Issue 3, Elsevier Science Ltd, 1997) 195-197.

²¹ Bandaranayake (n 4) 7.

²² Ian J. Lloyd, *Information Technology Law* (6th edn, Oxford University Press 2011) 63.

²³ Melody (n 20) 195-197.

²⁴ Bandaranayake (n 4) 7.

²⁵ Marc Quintyn ve Michael W Taylor, ‘Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability.’ *CESifo Econ Stud.* 2003, Vol. 49 (2): 259-294.

cilerinin gereksiz müdahalesi olmadan politikaları uygulamak için özerkliği ifade etmektedir. Kamu hizmeti pazarları için regülasyonun ilgili tüm tarafların etkisinden bağımsız bir kurum tarafından yürütülmesi çok önemlidir.²⁶ Bağımsızlık BDK'ların resmi olarak yasama organı tarafından özel olarak tayin edilmeden veya ondan onay almadan strateji ve politika oluşturmasını ve uygulamasını mümkün kılar.²⁷ Düzenleyici bağımsızlık düzenleyici kurumun ilkelerini belirleyen kendi kendini yönetme yetisine sahip olma kapasitesini ve mevcut yasaların sınırları dâhilinde gözetimi altında ki sektörlerde düzenleme yapabilmesini ifade eder. İdari bağımsızlığı bir kural olarak meşrulaştıran, tüm tartışmalara rağmen gerekli olduğunda hızlı hareket edebilmesi, güvenlik ve prosedürlere uzman katkısı ve ek olarak iki taraflı özel bakış açısına sahip olması gibi özellikleridir.²⁸ Düzenleyici bir kurumun başarılı olabilmesi için bu mekanizmalar zorunludur ancak yeterli değildir. Bunlara ek olarak, ABD Hükûmeti eski İletişim Komisyonu Başkanı Michael Powell'ın da belirttiği gibi bir düzenleyici, düzenlenen piyasa aktörlerinden fiziksel ve operasyonel olarak izole edilmeli ayrıca açıkça tanımlanmış olan objektif kararlar olarak düzenleme yapmakla meşgul olmalıdır. Bu prosedürler kamu denetimine açık olmalıdır.²⁹ Bu bakımdan, şeffaflık düzenleyicinin güvenilirliğini artırabilir. Düzenleyiciler bu prosedür sırasında gereksiz siyasi etkilerden bağımsız olmalıdır ve belgelerin ışığında alınan tarafsız kararlar siyasi nedenlerle zayıflatılmamalıdır. Son olarak bir düzenleyicinin yetkisinin kapsamı ve özü, kanunlar tarafından açıkça belirlenmeli ve görevlerini yerine getirmek için yeterli finansman sağlanmalıdır.³⁰

Bağımsız Düzenleyici kurum piyasada faaliyet gösteren tüm asli telekomünikasyon hizmet sağlayıcılarından eşit uzaklıkta olmalıdır. Düzenleyici tarafından alınan kararlar ve bu kararlara ulaşmak için kullanılan prosedürler tüm piyasa katılımcıları açısından tarafsız olmalıdır. Uluslararası düzeyde Avrupa Birliği Çerçeve Direktifi³¹ üye devletlerin düzenleyici kurumlarının bağımsızlığını garanti etmeyi amaçlamaktadır. Direktif, düzenleyici makamların yetkilerini "tarafsız ve şeffaf bir şekilde" kullanmaları gerektiğini şart koşmaktadır.³² Bu nedenle Avrupa Birliği

²⁶ Geveke Drs Arjan, Improving Implementation by National Regulatory Authorities http://www.eipa.eu/en/eipascope/search_articles/&aTitle=&pg=21 erişim 11 Ekim 2024.

²⁷ Jr. Smith, H. William , Experience Shows Good Reason for Independence of Regulatory Agencies State regulation Natural Gas February 2000. 1.

²⁸ Quintyn (n 25) 269.

²⁹ Audrey Baudrier, 'Independent Regulation and Telecommunications Performance in Developing Countries' (2001) Annual ISNIE Conference accessed 17 June 2017. http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/Baudrier_Independent_Regulation_and.pdf erişim 17 Ekim 2024.

³⁰ Baudrier (n 29)

³¹ Directive 2002/21/EC of the European Parliament Council of March 2002 On a Common Regulatory Framework for electronic communication networks and services (Framework Directive). Bundan sonra direktif olarak anılacaktır.

³² How Has The Telecommunications Industry Evolved (n 4)



hükûmetlerden bağımsız olan Ulusal Düzenleme Otoritelerinin kurulmasını talep etmiştir. Telekomünikasyon ile ilgili AB direktifleri, üye devletlerin bağımsızlığa veya kurumsal geleneği güvence altına alacak uzmanlara dayalı bir ulusal organizasyon ve kurumsal düzenlemeler kurmasını gerektirmektedir.³³

Tüm piyasa oyuncularının eşit bir pazar alanında rekabet edebilecekleri istikrarlı bir telekomünikasyon sektörünün oluşturulması otomatik bir süreç değildir. Bu durum ancak BDK'ların hükûmetler, mevcut operatörler ve farklı servis sağlayıcılarının müdahaleleri olmaksızın görevlerinde bağımsız oldukları sürece başlatılabilir.³⁴ Bir düzenleyici kurumun bağımsızlığını gösteren çeşitli kriterler vardır. Düzenleyici bağımsızlık kavramını işlevsel hale getirmek amacıyla Greve (2002: 19-20) aşağıdaki beş soruyu ele almaktadır:

- i. Herhangi bir bakan belirli durumlarda düzenleyici kurum tarafından verilen kararları etkileyebilir veya geçersiz kılabilir mi?
- ii. Herhangi bir bakan regülasyonla ilgili stratejik kararlar verebilir mi?
- iii. Aynı personel politikası ve yönetim kuralları genel olarak merkezi yönetimde geçerli midir?
- iv. Bakan politikaları düzenleyici kurumdan bağımsız olarak formüle edebilir mi?
- v. Düzenleyici kurum devlet ve parlamento tarafından normal devlet bütçesinden finanse ediliyor mu?³⁵

Düzenleyici bağımsızlık seviyesi, bu soruların kaçının olumsuz olarak yanıtlanmasıyla ilgilidir.³⁶ Eğer cevaplar olumluysa, düzenleyici bağımsızlığı hakkında birçok eleştiri ortaya çıkabilir. Bağımsız düzenleyici kurum ve hükûmet arasındaki bağlantıya odaklanan Greve'in aksine, düzenleyici bağımsızlığı değerlendiren diğer bir yaklaşım olan Smith'in tanımı, düzenleyici otorite ve regüle edilen endüstri arasındaki ilişkiyi vurgulamaktadır. Smith düzenleyici otoritelerin bağımsızlığını aşağıdaki üç unsur temelinde değerlendirmektedir.³⁷

- (i.) Regüle edilen firmalar, tüketiciler ve diğer çıkar çevreleri ile bir kol mesafesindeki bir ilişki,
- (ii. Siyasi yetkililerle bir kol mesafesindeki bir ilişki,

³³ Francesc Trillas , 'Independent Regulators: Theory, Evidence and Reform Proposals' IESE Business School Working Paper No. 860. 2010 www.iese.edu/research/pdfs/di-0860-e.pdf erişim 08 Ekim 2024.

³⁴ Anastasia K. Verrai, 'The Question of the NRAs' Independence The Question of the National Regulatory Authorities (NRAs)' Independence in the Telecommunications Sector European Business Law Review 2001, 175. erişim <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/eb1r0012&div=27&id=&page=> erişim 12 Ekim 2024.

³⁵ Zenginobuz (n 12) 6.

³⁶ ibid 6.

³⁷ Jr Smith (n 27) 31.

- (iii.) Zorunlu uzmanlık kurmak ve bu kol mesafesindeki ilişkilerini sürdürmek için gerekli olan, ayrıcalıklı kamu hizmeti maaşı kurallarından istisna olarak ayrılan fonlama ve istisna olarak örgütsel bağımsızlık.³⁸

Rekabete ilişkin kaygılar bağımsız düzenleyiciler tarafından daha fazla düşünülmemektedir.³⁹ Önemli pazar oyuncuları arasındaki rekabetin devletin başarılı bir ulusal pazara yönelik hedeflerinin gerçekleştirilmesi için siyasi ve bürokratik alandan ticari alana taşınması önemlidir. Bu başarı verilen kararların yalnızca siyasi kararların temeli üzerinde veya en güçlü endüstri oyuncularının dolaylı etkisi dışında değil yasal düzenlemeler temelinde düzenleyici kararlar alındığında gerçekleşebilir.⁴⁰ Ancak etkilenen tüm taraflar ve toplum açısından sadece bağımsız ve şeffaf bir düzenleyici süreç bunu gerçekleştirebilir. Ancak düzenleyici kurumların bağımsızlığı hükümetin hedeflerini göz ardı eden eylemler, politika yapma ve geliştirmek için özerklik olarak anlaşılmamalıdır; siyasi veya özel sektör temsilcilerinin müdahalesi olmadan politikaları uygulama özgürlüğü olarak anlaşılmalıdır.⁴¹ Başka bir deyişle hükümetten ve piyasa oyuncularından tamamen bir bağımsızlık söz konusu değildir ancak politikalarını hükümet ve özel çıkar sahiplerinin gereksiz etkilerine maruz kalmadan uyguladıklarında bağımsızdırlar.

Telekomünikasyon regülasyonunun istikrarını ve güvenilirliğini sağlamak ve politika uygulamalarını geliştirmek için bağımsız düzenleyici kurumlar kurulmuştur.⁴² Düzenleyici bağımsızlık düzenleyici bir kurumun çalışması için temel koşullardan biri olarak tanımlanmaktadır. Bu pazarın kazançlı doğası nedeniyle telekomünikasyon sektörüne büyük miktarlarda yatırımlar yapılmaktadır. Yatırımcıları memnun etmek ve güvenceye almak için bu yatırımları koruyacak bir mekanizma olmalıdır. Bu mekanizma telekomünikasyon piyasasına olan ilgiyi artırabilir ve ekonomiye fayda sağlayabilir.⁴³ Bağımsız düzenleyiciler ülkelerin idari kapasitesinin kilit bileşenlerinden birisidir. İdari kapasitenin mülkiyet ve politika geliştirme kapasitesinden açıkça ayrıldığı bir yönetsel organizasyonunun parçasıdır. Bağımsız yönetim örgütlerinin kurulmasının gerekçesi temel altyapı ve finansal kesimleri etkileyen kararların kısa vadeli politik yaklaşımlardan ve özel çıkarlardan korunmasını garanti etmektir. Telekomünikasyon, mali idareler ya da sosyal

³⁸ Katja Sander Johannsen, 'Regulatory Independence in Theory and Practice', AKF Forlaget February 2003: <http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/Johannsen_Regulatory_Independence_in.pdf> erişim 14 Ekim 2024.

³⁹ Gesner Oliveira, Eduardo Luiz Machado, Lucas Martins Novaes, Ferreira Guimarães, Beatriz Carla. Aspects of the Independence of Regulatory Agencies and Competition Advocacy São Paulo, 2005, 5. http://www.icn2005.de/NGA_Submission_Aspects_of_Independence.pdf erişim 27 Ekim 2024.

⁴⁰ Melody (n 20) 195.

⁴¹ Oliveira (n 38) 5.

⁴² Mattia Guidi, 'The Impact of Independence on Regulatory Outcomes- the Case of EU Competition Policy' Journal of Common Market Studies Volume 53 issue 6 2015, 1195.

⁴³ Intven (n 13)



ve ekolojik alanları düzenleyen kamu hizmeti bölümleri için yeni pazar konumlu idari faaliyetler kurulurken bağımsız düzenleyiciler oluşturulmuştur.⁴⁴ BDK'ların özgürlüğü tek başına siyasi kontrolü devre dışı bırakmayı, uzman ve tecrübeli bir karar verme organını onun yerine koymayı amaçlamıştır. Bu yaklaşım 1900'lerin ortasındaki dinamik dönemde desteklenmiş ve o zamandan beri kullanılmaktadır. İdari otoriteden hükûmetin üç alt dalının hepsinin kontrolünün dışında çalışması beklenmektedir. Bir idari otoritenin görünüşte resmi şube veya idari şubenin bir bileşeni olarak görüldüğü dikkate alınmaksızın, kurum "karar alma özgürlüğü" konusunda bağımsızdır. Seçilmiş makamlar idari kararları spesifik olarak yönetemez ve bunları inceleyemez. Düzenleyicinin çalışmaları, partizanlık ve hükûmet meselelerinin dışında kalmalıdır. Bağımsız bir kuruluştaki çalışan bireyler siyasi görüşlerinden daha çok kuruma karşı yüksek bir sadakat sahibi olmalıdır. Bağımsız bir kurum kararlarını, fanatizm ya da politik kaygılar yerine, uzmanlık becerilerine göre inşa etmelidir. Düzenleyiciler kendilerini politik güçlerden uzak tuttuklarında kararları daha tutarlı ve daha az şaşkıncı olabilir. Finans uzmanları güvenliğe önem verirler: Onlar mali olarak öngörülemeyen koşullarda para yatırımı yapmazlar. BDK'lar içindeki karar vericilerin işlerini riske atmaksızın, belirli menfaat çevreleri tarafından potansiyel olarak beğenilmeyen kararlar alma kapasitesine sahip olmaları sağlanmalıdır.⁴⁵ Düzenleyiciler "bağımsız değilse" ve düzenlemeler Bakanlıklar veya diğer bağlı kuruluşlar tarafından yürütüldüğünde, hükûmetler doğrudan ya da dolaylı olarak düzenleyicilerin kararlarını değiştirmelerini isteyebilir ve düzenleyici politikalarını yürütmelerini etkileyebilirler. Bu durum firmaların performansını ve yatırım isteklerini baltalayan kararlara yol açabilir.⁴⁶

Bağımsız bir uzman otoritesinin oluşturulmasının ardındaki mantık özellikle devletin ilgili kamu sektöründe tedarikçi hisselerine sahip olduğu durumlarda şirketlerin yatırımlarını, istihdam kararlarını veya fiyat belirleme politikalarını etkilemesine engel olacak BDK'ları siyasi müdahalelerden koruma çabasıdır.⁴⁷

Bağımsızlık düzenleyici bir kurumun dinamik bir sektördeki değişen koşullara etkili bir şekilde uyum sağlaması için önemlidir.⁴⁸ Bağımsız düzenleyicileri kurmak kurumsal yapının halkı ve yasal yapıları dikkate aldığı ve düzenli olarak yaratıcı düzenlemeler yaptığı dinamik bir süreçtir. Bu kuruluşlar geliştikçe öğrenmeye doğru giden bir "kurumsal dinamiğe" sahiptirler. Bununla birlikte farklı hükûmetlerin po-

⁴⁴ OECD Working Party On Regulatory Management And Reform Designing Independent And Accountable Regulatory Authorities For High Quality Regulation Proceedings Of An Expert Meeting in London, United Kingdom, 10-11 January 2005, 73.

⁴⁵ Jr Smith (n 27) 31.

⁴⁶ Carlo Cambini ve Donata Franzi, 'Independent regulatory agencies and rules harmonization for the electricity sector and renewables in the Mediterranean region' Energy Policy. http://porto.polito.it/2507421/2/Cambini_Franzi_Enerpolicy_rev_final.pdf erişim 22 Ekim 2024.

⁴⁷ Cambini (n 45)

⁴⁸ Melody (n 20) 196.

litik ve kurumsal tarihlerine yerleştirilmiş düzenlemeleri takip etmeye çalıştıkları için tekdüze normların belirlenmesi zordur. Telekomünikasyon ve enerji gibi kilit pazarların operasyonları giderek uluslar arası nitelik kazanmaktadır. Bu durum uluslararası planlı ve güvenilir bir yaklaşım gerektirmektedir.⁴⁹ BDK'lara ilişkin olarak ele alınacak temel soru hükümetlerin ve kanun koyucu organların, karar alma güçlerini kendilerinden bağımsız olması gereken uzmanlara devretmeye neden karar vermişlerdir. Her şey göz önünde bulundurulduğunda, BDK'lar hükümetlerin ve kanun koyucu organların izleyeceği ile tamamen aynı olmayacak yaklaşımları izleyebilir. Hükümetlerin ve yasa koyucuların bu şekilde bazı güçlerinden niçin vazgeçme ihtiyacı duydukları net olarak ortaya konamamaktadır.⁵⁰

C. Düzenleyici Bağımsızlığın Temel Yönleri

Bağımsız bir idari otorite herhangi bir ülkenin rekabeti yaratma, telekomünikasyon pazarını özelleştirme ve şekillendirme çabalarının başarılmasında önemli bir faktördür. Telekomünikasyon endüstrisinin faaliyet göstereceği bir ülkede gerekli şartlar ve prosedürleri oluşturmak için tarafsız ve bağımsız bir sistem kurmak her devletin görevidir. Bunu başarmak için ulusal idari otorite belirli nitelikleri bünyesinde bulundurmalıdır. Bunlar yapısal, finansal ve işlevsel / operasyonel bağımsızlığı içerir.⁵¹

Yönetmelik bağımsızlık mevcut yasaların sınırları dahilinde gözetimi altındaki sektörler için kural koyma ve düzenleme yapma konularında, düzenleyicinin makul düzeyde bağımsızlığa sahip olma kapasitesini ifade eder.⁵² Tutarlı bir düzenleyici yönetilen alandan korunmalı, politik baskıdan arınmalı, tüm kapasitesini stratejileri ve yönetmelik kararları belirleyerek pazarı yönetmeye odaklamalıdır. Düzenleyici görevlerini yürütmek ve politikalarını etkin bir şekilde uygulamak için otorite ve takdir yetkisi verilmelidir. Dahası, düzenleyici için sağlam ve stabil gelir kaynaklarından gelen yeterli bir fon temin edilmesi gerekmektedir. Telekomünikasyon sektörünü yönetmek için ayrı bir otorite oluşturma ihtiyacı, otoriteyi siyasi müdahaleden koruma ihtiyacından dolayı ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla burada amacın hükümetlerden bağımsızlık olduğu ortaya konmaktadır.⁵³ Bununla birlikte düzenleyici kurumlara yetki devri yapılırken, politikacılar sadece bu kurumların yetkilerine değil, aynı zamanda kararlarının siyasetten bağımsız olarak ne kadar uygulanabileceğine de karar verirler. Tercih edilen bağımsızlık düzeyi genellikle kurumun başkanı ve yönetim kurulu üyelerinin atanması ve görevden alınmasına ilişkin yasal düzenlemeleri, kurumun kararlarının yasal denetim yoluyla geçersiz kılınabilme-

⁴⁹ OECD Working Party (n 43) 36.

⁵⁰ Zenginobuz (n 12) 4.

⁵¹ How Has The Telecommunications Industry Evolved (n 4)

⁵² Quintyn (n 25) 270.

⁵³ Bandaranayake (n 4) 13.



sini, kurumun yasal statüsünü, bütçesini ve örgütsel bağımsızlığını içermektedir.⁵⁴

Bir düzenleyicinin amacı sektörün meşru çalışmasını, tüketicinin ve diğer menfaat sahiplerinin menfaatlerinin makul ve düzenlenmiş bir şekilde güvence altına alınmasını garanti etmektir. Etkin bir düzenleyici piyasaya engelsiz girişin yanısıra istikrarı ve mevcut düzenlemelerin uygulanmasını sağlayabilir. Bunu başarmak için devletler iyi yönetim ve regülasyonun başarısı için desteğe açık bir alan oluşturmalı ve sürdürmelidir. Bağımsızlık bir düzenleyicinin etkili olabilmesi için en önemli koşullardan biridir.⁵⁵ Etkin bir düzenleyici yapısal ve bütçesel olarak bağımsız olmalıdır. Ancak bir düzenleyicinin gerçek etkinliği, işlevselliği gerçekleştirmesine dayanır; kısacası bağımsızlık, bağımsız ve kendi kararlarını verip kendi kendini yönetebilen kurumsal bir yapı anlamına gelir. Yapısal / örgütsel açıdan bakıldığında bağımsızlık düzenleyicinin hem özel sektör girişimcilerinden hem de hükûmetin çeşitli birimlerinden kendisini güvenli bir mesafede tutması anlamına gelir. Dahası düzenleyici görev ve işlevleri, mali özellikleri ve kurallarının uygulanması dâhilinde sağlam ve açık kararlar alabildikleri, makul ve ayrımcı olmayan bir şekilde piyasayı düzenleyebildikleri takdirde etkili işlevsellik elde edilir.⁵⁶ Bunlara ek olarak etkin bir düzenleyici çerçeveye açıkça tanımlanmış hesap verebilirlik, şeffaflık ve öngörülebilirlik kuralları eşlik etmelidir.⁵⁷

a. Yapısal Bağımsızlık

Ulusal Düzenleyici Otoriteler, farklı ülkelerde birçok farklı biçimde oluşturulmuştur. Bazı ülkelerin düzenleyici organları belirli bir bakanlık içinde bulunmaktadır. Bazıları bakanlıktan ayrıdır ancak bakanlığa karşı sorumludurlar; diğerleri ise hükûmetten veya bakanlıklarından ayrı ve sorumlu olmayan düzenleyici otoritelere sahiptir.⁵⁸ Ulusal ve Avrupa denetleyici otoriteleri açısından yasal bağımsızlık gerekliliklerini incelerken iki tür bağımsızlık ortaya konmaktadır.⁵⁹ Birincisi daha az tartışmalıdır ve uygun bir pazar alanı için gerekli koşulları oluşturabilmek için ulusal ve Avrupalı uzmanların piyasadan bağımsız olmalarını gerektirir. Bağımsızlığın bu bileşeni, kamu hizmetleri konusunda Avrupa liberalleşme direktifleri⁶⁰ içinde uygun

⁵⁴ Chris Hanretty, Christel Koop, (2013) 'Shall the law set them free? The formal and actual independence of regulatory agencies' Regulation & Governance, 7 (2). 196.

⁵⁵ Colin Blackman ve Srivastava, Lara (ed), *Telecommunications Regulation Handbook*, (10th edn, The World Bank 2011) 24.

⁵⁶ ICT Regulation Toolkit http://www.ictregulationtoolkit.org/toolkit/6.5#_ftn1 erişim 01 Ekim 2024.

⁵⁷ Blackman (n 54) 24.

⁵⁸ How Has The Telecommunications Industry Evolved (n 4)

⁵⁹ Leigh Hancher, Pierre Larouche, Saskia Lavrijssen, 'Principles of Good Market Governance', Competition and Regulation in Network Industries Vol.4, Issue 4,2003, 355 - 389

⁶⁰ Article 3 of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of Mar. 7, 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, OJ L

bir şekilde kurallara bağlanmış ve Avrupa Adalet Divanı içtihat hukukunda kabul edilmiş ve belirtilmiştir.⁶¹ İkinci bağımsızlık türü Avrupa ve ulusal hukuk açısından potansiyel olarak daha tartışmalı ve sorgulanabilir olabilir çünkü düzenleyici bir dereceye kadar politik alandan da bağımsız olmak zorundadır. Çoğu zaman OECD ülkeleri içinde bağımsızlık, hükümet politikasından tamamen bağımsız olmayı içermemektedir,⁶² ancak ulusal denetim otoritelerinin, bakanlık müdahalesi olmaksızın, özerk bir şekilde, benimsedikleri stratejileri gerekli eylemleri yürütebilecekleri bununla birlikte genel hükümet stratejisine bağlı olmaya devam ettikleri anlamına gelmektedir.⁶³ Gerçekten de pratikte yetkilerini kullanırken uygulamak zorunda oldukları mevzuatta düzenlenmiş olmasından başka bir mantıkları olmasa da özerk bir düzenleyici, politik yapı karşısında tamamen bağımsız değildir.⁶⁴ Kurumsal bağımsızlık, düzenleyicilerin herhangi bir bakanlık veya diğer devlet kurumlarından ayrı ve farklı yasal yapılar olarak kurulduğunu göstermektedir.⁶⁵

BDK'ların yapısal olarak bağımsız olması gerekir; hükümet organının dışında yer almalıdırlar.⁶⁶ Başka bir deyişle potansiyel siyasi veya sektörel etkilerinden düzenleyicilerin korunması için bakanlıklardan ve sanayi kuruluşlarından organizasyonel olarak ayrılmalıdırlar.⁶⁷ Düzenleyici bağımsızlığın temel unsurlarından biri olan yapısal bağımsızlık bağımsız bir kurumun yüksek nitelikli çalışanları beceri düzeyleriyle istihdam etmek ve elde tutmak için belirli bir yasal yetkiye sahip olmasını gerektirir.⁶⁸ Özellikle bağımsız kamu kurumları ve düzenleyici bir kurum geleneğinin eksik olduğu ülkelerde bu kolay olmayabilir, politikacılar ve endüstri oyuncularının baskı ve etkisi en az düzeyde tutulmalıdır.⁶⁹ İşletmeciler ya da devlet

108/33 (2002); Art. 23 of Directive 2003/54/EC of the European Parliament of the Council of June 26, 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC, OJ L 176/37 (2003); Art. 25 of Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of June 26, 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC, OJ L 176/57 (2003).

⁶¹ Hancher (n 58) 361.

⁶² OECD, Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities, DSI/ICCP (99) 15/FINAL, 14.

⁶³ Hancher (n 58) 344.

⁶⁴ Annetje Ottow Lavrijssen, 'Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept' (2012) 39 Legal Issues of Economic Integration, Issue 4, 431.

⁶⁵ Miroslava Scholten, 'Independence vs. Accountability': Dilemma or Misperception? (November 26, 2010). Review of European Administrative Law, Vol. 4, No. 1, 2011. <https://ssrn.com/abstract=1718584> erişim 02 Ekim 2024.

⁶⁶ ICT Regulation Toolkit.

⁶⁷ Fabrizio Gilardi ve Martino Maggetti, 'The Independence of Regulatory Authorities' in Levi-Faur D. (eds), *Handbook on the Politics of Regulation* (1st edn, Edwan Elgar Publishing 2011) 201-214.

⁶⁸ Warrick Smith, 'Utility Regulators – The Independence Debate' (1997) 127 Public Policy for the Private Sector accessed 17 July 2017. http://regulationbodyofknowledge.org/wpcontent/uploads/2013/03/Smith_Warrick_Utility_Regulators_The.pdf erişim 17 Ekim 2024.

⁶⁹ Blackman (n 54) 15.



organları gibi dış etkilerden kaynaklanan baskıya maruz kalmak, bir düzenleyici kurumun bağımsızlığının tehlikeye düştüğü ve kararlarının tarafsızlık ve şeffaflıktan yoksun olduğu anlamına gelir.⁷⁰ Hükûmet tarafından atanan düzenleyiciler örneğin yeni teknolojilerin ve hizmetlerin benimsenmesini engelleyebilir veya mevcut imtiyaz sahibi operatörlerin menfaatlerini korumak için uyuşmazlıkları çözmekte yetersiz kalabilirler.⁷¹ Yapısal bağımsızlık yalnızca yasama organı, yürütme ve yargı organlarının ayrılığını sürdürmeyi değil aynı zamanda kalıcı olmayı da garanti eder. Çünkü düzenleyici istikrar siyasi seçim döneminden daha uzundur ve bununla bağlı değildir.⁷² Yapısal bağımsızlık, bağımsız düzenleyicilerin diğer devlet kurumlarından resmi olarak izole edilmesi gerektiğini ifade eder. Ülkelerin operatörlerden izole edilmiş bir denetleyici kurmalarını teşvik eden Dünya Ticaret Örgütü Referans Belgesinden sonra, telekomünikasyon sektörünün hizmet sağlama işlevini ve yönetme işlevini ayıran yapısal olarak bağımsız bir düzenleyici oluşturmak için çok sayıda ülke harekete geçmiştir.⁷³ Kısaca, birçok ülke Dünya Ticaret Örgütünün referans belgesini adapte ederek diğer devlet kuruluşlarından ve düzenleme yaptıkları sektörden ayrı olan yapısal olarak bağımsız düzenleyiciler kurmuştur.⁷⁴ BDK ile hükümet ve operatörler arasında net bir ayrıma gidildiğinin göstergesi düzenleyicinin faaliyetlerinin ne kadarının partizan olmadığı ve şeffaf olarak görüldüğüdür, bunun neticesinde telekomünikasyon sektöründe pazara olan güven artabilir. Hükûmete bağımlı olmayan bir düzenleyici, aynı zamanda uzun vadeli piyasa yatırımları için daha cazip koşullar sunarken kısa vadeli siyasi konjonktür etkisinden de muafır.⁷⁵ Bürokratik bağımsızlığın anlaşılması; delegasyon, düzenleyici otorite planlaması, politik kontrol, soruşturma ve organizasyonel politika oluşturma açısından çok önemlidir. Hiyerarşik yapılar kuruluş içinde alınan kararları etkileyebileceğinden farklı kurum özellikleri bir kurumun politik prensiplerine tepki verme isteğini ve yeteneğini belirler.⁷⁶ Avrupa Komisyonu, politik müdahalenin engellenmesi gerektiğine ilişkin tavrı benimsemiştir; zira bu durum düzenleyicilerin hedeflenen değerlendirmelerini gerçekleştirmelerine engel olabilir. Uzmanlar tarafından dengeli bir araştırmaya dayalı olmak yerine kısa vadeli siyasi ya da diğer özel çıkarlar tarafından yönlendirilen politika, idari belirsizliğe neden olabilir.⁷⁷ Yapısal bağımsız-

⁷⁰ ibid 15.

⁷¹ ICT Regulation Toolkit (n 55)

⁷² Constantinus Petrus Broos Lesley , A. Heldeweg Michael, A. Wessel, “Is EU modesty hampering innovation in telecom? Think global, act local...” (2009), Conference Paper, <[http://doc.utwente.nl/86719/1/No.174_\(2009\)_Telecom_regulators_CEPS_conf_Brussels.pdf](http://doc.utwente.nl/86719/1/No.174_(2009)_Telecom_regulators_CEPS_conf_Brussels.pdf)> erişim 18 Ekim 2024.

⁷³ Blackman (n 54) 24.

⁷⁴ ibid 3.

⁷⁵ How Has The Telecommunications Industry Evolved (n 4)

⁷⁶ Jennifer L. Selin, ‘What Makes an Agency Independent? American Journal of Political Science, Vol. 59, No. 4, 2015, 972. <http://www.jstor.org/stable/24582960> erişim 20 Ekim 2024.

⁷⁷ Annetje Ottow, ‘Independence of Regulatory Agencies, Supervisory and Enforcement Authorities

lık, hükümetlerin ana telekomünikasyon operatörlerinden en az birinde hak sahibi olabileceği durumlarda dahi şeffaf ve ayrımcı olmayan yürütmeyi ve üstlenilen stratejilerin kullanılmasını teşvik eder. Ayrıca, hem bir stratejinin uygulanması sürecinde hem de gelecekteki faaliyetler için uygun yönetime karar verilirken karar alma mekanizmalarında daha önyargısız olmayı teşvik etmektedir.⁷⁸

İşe alma ve işten çıkarmayla ilgili açık ilkeler varsa bağımsızlık en iyi ifadesini bulmuştur. Bu standartlar altında düzenleyiciler görev süresini güvence altına alacak, gündelik hükümet tasarrufları ile işten atılma tehdidi olmaksızın konuşmaya ve eyleme geçmeye teşvik edileceklerdir.⁷⁹ Kısacası yapısal bağımsızlığın en önemli kısmı düzenleyici kurumun başkanının atanma ve görevden alınma yöntemidir. Bu kişi makul kanıtlar olmaksızın devlet organları tarafından görevden alınabilirse, düzenleyicinin bağımsızlığı tartışmalı hale gelecektir.⁸⁰ Ayrıca düzenleyicinin profesyonellerinin seçimi ve işten çıkarılması, yapısal bağımsızlığın ana yönlerinden biridir.⁸¹ Düzenleyicinin personeli, önceden belirlenmiş mesleki kriterlerin yeterliliğine göre istihdam edilmeli ve ihtiyaç duyulan yetenekleri bünyesinde barındırıyor olmalıdır. Son olarak birden fazla üyeye sahip kurumlar, zamanla tutarlı karar vermeye ve ilerlemeyi garanti etmeye yardımcı olurlar ve diğer bireylerin perspektifinden bakıldığında da etkilenmeye daha az eğilimlidirler. Her durumda bu kurumların uzman olmayanlardan oluşabileceğinden endişe duyulmaktadır.⁸² Melody'e göre, hükümetler yöneticilerin yarısından daha azını tayin etmelidir.⁸³ Bir düzenleyicinin yapısal olarak bağımsızlığının sağlanması, politik veya endüstriyel olarak etki altına alınıp işlevsizleştirilmesi olasılığını azaltabilir. İşletmecilerden veya diğer devlet kurumlarından gelen dış baskı, tarafsız ve şeffaf olmayan karar alma ve bağımsızlık eksikliği ile sonuçlanabilir. Önemli olmasına rağmen tek başına yapısal bağımsızlık telekomünikasyon sektörünün gelişmesini sağlamak için yeterli değildir. Ayrıca finansal bağımsızlık ve işlevsellikte düzenleyici yapının gereklerindedir.⁸⁴

b. Mali Bağımsızlık

Mali bağımsızlık bir düzenleyicinin finansmanının kaynağı ve bütçeleme süreci işlevlerini yerine getirirken bağımsızlık derecesini doğrudan etkileyebilir.⁸⁵ Mali

The Different Levels of Protection of National Supervisors' Independence in the European Landscape
https://assets.budh.nl/open_access/nall/III_Independence_of_Regulatory_Agencies_Supervisory.pdf erişim 11 Ekim 2024.

⁷⁸ How Has The Telecommunications Industry Evolved (n 4)

⁷⁹ Quintyn (n 25) 277.

⁸⁰ Wu (n 18) 783.

⁸¹ Melody (n 20) 197.

⁸² Quintyn (n 25) 277.

⁸³ Melody (n 20) 195.

⁸⁴ ICT Regulation Toolkit (n 55)

⁸⁵ Blackman (n 54) 16.



özerklik düzenleyici kurulun mali planının ve kurumun kadrolarının belirlenmesi ve tazminat seviyeleri dâhil olmak üzere bu yetkilerin kullanımının ölçüsünün güvence altına alınmasında resmi yönetim organının bir parçasını teşkil eder. Finansal planlarının kaynaklarını, büyüklüğünü ve kullanım alanlarını merkezi görevleriyle uyumlu olarak bağımsız olarak seçebilen düzenleyiciler, siyasi müdahaleye karşı koymaya ve denetleme ihtiyaçlarına daha hızlı tepki göstermeye daha hazırdır. Ayrıca yetenekli personeli istihdam etme aşamasında cazip ücret oranlarını garanti edebilirler.⁸⁶ Etkin bir düzenleme yeterli fonlama olmadan gerçekleştirilemez.⁸⁷ Bağımsızlık açısından verimlilik, düzenleme maliyeti, fon kaynakları ve bütçeleme düzenleyiciler üzerinde önemli bir rol oynamaktadır.⁸⁸ Görevlerini etkin ve verimli bir şekilde yerine getirebilmek için yeterli gelir kaynağı sağlanmalıdır. Ayrıca bu kaynakların güvenilir ve öngörülebilir olması gerekmektedir.⁸⁹ Finansman mekanizması düzenleyici kurumun işleyişinin etkinliğini sağlamak için kritik öneme sahiptir. Finansman hükümetler, sektör oyuncuları ve harçlar gibi farklı kaynaklar tarafından sağlanabilir. Temel nokta, fonlamanın politik ve özel çıkarların etkisinden arındırılmış olması gereğidir.⁹⁰ Eğer bir düzenleyici kendi operasyonel harcamaları için merkezi bütçeden gelen kaynaklara bağımlıysa hükümetlerin düzenleyici kurumların yapmak istediği düzenlemelere doğrudan etkisi ve müdahalesi olabilir.⁹¹ Bununla birlikte, finansal olarak tamamen bağımsız bir düzenleyicinin hesap verilebilirlikten yoksun olmasının bireysel ya da kurumsal düzeyde yolsuzluk teşebbüslerine yol açabileceğine dair bazı endişeler vardır. Bu bakımdan aşırı harcamalar ve sınırsız mali faaliyetler, düzenleyicinin meşruluğunu olumsuz yönde etkileyebilir.

Bağımsız idari otoritelerin finansmanı bölgeden bölgeye değişiklik göstermektedir. Ancak, bu alanda iki temel strateji vardır. Birincisi ve belki de en meşru görülen ve en yaygın olarak kabul edilen strateji, düzenleyicinin finansmanının düzenlenen piyasa oyuncularından temin edilmesi bu oyuncularında bu maliyeti müşterilere yansıtmasıdır. En yaygın kullanılan ikinci strateji, genel vergi gelirlerinden elde edilen ödenektir.⁹²

Diğer bir deyişle düzenleyici otoritenin bütçesini finanse etmenin iki ana yolu vardır: Birincisi hükümet, ikincisi telekomünikasyon sektörünün kendisi, lisanslama, düzenleyici ve spektrum ücretleri, para cezaları veya diğer idari masraflar yoluyla

⁸⁶ Quintyn (n 25) 279.

⁸⁷ How Has The Telecommunications Industry Evolved (n 4)

⁸⁸ ICT Regulation Toolkit (n 55)

⁸⁹ Rohan Samarajiva, 'Trends in Telecommunication Reform 2002' (Hamadoun I. Toure ed., ITU, 2002) 365.

⁹⁰ ICT Regulation Toolkit (n 55)

⁹¹ Blackman (n 54) 3.

⁹² Ashley C. Brown, 'The Funding of Independent Regulatory Agencies A Special Report to the Public Utilities Commission of Anguilla.' <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.696.7010&rep=rep1&type=pdf> erişim 27 Ekim 2024.

elde edilir. Ülkeler genellikle bu iki kaynağın bir kombinasyonunu kullanırlar.⁹³ Doğrudan hükûmetin belirlediği düzenleyici kurulun bütçesi, düzenleyicinin etkinliğini azaltabilecek ve karar verme mekanizmasına doğrudan bir etki ve müdahaleye yol açabilecektir.⁹⁴ Bu bakımdan birden fazla finansman kaynağı, düzenleyici kurulun finansal olarak daha bağımsız olmasını ve dış etkilerin azalmasını sağlayabilir.⁹⁵

Bazı ülkelerde düzenleyicinin mali planı, bağlı olarak faaliyet gösterdiği bakanlığa tahsis edilen devlet ödeneklerinin bir parçasıdır. Bu bağlamda hükûmetin bütçeye karar verme yetkisi, doğrudan bir etki ve müdahale alanı yaratır ya da böyle bir durum yoksa dahi, en azından, BDK'nın uygulamak istediği politikalar ve yapmak istediği düzenlemeleri etkileyebilir.⁹⁶

c. Fonksiyonel Bağımsızlık

Bir düzenleyici, yapısal ve finansal olarak bağımsız olabilir, ancak gerçek etkinliği, bağımsız bir şekilde işlevlerini yerine getirebilmesine ve buna bağlı olarak güvenilirliğin tesis edilmesine bağlıdır.⁹⁷ İşlevsel bağımsızlık düzenleyici kurulun herhangi bir müdahale olmaksızın, herhangi bir üst merciden izin veya onay almadan politika belirleme ve yürütme alanında kendisine tanınan bağımsızlık seviyesi ile belirlenir.⁹⁸ Bir BDK'nın idari yapısının kuruluşu hükûmetin görevidir, ancak bu idari yapının uygulanması ve organizasyonu bağımsız düzenleyici kurulun kendi yükümlülüğüdür. Bu bağlamda işlevlerini yerine getirebilmesi ve piyasa için uzman bir denetleyici olarak hareket edebilmesi için, bağımsız düzenleyiciye yeterli idari gücün verilmesi kritik öneme sahiptir. Bu kurulların işlevini yerine getirebilmesi için sadece yasal olarak kurulmaları yeterli değildir, aynı zamanda yasama organı politikalarını hayata geçirirken de bu kurulların varlığını kabul etmelidir.⁹⁹ İdari kurulun otoritesi ve yetenekleri aynı zamanda hükûmet ve diğer piyasa oyuncuları ile olan etkileşimleri ve devlet tarafından hangi ölçüde güçlerin delege edildiğine dayanmaktadır. Bu yetkilerin delegasyon düzeyi ülkenin politik geleneği, bağımsız ve etkin bir idari otorite oluşturma politik iradesi tarafından belirlenir. Bu unsurlar düzenleyici kurulların belirli görevlerini yerine getirmelerini ve kararlarının uygulanmasına yönelik sorumlulukları etkiler. Tam “bağımsızlık” elde etmek zor olsa da, düzenleyici kurullar, kanun yapıcılar veya diğer hükûmet kuruluşları gibi ilgili tarafların gereksiz engellemesi olmadan kural ve stratejilerini uygulamak için yeterli otoriteye ihtiyaç duymaktadır.¹⁰⁰

⁹³ ICT Regulation Toolkit (n 55)

⁹⁴ Blackman (n 54) 16.

⁹⁵ ICT Regulation Toolkit (n 55)

⁹⁶ Blackman (n 54) 24.

⁹⁷ ICT Regulation Toolkit (n 55)

⁹⁸ Scholten (64) 13.

⁹⁹ How Has The Telecommunications Industry Evolved (n 4)

¹⁰⁰ ICT Regulation Toolkit (n 55)



İşlevsellik; kurumsal kapasite, hesap verilebilirlik de dâhil olmak üzere; karar verme, uygulama, uyumsuzluk çözümü ; “işe alma ve işten çıkarma” da idari makamın görev alanı ile ilgili açık standartlar; personelin uzmanlık düzeyini ilerletmek için motive edici unsurlar, ahlaki ve çıkar çatışmasıyla ilgili endişelere hitap eden tatmin edici düzenlemeler gibi farklı unsurların bir karışımı ile belirlenir. İşlevsellik ayrıca, BDK’nın kararlarının tutarlılığını, yerindeliğini ve sorumluluğunu sağlayan şeffaflık ve düzenleme prosedürlerini açık bir şekilde ortaya koyan tekniklerini sağlayan kontrol mekanizmalarına dayandırılmıştır. Fonksiyonel yeterlilik olmaksızın piyasa oyuncuları ve potansiyel yatırımcılar arasında bir düzenleyici için temel güvenilirliği elde etmek mümkün olsa dahi çok zordur.¹⁰¹

Kuralların ve operasyonların uygulanması, piyasada yeterli gücü zorunlu kılar. Yasal çerçeve, tüm endüstri girişimcileri için rekabetçi bir ortam sağlar. Dahası bir düzenleyici otoritenin telekomünikasyon kaynaklarını yönetmesine, piyasa düzensizliklerini ve yanlış işleyişini ele almasına izin verir. İşlevselliği tanımlamak için belirli net baremler olmamasına rağmen, düzenleyici kurumun işlevlerini etkin bir şekilde yerine getirmesini sağlayan faktörler kombinasyonu vardır.¹⁰² Bu anlamda, iyi belirlenmiş görevler ve sorumluluklar, uygun karar verme yetkisi ve yürütme otoritesi, düzenleyici otoritenin atanması, görevden alınması ve sahip olduğu otorite ile ilgili net standartların bulunması ve aynı zamanda personelin profesyonelleşmesini uzmanlaşmasını teşvik etme ve ihtilaflar için çözüm yolları için kapsayıcı prosedürler, işlevsel bağımsızlığın temel göstergeleri olarak sayılabilir.¹⁰³ İşlevsel bağımsızlık yeterli değilse, hâkim olan bir operatör yeni girişimcilerle işbirliği yapmayı reddedebilir veya rakiplerin müşterilerine hizmet vermektan kaçınabilir.¹⁰⁴ BDK’nın sektörde faaliyet gösteren mevcut ve potansiyel yatırımcılar arasında, kredibilitésinin olması ve güvenilirliği sağlaması operasyonel bağımsızlık verilmeksizin kolay olmayacaktır.¹⁰⁵ Buna ek olarak, işlevsellik düzenlemelerin yanı sıra kararların tutarlılığını, güncelliğini ve hesap verebilirliğini de sağlayacak düzenlemeleri içermeli, dahası yasal süreçte şeffaflık ve halkın katılımını sağlama prosedürlerini içermelidir.¹⁰⁶ Fonksiyonel işlerlik olmadan, sektördeki mevcut oyuncular ve potansiyel yatırımcılar arasında güvenilirliği sağlamak zor olacaktır.

D. Düzenleyici Bağımsızlık Üzerindeki Kısıtlamalar

Düzenleyici bağımsızlık ve eylem özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olduğunda, düzenleyici kurumların sonsuz bağımsızlığı ne mümkün nede arzu edilen

¹⁰¹ Blackman (n 54) 25.

¹⁰² L. Waverman , P. Koutroumpis , ‘Benchmarking telecoms regulation – The Telecommunications Regulatory Governance Index’ <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308596111000358>> erişim 10 Ekim 2024.

¹⁰³ Blackman (n 54) 16.

¹⁰⁴ Baudrier (n 29)

¹⁰⁵ Blackman (n 54) 16.

¹⁰⁶ ICT Regulation Toolkit (n 55)

bir durumdur.¹⁰⁷ Demokratik ülkelerde bu tür sınırlamalar yasalarda sağlanır.¹⁰⁸ Bir taraftan bu sınırlamalar sayesinde; düzenleyiciler piyasa oyuncularının veya hükümet yetkililerinin gereksiz ve yasa dışı müdahalesi olmadan sorumluluklarını yerine getirirken, diğer yandan da düzenleyicilerin görevlerini sorumlu bir şekilde yerine getirmeleri sağlanmaktadır.¹⁰⁹ Özgürlük bağımsızlık anlamına gelebilir; bununla birlikte, bu düzenleyici kurulun hükümet düzenlemelerinden tamamen bağımsız olmasını anlamına gelmemektedir. Daha ziyade, kurulun, hükümet veya sektörden etkilenmeden kendi kurallarını koyma ve düzenlemelerini yerine getirme özgürlüğü anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, etkili bir regülasyon, politik müdahaleden ve düzenlenen pazardan bağımsızlık gerektirir, ancak bağımsızlık, düzenleyici otoritenin görev alanının ötesine geçmemesini, görevi kötüye kullanmamasını veya işlevsiz hale gelmemesini garanti edecek önlemlerle dengelenmelidir.¹¹⁰

Bu nedenle bağımsız düzenleyiciler, hükümetin gözetimine ve denge denetleme sistemine tabi tutulmalıdırlar. Bu denge; düzenleyici kurulun hem hükümet politikalarına karşı bağımsız hem de sorumlu olacağı bir mekanizma kurar.¹¹¹ Uygun bir dengeyi kurmak kolay olmasa da, temelde her biri birbiri ile bağlantılı olan hesap verebilirlik, şeffaflık ve öngörülebilirlik dâhil olmak üzere birkaç yöntem vardır.¹¹² Düzenleyicinin bağımsızlığı, hesap verebilirlik ile dengelenmelidir. Siyasi otorite düzenleyiciye ekonomideki farklı bileşenler arasındaki geliri yeniden dağıtmak için önemli bir güç sağladığından, yolsuzluğun ya da verimsizliğin önlenmesinin garanti edilmesi için güvencelere ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca ilgili taraflar sorumlu kişileri, verilen kararlar arkasındaki nedenleri bilmeli ve istişare süreçlerine katkıda bulunabilmelidirler. Aynı zamanda, düzenleyici keyfi ya da yetersiz bir şekilde hareket ettiğinde tazminat talep edilebilmelidir. Bu anlamda düzenleyicinin görev ve sorumluluklarını açıkça belirleyen tüzüklerin yayınlanması, kararların mahkemeler tarafından gözden geçirilmesinin sağlanması, düzenleyicinin faaliyetlerine ilişkin yıllık raporlar yayınlamak ve görevi kötüye kullanma veya yetersizlik durumlarında görevden almaya ilişkin hükümler koymak, bağımsızlık ve hesap verebilirlik arasında bir denge sağlamak için resmi güvencelerdir.¹¹³ Bağımsız düzenleyiciler bir hükümet gözetimine ve denge denetleme sistemine tabidirler. Bu açıdan bağımsızlığa ek olarak, etkili bir düzenleyicinin hesap verebilirlik, şeffaflık ve öngörülebilirlik özelliklerini barındırması beklenmektedir.

¹⁰⁷ ICT Regulation Toolkit (n 55)

¹⁰⁸ Intven (n 13)

¹⁰⁹ Wu (n 18) 775.

¹¹⁰ Smith (n 67)

¹¹¹ ICT Regulation Toolkit (n 55)

¹¹² Smith (n 67)

¹¹³ Sofia Alves, Jeroen Capiiau, Ailsa Sinclair, 'Principles for the Independence of Competition Authorities' (2015) 11/1 Competition Law International 13.



a. Denge ve Denetleme

Bağımsızlık, düzenleyici kurulun faaliyetlerinden sorumlu tutulduğunu garanti edecek tedbirlerle birlikte var olmalıdır. Düzenleyicinin görevini kötüye kullanmamasını, yolsuzluklara bulaşmamasını veya çok fazla müsrif davranmamasını garanti etmek için denge denetleme mekanizmaları gereklidir. Bağımsızlık, katı prosedürler de dahil olmak üzere, kamuoyu araştırmaları, raporlama ve yargısal denetim gibi hesap verebilirlik için açıkça tanınan zorunluluklarla ile dengelenmelidir. Hesap verebilirlik, şunların varlığını içerir: (i) düzenleyiciyi yönetmek için kesin hedeflerini ortaya koyan temel kuralların ve yasaların yürürlüğe sokulması; (ii) idareye veya Parlamente'ye raporlama zorunlulukları; (iii) prosedürel önkoşullar; ve (iv) yargısal denetim mekanizmaları.¹¹⁴ Ardından kurumun özerklik çalışmalarını yürütmek için hükümet çerçevesindeki dengeli yönetimin gerekliliğinin altı çizilmiştir. Denge denetleme mekanizmaları az olduğunda otoritelerin kurum bağımsızlığını ortadan kaldırması ya da zayıflatması daha kolay hale gelecektir.¹¹⁵

b. Hesap Verebilirlik

Hesap verebilirlik düzenlemeleri tüm politika aktörleri için geçerlidir, ancak özellikle BDK'lar için çok önemlidir. Kural oluşturma, uygulama ve arabuluculuk rollerini pekiştirirken, BDK'ların faaliyetlerinin hesabını vermek gibi nadir bir görevleri de vardır. Ayrıca, hesap verebilirliğin performans üzerinde olumlu bir etkisi vardır. Siyasi iktidarın kötüye kullanılması ve yanlış uygulamaları olasılığını azaltmakla kalmayıp, aynı zamanda bilgi toplanması ve araştırmaların doğru yürütülmesinde düzeni de sağlamaktadır.¹¹⁶

Hesap verebilirlik düzenleyici kuruluşa devredilen belirli faaliyet ve yürütme yetkileri ile alakalı olarak hesap verme için yasal gereklilikleri içermektedir.¹¹⁷ Amaç doğrulayıcı bir denge ve denetleme mekanizması sistemi oluşturmaktır. Bu mekanizmalar bilinçli olarak yasama-yürütme ve yargı erklerini dışında kurulan bağımsız otoriteyi ve onunla birlikte işleyen denge denetleme düzenlemelerini meşrulaştırır.¹¹⁸ Yüksek kalitede regülasyon bağımsızlık ve sorumluluk arasında doğru uyumu ve ayrıca uygun sorumluluk önlemlerinin belirlenmesini gerektirir.

¹¹⁴ ICT Regulation Toolkit (n 55)

¹¹⁵ Quintyn (n 25) 263.

¹¹⁶ Christel Koop ve Christopher Hanretty, *'Political independence, accountability, and the quality of regulatory decision-making.'* Comparative Political Studies 2017. p.197. accessed 26 July 2017 <https://ueaeprints.uea.ac.uk/60724/> erişim 26 Ekim 2024.

¹¹⁷ Clive Briault, Andrew Haldane, Mervyn King, "Independence and Accountability", Bank of England Working Paper No.49 (1996) 7.

¹¹⁸ Fabian Amttenbrink, Rosa M. Lastra, "Securing Democratic Accountability of Financial Regulatory Agencies: A Theoretical Framework" in R.V. de Mulder (ed.), *Mitigating Risk in the Context of Safety and Security How Relevant is a Rational Approach?* (Rotterdam: Erasmus School of Law and Research School for Safety and Security, 2008) 115.

Hesap verebilirlik iki temel özelliğe sahiptir. Birincisi, cevap verebilirlik yani düzenleyici makamların ne yaptıkları hakkında bilgilendirme ve açıklama yükümlülüğüdür. İkincisi ise “hesap kuruluşları”nın yaptırımları uygulayacak kapasiteleri ve düzenleyici otoritelerin görevlerinden sapan kararlarının düzeltilmesi konusunda yetkilendirilmesidir.¹¹⁹

Bağımsız düzenleyici kurullar hakkında sık sık gündeme getirilen endişe, seçimle gelmemiş olan bu otoritelerin eylemlerinden sorumlu tutulması için gerekli mekanizmalar olmaksızın güçlü bir şekilde yetkilendirilmiş olmaları görülmektedir. Temel sorunlardan biri bu yeni örgüt tipinin geleneksel anayasal yapılara uymasının zor olmasıdır. BDK’ları hükûmetin dördüncü kolu olarak tanımlayan bir dizi yazar ikilemi çok açık bir şekilde ifade eder: ya idari otorite devlet kurumunun bir parçasıdır ve bu durumda bağımsız olması mümkün değildir, ya da bağımsızdır, ama kime karşı sorumlu olacaktır? Yasal olarak planlanan bağımsızlık düzenlemeleri, BDK’ların görevlerini yerine getirirken faaliyetlerine özel olarak belirlenmiş müdahale fırsatları yaratmadan sorumlu tutulabilmeleri için mekanizmalar içermelidir.¹²⁰ Düzenleyicinin bağımsızlığı, hesap verebilirlik ile dengelenmelidir. Sahip olduğu otorite düzenleyiciye ekonomideki farklı bileşenler arasındaki geliri yeniden dağıtabilecek önemli bir güç sağlar, düzenleyicinin yolsuzluğa bulaşmayacağı veya verimsiz hale gelmeyeceğini garanti altına almak için güvencelere ihtiyaç duyulmaktadır. Buna ek olarak ilgili taraflar, kurul adına sorumlu kişiyi ve kararların ardındaki nedenleri bilmeli ve istişare süreçlerine katkıda bulunabilmelidir. Düzenleyici keyfi ya da yetersiz bir şekilde davrandığında oluşan zararı tazmin etmek zorundadır. Bu bağlamda düzenleyicinin görev ve sorumluluklarını açıkça belirleyen düzenlemelerin yayınlanması, kararlarının mahkemeler tarafından yargı denetimine tabi tutulmasının sağlanması, düzenleyicinin yıllık faaliyet raporlarının yayınlaması, görevi kötüye kullanma ya da yetersizlik durumunda görevden alınma koşullarının belirlenmesi, bağımsızlık ve hesap verebilirlik arasında bir denge sağlamak için resmi güvencelerdir.¹²¹

Bağımsızlık, denge denetleme sürecine tabi olmalıdır. Bu nedenle düzenleyiciler hükûmetlere veya parlamentolara karşı sorumlu olmalı ve kararlarına karşı başarılı bir şekilde kanun yollarına gidilmesine izin verilmelidir.¹²²

c. Şeffaflık

IMF Para ve Finansal Politikalarda Şeffaflık Üzerine İyi Uygulama Örnekleri¹²³ şeffaflığı “politikaların amaçları, yasal, kurumsal ve ekonomik çerçevesi, politika

¹¹⁹ OECD Working Party (n 43) 53.

¹²⁰ Quintyn (n 25) 280.

¹²¹ Alves (n 112)

¹²² Wu (n 18) 771.

¹²³ IMF, “The Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies” (26 September 1999).



kararları ve gerekçeleri, verileri ve politikalar ile ilgili politika ve bilgilerin parasal olduğu bir ortam” mali ve denetleyici kurumların hesap verebilirlik şartlarının kamuya açık, anlaşılabilir ve zamanında sunulması “ olarak tanımlamaktadır.¹²⁴

Doğal olarak, bazı kararlar açığa çıkarılmaması gereken ve güvende tutulması gereken hassas endüstri bilgilerini içerir. Her halükarda karar verme sürecindeki şeffaflık desteklenmeli, politik engelleme tehlikesi sınırlanarak hem halk hem de işletmeler için idari kararlar erişilebilir ve incelenebilir hale getirilmelidir.¹²⁵ Bir BDK, karar verme prosedürlerinde iş mahremiyetini koruma ihtiyacının izin verdiği ölçüde en yüksek derecede şeffaf olmalıdır. Denetim organı içerisindeki şeffaflık birkaç ihtiyaca hitap etmektedir: (a) uzmanların kendi kişisel çıkarlarına yönelik davranışlarını ve idari kilitlenme tehdidini sınırlar. Bu bakımdan, düzenleyicinin faaliyetlerine erişim, piyasa üyelerinin düzenleyicinin etkinliğini değerlendirmesine izin vermek için bir fırsattır; (b) denetleme prosedüründe siyasi engellemeyi engeller; ve (c) Banka şeflerinin, yöneticilerinin ve sahiplerinin, bankacılık işinin makul davranış ve risk kontrolüne olan bağlılığını genişletmede etkilidir.¹²⁶ Bu şekilde şeffaflık, kontrol ve dengeleme mekanizmasına önemli bir katkı sağlar. Şeffaflık açık bir şekilde ortaya konduğunda düzenleyicinin belirli kararlarından olumsuz yönde etkilenen taraflar için bir düzenleyicinin önyargılı, taraflı ve ayrımcı davranışlarına maruz kalmadıkları noktasında daha ikna edici olacaktır. Kararların ardındaki nedenler ve onlara yol açan kanıtlar, kamuoyuna açıkça ilan edildiğinde şeffaflık sağlanmış olacaktır.

Ayrıca, görevi kötüye kullanma ve verimsizlik durumlarında atama ve görevden alma süreci, düzenleyici mali yönden yeterli incelemeye tabi tutulması, düzenleyicinin kararlarında şeffaflığın sağlanması ve düzenleyicinin düzenleme yaptığı sektörde doğrudan veya dolaylı mali çıkar veya yatırıma sahip olmasını yasaklamak bağımsız BDK işlevlerinin diğer önlemleridir. Şeffaflık karar verme sürecine dahil edilirse, adaletli olma olasılığını potansiyel olarak artırabilir.¹²⁷

Dünya Ticaret Örgütü ve AB'nin telekomünikasyon konusundaki düzenleyici paketinin bir gereği olarak, şeffaflık tüm düzenleyici kural ve politikaların, gelecekteki düzenlemeler için prensiplerin, tüm kararların ve anlaşmaların kamu kayıtlarında bulunmasını gerektirmektedir.¹²⁸ Bu durum ilgili tarafların güvenini artırır. Düzenleyici kararlar ayrımcı, önyargılı veya keyfi kararlar kamuya açık bir şekilde incelenebilir ve şeffaf süreçlerle gerekçelendirme zorlaşabilir.¹²⁹

¹²⁴ IMF, “Supporting Document to the Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies” (Washington, D.C.: 2001).

¹²⁵ Quintyn (n 25) 277.

¹²⁶ ibid 283.

¹²⁷ Wu (n 18) 783.

¹²⁸ ICT Regulation Toolkit (n 55)

¹²⁹ Thakur (n 7)

Son olarak, şeffaflığı gerçekleştirecek diğer bir temel mekanizma, düzenleyici kararlara itiraz etmek için etkili düzenlemelerin mevcudiyetidir. Etkin bir temyiz sistemi oluşturarak, bir BDK'nın eylemleri tüketiciler ve operatörler tarafından temyiz edilebilmelidir. Temyiz bu amaç için özel olarak tayin edilen bir organ veya mahkemede yasal inceleme yoluyla yapılabilir. AB Çerçeve Direktifi şunları gerektirir:

*Üye devletler, ulusal düzenleyici otorite kararından etkilenen elektronik haberleşme ağları ve / veya hizmetleri sağlayan herhangi bir kullanıcının veya teşebbüsün, bağımsız bir temyiz organına giderek verilen karara karşı itiraz etme hakkına sahip olduğu taraflardan bağımsız ulusal düzeyde etkili mekanizmaların var olmasını sağlar.*¹³⁰

Bir kararın temyiz edilmesi ile temyiz organı hukuk kapsamında idari makamın verdiği kararı geçersiz kılabilir, muhafaza edebilir veya başka bir karar vermesi için zorlayabilir.¹³¹

d. Öngörülebilirlik

Öngörülebilirlik pazar başarısı için vazgeçilmez bir koşuldur. Öngörülebilir düzenleyici süreçler yatırımcıların ilgisini çekmektedir. Bağımsız düzenleyiciler hukukun üstünlüğüne uygun davrandıklarında öngörülebilirliği sağlamış olurlar. Önceki kararlarla oluşturulan içtihatlar saygı gösterme ve içtihatların bağlayıcılığı ilkesi, özellikle içtihat hukukunun yürürlükte olduğu bölgelerde hukukun üstünlüğünün kilit noktalarıdır. Diğer bir deyişle bu kararların ciddi sorunlara yol açtığına veya yeni koşulların kurallarda bir değişikliğe yol açtığına dair kanıt yoksa, düzenleyiciler politika kararlarını değiştirmezler.¹³² Öngörülebilirlik açısından düzenleyicilerin bir politika kararını delil olmaksızın değiştirmemelerinin sebebi kararın önemli sorunlar yaratmaması ve yeni koşulların böyle bir talep ortaya çıkarmamasıdır. Öngörülebilir bir düzenleyici süreç kurulduğunda düzenleyicilerin gürberrlik karardan karara değişen yeni kararlar almalarının önüne geçilir ve ilgili tarafların hakları garanti altına alınır.¹³³

SONUÇ

Düzenleyici idari otoritelere tanınan bağımsızlığın hem faydalı hem de sorunlu sonuçları vardır; bazı açılardan bağımsızlığı sınırlamak kabul edilebilir bir durumdur. Ancak bu yapılırken çok dikkatli davranılmalıdır. Bazı kısıtlamalar örneğin hesap verilebilirliği artırıcı önlemler düzenleyici kurulun meşruiyeti artırabilir.¹³⁴

¹³⁰ Directive 2002/21/EC of the European Parliament Council of March 2002 On a Common Regulatory Framework for electronic communication networks and services (Framework Directive)

¹³¹ How Has The Telecommunications Industry Evolved (n 4)

¹³² Verrai (n 34)

¹³³ ICT Regulation Toolkit (n 55)

¹³⁴ Johannsen (n 37)



Bağımsız idari otoriteler sektörü düzenleme gücüne sahiptir ancak görevlerini yerine getirirken eylemleri konusunda belirli kısıtlamalara tabi olmaları gerektiği açıktır. Bir kuruma sonsuz ve denetlenmeyen bağımsızlık verildiğinde, bu güç keyfi bir şekilde kullanılabilir ve bu da sektör için zararlı olabilir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, etkili bir düzenleyicinin yapısal, finansal ve işlevsel olarak bağımsız olması beklenir. Bununla birlikte bağımsızlık; hesap verilebilirlik, şeffaflık ve öngörülebilirlik süreçleriyle bir denge ve denetleme mekanizması ile sınırlandırılmalıdır. Başka bir deyişle, “karmaşık ve büyük ölçüde yanlış anlaşılmış bir kavram” olmakla birlikte bağımsızlık; düzenleyici idari otorite ile hem hükümet hem de düzenleme yapılan sektör ile arasında bir kol genişliği mesafesindeki ilişkiyi gerektirmektedir. Bir düzenleyici yapısal, mali ve işlevsel olarak bağımsız olsa bile, faaliyetleri ve kararları, hükümet gözetimine ve bir denge denetleme sistemine tabi olmalıdır. Düzenleyici kurul, pazarı yönetirken bağlı olduğu bakanlıktan özerkliğe sahip olmalıdır. Kurullara yapılacak bütün atamalar siyasi etkilerden arındırılmış olmalıdır. Daha alt seviyede işe alımların BDK tarafından gerçekleştirilmesi sağlanmalı, Parlamentonun sadece daha yüksek düzeyde atama yapmasına izin verilmelidir. BDK’lar mali olarak özerkleştirilmeli, kendi gelirleri ve harçlarından elde edilecek gelire sahip olmalıdır.¹³⁵Düzenleyici makamlar kararlarını uygulama yetkisine sahip olmalıdır. Hükümetin politika yönetimi ilgili olarak BDK üzerinde yeterli düzeyde etkisi olmalıdır. Politika oluşturma işlevi hükümette kalmalı ve BDK’ların çalışmalarını yönlendirmek için kullanılmalıdır. BDK’lar görevlerini ifa ederken karar alma mekanizmalarında daima şeffaf olmalı ve faaliyetlerinden sorumlu olmalıdır. İdeal şartlarda, ülkenin Parlamentosunun denetimine tabi olmaları gerekmektedir.¹³⁶

KAYNAKÇA

Yasa ve Direktifler:

Directive 2002/21/EC of the European Parliament Council of March 2002 On a Common Regulatory Framework for electronic communication networks and services (Framework Directive)

Directive 2003/54/EC of the European Parliament of the Council of June 26, 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC

Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of June 26, 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC

Kitaplar:

Blackman C. and Srivastava L. (ed), *Telecommunications Regulation Handbook*, (10th edn, The World Bank 2011).

¹³⁵ Bandaranayake (n 4) 34.

¹³⁶ Ibid.

Gilardi F. and Maggetti M., 'The Independence of Regulatory Authorities' in Levi-Faur D. (eds), *Handbook on the Politics of Regulation* (1st edn, Edwan Elgar Publishing 2011).

Intven H. and Tetrault M., *Telecommunications Regulation Handbook*, (1st edn, Info-dev, 2000).

Lloyd I. J., *Information Technology Law* (6th edn, Oxford University Press 2011).

Samarajiva R., *Trends in Telecommunication Reform 2002*, (Hamadoun I. Toure ed., ITU, 2002).

Walden I., *Telecommunications Law and Regulation*, (first published 2001, 4th edn, Oxford University Press 2012).

Makaleler:

Alves S., Capiou J., and Sinclair A. 'Principles for the Independence of Competition Authorities' (2015) 11/1 *Competition Law International* 13.

Briault C, Haldane A and King M, "Independence and Accountability", Bank of England Working Paper No.49 (1996)

Ennsner-Jedenastik L. 'The Politicization of Regulatory Agencies- Between Partisan Influence and Formal Independence' *Journal of Public Administration Research and Theory*, Vol. 26, Issue 3, 2016, Pages 507–518.

Hancher L., Larouche P., Lavrijssen S., 'Principles of Good Market Governance', *Competition and Regulation in Network Industries* Vol.4, Issue 4, 2003, pp. 355 – 389

Hanretty C., Koop C. 'Measuring the Formal Independence of Regulatory Agencies'. *Journal of European Public Policy*, Vol.19, No 2, 2012.

Hanretty C. and Koop C. (2013) 'Shall the law set them free? The formal and actual independence of regulatory agencies' *Regulation & Governance*, 7 (2)

Harris H. 'Enhancing the independence of supervisory agencies: the development of courage'. *Business Ethics: A European Review*, v.12, no.4, 2003

Lavrijssen S., Ottow A., 'Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept' (2012) 39 *Legal Issues of Economic Integration*, Issue 4

Melody W. H., 'On the Meaning and Importance of "Independence" in Telecom Reform' (1997) 21/3 *Telecommunications Policy*.

Quintyn M., Taylor M. W., *Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability. CESifo Econ Stud.* Vol.49 issue 2 2003. 259-294.

Samarajiva R., 'Regulating in an Imperfect World: Building Independence through Legitimacy' (2001) 3/5 *the Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications, Information and Media (Policy Forum)*

Smith W. H. Jr. 'Experience Shows Good Reason for Independence of Regulatory Agencies' *State regulation Natural Gas* February 2000



Çevrimiçi Makaleler:

Aysan A. F., Al H. ‘Assessing the Preconditions in Establishing an Independent Regulatory and Supervisory Agency in Globalized Financial Markets: The Case of Turkey’ Munich Personal RePEc Archive Bogazici University 2006 p.13. <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/5481/> erişim 30 Ekim 2024.

Baudrier A., ‘Independent Regulation and Telecommunications Performance in Developing Countries’ (2001) Annual ISNIE Conference http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/Baudrier_Independent_Regulation_and.pdf erişim 17 Ekim 2024.

Broos L.C.P., Heldeweg M.A. & Wessel R. A., “Is EU modesty hampering innovation in telecom? Think global, act local...” (2009), [http://doc.utwente.nl/86719/1/No._174_\(2009\)_Telecom_regulators_CEPS_conf._Brussels.pdf](http://doc.utwente.nl/86719/1/No._174_(2009)_Telecom_regulators_CEPS_conf._Brussels.pdf) erişim 18 Ekim 2024.

Brown A. C. ‘The Funding of Independent Regulatory Agencies A Special Report to the Public Utilities Commission of Anguilla.’ <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.696.7010&rep=rep1&type=pdf> erişim 27 Ekim 2024.

Cambini C., Franzi D. ‘Independent regulatory agencies and rules harmonization for the electricity sector and renewables in the Mediterranean region’ Energy Policy. http://porto.polito.it/2507421/2/Cambini_Franzi_Enerpolicy_rev_final.pdf erişim 22 Ekim 2024.

Economides N, ‘Telecommunications Regulation: An Introduction’ NET Institute Working Paper No. 04-20. 2004. p.50 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=465020> erişim 17 Ekim 2024.

Edwards, Geoff A. and Waverman L., ‘The Effects of Public Ownership and Regulatory Independence on Regulatory Outcomes: A Study of Interconnect Rates in EU Telecommunications’ 2005. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=588722> erişim 20 Ekim 2024.

Fransman M., ‘Evolution of the Telecommunication industry into the internet age’ Communications & Strategies, (vol. 43, 2001) <http://www.research.ed.ac.uk/portal/files/18384352/Evolution_of_the_Telecommunications_Industry_into_the_Internet_Age.pdf> erişim 12 Ekim 2024.

Johannsen K.S., ‘Regulatory Independence in Theory and Practice’, AKF Forlaget February 2003: <http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/Johannsen_Regulatory_Independence_in.pdf> erişim 14 Ekim 2024.

Koop C., Hanretty C., ‘*Political independence, accountability, and the quality of regulatory decision-making*’. Comparative Political Studies 2017. p.197. <https://ueaeprints.uea.ac.uk/60724/> erişim 26 Ekim 2024

Oliveira G, Machado E.L., Novaes L.M., Ferreira C.B.G. ‘Aspects of the Independence of Regulatory Agencies and Competition Advocacy’ São Paulo, 2005 p.5. http://www.icn2005.de/NGA_Submission_Aspects_of_Independence.pdf erişim 27 Ekim 2024.

Ottow A. ‘Independence of Regulatory Agencies, Supervisory and Enforcement Authorities The Different Levels of Protection of National Supervisors’ Independence in the

European Landscape https://assets.budh.nl/open_access/nall/III_Independence_of_Regulatory_Agencies_Supervisory.pdf erişim 11 Ekim 2024

Scholten M., 'Independence vs. Accountability': Dilemma or Misperception? (November 26, 2010). Review of European Administrative Law, Vol. 4, No. 1, 2011. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1718584> erişim 02 Ekim 2024.

Selin J.L. 'What Makes an Agency Independent?' American Journal of Political Science, Vol. 59, No. 4, 2015, pp. 972. <http://www.jstor.org/stable/24582960> erişim 20 Ekim 2024.

Smith W., 'Utility Regulators – The Independence Debate' (1997) 127 Public Policy for the Private Sector http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/Smith_Warrick_Utility_Regulators_The.pdf erişim 17 Ekim 2024.

Verrai A.K. 'The Question of the NRAs' Independence The Question of the National Regulatory Authorities (NRAs) Independence in the Telecommunications Sector European Business Law Review 2001 p.175. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/eblr0012&div=27&id=&page> erişim 12 Ekim 2024.

Waverman L., Koutroumpis P., 'Benchmarking telecoms regulation – The Telecommunications Regulatory Governance Index'

<<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308596111000358>> erişim 10 Ekim 2024.

Wu I., 'Who Regulates Phones, Television, and the Internet? What Makes a Communications Regulator Independent and Why It Matters?', (Perspectives on Politics, Vol. 6, No.4, American Political Science Association, 2008). 769, 771, <<http://www.jstor.org/stable/20446827>> erişim 03 Ekim 2024.

İnternet Siteleri:

<https://www.btk.gov.tr> erişim 20 Ekim 2024.

Drs Arjan Geveke Improving Implementation by National Regulatory Authorities http://www.eipa.eu/en/eipascope/search_articles/&aTitle=&pg=21 erişim 11 Ekim 2024

“How Has The Telecommunications Industry Evolved Commerce Essay. “ UKessays.com. 11 2013. All Answers Ltd. 08 2017 <https://www.ukessays.com/essays/commerce/how-has-the-telecommunications-industry-evolved-commerce-essay.php?cref=1> erişim 22 Ekim 2024.

ICT Regulation Toolkit http://www.ictregulationtoolkit.org/toolkit/6.5#_ftn1 erişim 01 Ekim 2024.

ICT Regulation Toolkit, <<http://www.ictregulationtoolkit.org/toolkit/1>> erişim 01 Ekim 2024.

Thakur D., Best M. L., Jones K., 'Regulatory Independence and the Development of the Telecommunications Sector: The Liberian Telecommunications Authority' https://www.researchgate.net/publication/241648375_Regulatory_independence_and_the_development_of_the_telecommunications_sector_The_Liberian_Telecommunications_Authority1 erişim 19 Ekim 2024.

Çalışma Kağıtları:

Constantinus L., Broos P., Heldeweg M.A. & Wessel A.R., “Is EU modesty hampering innovation in telecom? Think global, act local...” (2009), <[http://doc.utwente.nl/86719/1/No._174_\(2009\)_Telecom_regulators_CEPS_conf._Brussels.pdf](http://doc.utwente.nl/86719/1/No._174_(2009)_Telecom_regulators_CEPS_conf._Brussels.pdf)> Conference Paper, erişim 18 Ekim 2024.

E. Ünal Zenginobuz, Gül Sosay Independence and Accountability of Regulatory Agencies in Turkey. Paper prepared for presentation at the ECPR Conference on Regulatory Governance, University of Bath, Bath, UK, 7-8 September 2006. p.8

Ihala Walawwe Namal Bandaranayake, Impact of the Regulator’s Independence on the Telecommunications Industry, Master Thesis. 2005, p.6.

IMF, “The Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies” (26 September 1999).

IMF, “Supporting Document to the Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies” (Washington, D.C.: 2001).

OECD Working Party On Regulatory Management And Reform Designing Independent And Accountable Regulatory Authorities For High Quality Regulation Proceedings Of An Expert Meeting in London, United Kingdom, 10-11 January 2005

OECD Reviews of Regulatory Reform Regulatory Reform in the UK Regulatory Reform in the Telecommunications Industry 2002, p.6.

OECD, Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities, DSI/ICCP (99) 15/FINAL, 14.

Trillas F, ‘Independent Regulators: Theory, Evidence and Reform Proposals IESE Business School Working Paper No. 860. 2010 www.iese.edu/research/pdfs/di-0860-e.pdf erişim 08 Ekim 2024.

NİZAMİYE MAHKEMELERİ'NİN OSMANLI DEVLETİ'NİN SON DÖNEMİNDEKİ YAPISI VE GÖREVLERİ (1876-1924)

*The Structure and Subject-Matter Jurisdiction of the Nizamiye Courts
in the Last Period of the Ottoman Empire (1876-1924)*

Mücahit CEYLAN*

Özet

Dünya'da "Sanayi Devrimi" sonrası değişen ortaya çıkan gelişmelerin etkisiyle Osmanlı Devleti'nde birtakım sosyal ve ekonomik değişimler meydana gelmiştir. Bu değişimler sonrası; dış güçlerin baskısı ve ülkede bulunan çeşitli kesimlerin ıslahat talebi nedeniyle devlet 19. asrın başından itibaren bir reform sürecine girmiştir. Esasen; Mecelle'de de ifade edilen "*Ezmanın tağayyürüyle ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz*" (39.md) kaidesi gereği zaman değiştikçe hükümlerin değişmesi hayatın da bir gereğidir. Bu nedenlerle; Osmanlı Devleti birey, toplum ve devlet hayatında ihtiyaç duyduğu alanlarda genel olarak "Tanzimat" adı verilen çeşitli düzenlemeler yapmıştır.

Tanzimat'la başlayan süreçte Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma ve yargı teşkilâtı alanlarında önemli düzenlemeler getirilmiştir. Bu dönemde birbiri ardınca yeni kanunlar hazırlanıp yürürlüğe girmiştir. Yeni kanunları uygulayacak mahkemelere duyulan ihtiyaç nedeniyle, yargı teşkilatında birçok değişiklik yapılmıştır. Bu doğrultuda; yeni mahkemeler kurulmuş ve var olan mahkemeler yeni bir şekilde sokulmuştur. Süreç içinde, bu mahkemelere atanacak hâkimlerin yetişeceği eğitim kurumlarının yapısı yeniden tasarlanmıştır. Anılan dönemde, yeni kanunları uygulayacak nizamiye mahkemelerin kurulması ve şer'î usullerin yanında bu şekilde Avrupa menşeli kanunlara yer verilmesi ile hukuk hayatında ikilik söz konusu olmuştur. Bazı eyalet ve vilayetlerde ahalinin durumuna göre özel düzenlemeler yapılmıştır. Islahat Fermanı'ndan sonra zaman içinde yapılan düzenlemelerle bu mahkemelerin kendi usul ve sistemleri oluşmuştur. Yapılan her değişiklikten sonra farklı sorunlar ortaya çıktığından mevzuat sık sık değişmiştir. Süreç içinde Şer'îye mahkemelerinin görev alanı daralırken, nizamiye mahkemelerinin görev alanı genişlemiştir. Bu mahkemeler arasında çıkan görev uyumsuzluklarını çözmek için devlet tarafından çeşitli adımlar atılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti nizamiye mahkemeleri tecrübesinden devletin ilk yıllarında genişçe istifade etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tanzimat, reform, kanunlaştırma, mahkeme, nizamiye.

Abstract

Some social and economic changes occurred in the Ottoman Empire under the influence of the developments that occurred after the "Industrial Revolution" in the world. After these changes; Due to the pressure of external powers and the reform demands of various segments of the country, the state entered a reform process from the beginning of the 19th century. Substantially; It is also a necessity of life that the provisions change as time changes, in accordance with the principle

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.09.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Hâkim, Bozüyük Adliyesi; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, law.mucahit@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-8184-5499>



stated in Mecelle; “It can not be denied that rules change as times change” (Article 39). For these reasons; The Ottoman Empire made various regulations, generally called “Tanzimat”, in the areas it needed in individual, social and state life.

In the process that started with the Tanzimat, important regulations were introduced in the fields of legalization and judicial organization in the Ottoman Empire. During this period, new laws were prepared and came into force one after another. Due to the need for courts to implement the new laws, many changes were made in the judicial organization. In this direction; New courts were established and existing courts were transformed into a new form. In the process, the structure of the educational institutions where the judges to be appointed to these courts would receive training was redesigned. In the mentioned period, duality emerged in legal life with the establishment of regular courts to implement the new laws and the inclusion of European-origin laws alongside sharia procedures. In some states and provinces, special regulations have been made depending on the situation of the people. With the regulations made over time after the Reform Edict, these courts had their own procedures and systems. The legislation has changed frequently, as different problems arise after each change. In the process, while the jurisdiction of Sharia courts narrowed, the jurisdiction of regular courts expanded. Various steps have been taken by the state to resolve jurisdictional disputes between these courts. The Republic of Türkiye benefited extensively from the experience of regular courts in the early years of the state.

Keywords: Tanzimat, reform, legislation, court, nizamiye.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu hukuki, iktisadi ve toplumsal sorunlara çözüm bulabilmek ve dış baskılara karşı koyabilmek amacıyla; 3 Kasım 1839 tarihinde “*Gülhane Hatt-ı Hümayunu*” duyurulmuştur. Ferman niteliği taşıyan bu metinde; can ve mal güvenliği, ırz ve namusun korunması, vergi rejiminin düzenlenmesi, asker alım sistemi ve rüşvetin önlenmesi konularında yeni kanunlar hazırlanacağı ilan edilmiştir. Bu fermanın ilanı ile başlayan dönem Türk hukuk tarihinde “Tanzimat Dönemi” olarak isimlendirilmektedir.

Tanzimat’la başlayan süreçte, yargıdan şikâyetlerin artması, mahkemelerin nitelik ve nicelik olarak yetersiz hale gelmesi, dış güçlerin baskıları gibi nedenlerle Osmanlı Devleti’nde yargı teşkilâtı alanlarında önemli düzenlemeler yapılmıştır.¹ Bunların en önemlisi yeni mahkemeler kurulması ve var olan mahkemelerin yeni bir şekle sokulmasıdır.² Ayrıca, bu dönemde birbiri ardınca yeni kanunlar hazırlanıp yürürlüğe girmiştir. Dönemin adını da veren bu vakıa, devletin temel unsurlarından olan yargı erkinin de reforme edilmesi çabalarını hızlandırmıştır. Bu dönemde, yeni kanunları uygulamak için birtakım yeni mahkemeler kurulmuştur. Bu mahkemeler klasik dönemdeki tek hâkimli mahkemelerden farklı olarak heyet halinde çalışmıştır. 1864 yılında çıkarılan “Vilayet Nizamnamesi” ile hukuk hayatımıza giren Nizamiye mahkemeleri, bahsi geçen mahkemeler arasında önemli bir yer tutmuştur. Bu mah-

¹ Devrin hukuk hayatıyla ilgili bkz. Nicolae Jorga, *Osmanlı İmparatorluğu Tarihi* (Nilüfer Epeçeli, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2012) 5, 355-356; Yapılan reformlarla ilgili bkz. Ahmet Yusuf Yılmaz, *Osmanlı Hukukunda Batılılaşma Süreci* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016) 81-94.

² Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi* (Turhan Kitabevi, Ankara, 2022) 342.

kemeler, Müslüman veya gayrimüslim olan tüm Osmanlı tebaasını ilgilendiren ve Şer'îye, cemaat ve konsolosluk mahkemelerinin görevine girmeyen ceza ve hukuk davalarına bakmakla görevli kılınmıştır. Şer'î usullerin yanında bu şekilde Avrupa menşeli kanunlara yer verilmesi ile hukuk hayatında ikilik söz konusu olmuştur.³ Oluşan yeni durum sık sık mevcut olan ve yeni kurulan mahkemelerin görev alanı ile ilgili düzenlemeler yapılmasını gerektirmiş, bununla birlikte görev konusundaki uyumsuzluklar devletin son dönemine kadar devam etmiştir.

Nizamiye mahkemelerinin ortaya çıkması farklı nedenlere dayandığı gibi, bu mahkemeler devrin hukuk hayatını ve Cumhuriyet dönemindeki yargı sistemini de farklı şekillerde etkilemiştir. Bu mahkemelerde uygulanan nizami yargılama usulü, Osmanlı usul hukukunda değişikliklere neden olduğu gibi; mahkemelerin teşkilatı ve çalışma usulleri de sonraki dönemde kurulan adli yargı teşkilatının bir yönüyle temelini oluşturmuştur.

Bu makalede; literatür taraması yöntemi kullanılmış; mümkün olduğunca kronolojik sırayla düzenleyici metinlerin ilgili kısımları aktarılıp diğer verilerle birlikte yorumlanmaya çalışılmıştır. Birincil kaynak olarak yararlanılan Düstur'dan ilgili düzenleyici metinler ele alınıp incelenmiş, İslam hukuku ve hukuk tarihi kitapları ile bu alanda yayımlanmış ilgili eserler makalenin hacmi elverdiği ölçüde değerlendirilmiştir. Makalede; yüzlerce yıllık Şer'îye mahkemeleri geleneğinin bulunduğu Osmanlı Devleti'nde, yeni şartlara göre yargılama yapan ve farklı usul kanunlarını uygulayan, ayrıca Şeyhülislam'a bağlı olmayan bu mahkemelerin kuruluş süreci, devletin son dönemindeki yapısı ve görevlerine genel bir bakış sunulması amaçlanmıştır.

I. NİZAMİYE MAHKEMELERİNE GİDEN YOL

Nizamiye mahkemelerinin ortaya çıkmasında siyasi, iktisadi, hukuki ve sosyal etmenler rol oynamıştır. Bu etmenlere değinmeden önce Türk-İslam hukuk tarihinde mahkemelerin yapısına genel olarak değinmek faydalı olacaktır.

A. Türk-İslam Hukuk Tarihinde Mahkemeler

Bu başlıkta tarihi sıraya uygun olarak Osmanlı Devleti'ne kadar mahkemelerin teşkilatı ve çalışma usulüne ilişkin kısaca bilgi verilecektir.

1. İslam Hukuk Tarihinde Mahkemelerin Yapısı ve Yargılama Hukuku

Makale konusunu doğrudan ilgilendirdiğinden çalışmanın anlaşılmasına yardımcı olmak adına İslam hukuk tarihinde mahkemelerin yapısına kısaca değinmek faydalı olacaktır.

³ Tanzimat dönemi kanunlaştırma çalışmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehmet Gayretli, *Tanzimat Sonrasında Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008) 75-239; Muhammed Tayyip Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008) 193-208.



İslam tarihinin başlarında dinin peygamberi Hz. Muhammed hâkimlik vazifesini bizzat yerine getirmiştir.⁴ İlerleyen senelerde devletin sınırlarının genişlemesi ve Müslüman nüfusun artması üzerine ise bu vazifeyi ifa edecek kişileri tayin etmiştir. Hz. Ali, Mua'z b. Cebel, Ebu Musa el Eş'ari, Ma'kil b. Yesar ve Ebu Ubeyde b. Cerrah bu dönemde kadı olarak görevlendirilmiştir. Hz. Ebubekir uygulamayı aynı şekilde devam ettirirken, Hz. Ömer ise merkezdeki kadıları atamış, diğer bölgelerdeki atama işini ise valilere tevdi etmiştir.⁵ Bu şekilde vilayetlerde vali tarafından yerine getirilen görevlerden yargı görevi kadılar tarafından yerine getirilmeye başlanmıştır. Ayrıca Hz. Ömer hac mevsiminde Mekke'de bir nevi temyiz görevi yapan bir mahkeme kurarak vilayetlerde kadılarca verilen hükümleri denetlemiş ve bu usul sonraki halifeler tarafından da devam ettirilmiştir.⁶ “*Dar 'ul kazâ*” yani mahkeme için Hz. Osman döneminde yargılama faaliyetinin yürütüleceği özel bir mekân inşa edilmiştir.⁷

Emevilerde kadıların seçimi ve yargı faaliyeti konusunda önceki halifelerin uygulamaları örnek alınmış, bazı mahkeme kararları tescil edilmeye başlanmıştır.⁸ Abbâsîlerde kadıların atamaları halife tarafından yapılmakta iken, Hârûnürreşîd'ten itibaren, kadıların ataması ve yönetilmesi için başkadı olarak “*Kâdî'l-kudât*” unvanı verilen bir makam oluşturulmuştur.⁹ Bu dönemde halkın şikâyetlerini dinleyip yargılama yapan ve hem adli hem de idari yargı mercii olan “*Divan-ı Mezalim*” ortaya çıkmıştır.¹⁰ Selçuklular'ın hâkimiyet bölgesinde kadılık da genel hatlarıyla Abbâsîlerin ilk devrinde olduğu gibi şekillenmiştir.¹¹

Klasik devir İslam hukukçuları devletin erklerini yasama, yürütme ve yargı şeklinde ayırmayarak bunları “ulü'l emr” yani devlet başkanının yetki ve görevleri içinde değerlendirmişlerdir.¹² Bununla birlikte; yukarıda da geçtiği üzere; devlet başkanı gerekli gördüğü yerlerde kadı görevlendirip veya mahkeme kurup yargı alanındaki görevini yerine getirebilmektedir. Ancak; bu alanda görüş ortaya koyanların çoğunluğu, kadıların halife adına değil kamu adına vazife yapmaları dolayısıyla halifenin görevden ayrılmasıyla kadıların görevinin sona ermeyeceğini de

⁴ Hayrettin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi* (İz Yayıncılık, İstanbul, 2012) 98; Fahrettin Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları* (İFAV Yay, 1. Baskı, İstanbul, 2013) 61.

⁵ Karaman (n 1) 98; Atar (n 1) 63.

⁶ Muhammed Zühayli, *Tarihu'l Kade Fi'l-İslam*, Beyrut, 2001, 101.

⁷ Atar (n 2) 64.

⁸ Atar (n 3), 64.

⁹ Bu kurum, kadıların tayinlerinde rol ve yetki sahibi olup, kararlarına müdahalesi söz konusu değildir. Osmanlı Devleti'nde kazaskerlik kurumu da benzer işlevleri yerine getirmiştir. Bkz. Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.119; Atar (n 4) 65.

¹⁰ Halil Cin, Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, 13.baskı, Konya, 2021, 106.

¹¹ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal* (TTK Yayınları, Ankara, 1988) 21.

¹² Ebu'l Hasan el-Maverdi, *El-Ahkam'üs Sultaniye*, Çev.Ali Şafak, Bedir Yayınevi, İstanbul, 2018, 137.

ifade etmişlerdir.¹³ Genel olarak; her türlü davanın görülmesi, hapisteki kişilerin durumunun incelenmesi, emanet mallar ve vakıf gelirlerinin yönetilmesi, borçların ödenmemesi durumunda hükmün icrası, yetkili kılındığı takdirde yerine birini vekil kılması yani naip olarak ataması kadının vazife ve yetkileri arasında sayılmıştır.¹⁴

İslam hukukunda bugünkü anlamıyla ceza ve hukuk yargısı gibi ayrı yargılama çeşitleri bulunmamakla birlikte; bir kısım hukukçularca kadılık, Divan-ı Mezalim ve hisbe kurumlarının yerine getirdikleri yargı fonksiyonları itibariyle aralarında bir kısım farklılıklar olmakla beraber Şer’i yargının ayrı özel türleri olarak kabul edilmektedir.¹⁵ İslam yargılama hukuku toplum halinde yaşayan insanların birbirlerinden haklarını talep edebilme, hakkı mahkeme önünde ispat edebilme ve hakka kavuşma usul ve kurallarını düzenler.

Taraflara savunma imkânı verilmesi, davaların aleni görülmesi ve tarafsızlığın korunması ideal bir yargılama hukukunda bulunması gereken zorunlu unsurlardandır.¹⁶ İslam yargılama hukukunun temel ilkeleri şu şekilde sıralanabilir: masumiyet karinesinin kabulü, yargılamanın çabukluğu ve sadeliği, taraflar arasında eşitlik ve adalet, yargılamada aleniyet ve kamu düzeninin korunması.¹⁷

2. Osmanlı Devleti’nin Klasik Döneminde Mahkemeler

Osmanlı Devleti’nde kadı yargı teşkilatının en mühim görevlisi olarak kabul edilmiş, kadı olmak için medreselerden mezun olmak şart koşulmuştur. Medrese eğitimi bittikten sonra mezun olan talebeler taşraya belirli süreler için kadı olarak atanmışlardır.¹⁸ Bilindiği kadarıyla Sultan Orhan zamanında kadıların eğitimi için ilk medrese kurulmuştur.¹⁹

Kadılık mesleğine girecekler, başta Fâtih’in kurduğu “*Sahn-ı Semân Medresesi*”, XVI. Yüzyılda ise “*Süleymaniye Medresesi*”nde tahsil görüp icâzet almışlardır. Süleymaniye medreselerinden mezun olan *dânişmendler*, kazaskerliğe müracaattan sonra *mülâzemet* yani staj için büyük sancaklara kadıların yanına gönderilmiş, mülâzemet dönemi sonunda İstanbul’a dönmüşlerdir.²⁰ XVIII. yüzyılda daha da uzatılan bu bekleme döneminin ardından imtihanı geçenler en alt kademedeki kazalardan birine tayin edilip mesleğe başlamışlardır.²¹

¹³ Maverdi, 155.

¹⁴ Ahmed el-Kuduri, Muhtasar, Çev. Soner Duman, Osman Güman, Beka Yayınevi, İstanbul, 2021, 549-550.

¹⁵ Atar (n 5) 27.

¹⁶ Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara, 1960, s.2

¹⁷ Atar (n 6) 32-33

¹⁸ İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2015)

¹⁹ İlber Ortaylı, *Kadı md.* (Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA), İstanbul, 2001) 24 [69]

²⁰ Ortaylı, 2001, (n 1) 71.

²¹ Ortaylı, 2001, (n 1) 71.



Osmanlı Devleti'nde kadı tayini belirli bir tahsil ve terfi düzeninde yapılmış, müftülük, medrese hocalığı ve hâkimlik arasında geçiş imkânı tanınmıştır. Kadıların görev süreleri mevleviyet adı verilen büyük kadılıklarda bir, kaza kadılıklarında iki sene olarak belirlenmiş; büyük kadılıklar kendi içinde beş dereceye ayrılmıştır.²² Şeyhülislamlık Kanunu döneminden itibaren İstanbul müftüsünün önem kazanması ile birlikte ortaya çıkmış ve ilmiye sınıfının başı olarak kabul edilmiştir.²³ Ancak, şeyhülislamın yargı yetkisi bulunmadığından yargı teşkilatının başında Selçuklulardaki “kadî'l kudatlık” ve “kadileşkerlik” kurumlarını bünyesinde barındıran kazaskerlik kurumu vardır.²⁴ Kazasker Divan-ı Hümayun'da ulemayı temsil etmiş, 1574 yılına kadar tüm kadı ve müderris adaylarını tespit edip sadrazama arz etme yetkisine sahip olmuşlardır.²⁵ Kadılar klasik dönemde idari olarak kazaskerlere, kazaskerler de sadrazamlara bağlı iken, Tanzimat'tan sonra kadılar *Meşihat*'a bağlı olarak çalışmışlardır.²⁶

Yargı örgütünün en küçük birimi “kaza” denilen yani kadının kaza işlerini yerine getirdiği yargılama faaliyetinde bulunduğu yerler olmuştur. Kadıların atandıkları yerlerde hukuki ve idari olarak birçok vazifesi bulunmakla beraber; bu vazifelerin başında yargılama görevi gelmekteydi. İlgili yargı çevresinde şer'î ve örfî her çeşit davaya bakmak görevi ve yetkisi kadılarına aitti.²⁷ Kişiler davalarını “*toprak kadısı*” olan kendi buldukları yer mahkemesinde açmak zorundaydı.²⁸ Kadılar klasik dönemde yargı yetkisi yanında çarşının denetlenmesi, narh belirlenmesi, vergilerin toplanması, vakıfların denetimi gibi birçok idari görevi de yürütmekteydiler.²⁹

İslam hukukunda toplu hâkimli mahkemelerin kurulması mümkün olmakla beraber uygulamada genel olarak mahkemeler tek hâkimli şekilde teşkilatlanmış, uzun süre kadıların mahkeme için ayrılmış özel bir çalışma mekânları da olmamıştır.³⁰

²² Daha sonra kaza kadılıklarının süresi 20 yıla indirilmiştir. Birinci sırada İstanbul kadılığı, ikinci sırada Haremeyn (Mekke ve Medine); üçüncü sırada Bilad-ı Hamse (Edirne, Bursa, Şam, Mısır ve Filibe) kadılıkları, dördüncü sırada Eyüp, Galata, Üsküdar gibi mahreç kadılıkları ve beşinci sırada devriye mevleviyeti denilen Bağdat, Antep, Bosna, Erzurum gibi kadılıklar bulunmaktadır. Bkz. Cin, Akyılmaz, (n 1)169-170

²³ Bu hususta 1502 yılında İstanbul Müftüsü olan Zenbilli Ali Cemali Efendi'nin şeyhülislam unvanıyla anıldığı bilinmektedir. Bkz. Cin, Akyılmaz, (n 2)163

²⁴ Cin, Akyılmaz, (n 3) 165

²⁵ Cin, Akyılmaz, (n 4) s.166

²⁶ Karaman (n 2) 298.

²⁷ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2021, 10.Baskı) 170.

²⁸ Ancak geçici bir süre için İstanbul'da bulunanlar için 1538 tarihli bir fermanla bunlar arasında vuku bulan hukuki ihtilafların İstanbul kadısı tarafından görüleceği hükme bağlanmıştır. Bkz. Mehmet Akif Aydın, *Osmanlı Hukuku* (İsam Yayınları, Ankara, 2020) 187.

²⁹ Aydın, 2021 (n 1) 174, Avcı (n 1)172-174, Cin, Akyılmaz, (n 5) 172

³⁰ Kadılar; Osmanlı klasik dönemi uygulamasında camide ya da kendi evlerinde davalara bakmıştır. 1837 senesinde İstanbul kadısının ilk kez resmi bir mahkeme binasında görev yapmaya başladığı bilinmektedir. Bkz.Cin, Akyılmaz, (n 6) s.167

Yeri gelmişken mahkemelere yardımcı olarak çalışan *naip*, *kâtip*, *muhzır*, *kassam*, *muhtesip* gibi görevlilere de değinmek gerekmektedir. Naip; kadı görevini yerine getirirken ona yardımcı olan, kadının bazı uzak yerlerde kendi yerine vekil olarak tayin ettiği ve kadının yetkilerini haiz görevlidir.³¹ Kâtip, kadı sicillerini tutan, talep edilen belgeyi önceden belirlenen ve “*sakk*” denilen³² şablonlara göre hazırlayan görevlidir. *Kassam* adı verilen görevli miras taksimlerini yapmakta kadılarına yardımcı olurdu.³³ *Muhzır* bugünkü adliye sistemindeki mübaşire benzetmekle beraber, tarafları kadının izni ile asker ile alıp huzura getirme yetkisini de haizdir.³⁴ *Muhtesip* ise, çarşı-pazarda satışa sunulan ürünlerin kalitelerini, gramajlarını ve fiyatlarını denetlemek ve umumi ahlaka aykırı hareketler sergileyenleri ikaz edip engellemekle vazifeli olup; başta sayılan görevler bakımından da kadıya yardımcı olmaktadır.³⁵ Ayrıca, kadıların yargı çevresinde bulunan ve “ehl-i örf” denilen idareciler (subaşı, sancak beyi veya beylerbeyi) de suçluların yakalanıp cezalandırılması gibi hususlarda mahkeme talimatlarını yerine getirmekle yükümlüdür.³⁶

B. Nizamiye Mahkemelerinin Kurulmasını Gerektiren Gelişmeler

3 Kasım 1839’da İstanbul’da ilân edilmiş olan “*Gülhane Hatt-ı Hümayunu*”³⁷ ile başladığı kabul edilen Tanzimat döneminde yeni mahkemelerin kurulması ile ilgili yapılan düzenlemelerden bahsetmeden önce devletin siyasi ve iktisadi vaziyeti ile adli teşkilatı hakkında genel olarak şunlar söylenebilir:

Sanayi Devrimi’nden sonra Avrupa devletlerinin ürün ihraç edebilecekleri dış pazar bulma arayışları ilgili devletleri geniş coğrafyası ve kalabalık bir nüfusu olan Osmanlı Devleti’ne yöneltmiştir. Bu devletler Osmanlı ülkesindeki ticaret kısıtlamalarının kaldırılması için sıkça talepte bulunmuşlardır. 1831 yılında gerçekleşen Kavalalı Mehmed Ali Paşa isyanını Osmanlı Devleti İngiltere desteği ile bastırabilmiş, isyan süreci içinde de adı geçen devletle 1838 tarihinde “*Balta Limanı Antlaşması*” imzalanmıştır. Bu antlaşmanın ikinci maddesine göre iç ticaretteki yaban-

³¹ Cin, Akyılmaz, (n 7) 173

³² Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (Ensar Yayınları, İstanbul, 2013) 492; Süleyman Kaya, “Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, III/5, İstanbul 2005, ss. 379-416

³³ Cin, Akyılmaz, (n 8), s.174

³⁴ Bugünkü adli teşkilatta mübaşirler mahkeme kadrosuna bağlı olarak görev yapmakta ve taraflar usulüne uygun davetiyenin tebliğine rağmen duruşmaya katılmadıklarında mahkemece yetkili kolluk birimine ihzar (zorla getirme) müzekkeresi yazılarak ilgilinin belirlenen yeni duruşma gün ve saatinde mahkeme salonunda hazır edilmesi talep edilmektedir.

³⁵ Ziya Kazıcı, “Muhtesip” md., *DİA*, 1998, c.3, s.145

³⁶ Aydın, 2020, (n 1) 197

³⁷ Fermanın Osmanlıca metni için bkz. *Düstur*, Birinci tertip, İstanbul 1289, Matbaa-i Amire, c.I, 4-7, Latinize metin için bkz. Enver Ziya Karal; *Osmanlı Tarihi* (Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1985, c.5) 255-258.; Fermanın Osmanlı Devleti’nin gayrimüslim vatandaşlarına etkileri için bkz. Gülnihal Bozkurt, *1839-1914 Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu* (Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1989) 42 vd.



çılara yönelik kısıtlamalar ve ihracat yasakları kaldırılarak Osmanlı devletinin bir pazar ülkesi olmasının önü açılmıştır.³⁸ Bundan sonra Fransa ve diğer devletlerle de benzer yönde antlaşmalar imzalanmıştır.

Devletin içinde bulunduğu hukuki, iktisadi ve toplumsal sorunlara çözüm bulunabilmesi ve dış baskılara karşı koyabilmek adına; 3 Kasım 1839 tarihinde “*Tanzimat Fermanı*” duyurulmuştur. Ferman’da; can ve mal güvenliği, ırz ve namusun korunması, vergi rejiminin düzenlenmesi, asker alım sistemi ve rüşvetin önlenmesi konularında yeni kanunlar çıkarılacağı belirtilmiş, devamında bu konuları görüşüp karara bağlamak üzere Meclis-i Vâlâ’nın vazifelendirilmesi ile fermanın bütün iç ve dış kamuoyuna duyurulması kararlaştırılmıştır.³⁹

Klasik devirde düzgün bir şekilde işleyen kadı mahkemeleri 19. asra gelindiğinde bu özelliğinden çok şey kaybetmiştir.⁴⁰ 17. asrın ortalarından itibaren yargı sisteminde ve devletin diğer kurumlarında bozulmalar görülmeye başlanmıştır. Koçi Bey’in Sultan IV. Murat ve Sultan I. İbrahim’e sunduğu telhislerde kadıların seçilmesi ve tayini ile yargılama faaliyetlerinin yürütülmesindeki eksiklik ve aksaklıklar açıklanmış, çözüm önerileri sunulmuştur.⁴¹ Tanzimat Fermanı’nın metninden de anlaşıldığı üzere, bu bozulmalar fermanın hazırlandığı dönemde daha da artmıştır. Bununla ilgili öneriler idare nezdinde karşılık bulmuş ve gerekli görülen konularda geniş düzenlemeler yapılmaya girişilmiştir.

II. NİZAMİYE MAHKEMELERİNİN KURULMASI

Tanzimat sonrasında Batılı ülke kanunları esas alınarak yapılmaya çalışılan kanunlaştırma hareketlerinin⁴² meydana getirdiği ihtiyaç sebebiyle, şer’i mahkemeler dışında, başka mahkemelerin de oluşturulmasına başlandığı müşahede edilmektedir.⁴³ Bu hususta kurulan mahkemelerin oluşum süreci aşağıda dönemsel bazda incelenecektir.

³⁸ Ahmed Lütfi Efendi, *Vak’anivîs Ahmed Lütfi Efendi Tarihi*, Haz. Ahmet Hezarfen., Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1999, 924, Niyazi Berkes, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, İstanbul, 2014, (Yapı Kredi Yayınları) 207, İbrahim Durhan, *1838 Tarihli Osmanlı-İngiliz Ticaret Sözleşmesi ve Sonuçları* (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, c: VI, s: 1-2, Y: 2002) 78.

³⁹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat I*, İstanbul: Maarif Matbaası, 1940, 174.

⁴⁰ Yusuf Halaçoğlu, *XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı* (TTK Yayınları, Ankara) 109 vd.

⁴¹ Koçi Bey Risaleleri: *Sultan IV. Murad’a Devlet Yönetimindeki Bozukluklar ile Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Sunulan Risale ve Sultan I. İbrahim’e Osmanlı Devlet Teşkilatı Hakkında Sunulan Risale*, Haz. Seda Çakmakçıoğlu, (Kabalıcı Yayınevi, İstanbul, 2008) 134.

⁴² İlgili düzenlemeler için bkz. Mehmet Akman, *Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Osmanlı Hukuk Mevzuatı, I. Tertip Düstür’un Tarihi Fihrist ve Dizini* (Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S. 3, 2007, Bahar) 67-224. (Fihrist)

⁴³ Fethi Gedikli, *Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu, Yapısı ve Hukuk Yargılama Usulü* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1989) 6.

A. Tanzimat Fermanı ile Islahat Fermanı Arasındaki Dönem

Tanzimat öncesinde ülkeler arası gelişen ticari ilişkiler sonucunda bazı Batılı ticari örfler de Osmanlı ülkesinde yerleşmeye başlamıştır. Ticari ihtilaf ve davalar için, (İslâm hukukuna göre de tarafların aralarındaki ihtilafı hakemlere götürmeleri esasen caiz olduğu düşüncesiyle oluşturulan), tarafların seçtikleri tüccar ve vekillerden oluşan meclisler için, bu yeni oluşan örf ve âdetlerin uygulanma imkânı doğmuştur.⁴⁴ XIX. yüzyıldan itibaren Batılı devletlerin de baskısıyla bazı davalara bakma yetkisi davanın mahiyeti, önemi ve davacının sıfatına göre birtakım meclislere havale edilmiş, bazı davaları görmek için de özel komisyonlar oluşturulmuştur.⁴⁵ Bu meclisler Islahat Fermanı'na kadar olan dönemde ceza ve ticaret mahkemelerine dönüşmüş, bunun yanında yüksek yargı görevini yerine getiren ve meclislerden sonra açıklanan “Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye” gibi kurumlar da tesis edilmiştir. Aşağıda, görev alanlarına göre ilgili yargı kurumları hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır.

1. Ticaret Mahkemeleri

Yukarıda aktarıldığı üzere, şehir ve kasabalarda bulunan ve yargılama yetkisine sahip ticaret meclisleri 1840 yılından sonra Ticaret Nezareti'ne bağlanmıştır.⁴⁶ Yine, 1847'de “*Meclis-i Muhasebe*“ adıyla meydana gelen yargı benzeri oluşum, 1849 yılından itibaren mahkeme hüviyetine dönüşmüş, 1849 yılında ise dış baskılarla, üyesinden yarısı Osmanlı ve diğer yarısı da yabancı tüccarlardan oluşan karma ticaret mahkemeleri kurulmuştur.⁴⁷

30 Nisan 1860'ta yayımlanan “*Zeyl-i Kanûn-ı Ticâret*” ve daha sonra çıkarılan kanunlarla ticaret mahkemelerinin teşkilâtı düzenlenmiştir.⁴⁸ İstanbul'da kurulmuş bulunan “*Deniz Ticaret Mahkemesi*” deniz ticareti ihtilaflarında “*Usûl-i Muhâkeme-i Ticaret Nizamnamesi*” ve “*Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi*” kapsamında görevli kılınmıştır.⁴⁹ 1861 tarihli ticari usûl kanunu, nizamiye mahkemelerinde 1879 tarihli “*Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiye Kanunu*” yürürlüğe girinceye kadar uygulanmıştır.⁵⁰ Toplu usulde davaları gören bu yeni mahkeme, tüccarlar tarafından seçilen

⁴⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul 1967, c.VIII) 250 vd.

⁴⁵ Betül Kayar, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları*, Adalet yayınevi, Ankara 2021, 99; İbrahim Durhan, *Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler* (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. XII, S. 3-4, 2008) 56.

⁴⁶ Ali Akyıldız, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilâtında Reform: 1836-1856* (İstanbul 1993)127.

⁴⁷ Avcı (n 2)190. Deniz ticaretiyle ilgili ihtilaflar ise 22 Mayıs 1850 tarihli bir fermanla sonra Dersaadet Liman Odası'nda karma bir mecliste liman reisinin başkanlığında görülmüştür. Bkz. M. Macit Kenanoğlu, “*Nizâmiye Mahkemeleri*” md., DİA, XXXIII, 183.

⁴⁸ Kadir Acar, “*Osmanlı'da Taşra Meclislerinin Mülki ve Hukuki Görevlerinin Ayrılması*” (Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi, c. 2, s. 2) 24.

⁴⁹ Mumcu, Üçok, Bozkurt *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara 2016) 278-279; Ahmed Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*, (Kamu Hukuku- Birinci Cild, İstanbul 2011) 854.

⁵⁰ Mumcu, Üçok (n 1) 279; Gülnihâl Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi* (Ankara 1996) 152.



şehbender ve muhtar denilen üyelerden teşekkül etmiştir.⁵¹

Ticaret Nezaretinin gözetimi altındaki ticaret mahkemeleri, 1862 tarihli “*Usûl-i Muhâkemat-ı Ticaret Nizamnamesi*”ni yargılamada uygulamışlardır.⁵² Ancak bu kanunlarda ve diğer mevzuatta aynı konularda başlangıçta tercihte bulunarak Şer’iye mahkemelerine de gidilebilmesine engel bir hüküm olmadığından, ikili bir durum meydana gelmiştir. Yalnızca, usûl kanununda ticaret mahkemelerinde hükme bağlanmış bir dava için yeniden Şer’iye mahkemelerinde dava açılması yasaklanmıştır.⁵³ Zaman içinde ticaret mahkemelerinin sayısı hızla artmıştır. Örneğin 1875 yılında Osmanlı Devleti’nin sahil bölgelerinde kara ve deniz ticaret hukukuna bakan 120 ticaret mahkemesi bulunuyordu.⁵⁴ Aynı yıl çıkarılan bir fermanla da mahkemeler Adliye Nezaretine bağlanmış, 1915 yılında kapitülasyonların kaldırılmasına kadar alakadar ülke konsolosluklarından iki aza da yargılamalara katılmışlardır.⁵⁵

2. Taşra Meclisleri

1840’ta “*muhasıllık meclisleri*” şeklinde kurulan, 1842 yılında “*memleket meclisleri*” ismini alan ve 1849 yılından sonra “*eyalet ve sancak meclisleri*” denilen taşra meclisleri 1864 yılına kadar yargılama vazifesi yapmıştır.⁵⁶ 1853’te “*Meclis-i Tahkikât*” olarak kurulan bir ceza mahkemesi, ceza davalarına bakmıştır. “*1840 tarihli Ceza Kanunu*”, karma düzende yargılamayı kabul etmiştir. 1858 yılında ise 1926’ya kadar yürürlükte kalacak olan, büyük ölçüde Fransız hukukundan etkilenmiş olan “*Ceza Kanunnamesi*” hazırlanmıştır.⁵⁷ Ceza mahkemelerinde usul kanunu olarak “*Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiye*” tatbik edilmiştir. 1840 ve sonraki tarihli ceza hukuku düzenlemelerinin, Osmanlı devletinde şer’i yargılamadan ayrılmanın ve hukuki sekülerleşmenin başlangıcını oluşturduğu doktrinde ifade edilmektedir.⁵⁸

⁵¹ Karaman (n 3) 186.

⁵² M. Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Ticaret Hukuku*, (Lotus Yayınevi, Ankara 2005) 19.

⁵³ Akman, (n 1) 2007, 433.

⁵⁴ Bu mahkeme üyelerinin başkan ve iki üyesi devlet tarafından, dört üyesi de tüccarlar tarafından seçilmekteydi. İstanbul Ticaret Mahkemesi üç daireye ayrılmış ve Osmanlı vatandaşları arasındaki deniz ticareti uyuşmazlıklarına bakan daireler dışındaki ilk daire, yabancılar ile Osmanlı vatandaşları arasındaki davalara bakmıştır. Bkz. Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi*, (Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1988, c.VII) 169.

⁵⁵ Akman, 2007, (n 1) 436. Ticaret mahkemeleri günümüzde de özellikle il merkezlerinde hukuk mahkemelerinden farklı olarak kurulmakta, bulunmayan yerlerde yargı görevleri ihtisas sıfatıyla kurulmuş ise 3 veya 4 numaralı Asliye Hukuk Mahkemesi’nce yerine getirilmektedir.

⁵⁶ Akyıldız (n 1) 128.

⁵⁷ Düstur, 1. Tertip, İstanbul 1289, I, 537.

⁵⁸ Kenanoğlu, “Nizâmiye Mahkemeleri” md., 185.

3. Tahkik Meclisleri

Ceza ve ticaret davalarına bakmak üzere kurulan meclisler nizâmiye mahkemesi işlevi görmüşse de; resmi anlamda nizâmiye mahkemelerinin çekirdeğini ceza kanunlarının uygulanması için 1854'te İstanbul'da kurulan meclis-i tahkikler teşkil etmiştir.⁵⁹

1854 yılında Zabtiye Müşirliği'ne bağlı iki meclis hayata geçirilmiştir. Bu meclislerden ilki olan "*Divan-ı Zabtiye*" üç aya kadar hapis yahut on mecdiye altını para cezasını gerektiren cünhalara⁶⁰ ve kabahatlere bakmakla vazifeli iken; diğer meclis olan "*Meclis-i Tahkik*" ise ilk meclisin baktığı davalardan daha fazla ceza gerektiren her çeşit cinai davalarda tahkik ve muhakeme ile vazifelendirilmiştir.⁶¹

Meclis-i Tahkik; on sorgu hâkimi, on sorgu kâtibi ve on sorgu stajyerinden oluşmakta olup bu meclis, yargılama sonucunda ceza kanununun belirttiği cezayı tespit edip valinin onayına göndermekteydi.⁶² Kısas ve diyet cezalarını gerektiren davalarda ise sadece tahkikatı yaparak tahkikatın özetini valiye sunar ve vali de bu özeti taşrada ise Meclis-i Kebir'e, merkezde ise "*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye*"ye arz ederdi. Hüküm bu merciler tarafından verilirdi.⁶³ Tahkik Meclislerinin işbu faaliyet usulü incelendiğinde, idareciler ile yargı mensuplarının görev dağılımlarının belirlenmesi sebebiyle idare ve yargının ayrılışında önemli bir aşama olduğu söylenebilir.

4. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye

"*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye*", Tanzimat döneminde Hariciye Nezâreti'yle beraber yenilikler için mühim görevler üstlenmiş ve ilk on beş senede yapılan birçok yenilik bu iki müessesenin öncülüğünde gerçekleştirilmiştir. 24 Mart 1838'de kurulan meclisin vazifesi reformların yapılması için mevzuat hazırlamak ve "*Dâr-ı Şûrâ-yı Bâbiâli*" ile "*Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî*"nin düzenlediği mazbatalara son şeklini vermektir.⁶⁴ Ayrıca meclisin, çıkardığı kanun ve nizamnamelerin uygulanıp uygulanmadığını teftiş etme ve kanunlara aykırı davranan yüksek rütbeli devlet adamlarını yargılama yetkisi de vardı.

Meclis-i Vâlâ'nın, görev konularının farklılığı ve iş yoğunluğu artmasından ötürü; 26 Eylül 1854 tarihinde "*Meclis-i Âli-i Tanzimat*" kurulmuş; bu meclis, Meclis-i Vâlâ'nın yetkilerinden olan yasama görevini üstlenmiştir.⁶⁵ Meclis-i Vâlâ ise küçük

⁵⁹ Bu meclislerin kuruluş süreci için bkz. Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi*, VI.cilt, 5.baskı, Ankara, 1995, 149-150

⁶⁰ Osmanlı ceza hukukunda cürümden hafif kabahatten ağır nitelikteki fiillere verilen isimdir. Bkz. <https://lugatim.com/s/c%3%BCnha>, e.t: 08.12.2024, Erdoğan, 80.

⁶¹ Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri*, 139

⁶² Ekinci, 139

⁶³ Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri, Tanzimat ve Sonrası* (2. Baskı, İstanbul, 2010) 139.

⁶⁴ Ali Akyıldız, "*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye*" md., (DİA, Ankara, 2003, c.28) 250.

⁶⁵ Mehmet Seyitdanioğlu, *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868)* (TTK Yayınları, Ankara,

devlet memurlarının atanması ve azlı ve nasbı, veraset meseleleri, mülkî taksimat, arazi uyuşmazlıkları gibi mevzularda vazife ifa etmiştir. Bununla beraber iki meclis zaman zaman birleşerek ya da komisyon kurarak müşterek çalışmalar yapmıştır.

Meclis-i Vâlâ'ya meselelerin şer'î yönünü incelemek için ilmiye mensupları alınmıştır. Yine, Islahat Fermanı'nın ilânına doğru bütün tebaa ile ilgili hususları görüşmek üzere gayrimüslim temsilciler de bir seneliğine meclis üyeliğine getirilmiştir.⁶⁶

B. Islahat Fermanı ile I. Meşrutiyet Arasındaki Dönem

1. Genel Mahkemelerin Yapısı ve Görevi

Tanzimat Fermanı'nda devlet teşkilatı ile kişi hak ve hürriyetleri sahalalarında reform yapılacağı vaadine binaen birtakım çalışmalar yapılmış ise de; Batılı devletler tarafından Osmanlı Devleti'nden gayrimüslimlere daha fazla hak tanınması talep edilmiştir. Bu doğrultuda Kırım Savaşı sonunda yapılan Paris Kongresi'nin toplandığı sıralarda 18 Şubat 1856'da "*Islahat Fermanı*"⁶⁷ ilân edilmiştir.⁶⁸ Söz konusu fermanla, Tanzimat Fermanı'yla tebaaya tanınan haklar ve evvelki devirlerde gayrimüslimlere tanınan ayrıcalıklar güvence altına alınmıştır. Bu fermanın sonra, Müslümanlarla gayrimüslim tebaa arasında yahut iki tarafın kendi dindaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahip karma mahkemelerin hayata geçirilmesine karar verilmiştir.⁶⁹ Esasında 1849'da ticaret meclislerinin ticaret mahkemesine dönüştürülmesi ile bu süreç fiilen başlamıştı. Ferman'ın ilanından sonraki zaman diliminde karma ticaret mahkemesi tecrübesinden yargı örgütünün diğer alanlarında da faydalandığı görülmektedir. Bu kapsamda aşağıda açıklanacak olan deavi meclisleri, ticaret meclisleri, temyiz meclisleri ve temyiz divanları kurulmuştur. Bu dönemde kurulan ve sonraki başlıkta ayrıca değinilen Divan-ı Ahkâm-ı Adliye de yine bu dönemde kurulan karma yapıdaki bir müessesedir.

"7 Kasım 1864 tarihli *Vilâyet Nizamnamesi*"⁷⁰ ile her kazada bir deâvî meclisi kurulmuş ve bu meclis, kazanın şer'î hâkimi başkanlığında Müslüman ve gayrimüslim mümeyyizlerden oluşan üç üyeden meydana gelmiştir (51.md). Kazalardaki bu meclisler şer'î davalar, gayrimüslimlerin hususi davaları, cinayet meclislerinde cinayet hakkında tetkik edilen hususlar, ticaret meclislerinde görülecek davalar dışında kalan davalar ile cünha ve kabahat derecesinde kalan suçlarla ilgili davalara bakmakla görevli kılınmıştır (52.md).

"Vilayet Nizamnamesi"ne göre kazalarda "*meclis-i deâvî*", sancak ve vilayet merkezlerinde ise "*meclis-i temyiz*" ve "*divan-ı temyiz*"ler tesis edilmiştir (18.md).

1996) 47-52.

⁶⁶ Akyıldız, 2003 (n 1) 250.

⁶⁷ Fermanın metni için bkz. Düstur, 1. Tertip, c.I, 7-14.

⁶⁸ Üçok, Mumcu, Bozkurt, (n 2) 309.

⁶⁹ Ufuk Gülsoy, *Islahat Fermanı* md. (DİA, İstanbul, 1999, c.19) 186-188.

⁷⁰ Düstur, 1.Tertip, c.1, 608-624

Her vilâyette ise birer “ticaret meclisi” oluşturulmuş ve bu meclisler sancaklardaki meclislerin verdiği hükümleri istînaf yoluyla görmüştür (22 ve 23.md). Ayrıca merkez vilâyete bağlı sancakta “temyîz-i hukuk ve ticaret meclisi” bulunacağı, bunların livâ meclislerinin görevlerini ve merkez livâyaya bağlı kazaların hukukî işlerini göreceği hükme bağlanmıştır (24.md).⁷¹ Vilâyet Nizamnâmesi ayrıca köylerdeki ihtiyar meclislerine de sulhen dava görme yetkisi vermiştir (59.md). Bunların görev alanları ticaret ve şer’iye mahkemeleri dışındaki davalarla sınırlı tutulmuştur (20.md). Bunlardan “*meclis-i deâvî*”de yapısında kadının başkanlığında kurulan heyetteki altı üyenin üçü gayrimüslimlerden seçilmiştir (19.md).

Başkent İstanbul’daki nizâmiye mahkemeleri için müstakil bir nizamname hazırlanmıştır. 4 Aralık 1871 tarihli bu nizamnâme ile İstanbul’daki ilk derece mahkemeleri “mevki ve merkez bidâyet mahkemeleri” olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. “*Mevki bidâyet mahkemeleri*” İstanbul’da ve ona bağlı olan yerlerdeki kaymakamlık merkezlerinde, “*merkez bidâyet mahkemeleri*” ise mutasarrıflık merkezlerinde faaliyete geçirilmiştir. Nizamnâme ile Üsküdar ve Beyoğlu’nda birer, İstanbul’da iki adet “merkez bidâyet mahkemesi” tesis edilmiştir. Yine bu nizamnâmeyle İstanbul ile kendisine bağlı mahaller için “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye”ye tâbi olarak çalışacak bir istînaf mahkemesi oluşturulmuştur.⁷²

“11 Ocak 1872 tarihli *Mehâkim-i Nizâmiyye Hakkında Nizamnâme*” ile nizâmiye mahkemelerine ilişkin esaslı değişiklikler yapılmıştır.⁷³ Bu düzenleme ile kazalardaki deâvî meclislerinin ilk derece mahkemesi olarak, livâlardaki temyiz meclislerinin ilk derece mahkemesi ve istinaf mercii olarak, vilâyet temyiz divanlarının ise yalnızca istinaf mercii olarak yargılama yapacağı kararlaştırılmıştır.⁷⁴ Bu nizamnâme ile köylerin yanında nahiyelerdeki ihtiyar meclislerine de sulhen yargılama yapma yetkisi verilmiştir. Vilâyet, livâ ve kaza merkezlerinde bulunan meclislerin azalarının halk tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir.⁷⁵ 9 Kasım 1875 tarihli geçici bir tâlimatla İstanbul’da bir “*Sulh Cemiyeti*” tesis edilmiştir. Bu cemiyet, talepte bulunan kişinin onayıyla veya “*Havâle Cemiyeti*”⁷⁶ tarafından yahut nizamiye mahkemelerince gördükleri davaların yargılaması sırasında ihtilafın sulh

⁷¹ Merkez livâ temyiz meclisi daha sonra ilga edilmiş ve bidâyetten dava görme yetkisi yeni kurulan Meclis-i Deâvî’ye, istinafla ilgili yetkileri ise Dîvân-ı Temyîz’e verilmiştir. Bkz. Kenanoğlu, *Nizâmiye Mahkemeleri*” md, (n 2)185

⁷² Kenanoğlu, *Nizâmiye Mahkemeleri*” md, (n 3)186.

⁷³ Düstur, 1. Tertip, İstanbul 1289, c.I, 352.

⁷⁴ Ali Haydar, “*Mehâkim-i Nizâmiyye Vezâifinin Takyidi*” (Ceride-i Adliyye, S. 1, 5 Kânunuevvel 1325) 25-27.

⁷⁵ Seçim şekli 30 Aralık 1875 tarihli “*İntihâb-ı Âzaya Dair Ta’lîmât-ı Umûmiyye*” ile tesbit edilmiştir. Bkz. Düstur, 1. Tertip, c.III, 174.

⁷⁶ Havale Cemiyeti’nin vazifesi 15 Aralık 1870 tarihli nizamnamesinin 1.maddesine göre; kendisine ulaşacak dilekçe, tahrir, müzekkere, ilam ve sair evrakı ait olduğu mahalle yollanmak üzere havale etmek ve vilayetlerden getirilmesi gerekenler için gerekli yazışmaları yapmaktır. Nizamname’nin metni için bkz. Düstur, 1. Tertip, 1. Cilt, s. 343



yoluyla çözümlenmesi için kendisine gönderilen davaları sulh yoluyla görmekle görevlendirilmiştir.⁷⁷

Bu dönemde hazırlanan ve kendi alanında bir ilk olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den de konuyla ilgisi bakımından bahsetmek gerekmektedir. Tanzimat sonrası yeni kurulan mahkemelere atamak için gerekli hukuk müktesebatına ve fıkıh gelenegine hâkim kişiler bulunamamıştır.⁷⁸ Bundan ötürü, anılan mahkemelerin hâkimlerinin uygulayabileceği yasaların hazırlanması gereksinimi belirlemiştir. İşbu gereksinim, hususan ticaret mahkemelerinin tecrübeli ancak hukuk bilgisi yetersiz olan hâkimleri için ileri boyutlara ulaşmıştır.⁷⁹ 1850 tarihli Ticaret Kanunu yürürlükte olsa da rehin, kefâlet, vekâlet ve havâle sözleşmeleri hakkındaki bazı davaların hukuki incelikleri konusunda önemli meseleler ortaya çıkmıştır.⁸⁰ Sonuç olarak kısa sürede uygulamaya konulacak ve nizamiye ile ticaret mahkemeleri hâkimleri tarafından anlaşılması kolay bir kanunun hazırlanması ihtiyacı hâsıl olmuştur.⁸¹ Bu ihtiyaç doğrultusunda hazırlanan Mecelle on altı kitaptan oluşmakta olup; kitaplar halinde 1869-1876 yılları arasında peyderpey ilan edilip yürürlüğe konulmuştur. Nizâmiye Mahkemeleri'nin ihtiyacını karşılamayı esas gaye gütmekte olduğundan; kanunun içeriğinde miras ve aile hukuku ile ilgili düzenlemeler mevcut değildir. Bununla birlikte bünyesinde muhakeme hukuku hakkında hükümlere yer verilmiştir, zira anılan zamanda Nizâmiye Mahkemeleri'nin tatbik edecekleri herhangi bir usul kanunu bulunmamaktaydı (Mecelle Mazbatası'ndan).

2. Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye

“*Meclis-i Âlî-i Tanzîmat*” ve “*Meclis-i Vâlâ*” gibi iki reform kurumunun varlığı bazı problemlere neden olduğundan 1861 yılında iki meclis “*Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye*” adıyla birleştirilmiştir. Bir süre bu şekilde çalışmaya devam eden meclis, 5 Mart 1868'de “*Şura-yı Devlet*” ve “*Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye*”⁸² olarak ismiyle iki farklı kuruma ayrılmıştır. Gayrimüslim Osmanlı tebaası her iki mecliste de temsil

⁷⁷ Şunu da eklemek gerekir ki; özellikle kaza, livâ ve vilâyetlerde kurulan nizâmiye mahkemelerinin isimlerinde yer alan “temyiz” kelimesi davaların görüleceği mercilerin tayininde karışıklığa yol açtığı için 15 Nisan 1879 tarihinde yapılan bir düzenleme ile dîvân-ı temyizlerin adı Mahkeme-i İstîna'f'a, deâvî meclislerinin adı Bidâyet Mahkemesi'ne dönüştürülmüştür. Bkz. Kenanoğlu, Nizâmiye Mahkemeleri” md, (n 4)187.

⁷⁸ Mecelle Mazbatası, s.10

⁷⁹ Ahmet Akgündüz; İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2012, c.3, 213

⁸⁰ Hoca Eminefendizade Ali Haydar Efendi; Dürer'ül Hukkam Şerhu Mecelleti'l Ahkâm; Şirket-i Mertebiye Matbaası, İstanbul, 1330, c.1, s.3

⁸¹ Cin / Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 566

⁸² Divan'ın esas nizamnamesi 1868'de yayımlanmış olup, Düstur, 1.Tertip, c.I, s.325'de yer almakta-
yken, iç nizamnamesi 1870'de yayımlanmış olup Düstur, Birinci tertip, c.I, s.328'de bulunmak-
tadır.

edilmiştir.⁸³ Bu iki kurumdan “Şûrâ-yı Devlet” Danıştay’ın ve “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye” Yargıtay’ın temelini oluşturmuştur.⁸⁴

1 Nisan 1868 tarihinde çıkarılan ve hukukî işleri idarî işlerden ayırmayı amaçlayan “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnâme-i Esâsîsi” ile Osmanlı Devleti’nde şer’î davalar dışındaki davalar için en yüksek yargı mercii olarak “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye” tesis edilmiştir.⁸⁵ Nizamnâme, Dîvân’ın görev alanını şer’î mahkemelerde görülen şer’î hukuka ilişkin davalar, gayri müslim cemaatlara ait hususi davalar ve özel meclislerce görülen ticarî davalar dışındaki davalarla sınırlandırmış, divana kanunla kurulmuş olan diğer mahkemelerde bakılan davaları da istînaf yoluyla görme yetkisi tanımıştır.⁸⁶

“Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye”nin bakacağı davaların çeşitleriyle hukuk ve ceza davalarında takip edilecek usule ilişkin olarak 14 Şubat 1870’te “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnâme-i Dâhilîsi”⁸⁷ neşredilmiştir. Nizamnamenin başında yer alan “Mukaddeme” kısmında Osmanlı Devleti’ndeki nizâmiye mahkemelerinin, kazalarda deâvî meclisleri, livâlarda temyîz-i hukuk meclisleri, vilâyet merkezlerinde temyiz divanları, İstanbul’da “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye” olmak üzere dört gruba ayrıldığı belirtilmiştir. Yine işbu kısımda geçtiği üzere; deâvî meclisleri bidâyet yani ilk derece mahkemesi olarak, livalardaki temyîz-i hukuk meclisleri hem bidâyet hem istînaf mahkemesi olarak faaliyete geçirilmiştir. “Temyîz-i hukuk meclisleri” kendi görev alanına giren davaları ilk derece mahkemesi olarak, deâvî meclislerinin ilk derece mahkemesi olarak gördükleri davalara ise istînaf mahkemesi sıfatıyla bakmakla görevlendirilmiştir. İç nizamnâmeye göre “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye” iki mahkemeye taksim edilmiştir. İlki “Mahkeme-i Temyîz” olup bu mahkeme nizâmiye mahkemelerinin hukuk ve ceza konularında verdiği kararları temyiz mercii olarak incelemekle vazifelendirilmiştir (1.md). “Mahkeme-i Temyîz” de kendi içerisinde ceza ve hukuk dairesi olarak iki kısma ayrılmıştır. İkinci mahkeme ise İstanbul’daki en yüksek nizâmiye mahkemesi olarak kurulmuş ve kendisine hukuk ve ceza davalarında kesin olarak hüküm verme yetkisi verilmiştir (18.md).⁸⁸

⁸³ Mehmet Âkif Aydın, “*Divan-ı Ahkâm-ı Adliye*” md. (DİA, İstanbul, 1994, c.9) 387.

⁸⁴ Ahmed Cevdet Paşa’ya ait olduğu belirtilen ve “Mahkeme-i Temyiz’in Vezâifine Dair” el yazması bir risale, Ali Turan tarafından yayımlanmıştır. İncelemesi ve metni için bkz. Ali Turan, “*Ahmet Cevdet Paşa’nın “Mahkeme-i Temyizin Vezâifine Dair” Adlı El Yazma Risalesi*” (Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı içinde, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2023) 729-752.

⁸⁵ Mehmet Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013) 425.

⁸⁶ Bu davalardan kişilerle devlet arasındaki ihtilâflara dair olanlar ise Şûrâ-yı Devlet’te görülecektir.

⁸⁷ Metni için bkz. *Düstur*, 1. Tertip, c.1, 328-342

⁸⁸ Nizamnâme bidâyet, istînaf ve temyizden ne anlama geldiğini de belirtmiştir. Buna göre bidâyetten bir davayı görmek sulhen halli mümkün olmayan hukuk davalarını ilk defa görmek, istînaf ilk derece nizâmiye mahkemelerince görülen davalara yeniden bakmak, temyiz ise bidâyet ve istînaf aşamalarından sonra hukuka uygunluğunu denetlemek amacıyla buralarda verilen kararları onaylamak veya bozmaktır. Bkz. Nizamname’nin mukaddeme kısmı, *Düstur*, 1. Tertip, c.1, 329.

C. I. Meşrutiyet Dönemi

1. Genel Olarak

1876 senesi Padişah Abdulaziz'in darbe ile tahttan indirilmesi, akabinde yerine geçirilen V. Murad'ın sağlık durumunun elverişsizliği nedeniyle II. Abdulhamid'in Kanun-ı Esasi'yi ilan etmesi şartıyla tahta çıkarılmasına sahne olmuştur. 23 Aralık 1876'da, Meşrutiyet ilan edilmiş ve Kanun-ı Esasi yürürlüğe konulmuştur.⁸⁹ Osmanlı Parlamentosu 19 Mart 1877'de açılmış ve birinci faaliyet dönemi 28 Haziran 1877 tarihinde hitama ermiştir. Meclis-i Meb'usan yeni çalışma dönemine 13 Aralık 1877'de başlamış ve 1877-1878 Osmanlı-Rus harbi ile bazı güvenlik sorunları gerekçe gösterilerek 13 Şubat 1878 tarihinde padişah II. Abdülhamid tarafından tatil edilmiştir.⁹⁰

1879'da yayımlanan "*Mehâkim-i Nizâmiyyenin Teşkilâtı Kânûn-ı Muvakkati*"⁹¹ ile nizâmiye mahkemelerinin teşkilâtı yeniden tanzim edilmiştir. Bu kanuna göre mezkûr mahkemeler ceza ve hukuk şeklinde iki kısım, ilk derece ve istinaf olarak da iki derece halinde düzenlenmiştir (1.md). Ayrıca İstanbul'da bir temyiz mahkemesi tesis edilmiştir (1.md). Bu kanuna göre cünha ve kabahate ilişkin ceza davaları ve istinafi mümkün olan hukuk davalarına ilk derece yargılaması sonrası istinaf mahkemesince bakılabiliyorken, cinayet davalarında yalnızca temyiz yoluna gidilebilmekteydi (1.md). Her kazada bir ilk derece mahkemesi ve Adliye Nezâreti'nin münasip bulunduğu mahallerde bir ticaret mahkemesi kurulacaktı (6.md). Ticaret mahkemesi olmayan yerlerde ticaret davalarına mahallin ilk derece mahkemesi bakmakla görevli olup, ayrıca kazanın itibar edilen tacirleri tarafından seçilen geçici azaların da mahkemede hazır bulunmaları gerekli kılınmıştı (10.md). Bir başkanla iki üyeden oluşan kaza mahkemesi ceza ve hukuk dairesi olarak iki ya da daha ziyade daireye bölünebilmekteydi (14.md). Bir daire birinci başkan ve iki üyeden oluşurken, diğer daireler ikinci başkanla iki üyeden oluşmaktaydı (20.md).

"1879 tarihli *Teşkilât-ı Mehâkim Kanunu*" ile nizamiye mahkemelerinin yapısına dair en köklü değişikliklerden birisi yapılmış, adli ve idari işlerin birbirinden ayrılması sağlanmıştır.⁹² Bu kanun ile nizamiye mahkemeleri teşkilatlanma yolunda

⁸⁹ Mehmet Âkif Aydın; "*Kanun-ı Esasi*" md., (DİA, İstanbul, 2001, c.24) 330.

⁹⁰ Yılmaz Kızıltan; "*1.Meşrutiyet'in ilanı ve İlk Osmanlı Meclis-i Mebusanı*" (Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, c.26, sayı 1, 2006) 269.

⁹¹ Düstur, 1. Tertip, c.IV, 235.

⁹² Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s.336. Nizamiye mahkemelerinde görev yapacak hâkimleri yetiştirmek için 1870 yılında "Kavanin ve Nizamât Dershanesi" kurulmuştur. 1874 yılında açılan "Mekteb-i Hukuk-ı Sultani" 1880 senesinde Adliye Nezâreti'ne bağlanmış, "Mekteb-i Hukuk-ı Şahane" adıyla yeniden açılmış, 1886 yılında Maarif Nezâreti'ne devredilen mezkûr hukuk okulu, 1909 senesinde Darülfünun'a bağlanana kadar bağımsız olarak varlığını devam ettirmiştir. 1883'te müfredatını yenileyen hukuk mektebinin ("Muallimhane-i Nüvvâb") adı 1908 yılında "Mekteb-i Kuzât" olarak değiştirilmiş, (sonraki isimleri "Mekteb-i Nüvvâb", "Medresetü'l-kudât") bu mektep düzenli eğitim ve programla hukukçu zümresini yetiştirmiştir. Bkz. Nuran Koyuncu, "Hukuk Mektebinin Doğuşu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 3,168, 176.

önemli mesafe almıştır.⁹³ “Teşkilât-ı Mehâkim Kanunu” ticaret ve şer’iye mahkemelerinin baktığı davalar dışındaki hukuk ve ceza davalarına nizamiye mahkemelerinde bakılacağı hususunu da netleştirmiştir.

2. İstinaf Mahkemeleri

“Teşkilât-ı Mehâkim Kanunu”na göre vilâyet merkezi olan kazalarda birer istinaf mahkemesi bulunmaktaydı. İstinaf mahkemesi lüzum olduğu takdirde hukuk ve ceza şeklinde iki daireye ayrılabilmekteydi. İki daireye ayrılma durumunda her daire dört üyeden oluşacaktı. Üyelerin ikisi muvazzafken, iki tanesi fahriydi. “Merkez vilâyet ticaret mahkemelerinin” istinaf mercii de “Dersaâdet İstinaf Mahkemesi”ydi. Bu kanunla tüm imparatorluğu kapsayan bir düzenleme yapılırken, farklı mahkeme yapıları ilga edilmiştir. Müdde-i umumilik yani savcılık kurumunu da düzenleyen bu kanuna göre savcılar adlî işlerde Adliye Nezâreti’nin emri altında olarak, kamu hukukunu korumak üzere padişah tarafından atanacaktı. Yine, İstanbul’da “Mahkeme-i Temyîz” nezdinde bir başsavcı, istinaf mahkemelerinde birer savcı ve kaza bidâyet mahkemelerinde birer savcı yardımcısı bulunacaktı. Kanuna göre taşra nizâmiye mahkemelerinin faaliyetlerini denetlemek üzere her vilâyet dairesi için bir müfettiş tayin olunacaktı.⁹⁴ 1879 tarihli bir Ferman ile⁹⁵ “*meclis-i deâvî*”nin adı “*kaza bidayet mahkemesi*”, “*meclis-i temyiz*”in adı da “*mahkeme-i temyiz*” olarak değiştirilmiş, kaza ve sancaklarda bidayet mahkemeleri, vilayetlerde ise isti’naf mahkemeleri hayata geçirilmiştir.

“Teşkilat-ı Mehakim Kanun-u Muvakkati”nin bazı maddelerinde 1903,⁹⁶ 1905⁹⁷ ve 1907⁹⁸ yıllarında değişiklik yapılmıştır. 1903 yılında yapılan değişiklikle bir kısım mahallerde istinaf mahkemeleri hukuk ve ceza daireleri olarak ikiye ayrılmış, bir ceza dairesi olan mahallerde hukuk dairesine “heyet-i ithamiye” vazifesi tevdi edilmiştir.⁹⁹ Aynı tarihte Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu’nun 200. maddesi de buna paralel olarak değiştirilmiştir.

3. Nahiye Meclisleri

Sulh yoluyla ihtilâfları çözümleyen meclislerin zamanla yetkileri arttırılmıştır. 30 Temmuz 1907 tarihli “*Nevâhî Merkezlerinde Bulunan Nahiye Meclislerinin Vezâif-i Sulhiyye ve Adliyyesini Mübeyyin Nizamnâme*”¹⁰⁰ ile nahiye meclislerine sulhen davalara bakma yetkisi yanında birtakım ceza davalarına bakma yetkisi de tanınmıştır. Nahiye meclislerinin üyeleri köy ihtiyar meclisleri üyeleri içerisinde

⁹³ Düstür, 1.Tertip, c.IV, 703, Karal, c.VII (n 1) 168.

⁹⁴ Kenanoğlu, Nizamiye Mahkemeleri md., (n 3) 186.

⁹⁵ Düstür, 1.Tertip, c.IV,703.

⁹⁶ Düstür, 1.Tertip, c.VII, 1080.

⁹⁷ Değişikliğe ilişkin bkz. Düstür, 1. Tertip, c.VIII, 136.

⁹⁸ Değişikliğe ilişkin bkz. Düstür, 1. Tertip, c.VIII, 665.

⁹⁹ Düstür, 1.Tertip, c.VII, 1081.

¹⁰⁰ Düstür, 1. Tertip, c.VIII, 712



dört kişiyi aşmamak üzere seçilmekteydi. Ahalisi farklı sınıflardan oluşan mahallerde üyelerin yarısı Müslüman, yarısı gayrimüslim ahali arasından belirlenmekteydi.¹⁰¹ Sonraki süreçte, sulh usulünü geniş ölçüde uygulayan sulh hâkimlikleri tesis edilmiştir. “24 Nisan 1913 tarihli *Sulh Hâkimleri Hakkında Kânûn-ı Muvakkat*”¹⁰² ile kaza ve nahiye merkezleri ile köylerde kanundaki belirli davaların görülmesi ile görevli olan “*sulh hâkimi*” adıyla seyyar hâkimlikler hayata geçirilmiştir. Bu kanunun bazı maddeleri 1913, 1914 ve 1915 yıllarında değiştirilmiştir.¹⁰³

4. Şer‘iyye ve Nizâmiye Mahkemeleri Arasındaki Görev Uyuşmazlıkları

Mevzuatta görev ve yetki konusunda düzenlemeler yapılmasına karşın Şer‘iyye ve Nizâmiye mahkemeleri arasında sıkça yetki ve görev uyuşmazlıkları çıkmıştır.¹⁰⁴ Öyle ki, hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu hususları yüksek yargı kararlarında da yer almıştır.¹⁰⁵ Yetki ve görev uyuşmazlıkları da yapılan düzenlemelerle giderilmeye çalışılmıştır.¹⁰⁶ Kânûn-ı Esâsî'nin yayımlanmasından önce hangi davaların nizâmiye mahkemelerinin görev alanına ait olduğuna ilişkin tâlimat ve iradeler çıkarılmıştır. Sonrasında “10 Kasım 1887 tarihli bir irade-i seniyye”¹⁰⁷de Nizamiye ve Şer‘iye mahkemelerinin görev alanları tespit edilmiştir. Yine “29 Şubat 1888 tarihli bir irade” ile bu mahkemelerin ayrı ayrı vazifeleri belirlenmiştir. Bu doğrultuda; boşanma, nikâh, nafaka, çocuk bakımı ve terbiyesi, kısas, diyet, gaiplik, vasiyet ve miras davalarının şer‘iye mahkemelerinde; ticaret, ceza, zarar-ziyan, iltizam konularına ilişkin davaların nizâmiye mahkemelerinde görülmesine karar verilmiştir. Sayılan davaların haricinde kalan ihtilafların ise tarafların muvafakati bulunması durumunda şer‘i mahkemelerce, bulunmaması durumunda nizâmiye mahkemelerince bakılması hususu karara bağlanmıştır.

D. II. Meşrutiyet Dönemi

1. Genel Olarak

Bilindiği üzere; “Meclis-i Meb‘ûsan” Osmanlı-Rus savaşı ve diğer gelişmelerden sonra Sultan II.Abdülhamid tarafından 13 Şubat 1878’de tatil edilmiş ve 1908’e kadar bir daha toplantıya çağırılmamıştır. Bazı subayların Balkanlarda çıkardıkları

¹⁰¹ Ekinci (n 1) 125.

¹⁰² Düstur, 2. Tertip, c.V, 322.

¹⁰³ Düstur, 2. Tertip, c.V, 619, 871; c.VI, 157, 295, 1353; c.VII, 561.

¹⁰⁴ Avi Rubin, *Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity*, 2011, New York, Palgrave Macmillan, 15.

¹⁰⁵ Meselâ 1 Şubat 1873 tarihli Şûrâ-yı Devlet’e ait bir müzekkerede Zeyl-i Kânûn-ı Ticâret vb. kanun ve nizamların nizâmiye mahkemeleri için yapılmış düzenlemeler olduğu, dolayısıyla bu kanunlardaki hükümlerin şer‘i mahkemelerdeki ihtilâflara uygulanamayacağı ifade edilmiştir.

¹⁰⁶ 24 Aralık 1876 tarihli Kânûn-ı Esâsî'nin 85. maddesinde yer alan “*Her dava ait olduğu mahkemede rü‘yet olunur.*” hükmü ile 87. maddedeki, “*Deâvî-i şer‘iyye mehâkim-i şer‘iyyede ve deâvî-i nizâmiyye mehâkim-i nizâmiyyede rü‘yet olunur.*” hükmü, şer‘i mahkemelerle nizâmiye mahkemelerinin görev alanlarının birbirinden ayrıldığını göstermektedir.

¹⁰⁷ Düstur, 1. Tertip, c.V, s.1055

ayaklanma, iç ve dış baskılar sonucu Sultan II. Abdülhamid'in meşrutiyeti fiilen tekrarlayan irade-i seniyyesi¹⁰⁸ 23 Temmuz 1908'de yürürlüğe girmiştir. İradenin metninden anlaşıldığı üzere; Manastır, Kosova ve Selanik vilayetleri bölgesinde bir kısım subayların halk ile birlikte “hürriyet ilanı” için ayaklandığı, bu hususta merkeze çok sayıda telgraf gönderildiği, isyan hareketine katılanlara edilen nasihatlerin sonuç doğurmadığı, ısrarlı bir şekilde Kanun-ı Esasi'nin uygulanmasının talep edildiği anlaşılmakla; olayların genişleyip asayişin bozulmaması ve dış devletlerin müdahalesine zemin oluşmaması adına geçici olarak tatil edilmiş olan Meclis-i Mebusan'ın toplanması hususu ilan edilmiştir. Tekrar toplanan mecliste Kanun-ı Esasi'de esaslı değişiklikler yapılmıştır. Şöyle ki; Kanun-ı Esasi'nin 3., 6., 7., 10., 12., 27., 28., 29., 30., 35., 36., 38., 43., 44., 53., 54., 76., 77., 80., 113. ve 118. maddeleri değiştirilmiş ve 119. maddesi kaldırılarak yerine üç yeni madde eklenmiştir.¹⁰⁹ Bu tarihten başlayıp tartışmalı olmakla birlikte 1922 tarihine kadar devam eden dönem “*II. Meşrutiyet Dönemi*” olarak bilinmektedir.¹¹⁰

2. Adli Teşkilatta Yapılan Değişiklikler

Bu dönemde; birçok mahkemeye hâkimlik vasfı bulunmayan kişilerin seçilmesi ve mahkemeler arasındaki dereceli sistem nedeniyle yargılamalarda usulsüzlükler ortaya çıkmış ve bir kısım davalar uzun süre sürüncemede kalmıştır.¹¹¹ 1909 yılında çıkarılan “Vilayat Teşkilat-ı Adliyesince İcra Olunacak Tadilat Hakkında Kanun”la¹¹² adliye teşkilatı yeni bir şekle sokulmuştur. Bu kanunun ilk maddesindeki “*teşkilat-ı adliye teşkilat-ı mülkiyeye tabi olmayıp*” ifadesiyle yargının teşkilat bakımından bağımsızlığı açıkça ifade edilmiştir. Kanun istinaf ve bidayet mahkemeleri teşkilatını düzenlemekle birlikte, icap eden mahallerdeki istinaf mahkemelerinin birinci başkanlarının adliye müdürü sıfatını haiz olarak Adliye Nezareti'nce seçileceğini öngörmüştür (md.4). Aynı yıl teftişe ilişkin de bir talimat çıkarılmıştır.¹¹³

11 Nisan 1910 tarihinde “Teşkilat-ı Mehakim Kanunu”nda değişiklik yapılarak işi çok olan ve kazalarda bulunan ilk derece nizamiye mahkemelerinin iki daireye ayrılması esası getirilmiştir.¹¹⁴ Yine 1916¹¹⁵ ve 1919¹¹⁶ yıllarında da “Mehakim-i Nizamiye Teşkilatı Kanunu”nda bazı maddelerde gerekli görülen değişiklikler yapılmıştır.

¹⁰⁸ Düstur, 2. Tertip, c.I, İstanbul, 1329, s.1

¹⁰⁹ Değişikliklerin metni için bkz. “7 Zilhicce 1293 Tarihli Kanun-ı Esasi'nin Bazı Mevad-ı Muaddelesine Dair Kanun” Düstur, Tertib-i Sani, c. 1, 638-644

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şükrü Hanioglu, “*Meşrutiyet*” md. (DİA, Ankara, 2004) 388-393.

¹¹¹ Bu konu ile ilgili Sultan II.Abdülhamid'e sunulan bir rapor için bkz. Osman Köksal, “Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gereken Düzenlemelere İlişkin Bir Layiha” Ankara Üniversitesi OTAM Dergisi, 1998 s.9, 263-285

¹¹² Düstur, 2.Tertip, c.I, 665.

¹¹³ Düstur, 2.Tertip, c.II, 33.

¹¹⁴ Düstur, 2.Tertip, c.II, 180.

¹¹⁵ Değiştirilen madde için bkz. Düstur, 2.Tertip, c.VIII, 1376.

¹¹⁶ Kaldırılan madde için bkz. Düstur, 2.Tertip, c.XI, 278.



1913 yılında hazırlanan bir kanun-ı muvakkatta,¹¹⁷ yeni teşkilat kurulmayan mahallerde belirli asgari vergi ödenmesi şartıyla mahkeme üyelerinin süre sınırı bulunmaksızın kanuni şartları sağlayan kişiler arasından vilayetin adliye encümenince seçileceği kararlaştırılmıştır. Bu şekilde hâkim atama yetkisi, merkezi idarece yeni teşkilat oluşturulana kadar -bazı mahallerde- vilayet encümenine devredilmiştir. Yine 1913 yılında çıkarılan “Sulh Hâkimleri Hakkında Kanun-ı Muvakkat”¹¹⁸ ile kaza, nahiyeye ve köylerde belli bir bedele kadar olan davaları görmeye yetkili olan seyyar sulh hâkimlikleri kurulmuştur.

Osmanlı Devleti, 1914 yılında başlayan I.Dünya Savaşı'na 11 Kasım 1914'de İtilaf Devletleri'ne resmen savaş ilan ederek Almanya'nın yanında dâhil olmuştur.¹¹⁹ Bu tarihte başlayan ve 1918 yılına kadar devam eden savaş neticesinde Osmanlı Devleti 30 Ekim 1918'de Mondros Ateşkes Antlaşması imzalanmıştır.¹²⁰

1916 yılında Meclis-i Mebusan tarafından kabul edilen bir kanun¹²¹ ile yeni teşkilat kurulmayan vilayetlerin adliye encümenlerine asgari senelik yüz elli kuruş vergi ile mükellef olan kişiler arasından, bulunmadığı takdirde, mali mükellefiyet aranmaksızın ve mahkeme üyelerinin görev süresi sınırı olmaksızın kanuni şartlarını sağlayan şahıslar arasından hâkim seçme hakkı verilmiştir.

1921 yılında işgalin getirdiği asayiş problemleri ve diğer hukuki sıkıntıları gidermek amacıyla İstanbul'daki Osmanlı Hükûmeti; Fransa, İngiltere ve İtalya Fevkalade Komiserlikleri ile bir sözleşme imzalamıştır. Buna göre; bu ülkelerin vatandaşları ile Osmanlı vatandaşları arasındaki hukuki, ticari ve denizcilik ile ilgili uyuşmazlıkların çözülmesi için 8 Aralık 1921 tarihinde “*Devre-i Mütârekeye Mahsus Muvakkat Muhtelit Encümen-i Adli Teşkili Hakkında Kararnâme*”¹²² çıkarılarak ateşkes dönemine mahsus olmak üzere geçici bir adli encümen kurulmuştur. Sultan Vahideddin imzasını taşıyan ve dört maddeden oluşan bu düzenlemenin Meclis-i Mebusan toplandığında kanun olarak teklif edilmesi kararlaştırılmıştır (4.md). Bu karma nitelikteki adli encümen taşınmaz malların tasarruf hakkı ile ilgili uyuşmazlıklar haricindeki tüm uyuşmazlıklarda görevli kılınmıştır (2.md). Adı geçen devletlerle yapılan sözleşme de kararnâmeyle birlikte neşredilmiştir.¹²³

¹¹⁷ Düstur, 2.Tertip, c.V, 217.

¹¹⁸ Kanunda teminat, ihtiyati haciz, hacze itiraz, mahcuz malların satışı, muhafaza, vekâlet, vekille davayı takip, vekâlete itiraz, istinaf, zabıtların şekli, mahkeme görevlilerinin yetki ve sorumlulukları, duruşma düzeni, tebligat, keşif ve disiplin hapsi gibi konular da düzenlenmiştir. Metni için bkz. Düstur, 2.Tertip, c.III, 322-348.

¹¹⁹ İsmet Görgülü, 10 Yıllık Harbin Kadrosu, 1912-1922, TTK yayınları, Ankara, 2014, 51.

¹²⁰ <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/mondros-mutarekesi/>, e.t:11.12.2024

¹²¹ Düstur, 2.Tertip, c.VIII, 276.

¹²² Düstur, 2.Tertip, c.XII, 529.

¹²³ Düstur, 2.Tertip, c.XII, 530-532

3. Görev Uyuşmazlıkları ve Çözüm Çabaları

“3 Haziran 1909 tarihli bir irade-i seniyye” ile nizamiye mahkemelerinde görülen ve karara bağlanan bir davanın şer’iyye mahkemelerinde tekrar görülemeyeceği vurgulanmıştır.¹²⁴ “14 Ekim 1914 tarihli bir nizamnâme¹²⁵ ile ticaret, ceza, taşınmazlarda tasarruf, intikal ve paylaşma, borç, zarar ve ziyan, iltizâm ve imtiyazlardan kaynaklanan davalar ile Mecelle’nin “Kitâb-ı Hacr” başlıklı bölümünde düzenlenen konular haricindeki tüm davaların nizâmiye mahkemelerince görüleceği karara bağlanmıştır. Buna göre; vakıf, hacr (kısıtlılık), vasiyet, vasîlik, yetimlerin ve vakıfların mallarının işletilmesi, terekede mallarının tespiti ve miras taksimine ilişkin davalar ile Şer’î hukuka dair davalar şer’i mahkemelerce görülmeye devam edilecekti. Yukarıda geçtiği gibi, tarafların Şer’iye mahkemesinde görülmesine rıza gösterdiği ihtilaflar şer’i mahkemelerce çözümlenebilecek, böyle davalarda taraflar daha sonra başka mahkemelere başvuramayacaktı. İlerleyen süreçte yayımlanan kanunlarla nizâmiye mahkemelerinin yargılama sahası genişletilmiştir.¹²⁶ Görev alanında devam eden karışıklığın giderilmesi için 1917 tarihli “Usûl-i Muhâkeme-i Şer’iye Kararnamesi” neşredilmiştir. Bu kararname Mecelle dışındaki konuyla ilgili düzenlemeleri ilga etmiştir.¹²⁷

1916 senesinde Divan-ı Harpler ile adliye mahkemeleri arasında yargı yolu uyuşmazlığı çıkması halinde bunun Şura-yı Devlet reisinin başkanlığında ve temyiz mahkemesi üyeleri ile Askeri Temyiz divanından seçilen üyelerden oluşacak özel bir encümen kararıyla mezkûr uyuşmazlığın halledileceği konusunda bir kanun-ı muvakkat yürürlüğe konulmuştur.¹²⁸

III. NİZÂMİYE MAHKEMELERİNİN YARGILAMA USULÜ VE KARARLARININ İCRASI

A. Nizamiye Mahkemelerinin Yargılama Usulü

Nizâmiye mahkemelerinin gördükleri davalarda takip edecekleri usule ve kararlarının icrasına ilişkin birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Meselâ başlangıçta Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye’nin göreceği davalar hakkında “Usûl-i Muhâkeme-i Ti-

¹²⁴ İrade-i seniyyenin metni için bkz. Düstur, 2.Tertip, c.I, 192-194.

¹²⁵ Düstur, 2.Tertip, c.VI, 1334.

¹²⁶ Hukuk öğretimi konusunda da yenilikler hayata geçirilmiştir. Bu dönemde, “Mekteb-i Hukuk-ı Şahane”nin adı, II. Meşrutiyet’in ilanından sonra “Darülfünun-ı Osmanî Hukuk Şubesi” olarak; “1919 Darülfünun Nizamnamesi”nden sonra “Hukuk Medresesi” olarak değiştirilmiş ve özerk bir tüzel kişilik kazanmıştır. Kaynak: <https://www.istanbul.edu.tr/content/universitemiz/tarihce>, e.t:09.12.2024

¹²⁷ Kararnamenin Esbâb-ı Mûcibe Lâyıhası’ndan; Mecelle’nin noksanlarını tamamlama, dağınık mevzuatı derleme, usûl kanunlarının ileride birleştirilmesini temin için Usûl-ı Muhâkeme-i Hukukiye Kanunundan iktibaslar yapmayı hedeflemiş olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Takvim-i Vekâyi’, No:3046

¹²⁸ Düstur, 2.Tertip, c.VIII, 1311.



câret Nizamnâmesi"nin Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin dâhilî nizâmnamesine aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı belirtilmişken, "Mehâkim-i Nizâmiye Nizamnâmesi"nde Usûl-i Mehâkim Kanunu yapıncaya kadar hukuk davalarında "Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Kanunnâmesi"nin nizamnâmeye aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.¹²⁹

İstanbul'da kurulan mevki ve merkez mahkemelerinin hukuk bölümlerinde "Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnâmesi"nde münderic usul ve şartlara göre, ceza kısımlarının muhakemesinde ise 22 Şubat 1870 tarihli "*Dersâadet ve Mülhakâtının İdâre-i Muhâkemesine Dair Nizamnâme*"nin dördüncü faslı ile "Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnâmesi"nin üçüncü faslında yazılı usulün geçerli olacağı kabul edilmiştir. 1879 tarihli "*Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye Kanun-ı Muvakkatî*"¹³⁰ ile yargılama hukuku tarihimizde "*nizami yargılama usulü*" olarak bilinen usul ceza mahkemelerinde tam olarak uygulanmaya başlanmıştır. Bu kanun 1927 yılına kadar uygulanmakla beraber modern usul hukukumuzda da etki etmiştir.¹³¹ Kanun, modern usul kanunlarında olduğu gibi tarafların yargılamaya davetiye ile çağrılmasını, belirli durumlarda gıyapta yargılama yapılabilmesini hükme bağlamıştır. Kanun'da ticari defterler belirli şartlarda delil olarak kabul edilmiş, senetle ispat ve bunun istisnaları da düzenlenmiştir. Tahkikat duruşması, ıslah, ilk itirazların arzedilmesi, keşif, tanık, isticvap, bilirkişi, yemin gibi başlıklar da oldukça ayrıntılı şekilde kaleme alınmıştır.

Hüküm mazbatalarında kullanılacak dile ilişkin de bazı düzenlemeler yapılmış, "21 Şubat 1876 tarihli İdâre-i Umûmiyye-i Vilâyât Hakkında Talimnâme"yle¹³² nizâmiye mahkemelerinin hukuk ve ceza davalarında verecekleri hüküm mazbatalarının Türkçe kaleme alınması, ancak bölgelere göre metnin Arapça, Rumca, Bulgarca, Boşnakça ve Ermenice'ye tercüme edilip karara eklenmesi usulü benimsenmiştir.

B. Kararların İcrası

Yeni kurulan nizâmiye mahkemelerinin kararlarının icrası İstanbul'da "deâvi nâzırı"; taşrada ise vali, mutasarrıf ve kaymakamlara tevdi edilmiştir.¹³³ "Deâvi Nezâreti"nin kaldırılmasının sonrasında "1 Kasım 1870 tarihli bir nizamnâme" ile ilâmların icrası için icra cemiyetleri teşkil edilmiştir.¹³⁴ Gerekli fayda sağlanamadığından, ilâmların verildiği mahkemenin başkanı tarafından icra edilmesine karar

¹²⁹ Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamname-i Dahilisi, Muvakkat maddesi, Düstur, 1. Tertip, c.I, 342, Macit Kenanoğlu, "Nizamiye Mahkemeleri" md. Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 2007, c.33, s.188

¹³⁰ Düstur, 1. Tertip, c.IV, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1293, 257.

¹³¹ Konu hakkında müstakil bir çalışma için bkz. Yavuz Özkan, *1879 Tarihli Usûl-i Muhakeme-i Hukukîyye Kanun-u Muvakkatî'nin Modern Usul Hukukuna Etkileri*, (Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021)

¹³² Düstur, 1. Tertip, c.III, 24-33.

¹³³ Bilindiği üzere, klasik dönemde şer'î mahkemelerce verilen kararlar kadı tarafından icra edilirdi.

¹³⁴ İkinci (n 2) 128.

verilmiş, 18 Haziran 1879 tarihli “İ‘lâmât-ı Hukûkiyyenin Sûret-i İcrâsına Dair Kânûn-ı Muvakkat”¹³⁵ ile de hukuk ve ticaret mahkemeleri ilâmlarının icra görevi mahkeme başkanları ve kendilerine bağlı icra dairelerine bırakılmıştır. Buna göre İstanbul’daki ilk derece mahkemelerinin başkanları kendi mahkemeleri ile ve bağlı mevki mahkemelerinin ilâmları, istînaf ilâmları ve yetki sahasında bulunan kişiler hakkında başka mahkemelerden verilen ilâmların icrasıyla görevlendirilmiştir. Ayrıca, “Dersaâdet Şer’iyye Mahkemesi”nce verilen ilâmlar da “Dersaâdet Bidâyet Mahkemesi”nce icra edilecekti.

IV. ÖZEL DÜZENLEME YAPILAN VİLAYET VE EYALETLER

Doğu Rumeli ve Mısır gibi imtiyazlı eyaletler ile Yemen ve Girit vilâyetlerinde müstakil düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, 1883 senesinde Doğu Rumeli’deki vilâyet mahkemelerinde görev yapan icra memurları için müstakil bir kanuni düzenleme yürürlüğe konulmuştur.¹³⁶ Yine Filibe’de, Doğu Rumeli nizâmiye mahkemelerinin hükümlerini temyizen incelemeye görevli olan “Dîvân-ı Âli-i Muhâkemât” tesis edilmiştir. Mısır’da ise 1875 yılından itibaren karma mahkemeler kurulmuş, 1881 ve 1883’te yapılan düzenlemelerle “*el-mehâkimü’l-ehliyye*” adıyla nizâmiye mahkemeleri oluşturulmuştur.

Girit’te “1864 Vilâyet Nizamnâmesi”ne paralel bir teşkilat tesis edilmiş, nizâmiye mahkemesi üyelerinin Müslüman ve Hristiyan ahali arasından eşit sayıda seçilmesi sistemine geçilmiştir. 1892 yılında Girit’teki adliye teşkilatının ıslahına dair bir nizamname çıkarılmış,¹³⁷ 1895 yılında yine bu vilayetin nizamiye mahkemelerine ilişkin değişiklikler umumi vilâyet meclisince yapılmıştır.¹³⁸

Yemen’de ise adli teşkilatta yapılan değişiklikler, halk nezdinde pek karşılık bulamamış, dolayısıyla ahali hukuk ve cinayet davaları için nizâmiye mahkemeleri yerine belde kadıları ve fakihlere müracaat etmeyi sürdürmüştür. Hatta resmî kayıtlara göre ahali bu mahkemelere karşı rahatsızlığından ötürü hükümetten de uzaklaşmaya başlamıştır.¹³⁹ Bu nedenle, “15 Ağustos 1889 tarihli irade-i seniyye” ile bu vilayetteki nizâmiye mahkemeleri kapatılıp davaların şer’i mahkemelere havalesine, Hudeyde’deki ticaret mahkemesinin ise devamına karar verilmiştir.

V. CUMHURİYET’İN İLANINDAN SONRA NİZAMİYE MAHKEMELERİ

Nizâmiye mahkemeleri varlığını Osmanlı Devleti’nden sonra bir süre daha sürdürmüştür.¹⁴⁰ Osmanlı Devleti döneminde çıkarılan ve hâkimlerin mesleğe atanma-

¹³⁵ Düstur, 1.Tertip, c.IV, 225-235.

¹³⁶ İkinci (n 3) 125.

¹³⁷ Düstur, 1. Tertip, c.VI, 1155-1168.

¹³⁸ Düstur, 1. Tertip, c.VII, 27.

¹³⁹ Kenanoğlu, *Nizamiye mahkemeleri*, (n 3) 188.

¹⁴⁰ Bu mahkemelerin bir kısım karar defterleri bulunamadığı gibi, bazı defterleri de arşiv kayıtlarında



larını da düzenleyen 1879 tarihli “*Mehâkim-i Nizâmiyenin Teşkilâtı Kanun-ı Muvakkati*”¹⁴¹ yeni düzenlemeler yapılan kadar yürürlükte kalmıştır.¹⁴²

1921 *Teşkilât-ı Esasiye Kanunu*¹⁴³nda yani Anayasa’sında devletin esas organları arasında, yargı organına ilişkin hüküm yoktur. Bununla beraber, o dönemde yargı organına ilişkin 1876 Kanun-u Esasîsinin hükümlerinin geçerli olduğu söylenebilir.

1924 *Anayasası*¹⁴⁴’nın yargıyı düzenleyen 4. faslında (53-67. maddeleri arası) yer alan 56. maddesi ile hâkimlerin vasıfları, hukuku, vazifeleri, maaş ve ödenekleri ile atanma ve azillerinin özel kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu hususta 1926 yılında 766 sayılı *Hâkimler Kanunu* çıkarılmıştır.

“4 Ramazan 1342 (9 Nisan 1924) tarihli Şer’î Mahkemelerin İlgasına Dair Kanun”la kadılığa son verilmiştir. Batılı usulde yargılama yapan mahkemeler ve hâkimleri ile diğer personelleri hakkında “*Mehâkim-i Nizâmiyenin Teşkilâtı Kanun-ı Muvakkati*” yürürlükten kalkmadığından uygulanmaya devam etmiştir.

Mahkeme-i Temyiz’in yetkileri 1920’de bir kanunla Sivas’ta geçici olarak kurulan Temyiz Heyeti’ne devredilmiştir. 1923’te Temyiz Mahkemesi Eskişehir’e taşınmış, 1923 tarihli “*Hey’et-i Temyiziye Merkezinin Eskişehir’e Nakline ve Teşkilâtının Tevsîine Dair Kanun’la Mehâkim-i Nizâmiye Teşkilâtı Kanunu*”nun bu kanuna aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁴⁵ 1924’te çıkarılan “*Mehâkim-i Şer’iyyenin İlgasına ve Mehâkim Teşkilâtına Dair Ahkâmı Muaddil Kanun*” ile adliye teşkilâtında köklü değişiklikler yapılmış, istinaf ve şer’iye mahkemeleri ilga edilmiştir. Yeni kurulan Cumhuriyet, şer’iye ve nizamiye mahkemelerinin tecrübesinden kadro ve yargı kültürü açısından istifade etmiştir.¹⁴⁶

maalesef şer’iye mahkemesi kayıtlarına karıştırılmıştır. Bu kayıt yanlışları sonra yapılan birtakım araştırmalarda da devam etmiştir. Konuya ilişkin bir inceleme için bkz. Sedat Bingöl, “*Nizamiye Mahkemelerinin Kaynaklarına Dair Bazı Notlar*” (Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı içinde, TAA Yayınları, Ankara, 2023) 61-74.

¹⁴¹ 1879 (1296) tarihli “Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilât Kanunu”nun metni için bkz., Düstur, I. Tertip, c.IV, 235 vd.

¹⁴² Bu dönemde hukuk öğretimi yapılan kurumların yapısı da değiştirilmiştir. Cumhuriyet’in ilanından sonra, 1924 tarihli ve 493 sayılı Kanun ile “İstanbul Hukuk Medresesi”nin adı “İstanbul Darülfünunu Hukuk Fakültesi” olarak değiştirilmiştir. İsviçreli Prof. Dr. Albert Malche’nin 29 Mayıs 1932 tarihli raporuna dayanılarak 31 Temmuz 1933 tarihinde, 2252 sayılı kanunla Darülfünun ilga edilmiş ve İstanbul Üniversitesi kurulmuştur.

23 Şubat 1925 günü Meclis Genel Kurulu’nda, “Ankara Yatılı Hukuk Mektebi”nin açılması kabul edilmiştir. “Ankara Adliye Hukuk Mektebi”, Bakanlar Kurulu kararıyla 1927 yılında Hukuk Fakültesi olmuş, ilk mezunlarını 1928 yılında vermiştir. 1928 yılından sonra okul kapıları lise mezunu olmayanlara kapatılmıştır. 1941 yılına kadar Adalet Bakanlığı’na bağlı olan Ankara Hukuk Fakültesi, 1946’da Millî Eğitim Bakanlığı’na bağlanmış ve bu tarihten sonra da Ankara Üniversitesi bünyesine alınmıştır.

¹⁴³ Kanun No: 85, Kabul Tarihi: 20 Kânun-ı Sani 1337 (20 Ocak 1921), Düstur, Üçüncü Tertip, Cilt 1, s.196-199., Ceride-i Resmîye (Resmî Gazete), 7 Şubat 1337 (1921)

¹⁴⁴ Latinize metin için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/oncelki-anayasalar/1924-anayasasi/e.t:26.08.2021>

¹⁴⁵ T. C. Adalet Bakanlığı Teşkilat Tarihçesi (Ankara 1997) 44-46.

¹⁴⁶ Osmanlı Devleti ile Cumhuriyet devirlerinde müddei umumilik ve hâkimlik yapmış ve kanunla-

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nin son devrinde kurulan Nizamiye Mahkemeleri, Türk Hukuk Tarihi'nde İslam sonrası dönemde yargılamaya Batı menşeli hukuk kurallarının girmeye başladığı ve bir yönüyle laikleştiği bir kurum olarak, Türkiye'nin son iki yüzyılını etkilemiştir. Yeni Türkiye Cumhuriyeti'nin kadro ve sistem olarak bu mahkemelerin tecrübesinden fazlasıyla faydalandığı tarihi bir vakiadır. Yine, Şer'i esaslara göre yönetilen bir devlette imparatorluk olmanın verdiği bir özellik olarak, bu mahkemelerde Müslüman olmayan kişilerin de görevlendirilmesi ve hâkimlik yapması devrinin ötesinde bir yeniliktir.

Tarihte sıkça görüldüğü üzere, farklı ihtiyaçlar farklı müesseseleri ortaya çıkarmaktadır. Bu süreç bazen toplumun kendi iç dinamikleri ile bazen dış etkenlerle şekillenmektedir. Bazen de Nizamiye Mahkemeleri örneğinde olduğu gibi iç ve dış etkenlerin birlikte var olarak değişikliği zorunlu kılması sonucunda karşımıza yeni bir vakıa çıkmaktadır. Bu mahkemelerin kurulmasında, 19. asırda gerçekleşen Sanayi Devrimi ve onun sonucunda ortaya çıkan imalat fazlasının gerektirdiği dış pazar ihtiyacı etkili olduğu gibi, Osmanlı Devleti'nin son dönemde bozulan yargı sistemine ilişkin şikâyetler de etkili olmuştur. Devlet, klasik usulün ıslahını ve yeni sistemin buna göre kurulmasını savunan fikirler yerine, Tanzimat Fermanı'nın ifadesiyle "beş-on senede" sonuç vereceğine inanılan ve çoğu resepsiyon şeklindeki hızlı hukuki çözümlere yönelmiştir. Avusturya Başbakanı Metternich'in mektubunda yazdığı gibi, hızlı yenilikler yapabilmek adına toplum bünyesine yabancı olan dış menşeli müesseseleri alıp hukuk sistemine entegre etmek var olan sorunları çözmek yerine daha da karmaşık hale getirebilir.

Nizamiye mahkemelerinin, şer'i usulle yargılama yapan Şer'îye mahkemelerinin yanında, büyük ölçüde Batılı devletlerin ve azınlıkların talebi ile kurulduğu anlaşılmaktadır. Hukuk düzeninin bu ikiliği kendi içinde düzenleyemediği, Osmanlı Devleti'nin Müslüman vatandaşlarının da Yemen örneğinde görüldüğü üzere bu yeni duruma karşı direndiği bir gerçektir. 1840'dan sonra Cumhuriyet'in ilanına kadar oluşturulan bu ikilik hukuki alanda karışıklığa meydan vermiş, kanun ve nizamnamelerde sık sık değişiklik yapılmıştır.

Hukuk reformları yapılırken akıldan çıkarılmaması gereken temel bir hayat kuralı şudur: Kural yazılırken bile hayat ve toplum değişmekte ve dönüşmektedir. Yine sosyolojide kabul edildiği gibi kural ve müesseselerin toplum tarafından benimsenmesi uzun zaman gerektirmektedir. Hayatta tedricilik esas olduğundan, hızlıca ve genişçe düşünülmeden yapılan düzenlemeler farklı sorunlara yol açabilir. Belki de hata; Safvet Paşa'nın dediği gibi, önce iyi hukukçular yetiştirmeden yeni kanunlar çıkarmaya girişmektir. 21. asırdan bakıldığında, güncel yargı reformu tartışmaları-

rın Anayasa'ya aykırı olamayacağı konusunda 1952 yılında verdiği bir kararla sonradan Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunda da fikri hizmeti olan Refik Gür'ün Cumhuriyet döneminde konuya ilişkin ilk araştırmalardan olan çalışması için bkz. A. Refik Gür, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi*, M. Nihat Aryol (Haz.) (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2015)

nın da aynı minvalde olduğu düşünülürse kendisinin haksız olduğu söylenemez. Nizamiye mahkemeleri gibi 100 yıla yakın hizmet görmüş ve Cumhuriyet sonrası yargı düzeninin bir ölçüde çekirdeğini oluşturmuş bir müessesenin detaylı incelenmesi bu makalenin sınırlarını tabiatıyla aşmaktadır. Ancak, nizamiye mahkemeleri üzerine araştırma yapıldıkça başta hukuk tarihi ve mukayeseli hukuk olmak üzere hukuk biliminin diğer dallarındaki araştırmacılar, kanun yapımcılar ve uygulayıcılar da bu tecrübeden geniş şekilde istifade edebilecektir.

KAYNAKÇA:

Acar K, “Osmanlı’da Taşra Meclislerinin Mülkî ve Hukukî Görevlerinin Ayrılması”, Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi, [2] 2

Ahmed Lûtfî Efendi, Vak’anüvis Ahmed Lûtfî Efendi Tarihi, Haz. Ahmet Hezarfen,-Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1999

Akgündüz A, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır (1986)

Akman M, “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Osmanlı Hukuk Mevzuatı, I. Tertip Düstûr’un Tarihi Fihrist ve Dizini”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 3, 2007 (Bahar)

Akyıldız A, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilâtında Reform: 1836-1856, İstanbul, (1993)

Akyıldız A, “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye” md., DİA, Ankara, 2003, c.28, s.250

Akyıldız A, “Tanzimat” md., DİA., İstanbul, 2011, c.40, s.1

Ali Haydar Efendi, Dürer’ül Hukkam Şerhu Mecelleti’l Ahkâm; Şirket-i Mertebiyeye Matbaası, İstanbul, 1330, c.1

Ali Haydar Efendi, “Mehâkim-i Nizâmîye Vezâifinin Takyîdi”, Ceride-i Adliye, S. 1, 5 Kânunuevvel 1325

Ansay S Ş, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara (1960)

Atar F, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, İFAV Yay, 1. Baskı, İstanbul (2013)

Avcı M, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 10.Baskı, (2021)

Aydın M.A, Osmanlı Hukuku, İsam Yayınları, Ankara, (2020)

Aydın M.A, DİA, “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye” md., İstanbul, c.9, s.387, (1994)

Aydın M.A, Türk Hukuk Tarihi, Tıpkı 11. Baskı, Beta, İstanbul (2013)

Aydın M.A, DİA, “Kanun-i Esasi” md., İstanbul, 2001, c.24, s.330

Berkes N, Türkiye’de Çağdaşlaşma, Yapı Kredi Yayınları İstanbul (2014)

Bilmen Ö.N, Hukuk-İ İslamiyye ve İstîlâhât-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul (1967)

Bingöl S, Tanzimat Devrinde Osmanlıda Yargı Reformu, Eskişehir (2004)

Bingöl S, “Nizamiye Mahkemelerinin Kaynaklarına Dair Bazı Notlar”, Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı içinde, TAA Yayınları, Ankara, (2023) 61-74

- Bozkurt G, 1839-1914 Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara (1989)
- Bozkurt G, Türkiye’de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi, Hukuk Öğretimi Sempozyumu, Ed. Adnan Güriz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 51-70. (1993)
- Cevdet Paşa, Tezahir, Cilt:1-12, Ed. Cavid Baysun, 3. Bası, Ankara (1991)
- Cin H, Akylmaz G, Halil Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, 13.baskı, Konya (2021)
- Durhan İ, Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:3-4, 2008, 55-111.
- Durhan İ, 1838 Tarihli Osmanlı-İngiliz Ticaret Sözleşmesi ve Sonuçları, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VI, S: 1-2, Y: 2002, s. 77-104
- DÜSTUR, 1. ve 2. Tertib, c.1-9
- Ekinci E.B, Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası), 2. Baskı, İstanbul (2010)
- Ekinci E. B, / Şimşirgil A, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul (2008)
- Erdoğan M, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ensar Yayınları, İstanbul (2013)
- Gayretli M, Tanzimat Sonrasından Cumhuriyet’e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul (2008)
- Gedikli F, “Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu, Yapısı ve Hukuk Yargılama Usulü”, Argumentum, S. 1, Y. 1990, s. 30-32
- Görgülü İ, 10 Yıllık Harbin Kadrosu, 1912-1922, TTK yayınları, Ankara (2014)
- Gülsoy U, Islahat Fermanı md., DİA, İstanbul, 1999, c.19, ss.186-188
- Gür, A. Refik; Osmanlı İmparatorluğu’nda Kadılık Müessesesi, M. Nihat Aryol (Haz.), Türkiye İş Bankası Kültür Y., İstanbul (2015)
- Halaçoğlu Y, XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, TTK Yayınları, Ankara (2021)
- Hanioglu Ş, “Meşrutiyet” md., DİA, Ankara, 2004, ss.388-393
- Jorga N, Osmanlı İmparatorluğu Tarihi, Çev. Nilüfer Epçeli, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2012, c.5
- Karal E.Z, Osmanlı Tarihi, C: 5 (Nizam-ı Cedid ve Tanzimat Devirleri 1789- 1856), Türk Tarih Kurumu Y., Ankara (2007)
- Karal E.Z, Osmanlı Tarihi, C: 6 (Islahat Fermanı Devri 1856-1861), Türk Tarih Kurumu Y., Ankara (2007)
- Karaman H, İslam Hukuk Tarihi, İz Yayıncılık, İstanbul (2012)
- Kaya S, “Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, III/5, İstanbul (2005)
- Kayar B, Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları, Adalet yayınevi, Ankara (2021)



- Kazıcı Z, “Muhtesip” md., DİA, 1998, c.3, s.145
- Kenanoğlu M, Nizâmiye Mahkemeleri, DİA, Cilt:33, 2007, s. 185-188
- Kenanoğlu M, Osmanlı Ticaret Hukuku, Ankara (2005)
- Kılıç M.T, İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara (2008)
- Kızıltan Y, “1.Meşrutiyet’in ilanı ve İlk Osmanlı Meclis-i Mebusanı”, Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, c.26, sayı 1, 2006 s.269
- Koçi Bey Risaleleri: Sultan IV. Murad’a Devlet Yönetimindeki Bozukluklar ile Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Sunulan Risale ve Sultan I. İbrahim’e Osmanlı Devlet Teşkilatı Hakkında Sunulan Risale, Haz. Seda Çakmakçıoğlu, Kabalcı Yayınevi, İstanbul (2008)
- Koyuncu Nuran, “Hukuk Mektebinin Doğuşu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 3,168, 176
- Köksal O, Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II. Abdülhamit’e Sunulan Bir Layiha, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM), Sayı:9, (1998) ss. 263-285
- Kuduri A, Muhtasar, Çev. Soner Duman, Osman Güman, Beka Yayınevi, İstanbul (2021)
- Maverdi, El-Ahkam’üs Sultaniye, Çev. Ali Şafak, Bedir Yayınevi, İstanbul, 2018
- Ortaylı İ, Osmanlı Devleti’nde Kadı, DİA, Cilt:24, 2001, ss. 69-73.
- Ortaylı İ, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara (2015)
- Rubin A, Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity, Palgrave Macmillan, New York (2011)
- Sarkis K, Külliyyât-ı Kavânin, Cilt:1, Ankara (2006)
- Seyitdanlıoğlu M, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868), TTK Yayınları, Ankara (1996)
- Turan A, “Ahmet Cevdet Paşa’nın “Mahkeme-i Temyizin Vezaifine Dair” Adlı El Yazma Risalesi”, Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı içinde, TAA Yayınları, Ankara, 2023, ss.729-752
- Uzunçarşılı İ.H, Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal, TTK Yayınları, Ankara (1988)
- Üçok C, Mumcu A, Bozkurt G, Türk Hukuk Tarihi, 19. Baskı, Ankara (2022)
- Velidedeoğlu H V, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, Tanzimat I, Maarif Matbaası, İstanbul (1940)
- Yılmaz A.Y, Osmanlı Hukukunda Batılılaşma Süreci (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara (2016)
- Zühayli M, Tarihi’l Kada Fi’l-İslam, Beyrut (2001)
- <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/mondros-mutarekesi/>, e.t:11.12.2024

ÖZEL HUKUK

AB ONARIM HAKKI DİREKTİFİ VE TÜRK HUKUKUNDA ONARIM HAKKI*

Right to Repair According to EU Right to Repair Directive and Turkish Law

Bilgehan ÇETİNER*

Özet

13 Haziran 2024'te Avrupa Birliği, ayıptan doğan sorumluluğa dair hükümlerde önemli değişiklikler yapan ve üreticilerin belirli koşullar altında mallarını onarım etmekle yükümlü kılan Malların Onarımını Teşvik Eden Ortak Kurallara İlişkin (AB) 2024/1799 sayılı Direktifi'ni (kısaca Onarım Hakkı Direktifi)¹ çıkarmıştır. Bu Direktif, Avrupa'da ürünlerin sürdürülebilir olmalarını sağlamaya yönelik daha geniş kapsamlı bir projenin sadece bir bileşenidir. Avrupa Komisyonu, 11.12.2019 tarihinde açıkladığı Avrupa Yeşil Mutabakatında² "sürdürülebilir bir gelecek için AB ekonomisinin dönüşümü" politikasının bir parçası olarak "temiz ve dögüsel bir ekonomi için sanayinin harekete geçirilmesi" hedefiyle alınması gereken bir dizi tedbirin ana hatlarını çizmiştir. Bu tedbirler kapsamında ayıplı malların mümkün olduğunca daha fazla onarılması ve yeniden kullanılmasını teşvik etmek ve böylelikle daha az atık ve sera gazı üretilmesi ile yeni malların üretiminde değerli kaynaklara olan talep azaltılmasını sağlamaya yönelik tedbirler de önemli bir yer tutmaktadır. İşte bu amacı gerçekleştirmeye yönelik adımlardan birisi de Onarım Hakkı Direktifidir. Bu çalışma söz konusu Direktifin getirdiği yenilikleri ve Türk Hukukunda mevcut karşılıklarını ve yeni düzenleme ihtiyacını ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sürdürülebilirlik, sürdürülebilir ürün, onarım hakkı, onarım hakkı direktifi

Abstract

On 13 June 2024, the European Union adopted Directive (EU) 2024/1799 on Common Rules Promoting the Repair of Goods (the Right to Repair Directive), which makes important changes to the provisions on liability for defects and obliges manufacturers to repair their goods under certain conditions. This Directive is just one component of a wider project to ensure that products in Europe are sustainable. In the European Green Deal announced on 11.12.2019, the European Commission outlined a series of measures to be taken to 'mobilise industry for a clean and circular economy' as part of its 'transforming the EU economy for a sustainable future' policy. These include measures to encourage the repair and reuse of defective goods as much as possible, thereby producing less waste and greenhouse gases and reducing the demand for valuable resources in the production of new goods. One of the steps to realise this objective is the Right to Repair

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 22.11.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Bu makale TÜBİTAK 2219 programı çerçevesinde yürütülen araştırma kapsamında hazırlanmıştır.

** Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cetiner@istanbul.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-1437-8739>

¹ AB 2024/1799, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/1799>.

² The European Green Deal, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en.



Directive. This study analyses the innovations brought by the Directive, its current provisions in Turkish Law and the need for new regulations.

Key Words: Sustainability, sustainable product, right to repair, right to repair directive

GİRİŞ

Mevcut tüketim alışkanlığımız malları yaşam döngülerinin sonuna kadar muhafaza etmek üzerine değil, en kısa sırada tüketmek ve/veya yaşadığımız ilk sorunda atıp yenisini almak üzere kuruludur. Dünyada giderek azalan kaynaklar ve buna karşılık giderek artan atıklar nedeniyle yaşamakta olduğumuz ekonomik ve çevresel sorunlar düşünüldüğünde bu alışkanlıktan en kısa sürede vazgeçmemizin ne derece hayati öneme sahip olduğunu söylemeye bile gerek yoktur. Diğer taraftan üreticiler açısından bakıldığında ise, tüketim ve onarım ederek muhafaza etme arasındaki fark özellikle belirgindir: satılan bir malın bozulması veya güncelliğini yitirmesi halinde, üreticinin ilgisi ve menfaati genellikle tüketiciyi yeni bir mal almaya ikna etmeye yöneliktir. Zira malların daha fazla satılmasının, eski malları (bir ücret karşılığında dahi olsa) onarım etmeyi teklif etmeye göre üreticinin kasasına genellikle daha fazla para getireceği açıktır³. İşte Onarım Hakkı Direktifi de bu gerçeği dikkate alarak, satış sonrası aşamada satıcının sorumluluğu dışında onarım ve yeniden kullanımı teşvik eden bir dizi tedbir öngörerek, piyasada arz ve talebi dengelemeyi ve böylelikle Avrupa Yeşil Mutabakatında belirlenen “2050 yılına kadar iklim-nötr Avrupa” hedefini gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.

Direktif, aynı amaca yönelik olarak çıkarılan (AB) 2024/1781 Sürdürülebilir Ürünler İçin Eko-tasarım Gerekliklerinin Belirlenmesine Yönelik Bir Çerçeve Oluşturan Tüzük⁴ (kısaca *Eko-Tasarım Tüzüğü*) bakımından da tamamlayıcı bir işleve sahiptir⁵. Bu Tüzük; Avrupa piyasasına çıkacak ürünlerin dayanıklılık, güvenilirlik, onarılabilirlik, yükseltilebilirlik, yeniden kullanılabilirlik ve geri dönüştürülebilirliğini geliştirmek, ürünlerin onarım ve bakım imkanlarını genişletmek, ürünlerdeki tehlikeli kimyasalların varlığına engel olmak ile enerji ve kaynak verimliliğini artırmak için eko-tasarım gerekliklerini belirlemektedir⁶. Bunlardan *onarılabilirlik gerekliklerinin* fiilen gerçekleşmesi esasen Onarım Hakkı Direktifi eliyle sağlanmaktadır, zira etkin bir sürdürülebilir ürün politikası açısından tek başına ürünün onarılabilir biçimde tasarlanmış olması yeterli olmayıp, tüketicinin üreticiden ürünün onarım edilmesini fiilen talep edebilir olması da gerekir ki bunu da Direktif mümkün kılmaktadır⁷. Üstelik bu imkân ayıptan doğan sorumluluk süresiyle sınırlı olmaksızın tüketiciye tanınmıştır.

³ Croon-Gestefeld, *Das Recht auf Reparatur-Vorschlaege aus Brüssel*, ZEuP 2024, 379, 382.

⁴ AB 2024/1781, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401781

⁵ Direktif Gerekeçe madde 5.

⁶ Tüzük Gerekeçe madde 6.

⁷ Atamer/Küng, *Recht auf Reparatur, Die neue EU-Reparaturrichtlinie: Ausstrahlung auf Schweizer Hersteller und Anpassungsbedarf des schweizerischen Rechts*, Jusletter, November 2024, s. 3

AB'nin, 2022 yılında 103,1 milyar dolar ile ihracatımızdan % 40,6 oranında pay alarak toplam ihracatımızda ilk sırada yer aldığı gerçeği karşısında, AB'ne ihracat yapan ülkelerdeki üreticilere de uygulanacak olan Onarım Hakkı Direktifi hükümlerinin ülkemiz açısından önemi daha da artmaktadır. Ayrıca AB'nin sürdürülebilir ürün odaklı yeni düzenlemelerinin ülkemizin sürdürülebilir kalkınma hedeflerine dahil edilmesi etkin bir sürdürülebilirlik politikası açısından elzemdir. Bu kapsamda tüketicilerin onarım hakkını önceleyen ve teşvik eden, ayıptan doğan sorumluluk süresi sona erdikten sonra da kullanabilme imkânı tanıyan Direktif hükümlerinin hukukumuza da alınması yerinde olacaktır.

I. ONARIM HAKKI DİREKTİFİNE DAİR GENEL BİLGİLER

A. Uygulama Alanı

Direktif m. 1/f. 2 uyarınca Direktif hükümleri, tüketiciler tarafından edinilen mallarda ortaya çıkan ayıpların onarım yoluyla giderilmesini konu edinmektedir. Ancak bu ayıpların AB 2019/771 Mal Satışı Direktifi⁸ m. 10'a göre satıcının sorumluluğunun dışında meydana gelmiş veya ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla satıcının ayıptan sorumlu olduğu süre boyunca ve onun sorumluluğu kapsamındaki ayıplar bakımından üreticinin Direktif hükümlerine göre sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bu kapsamda, örneğin hasar görme veya aşınma ve yıpranma nedeniyle malların tesliminden sonra ortaya çıkan ayıplar ile malın teslimi sırasında zaten var olan ancak tüketicinin ayıptan doğan sorumluluk süresinin sona ermesinden sonra giderilmesini istediği veya ancak bu süreden sonra ortaya çıkan ayıplar Direktifin uygulama alanına girmektedir. Bu açıdan bakıldığında Direktif, Türk Hukukunun bir adım gerisindedir diyebiliriz zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 11/f. 2 uyarınca tüketici, ayıptan doğan sorumluluk süresi içinde de malın ayıplı olması halinde ücretsiz onarım hakkını satıcı yanında üretici ve ithalatçıya karşı da kullanabilir; bunlar söz konusu hakkın yerine getirilmesi konusunda tüketiciye karşı müteselsilen sorumludurlar. Her ne kadar Direktif esas itibarıyla satıcının ayıptan doğan sorumluluğu dışında bir sorumluluk sistemi getirmekte ise de 16. maddesi ile Mal Satışı Direktifinde de sürdürülebilir ürün politikasına uygun olarak önemli değişiklikler yapmaktadır. Bu açıdan Direktifin yasal sorumluluk kapsamındaki ayıpları açıkça uygulama alanı dışında bırakması şartıctıcıdır, zira Direktif aynı zamanda Mal Satışı Direktifinde yaptığı değişiklikle ayıp kavramının tanımına malın onarılabilirlik konusunda kendisinden beklenen özellikleri taşımaması da eklenmekte ve onarım hakkını teşvik edici düzenlemeler getirilmekte; Mal Satışı Direktifi kapsamında satıcının sorumluluğu dahilinde ayıplı olduğu ortaya çıkan veya mevcut ayıpları belirgin hale gelen mallar da etkilenmektedir⁹.

⁸ Directive (EU) 2019/771 of The European Parliament And Of The Council of 20 May 2019 On Certain Aspects Concerning Contracts For The Sale Of Goods, Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and Repealing Directive 1999/44/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L0771>.

⁹ Arnold, *Recht auf Reparatur*, s. 86.



Üreticiye karşı ileri sürülebilecek onarım hakkı Direktif m. 5/f. 1’de yalnızca Direktif Ek II’de sayılan ve çeşitli AB hukuki tasarruflarında onarılabilir olmalarına ilişkin eko-tasarım gerekliliklerinin öngörüldüğü mallar ile sınırlı tutulmuştur. Bu malların ortak özelliği “yapıları gereği onarılabilir” olmalarıdır. Söz konusu mallar:

- Ev tipi çamaşır makineleri ve ev tipi kurutma makineleri: (AB) 2019/2023 sayılı Tüzük;
- Ev tipi bulaşık makineleri: (AB) 2019/2022 sayılı Tüzük;
- Buzdolapları (AB) 2019/2019 sayılı Tüzük;
- Elektronik ekranlar: (AB) 2019/2021 sayılı Tüzük;
- Kaynak makineleri: (AB) 2019/1784 sayılı Tüzük;
- Elektrikli süpürgeler (AB) 666/2013 sayılı Tüzük;
- Sunucular ve veri depolama ürünleri: (AB) 2019/424 sayılı Tüzük;
- Cep telefonları, telsiz telefonlar ve tabletler: (AB) 2023/1670 sayılı Tüzük;
- Ev tipi çamaşır kurutma makineleri: (AB) 2023/2533 sayılı Tüzük;
- Hafif taşıma araçları için pil içeren mallar: (AB) 2023/1542 sayılı Tüzük.

Üreticilerin onarım yükümlülüklerinin yalnızca yukarıda sayılan Birlik tasarrufları ile onarılabilirlik gerekliliklerine tabi kılınan mallarla sınırlı tutulmasının amacı, üreticiler üzerinde bu konuda aşırı bir yük oluşmasını önlemek ve onarım yükümlülüklerini daha kolay yerine getirebilmelerini sağlamaktır¹⁰. Ancak özellikle (AB) 2024/1781 Eko-Tasarım Tüzüğü’nün onarılabilirlik gerekliliğinin kapsamını bileşenler ve ara ürünler de dahil olmak üzere *tüm maddi ürünleri* kapsayacak şekilde geniş tutmakta olduğu düşünüldüğünde, Direktifte yer alan sınırlamanın kapsamının ileride genişlemesini bekleyebiliriz. Zira Direktif Ek II’de yer alanlar dışında da birçok ürün (örneğin, otomobil ve motosikletler, bisikletler, ayakkabılar vs.) kolaylıkla onarılabilir nitelikte olduğu gibi, üreticinin onarım karşılığı bedel talep edebilecek olması (Direktif m. 5/2/b. 1) ve imkânsız nitelikteki onarım talebini reddetme imkanına sahip olması (Direktif m. 5/f. 1/c. 2) karşısında üretici menfaatlerinin olası bir genişlemede dahi yeterince korunacağı söylenebilecektir¹¹. Nitekim, Direktif m. 5/f. 9’da Komisyon’a Komisyon, gelişmeler ışığında onarılabilirlik gerekliliklerini ortaya koyan Birlik tasarruflarının listesini güncellemek suretiyle Ek II’yi değiştirmeye yönelik yetki devrine dayalı tasarruflar yapma yetkisi tanınmıştır.

B. Avrupa Onarım Bilgileri Formu

Direktif m. 4 ile onarım işletmelerine, talep edilmesi halinde Ek I’de örneği yer alan *Avrupa Onarım Bilgileri Formu*’nu düzenleme ve tüketiciye ücretsiz biçimde sunma imkânı getirilmiştir. Form, dayanıklı veri saklayıcısı ile talepten sonra makul

¹⁰ Direktif Gerekçe madde 21.

¹¹ Aynı yönde Atamer/Küng, *Recht auf Reparatur*, Jusletter, November 2024, s. 8

bir süre içinde ve tüketici onarım hizmetleri bir sözleşme ile bağlanmadan önce sağlanmalıdır (Direktif m. 4/f. 1). Ayrıca bu imkân Ek II'de yer alan mallar ile de sınırlı tutulmamıştır. Gerekçede; bu form ile tüketicilerin alternatif onarım teklifleri de dahil olmak üzere edindikleri mala ilişkin tüm onarım hizmetlerini incelemeleri ve karşılaştırmaları ve böylelikle özgür iradeleri ile onarım hakkına karar verebilmeleri mümkün kılındığı belirtilmektedir¹². Bu formun bir diğer önemli işlevi de formun düzenlenip tüketiciye verilmesi ile aynı zamanda birçok AB hukuki tasarrufunda öngörülen bilgilendirme yükümlülüğü de yerine getirilmiş olmaktadır. Bunlar AB 2011/83 Tüketici Hakları Direktifi, AB 2006/123 Hizmetler Direktifi, AT 2000/31 E-Ticaret Direktifinde yer alan çeşitli konulara ilişkin bilgilendirme yükümlülükleridir (Direktif m. 4/f. 6).

Onarım işletmesi tarafından verilen form aynı zamanda bir *öneri* niteliğinde olup işletme 30 gün süreyle bu önerisiyle bağlı kalacaktır (Direktif m. 4/5/c. 1). Dolayısıyla söz konusu formun kurulacak sözleşmeye ilişkin esaslı unsurları, özellikle de işletmeye ilişkin bilgiler, onarıma konu mal, giderilecek ayıbın türü ve önerilen onarım türü ile onarıma ilişkin ücretin nasıl hesaplanacağı ve azami ücret tutarı, onarım süresi ve Direktif m. 4/f. 4'te sayılan diğer unsurları içermesi gerekir. Tüketici bu süre içerisinde dilerse diğer işletmelerden de aynı onarıma ilişkin form temin edebilir ve böylelikle en uygun koşullarda onarım imkanını sunan işletmenin önerisini kabul ederek onunla bir onarım sözleşmesi kurabilir. Bu forma yönelik en önemli eleştiri, formda belirtilen azami ücret tutarı ile onarım işletmesinin bağlı tutulmasının menfaatler dengesine uygun olmadığı; uygulamada maliyetin başlangıçta öngörülenden daha yüksek çıkma riskini tek başına üstlenmek istemeyen işletmelerin söz konusu ücreti yüksek belirlemesine yol açacağı ve bu durumun da hükmün amacının aksine tüketici aleyhine sonuçlar doğuracağı yönündedir¹³. Ancak milli hukukların eser sözleşmelerine ilişkin hükümlerinde yer alan eser sözleşmelerinde bedelin yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda taraf menfaatlerini koruyan ve çoğunlukla iş sahibine sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye imkân tanıyan düzenlemeler uygulanmak suretiyle bu riskin bertaraf edilebilmesi mümkündür¹⁴.

Benzer şekilde ülkemizde de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna dayalı olarak çıkarılan Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği¹⁵'ne göre üretici veya ithalatçılar, Yönetmelik eki listede yer alan her mal grubu için belirtilen kullanım ömrü süresince, satış sonrası hizmetleri sağlamak üzere yetkili servis istasyonunu, yeterli teknik kadroya sahip şekilde kurmak veya verilen hizmetlerden sorumlu olmak

¹² Direktif Gerekçe madde 10.

¹³ Arnold, *Recht auf Reparatur*, s. 94; Croon-Gestefeld, *Das Recht auf Reparatur*, s. 391.

¹⁴ Örneğin, Türk Hukukunda TBK m. 482 uyarınca başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir. Bkz. yine benzer düzenlemeler için §632 ve § 649 Alman Medeni Kanunu.

¹⁵ Resmî Gazete Tarihi: 13.06.2014 Resmî Gazete Sayısı: 29029.



şartıyla kurulu bulunan servis istasyonlarından veya servis organizasyonlarından faydalanmak zorundadırlar (m. 5). Yönetmelik m. 11 uyarınca yetkili servisler kendilerine teslim edilen veya kendileri tarafından teslim alınan arızalı mallar ile ilgili olarak taraflara ve arızalı mala ilişkin bilgiler içeren bir teslim belgesi ve malın tüketiciye teslim edileceği tarihi, malın arızasına ve yapılan işlemlere ilişkin bilgi, garanti kapsamı dışında ise ücretini içeren bir servis fişi düzenlerler. Tüketici özel olarak yazılı istemedikçe teslim belgesi ve servis fişi kalıcı veri saklayıcısı ile de tüketiciye verilebilir (m. 11/6). Özellikle garanti kapsamı dışında kalan mallar bakımından servis fişi ile sağlanan bilgiler tüketicinin yetkili servis istasyonu dışındaki -daha uygun ücret öneren- onarım işletmeleri ile sözleşme kurabilmelerine imkân tanınması nedeniyle Avrupa Onarım Bilgileri Formuna benzer bir işlev görür. Ayrıca söz konusu fişin düzenleneceği malların kapsamı Yönetmelik ekinde oldukça geniştir.

C. Avrupa Onarım İçin Çevrimiçi Platformu

Direktifte onarım hakkı kullanımını teşvik amacıyla Avrupa çapında bir çevrimiçi platform kurulması öngörülmüştür (Direktif m. 7). Bu platform üzerinden tüketicilerin onarım işletmelerine, yenilenmiş mal satıcılarına, yenilemek üzere ayıplı mal alıcılarına ve yerel onarım inisiyatiflerine (örneğin, onarım kafelere) kolaylıkla ve ücretsiz ulaşabilme imkanına sahip olmaları amaçlanmıştır. Böylelikle tüketicilerin farklı onarım hizmeti sağlayıcılarının avantaj ve üstünlüklerini değerlendirebilecekleri ve karşılaştırabilecekleri düşünülmektedir¹⁶.

Onarım işletmeleri, somut onarım talebini almadan önce ayıbın tam niteliğini bilemeyeceklerinden, tüketicilerin malın onarım edilip edilmeyeceğine karar vermelerini sağlamak için Avrupa Çevrimiçi Platformunda temel onarım hizmetleri hakkında, özellikle ortalama onarım süresi, geçici ikame mal imkanları, tüketicilerin malları teslim edebilecekleri yer ve yan hizmetlerin mevcudiyeti gibi genel bilgiler sağlamaları yeterli olacaktır. Hatta bu platform üzerinden Avrupa Onarım Bilgileri Formunun da tüketicinin talep etmesi üzerine sağlanması mümkün olabilecektir¹⁷.

Ülkemizde ise Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği m. 14/f. 8'e göre üretici veya ithalatçıların internet sitesinin bulunması durumunda, tüm yetkili servis istasyonlarına ilişkin güncel iletişim bilgilerinin bu sitelerde yer alması zorunludur. Ayrıca bunlar tüm yetkili servis istasyonu bilgilerini Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulan Servis Bilgi Sistemine ilişkin internet sitesine otuz gün içerisinde doğru ve eksiksiz bir şekilde girmesi ve servis bilgilerinde değişiklik olması durumunda bu bilgileri güncellemesi zorunludur (Yönetmelik m. 14/f. 9). Bu sistem internet üzerinden tüm tüketicilerin erişimine açıktır¹⁸. Bu sisteme yalnızca yetkili servisler değil, ürün türü ve marka bazında yapılacak arama ile ulaşılacak tüm onarım işletmelerinin ve

¹⁶ Direktif Gerekeç madde 28.

¹⁷ Direktif Gerekeç madde 32, 33.

¹⁸ <https://www.servis.gov.tr>.

yenileme merkezlerinin¹⁹ ticaret ve esnaf odaları aracılığıyla kaydolmalarının sağlanması ve kayıtlı servis ve işletmeler ile sistem üzerinden iletişime geçilip servis fişi benzeri biçimde teklif alınabilmesi imkânı sağlanması halinde Avrupa Çevrimiçi Platformu ile aynı işleve sahip bir dijital ortam ülkemizde de kurulmuş olacaktır.

II. AYIPTAN DOĞAN KANUNİ SORUMLULUK KAPSAMINDA ONARIM HAKKI

A. Onarılabilirlik ve Ayıp

1. Mal Satışı Direktifi

Onarım Hakkı Direktifi, bir yandan onarılabilirliği ürünler için bir eko-tasarım gerekliliği olarak öngören Eko-Tasarım Tüzüğünü (AB 2024/1781) tamamlamak ve desteklemek, diğer yandan ayıptan doğan kanuni sorumluluk hükümleri kapsamında onarım hakkının kullanımını kolaylaştırmak ve teşvik etmek amacıyla Mal Satışı Direktifinde belirli değişiklikler yapmıştır. Bunlardan ilki satılan malın sözleşmeye uygunluğu koşulları içerisine onun “onarılabilirliğinin” bir objektif kriter olarak eklenmesidir. Buna göre Mal Satışı Direktifi m. 7/f. 1/d yeni haliyle şu şekildedir: Satılan mal “*miktar, kalite ve diğer özellikleri bakımından - dayanıklılık, onarılabilirlik, işlevsellik, uyumluluk ve güvenlik de dahil olmak üzere - aynı türden mallar için alışılabilir olana ve malın niteliği göz önünde bulundurulduğunda ve kamuoyuna yapılan açıklamalar dikkate alındığında tüketicinin makul beklentilerine uygun olmalıdır...*”.

Öğretide haklı olarak malın tasarımından kaynaklı olarak onarılabilir olmamasının, Mal Satışı Direktifi m. 7/f. 1/d’de geçen “dayanıklılığı” ile doğrudan ilgili olduğundan bahisle, söz konusu hükümde bir değişiklik yapılmaksızın da böylesi durumlarda ayıbın varlığının kabulünün mümkün olduğu savunulmuştur²⁰. Gerçekten de birçok eşyanın bir araya gelmesiyle oluşturulan eşyalarda (örneğin otomobil, çamaşır makinesi, cep telefonu gibi) belirli parçaların (örneğin, fren balatasının, çamaşır makinesi kazan rulmanının, cep telefonu bataryasının) zamanla yıpranması ve eskimesi eşyanın tabiatı gereğidir ve ürünün normal ömrü içinde değiştirilmeleri gerekir. Bu, tek başına ayıp teşkil etmemekle birlikte, söz konusu parçaların ürünün tasarımı nedeniyle değiştirilemez nitelikte olması, söz konusu eşyanın dayanıklılık bakımından kendisinden beklenen özelliği taşımadığı ve dolayısıyla teslimi anında ayıplı olduğu anlamına gelecektir²¹. Bu açıdan onarılabilirlik esasında dayanıklılı-

¹⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna dayalı olarak çıkarılan Yenilenmiş Ürünlerin Satışı Hakkında Yönetmelik m. 4/h’de yenileme merkezi şu şekilde tanımlanmıştır: “*Kullanılmış malın yenilenmesi, sertifikalandırılması ve bu Yönetmelikte belirtilen diğer işlemleri yürütmek üzere kurulan, Bakanlık veya Türk Standardları Enstitüsünün belirlediği standartları taşıyan ve Bakanlıktan aldığı yenileme yetki belgesine dayanarak faaliyet gösteren tüzel kişi*”.

²⁰ Atamer, *Nachhaltigkeit und die Rolle des Kaufrechts: Eine rechtsvergleichende Übersicht zu den Regulierungsmöglichkeiten*, ZSR/RDS Band 141 (2022) I Heft 3, s. 291; Stephan Lorenz, *Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht*, NJW 2021, s. 2073; Johanna Cron-Gestefeld, *Die nachhaltige Beschaffenheit der Kaufsache*, NJW 2022, s. 501.

²¹ Atamer, *Nachhaltigkeit*, s. 391.



ğın bir alt başlığı olarak değerlendirilebilir. Ancak hükümde ayrıca belirtilmesinin temel sebebi, onarılabilirliğin aynı zamanda bir eko-tasarım gerekliliği olması nedeniyle, Avrupa piyasasına çıkarılan tüm ürünlerin sürdürülebilir özellikte olması zorunluluğunun vurgulanmak istenmesidir.

Öte yandan şunu da belirtelim ki; malın onarılabilir olmaması ile kastedilen, satılarda sorumluluk süresi içinde bir ayıbın ortaya çıkması ve bunun onarım yoluyla giderilememiş olması durumu değildir. Onarılabilirlik hasarın geçişi anında malda bulunması gereken objektif bir özelliktir ve malın bu özelliği taşıyor olması tek başına onarım hakkı da dahil ayıptan doğan tüm hakların kullanımının yolunu açacaktır²². Bir başka deyişle malın onarılabilir olup olmadığının anlaşılabilmesi için mutlaka önce onarım hakkının kullanılmış ve fakat başarıya ulaşmamış olması gerekli değildir. Dolayısıyla kazan rulmanı değiştirilebilir özellikte olmayan bir çamaşır makinesi, hiçbir rulman arızası yaşamasa ve dolayısıyla onarımı gerekmeseye bile ayıplı olarak kabul edilecektir.

2. Türk Tüketici Hukuku

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 8/f. 1’de ayıplı mal “*tüketiciciye teslimi anındaobjektif olarak taşınması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan mal*” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilmiştir (TKHK m. 8/f. 2).

Her ne kadar hukukumuzda satılanın hangi durumda ayıplı olacağı kanunda tanımlanırken açıkça malın dayanıklılığı yahut onarılabilirliğinden bahsedilmese de onun bu özelliklere sahip olması gerektiği, “muadili olan malların kullanım amacını taşımayan”, “objektif olarak taşınması gereken özellikler” ve yine “tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikler” ifadelerinden yorum yoluyla çıkarmak mümkündür. Kanun koyucumuz, Mal Satışı Direktifi ve diğer birçok milli hukuktakinin aksine satılan malın taşınması gereken objektif kriterleri örnek mukabilinden sayma yoluna gitmemiştir. Ancak bunu yapan hukuki düzenlemelerin hemen tamamında “dayanıklılık” alıcının satılardan makul olarak beklediği objektif özellikler arasında sayılmaktadır²³. Nitekim Alman Medeni Kanunu m. 434’te yapılan ve 1.1.2022’de yürürlüğe giren değişiklikten önce mevcut olmayan “dayanıklılık” kriterinin daha önce de objektif ayıp kavramı içerisinde kabul edildiğini görmekteyiz²⁴. Böylelikle dayanıklılığa ilişkin kanunda yasal bir garanti oluşturmaktan kaçınılmış ve dayanıklılığı yalnızca satın alınan ürünün hasarın in-

²² Atamer/Küng, *Recht auf Reparatur*, Jusletter, November 2024, s. 5.

²³ Bkz. öncelikle Mal Satışı Direktifi m. 7/f. 1/d. Ayrıca örnek olarak Alman Medeni Kanunu § 434/f. 3: “*Cümle 1 numara 2’ye göre mutad olan özelliklere, miktar, kalite ve dayanıklılık, işlevsellik, uyumluluk ve güvenlik dahil olmak üzere ürünün diğer özellikleri dahildir*”.

²⁴ Bkz. yalnızca Lorenz, *EU-Warenkaufrichtlinie*, s. 2066.

tikalı sırasında mevcut olması gereken bir özelliği olarak kabul edilmiştir.

“Dayanıklılık” terimi aynı zamanda ürünün bakım ve onarımının yapılabilmesini de kapsamaktadır²⁵. Ürünün yaşam süresi içerisinde bazı parçalarının eskimesi, aşınması, yıpranması doğal olmakla beraber bunların bakımının yapılamaması ve değiştirilememesi ürünün kendisinin onarılabilir özelliğinin bulunmadığı ve tüketicinin makul olarak beklediği faydayı ortadan kaldırdığı anlamına gelir ki bu da üründe objektif ayıbın varlığının kabulünü gerektirir. Zira malın tasarımı aşamasında onarılabilirlik özelliğine sahip olması ihmal edilmiş olduğundan, hasarın intikali anında kullanım süresi boyunca dayanıklı olmasından da söz edilemez. Dolayısıyla her ne kadar hukukumuzda açıkça kanunda belirtilmemişse de onarılabilirlik malın dayanıklılığı üzerinde doğrudan etkili olduğundan objektif olarak taşınması gereken özelliklerden biri olarak kabul edilebilir ve eksikliği bir objektif ayıbın varlığına vücut verebilir.

B. Kanuni Sorumluluk Süresinin Uzaması ve İkame Mal Tahsisi

Mal Satışı Direktifi m. 10/f. 1’de satıcı, malın teslimi anında mevcut olan ayıplardan ötürü bu andan itibaren iki yıl süreyle sorumlu tutulmuştur. Benzer şekilde TKHK m. 12 uyarınca da ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Onarım Hakkı Direktifi, onarım hakkını tüketici için cazip kılmak amacıyla Mal Satışı Direktifinde düzenlenen ayıptan doğan hakların kullanımına dair süreyi, onarım hakkının kullanılması halinde bir defaya mahsus olmak üzere 12 ay uzatmıştır (Direktif m. 16/2/a). Üye ülkelerin dilerlerse kanunlarında bundan daha uzun bir süre belirlemelerine de imkân tanımıştır (Direktif m. 16/2/b). Bunun dışında satıcıya, malın tekrar sözleşmeye uygun hale getirilmesine yönelik hakkını kullanmadan önce tüketiciye, onarım veya yenisiyle değiştirme seçiminin bulunduğu ve onarım hakkının kullanılması halinde sorumluluk süresinin uzayacağı hakkında bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir²⁶. Tüketicileri onarım hakkına teşvik etmek için getirilmiş bir tedbir olmakla birlikte tüketicilerin karar almasında ne kadar etkili olacağı ancak uygulamada görülebilecektir. Sorumluluk süresinin bu şekilde uzamasının nedeni çoğu zaman aynı zamanda üretici de olan satıcı şirket, sorumluluk süresi dolduktan sonra ücretli biçimde onarım hizmeti verebilecek olduğu için (bkz. Direktif m. 5/f. 2) dayanıklı mal üretiminden mümkün olduğu ölçüde kaçınacak olmasıdır ki bu da Eko-Tasarım Tüzüğü ile güdülen amacın tam tersi bir amaca hizmet edecektir.

Onarım hakkına teşvik amacıyla düşünülmüş bir diğer imkân da Mal Satışı Direktifi m. 14/f. 1’e yapılan bir ekleme ile satılan mal türüne ilişkin özelliklerden, özellikle de tüketicinin ihtiyacından bağımsız olarak onarım süresince tüketicinin

²⁵ Mal Satışı Direktifi Gereçe madde 32.

²⁶ Direktif m. 16/f. 3 ile Mal Satışı Direktifi m. 13’e bu yönde 2a fıkrası eklenmiştir.



kullanımına ücretsiz bir ikame malın tahsis edilmesidir (Direktif m. 16/f. 4). İkame mal yeni olabileceği gibi yenilenmiş bir mal (“refurbished good”) da olabilecektir (Mal Satış Direktifi m. 14/f. 1). Ayrıca onarım hakkının kullanılması halinde satıcı bu talebi ücretsiz, ayıp kendisine bildirildikten sonra uygun bir içerisinde ve malın niteliği ile tüketicinin mala ihtiyaç duyduğu amaç dikkate alınarak, tüketiciye önemli bir rahatsızlık vermeden yerine getirilmelidir (Mal Satış Direktifi m. 14/f. 1). Yeni bir düzenlemeyle tüketicinin *açıkça bu yönde bir talebi olması halinde* satıcı yeni- siyle değiştirme hakkının gereğini yenilenmiş bir mal ile yerine getirebilir.

Türk Hukukunda Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği m. 10/f. 4 uyarınca kullanım ömrü süresince, malın yetkili servis istasyonlarındaki bakım ve onarım süresi azami tamir süresini geçemez. Bu süre, garanti süresi içerisinde mala ilişkin arızanın yetkili servis istasyonuna veya satıcıya bildiri tarihinde, garanti süresi dışında ise malın yetkili servis istasyonuna teslim tarihinden itibaren başlar. Ayrıca m. 14/f. 4’ e göre malın garanti süresi içerisinde yetkili servis istasyonuna veya satıcıya tesliminden itibaren arızasının on iş günü içerisinde giderilememesi halinde, üretici veya ithalatçının; malın tamiri tamamlanıncaya kadar, benzer özelliklere sahip başka bir malı tüketicinin kullanımına tahsis etmesi zorunludur. Bu düzenlemenin garanti süresi dışında ve yetkili servisler dışında tüm onarım işletmelerini kapsayacak şekilde genişletilmesi suretiyle onarım hakkının teşviki sürdürülebilir tüketimi destekleyecek ve döngüsel ekonomi politikasına katkı sağlayacaktır.

III. AYIPTAN DOĞAN KANUNİ SORUMLULUK DIŞINDA ONARIM HAKKI

A. Sorumlu Kişi

Onarım Hakkı Direktifinin temel düzenleme konusu, satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kapsamı dışında meydana gelen veya ortaya çıkan ayıplar nedeniyle tüketicilerin üreticileri onarım talebiyle başvurabilmelerine hukuki zemin hazırlamaktır (Direktif m. 1/f. 2, m. 5). Zira ayrıca bir garanti taahhüdü bulunmadığı sürece ayıplı mal nedeniyle tüketicinin, aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan üreticiden ayıplı malın onarılmasını talep edebilmesine kural olarak hukuken imkân bulunmamaktadır. Kanuni sorumluluk kapsamında tüketici satıcıya karşı söz konusu talebi ileri sürebilecektir. Bununla birlikte Türk Hukuku gibi (TKHK m. 11/f. 2) bazı milli hukuklarda ise bu talebin aynı sorumluluk kapsamı içerisinde de üretici ve ithalatçıya yöneltilebilmesine imkân tanınmıştır. Bu hukuklarda üretici için ayrıca bir onarım yükümlülüğünün getirilmesi doğal olarak kendi özel koşulları dahilinde gündeme gelecektir zira burada maldaki ayıp artık hasarın intikali anında mevcut bir sözleşmeye aykırılığa dayanmamaktadır²⁷.

Onarım hakkının gerek kanuni sorumluluk süresi içerisinde gerekse bu sürenin dışında üreticiye yöneltilmesinde birçok pratik fayda bulunmaktadır. Öncelikle üretici, ürüne ait yedek parçalara, gerekli teknik donanım ve teknolojiye, servis ağına

²⁷ Aughenhofer/Küper, *Recht auf oder Pflicht zur Reparatur?*, VuR 2023, s. 249.

ve hepsinden önemlisi onarım için gerekli olabilecek fikri mülkiyet haklarına sahiptir²⁸. Ayrıca satıcının sorumlu olduğu durumlarda da onarım talebi üzerine onarımı fiilen gerçekleştiren genellikle üreticidir. Üreticiden bir malı doğrudan onarması istenebilirse, onarım daha çevre dostu olacağı gibi, satıcı aracı olmadan daha hızlı gerçekleştirilebilir ki bu durumun tüketicilerin onarım yolunu tercih etmesinde önemli bir etkiye sahip olacağına şüphe yoktur²⁹. Nihayet onarım yükümlülüğünün üreticilere ait olması, onları ürün geliştirmede ve üretim aşamasında onarım dostu ürün tasarımına teşvik etmek açısından da en uygun yöntemdir³⁰.

Üretici onarım hakkının gereğini kendi yerine getirebileceği gibi, bu işi bir bağımsız onarım işletmesine de yaptırabilir (Direktif m. 5/f. 1/c. 3). Bu durum özellikle üreticinin küçük veya orta ölçekli işletme olması halinde onarım için gerekli altyapıya sahip olmaması yahut başka onarım işletmelerinin tüketicinin bulunduğu yere daha yakın olması gibi sebeplerden kaynaklanabilir³¹. Böyle bir ihtimalde dahi onarım sözleşmesi üretici ile tüketici arasında kurulmuş olduğundan onarım işletmesinin borca aykırılıklarının sonuçlarından üretici sorumlu olmaya devam edecektir³². Bu konuda milli hukuklarda yer alan *ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğa* ilişkin hükümler gerekli hukuki dayanağı oluşturacaktır.

Ülkemizi de yakından ilgilendiren bir diğer Direktif hükmü ise üreticinin AB üyesi ülkeler dışında bir üçüncü ülkede olduğu durumlarda onarım hakkının kime yöneltileceğini düzenleyen Direktif m. 5/f. 3'tür: “*onarım yükümlülüğüne tabi üreticinin Birlik dışında yerleşik olması halinde, üreticinin yükümlülüğü Birlik içindeki yetkili temsilcisi*³³ *tarafından yerine getirilir. Üreticinin Birlik içinde yetkili temsilcisinin bulunmadığı hallerde, üreticinin yükümlülüğünü ilgili malın ithalatçısı*³⁴ *yerine getirir. İthalatçının bulunmadığı hallerde, ilgili ürünün distribütörü*³⁵ *üreticinin yükümlülüğünü yerine getirir. Yetkili temsilci, ithalatçı ve*

²⁸ Augenhofer, ‘EC’s Public Consultation on Sustainable Consumption – Promoting Repair and Reuse, Response of the European Law Institute’ (Vienna 2022), s. 14; Micklitz, ‘Right to repair’ (September 2022) Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, s. 52; Terry, ‘A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law’ (2019) (4) European Review of Private Law 851, 864–867.

²⁹ Augenhofer/Atamer/Poludniak-Gierz, ‘European Commission’s Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods, Feedback of the European Law Institute’ (Vienna 2023), s. 21.

³⁰ Arnold, *Recht auf Reparatur*, s. 113.

³¹ Direktif Gerekçe madde 17.

³² Direktif Gerekçe madde 17.

³³ Yetkili temsilci AB 2024/1781 Eko-Tasarım Tüzüğü m. 2/b. 43’te şu şekilde tanımlanmıştır: “*üreticinin bu Tüzük kapsamındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde belirli görevlerle ilgili olarak kendi adına hareket etmek üzere üreticiden yazılı bir yetki almış olan Birlik içerisinde yerleşik gerçek veya tüzel kişi*”.

³⁴ İthalatçı AB 2024/1781 Eko-Tasarım Tüzüğü m. 2/b. 44’te şu şekilde tanımlanmıştır: “*üçüncü bir ülkeden gelen bir ürünü Birlik pazarına sunan Birlik içinde yerleşik herhangi bir gerçek veya tüzel kişi*”.

³⁵ Distribütör AB 2024/1781 Eko-Tasarım Tüzüğü m. 2/b. 45’te şu şekilde tanımlanmıştır: “*tedarik zincirinde yer alan, üretici veya ithalatçı dışında, bir ürünün piyasada bulunduran herhangi bir*



distribütör, onarım yükümlülüklerini yerine getirmek için alt yüklenicilere onarım yaptırabilir". Birbirine alternatif birden çok aktör devreye sokularak bir taraftan tüketicilerin Birlik içerisinde yerleşik bir işletmeye başvurabilmelerine imkân sağlamak diğer taraftan üreticiler arasında haklı bir gerekçesi bulunmayacak ayırıcı muamelenin önüne geçmek istenmiştir³⁶. Örneğin, elektronik eşya üreticisi Vestel, bazı Birlik ülkelerinde (Hollanda, Fransa, Almanya, İspanya, Polonya) yetkili temsilci olarak nitelenebilecek bağlı ortaklıkları bulunmakla birlikte³⁷ diğer üye ülkelere yapacağı ihracatlarda malın o ülkedeki ithalatçısı olan firma tüketicilerden gelen onarım taleplerini yerine getirecektir. Bununla birlikte ülkemiz de dahil üçüncü ülkelerdeki üreticilerden online alışveriş platformları³⁸ (örneğin amazon, Alibaba gibi) aracılığıyla alışveriş yapan tüketiciler bakımından çoğu zaman tüketicinin ülkesinde bir yetkili temsilci yahut ithalatçı bulunmayacağından, o ülkedeki aracı hizmet sağlayıcısı (veya yetkili temsilcisi) distribütör kavramı dahilinde tüketicilerin onarım hakkının muhatabı olacaklardır. Zira üretici ve ithalatçı dışında bir malı Birlik Piyasasına sunan tüm kişiler Eko Tasarım Tüzüğü'nde "distribütör" kavramı dahilinde değerlendirildiğinden satıcılar dışında satışa aracılık eden aracı hizmet sağlayıcılarını da bu kapsamda onarım yükümlüsü olarak kabul etmek mümkündür. Bu açıdan Direktif, aracı hizmet sağlayıcılarını yalnızca teslim yükümlülüğü bakımından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu tutan ve ayıptan doğan hakları açıkça onların sorumlulukları dışında bırakan TKHK m. 48/f. 6/d hükmünden daha ileri bir hukuki rejimi öngörmektedir.

B. Onarım Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

Üretici, onarım hakkını kullanarak kendisine başvuran tüketici ile bir onarım sözleşmesi yapma yükümlülüğü altındadır. Yani üretici açısından bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Buna karşın aynı zorunluluk tüketici için mevcut değildir. Yani tüketici onarım için mutlaka önce üreticiye başvurmak zorunda değildir; dilediği onarım işletmesine -muhtemelen daha uygun bir onarım ücreti teklifi nedeniyle- aynı onarım için başvurabilir (Direktif m. 5/f. 8). Daha önce tüketicinin kendisi onarım yapmaya çalışmış olması yahut bir bağımsız onarım işletmesine yaptırmış olması daha sonra tekrar üreticiye aynı ayıbın giderilmesi için başvurmasına engel değildir. Direktif üreticinin bu nedenle sözleşme kurmakta kaçınmasını açıkça yasaklamaktadır (Direktif m. 5/ f. 7).

gerçek veya tüzel kişi anlamına gelir".

³⁶ Arnold, *Recht auf Reparatur*, s. 114. Augenhofner/Küter, ise ithalatçı yahut distribütörler böyle bir durumda çoğu zaman onarım işini yapabilecekleri işletme, donanım ve teknolojiye sahip olmayacaklarından düzenlemenin gerçekçi olmadığı; bunun yerine söz konusu kişileri üçüncü kişilerce yürütülecek onarımın bedelinden oluşan bir tazminat ile sorumlu tutmanın yerinde olacağı görüşündedirler, *Recht auf oder Pflicht zur Reparatur?*, VuR 2023, s. 249.

³⁷ <https://vestel-germany.de/de/subsidiary-companies>.

³⁸ Bunları teknik anlamda *aracı hizmet sağlayıcıları* (*provider of an online marketplace*) olarak nitelendirmek mümkündür. Bkz. AB 2011/83 Tüketici Hakları Direktifi m. 2/f. 1/b. 18; TKHK m. 48/5, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun 2/f. 1/d.

Üretici ayıplı ürünün onarımını bir sözleşme ilişkisi kapsamında yerine getirmektedir. Dolayısıyla burada teknik anlamda bir “sorumluluk”tan söz etmeye imkân bulunmamaktadır, zira üretici bir ücret karşılığı onarım yükümlülüğünü yerine getirmektedir ve bunun dışında ayıptan dolayı ortaya çıkan tüketici zararları nedeniyle ayrıca bir tazminat sorumluluğu yahut ayıptan doğan diğer hakların muhatabı olması söz konusu değildir. Bu sebeple satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun borçların nisbiligi ilkesine istisna getirilmek suretiyle üreticiyi kapsayacak şekilde genişletildiğine dair tespit bu açıdan yerinde değildir³⁹

Öte yandan üretici ile tüketici arasında kurulan sözleşmenin koşulları belirli ölçüde Direktif m. 5 ile belirlenmiştir. Her şeyden önce onarım ediminin karşılığında üretici dilerse makul bir ücret talep edebilecektir (Direktif m. 5/2/a). Bir başka deyişle satıcının ayıptan doğan sorumluluğunda olduğu gibi onarımı ücretsiz biçimde gerçekleştirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durum gerekçede üreticinin onarım yükümlülüğünün, malın sözleşmeye aykırılığına dayanmayan ayıpları kapsayacak şekilde düzenlenmiş olması ile açıklanmaktadır⁴⁰. Bununla birlikte belirlenecek ücret makul olmalıdır. Yani “tüketicileri, üreticinin onarım yükümlülüğünden faydalanmaktan kasıtlı olarak caydırmayacak bir seviyede belirlenmelidir”⁴¹. Böyle bir ücret, örneğin işçilik maliyetleri, yedek parça maliyetleri, onarım tesisinin işletme maliyetleri ve alışlagelmiş bir kâr marjı dikkate alınarak belirlenebilir. Ancak belirtelim ki; ücretin makul seviyede tutulmasını sağlamak için üye devletlerin, Direktifi iç hukuklarına aktarırken Direktif m. 11/f. 1’e dayalı olarak idari denetim yahut tüketici şikâyeti gibi tedbirler öngörmeleri kaçınılmazdır⁴².

Direktif m. 5/f. 2/b uyarınca onarım üreticinin malın fiziksel olarak zilyetliğini elde ettiği, veya baş surette teslim aldığı veya tüketicinin mala erişim sağladığı andan itibaren makul bir süre içinde gerçekleştirilmek zorundadır. Sürenin makul olup olmadığı kural olarak malın özelliklerine ve ayıbın ağırlığına bağlı olmakla birlikte her koşulda tüketiciyi bu hakkı kullanmaktan caydıracak uzunlukta da olmaması gerekir. Bu konuda en etkili yöntem Direktif iç hukuklara aktarılırken ikinci mevzuatta ürün türleri bazında azami onarım süreleri belirlenmesidir. Örneğin Türk Hukukunda Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği Ekinde her bir ürün türü için azami tamir süreleri belirlenmiş ve Yönetmelik m. 10/f. 4’te kullanım ömrü süresince, malın yetkili servis istasyonlarındaki bakım ve onarım süresinin azami tamir süresini geçemeyeceği öngörülmüştür. Örneğin, kombilerde ve televizyonlarda 10 yıllık kullanım ömrü içerisinde 20 iş günü, cep telefonları, bilgisayar ve tabletlerde 5 yıllık kullanım ömrü içerisinde 20 iş günü, otomobillerde ise 10 yıllık kullanım ömrü içerisinde 45 iş günü azami tamir süresi olarak belirlenmiştir. Ayrıca

³⁹ Bkz. bu yönde Bujalski, *On Producers’ Obligation to Repair Defective Goods: Direct Producers’ Liability vs. Self-Standing Obligation under R2R Directive*, EuCML 2024, 174, 180 vd.

⁴⁰ Direktif Gerekçe madde 16.

⁴¹ Direktif Gerekçe madde 16.

⁴² Atamer/Küng, *Recht auf Reparatur*, Jusletter, November 2024, s. 10



tamir süresi içerisinde üretici ücretsiz yahut makul bir ücret karşılığı bir ikame malı tüketicinin kullanımına sunabilir (Direktif m. 5/f. 2/c).

Üretici, onarılmak üzere malı teslim aldıktan sonra onarım sürecine ilişkin olarak (onarımın ne aşamada olduğu, taşeron bir firmaya yaptırılıyorsa bunun bilgisi vb.) tüketiciyi erişilebilir, açık ve anlaşılır bir şekilde, ücretsiz olarak ve tüketicinin talep etmesine gerek olmaksızın bilgilendirmekle de yükümlüdür (Direktif m. 6). Tüketicilerin nasıl bilgilendirileceğine ise üretici karar verebilir; örneğin, görünür ve dikkat çekici bir şekilde bir web sitesi yahut dijital ürün pasaportu aracılığıyla veya üretici aynı zamanda satıcı ise satış noktasında bu bilgilendirme yapılabilir⁴³.

Onarım yükümlülüğüne getirilen tek sınırlama onarımın *imkânsız* olmasıdır. Direktif m. 5/f. 1/c. 2'ye göre, onarımın imkânsız olması halinde üretici onarım yapmakla yükümlü değildir. Bu kural hem fiili hem de hukuki imkansızlıkta geçerlidir⁴⁴. Bununla birlikte üretici, yedek parça maliyetinin yüksekliği gibi tamamen ekonomik nedenlerle. Bu noktada Mal Satışı Direktifinin satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin onarım hakkından ayrılmaktadır. Zira, Mal Satışı Direktifi m. 13/f. 3'te satıcı onarım talebini *ölçüsüz masrafı gerektirmesi halinde* de reddedebilmektedir. Bu ayrışma, satıcının ücretsiz onarım yükümlülüğünün aksine üreticinin onarım karşılığı makul bir ücret isteyebilmesi nedeniyle anlaşılabilir bir sonuçtur. Üretici imkânsız olmadığı sürece onarım talebini -yüksek maliyete rağmen- yerine getirmelidir. Onarımın imkânsız olduğu durumda bu talebi reddeden üretici bunun yerine yenilenmiş bir malı teklif edebilir (Direktif m. 5/f. 2/d). Burada ifa imkansızlığı nedeniyle bir onarım borcu bulunmadığından hükümde düzenlenen bir ifa ikamesi olmadığı, yalnızca yenilenmiş mal satışına yönelik bir öneride bulunma imkânı getirildiği söylenebilir. Yalnız tıpkı onarımda olduğu gibi bizce burada da üreticinin ancak makul bir bedel -yani her koşulda piyasa bedelinin altında bir bedel- talep edebileceğinin kabulü hükmün genel amacına uygun olacaktır. Tüketicinin kabulü ile satış sözleşmesi kurulur ve üretici bu defa yenilenmiş malı teslim borcu altına girer.

C. Yedek Parça ve Onarım Pazarında Rekabetin Teşvik Edilmesi

1. Yedek Parça ve Donanımın Makul Fiyata Sağlanması

Direktif m. 5/f. 4 uyarınca üreticiler, Ek II'de listelenen mallar için belirli bir süre boyunca yedek parça ve donanım sağlamakla yükümlü oldukları gibi bunları onarımdan caydırmayacak makul bir fiyattan da sunmalıdırlar. Gerçekten de bağımsız onarım işletmelerinin en önemli sorunu (ucuz) yedek parçalara ve onarım talimatlarına erişimlerinin olmamasıdır ki bu da onarım faaliyeti yürütmelerini ve üreticiye bağlı onarım işletmesi ile rekabet etmesini önemli ölçüde zorlaştırmaktadır⁴⁵. İşte bu nedenle Eko-Tasarım Tüzüğüne (AB 2024/1781) dayalı Komisyon

⁴³ Direktif Gerekeç madde 25.

⁴⁴ Direktif Gerekeç madde 24.

⁴⁵ Terry, *A right to repair? Towards sustainable remedies in consumer law*, ERPL 2019, s. 864.

tasarrufları ile Enerji İlişkili Ürünler Direktifinde (AT 2009/125)⁴⁶ öngörülen uygulama tedbirlerinde belirtilen gereklilikleri sağlayabilmek için üreticiler, yedek parçalara, tamir ve bakım bilgilerine, tamir ve donanım yazılımına veya benzer araçlara erişim sağlamakla yükümlü tutulmuştur⁴⁷. Dolayısıyla bir ürünün söz konusu gerekliliklere uygun ve sürdürülebilir ürün özelliğinde olduğundan söz edebilmek için o ürün kategorisi için belirlenmiş süreyle onarım için gerekli parça ve donanımın isteyenlere uygun bir ücret karşılığı sağlanması zorunludur⁴⁸.

Yedek parça ve donanım sağlama yükümlülüğü, onarımın sadece üretici tarafından değil diğer tamirciler tarafından da teknik olarak uygulanabilirliğini sağlamayı hedeflemektedir. Bu şekilde, bağımsız tamirciler ve hatta tüketicilerin kendisi (*do it yourself* repair), Birlik mevzuatına uygun olarak yedek parçalara ve onarımla ilgili bilgi ve araçlara erişebilecek ve tüketiciler daha geniş bir tamirci seçeneğine veya uygun olduğu durumlarda onarımı kendileri gerçekleştirme olanağına sahip olabilecektir⁴⁹. Bağımsız tamirciler ve tüketicilerin de onarım için gerekli olan alet, donanım ve bilgiye kolayca erişebilmesi, onarım piyasasındaki rekabeti teşvik edecek ve son tahlilde tüketici menfaatlerine ve sürdürülebilir ekonomiye dönüşüme hizmet edecektir⁵⁰.

2. Sözleşme Koşulları ve Donanım yahut Yazılım Tekniğiyle Onarımın Engellenmemesi

Direktif m. 5/f. 6'ya göre üreticiler, Ek II'de listelenen Birlik tasarrufları kapsamındaki malların onarımını engelleyen koşullara sözleşmelerinde yer veremeyecekleri gibi, ürünlerinde bu şekilde donanım ya da yazılım teknikleri de kullanamazlar. Üreticiler özellikle orijinal yedek parçaların, ikinci el yedek parçaların, uyumlu yedek parçaların veya 3D baskı ile üretilen yedek parçaların bağımsız tamirciler tarafından kullanılmasını, bu yedek parçaların Birlik hukuku veya ulusal hukuk gerekliliklerine (örneğin, ürün güvenliği veya fikri mülkiyetle ilgili olan düzenle-

⁴⁶ Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009L0125>.

⁴⁷ Direktif Gerekçe madde 18.

⁴⁸ Örneğin, AT 2009/125 sayılı Direktif uyarınca Akıllı Telefonlar, Akıllı Olmayan Cep Telefonları, Kablosuz Telefonlar ve Kayar Tabletler İçin Eko-tasarım Gerekliliklerinin Belirlenmesine Dair AB 2023/1670 sayılı Tüzük Ek II, B./1./1.1./1/c. uyarınca akıllı telefonlar için pil/piller, ekran düzeneğini, şarj cihazı, SIM kart ve hafıza kartı tutucusu en az yedi yıl süreyle yetkili onarımcılar ve son kullanıcılar için hazır bulundurmaya yükümlüdür. Bu kural 20 Haziran 2025'ten veya ürün piyasaya sürülme tarihinden bir ay sonra (hangisi daha sonra ise) geçerli olacaktır.

⁴⁹ Direktif Gerekçe madde 18.

⁵⁰ Bu noktada belirtelim ki; söz konusu yükümlülüğün kapsamının ürün güvenliğinin sağlanması ve kalitesinin korunması amacıyla bağımsız tamirciler ve tüketiciler bakımından farklılık arzedecektir. Bkz. Dalhammar/Maitre-Ekern/Richter/Cociña/Milios, *What is Right to Repair (R2r) and How Can it be Realised through Legal Interventions?* in: Stefan Grundmann/Yeşim M. Atamer (Hrsg.), *European Sales Law: Challenges in the 21st Century*, s. 175.



meler gibi) uygun olmaları koşuluyla engellememelidir. Gerçekten de bir önceki başlıkta ele aldığımız yükümlülüğün devamı olarak üretici, bağımsız tamircilere yedek parça sağlamakla birlikte bunu aralarındaki sözleşme ile öyle koşullara tabi tutabilir ki tamircinin bunları kullanması pratik ve ekonomik açıdan mümkün olmaktan çıkacağından söz konusu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirildiğinden artık söz edilemez. Yahut üründe öyle teknik donanım yahut yazılımlar kullanabilir ki kendisi dışında üçüncü kişilerce onarımı imkânsız kılabilir. İşte bu durumu önlemek ve onarım piyasasında gerçek anlamda rekabet koşulları oluşturmak amacıyla Direktif m. 5/f. 6'da üreticiler için bir kaçınma yükümlülüğü getirilmiştir.

Öte yandan bu yükümlülüğün sınırlarını Birlik hukuku ve ulusal hukuklar kapsamında fikri mülkiyet haklarının korunması gibi haklı ve nesnel faktörler çizer. Dolayısıyla AT 2001/29 Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılması Hakkında Direktif⁵¹, AT 2004/48 Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanması Hakkında Direktif⁵² ve AB 2019/790 Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Direktifi⁵³ başta olmak üzere Birlik hukuku ve ulusal hukuklar kapsamında fikri mülkiyet haklarıyla korunan bir eser yahut diğer korunan varlık özelliği gösteren yedek parça yahut donanım yahut yazılımlar üreticilerin sağlama yükümlülükleri kapsamında değildir⁵⁴. Bunları bağımsız tamirciler ancak ilgili normlarda öngörülen şekilde -çoğu zaman ayrıca bir lisans sözleşmesi yapmak suretiyle- temin edebileceklerdir.

3. Fikri Mülkiyet Hukuku Yönünden a. Patent Hukuku

Onarımın üreticiler dışında üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde, bunların ayrıca yedek parça değişimi, üretimi ve satışı yapmaları beraberinde patent hukukuna ilişkin bazı sorunları ortaya çıkarabilir. Gerçekten de onarım işletmeleri bakımından patent hukuku ile korunan bir cihazın parçalarının değiştirilmesinde doğrudan patent ihlali riski (SMK m. 85) bulunduğu gibi, üçüncü kişi tamircinin orijinal olmayan yedek parça üreterek ve/veya satarak patenti dolaylı olarak ihlal etmesi de mümkündür (SMK m. 86). Ancak bağımsız tamircilerin bunları yapmasının tamamen engellenmesi ise “patent sahibinin haksız onarım tekelini” yaratacak hem de tüketicilerin bu hizmete kolay ve uygun fiyata ulaşması imkanını ortadan kaldıracaktır.

⁵¹ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0029>.

⁵² Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R%2801%29>.

⁵³ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.

⁵⁴ Direktif Gerekeçe madde 18.

İşte bu noktada sorunun çözümünde birçok hukuk sisteminde de mevcut olan ve Türk Hukukundan SMK m. 152’de düzenlenen *patent hakkının tüketilmesi ilkesinden* faydalanılabilir. Buna göre patent hakkı korumasına tabi ürünün, hak sahibi veya onun izniyle üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra hak sahibinin inhisari yetkisi sona erer. Bu durumda üçüncü kişiler ürünü amaçlandığı şekilde kullanma yetkisine sahiptirler. Ancak belirtelim ki; patent sahibinin yeni bir ürün üretme hakkı, tüketilme ilkesinin kapsamında değildir. Dolayısıyla *amaca uygun kullanım* ile *yeni üretim* arasındaki sınırın tespiti önem arz etmektedir. Amaca uygun kullanım, korunan ürünün devreye alınması, çalışır durumda tutulması ve bakımına yönelik tüm olağan önlemleri, özellikle de kullanım ömrü boyunca değiştirilmesi gereken aşınan parçaların değiştirilmesini ve diğer tüm onarım ve bakım önlemlerini içerir⁵⁵. Buna karşılık patent konusu buluşun esasını oluşturan parçaların onarım amaçlı da olsa bağımsız sağlayıcılarca üretilmesi veya tek başlarına patent korumasına girmeyen ancak birleştirildiğinde patent konusu buluşu oluşturan parçaların, onarım amacı dışında ticari olarak bir araya getirilmesi patent hakkının ihlalini oluşturacaktır⁵⁶. Bu durumda yapılacak değerlendirmede eylemin, ürünün teknik ömrünü korumaya hizmet edip etmediğinin veya bu ömrü uzatıp uzatmadığının belirlenmesidir. Bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde ancak hukuka uygun bir onarım ve bakımdan söz edilebilecektir. Buna karşın yeni bir ürünün üretimine eşdeğer bir değişim ve onarım söz konusu ise artık hukuken izin verilmeyen bir patent ihlali gündeme gelecektir⁵⁷. Ancak bu teorik açıdan kolay gibi görünen ayırım pratikte her zaman bu kadar net değildir ve genellikle somut olayın koşulları özelinde bir değerlendirmeyi gerektirir⁵⁸.

Yedek parça doğrudan tamirci tarafından üretildiği onarımlarda ise bu üretimin söz konusu parçanın patent korumasında olması halinde patent hakkı ihlali oluşturacağında şüphe yoktur. Bununla birlikte yedek parçaların çoğu zaman böyle bir koruma altında olmaması nedeniyle uygulamada bu durum onarımı engelleyecek bir hukuki sorun olarak nadiren karşımıza çıkacaktır⁵⁹. Diğer hallerde ise esasen üretici için makul fiyata yedek parça sağlama yükümlülüğü bulunmakla birlikte özellikle çevre için önem taşıyan parçalar bakımından patent korumasına kanunla istisna getirilmesi yahut bir zorunlu lisans uygulaması getirilmesi (SMK m. 129-137) isabetli olacaktır⁶⁰.

⁵⁵ Mehnert, *Reparaturen für alle? – Rechtliche Perspektiven des „Right to repair“*, ZRP 2023, s. 11; Andri, *SHK zum Patentgesetz*, 2019, Art. 8 N. 57; Baş, *Sinai Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Boyutlarıyla Yedek Parça Rekabeti*, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri, 2020, s. 239, 240.

⁵⁶ Baş, *Sinai Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Boyutlarıyla Yedek Parça Rekabeti*, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri, 2020, s. 240.

⁵⁷ Stieger, in: Bertschinger/Münch/Geiser [Hrsg.], *Patentrecht*, N. 11.56; Götting/Hetmank, *The Scope of Patent Protection for Spare Parts and Its Extension through Other Tools of Intellectual Property*, in Takenaka, T. (ed.), *Research Handbook on Patent Law and Theory*, Cheltenham 2008, s. 488-500.

⁵⁸ Mehnert, *Reparaturen für alle? – Rechtliche Perspektiven des „Right to repair“*, ZRP 2023, s. 11.

⁵⁹ Perzanowski, *The Right to Repair, Reclaiming the Things We Own*, 2022, s. 132; Herr/Engert, *Erschöpfung bei Ersatzteilen*, GRUR 2019, s. 475.

⁶⁰ Karş. Mehnert, *Reparaturen für alle? – Rechtliche Perspektiven des „Right to repair“*, ZRP 2023, s. 11; Baş, *Sinai Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Boyutlarıyla Yedek Parça Rekabeti*, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri, 2020, s. 241 vd.

b. Tasarım Hukuku

Yedek parçaların bağımsız tamirciler tarafından onarımda kullanılmasının ne ölçüde üreticilerin tasarım hakkını ihlal edeceği, ele alınması gereken bir başka fikri mülkiyet hukuku sorunudur. Örneğin, bir otomobil üreticisi, kendi ürettiği jantlarla görsel olarak aynı olan başka bir üreticinin jantlarının (replika jant) kendi ürünlerinin onarımında kullanılmasını engellemek için tasarım korumasına başvurup başvuramayacağı sorusunun cevabı onarım piyasasında rekabet açısından hayati bir öneme sahiptir⁶¹. Örnekten de anlaşılacağı üzere bu sorun şimdiye kadar öncelikle otomotiv yedek parçaları özelinde yoğun biçimde tartışılmış olsa da uygulama alanı otomotiv sektörü ile sınırlı değildir. Bu konuda genel görüş, mevzuatta birleşik bir ürünün parçası olan ve bu ürünün orijinal görünümünü geri kazandırmak amacıyla onarılmasını sağlamak için kullanılan bileşenler için tasarım korumasına “onarım istisnası” (*Reparaturklausel*) getirilmesi yönündedir⁶². Bu amaçla birçok milli hukukta bu türden düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, Alman Hukukunda, § 40a DesignG’de yer alan hükme göre, onarım amacıyla monte edilen ve onarılan nesneyi orijinal görsel durumuna geri getirmeyi amaçlayan bileşenler tasarım korumasından muaf tutulmuşlardır. Aynı şekilde Türk Hukukunda da SMK m. 59/f. 5’te “*Birleşik ürünün görünümüne bağımlı olan parçaların, birleşik ürüne orijinal görünümünü yeniden kazandırmak üzere onarım amacıyla ve bu parçaların kaynağı konusunda yanıtıcı olmamak şartıyla tasarımın piyasaya ilk sürüldüğü tarihten üç yıl sonra kullanılması tasarım hakkının ihlali sayılmaz*” hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte, SMK m. 59/5’te Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’nın yayımlayacağı eşdeğer parçalar listesinde yer alan ürünler bakımından SMK m. 59/4’te belirtilen üç yıllık koruma süresi, ilgili listede yer alan eş değer parça tasarımlarının onarım amaçlı kullanılması açısından uygulanmayacaktır⁶³.

Konunun döngüsel ekonomiye geçiş açısından taşıdığı önem nedeniyle AB’ne üye ülkelerde yeknesak bir uygulama sağlamak amacıyla 18.11.2024 tarihinde AB Resmî Gazetesinde yayımlanarak yürürlüğe giren Tasarımların Hukuki Korunması Direktifi⁶⁴ (AB 2024/2823) m. 19/f. 1 ve Endüstriyel Tasarıma İlişkin Tüzük (AB 2024/2822)⁶⁵ m. 20/a ile genel bir istisna düzenlemesi getirilmiştir. Buna göre birle-

⁶¹ Croon-Gestefeld: *Das Recht auf Reparatur – Vorschläge aus Brüssel*, ZEuP 2024, s. 399.

⁶² Figge/ Kalberg, *Die Ersatzteilklausel im Designrecht – zur aktuellen politischen Lage*, GRUR 2020, s. 248; Mehnert, *Reparaturen für alle? – Rechtliche Perspektiven des „Right to repair“*, ZRP 2023, s. 10.

⁶³ Bu şekilde sınırlı bir onarım istisnasının, tüketicî refahının ve sosyal refahın maksimize edilmesi açısından tasarım hakkı ile yedek parça rekabeti arasında optimal dengeyi kurup kurmadığı ve mevcut düzenlemeler ışığında rekabet hukukunun tasarım hakkının yedek parça rekabetini sınırlamaya yönelik olarak kullanılmasına müdahale edip edemeyeceği konularında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Baş, *Sinai Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Boyutlarıyla Yedek Parça Rekabeti*, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri, 2020, s. 222 vd.

⁶⁴ Directive (EU) 2024/2823 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on the legal protection of designs (recast), <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/2823/oj>.

⁶⁵ Regulation (EU) 2024/2822 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024

şik bir ürünü orijinal görünümüne kavuşturmak amacıyla tamir etmek için kullanılan bileşenler tescilli bir tasarım korumasından muaf tutulmuştur. Bununla birlikte birleşik ürünün bileşen parçasının üreticisi veya satıcısı, tüketicileri, ürün üzerinde açık ve görünür bir işaretle veya başka herhangi bir uygun yolla, onarım için kullanılabilir rakip ürünler arasında bilinçli bir seçim yapabilmeleri için, birleşik ürünün onarımında kullanılacak parçanın üreticisinin ticari menşei ve kimliği hakkında uygun şekilde bilgilendirmekle de yükümlü tutulmuştur (Tasarım Direktifi m. 19/f. 2, Endüstriyel Tasarım Tüzüğü m. 20a/f. 2).

c. Marka Hukuku

Marka hukuku bağlamında ortaya çıkan temel sorun yedek parça satışında, onarımı amaçlanan ürünün markası ile ne ölçüde bağlantı kurulabileceğidir. Gerçekten de marka hakkının kullanılması özellikle onarımlar için hayati öneme sahip yedek parça piyasasında rekabetin sınırlanmasına yol açabilir. Örneğin, iphone markalı telefon modelleri için batarya veya koruyucu kılıf üreten bağımsız bir sağlayıcının, bu ürünleri iphone kullanıcılarına pazarlayabilmesi için, söz konusu ürünlerin üzerinde veya bunların online pazar yerlerinde satışında ya da genel olarak reklamlarında iphone markasını kullanması gerekmesine karşın bu kullanımlar marka sahibinin tekel yetkisine girmektedir⁶⁶.

İşte bu sakıncanın giderilmesi amacıyla, markanın sağladığı tekel yetkisi dürüst kullanım istisnası ile sınırlandırılmıştır⁶⁷. Bu ilkenin esas alındığı AB Ticari Marka Tüzüğü (AB 2017/1001)⁶⁸ m. 14/f. 1/c hükmünde, yedek parçanın kullanılacağı ürünün belirtilmesinin gerekli olması halinde, söz konusu yedek parçanın piyasaya sürülmesi sırasında satıcının korunan markayı kullanabileceğini öngörmektedir. Benzer bir düzenleme Türk Hukukunda SMK m. 7/f. 5/c’de de yer almaktadır:

“Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez.

....

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması”.

Örneğin, “Gillette” markasının sahibi, üçüncü bir kişinin “*bu bıçak tüm (...) Gillette sensör cihazlarına uyar*” şeklinde bir ambalaj etiketi ile tıraş bıçağı satışını yasaklayamaz. Bunun nedeni, “Gillette” markasının, üçüncü kişi satıcı tarafından

amending Council Regulation (EC) No 6/2002 on Community designs and repealing Commission Regulation (EC) No 2246/2002, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/2822/oj>.

⁶⁶ Baş, *Sinai Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Boyutlarıyla Yedek Parça Rekabeti*, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri, 2020, s. 210.

⁶⁷ Ebert-Weidenfeller, A. (*Hasselblatt (ed.)*): *Community Trade Mark Regulation- A Commentary*, Art. 12, München 2015, s. 381.

⁶⁸ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/1001/oj>.



pazarlanan malların kullanım amacı hakkında, yani bu malların söz konusu markaları taşıyan orijinal mallarla uyumlu olduğu konusunda halka anlaşılır ve eksiksiz bilgi vermek amacıyla kullanılıyor olması nedeniyle marka hakkının koruması kapsamı dışında kalmasıdır (EuGH C-228/03, GRUR 2005, 509, N. 34, *Gillette*). Buna karşın, “Opel” kararında Avrupa Adalet Divanı, minyatür modellere Opel flaşının konmasının, bu oyuncağın kullanım amacını belirtme amacına hizmet etmediği gerekçesiyle marka hakkının koruma engelini varlığını reddetmiştir (EuGH C 48/05, GRUR 2007, 318, N. 39, *Opel/Autec*)⁶⁹.

D. Türk Hukukunda Ayrıptan Doğan Kanuni Sorumluluk Dışında Onarım Hakkı

Ülkemizde de genel olarak döngüsel ekonomiye geçiş bir devlet politikası olarak benimsenmiş olduğundan belirli ürünlerin üreticileri için Türk Hukukunda da ayrıptan doğan sorumluluktan bağımsız olarak ürünün normal kullanım süresi boyunca geçerli olacak bir onarım yükümlüğünün mevcudiyeti büyük önem taşımaktadır. Esasen ihracatımızın büyük kısmının AB üyesi ülkelere olduğu düşünüldüğünde Türk üreticilerin büyük çoğunluğu için söz konusu yükümlülük zaten AB mevzuatı gereği geçerli olacaktır. Böyle bir yükümlülük üreticiler açısından önemli bir külfet de getirmemektedir zira söz konusu hizmet karşılığında üreticiler makul bir ücret talep edebilecektir. Kaldı ki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 58/f. 1 uyarınca üretici veya ithalatçılar, ürettikleri ve ithal ettikleri mallar için Bakanlıkça belirlenen kullanım ömrü süresince satış sonrası bakım ve onarım hizmetleri sağlamak zorundadırlar. Nitekim bu hükme dayalı olarak çıkarılan Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği m. 5’te Yönetmelik eki listede yer alan her mal grubu için belirtilen kullanım ömrü süresince, satış sonrası hizmetleri sağlamak üzere ekli listede tespit edilen yer, sayı ve özellikte yetkili servis istasyonunu, yeterli teknik kadroya sahip şekilde kurulacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla üreticiler açısından ürettikleri malların kullanım ömrü boyunca kuracakları yetkili servisler aracılığıyla bir onarım hizmeti sağlanması zaten bir kanuni bir yükümlülük olarak öngörülmüş olduğundan Kanunda yer alacak düzenlemede daha çok bu onarım hizmetinin bağımsız tamirciler tarafından da verilebilmesine, böylelikle onarım piyasasında rekabet koşullarının oluşması ve tüketicilerin onarım için daha fazla seçeneğe sahip olmasına imkân sağlayacak tedbirlere yoğunlaşılmalıdır.

Bu itibarla AB Onarım Direktifinin 5. maddesinde yer alan düzenlemeler esas alınarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 58’e şu fıkraların eklenmesinde fayda bulunmaktadır:

“ ...

Üretici ve ithalatçılar, kendilerine onarım talebiyle başvuran tüketicilerin bu talebini onarımın mümkün olmadığı haller dışında yerine getirmekle

⁶⁹ Benzer örnekler için bkz. BeckOK Markenrecht, Kur/v. Bomhard/Albrecht, 39. Bası, § 23 MarkenG, N. 47 vd.

yükümlü olup, onarımın daha önce bir başka tamirci yahut kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmesiyle talebi geri çeviremezler.

Üretici ve ithalatçılar, kendilerine bağlı olmaksızın faaliyette bulunan servis istasyonu ve diğer tamircilere malın Bakanlıkça belirlenen kullanım ömrü süresince onarım için gerekli yedek parça ve teçhizatı makul bir ücret karşılığında temin etmek zorundadır.

Üretici ve ithalatçılar, fikri mülkiyet hukukundan doğan istisnalar haricinde malların onarımını engelleyen koşullara sözleşmelerinde yer veremeyecekleri gibi, ürünlerinde bu şekilde donanım ya da yazılım teknikleri de kullanamazlar”.

SONUÇ

Onarım hakkını tüketiciler açısından cazip kılmak suretiyle ürünlerin kullanım ömrü sonuna kadar kullanılmalarını sağlamak ve böylelikle çevreye zararlı atık miktarını azaltıp kaynakların daha verimli kullanılmalarını sağlamayı hedefleyen AB Onarım Direktifinin öngördüğü tedbirlerin ne derece etkili olacaklarının belirlenmesi uygulama elde edilecek sonuçlar üzerinden değerlendirilebilecektir. Bu açıdan Türk Hukukunda her ne kadar Direktif ile getirilen yeniliklerin önemli bir kısmı halihazırda mevcuttur. Özellikle de üreticilere gerek ayıptan doğan sorumluluk kapsamında (TKHK m. 11) gerekse bu sorumluluğun (ve varsa garanti sorumluluğunun) kapsamı dışında (TKHK m. 58) doğrudan onarım talebiyle başvurulabilmesi hukukumuzda mümkündür. Hatta bu konuda Direktifin uygulama alanına göre çok daha kapsamlı bir onarım yükümlülüğü benimsenmiştir. Ancak söz konusu hükümleri tamamlamak açısından bir önceki başlıkta üreticilerin onarım yükümlülüğüne ilişkin getirdiğimiz kanuni düzenleme önerisi de onarımı cazip hale getirmek açısından önemli katkı sağlayacağına tereddüt bulunmamaktadır.

Ayıptan doğan sorumluluk kapsamında üreticilere (ve bazı hallerde ithalatçı yahut distribütörlere) yönelik onarım taleplerini, yenisiyle değiştirme ve sözleşmeden dönme haklarına nazaran tercih edilir kılmak açısından Direktif m. 16’da yer alan onarım hakkının kullanılması halinde zamanaşımı süresinin üç yıla uzaması ve onarım süresince üreticinin tüketiciye bir ikame mal (bu yenilenmiş ürün da olabilir TKHK m. 57/A) tahsis etmesi tedbirlerine bizim hukukumuzda da yer verilmesi son derece isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Andri Hess-Blumer, SHK zum Patentgesetz, Herausg. von:Mark Schweizer/Herbert Zech 2019, Art. 8

Arnold Stefan, *Recht auf Reparatur*, Nomos V., Baden-Baden 2024.

Atamer Yeşim M., *Nachhaltigkeit und die Rolle des Kaufrechts: Eine rechtsvergleichende Übersicht zu denRegulierungsmöglichkeiten*, ZSR/RDS Band 141 (2022) I Heft 3, s. 285 vd.



Atamer Yeşim M./ Augenhofer Susanne / Küter Rebecca / Południak-Gierz Katarzyna, *Feedback of the European Law Institute on the European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM[2023] 155 final)*, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf.

Atamer Yeşim M./Küng Jan, *Recht auf Reparatur, Die neue EU-Reparaturrichtlinie: Ausstrahlung auf Schweizer Hersteller und Anpassungsbedarf des schweizerischen Rechts*, Jusletter, 18. November 2024.

Augenhofer Susanne, Küter Rebecca, *Recht auf oder Pflicht zur Reparatur?*, VuR 2023, s. 243 vd.

Baş Kadir, *Sinai Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Boyutlarıyla Yedek Parça Rekabeti*, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2020, On İki Levha Yay. 2021.

Bujalski Maciej, *On Producers' Obligation to Repair Defective Goods: Direct Producers' Liability vs.*

Self-Standing Obligation under R2R Directive, EuCML 2024, s. 178 vd.

Croon-Gestefeld Johanna, *Die nachhaltige Beschaffenheit der Kaufsache*, NJW 2022, s. 497 vd.

Croon-Gestefeld Johanna, *Das Recht auf Reparatur – Vorschläge aus Brüssel*, ZEuP 2024, s. 379 vd.

Dalhammar/Maitre-Ekern/Richter/Cociña/Milios, *What is Right to Repair (R2r) and How Can it be Realised through Legal Interventions?* in: Stefan Grundmann/Yeşim M. Atamer (Hrsg.), *European Sales Law: Challenges in the 21st Century*, 2023, 165-196. Ebert-Weidenfeller, A. (Hasselblatt (ed.)): *Community Trade Mark Regulation- A Commentary*, Art. 12, München 2015

Figge/ Kalberg, *Die Ersatzteilklausel im Designrecht – zur aktuellen politischen Lage*, GRUR 2020, s. 248 vd.

Götting/Hetmank, *The Scope of Patent Protection for Spare Parts and Its Extension through Other Tools of Intellectual Property*, in Takenaka, T. (ed.), *Research Handbook on Patent Law and Theory*, Cheltenham 2008

Herr Jochen / Engert Philipp, *Erschöpfung bei Ersatzteilen*, GRUR 2019, s. 468 vd.

Kretschmar, BeckOK Markenrecht, Kur/v. Bomhard/Albrecht, 39. Bası 2024, § 23 MarkenG.

Lorenz Stephan, *Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht*, NJW 2021, s. 2065 vd.

Mehnert, Victor, *Reparaturen für alle? – Rechtliche Perspektiven des „Right to repair“*, ZRP 2023, s. 9 vd.

Micklitz Hans Wolfgang, *'Right to repair' (September 2022) Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Berlin 2022.

Perzanowski Aaron, *The Right to Repair, Reclaiming the Things We Own*, Cambridge University Press, 2022.

Stieger Werner, in: Bertschinger/Münch/Geiser [Hrsg.], *Schweizerisches und europäisches Patentrecht*, 2002

Terryn Evelyne, *A right to repair? Towards sustainable remedies in consumer law*, ERPL 2019, s. 851 vd.

İŞE İADE DAVASINDA YARGILAMAYA İLİŞKİN HUKUKİ ÇIKMAZLAR

Legal Dilemmas in the Proceedings of Reinstatement Lawsuits

Asiye ŞAHİN EMİR*

Özet

İş hukukunun temel amaçlarından biri, ekonomik olarak zayıf konumda olan ve çoğu zaman kendisinin ve ailesinin geçimini iş sözleşmesi kapsamında aldığı ücretle sağlayan işçinin, sözleşmesinin işverence haksız ve geçersiz bir şekilde feshedilmesini önlemektir. Bu nedenle, kanun koyucu işverenin keyfi feshine engel olmayı, işçi ile işveren arasındaki ilişkinin devamını sağlamayı ve işçinin işini kaybetme endişesinden uzak bir şekilde çalışmasını temin etmeyi amaçlayarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda iş güvencesi sistemini öngörmüştür. Kanunda, iş sözleşmesi feshedilen işçinin feshin geçersizliğinin tespit edilerek işe iade edilmesi amacıyla dava açması mümkün kılınmış ve böylelikle işçi, işveren tarafından yapılacak feshe karşı korunmuştur. Ancak uygulamada, işçiler tarafından açılan işe iade davalarında birtakım hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda çalışmada, söz konusu sorunlara ilişkin öğretici görüşleri ve yargı kararları dikkate alınarak çözüm önerileri sunulmuş, ancak çalışmanın kapsamını genişleteceği için yargılama süresince yaşanan olayların davaya etkisine yer verilmemiştir.

Anahtar Kelimeler: İşe iade davası, tespit davası, hak düşürücü süre, ispat yükü, davadan feragat.

Abstract

A key aim of labor law is to shield workers, who are in a vulnerable economic position and frequently depend on their wages from an employment contract to support themselves and their families, from unjust and unlawful termination by the employer. For this reason, the legislator has established a job security system in Labor Law No. 4857 to prevent arbitrary dismissals by the employer, ensure the ongoing relationship between the employee and employer, and enable the employee to work without the concern of job loss. In employment law, an employee whose contract has been terminated has the right to file a lawsuit challenging the validity of the termination and seeking reinstatement, thereby protecting themselves from unjust terminations by employers. However, in practice, various legal issues arise in reinstatement lawsuits filed by employees. In this context, the study offers proposed solutions by considering the relevant doctrinal opinions and judicial decisions regarding these issues. However, the influence of events occurring during the trial on the case has been excluded, as addressing them would extend the scope of the study.

Keywords: Reinstatement lawsuit, determination lawsuit, statute of limitations, burden of proof, withdrawal from the lawsuit.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 18.10.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Doç. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, asiye.sahinemir@bakircay.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9262-3608>

GİRİŞ

Mevzuatımızda düzenlenen iş güvencesi hükümlerinin temel işlevi, işveren tarafından yapılan haksız fesihleri engelleyip, iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaktır. Bu, mahkeme tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesiyle ve işçinin yeniden işe başlatılmasıyla mümkündür. 4857 sayılı İş Kanunu'nda, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçiye, fesih bildiriminde sebep gösterilmediğini, gösterilen sebebin geçerli sebep olmadığını ya da feshin Kanunda belirtilen usule uygun yapılmadığını iddia ederek iş mahkemesinde dava açma imkânı tanınmıştır. İş Kanunu'nun 20 nci maddesi uyarınca işçi, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Bu dava, "işe iade davası" ya da "fesih bildirimine itiraz davası" olarak adlandırılmaktadır. Mahkeme, bu davada öncelikle feshin geçerli olup olmadığını belirleyecek ve eğer feshin geçersiz olduğu tespit edilirse, işçinin işine iadesine karar verecektir. Bunun yanı sıra işveren tarafından işçinin işe başlatılmaması ihtimali dikkate alınarak mahkemece iş güvencesi tazminatına ve en çok dört aya kadar boştaki geçen süreye ilişkin ücrete ve diğer haklara hükmedilecektir. Uygulamada işe iade davasının hukuki niteliği, alt işverenlik ve işyerinin devri hâlinde davalı tarafın belirlenmesi, işe iade davası ile işçilik alacaklarına ilişkin davaların birlikte açılıp açılmayacağı ve davadan feragat edilip edilemeyeceği gibi hususlar uyuşmazlık konusu olmaktadır. Çalışmada işe iade davasına ilişkin yargılama süreci ele alınmış ve bu süreçte yaşanan uyuşmazlıkların kaynakları tespit edilerek çözüm önerileri getirilmiştir. Makalenin kapsamını ve konusunu çok genişleteceği için işe iade davası devam ederken gerçekleşen işyerinin kapatılması/devredilmesi, işverenin işçiye işe çağırması, işçinin emekli olması, işçinin başka bir işyerinde çalışması gibi olayların yargılamaya etkisine yer verilmemiştir.

I. İŞE İADE DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Talep edilen hukuki korumaya göre davalar üçe ayrılmaktadır: Davalının bir şeyi yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkûm edilmesinin istendiği davaya eda davası¹, bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi amacıyla açılan davaya inşai dava², bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının veya içeriğinin belirlenmesinin talep edildiği davaya ise tespit davası³ denilir.

İşe iade davasının hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Konuya ilişkin üç farklı görüşleri sürülmektedir. Bir görüşe göre, işe iade davası eda davası niteliğinde-

¹ Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, Medenî Usûl Hukuku (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 960 vd.

² Pekcanitez, Pekcanitez Usûl (n 1) 984 vd.

³ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl (n 1) 972 vd.

dir⁴. Bu dava ile ilk olarak feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin işe başlatılması talep edilmektedir. İşçinin işe başlatılmaması durumunda işverence ödenmesi gereken tazminat, işe iade talebinin terdidi değil, ikamesi niteliğinde olduğundan ve söz konusu davada işçinin işe iadesiyle birlikte en çok dört aya kadar boşa geçen süreye ilişkin ücretin de ödenmesi gerektiğinden, *Özekes* bu davanın eda davası niteliğinde olduğunu savunmaktadır⁵. Yazar, davanın tespit davası olarak değerlendirilebilmesi için mahkemenin yalnızca feshin geçersizliğine karar vermesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak mevzuatımızdaki düzenlemeye göre, feshin geçersizliğini tespit eden hâkim, işçinin işe iadesine karar vermekte dolayısıyla da bu dava tespit davası olarak nitelendirilemeyecektir⁶. *Güzel*'e göre de işe iade davası, eda davası niteliğindedir ve bu dava ile feshin geçersizliğinin tespitiyle iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, eda hükmü aynı zamanda tespit hükmünü de barındırmaktadır⁷. Buna karşılık, *Süzek ve Başterzi*'ye göre, mahkeme tarafından verilen işe iade kararı sonucunda, işçinin işe iadesi için işveren zorlanamayacağından, davanın kabulü yönündeki kararın eda hükmü niteliğinde olduğu söylenemez⁸.

Bir başka görüşe göre işe iade davası inşai bir davadır⁹. Zira, davanın açılmasıyla işveren tarafından yapılan fesih işlemi askıda kalmakta ve feshin geçerli nedene dayanmadığının tespiti hâlinde fesih işlemi baştan itibaren geçersiz olmaktadır. Böylece işe iade davası açan işçi, iptal hakkını kullanmış olmaktadır. İptal hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olması dikkate alındığında, işe iade davasının hukuki bir işlemin ortadan kaldırıldığı inşai bir dava olduğu söylenebilir¹⁰. Ancak bu görüş, mahkeme tarafından işe iade davasının kabulü sonucunda verilen karar ile iş sözleşmesinin devam ettiği sonucuna varıldığından, hukuken ve teknik anlamda bir inşai dava bulunmadığı belirtilerek eleştirilmiştir¹¹. Aksi yönde başka bir görüş

⁴ Muhammet Özekes, “İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (TBB Yayını 2004) 479, 495; Ali Güzel, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi” İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı (İstanbul Barosu Yayını 2004) 15, 106; Muhammet Özekes, “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları (Legal Yayıncılık 2005) 131, 138; Manav AE, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları (Turhan Kitabevi 2009) 283; Muhammet Özekes, “7036 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi” (2018) (39) Sicil İş Hukuku Dergisi 62, 67 vd.

⁵ Özekes, İşe İade (n 4) 138; Özekes, Değişiklikler (n 4) 67 vd.

⁶ Özekes, İşe İade (n 4) 138; Özekes, Değişiklikler (n 4) 67.

⁷ Güzel, İş Güvencesi (n 4) 106.

⁸ Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, İş Hukuku (24. Baskı Beta Yayıncılık 2024) 660-661; Sarper Süzek, “İşe İade Davalarında Yargı Kararı”, (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 11, 14; ayrıca bkz., Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar (Yetkin Yayıncılık 2011) 388.

⁹ Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi (Beta Yayıncılık 2003) 30; Erdal Gökçe, Türk İş Hukukunda İşe İade Davası (Legal Yayıncılık 2008) 145.

¹⁰ Engin (n 9) 30.

¹¹ Özekes, İcra Hukuku (n 4) 495; Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Genişletilmiş, Yenilenmiş



ise, mahkeme kararı sonucunda işçinin işe iadesi kendiliğinden gerçekleşmediği ve işçi doğrudan işe başlatılmadığı için işe iade davasının inşai dava olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür¹².

Öğretide bizim de katıldığımız bir başka görüş, işe iade davasının tespit davası olduğu yönündedir¹³. Kanunda, işçi tarafından açılan işe davası sonucunda işçinin doğrudan işe iade edilmesi gerektiğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. İşçinin işe iade edilmesi bazı şartların varlığına bağlanmıştır. İşe iade için aranan ön şart, işçinin mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmasıdır. Bu başvurunun yapılmaması durumunda işveren tarafından yapılan fesih, geçerli bir fesih olarak kabul edilir (İş K. md. 21/IV). İşçinin süresi içinde başvurmuş olması, onun işe iade edileceği anlamına gelmemektedir; işveren, işçiyi işe iade edip etmeme (işe alıp almama) konusunda serbesttir. İşveren, mahkeme kararında belirtilen iş güvencesi tazminatını ödeyerek işçiyi işe iade etmeyebilir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun (İMK)¹⁴ 12 nci maddesi ile İş Kanunu'na eklenen ve 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeden önce, mahkeme tarafından feshin geçerli nedene dayanmadığının tespiti hâlinde işçinin işe başlatılmaması ihtimali göz önünde bulundurularak, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti herhangi bir hesaplama yapılmaksızın miktar olarak değil, süre olarak belirlenmekte¹⁵; bu ödemelerin yapılmasına yönelik bir eda hükmü verilmemekteydi. 7036 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik¹⁶ sonucunda, mahkeme işe

ve Son İlke Kararları Eklenmiş (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2011), 508.

¹² Cenk Akil, "İşe İade Davasının Hukuki Niteliği ve İcrası Konusunda Değerlendirmeler", (2021) 47(3) Yargıtay Dergisi, 829, 835.

¹³ Süzek ve Başterzi, (n 8) 655-656, 660-661; Süzek, Yargı Kararı (n 8) 14-15; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku (Legal Yayıncılık 2007), 478; Ünal Narmanlıoğlu, "İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Açılacak Davanın Konusu, Niteliği ve Davayı Tamamen ya da Kısmen Konusuz Bırakan Olaylar" Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan (Beta Yayıncılık 2011), 623, 625-627; Ünal Narmanlıoğlu, "İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)" (2017) (38) Sicil İş Hukuku Dergisi, 9, 9-18; Baycık, (n 8) 387-388; Ercüment Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış" İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2015. Yılı Toplantıları (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 92, 128; Akil, (n 12) 835-836; Resul Kurt ve Muzaffer Koç, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021), 456; Salih Bozok, İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası (On İki Levha Yayıncılık 2019), 199.

¹⁴ RG.: 25.10.2017, S.: 30221.

¹⁵ Yargıtay 9 HD 2007/22476 E., 2007//36807 K., 04.12.2007, 2007/22476 E., 2007/36807 K.; Yargıtay 9 HD 2009/20151 E., 2009/19581 K., 06.07.2009, <https://legalbank.net>, (ET. 08.08.2024).

¹⁶ Değişikliğin gerekçesi, "Uygulamada işe iade kararı veren mahkeme boşta geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirlemektedir. Bunun sonucu olarak işe iade kararına dayanarak işe başlamak isteyen işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda ay esaslı olarak belirlenen alacak ve tazminatın tahsili için ikinci bir dava açması gerekmektedir. Hem işçi bakımından sorunlu olan bu durumun önüne geçmek hem de yargının iş yükünü azaltmak amacıyla mahkemenin belirtilen alacak ve tazminatı parasal olarak

başlatmama tazminatını ve boşta geçen süre ücretini işçinin dava tarihindeki ücretini esas alarak parasal olarak belirleyecektir (İMK md. 12, İş K. md 21/4). Bu hüküm nedeniyle öğretide, bir görüş işe iade davaları sonucunda verilen hükmün tespit niteliğinde olduğu görüşün zayıfladığını, eda hükmü niteliğinde olduğu görüşün daha kabul edilebilir olduğunu ileri sürmüştür¹⁷. Buna karşılık, söz konusu değişikliğe rağmen, işe iade davasının tespit davası niteliğinde olduğu yönündeki görüş varlığını sürdürmektedir¹⁸. Alman hukukunda da feshin geçersizliğinin belirlenmesi amacıyla açılan davanın Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu (Kündigungsgesetz (KSchG)) § 4'e göre özel bir tespit davası niteliğinde olduğu, mahkemenin iş ilişkisini sona erdirmek ve yeni bir hukuki durum belirlemenin aksine feshin geçerli ya da geçerli olmadığını tespit etmekle yetindiği kabul edilmektedir¹⁹.

İşe iade davası sonunda feshin geçersizliğinin tespit edilmesi hâlinde, işçinin işe iade edilmesi yönünde hüküm kurulmamaktadır. Feshin geçersizliği belirlense bile, işveren işçisini mutlaka eski işine iade etmek zorunda değildir. Kanun koyucu, işverene işçiyi işe başlatmama olanağı tanımıştır. Ancak işçiyi işe başlatmayı reddeden işveren, iş güvencesi tazminatı adı verilen bir miktar parayı ödemekle yükümlü tutulmuştur. Kanunda yapılan değişiklik sonucunda, mahkemece verilen hükümden işe başlatmama tazminatının da parasal olarak belirlenmesi gerekir. Yalnızca bu tazminatın ödenmesi işçinin süresinde işverene başvuruda bulunması ve işveren tarafından işe başlatılmaması şartına bağlıdır. Bu nedenle, kanımızca mahkeme kararının iş güvencesi tazminatına ilişkin kısmı, şarta bağlı bir eda hükmü niteliğindedir. İş güvencesi tazminatında olduğu gibi, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin en çok dört aya kadar boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları da mahkemece parasal olarak belirlenecektir. Ancak boşta geçen süre ücretinin ödenmesi de şarta bağlıdır. Zira işçi, süresinde işe iade edilmek amacıyla işverene başvuruda bulunmazsa, fesih geçerli hâle geleceğinden boşta geçen süre ücreti ödenmeyecektir. Kanımızca Kanunda yapılan değişikliğe rağmen bu açıklamalar ve İş Kanunu'nun 21. maddesi-

belirlenmesi öngörülmekte ve işe başlatılmama durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkan tanınmaktadır. Düzenleme ile, ikinci fıkrada belirtilen tazminat ile üçüncü fıkrada belirtilen ücret ve diğer hakların dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirlenmesi kabul edilmekte ve böylece uygulama sorunlarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Mevcut beşinci fıkradan sonra ilave edilen fıkrada da, belirtilen alacak ve tazminatların arabuluculuk görüşmelerinde de parasal olarak belirlenmesi zorunluluğu getirilmektedir.” Bkz., <https://www.lexpera.com.tr>, (ET.: 17.10.2024).

¹⁷ Özkes, Değişiklikler, (n 4) 69-71; Ömer Ekmekçi, “Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu” “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı” (On İki Levha Yayıncılık 2018) 18.

¹⁸ Süzek ve Başterzi, (n 8) 660-661; Süzek, Yargı Kararı, (n 8) 14-16; Binnur Tulukçu, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, (Seçkin Yayıncılık 2017) 294; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku (Güncellenmiş 7. Baskı Lykeion Yayınevi 2022) 1112-1114; Bozok (n 13) 199.

¹⁹ Wolfgang Hromadka und Frank Maschmann, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, Band I (7. Aufl., Springer 2018) 518, 519.



nin 1.fikrasında yer alan “mahkemece ... tespit edilerek” ifadesinin aynen varlığını sürdürdüğü dikkate alındığında, işçinin işe iade edilmemesi durumunda ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti süre olarak değil de parasal olarak belirlense bile, mahkemece yapılacak olan esas işlem, feshin geçerliliğinin veya geçersizliğinin tespiti olduğundan, işe iade davası tespit davası niteliğindedir.

II. DAVA AÇMA SÜRESİ

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmesi, işveren tarafından geçerli bir neden gösterilmeksizin veya İş Kanunu’nun 19 uncu maddesinde öngörülen fesih bildirim usulüne uyulmaksızın feshedilirse, işçiler feshin geçersizliğini öne sürerek, fesih bildiriminden tebliğinden itibaren bir ay içinde arabulucuya başvurabilirler. Arabulucuda anlaşma sağlanamadığı takdirde, son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde işçi, işe iade davası açabilir (İş K. md. 20/1). Kanun koyucu, iş güvencesine ilişkin bireysel ve toplumsal amacın bir an önce gerçekleşmesi için dava açma süresini kısa tutmuştur²⁰.

İşçi, arabulucuya başvurmaksızın doğrudan işe iade davası açarsa, mahkeme esasa girmeden davayı usulden reddetmelidir (İMK md. 3/2). Söz konusu durumda mahkemenin davayı dava şartı yokluğundan usulden reddine karar vermesine kadar geçecek sürede işe iade davası açılabilmesi için fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurma süresinin dolması ihtimalini dikkate alan kanun koyucu, hak kayıplarını önlemek amacıyla İş Kanunu’nda özel bir hükme yer vermiştir. İşe iade davalarına özgü olarak İş Kanunu’nun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde, arabulucuya başvurmadan doğrudan dava açılması hâlinde davanın reddine karar verilmesinin ardından, kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde arabulucuya başvuru yapılabileceği düzenlenmiştir. Arabulucuda anlaşma sağlanamazsa, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde tekrar işe iade davası açılmalıdır. Aksi halde, hak düşürücü süre geçtiğinden dava reddedilir²¹.

A. Dava Açma Süresinin İşlemesi

Yukarıda belirtildiği üzere, İş Kanunu’nun 20 nci maddesinin birinci fıkrasında, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması durumunda, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde işçinin iş mahkemesinde işe iade davası açabileceği belirtilmiştir²². Bu hüküm dikkate alındığında, Kanunda işe iade

²⁰ Kurt ve Koç, (n 13) 434; Hale Manav, İş Sözleşmesinde Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Hukuki Sonuçları (On İki Levha Yayıncılık 2010), 70. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca’ya göre, arabuluculukta geçen süre ve feshin geçerli olup olmadığının belirlenmesinde işçinin yanı sıra işverenin de menfaati olduğundan iki haftalık dava açma süresi öngörülmesi isabetlidir. Bkz., Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 36. Bası, Beta Yayıncılık 2023), 581-582.

²¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 20) 578.

²² Bu hüküm ile tarafların arabulucu görüşmelerine katılımı zorunlu kılınmak istenmiştir. Görüşmeye

davası açma süresinin başlangıcının arabuluculuk faaliyeti sonucunda “*son tutanağın düzenlendiği tarih*” olarak öngörüldüğü söylenmelidir. Ancak uygulamada, arabuluculuk tutanağının düzenleme tarihinin belirlenmesi duraksamalara ve uyuşmazlıklara yol açabilmektedir²³. Söz konusu düzenlemede kanun koyucu, tarafların arabuluculuk faaliyetlerine fiziken katıldığı ve son tutanağın da bu aşamada imzalanacağı varsayımından hareket etmiştir²⁴. Oysaki arabuluculuk faaliyeti telekonferans yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, tarafların katılmaması nedeniyle sonlandırılabilir. Söz konusu hallerde son tutanağın düzenlenmesi anına taraflar fiziken katılmamış olacaktır. Böyle bir durumda, işe iade davasının açılma sürecinin başlangıcı önem arz edecektir²⁵.

Öğretide *Narmanlıoğlu*'na göre, “*son tutanağın düzenlendiği tarih*” ifadesinden, arabulucu tarafından hazırlanan son tutanağın işçiye tebliğ edildiği tarih anlaşılmalıdır²⁶. Buna karşın, *Centel*'e göre, arabulucu düzenlediği son tutanağı işçiye tebliğ etmekle yükümlü değildir. Zira mevzuatımızda tutanağın sadece taraflar ile yasal temsilcileri ya da avukatlarca imzalanması gerektiği belirtilmiştir²⁷. Öğretide bir başka görüş ise, mevcut düzenlemenin isabetsiz olduğunu ve son tutanağın işçinin yokluğunda hazırlanması durumunda, tutanağın işçiye tebliğ tarihinden itibaren dava açma süresinin başlayacağına dair düzenleme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir²⁸.

Ankara BAM 7. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararında “... *Arabuluculuk görüşmesinin telekonferans yoluyla yapıldığı ve anlaşmama ile sonuçlandığı halde iki haftalık dava süresi davacı vekiline son tutanağın gönderildiği tarihten itibaren başlar...*” şeklinde hüküm kurmuştur²⁹. Sakarya BAM 10. Hukuk Dairesi ise, arabuluculuk tutanağındaki imzaların sonradan tamamlanmasının, son tutana-

katılmayan ve yokluğunda tutanak düzenlenen işçinin hak kaybına uğramamak için arabuluculuk sürecini takip etmesi ya da müzakerelere katılması gerekecektir. Bkz., Çelik, Canıklıoğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 20) 582.

²³ Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı” Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020 (On İki Levha Yayıncılık 2024), 269.

²⁴ Güzel, Değerlendirme 2019-2020, (n 23) 269.

²⁵ Güzel, Değerlendirme 2019-2020, (n 23) 269.

²⁶ Narmanlıoğlu, Değişiklikler, (n 13) 17.

²⁷ Centel T, İş Güvencesi (2. Baskı, Legal Yayınevi 2020), 180.

²⁸ Çelik, Canıklıoğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 20) 582; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 18) 1091; Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 sayılı İMK Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi (Yetkin Yayıncılık 2018), 57.

²⁹ Ankara 7 BAM 2019/2557 E., 2019/2526 K., 09.10.2019, www.uyap.gov.tr, (ET. 08.09.2024). Telekonferans yolu yapılan arabuluculuk müzakerelerinde son tutanağın hangi tarihte düzenlenmiş kabul edileceğine ilişkin bir uyuşmazlıkta mahkeme, tutanağın kargo ile davacı işçiye ulaştığı tarihte düzenlendiğini ve iki haftalık işe iade davası açmaya ilişkin hak düşürücü sürenin bu tarihten itibaren başlayacağını hüküm altına almıştır. Bkz., Ankara 5 BAM 2019/2537 E., 2019/2449 K., 17.10.2019, www.uyap.gov.tr, (ET. 08.09.2024).



ğın düzenlenme tarihine etkisinin bulunmadığını belirterek, işe iade davasının arabuluculuk son tutanağının düzenlenme tarihinden itibaren iki haftalık süre içinde açılmadığında reddedilmesi gerektiği görüşündedir³⁰.

Kanaatimizce, mevzuatımızda son tutanağın işçinin yokluğunda düzenlenmesine izin verildiği göz önüne alındığında işçinin yokluğunda son tutanağın düzenlenmesi durumunda dava açma süresinin, son tutanağın işçiye tebliğ tarihinden itibaren başlayacağına dair açık bir düzenleme yapılması gerektiği söylenmelidir. Konuya ilişkin bir düzenleme yapılmaya kadar, kanun koyucu tarafından arabulucuya son tutanağı taraflara tebliğ etme yükümlülüğü öngörülmemiş olsa da, işçinin gıyabında düzenlenen son tutanağın işçiye tebliğ edilmesi gerektiği kabul edilmeli ve bu tutanağın tebliğ tarihinden itibaren işe iade davası açma süresinin başlayacağı benimsenmelidir.

B. Dava Açma Süresinin Hukuki Niteliği

İşe iade davası açılması için Kanunda öngörülen iki haftalık süre, hukuki niteliği itibarıyla hak düşürücü süredir³¹. Bu durum Yargıtay tarafından verilen kararlarda da vurgulanmıştır³². Hak düşürücü süre kesin olduğundan, bu süre içinde işe iade davası açılmadığında işçi dava açma hakkını kaybeder³³. Böyle bir durumda, işveren tarafından yapılan fesih geçerli feshin sonuçlarını doğurur³⁴. Sürenin geçip geçmediği hâkim tarafından resen dikkate alınır.

³⁰ Somut uyuşmazlıkta, arabuluculuk görüşmesine davacı vekili telekonferans yoluyla katılmış, arabulucu tarafından 10.05.2019 tarihinde uyuşmazlık tutanağı düzenlenmiştir. Ancak davacı vekilinin imzasının 13.05.2019 tarihinde atıldığı iddiası ileri sürülmüştür. Mahkeme, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun md. 17/2 hükmü ile ilgili Yönetmeliğin md. 20/2 hükmünü dikkate alarak, taraflar arasındaki görüşmelerin 10.05.2019 tarihinde yapıldığını ve anlaşamama ile sonuçlandığını belirtmiştir. Mahkemece, tarafların tutanağın içeriğine ve gerçeği yansıtmadığına dair bir beyanlarının olmadığı, imzaların sonradan tamamlanmasının son tutanağın düzenleme tarihinde bir değişikliğe neden olmayacağı ifade edilmiştir. Kararda davanın, son tutanağın düzenlendiği 10.05.2019 tarihinden itibaren iki haftalık süre içinde açılmadığı, bu nedenle ilk derece mahkemesinin bu yöndeki kararının isabetli olduğu vurgulanmıştır. Bkz., Sakarya 10 BAM 2020/999 E., 2020/355 K., 04.06.2020, www.uyap.gov.tr, (ET. 08.09 2024).

³¹ Centel, (n 27) 179; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 18) 1091; Mustafa Alp, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)" (2003) 5(1) DEÜHFD 1, 19; Narmanlioğlu, Değişiklikler, (n 13) 17; Şükran Ertürk, "İşe İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yarattığı Sorunlar" (2009) 6(23) Legal İHSGHD 939, 947; Gökçe, (n 9) 99; Erol Akı, "İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı (TŞOF Plaka Matbaacılık 2006) 283, 291; Özekes, İşe İade, (n 4) 134; Özekes, İcra Hukuku, (n 4) 483; Atike Eda Manav, "İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü" (1) 1(3) TAAD 259, 284; Güzel, Değerlendirme 2019-2020, (n 23) 261; Kurt ve Koç, (n 13) 436; Manav, H, (n 20) 70.

³² Yargıtay 9 HD 2019/1026 E., 2019/16854 K., 26.09.2019; Yargıtay 9 HD 2016/24304 E., 2017/15324 K., 10.10.2017, https://legalbank.net, (ET. 10.08.2024).

³³ Hak düşürücü süreye genellikle bir hukuki durumun hızlı bir şekilde açıklığa kavuşturulması hâlinde ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla Kanundaki dava açma süresine ilişkin düzenleme iş güvencesinin amaç ve ruhuna uygundur. Bkz., Gökçe, (n 9) 100.

³⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 18) 1091; Manav H, (n 20) 70; Kurt ve Koç, (n 13) 436.

Personel yönetmeliğinde ya da iş sözleşmesinde, sözleşmenin feshine karşı itiraz yolunun öngörülmesi, dava açma süresinin kesilmesine neden olmaz³⁵. Aynı şekilde, işverenin Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne şikâyet edilmesi, hastalık nedeniyle rapor alınması³⁶ ya da idari itiraz gibi durumlar da dava açma süresini kesmez³⁷.

Alman hukukundaki düzenlemelere baktığımızda ise Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu § 4'te, yazılı fesih bildiriminden işçiye ulaşmasından itibaren üç hafta içinde dava açılması gerektiği belirtilmektedir³⁸. Bu süre içinde dava açılmazsa ya da üç haftalık süre geçtikten sonra açılırsa, fesih baştan itibaren geçerlilik kazanır (KSchG § 7)³⁹. Bu düzenlemenin amacı, iş ilişkisinin mümkün olan en kısa sürede sona erip ermediği konusunun netlik kazanmasını sağlamaktır⁴⁰.

III. DAVANIN TARAF LARI

A. Davacı Taraf

Sözleşmesi feshedilen işçi, işe iade davası açma hakkını bizzat kullanabileceği gibi, üyesi olduğu sendikaya yazılı başvuruda bulunarak sendikaya dava açma yetkisi verebilir; bu durumda sendika tarafından dava açılabilir (STİSK md. 26/2)⁴¹. Sendikanın dava takip yetkisine sahip olup olmadığı mahkemece resen incelenmelidir. İşçinin üye olmadığı ve yetkilendirmediği bir sendika tarafından dava açılması durumunda, mahkeme esasa girmeden davayı reddetmelidir.

Fesih bildirimini yapıldıktan ancak dava açma süresi içinde işçinin ölmesi durumunda, mirasçılardan işe iade davası açıp açamayacağı üzerinde durulmalıdır. İşe iade davası açma hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, mirasçılar işe

³⁵ Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 307; Centel, (n 27) 180. Yargıtay 9 HD 2006/32683 E., 2006/33193 K., 18.12.2006, <https://legalbank.net>, (ET. 10.08.2024).

³⁶ Yargıtay 9 HD 2007/27196 E., 2008/5315 K., 18.03.2008, <https://legalbank.net>, (ET. 10.08.2024).

³⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 18) 1091.

³⁸ Reiner Ascheid, Ulrich Preis und Ingrid Schmidt, (Hrsg.), Kündigungsgesetz Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen (7., neu bearbeitete Auflage, C.H BECK 2024) APS/Hesse/Tiedemann KSchG § 4 rn 10; Christian Rolf, Richard Giesen, Miriam Meßling und Peter Udsching, BeckOK Arbeitsrecht (73. Edition Verlag C. H. Beck 2024), BeckOK Arbeitsrecht KSchG § 1, rn. 3; §4 rn 1; Hromadka und Maschmann, (n 19) 513.

³⁹ APS/Hesse/Tiedemann KSchG § 4 (n 38) rn 8; APS/Hesse/Tiedemann KSchG § 7 (n 38) rn. 2; BeckOK Arbeitsrecht KSchG § 4 (n 38) rn 2; Hromadka und Maschmann (n 19) 513.

⁴⁰ BAG 23 Şubat 1978 - 2 AZR 462/76; BAG 21 Mayıs 2019 - 2 AZR 26/19, NZA 2019, 1143; 26 Eylül 2013 - 2 AZR 682/12, NZA 2014, 443; APS/Hesse/Tiedemann KSchG § 4 (n 38) rn 3; APS/Hesse/Tiedemann KSchG § 7 (n 38) rn. 2.

⁴¹ Ercan Akyiğit, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade) (Seçkin Yayınları 2007) 282; Narmanlıoğlu, Davanın Konusu, (n 13) 631; Manav, Feshe İtiraz, (n 31) 268; Atike Eda Manav, "Feshe İtiraz Davasının Yargılama Sürecinde Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi" (2010) (17) Sicil İş Hukuku Dergisi 58, 59; Gökçek, (n 9) 86; Kurt ve Koç, (n 13) 444; Yargıtay 9 HD 2004/4865 E., 2004/21086 K., 30.09.2004; Yargıtay 9 HD 2006/10869 E., 2006/15169 K., 22.05.2006, <https://legalbank.net>, (ET. 10.12.2024). Dava açma hakkının münhasıran işçiye ve onun yetki verdiği sendikaya ait olması iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Gizem Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları (Legal Yayıncılık 2007), 102.



iade davası açamazlar⁴². Zira bu dava ile amaçlanan işçinin işe iadesidir ve işçinin ölümünden sonra işe iadesi mümkün değildir⁴³. Fesih bildiriminden önce işçinin ölmesi durumunda da mirasçılardan işe iade davası açma hakkı yoktur, çünkü iş sözleşmesi ölüm ile sona erer⁴⁴. Öğretide bir görüş, işçinin ölümü durumunda mirasçılardan fesih ile ölüm tarihi arasındaki en çok dört aya kadar boşta geçen süre ücretini ve diğer hakları isteyebileceklerini ileri sürmüştür⁴⁵. Her ne kadar işçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanması için işe iade edilmesi gerekmeseyse de, bu ücrete hak kazanabilmesi için Kanunda belirtilen süre içinde işe iade edilmek amacıyla işverene başvuruda bulunması gerekmektedir. Ölmüş bir işçi bu başvuruyu yapamayacağından, mirasçılardan boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları talep etmek amacıyla işe iade davası açamayacağı kanısındayız.

Alman hukukunda bildirim süresi dolduktan sonra ama Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu § 4 abs. 1'e göre dava açma süresi geçmeden önce işçi ölürse, mirasçılar feshe karşı koruma davası açma hakkına sahiptirler⁴⁶. Sözleşmenin fesih bildirim süresi içinde işçinin ölmesi ve henüz itiraz süresinin geçmemesi hâlinde, mirasçılarının işveren tarafından yapılan feshin geçersizliğinin tespiti için dava açabileceği kabul edilmektedir. Almanya'da feshin geçersizliğinin tespiti amacıyla açılan davalarda işçiler, işe iade yerine tazminat talep etme hakkına sahip olduğundan, işçinin ölümü hâlinde feshe itiraz süresi geçmemişse mirasçılar dava açarak tazminat talep edebilir. Ancak işçi bildirim süresi içinde ölmüş olsa da feshe itiraz süresi sona ermişse, işçi dava açamayacağından mirasçılardan da dava açamayacağı kabul edilmektedir⁴⁷.

⁴² Ercan Akyiğit, İşçinin Ölümünün İş Güvenliği Uyuşmazlığına Etkisi, Legal İHSGHD (2008) 5 (17) 10, 23; Süzek ve Başterzi, (n 8) 654-655; Aziz Can Tuncay, "İş Güvenliği Yasası Neler Getiriyor" Çimento İşveren Dergisi (2003) 17(1) 3, 11; Narmanlıoğlu, Davanın Konusu, (n 13) 631; Muhammet Fatih Uşan, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, (2008) 10(1) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1, 26; Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Bakış)", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu (Legal Yayıncılık 2014), 297; Osman Güven Çankaya, İşçinin Ölümünün Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarına Etkisi, Yargıtay'ın Yeni Görüşü, (2010) (17) Sicil İş Hukuku Dergisi 199, 203; Sümer HH, İş Hukuku Uygulamaları (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019), 254; Ertürk, (n 31) 951; Tulukçu, (n 18) 303; Manav, H, (n 20) 85; Alper Öztürk, "Karar İncelemesi: İşe İade Davası Yargılaması Sırasında İşçinin Vefatı Halinde Boşta Geçen Süre Ücreti ve İş Güvenliği Tazminatının Mirasçılara Ödenmesi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.2015 Tarihli ve E. 2013/2309- K. 2015/1761 Sayılı Kararı" (2022) 1(1) Konya Barosu Dergisi 127, 146-147; Sevde Bulun Tokkaş, "İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi" (2021) 29(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 179, 203.

⁴³ Akyiğit, İş Güvenliği, (n 41)283; Akyiğit, Ölüm, (n 42) 21; Sarıbay, (n 41) 103; Manav, Feshe İtiraz, (n 31) 268; Ertürk, (n 31) 955; Manav, Davaya Etkisi, (n 41) 59; Uşan, (n 42) 26; Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku (Güncellenmiş-Genişletilmiş 7. Baskı Nisan Kitabevi 2023), 344; Centel, (n 27) 175; Tulukçu, (n 18) 303; Öztürk, (n 42) 147; Bulun Tokkaş, (n 42) 203.

⁴⁴ Manav, Davaya Etkisi, (n 41) 59.

⁴⁵ Mehmet Uçum, Yeni İş Kanunu Seminer Notları (Legal Yayıncılık 2003), 155, 156.

⁴⁶ Säcker, F J, Rixecker, R, Oetker, H und Limperg, B (Hrsg.) : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (9. Auflage, C.H.BECK 2023) MüKoBGB/Hergenröder KSchG § 4 rn. 47.

⁴⁷ Willemsen Annuß: Kündigungsschutz nach der Reform NJW 2004, 177, 181; Stefan Altenburg,

Aynı anda ve aynı sebeple iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin birlikte dava açması hâlinde, mahkemenin davaları ayırarak yürütmesi gerekir⁴⁸. Böyle bir durumda, işçiler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olduğu söylenebilir. Ancak işe iade davasının özelliği gereği, davaların birlikte yürütülmesi isabetli değildir. İşe iade davalarında her davacı için fesih nedeni, iş sözleşmesinin süresi, iş güvencesi kapsamında olup olmadığı, dava açma süresi gibi hususlar ayrı ayrı incelenmeli ve buna göre karar verilmelidir. Davacıların talep konuları aynı olsa bile, yargılamanın sağlıklı yürütülebilmesi için davaların ayrılması gerekmektedir⁴⁹.

B. Davalı Taraf

1. İşveren

İşçi, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedildiği için husumeti işverene yönelmelidir. İş Kanunu'nun 2 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da işveren sayılmaktadır. İşveren sıfatına sahip olan tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara karşı işe iade davası açılmasının mümkün olup olmadığı öğretide tartışmalara neden olmuştur. Bir görüş, tüzel kişiliği olmayan işverenlere karşı sonuçlanan davaya ilişkin nasıl icra takibi yapılacağı, tebligatın hangi adrese gönderileceği, dava açma süresinin ne zaman başlayacağı ve davanın kim tarafından takip edileceği gibi sorunların ortaya çıkacağını savunmaktadır⁵⁰. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren sıfatına sahip olduğundan ve bu kuruluşların hem aktif hem de pasif dava ehliyeti bulunduğundan, işe iade davasında davalı konumunda yer almaları mümkündür⁵¹. Böyle bir durumda, dava, kurum ve kuruluşu oluşturan tüm gerçek kişilere karşı açılmalıdır⁵².

İş sözleşmesi işveren vekili tarafından feshedilmiş olsa bile, dava işverene karşı açılmalıdır. Zira işveren vekilinin sahip olduğu yetki çerçevesinde işveren adına yapmış olduğu işlemlerden dolayı hukuki sorumluluğu yoktur (İş K md. 2/4)⁵³.

Martin J. Reufels und Thomas Leister, "Der Vorausverzicht auf den Abfindungsanspruch aus § 1a KschG" NZA 2/2006, 71, 73.

⁴⁸ Yargıtay 9 HD 2014/26454 E., 2014/39932 K., 24.12.2014, <https://legalbank.net>, (ET.: 28.09.2024).

⁴⁹ Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 287; Manav, Feshe İtiraz, (n 31) 270; Tulukçu, (n 18) 303-304; Kurt ve Koç, (n 13) 444; Yargıtay 9 HD 2006/1999 E., 2006/5479 K., 06.03.2006; Yargıtay 9 HD 2005/39008 E., 2006/1806 K., 30.01.2006; Yargıtay 9 HD 2006/33953 E., 2007/5163 K., 26.02.2007, <https://legalbank.net>, (ET. 11.12.2024).

⁵⁰ Sarıbay, (n 41) 120.

⁵¹ Centel, (n 27) 175; Uçum, (n 45) 163-164; Sarıbay, (n 41) 111; Tulukçu, (n 18) 296; Kurt ve Koç, (n 13) 445; Gökçe, (n 9) 90.

⁵² Yargıtay 9 HD 2016/35802 E., 2018/1192 K., 24.01.2018; Yargıtay 7 HD 2016/21702 E., 2016/18305 K., 03.11.2016, <https://lib.kazanci.com.tr>, (ET. 08.09.2024).

⁵³ Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 290; Manav, Feshe İtiraz, (n 31) 272; Centel, (n 27) 176; Sarıbay, (n 41) 111; Tulukçu, (n 18) 296; Kar, İş Uygulaması (n 11) 832-833; Kurt ve Koç, (n 13) 445; Yargıtay 9 HD 2006/9749 E., 2006/12601, 08.05.2006, <https://legalbank.net>, (ET. 11.12.2024).



İşverenin davadan önce ölümü durumunda, iş sözleşmesi işverenin kişiliği dikkate alınmaksızın kurulmuşsa, işverenin yerini mirasçılar alır ve iş sözleşmesi tüm hak ve borçlarıyla mirasçılara geçer (TBK md. 441)⁵⁴. Bu nedenle, işe iade davası açma süresi içinde işveren ölürse, işçiler mirasçılara karşı işe iade davası açabilir.

2. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, işe iade davalarında bazı hukuki sorunlara yol açmaktadır. Kanunda, alt işverenin işçisinin işçilik alacaklarından asıl işverenin alt işverenle birlikte müteselsil sorumlu olduğu belirtilmektedir (İş K md. 2/5). Bu durum, uygulamada dava konusu olan subjektif hak ile hangi işverenin ilişkilendirileceği konusunda tereddüt yaşanmasına neden olmaktadır⁵⁵. İşe iade davasında husumetin yanlış kişiye yöneltilmesi hâlinde, davacı, husumette yanlış taraf lehine yargılama giderleri ve vekalet ücreti ödemek zorunda kalacaktır. Ayrıca, böyle bir durumda işe iade davası için Kanunda öngörülen iki haftalık hak düşürücü süre de geçmiş olacağından, işçi işe iade hakkını kaybetmiş olacaktır⁵⁶.

Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi var olduğunda, alt işveren işçisinin iş sözleşmesi asıl işveren tarafından feshedilemez; çünkü asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında bir iş ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, alt işveren işçisi, iş sözleşmesinin geçersizliği iddiası ve işe iade talebiyle açacağı davayı doğrudan asıl işverene karşı açmamalıdır⁵⁷. Zira feshin geçersizliğinin tespiti durumunda, işçiyi asıl işveren değil, alt işveren işe iade edecektir⁵⁸. Hukuka uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olduğunda yalnızca asıl işverene karşı açılan işe iade davasında; Yargıtay, davanın, işe iade bakımından alt işverene, mali haklardan sorumluluk açısından ise hem asıl işveren hem de alt işverene karşı birlikte açılması veya davanın sadece alt işverene karşı açılması gerektiğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre söz konusu durumda davanın sadece asıl işverene yöneltilmesi doğru değildir⁵⁹. Öğretide bir görüş, işçinin işe başlatılmaması durumunda asıl işverene karşı bir alacak hakkı bulunmadığı için husumetin asıl işverene yöneltilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁰. Diğer bir görüş ise, alt işveren tarafından yapılan feshin geçersizliğini, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi olan asıl işverene karşı tespit ettirmede işçinin subjektif hakkı ve hukuki yararı bulunmadığını savunmaktadır⁶¹.

⁵⁴ Osman Güven Çankaya, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Gökteş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları (Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2006), 248.

⁵⁵ Çağatay Akyol, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kapsamında İşe İade Davalarında Taraf Sıfatı" (2011) 8(31) Legal İHSGHD 1047, 1055.

⁵⁶ Akyol, (n 55) 1048.

⁵⁷ Akyol, (n 55) 1055-1056; Centel, (n 27) 176; Tulukçu, (n 18) 298.

⁵⁸ Akyol, (n 55) 1055.

⁵⁹ Yargıtay 9 HD 2018/4501 E., 2018/22899 K., 11.12.2018. Aynı yönde karar için bkz., Yargıtay 9 HD 2007/26148 E., 2008/3017 K., 03.03.2008, <https://www.lexpera.com.tr>, (ET. 08.09.2024).

⁶⁰ Akyol, (n 55) 1055.

⁶¹ Gülümden Ürcan, İşe İade Davasında Husumet Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan (Yetkin Yayınları 2009) 1197, 1204.

Kanımızca, işe iade davasının alt işverenle birlikte asıl işverene yöneltilmesinde işçinin herhangi bir hukuki yararının bulunmadığı söylemek isabetli değildir. Asıl işverenin dava konusu edilen subjektif hakla tamamen ilgisiz olduğunu iddia etmek oldukça zordur⁶². Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olduğunda, İş Kanunu'nun 2 nci maddesinde belirtilen müteselsil sorumluluk hükmü gereğince, boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatı bakımından, feshi gerçekleştiren alt işverenle birlikte asıl işveren de sorumlu olacaktır⁶³. İşçi ile asıl işveren arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı ve işçinin iş sözleşmesi asıl işveren tarafından feshedilmediği için, işçinin asıl işverenin işyerine iadesi mümkün değildir. Ancak, asıl işverenin bu davanın sonuçları bakımından tamamen bağımsız bir konumda olduğunu söylemek, kanundan doğan müteselsil sorumluluk hükümlerini bir bakıma geçersiz kılmak anlamına gelecektir⁶⁴. Yargıtay, verdiği bir kararda, geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi var olduğunda, alt işveren işçisinin asıl işveren tarafından işe iade edilmesi yönünde bir hüküm kurulamayacağını belirtmiştir. Ancak kararda işçinin, asıl işvereni de alt işverenle birlikte davalı olarak gösterebileceği ve asıl işverenin işe iade davasının mali sonuçlarından alt işverenle birlikte sorumlu olacağı yönünde hüküm kurulmuştur⁶⁵. Öğretide isabetli bir şekilde işçinin, asıl işverene husumet yönelmeksizin doğrudan alt işverene karşı işe iade davası açması ve işe iadesine karar verilmesi; fakat alt işveren tarafından işe başlatılmaması durumunda, işçinin boşta geçen süre ücreti ile iş güvencesi tazminatını asıl işverenden de talep edebileceği ve işçinin asıl işverene karşı dava açmamış olmasının, kanundan doğan müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı ileri sürülmüştür⁶⁶.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının tespiti, işe iade davasında husumetin kime yönlendirileceği açısından büyük önem taşımaktadır. Muvazaanın varlığı, hâkim tarafından re'sen araştırılmalıdır⁶⁷. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işçinin işvereni alt işveren olduğundan davanın alt işverene karşı açılması gerektiğini, ancak yapılan yargılama sonunda ilişkinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesi hâlinde davanın asıl işverene yönlendirilmesi için süre verilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁸. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'ne göre, söz konusu durumda davalı taraf açısından *şekli açıdan mecburi dava arkadaşı bulduğundan*, davanın işverenlerden sadece birine karşı açılması hâlinde, dava hemen reddedil-

⁶² Akyol, (n 55) 1060.

⁶³ Centel, (n 27) 176; Kar, İş Uygulaması, (n 11) 834.

⁶⁴ Aynı yönde görüş için bkz., Akyol, (n 55) 1058.

⁶⁵ Yargıtay 9 HD 2018/1416 E., 2018/15598 K., 12.09.2018; Yargıtay 22 HD 2017/42923 E., 2017/24298 K., 07.11.2017, <https://www.lexpera.com.tr>, (ET. 08.09.2024).

⁶⁶ Osman Güven Çankaya ve Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler (Genişletilmiş 2.Baskı, Yetkin Yayınları 2009), 54.

⁶⁷ Çankaya ve Çil, (n 66) 54-55. Yargıtay 7 Hukuk Dairesi 2014/10352 E., 2014/18531 K., 01.10.2014, <https://yargi.calismatoplum.org/pdf/yargitay-kararlari-4452-b4b88b07.pdf>, (ET. 10.12.2024).

⁶⁸ Yargıtay 9 HD 2013/1506 E., 2013/10620 K., 01.04.2013; Yargıtay 9 HD 2009/26956 E., 2009/24380 K., 28.09.2009, <https://www.lexpera.com.tr>, (ET. 08.09.2024).



memelidir; husumet yöneltilmeyen işverene de davanın teşmili için davacıya süre verilmelidir. Bu süre içinde gerekli işlem yapılmazsa, dava sıfat yokluğundan reddedilmelidir⁶⁹. Öğretide, dava açma süresi içinde işe iade davası açılması durumunda muvazaa nedeniyle açılan davanın hak düşürücü süreyi keseceği ve gerçek hasma karşı dava açılmasına olanak tanınması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁰. Muvazaanın varlığını bilmeksizin alt işverene karşı dava açan işçiye, dava sırasında muvazaanın tespit edilmesi hâlinde açılan davayı asıl işverene yöneltme hakkı tanınması işçinin lehinedir⁷¹.

Geçerli bir alt işveren ilişkisi mevcut olduğunda ve feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçiye işe iade edecek olan alt işverendir. Ancak, boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı açısından, feshi gerçekleştiren alt işverenle birlikte asıl işverenin de sorumluluğu bulunmaktadır⁷². Muvazaalı bir alt işveren-asıl işveren ilişkisi söz konusu olduğunda, işçi alt işverene karşı dava açtıktan sonra muvazaanın tespit edilmesine kadar geçen süre zarfında, işçinin asıl işverene karşı dava açma süresini kaçırma ihtimali bulunmaktadır. Bu durum göz önüne alındığında, işçinin her iki işverene karşı da işe iade davası açması, işçi açısından yararlı görünse de taraflardan biri yönünden dava reddedilirse, davacı işçiye harç ve vekalet ücreti masrafları doğabilir⁷³. Dolayısıyla, alt işverene karşı dava açılması ve mahkeme tarafından muvazaanın tespit edilmesi durumunda, davanın asıl işverene yöneltilmesi için işçiye imkân tanınmalıdır⁷⁴.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona erdiğinde ve işçinin iş sözleşmesi kendi işvereni tarafından feshedildiğinde, işçi işe iade davasını yalnızca kendi işverenine yöneltmelidir⁷⁵. Çünkü artık işçinin işe iade edilmemesinin parasal sonuçlarından sorumlu tutulacak bir asıl işveren bulunmamaktadır⁷⁶.

3. Geçici İş İlişkisi

Hukuka uygun bir geçici iş ilişkisi mevcut olduğunda, sözleşmesi feshedilen işçi, işe iade davasını yalnızca aralarında iş sözleşmesi ilişkisi bulunan işverene karşı aç-

⁶⁹ Yargıtay 22 HD 2012/18063 E., 2012/29283 K., 21.12.2012; Yargıtay 7 HD 2014/3417 E., 2014/11432 K., 27.05.2014; Yargıtay 22 HD 2014/9111 E., 2014/7922 K., 14.04.2014; Yargıtay 22 HD 2013/14683 E., 2013/15812 K., 28.06.2013, www.uyap.gov.tr, (ET. 13.10.2024).

⁷⁰ Centel, (n 27) 177; Çankaya ve Çil, (n 66) 54. *Çankaya ve Çil*, söz konusu durumun hak düşürücü süreyi keseceği ve gerekmesi durumunda temsilde hata olduğu kabul edilerek işçi lehine yorum yoluna da gidilebileceğini ileri sürmüştür. Bkz., Çankaya ve Çil, (n 66) 54.

⁷¹ Tulukçu, (n 18) 301-302.

⁷² Yargıtay 9 HD 2009/44022 E., 2011/162 K., 24.01.2021; Ankara 9 BAM 2021/789 E., 2021/1025 K., 08.04.2021, www.uyap.gov.tr, (ET. 13.10.2024).

⁷³ Çankaya ve Çil, (n 66) 54.

⁷⁴ Tulukçu, (n 18) 302; Yargıtay 22 HD 2011/ 4205 E., 2011/7310 K., 13.12.2011, <https://legalbank.net>, (ET. 15.09.2024).

⁷⁵ Yargıtay 9 HD 2005/3257 E., 2005/4494 K., 17.02.2005, www.uyap.gov.tr, (ET. 10.12.2024).

⁷⁶ Tulukçu, (n 18) 302.

malıdır⁷⁷. Geçici iş ilişkisinin kurulması, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hakkının geçici işverene devredildiği anlamına gelmez. Ayrıca, işe iade davasının sonuçlarından geçici iş ilişkisi kurulan işverenin sorumlu tutulması söz konusu değildir⁷⁸. Bu nedenle, işçiyi geçici olarak devralan işverene karşı husumet yöneltmemelidir⁷⁹. Yargıtay, davacının kendi işverene karşı değil de geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı açtığı davayı yanlış hasım gösterilmesi nedeniyle reddetmiştir⁸⁰.

Öğretideki bir görüşe göre, dava sonucunda işçinin işe iadesine karar verilmesi hâlinde, hukuka uygun bir geçici iş ilişkisi varlığını sürdürdüğü süre ile sınırlı olmak kaydıyla, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süreye ilişkin olarak işçiyi ödenmesi gereken ücret ve diğer haklardan işveren ile geçici işveren müteselsil sorumlu olmalıdır⁸¹. Buna karşılık, bizim de katıldığımız başka bir görüş ise boşta geçen süre ücreti, diğer haklar ve işe başlatmama tazminatından geçici işverenin sorumlu tutulmasının söz konusu olmadığını savunmaktadır⁸².

4. İşyeri Devri

Mevzuatımızda, işyerinin devredilmesinin sonuçlarından işçilerin olumsuz etkilenmemesi adına bazı koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. İş Kanunu'nun 6. maddesinde, hukuki bir işleme dayanılarak işyerinin devredilmesi hâlinde “*devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte*” devralan işverene geçeceği belirtilmektedir (İş K md. 6). İşyerinin devredilmesi, işverenin de kendiliğinden değişmesi sonucunu doğurur. Söz konusu durumda devreden kişi işveren sıfatını yitirir ve işyeri, tüm unsurları ile devralan yeni işverene geçer⁸³.

İşyerinin devrinden önce iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçi, işyerinin devriyle birlikte iş sözleşmesi bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçtiği için, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaya kural olarak devam edecektir. Ancak, işyerinin devri hâlinde iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından bazı zorluklarla karşılaşılması mümkündür.

İş sözleşmesi feshedildikten sonra işe iade davası açma süresi içinde işyerinin devredilmesi durumunda, dava, dava tarihinde işyerini devralmış olan işverene

⁷⁷ Ekmekçi Ömer, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi” (2004) 1 (2) Legal İHSGHD 375, 376; Centel, (n 27) 177; Aydın, (n 43) 344; Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 290-291; Manav, Feshe İtiraz, (n 31) 273; Sarıbay, (n 41) 118; Kar, İş Uygulaması, (n 11) 836; Kurt ve Koç, (n 13) 297; Hromadka und Maschmann (n 19) 523.

⁷⁸ Centel, (n 27) 177; Sarıbay, (n 41) 118-119; Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 290-291; Kurt ve Koç, (n 13) 297.

⁷⁹ Ekmekçi, Geçici İş İlişkisi, (n 77) 375- 376; Kar, İş Uygulaması, (n 11) 836; Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 290.

⁸⁰ Yargıtay 9 HD 2004/14466 E., 2005/422 K., 10.1.2005, <https://legalbank.net>, (ET. 30.09.2024).

⁸¹ Ekmekçi, Geçici İş İlişkisi, (n 77) 376; Gökçe, (n 9) 95.

⁸² Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 290-291; Sarıbay, (n 41) 118-119; Centel, (n 27) 177.

⁸³ Narmanlıoğlu, Davanın Konusu, (n 13) 649.



karşı açılmalıdır⁸⁴. Zira, feshin geçersiz olduğunun tespiti hâlinde işyerinin devriyle birlikte işçiyi işe iade etmekle yükümlü olacak olan kişi, devralan işveren olacaktır. Dava açma süresi içinde işyerinin devredildiğinden haberi olmayan ve davayı işyerini devretmiş olan işverene karşı açan işçinin davası, sırf dava açma tarihinde işyerinin işverenin farklı olması nedeniyle taraf sıfatı yokluğundan reddedilmemeli ve işçinin davasını devralan işveren yönlendirmesine imkân tanınmalıdır⁸⁵. İşyeri devredildikten sonra iş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iade davasını feshi gerçekleştiren devralan işverene karşı açmalıdır⁸⁶. Zira devralan işveren, devir anından itibaren iş sözleşmesinin tarafı olup, sözleşmeyi fesheden kişidir. Dolayısıyla devreden işverenin fesih üzerinde herhangi bir etkisi ve sorumluluğu bulunmamaktadır⁸⁷. Bu nedenle, söz konusu durumda dava devreden işverene karşı açılırsa, mahkeme davayı husumet yönünden reddetmelidir.

Alman hukukunda işyeri devrinden önce işverenin fesih bildiriminde bulunması durumunda, KSchG § 4 çerçevesinde açılan davada işyerini devreden işverenin pasif dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir⁸⁸. Alman Federal İş Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, işveren tarafından yapılan fesihten sonra işyeri devredilmiş olsa bile devreden işverenin pasif dava ehliyetine sahip olduğuna yer vermiştir⁸⁹.

IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME A. Görevli Mahkeme

İş Kanunu'nda işe iade davasında görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu açıkça belirtilmiştir. (İş K. md. 20/1). Kanunda böyle bir hüküm bulunmasa bile, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1 inci maddesi uyarınca bu davada görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunu söylemek mümkündür. İş mahkemelerinin bulunmadığı yargı çevresinde, asliye hukuk mahkemesi, iş mahkemesi sıfatıyla ve İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki yargılama usulü ile bu davaya bakar (İMK md. 2/3). Bu durumda, dava dilekçesinde davanın iş mahkemesi sıfatıyla açıldığı belirtilmemesi mahkemenin görevine etki etmemelidir⁹⁰. Böyle bir durumda mahkeme görevsizlik kararı vermeyip ara kararda belirterek iş mahkemesi sıfatıyla yargılamaya devam etmelidir⁹¹.

⁸⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 18) 1107; Atike Eda Manav, "İşyeri Devrinde İş Güvencesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan (Beta Yayıncılık 2011) 1343, 1374; Tulukçu, (n 18) 327.

⁸⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 18) 1107-1108.

⁸⁶ Çankaya ve Çil, (n 66) 400; Mehmet Halis Karaman ve Elmas Kaşıkçı, "İşyeri Devrinin İşe İade Davası Üzerinde Etkisi" (2021)18(69) Legal İHSGHD 91, 104.

⁸⁷ Gülsevil Alpogut, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı (Beta Yayıncılık 2010), 182-183; Çankaya ve Çil, (n 66) 400; Karaman ve Kaşıkçı, (n 86) 104.

⁸⁸ MüKoBGB/Müller-Glöße BGB § 613a (n 46) Rn. 205.

⁸⁹ BAG: Betriebsübergang (Druckerei) Urteil vom 18. 3. 1999 - 8 AZR 306/98, NZA 1999, 706.

⁹⁰ Sarıbay, (n 41) 120.

⁹¹ Sarıbay, (n 41) 120; Yargıtay 9 HD 2015/4601 E., 2016/15773 K., 30.06.2016, <https://legalbank.net>, (ET.: 21.09.2024).

B. Yetkili Mahkeme

İş Kanunu'nda işe iade davasında hangi yerdeki iş mahkemesinin görevli olacağına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, yetkili mahkemenin tespitinde İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki genel kural dikkate alınmalı ve davalı işverenin, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili mahkeme olduğu kabul edilmelidir (İMK. md. 6/1). İşçinin, yetkili mahkeme konusunda seçimlik hakka sahip olduğu söylenmelidir. Davanın hem alt işverene hem de asıl işverene karşı açılması durumunda, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası gereğince, dava işverenlerden birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6 ncı maddesinde belirtilen yetkili mahkemeler dışında tarafların aralarında başka bir yer mahkemesinin de yetkili olacağını kararlaştırdıkları yetki sözleşmeleri geçersizdir (İMK md.6/5). Bu nedenle, bu davalarda yetki kuralları kesin yetki kuralı niteliğindedir. Hâkim, davanın yetkili mahkemede açılıp açılmadığını kendiliğinden göz önüne almalıdır. Taraflar, davanın her aşamasında yetki itirazında bulunabilirler. Dava süresi içinde ancak yetkisiz bir iş mahkemesinde açılmışsa, uyuşmazlık yetkili iş mahkemesine gönderilmelidir. Yetkisiz mahkeme tarafından dava açma süresi bitiminden sonra davanın yetkili mahkemeye gönderilmesi, davacının davasını süresinde açmadığı sonucunu doğurmaz⁹².

V. DAVANIN KONUSU

Feshin geçersizliği iddiasıyla açılan davanın konusu, feshin geçersiz olduğunun tespiti ve bunun neticesinde işçinin işe iadesinin sağlanmasıdır⁹³. Uygulamada bu dava, işe iade davası olarak adlandırılrsa da mahkeme, işveren tarafından yapılan feshin Kanunda belirtilen geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığını ve feshin usulüne uygun yapıp yapılmadığını tespit etmektedir⁹⁴. Kanundaki düzenlemeye göre, mahkeme kararıyla işverenin işçiyi işe iadeye zorlaması mümkün değildir. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işveren işçiyi işe başlatmak yerine iş güvencesi tazminatı ödemeyi tercih edebilir.

Davanın temel amacı işçinin işe iadesinin sağlanması olduğundan, bu dava tazminat talebini kapsamaz⁹⁵. Bu nedenle, mahkemenin işe iade ve iş güvencesi tazminatından birini seçmesi ve işe iadenin uygulanabilir nitelikte olmadığı gerekçesiyle iş güvencesi tazminatına karar vermesi mümkün değildir⁹⁶.

⁹² Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 265; Manav, Feshe İtiraz, (n 31) 299.

⁹³ Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 297; Centel, (n 27) 181; Manav, Davaya Etkisi, (n 41) 58; Tulukçu, (n 18) 307.

⁹⁴ Süzek ve Başterzi, (n 8) 649; Sarper Süzek, "Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi" (2012) 9(35) Legal İHSGHD 57, 58; Centel, (n 27) 181; Narmanlıoğlu, Davanın Konusu, (n 13) 624; Tulukçu, (n 18) 306.

⁹⁵ Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 297; Sarıbay, (n 41) 104; Manav, Davaya Etkisi, (n 41) 58.

⁹⁶ Sarıbay, (n 41) 105-106; Kurt ve Koç, (n 13) 457; Bozok, (n 13) 54-55.



İş güvencesi hükümlerinden yararlanılması ve işverence yapılan feshin geçersiz olduğunun tespiti hâlinde, işçi işe iade talebi yerine kötüniyet tazminatı talep edemez⁹⁷. Aksi bir görüş ise, işçinin işe iade davasını kazanmış olması durumunda, işe başlamak istememesi⁹⁸ veya işe başlama olanağına fiilen sahip olmaması hâlinde işe iade yerine kötüniyet tazminatı talep etme hakkı bulunması gerektiğini savunmaktadır⁹⁹. Her ne kadar bu görüş isabetli görünse de mevcut düzenlemeler karşısında mümkün olduğu söylenemez¹⁰⁰.

Konuya ilişkin olarak Alman hukukuna baktığımızda Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu § 9 gereğince feshin geçersizliğine karar verildiği zaman hem işçi hem de işveren, işe iadenin gerçekleşmesi durumunda iş ilişkisinin devamının kendilerinden beklenemeyeceği gerekçesiyle mahkmeden iş sözleşmesinin sona erdirilmesini isteyebilir. Sözleşmenin sona erdirilmesini isteyen işçi, tazminat talep etme hakkına sahiptir. Dolayısıyla Alman hukuk sisteminde feshe karşı koruma davası açan işçiye işe iade yerine tazminat talep etme hakkının seçimlik olarak tanındığı söylenmelidir¹⁰¹. Taraflar sözleşmenin sona ermesine karar verilmesine ilişkin taleplerini, istinaf mahkemesindeki son sözlü duruşmanın bitimine kadar yapabilirler (KSChG § 9/I, 3)¹⁰². İşçinin işe iade edilmesi yerine ödenecek olan tazminatın miktarı kural olarak işçinin on iki aylık ücretini geçmemek üzere belirlenir (KSChG § 10/I). Ancak işçinin yaşına ve iş sözleşmesinin süresine göre bu durum değişiklik göstermektedir. İşçi elli yaşını tamamlamış ve iş sözleşmesi de on beş yıl sürmüştse, on beş aylık ücreti tutarına kadar;

⁹⁷ Süzek, Yargılama Süreci, (n 94) 59; Süzek ve Başterzi, (n 8) 649; Gülsevil Alpagut; “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 239; Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 297; Manav, Davaya Etkisi, (n 41) 58-59; Tulukçu, (n 18) 309; Yargıtay 9 HD 2005/24784 E., 2005/29252 K., 12.09.2005; Yargıtay 9 HD 2005/3986 E., 2005/21156, 14.06.2005, www.uyap.gov.tr, (ET. 10.12.2024).

⁹⁸ Bir görüşe göre, işçiye isterse işe iade davası yerine kötüniyet tazminatı ve feshe bağlı diğer haklarını talep edebilme imkânı tanyan yasal bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Bkz., Polat Soyer, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları” Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları (Legal Yayıncılık) 2005, 27, 66; Alpagut, Fesih, (n 97) 239-240; Özkaraca, (n 13) 134; Süzek ve Başterzi, (n 8) 649; Tulukçu, (n 18) 309.

⁹⁹ Soyer, (n 98) 66; Alpagut, Fesih, (n 97) 239-240; Süzek, Yargılama Süreci, (n 94) 59.

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz., Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 297-298.

¹⁰¹ Hromadka und Maschmann, (n 19) 527; APS/Biebl KSChG § 9 (n 38) rn 2; Heinrich Kiel, Stefan Lunk und Hartmut Oetker (Hrsg.) Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Bd. 2: Individualarbeitsrecht II (5. Auflage C.H. Beck 2021) MHdB/Waskow § 132 Auflösung gegen Abfindung nach §§ 9, 10 KSChG rn. 1, 5; BAG 23.6.2005 – 2 AZR 256/04, NZA 2006, 363. Türk hukukunda da işçiye iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve tazminat veya işe iade talep etme konusunda seçimlik bir hak tanınması gerektiğine dair görüşler için bkz., Alp, İş Güvencesi Yasası, (n 31) 27; Özkaraca, (n 13) 120; Sarıbay (n 41) 196. Ayrıca bkz., Centel, (n 27) 308-309; Soyer, (n 98) 65.

¹⁰² APS/Biebl KSChG § 10 (n 38) rn. 9; Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Inken Gallner und Ingrid Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (24. neubearbeitete Aufl., Verlag C.H.Beck 2024) ErfK/Kiel KSChG § 10 rn. 5; MHdB/Waskow § 132 Auflösung gegen Abfindung nach §§ 9, 10 KSChG (n 101) rn. 12; BAG 26.10.1979 – 7 AZR 752/77 zu B II 2, NJW 1980, 1484.

elli beş yaşını tamamlamış ve iş sözleşmesi yirmi yıl sürmüştü on sekiz aylık ücreti tutarına kadar bir tazminat belirlenir. Buna karşın işçi normal yasal emeklilik yaşına ulaşmışsa bu hüküm uygulanmaz (§ 10/II KSchG)¹⁰³.

VI. İŞE İADE DAVASI İLE İŞÇİLİK ALACAKLARININ AYNI DAVADA TALEP EDİLİP EDİLEMeyeCEĞİ SORUNU

İş sözleşmesiyle çalışan işçi, kanundan veya sözleşmeden doğan birtakım alacaklara hak kazanır. Bu alacaklar işveren tarafından ödenmediği takdirde işçi, dava yolu ile talep edebilir. İşe iade davasında verilen hüküm, feshe bağlı olmayan alacaklara etki etmeyeceği için, işe iade davası devam ederken feshe bağlı olmayan alacaklar için ayrı ve müstakil bir dava açılabilir¹⁰⁴. Ancak işe iade davasında mahkeme tarafından verilen hüküm, feshe bağlı alacakları doğrudan etkileyecektir. Mevzuatımızda, işe iade davası devam ederken açılacak alacak davasında mahkemenin izlemesi gereken usule ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada işe iade davasının işçilik alacaklarıyla birlikte açılıp açılmayacağı uyuşmazlık konusu olmuştur. İşe iade davası ile işçilik alacakları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesinde, yargı kararlarındaki genel kabule göre farklı yargılama usullerine tabi davaların tek davada görülememesi ilkesi uyarınca, aynı davada ileri sürülemediği¹⁰⁵. Yargıtay verdiği bir kararda, işe iade davasının seri yargılama usulüne, kıdem, ihbar, maddi ve manevi tazminat taleplerinin ise sözlü yargılama usulüne tabi olduğunu dikkate alarak, farklı yargılama usullerinin uygulanması nedeniyle işe iade davasında, iş hukukundan kaynaklanan başka bir hakkın birlikte veya terditli olarak talep edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁶.

6100 sayılı Kanun'da yazılı yargılama ve basit yargılama usulü düzenlenmiş; iş mahkemelerinde uygulanan sözlü yargılama usulü ile işe iade davalarında uygulanan seri yargılama usulü kaldırılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile her ne kadar işe iade davaları ve işçilik alacakları davaları aynı yargılama usulüne tabi olmuş olsa da Yargıtay, işçinin aynı davada hem işe iade edilmeyi hem de feshe bağlı işçilik alacaklarını talep etmesinin mümkün olmadığı yönünde görüşünü sürdürmüştür. Yüksek Mahkeme'ye göre, işe iade davalarının kısa sürede sonuçlandırılması gerektiği, davaların türlerinin farklı olduğu ve aynı davada işe iade talebiyle feshe bağlı alacak taleplerinin birlikte ileri sürülmesinin çelişki yaratacağı nedeniyle, işçilik alacakları talepleriyle işe iade talepleri aynı davada birlikte ileri sürülmemelidir¹⁰⁷.

¹⁰³ MHdB/Waskow § 132 Auflösung gegen Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG (n 101) rn 44.

¹⁰⁴ Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri (Güncellenmiş 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2024), 792.

¹⁰⁵ Yargıtay 9 HD 2003/14994 E., 2003/14267 K., 11.9.2003; Yargıtay 9 HD 2007/14002 E., 2007/27728 K., 24.09.2007, [https://legalbank.net/\(ET.01.10.2024\)](https://legalbank.net/(ET.01.10.2024)).

¹⁰⁶ Yargıtay 9 HD 2009/23051 E., 2010/19447 K., 21.06.2010; <https://legalbank.net/>, (ET.01.10.2024).

¹⁰⁷ Yargıtay 22 HD 2015/161 E. 2016/7413 K. 10.3.2016; Yargıtay 7 HD 2014/2063 E., 2014/9560 K., 29.04.2014; Yargıtay 9 HD 2014/31047 E., 2015/616 K., 15.01.2015, www.lexpera.com (ET.28.09.2024).



Öğretide bir görüş, işçilik alacağının feshe bağlı olup olmadığını¹⁰⁸ dikkate alarak ikili bir ayrım ile konuyu değerlendirmiştir. Bu görüşe göre, işçi işe iade talebinde bulunurken aynı zamanda fazla çalışma, hafta tatili ücreti, ikramiye gibi feshe bağlı olmayan başka taleplerde de bulunabilir. Böyle bir durumda, objektif dava birleşmesinden (HMK md. 110) söz edilir¹⁰⁹; burada ilk talep işe iade ve ona bağlı haklar, ikinci talepte fazla çalışma gibi feshe bağlı olmayan alacaklardır¹¹⁰. Aksi yöndeki görüş ise, işe iade ile feshe bağlı olmayan işçilik alacaklarının her ikisinin aynı davada aslı talep olarak ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır¹¹¹. Bu görüşe göre, işe iade davası ile feshe bağlı olmayan işçilik alacaklarına ilişkin davada delillerin ikamesi ve tahkikat aşamaları birbirinden tamamen bağımsızdır¹¹². Oysa objektif dava birleşmesinin amacı usul ekonomisidir. Bu ekonomi, delillerin ikamesi ile tahkikat aşamasının ortak yürütülmesiyle sağlanmaktadır¹¹³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre terditli dava açılabilmesi için talepler arasında ekonomik ya da hukuki bağlantının varlığı gerektiğinden işe iade talebi ile feshe bağlı olmayan alacakların terditli olarak talep edilmesi de mümkün değildir. Zira feshe bağlı olmayan alacaklar ile işe iade davası arasında hukuki ya da ekonomik menfaat bulunmamaktadır¹¹⁴.

İşçilik alacağının feshe bağlı olup olmadığına ilişkin ayrım yapan görüşe göre, işe iade talebi ile feshe bağlı alacaklara ilişkin talepler terditli dava¹¹⁵ yoluyla aynı davada istenebilir. Mahkeme tarafından feshin geçersizliğine ve işçinin işe iade edilmemesine karar verilmesi ihtimaline karşı kıdem ve ihbar tazminatı gibi kıdeme bağlı haklar terditli olarak talep edilebilir. Bu durumda işçi, talepleri arasında bir sıralama yaparak öncelikle iş güvencesi çerçevesindeki talepleri, bunlar kabul edilmediği takdirde ise fesih geçerli sayılsa bile feshe bağlı alacakları (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi) talep konusu yaparak terditli dava açma hakkına sahiptir¹¹⁶.

¹⁰⁸ Fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil, hafta tatili ücreti ve asgari geçim indirimi gibi ücret türünden olan alacaklar feshe bağlı olmayan alacaklar, kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağı iş sözleşmesinin feshine bağlı olarak talep edilebilen alacaklardır. İş sözleşmesinin feshine bağlı olmayan alacaklar, iş ilişkisi devam ederken de dava yolu ile talep edilebilir.

¹⁰⁹ Fevzi Şahlanan, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı" Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi 104, 105; Özkes, İşe İade, (n 4) 139; Özkes, İcra Hukuku, (n 4) 498-499; Sarıbay, (n 41) 167; Gökçe, (n 9) 122.

¹¹⁰ Özkes, İşe İade, (n 4) 139; Özkes, İcra Hukuku, (n 4) 498-499.

¹¹¹ Yavuz Özkan ve Fatih Aydın, "İşe İade Davası ile İşçilik Alacaklarının Terditli Davaya Konu Edilmesi" (2021) (45) Sicil İş Hukuku Dergisi 166, 169; Yargıtay 22 HD 2017/32602 E., 2020/8325 K., 01.07.2020, <https://legalbank.net/>, (ET. 01.10.2024).

¹¹² Özkan ve Aydın, (n 111) 169.

¹¹³ Objektif dava birleşmesi hakkında geniş bilgi için bkz., Pekcantez, Pekcantez Usûl, (n 1) 1092-1098.

¹¹⁴ Özkan ve Aydın, (n 111) 172.

¹¹⁵ HMK'nın 111 inci maddesine göre terditli dava, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şartıyla davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebini aralarında aslilik-ferlilik ilişkisi kurmak suretiyle talep etmesidir.

¹¹⁶ Şahlanan, Değerlendirme, (n 109) 104-105; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 20) 590; Özkes, İşe İade, (n 4) 139; Sarıbay, (n 41) 167; Gökçe, (n 9) 120; Özkan ve Aydın, (n 111) 171 vd.

Bu görüşü savunan *Özkan/Aydın*'a göre, işe iade davasının hukuki niteliğinin tespit davası olması feshe bağlı işçilik alacaklarının ise eda davası olması bu davaların terditli olarak açılmasını engellemez¹¹⁷. Eğer talepler terditli dava yoluyla istenirse, mahkeme feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verdiğinde, ferî talep olan feshe bağlı işçilik alacakları yönünden bir hüküm kurmaz¹¹⁸. *Gökçe* de işe iade talebi ile aynı maddi vakıdan kaynaklanan feshe bağlı işçilik alacaklarının ayrı bir davaya konu edilmesi yerine aynı davada değerlendirilmesinin daha hızlı, kolay ve ekonomik olduğunu belirtmektedir¹¹⁹. *Özkan/Aydın*'a göre feshe bağlı alacakların işe iade davasında terditli olarak talep edilmemesi ve ayrı bir davayla istenmesi, iki farklı mahkeme tarafından yürütülebilecek yargılamalara yol açabilir. Bu da yargılamanın uzamasına ve çelişkili kararların verilmesine sebep olabilir. Terditli dava açılması, bu sakıncaları büyük ölçüde önler¹²⁰. Ancak *Özkaraca*, işçinin alacaklarına hızlı bir şekilde kavuşması ve yargının iş yükünün hafifletilmesi açısından bu taleplerin aynı davada talep edilmesinin isabetli olduğunu belirtse de mevcut kanuni düzenlemeler karşısında bunun mümkün olmadığını savunmaktadır¹²¹. Mahkemece işe iadesine karar verilen işçinin işverene başvurup başvurmayacağını, başvurması durumunda işveren tarafından işe başlatılıp başlatılmayacağını ve bunların gerçekleşme tarihinin önceden bilinmesi mümkün değildir. Hukuk sistemimizde işe iade davasının sonuçlarının başlangıçta kesin olarak öngörülmesi mümkün olmadığından, feshe bağlı işçilik alacakları nihai olarak karara bağlanamayacaktır. Bu nedenle de işe iade ile feshe bağlı işçilik alacaklarının aynı davada terditli olarak talep edilmesi ancak feshin geçersizliğine ilişkin dava açan işçiye dava açma aşamasında işe iade ile tazminat talep etme arasında seçim hakkı tanınmasıyla mümkündür¹²². Böylece, işçi, durumunu değerlendirerek en uygun seçeneği belirleyebilir. Bu nedenle *Özkaraca*'nın da belirttiği gibi feshe bağlı işçilik alacaklarıyla işe iade talebinin aynı usule tabi kılınmış olması bu davaların birlikte görülebilmesi için yeterli değildir¹²³. Öğretideki işe iade ile feshe bağlı alacakların bir arada talep edilemeyeceği yönündeki başka bir görüşe göre, iş ilişkisinin işverence yapılan fesihle sona ermediğini saptamak amacıyla açılan işe iade davasında, yıllık izin ücreti gibi iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı talepler istenmemelidir¹²⁴.

¹¹⁷ Özkan ve Aydın, (n 111) 173.

¹¹⁸ Özkan ve Aydın, (n 111) 174.

¹¹⁹ Gökçe, (n 9) 121.

¹²⁰ Özkan ve Aydın, (n 111) 172-173.

¹²¹ Yazara göre, feshe bağlı olmayan alacakların işverenden talep edilmesi bakımından işe iade davasının ne şekilde sonuçlandığı ve dava sonucunda işçinin sergilediği tavrın bir önemi bulunmadığından iş mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulünün tek tip olması bu taleplerin aynı davada ileri sürülmesi bakımından önem arz etmektedir. Bkz., *Özkaraca*, (n 13) 108.

¹²² *Özkaraca*, (n 13) 107-109.

¹²³ *Özkaraca*, (n 13) 108.

¹²⁴ Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, (n 18) 1090; Ömer Ekmekçi, "4857 sayılı Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", (2003) (31) Mercek 132, 137-138; Manav, Davaya Etkisi, (n 41) 58; Ertürk, (n 31) 946-947; Tulukçu, (n 18) 308.



Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında işçinin açmış olduğu işe iade davasında kıdem ve ihbar tazminatı talep etmesini çelişkili bulmuştur. Kıdem ve ihbar tazminatları, feshe bağlı olan haklardır ve iş akdi sona ermeden doğmaz. İşçinin, işe iade davasıyla bir yandan feshin geçersizliğini ve işe iade edilmesini talep ederken, diğer yandan feshin sonucuna bağlı tazminatları talep etmesi isabetli değildir. Her iki dava türünün amacı farklıdır ve birlikte açılması çelişki yaratmaktadır¹²⁵. Yüksek Mahkeme, işe iade ile feshe bağlı alacakların terditli talep edilmesi durumunda mahkemenin davaların ayrılmasına karar vererek yargılama yapması gerektiği yönünde hüküm kurmaktadır¹²⁶. Bir görüşe göre davaların ayrılması durumunda, feshe bağlı alacak davasına bakan mahkeme, işe iade davasının sonucunu bekletici sorun olarak değerlendirmelidir¹²⁷. İşe iade davasında verilen red kararının kesinleşmesi hâlinde, işveren tarafından yapılan fesih geçerli hale geleceğinden, feshe bağlı alacak davasına bakan mahkeme davanın esası hakkında karar vermelidir. İşe iade davasında feshin geçersizliğine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi durumunda, feshe bağlı alacak davasına bakan mahkeme davanın reddine karar vermelidir¹²⁸. Ayrıca, işe iade davası sonucunda ortaya çıkan feshin geçersizliği ya da geçerliliği, artık başka bir dava ile tartışılmayacağından, işe iade davası sonunda verilecek hüküm feshe bağlı işçilik alacaklarına ilişkin davada kesin delil teşkil edecektir¹²⁹. Bazı yargı kararlarında işe iade davasının sonucu, feshe bağlı işçilik alacaklarına ilişkin davada bekletici mesele yapılırken¹³⁰, kimi yargı kararlarında işe iade davası devam ettiği sürece iş sözleşmesinin askıda olduğu gerekçesiyle, feshin gerçekleşmediği kabul edilerek işe iade davasının sonucu kesinleşmeden açılan feshe bağlı alacak davası usulden reddedilmektedir¹³¹.

Öğretideki bir görüş göre, eğer mahkeme mezkûr taleplerin terditli ileri sürülmesinin mümkün olmadığına inanıyorsa davaları ayırarak karar vermek yerine, ara karar ile işe iade davası ve feshe bağlı alacakların terditli olarak ileri sürülemeye-

¹²⁵ Yargıtay 9 HD 2003/14994 E., 2003/14763 K., 11.09.2003, www.uyap.gov.tr, (ET. 08.10.2024). Aynı yönde görüş için bkz., Gökçe, (n 9) 119.

¹²⁶ Yargıtay 7 HD 2013/20398 E., 2014/4161 K., 19.2.2014; Yargıtay 9 HD 2009/23051 E., 2010/19447 K., 21.06.2010, <https://legalbank.net>, (ET. 02.10.2024). Aksi yönde karar için bkz., Yargıtay 22 HD 2015/22856 E., 2017/28386 K., 11.12.2017, <https://lib.kazanci.com.tr>, (ET. 10.12.2024).

¹²⁷ Özkes, İcra Hukuku, (n 4) 487; Gökçe, (n 9) 119; Özkan ve Aydın, (n 111) 170.

¹²⁸ Yargıtay 9 HD 2021/5664 E., 2021/9804 K., 02.06.2021; Yargıtay 9 HD 2021/5665 E., 2021/9809 K., 02.06.2021, <https://legalbank.net>, (ET. 02.10.2024).

¹²⁹ Ekmekçi ve Yiğit, (n 104) 794. Ayrıca bkz., Yargıtay 9 HD 2021/6757 E., 2021/11140 K., 30.06.2021, <https://legalbank.net>, (ET. 10.12.2024).

¹³⁰ Yargıtay 22 HD 2015/14185 E., 2017/2197 K., 14.2.2017; Yargıtay 9 HD 2021/5567 E., 2021/9808 K., 02.06.2021 <https://legalbank.net>, (ET. 02.12.2024).

¹³¹ Yargıtay 9 HD 2012/39228 E., 2014/31208 K., 27.10.2014; Yargıtay 22 HD 2015/29432 E., 2018/8999 K., 18.04.2018; Yargıtay 22 HD 2017/8603 E., 2017/21170 K., 09.10.2017; Yargıtay 9 HD 2016/11969 E., 2020/816 K., 21.01.2020; Yargıtay 9 HD 2021/4726 E., 2021/8890 K., 29.04.2021; Adana 8 BAM 2019/4522 E., 2020/65 K., 09.01.2020 (ET. 07.10.2024), www.uyap.gov.tr, (ET. 10.12.2024).

ceğini belirtmeli ve davacının talebini ayırmasını ya da iki talebini terditli olarak değil, birlikte ileri sürmesi gerektiğini Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesi gereği açıklaması daha isabetli olacaktır¹³².

Kanımızca, Kanun'da yargılama usullerine ilişkin yapılan değişikliklere rağmen, işe iade davalarının ivedilikle sonuçlandırılması anlayışı ile işe iadeyle feshe bağlı işçilik alacaklarına ilişkin taleplerin dava sona erdikten sonra farklı süreçlere tabi olması dikkate alındığında, söz konusu taleplere ilişkin davaların ayrı açılması gerektiği söylenmelidir. İşe iade ile feshe bağlı alacakların aynı davada talep edilmesi hâlinde mahkeme, davaların ayrılmasına karar vermeli ve feshe bağlı alacaklara ilişkin davada, işe iade davası bekletici mesele olarak değerlendirmelidir. İşe iade davasına bakan mahkeme davayı reddeder ve bu karar kesinleşirse, alacak davasına bakan mahkeme bu sonucu dikkate alarak feshe bağlı alacaklar hakkında karar vermeli. Mahkeme, feshin geçersizliği yönünde hüküm kurar yani işçinin davasını kabul eder ve bu kesinleşirse; alacak davasına bakan mahkeme, işçinin süresi içinde işe iade edilmek amacıyla başvuruda bulunup bulunmayacağını ve işveren tarafından işçinin işe iade edilip edilmeyeceğini bekleyerek hüküm kurmalıdır. Zira işçi süresi içinde başvuruda bulunmaz ya da başvuruda bulunmuş ancak işveren tarafından yapılan davete icabet etmemişse fesih geçerli hale geleceğinden, bu durum dikkate alınarak feshe bağlı alacaklar hesaplanacaktır. Buna karşın, işçinin başvurusu üzerine işe başlatılması hâlinde sözleşme feshedilmemiş sayılacak ve feshe bağlı alacaklara hak kazanılmayacaktır¹³³.

VII. YARGILAMA USULÜ VE SÜRESİ

A. Yargılama Usulü

İşe iade davalarının temel amacı, yargılamanın bir an önce sonuçlandırılarak iş sözleşmesinin feshinin geçerli olup olmadığını belirlemektir. İşçinin içinde bulunduğu belirsizliğin kısa sürede netleşmesi için, kanun koyucu hem ilk derece yargılamasında hem de kanun yolu aşamasında işe iade davalarının en hızlı şekilde sonuçlanmasını sağlamak amacıyla özel hükümler getirmiştir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, iş mahkemelerinde işe iade davaları basit yargılama usulü¹³⁴ ile görülür¹³⁵. Yargılama sı-

¹³² Özkan ve Aydın, (n 111) 174, ayrıca bkz., dn. 31.

¹³³ Özkaraca, (n 13) 108-109; Tulukçu, (n 18) 307. Ayrıca bkz., Yargıtay 9 HD 2021/5665 E., 2021/9809 K., 02.06.2021, <https://lib.kazanci.com.tr>, (ET. 10.12.2024).

¹³⁴ Basit yargılama usulü daha hızlı sonuçlanması gereken, daha kısa sürede yapılacak bir inceleme ile çözüme kavuşturulabilecek ve daha kolay bir incelemeyle işin esasına ilişkin detayları tespit edilebilecek dava ve işler için kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz., Köme Akpulat, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, (On İki Levha Yayıncılık 2018), 290-317.

¹³⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak seri muhakeme usulüne yer verilmiş ve "hizmet ilişkisinden doğan davalar" ile "diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler" de "basit yargılama usulü" nün uygulanacağı belirtilmiştir.

rasında usule ilişkin eksiklikler tespit edilirse, dava usulden reddedilir. Esas bakımından yapılan inceleme sonucunda işe, işveren tarafından yapılan feshin, geçerli mi yoksa geçersiz mi olduğuna karar verilir.

B. Yargılama Süresi

İş Kanunu'nun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrasının ilk hâlinde, ilk derece mahkemesinin yargılamayı seri bir şekilde bitirebilmesi için davanın iki ay içinde¹³⁶ sonuçlandırılması gerektiğine yer verilmişti¹³⁷. Ancak uygulamada bu hedefin tam olarak gerçekleşmediği görülmüş ve hüküm, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesiyle değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik sonucunda davanın belirli bir süre öngörülmesinin ivedilikle sonuçlandırılacağı hüküm altına alınmıştır¹³⁸. İvedilikle yargılama, mahkemenin diğer iş davalarına kıyasla işe iade davalarına öncelik vermesi ve bu davaları kendi içlerinde belirli bir sıralamaya göre ele alması anlamına gelmektedir¹³⁹.

VIII. İSPAT YÜKÜ

Bir davada çekişmeli olguların kim tarafından ispat edileceği, ispat yükünün konusunu oluşturur. İşe iade davasında da kimin neyi ispat edeceği büyük önem taşır. Genel kural olarak, bir olaydan kendi lehine haklar çıkaracak kişi, iddia ettiği olayları ispat etmekle yükümlüdür¹⁴⁰. Ancak kanun koyucu, bazı durumlarda bu genel kuraldan sapabilmektedir. İş Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrası da bu duruma örnektir. Bu hükme ilişkin açıklamalara geçmeden önce ilk olarak işe iade davasında işçi tarafından ispat edilmesi gereken hususlara yer vereceğiz. İşe iade davası açan işçi, öncelikle işveren ile arasındaki iş sözleşmesinin varlığını ispatla-

Böylelikle de işe iade davalarında uygulanacak usul bakımından diğer davalar arasındaki fark ortadan kalkmıştır. Bkz., Centel, (n 27) 187.

¹³⁶ Mahkemeler için belirtilen bu sürenin kesin ve hak düşürücü bir süre olmadığı, düzenleyici nitelikte olduğu öğretilde kabul edilmektedir. Dolayısıyla karar, bu süre içinde verilirse de geçerlidir. Bkz., Ejder Yılmaz, "İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler" (2006) (4) Sicil İş Hukuku Dergisi 20, 26, 27; Özkes, İcra Hukuku, (n 4) 489.

¹³⁷ Uygulamada genellikle iş yükü fazlalığı nedeniyle mahkemeler bu süreye uyamadığı için öğretilde iki aylık sürenin gerçekçi olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz., Yılmaz, (n 136) 26; Centel, (n 27) 188.

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, işe iade olgusunun davacı işçi yönünden taşıdığı değer ile söz konusu davanın kısa sürede sonuçlanmasındaki kişisel yararı göz önünde bulundurarak bu davanın, diğer davalarla aynı nitelikte olmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Bkz., AYM. BB. No. 2013/772 K. T. 07.11.2013 pr. 67; AYM. BB. No. 2013/2364 K. T. 07.03.2014 pr. 57. Mahkeme, işe iade davalarında yargılama sürecinin uzamasının iki taraf için de hukuki belirsizliğin sürmesine neden olduğu görüşündedir. Bu durum, iş sözleşmesi feshedilen ancak en kısa zamanda işe dönebilme beklentisi bulunan ve bu nedenle de yeni bir işe başlamada tereddüt eden işçi bakımından ve ilgili pozisyonda yeni bir işçi istihdam ederek iş organizasyonunu tamamlamak isteyen işveren bakımından oldukça önemlidir. Bu sebeple de iş sözleşmesinin feshine ilişkin uyuşmazlıkların kısa sürede sonuçlanması hem işçi hem de işverenin yararına. Bkz., AYM. BB. No. 2013/772 K. T. 07.11.2013 pr. 60; AYM. BB. No. 2013/2364 K. T. 07.03.2014 pr. 51.

¹³⁹ Çil, (n 28) 70; Centel, (n 27) 188.

¹⁴⁰ İspat yükü hakkında geniş bilgi için bkz., Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, (n 1) 1692-1707.

malıdır¹⁴¹. Bunun yanı sıra, davacı işçi, işe iade davasının açılabilmesi için Kanunun 18. maddesinde belirtilen şartları¹⁴² sağladığını ispat etmelidir¹⁴³. İşçi, iş güvencesi kapsamında olduğunu, işyerinin niteliğini, işyerindeki işçi sayısını SGK prim bildireleriyle, bordrolarla ve gerekirse tanıkla ispat edebilir¹⁴⁴. Bu durumun yanı sıra işçinin, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini, süresi içinde arabulucuya başvurduğunu, arabuluculukta anlaşma sağlanmadığını ve süresi içinde işe iade davası açtığını kanıtlaması gerekir. İşçi bu hususları ispat ettikten sonra, işveren tarafından yapılan feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı incelenecektir.

Feshin geçersizliğinin kim tarafından ispat edileceği noktasında kanun koyucu, iş güvencesinin özüne uygun olarak ispat yükünü özel bir düzenlemeyle işverene yüklemiştir¹⁴⁵. Kanunda, feshin geçerli nedene dayandığını, işverenin ispat edeceğine yer verilmiştir (İş K. md. 20/2). Bu durum iş güvencesi sisteminin işçiye sağladığı bir fayda olarak yorumlanabilir¹⁴⁶. Bu düzenleme ile ispat yükü yer değiştirmiş ve işveren, yaptığı feshin geçerli nedene dayandığını ispatlama yükümlülüğü altına girmiştir. İşçinin bu davada feshin geçerli bir nedenle ya da Kanunda aranan usule uygun yapılmadığını iddia etmesi yeterlidir. Feshin geçerli nedene dayandığını ispatlaması gereken işveren, öncelikle feshin Kanunda aranan şekil şartlarına uygun olarak yapıldığını kanıtlamalıdır¹⁴⁷. İşveren, feshin geçerli bir nedene dayandığını her türlü delil ile ispatlayabilir. İşveren, feshin geçerli bir nedene dayandığını veya Kanunda aranan usule uygun yapıldığını ispatlayamazsa, mahkeme feshin geçersizliğine karar verir. Konuya ilişkin Alman hukukuna baktığımızda, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu § 1 ve Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) § 626'ya göre, iş güvencesi kapsamında olan işçi, işveren tarafından yapılan feshe itiraz ederse, fesih sebebini iddia ve ispat yükünün işverende olduğu söylenmelidir¹⁴⁸.

¹⁴¹ Akyiğit, İş Güvencesi, (n 41) 304; Centel, (n 27) 184; Alp, İş Güvencesi Yasası, (n 31) 20; Erdem Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Deliller (Beta Yayıncılık 2006), 67; Özkes, İcra Hukuku, (n 4) 490; Kar B, "İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller" (2005) 2 (7) Legal İHSGHD 1005, 1007; Sarbay, (n 41) 139, Manav H, (n 20) 91; ErfK/Oetker KSchG § 1, (n 102) rn. 58.

¹⁴² Öğretide bir görüşe göre, işyerinde çalışan işçilerin tüm kayıtları işverence tutulduğuna ve bu kayıtlara göre resmî makamlara vergi kesintisi ve bildirim ile sigorta primi kesintisi ve ödemeleri ilgili mercilere işveren tarafından yapıldığından, işçinin çalışmış olduğu işyerinin iş güvencesi kapsamında olduğu (işyerinde otuz işçi çalıştığını) işveren tarafından ispatlanmalıdır. Bkz. Bektaş Kar, "İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller" (2005) 2 (7) Legal İHSGHD 1005, 1007-1008; Sarbay, (n 41) 140.

¹⁴³ Akyiğit, İş Güvencesi, (n 41) 304-305; Centel, (n 27) 184; Alp, İş Güvencesi Yasası, (n 31) 20; Özkes, İcra Hukuku, (n 4) 490; Gökçe, (n 9) 126; Manav, H, (n 20) 91.

¹⁴⁴ Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 314.

¹⁴⁵ Alp, İş Güvencesi Yasası, (n 31) 20; Yargıtay 9 HD 2004/16336 E., 2005/1006 K., 13.01.2005; Yargıtay 9 HD 2016/24425 E., 2016/18092 K., 18.10.2016, www.uyp.gov.tr, (ET. 10.12.2024).

¹⁴⁶ Alp, İş Güvencesi Yasası, (n 31) 20; Yargıtay 9 HD 2019/5877 E., 2019/18656 K., 23.10.2019 T., https://legalbank.net (ET. 10.09.2024).

¹⁴⁷ Akyiğit, İş Güvencesi, (n 41) 305-306; Özdemir, (n 141) 296-297; Sarbay, (n 41) 144; Kar, İspat Yükü (n 142) 1008-1009; Manav, H, (n 20) 93; Yargıtay 9 HD 2017/19782 E., 2018/2782 K., 14.02.2018; Yargıtay 9 HD 2016/21953 E., 2017/15076 K., 05.10.2017, https://lib.kazanci.com.tr, (ET. 04.10.2024).

¹⁴⁸ ErfK/Oetker KSchG § 1, (n 102) rn. 57.



İşçi, davada işveren tarafından ileri sürülen sebepten farklı bir sebebe dayanırsa, İş Kanunu'nun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtildiği gibi, bu sebebi ispatlamakla yükümlüdür. Bu noktada önemli olan, işverenin fesih bildiriminde göstermiş olduğu geçerli sebebi ispat etmesi durumunda işçinin feshin başka bir sebebe dayandığı yönündeki iddiasının dinlenip dinlenemeyeceğidir. Bir görüşe göre, işveren geçerli nedeni ispat ettiğinde, işçinin feshin başka bir nedene dayandığını iddia ve ispat etmesi söz konusu değildir¹⁴⁹. Bizim de katıldığımız başka bir görüş ise bunun mümkün olduğunu¹⁵⁰ ve böyle bir durumda hâkimin sunulan delillerin tümünü değerlendirerek, hangi taraf iddiasını ispatlamaya daha çok yaklaşmışsa onun lehine karar vermesi gerektiğini savunmaktadır¹⁵¹. İşçinin ispat yükünü yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için işverenin ileri sürdüğü fesih nedeninin gerçeği yansıtmadığını ve işverenin gerçek fesih nedenini gizlediğini inandırıcı delillerle kanıtlaması gerekir. İşçi, bu iddiasını her türlü delil ile ispatlayabilir¹⁵².

IX. DAVADAN FERAGAT

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307 nci maddesine göre feragat, davacının talep sonucundan kısmen ya da tamamen vazgeçmesidir. Bu hüküm dikkate alındığında, hiç kimse lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi, açmış olduğu bir davayı da sonuna kadar takip etmeye zorlanamaz. Ancak, iş güvencesine ilişkin kanun hükümleri kamu düzenine ilişkin olduğundan ve işçinin iş ilişkisi içinde bağımlı ve güçsüz bir konumda olduğu göz önünde bulundurulduğunda, iş ilişkisi devam ederken işçinin bu davayı açma hakkından önceden feragat etmesi geçerli değildir¹⁵³. Dava açıldıktan sonra karar kesinleşinceye kadar, davanın her aşamasında davadan feragat edilebileceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁵⁴. Bu durum, yargılamaya hâkim olan ilkelerden biri olan tasarruf ilkesinin bir yansımasıdır (HMK md. 24/3)

¹⁴⁹ Nuri Çelik, İş Sözleşmesinin Geçersizliği ve İşe İade Talebiyle Açılan Davada İspat Yükü, Karar İncelemesi Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan (Legal Yayıncılık 2008) 343, 347; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 20) 585; Centel, (n 27) 185.

¹⁵⁰ Güzel, İş Güvencesi, (n 4) 97; Süzek, Yargılama Süreci, (n 94) 63-64; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 18) 1092; Özkes, İcra Hukuku, (n 4) 491; Özdemir, (n 141) 352; Gökçe, (n 9) 134; Yargıtay 9 HD 2012/26152 E. 2013/2004 K., 21.01.2013, <https://legalbank.net> (ET. 10.12.2024).

¹⁵¹ Güzel, İş Güvencesi, (n 4) 97; Süzek, Yargılama Süreci, (n 94) 64; Sarıbay, (n 41) 146-147.

¹⁵² Özkes, İcra Hukuku, (n 4) 491-492; Özkes, İşe İade, (n 4) 146; Uçum, (n 45) 167; Manav, Geçersiz Fesih, (n 4) 314-315.

¹⁵³ Narmanlioğlu, Davanın Konusu, (n 13) 638; Süzek, Yargılama Süreci, (n 94) 59-60; Münir Ekonomi, "İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh" (2006) (1) Legal YKİ 29, 43; Mustafa Alp, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, 143-144; Tulukçu, (n 18) 311; Bozok, (n 13) 138.

¹⁵⁴ Süzek ve Başterzi, (n 8) 649-650; Süzek, Yargılama Süreci, (n 94) 59; Fevzi Şahlanan, "İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, Karar İncelemesi" Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2005, 42; Özkes, İcra Hukuku, (n 4) 493; Sarıbay, (n 41) 267; Centel, (n 27) 196; Kar, İş Uygulaması, (n 11) 1181; Bozok, (n 13) 138; Yargıtay 9 HD 2016/20475 E., 2017/10697 K., 15.06.2017, <https://www.lexpera.com.tr>, (ET. 12.20.2024).

Bu kapsamda cevaplanması gereken asıl soru, iş sözleşmesi feshedildikten sonra dava açma süresi geçmeden ve dava açmadan önce dava açma hakkından feragat edilip edilemeyeceğidir. Yargıtay'ın ve öğretinin baskın görüşüne göre, fesihden sonra da olsa işe iade davası açma süresi içerisinde davadan feragat hüküm doğurmamaktadır¹⁵⁵. İşçi, iş sözleşmesi feshedildikten sonra Kanun'da öngörülen hak düşürücü süre içerisinde hareketsiz kalarak işe iade davası açmaktan kaçınabilir. Bu durum dikkate alındığından, dava açma süresinde işçinin dava açma hakkından feragat etmesi, iş güvencesinin etkisiz bırakılmak istendiği ihtimalini güçlendirmektedir. İş güvencesine ilişkin hükümler kamu düzenine ilişkin olup, ekonomik ve sosyal olarak zayıf konumda bulunan işçinin işveren karşısında korunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, işe iade davasının açılmasından önce feragati içeren hukuki düzenlemeler, anayasal hak arama özgürlüğüne ve yargı organı önünde davacı olma hakkına aykırı (AY md. 36) olup, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca geçersizdir¹⁵⁶. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre, *"İşçinin feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davasını açma hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiş olup aynı yasanın 2. maddesi son fıkrasına göre, yasa ile getirilen bu hakkın değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir"*¹⁵⁷. Öğretideki aksi yöndeki görüşe göre, İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasında yer alan, aynı maddenin ilk üç fıkrasının sözleşmelerle hiçbir suretle değiştirilemeyeceğine dair düzenleme, işe iade davasının açılmasıyla değil, açılmış olan davanın geçersizliğine karar verilmesinin sonuçlarıyla ilgilidir¹⁵⁸. İşe iade davası açma hakkı, Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir ve bu hüküm, 21. maddenin son fıkrasının dışında kalmaktadır. Sonuç olarak, Kanunda dava açma süresi içerisinde işçinin dava açmaktan vazgeçmesini geçersiz sayan bir hüküm bulunmamaktadır¹⁵⁹. Ancak, bu husus, işçinin gerçek iradesiyle feragat etmesi durumunda geçerlidir.¹⁶⁰

İşçi, işe iade davası açtıktan sonra davadan feragat ederse, hâkim davanın konusuz kaldığına karar vermeli ve feragat eden işçi aleyhine yargılama giderlerine

¹⁵⁵ Yargıtay 9 HD 2004/31713 E., 2004/1005 K., 27.12.2004, www.uyap.gov.tr, (ET. 21.10.2024); Savaş Taşkent, "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı" Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004 (Kamu-İş Yayınları 2006), 64; Akı, (n 31) 318; Süzek, Yargılama Süreci, (n 94) 61; Sarıbay, (n 41) 268.

¹⁵⁶ Taşkent, (n 155) 64; Süzek, Yargılama Süreci, (n 94) 61; Centel, (n 27) 196; Köme Akpulat, (n 134) 222; Bozok, (n 13) 138; Yargıtay 22 HD 2011/14793 E., 2012/8283 K., 30.04.2012, https://legalbank.net, (ET. 19.20.2024).

¹⁵⁷ Yargıtay 9 HD 2007/13995 E., 2007/27723 K., 24.09.2007, https://legalbank.net, (ET. 08.10.2024).

¹⁵⁸ İş Kanunu'nun 21 inci maddesinin son fıkrasında yer alan hükmün amacı, parasal yaptırımların sözleşmelerle artırılmasının önüne geçmek ve bu yönde hükme mutlak emredici nitelik kazandırmaktır. Bkz., Şahlanan, Protokolün Geçersizliği, (n 154) 42.

¹⁵⁹ Ekonomi, (n 153) 43 vd.; Alp, Değerlendirme 2006, (n 153) 142 vd.

¹⁶⁰ Ekonomi, (n 153) 44-45.



hükmetmelidir (HMK md. 312/1)¹⁶¹. Feragat eden işçi, bu konuda yeniden dava açamayacaktır. Ancak, öğretideki bir görüşe göre, işçi davanın konusuz kalmasını talep etmezse, işe iade bakımından dava konusuz kalsa da boşta geçen süre ücreti ödenmedikçe talep ve dava konusu geçerliliğini koruyacaktır¹⁶².

Feshin geçersizliğinin tespitiyle işe iade talep edilmeksizin boşta geçen süre ücreti talep edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, işe iade davasından feragat edilmesi durumunda feshin geçersizliği ile işe iade edilmeye bağlı olan tüm hukuki sonuçlardan feragat edildiği kabul edilmelidir. Zira işçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanabilmesi için mahkemece feshin geçersizliğiyle işçinin işe iadesine karar verilmesi ve bunun üzerine işçinin süresinde işe iade edilmek üzere işverene başvuruda bulunması gerekir¹⁶³. Bu nedenle dava açıldıktan sonra işe iade davasından feragat edilirse, mahkeme davanın konusuz kaldığı gerekçesi ile yargılama giderleri hakkında hüküm kurarak davayı sonlandırmalıdır.

Konuya ilişkin olarak Alman hukukuna baktığımızda, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda feshe karşı işçiyi korumaya yönelik hükümlerden işçinin önceden vazgeçebileceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, kanunda konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmaması, işçinin söz konusu kanun hükümlerinin kendisine sağladığı güvencelerden vazgeçmesinin mümkün olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır¹⁶⁴. Alman hukukunda işçinin, iş sözleşmesinin feshine bağlı haklarından fesih öncesinde vazgeçebilmesi mümkün değildir. Böyle bir sözleşme, mutlak olarak geçersiz sayılmaktadır¹⁶⁵. Buna karşın, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi için bildirim yapıldıktan sonra işçinin, iş sözleşmesinin feshine bağlı haklardan ve özellikle feshe karşı koruma hükümlerinden vazgeçmesi mümkündür¹⁶⁶. Öğretimizde *Ekonomi* de iş ilişkisi kurulurken ve devam ederken iş güvencesi hükümlerinden feragat edilmesinin geçersiz olduğunu, ancak iş sözleşmesi feshedildikten yani işe iade davası açma hakkı doğduktan sonra bu haktan feragat etmenin mümkün ve geçerli olduğunu ileri sürmektedir¹⁶⁷.

X. İŞE İADE DAVALARINDA KANUN YOLU

İşe iade davası sonucunda verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Böyle bir durumda, Bölge Adliye Mahkemesi davayı ivedilikle ve kesin olarak

¹⁶¹ Manav H, (n 20) 90; Bozok, (n 13) 138.

¹⁶² Özekes, İcra Hukuku, (n 4) 152; Manav H, (n 20) 90.

¹⁶³ Yargıtay 9 HD 2008/3686 E., 2008/23513 K., 15.09.2008, <https://legalbank.net>, (ET. 22.10.2024).

¹⁶⁴ MHD/B/Waskow § 132 Auflösung gegen Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG (n 101) rn 6; Altenburg, Reufels und Leister, (n 47) 75.

¹⁶⁵ Altenburg, Reufels und Leister, (n 47) 76.

¹⁶⁶ Altenburg, Reufels und Leister, (n 47) 74-76; BAG 19.12.1974 AP BGB § 620; LAG Köln 14.07.1994 - 4 Sa 579/94; BAG, 06. 09. 2007 - 2 AZR 722/06, NZA 2008, 219; LAG Baden-Württemberg 19. 07. 2006 2 Sa 123/05.

¹⁶⁷ *Ekonomi*, (n 153) 43, 46.

karara bağlar (İş K md. 20/3). Kanunun gerekçesinde de “*Düzenleme ile, 6100 sayılı Kanundaki genel düzenleme yanında, iş hukukunun temel prensipleri dikkate alınarak daha kısa sürede kesinleşmesinde yarar umulan dava türlerinin de bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi öngörülmekte ve bu şekilde bir yandan da Yargıtayın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır*”¹⁶⁸” denilmektedir. Bu sebeple, işe iade davalarına karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz.

İşe iade kararının kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için en fazla dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer hakları ile işe başlatılmaması hâlinde ödenecek iş güvencesi tazminatı miktarı temyiz başvuru sınırını aşsa da temyiz kanun yoluna başvurulamayacaktır¹⁶⁹. Bu durum, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir¹⁷⁰. Feshin geçersizliği talebinden bağımsız olarak açılan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretine ilişkin alacak davaları, miktarları bakımından temyiz sınırının üzerindeyse temyize başvurulabilir¹⁷¹.

SONUÇ

İş sözleşmesinin feshinin geçersizliğinin tespiti amacıyla açılan işe iade davasının hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Kanımızca, İş Kanunu’nun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*mahkemece.. tespit edilerek*” ifadesi ve mahkeme tarafından kararlaştırılan boşta geçen süre ücreti ile iş güvencesi tazminatının doğumunun şarta bağlı olması nedeniyle, işe iade davası tespit davası niteliğindedir. Her ne kadar Kanunda yapılan değişikliklerle işçinin işe iade edilmemesi durumunda ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin süre olarak değil, parasal olarak belirlenmesi düzenlenmiş olsa da, bu durum davanın tespit davası niteliğini değiştirmemektedir.

Kanunda işe iade davası açmak isteyen işçinin, öncelikle fesih bildirimiminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurması ve bu süreçte anlaşma sağlanamaması durumunda son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde dava açması gerektiği belirtilmiştir. Ancak mevzuatımızda, işçinin yokluğunda son tutanağın düzenlenmesi durumunda dava açma süresinin ne zamandan itibaren başlayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca, Kanunda tutanağın işçiye tebliği tarihinden itibaren dava açma süresinin başlamasına dair açık bir hüküm öngörülmelidir. Konuya ilişkin bir düzenleme yapılana

¹⁶⁸ <https://www.lexpera.com.tr>, (ET. 17.10.2024).

¹⁶⁹ Centel, (n 27) 198; Süzek, Yargı Kararı, (n 8) 19; Bektaş Kar, İş Yargılaması Usulü (Yenilenmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları 2021), 966.

¹⁷⁰ Süzek ve Başterzi, (n 8) 129; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 20) 68; Mollamahmuttoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 18) 1094; Ekmekçi ve Yiğit, (n 104) 768; Ekmekçi, İş Mahkemeleri Kanunu, (n 17) 18; Kar, Yargılama Usulü, (n 169) 961; Ercüment Özkaraca ve Sema Deniz Özkan, “Sendikal Nedene Dayanan İşe İade Davalarında Kanun Yolu” (2019) (41) Sicil İş Hukuku Dergisi 36, 45-47.

¹⁷¹ Kar, Yargılama Usulü, (n 169) 966; Özkaraca ve Özkan (n 170) 48.



kadar, her ne kadar kanun koyucu tarafından arabulucuya son tutanağı taraflara tebliğ etme yükümlülüğü öngörülmemiş olsa da, işçinin gıyabında düzenlenen son tutanağın işçiye tebliğ edilmesi gerektiği kabul edilmeli ve bu tutanağın tebliğ tarihinden itibaren işe iade davası açma süresinin başlaması gerektiği benimsenmelidir.

İşe iade davasında husumet, işverene yöneltilmelidir. Alt işverenlik ilişkisi, geçici iş ilişkisi ve işyerinin devri durumlarında husumetin kime yönlendirileceği büyük önem taşımaktadır. Husumetin yanlış kişiye yönlendirilmesi durumunda dava usulden reddedilecektir. Ayrıca, işçi husumette yanıldığı taraf lehine yargılama giderleriyle vekalet ücreti ödemek zorunda kalacak; bu durumda Kanunda öngörülen iki haftalık hak düşürücü süre de geçmiş olduğundan işçi işe iade davası açma hakkını kaybetmiş olacaktır.

İşçinin işe iade davası ile işçilik alacaklarını aynı davada talep edip edemeyeceği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Feshe bağlı olan haklar, iş akdi sona ermeden doğmaz. Bu nedenle, kanımızca işçinin işe iade davasıyla birlikte bir yandan feshin geçersizliğini ve işe iade edilmesini talep etmesi, diğer yandan ise feshin sonucuna bağlı tazminatları talep etmesi isabetli değildir. Her iki dava türünün amacı farklıdır ve birlikte açılması çelişki yaratmaktadır. İşe iade ile feshe bağlı işçilik alacaklarının aynı davada terditli olarak talep edilmesi, ancak feshin geçersizliğine ilişkin dava açan işçiye dava açma aşamasında işe iade talep etmek yerine iş sözleşmesinin sona erdirilerek tazminat talep etme imkânı tanınması durumunda mümkündür. Böyle bir durumda, feshin geçersizliği sonucunda tazminat talep eden işçi, feshe bağlı işçilik alacaklarını da aynı davada talep etme hakkına sahip olacaktır.

Kanun koyucu, işe iade davalarında özel bir hükümle ispat yükünü düzenlemiştir. İşçinin korunması ve iş ilişkisine dair bilgi ve belgelerin işverende bulunduğu düşüncesiyle, ispat yükü işçiden alınmış ve feshin geçerli nedene dayandığını işveren ispatla yükümlü kılınmıştır. Buna karşılık, işçi feshin başka bir nedene dayandığını ileri sürüyorsa bunu ispat etmelidir (İş K md. 20/2). İşçi, bu durumu her türlü delille ispatlayabilir.

İşveren ile iş ilişkisi devam eden işçi, önceden işe iade davası açma hakkından feragat edemez. Buna karşılık, işçi dava açtıktan sonra karar kesinleşinceye kadar, davanın her aşamasında davadan feragat edebilir. Böyle bir durumda hâkim, davanın konusuz kaldığına karar vermeli ve feragat eden işçi aleyhine yargılama giderlerine hükmetmelidir.

Kanun koyucu, Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek ve davanın kısa sürede sonuçlanması ve tarafların durumunun hızlıca netleşmesi amacıyla işe iade davalarına karşı temyiz kanun yolunu kapatmıştır. Ancak kanaatimizce Bölge Adliye Mahkemesi daireleri arasında farklı görüşlerin bulunması ve içtihat birliğinin zedelenecek olması nedenleri ile işe iade davalarının Bölge Adliye Mahkemelerinde kesinleşmesi birtakım sakıncaları beraberinde getirecektir. İş hukukunun en önemli amaçlarından biri, işçi

ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin devamını sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda iş güvencesi hükümleri getirilmiş; işverenin fesih hakkı işçinin ve toplumun menfaatine olacak biçimde sınırlandırılmıştır. İş güvencesi hükümleri ile getirilmek istenen amacın sağlanabilmesi ancak etkin bir yargılama ile mümkün olduğundan, işe iade davalarında kanun yolu denetimi büyük bir öneme sahiptir. Bu davalar bakımından temyiz yolunun kapatılması, Yargıtay içtihatlarıyla iş hukukunun gelişim imkanını ortadan kaldıracak; bu da iş güvencesi açısından fesih sebeplerinin sağlıklı bir şekilde incelenmesini engelleyecek ve içtihat birliğinin sağlanmasını zorlaştıracaktır.

KAYNAKÇA

Akı E, “İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları” İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı (TŞOF Plaka Matbaacılık 2006) 283-321

Akil C, “İşe İade Davasının Hukuki Niteliği ve İcrası Konusunda Değerlendirmeler” (2021) 47(3) Yargıtay Dergisi 829-848.

Akyiğit E, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi Legal İHSGHD (2008) 5 (17) 10-25.

Akyiğit E, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade) (Seçkin Yayınları 2007).

Akyol Ç, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kapsamında İşe İade Davalarında Taraf Sıfatı” (2011) 8(31) Legal İHSGHD 1047-1063.

Alp M, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)” (2003) 5(1) DEÜHFD 1-40.

Alp M, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 Ankara 2009, 133-177.

Alpagut G, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi” III. Yılında İş Güvencesi Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, 200-251.

Alpagut G, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Fesih Hakkı (Beta Yayıncılık 2010).

Altenburg S, Reufels J. M. und Leister T, “Der Vorausverzicht auf den Abfindungsanspruch aus § 1a KschG” NZA (2006) 2, 71-76.

Annuß W, Kündigungsschutz nach der Reform NJW 2004, 177-184.

Ascheid R, Preis U und Schmidt I, (Hrsg.), Kündigungsrecht Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen (7., neu bearbeitete Auflage, C.H BECK 2024) (APS/Bölüm Yazarı/Bölüm).

Aydın, U, Bireysel İş Hukuku (Güncellenmiş-Genişletilmiş 7. Baskı Nisan Kitabevi 2023).

Baycık G, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar (Yetkin Yayıncılık 2011).

Bozok S, İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası (On İki Levha Yayıncılık 2019).

Bulun Tokkaş S, “İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi” (2021) 29(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 179-217.

Centel T, İş Güvencesi (2. Baskı, Legal Yayınevi 2020).

Çankaya OG, İşçinin Ölümünün Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarına Etkisi, Yargıtay’ın Yeni Görüşü, (2010) (17) Sicil İş Hukuku Dergisi 199- 210.



Çankaya OG ve Çil Ş, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler (Genişletilmiş 2.Baskı, Yetkin Yayınları 2009).

Çankaya OG, Günay Cİ ve Göktaş S, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları (Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2006).

Çelik N, İş Sözleşmesinin Geçersizliği ve İşe İade Talebiyle Açılan Davada İspat Yükü, Karar İncelemesi Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan (Legal Yayıncılık 2008) 343-349.

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 36. Bası, Beta Yayıncılık 2023).

Çil Ş, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 sayılı İMK Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi (Yetkin Yayıncılık 2018).

Ekmekçi Ö, "4857 sayılı Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", (2003) (31) Mercek 132-139.

Ekmekçi Ö, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi" Legal İHSGHD (2004) 1(1) 165-180.

Ekmekçi Ö, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi" (2004) 1 (2) Legal İHSGHD 375- 376.

Ekmekçi Ö, "Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu" "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı" (On İki Levha Yayıncılık 2018).

Ekmekçi Ö ve Yiğit E, Bireysel İş Hukuku Dersleri (Güncellenmiş 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2024).

Ekonomi M, "İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh" (2006) (1) Legal YKİ 29-47.

Engin M, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi (Beta Yayıncılık 2003).

Ertürk Ş, "İşe İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yarattığı Sorunlar" (2009) 6(23) Legal İHSGHD 939-962.

Gökçe E, Türk İş Hukukunda İşe İade Davası (Legal Yayıncılık 2008).

Güzel A, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı (İstanbul Barosu Yayınları 2004) 15-145.

Güzel A, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Bakış)", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu (Legal Yayıncılık 2014) 237-317.

Güzel A, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020 (On İki Levha Yayıncılık 2024) 189-370.

Hromadka W und Maschmann F, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, Band I (7. Auflage Springer 2018).

Kar B, "İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller" (2005) 2 (7) Legal İHSGHD 1005-1055.

Kar B, "İşe İade (İş Güvencesi) Davasında Yargılama Hukuku Sorunları" 2008 (1) Ankara Barosu Dergisi, 87-115.

Kar B, İş Güvencesi ve Uygulaması, Genişletilmiş, Yenilenmiş ve Son İlke Kararları Eklenmiş (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2011).

Kar, B, İş Yargılaması Usulü (Yenilenmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları 2021).

Karaman MH ve Kaşıkçı E, “İşyeri Devrinin İşe İade Davası Üzerinde Etkisi” (2021)18(69) Legal İHSGHD 91-116.

Kılıçoğlu M ve Şenocak K, İş Güvencesi Hukuku (Legal Yayıncılık 2007).

Kiel H, Lunk S und Oetker H (Hrsg.) Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Bd. 2: Individualarbeitsrecht II (5. Auflage C.H. Beck 2021) (MHdB/Bölüm Yazarı).

Köme Akpulat A, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri (On İki Levha Yayıncılık 2018).

Kurt R ve Koç M, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Manav AE, “İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü” (1) 1(3) TAAD 259-300.

Manav AE, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları (Turhan Kitabevi 2009).

Manav AE, “Feshe İtiraz Davasının Yargılama Sürecinde Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi” (2010) (17) Sicil İş Hukuku Dergisi 58-73.

Manav AE, “İşyeri Devrinde İş Güvencesi” Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan (Beta Yayıncılık 2011), (Devir) 1343-1384.

Manav H, İş Sözleşmesinde Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Hukuki Sonuçları (On İki Levha Yayıncılık 2010).

Mollamahmutoğlu, H, Astarlı M ve Baysal U, İş Hukuku (Güncellenmiş 7. Baskı Lykeion Yayınevi 2022).

Müller-Glöge R, Preis U, Gallner I und Schmidt I (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (24. neubearbeitete Aufl., Verlag C.H.Beck 2024), (ErfK/Bölüm Yazarı/Bölüm).

Narmanlıoğlu Ü, “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Açılacak Davanın Konusu, Niteliği ve Davayı Tamamen ya da Kısmen Konusuz Bırakan Olaylar” Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan (Beta Yayıncılık 2011) 623-655.

Narmanlıoğlu Ü, “İş Kanunu’nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu’nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)” (2017) (38) Sicil İş Hukuku Dergisi 9-21.

Özdemir E, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Deliller (Beta Yayıncılık 2006).

Özekes M, “İş Kanunu’nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (TBB Yayını 2004) 479-514.

Özekes M, “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları (Legal Yayıncılık 2005) 131-170.

Özekes M, “7036 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi” (2018) (39) Sicil İş Hukuku Dergisi 62-77.

Özkan Y ve Aydın F, “İşe İade Davası ile İşçilik Alacaklarının Terditli Davaya Konu Edilmesi” (2021) (45) Sicil İş Hukuku Dergisi 166-182.

Özkaraca E, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış” İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna



İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2015. Yılı Toplantıları (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 92-136.

Özkaraca E ve Özkan SD, “Sendikal Nedene Dayanan İşe İade Davalarında Kanun Yolu” (2019) (41) Sicil İş Hukuku Dergisi 36-61.

Öztürk A, “Karar İncelemesi: İşe İade Davası Yargılaması Sırasında İşçinin Vefatı Halinde Boşta Geçen Süre Ücreti ve İş Güvencesi Tazminatının Mirasçılara Ödenmesi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 16.09.2015 Tarihli ve E. 2013/2309- K. 2015/1761 Sayılı Kararı” (2022) 1(1) Konya Barosu Dergisi 127-154

Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H, Medeni Usûl Hukuku (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).

Rolfs C/Giesen R/Meßling M/Udsching P, BeckOK Arbeitsrecht (73. Edition Verlag C. H. Beck 2024), (BeckOK Arbeitsrecht).

Sarıbay G, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları (Legal Yayıncılık 2007).

Soyer P, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları” Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları 2005 (Legal Yayıncılık) 27-69.

Sümer HH, İş Hukuku Uygulamaları (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).

Süzek S, “İşyerinin Kurulması, Faaliyetinin Durdurulması ve Kapatılması” Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan (Beta Yayıncılık 2001) 1326- 1349.

Süzek S, “Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi” (2012) 9(35) Legal İHSGHD 57-75.

Süzek S ve Başterzi S, İş Hukuku (24. Baskı Beta Yayıncılık 2024).

Süzek, Sarper: “İşe İade Davalarında Yargı Kararı” (2018) (40) Sicil İş Hukuku Dergisi 11-21.

Säcker, F J, Rixecker, R, Oetker, H und Limperg, B (Hrsg.) : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (9. Auflage, C.H.BECK 2023) (MüKoBGB/Bölüm Yazarı).

Şahlanan F, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı” Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (Türk-İş Yayınları 2005).

Şahlanan F, “İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, Karar İncelemesi” Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2005.

Taşkent S, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı” Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004 (Kamu-İş Yayınları 2006) 47-85.

Tulukçu B, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade (Seçkin Yayıncılık 2017).

Tuncay AC, “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor” Çimento İşveren Dergisi (2003) 17(1) 3-18.

Uçum M, Yeni İş Kanunu Seminer Notları (Legal Yayıncılık 2003).

Uşan MF, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, (2008) 10(1) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1-47.

Ürcan G, İşe İade Davasında Husumet Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan (Yetkin Yayınları 2009) 1197-1217.

Yılmaz E, “İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler” (2006) (4) Sicil İş Hukuku Dergisi 20-31.

YURT DIŞI DİL OKULU EĞİTİM HİZMET DANIŞMANLIĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

*Legal Nature of Overseas Language School Education
Service Consultancy Agreement*

Selin SERT SÜTÇÜ*

Özet

Günümüzde çalışma hayatında veya gündelik hayatta tek bir dilin yeterli olmaması, insanları yeni diller öğrenmek için heveslendirmiştir. İnsanların yeni yerler görme, yeni kültürleri tanıma arzusu insanları yeni bir dil öğrenmek için farklı yöntemler uygulamaya sevk etmiştir. Bir dili öğrenmenin en kolay yolu, o dilin konuşulduğu ülkede yaşayarak, o dili gündelik hayatta kullanarak öğrenmektir. Bu sebeple insanlar yeni bir dil öğrenebilmek için o yabancı dilin en çok konuşulduğu ya da o yabancı dilin en rahat öğrenilebileceği ülkelere seyahat etmek için güvenli yollar ve o ülkelere gidebilmek için gerekli prosedürlerin ne olduğunu araştırmışlar ancak bazı zamanlarda sağlıklı bilgilere ulaşamamışlardır. Bir dilin konuşulduğu ülkeye gidebilmek için o ülke vize istiyorsa vize alınması, kişinin orada kalabilmesi için bir yer tahsis edilmesi ve dil okullarının eğitim kalitesinin tespit edilmesi önemlidir. İnsanlar yabancı dil öğrenmek için o dilin konuşulduğu ülkelere gidebilmek amacıyla çeşitli çareler aramışlar, bu çarelerin sonucu olarak da yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmeleri ortaya çıkmıştır. Çalışmamızın amacı; bu sözleşmelerin hukuki niteliğini ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Yurt dışı dil okulu, eğitim sözleşmesi, danışmanlık hizmeti, hukuki niteliğin tespiti.

Abstract

Today, the fact that a single language is not enough in business life or daily life has motivated people to learn new languages. People's desire to see new places and get to know new cultures has led people to apply different methods to learn a new language. The easiest way to learn a language is to learn it by living in the country where that language is spoken and using that language in daily life. For this reason, people have researched the safe ways to travel to the countries where that foreign language is spoken the most or where that foreign language can be learned most easily, and the necessary procedures to go to those countries, but sometimes they have not been able to access reliable information. If a country requires a visa to go to a country where a language is spoken, it is important to obtain a visa, to allocate a place for the person to stay there, and to determine the quality of education in language schools. People have sought various solutions to go to countries where that language is spoken to learn a foreign language, and as a result of these solutions, overseas language school education service consultancy contracts have emerged. The purpose of our study is to reveal the legal nature of these contracts.

Keywords: Foreign language school, education contract, consultancy service, determination of legal qualification.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 01.11.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, selinsert@akdeniz.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7483-6394>.

GİRİŞ

Yabancı dilleri yurt dışında öğrenme ve bu amaçla yapılan sözleşmeler hem gidilen ülkenin kültürünün tanınması hem de yabancı dille daha çok pratik yapılması bakımından çok popüler hale gelen sözleşmeler arasında yer almaktadır. Dilin yurt dışında öğrenilmesi, kültür etkileşimini de sağladığından dilin o ülkede yerel olarak nasıl kullanıldığı, farklı terimlerin dil kullanırken tercih edilip edilmediği, en önemlisi de yaşarken öğrenme imkânı sağladığından tercih edilmektedir. yurt dışı dil okulları öğrencilere çeşitli kültür programları, kalacak yer gibi farklı konularda da destek oldukları için eğitim almak isteyen kişi açısından büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Çalışmamızda, yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinin tanımı, tarafları incelenerek sözleşmenin hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK

İş arama, iş bulma veya çalışılan işte daha ön planda olma, değişik kültürlerle tanışma ve kültürleri tanıma ya da yurt dışında yaşama isteği gibi birçok neden insanları dil öğrenmeye sevk etmiştir. Yabancı dil öğrenmek, farklı toplumdaki insanları anlamının ve iletişim kurmanın en etkili yoludur. Farklı sebeplerle de olsa, insanların yabancı dil öğrenmek istemesi ancak hiç dil bilmeden yurt dışına çıkma korkusu, gidilecek ülkenin vize istemesi, kalacak yer sorunu hatta ilk yurt dışına çıkıldığında adres sorma, marketten alışveriş yapma dahil birçok husus insanlar için sorun olmuş, bu sorunun çözülmesi için de bir yol olarak; yurt dışı dil eğitimi danışmanlık hizmeti veren kuruluşlar açılmıştır¹. Söz konusu kuruluşlar, yurt dışında yabancı dil eğitimi almak isteyenlere, kalacak yer, yabancı dil kursu, havalimanında karşılama, gidilen ülkenin veya şehrin kültürünün tanıtılması gibi birden çok hususu içeren farklı alternatifler sunmaktadır. yurt dışında eğitim almak isteyenler, bu kuruluşlara giderek, talepleri doğrultusunda sözleşmeler hazırlanmasını talep etmekte, söz konusu taleplere uygun sözleşmeler hazırlanmaktadır. Sözleşmede belirlenen taleplere uygun olarak, eğitim hizmet danışmanlığı alan kişiden bedel tahsis edilmektedir.

Yurtdışına gitme, yeni yerler görme, yeni kültürler tanıma, devamında o kültürü öğrenmenin en iyi yolu olan o dili konuşma veya yaşadığı ülkede daha fazla iletişim kurmak amacıyla yeni diller öğrenme arzusu bu konuda insanlarda merak uyandırmış ve bu düşünceyle insanlar araştırmalar yapmaya başlamıştır. Araştırmalarda farklı ülkelerdeki bilgi alma yollarının da o ülkenin yabancı dilinde olması

¹ Süheyla Balkar, 'Yurt Dışı Eğitim Danışmanlığı Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Taraf İradesiyle Belirlenmesine Yönelik Bazı Tespitler' (2022) 17 (210) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 939; Josep Maria Bech Serrat, 'Consumer Travel Law' in EU Consumer and Travel Law (ed. Christian Twigg- Flesner) (Elgar Online 2016) 361; Maria Goretti Sanches Lima, Traveller Vulnerability in The Context Of Travel and Tourism Contracts A Comprasion Of Brazilian and EU Law (Springer 2018) 31.

insanları bu konuda farklı çareler aramaya yönlendirmiştir. yurt dışında yaşamın en önemli koşullarından birisi, iletişimi sağlamak adına dil öğrenmek olduğundan ve aynı zamanda en güzel öğrenme yollarından birisinin yaşayarak öğrenme olması sebebiyle insanlar bu konularda daha güvenilir bilgiler alabilecekleri kişilere başvurma ihtiyacı hissetmiştir. Bu ihtiyacın sonucunda da hem daha sağlıklı bilgiler almak hem de doğru ve güvenilir bilgiye ulaşmak adına yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı kavramı ortaya çıkmıştır².

II. SÖZLEŞMENİN TANIMI

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesi, öğretilde ve uygulamada tanımlanmamıştır. Sözleşmenin temelinde, bir kişinin yurt dışında dil eğitimi almak için başvuru usullerini öğrenmek istemesi, dil eğitimi almanın şartlarını tespit etmesi ve daha sonra öğrendiği dil ile gideceği ülkede yaşama, iş bulma veya hangi amaçla yurt dışında bulunacak ise o amacın gerçekleştirilme sebebinin danışmanlık verenle paylaşması ve bunun karşılığında ücret ödemesi bulunmaktadır.

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesi; yurt dışı dil okulları ile bağlantı içerisinde olan ve kendilerine danışmanlık hizmeti almak için başvuran kişilere bu hususta gidilebilecek ülke, kalma yeri, dil kursu, çalışma izni, vize başvurusu, gidilecek olan ülkenin yaşam koşulları gibi konularda bilgi verme, danışmanlık yapma, kalacak yerin ayarlanması, vize alınması gibi hususlar karşılığında bedel talep eden kuruluşlarla yapılan sözleşmedir. Sözleşmede yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı hizmeti alınması bakımından verilecek hizmetler danışanın talepleriyle çeşitlenmekte iken, danışanın seçtiği hizmetlere karşılık bedel ödeme borcu altına girmektedir. Danışanın sözleşmedeki talepleri, eğitim danışmanlığı hizmeti veren kuruluşlara ödeyeceği bedeli belirlemektedir.

III. SÖZLEŞME TARAFLARI

A. GENEL OLARAK

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde; sözleşmenin taraflarından birisi danışan diğer tarafı ise danışmanlık hizmeti veren danışmandır. Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı, sözleşmeden yararlanacak olan danışanın sözleşmenin diğer tarafı olan danışmandan birden çok hizmeti talep etmesi, bu taleplerin yerine getirilmesi aşamasında yurtdışındaki dil okuluyla bağlantı kurulması ve danışan yurt dışında dil okuluna gittiğinde de sözleşme yaptığı danışmanın danışana hizmet vermeye devam etmesi sebebiyle uzun süreli bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Danışman, danışana bu hizmetleri sunarken yurt dışında bağlantılı olduğu, aracılık faaliyetlerini üstlendiği kuruluşların farklı olması halinde sözleşmenin tarafı danışman dışında yurtdışındaki kuruluşlar da olabileceğinden sözleşmede bazen ikiden çok taraf olabilmektedir.

² Balkar (n 1) 939; Serrat (n 1) 363; Lima (n 1) 37.

B. DANIŞMAN

Danışman, Türk Dil Kurumu sözlüğünde, “kurum ve kuruluşlarda danışmanlık yapmak üzere görevlendirilen, alanında uzman kimse; müşavir” olarak tanımlanmıştır.

Yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı hizmetini veren danışmanlar da danışana dil okullarıyla ilgili danışmanlık hizmeti sunması karşılığında ücret talep eden satıcı veya sağlayıcılar olarak nitelendirilebilecektir. Kanun koyucu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında satıcıyı açıkça tanımlamamıştır. Satıcı kavramı TBK m. 207 vd. düzenlenen satış sözleşmesinde açıkça tanımlanmamışsa da madenin ifadesinden satıcı “bir malın mülkiyetini alıcıya devretmeyi taahhüt eden kişi” olarak tanımlanabilecektir. Aynı şekilde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında da satıcı tanımına yer verilmemiştir. Satıcı, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tanımlanmıştır. Söz konusu Kanunun m. 3/i hükmünde satıcı; “Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır³.

Kanun koyucu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında sağlayıcı kavramına yer vermemiştir. TBK m. 207 vd. düzenlenen satış sözleşmesinde sadece “satıcı” ve “mal” kavramlarına yer verilmiştir. Aynı şekilde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında da sağlayıcı tanımına yer verilmemiştir. Sağlayıcı TKHK m. 3/i hükmünde; “Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi” ifade etmektedir. Yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı hizmet sözleşmelerinde danışana sadece yurt dışı dil okulu programı ya da tek bir hizmet sunulmamakta aynı zamanda danışanın tercih yapması için dil okulları veya ülkeler arasında seçim yapmasını kolaylaştıracak alternatifler de sunulmaktadır. Bu sebeple danışmanın danışana hizmet sunması söz konusu olduğundan sağlayıcı olarak nitelendirilmesi daha doğru olacaktır.

Yurt dışı dil okullarıyla bağlantılı olarak çalışan danışmanlar; yurt dışı dil okulunun temsilcisi, bizzat kendisi veya irtibat bürosu şeklinde faaliyet gösterebilecektir. yurt dışı dil okulu, eğitim danışmanlığı sözleşmelerinde danışmanın çoğunlukla acente şeklinde faaliyet göstermesi, bu sözleşmelerin ticari bir sözleşme olduğunu düşündürse de danışanın bu sözleşmedeki sıfatının da belirlenmesi gerekmektedir. Work and Travel hizmeti veren bir danışmanla danışan arasındaki uyumsuzluğa

³ Şebnem Akipek, ‘Tanımlar’ in Hakan Tokbaş and Özlem Tüzüner (eds) *Milli Şerh* (Aristo Yayınevi 2016) 54; Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Vedat Kitapçılık 2014) 29; Yılmaz Arslan, *Tüketici Hukuku Dersleri* (9. Bası Ekin Kitabevi 2022) 11; Sezer Çabri, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet Yayınevi 2016) 44; Murat Aydoğdu ve Nalan Tuncer, *Tüketici Hukuku Özet Kitap* (Adalet Yayınevi 2023) 27; Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (8.Bası Seçkin Yayıncılık 2023) 38; İlhan Kara, *Tüketici Hukuku* (3. Bası Yetkin Yayıncılık 2023) 167; Serrat (n 1) 367; Lima (n 1) 37.

genel hükümlerin uygulanması gerektiği⁴ bir yargı kararında ifade edilmiştir. Kanaatimizce danışanın ticari bir faaliyet amacının olmaması, danışmanın ise sağlayıcı sıfatıyla hareket etmesi sebebiyle danışman ile danışan arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar⁵ ticari iş olarak nitelendirilmemelidir⁶. Danışman ile danışan arasındaki uyuşmazlıklar bakımından öncelikle ticaret hukukunun uygulama alanı, konusunun ve kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. TTK'nin uygulanmasında esas olarak kanun koyucu "ticarî işletme" kavramı benimsenmiştir. Kanun koyucu TTK'de bu kavramla yetinilmeyerek, ticarî iş kavramına da yer vermiştir. Bir işin ticarî iş olarak nitelendirilmesi, ticaret hukukunun uygulama alanının sınırlarının tespit edilebilmesi açısından önemlidir. Ticarî iş, TTK'de m. 3 hükmünde ve m. 19 hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK m.3 hükmünde, ticarî işin tanımının verilmesi yerine, bir işin hangi durumlarda ticarî iş olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. TTK m. 19 hükmünde, tacir olmanın hükümleri başlığı altında, ticarî iş karinesinden bahsedilmiştir. Hukukî anlamda ticarî iş, sadece kazanç sağlamaya yönelik

⁴ "...Work And Travel'in USA kültürel değişim programı yazmış ise de, sözleşmenin 3.4. Maddesinde "Amerika'daki sponsor tarafından bir kereye mahsus olmak üzere is yerleştirmesini, DS 2019 formunun katılımcı adına düzenlenmiş olarak gönderilmesini ve sağlık sigortasının yapılmasını ve aracı tarafından ise katılımcıya programın anlatılmasını, Amerika da yaşayan ve program kuralları konusunda girmeden önce bilgilendirilmesini, katılımcının aracıya sağladığı belgelerin ve ödemelerin sponsor kuruma ulaştırılmasını, J1 vize başvurusunda vize randevularının alınmasını ve vize danışmanlık hizmetinin verilmesini ve sponsor sağlık ve kaza sigortası ile ilgili bilgi ve belgelerin katılımcıya iletilmesini ve sponsor kurumun vereceği oryantasyon toplantı bilgilerini iletilmesini ve katılımcı Amerika da iken gerekli durumlarda yönlendirme yapılmasını, katılımcıya dönüşte vergi iadesi başvurusu için yardımcı olunmasını kapsar, şeklinde belirtilmekle, danışmanlık hizmeti yanında asıl olarak is anlaşması yapıldığı diğer hizmetlerin ise yerleştirme hizmetlerinin yan unsurları olduğu dolayısıyla uyuşmazlığın genel hükümlere göre çözülmesi gerektiği, her iki tarafında tüketici sıfatının olmadığı,..." Antalya 4. Tüketici Mahkemesi 24.02.2021 T., 2021/27 E., 2021/74 K. www.uyap.gov.tr, E.T.: 20.10.2024. Söz konusu kararda mahkeme, yurt dışı eğitim danışmanlığı hizmeti sağlayan danışmanın danışmanlık hizmeti yanında esas olarak iş anlaşması yapılması sebebiyle bu sözleşmenin tarafların tüketici sıfatına sahip olmaması gerekçesiyle genel mahkemelerde görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Tüketici, TKHK kapsamında ticarî ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlandığından, danışanın bu sözleşmede mesleki bir amaçla hareket ettiği açıkça sözleşmede anlaşıldığından uyuşmazlık tüketici uyuşmazlığı olarak nitelendirilmemelidir.

⁵ "...Davacı, davalı borçlu ile aralarında akdedilen "Work and Travel Hizmet Sözleşmesi" gereğince davalının yurt dışına gönderilmesi hususunda anlaşıldığını, davalının sözleşme gereği ödemesi gereken bedeli ödememesi nedeni ile hakkında başlatılan takibe yapılan itirazın iptali ile icra inkâr tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Söz konusu uyuşmazlık taraflardan birinin tüketici, diğer tarafın ise satıcı sağlayıcı olması sebebiyle tüketici uyuşmazlığı olarak nitelendirilmelidir..."", Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 28.10.2013 T., 2013/13089 E., 2013/26163 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T.: 26.09.2024.

⁶ Antalya Muratpaşa Tüketici Hakem Heyeti 086820200005544 Karar Numaralı ve 21.12.2020 tarihli kararında; tüketicinin Work and Travel programı kapsamında ABD yaz okuluna gitmek için danışmanlık şirketine ön kayıt ücreti ödediği, COVID 19 sebebiyle söz konusu programa katılamadığı ve bu sebeple danışmana ödediği ön kayıt ücretini talep ettiği uyuşmazlıkta hakem heyeti danışanın mesleki veya ticari amaçla hareket etmediğini, bu sebeple tüketici sıfatına sahip olduğunu, uyuşmazlığın tüketici uyuşmazlığı olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade ederek danışan tüketicinin ödediği bedelin iadesine karar vermiştir. www.muratpasa.gov.tr, E.T.: 06.10.2024.



faaliyetlerinden daha kapsamlı bir durumu ifade etmektedir. TTK’de “*ticarî iş*” ifadesinin geçtiği yerlerde, günlük hayattaki anlamıyla mı yoksa hukukî anlamıyla mı kullanıldığının tespit edilebilmesi için, hükmün yorumlanması gerekmektedir. Örneğin; kanun koyucu kazanç sağlama hususunu vurguluyorsa “*ticarî iş*” ifadesinin, günlük hayattaki anlamıyla kullanıldığı kabul edilmelidir. TTK sisteminde, ticari iş sayılan hususlardan doğan tüm uyuşmazlıklarla ilgili olarak açılan davalar değil, yalnız niteliği ve konusu itibarıyla hâkimin özel uzmanlığına ihtiyaç duyulan davaların “*ticari dava*” olarak nitelendirilmesi ve ticaret mahkemelerinde görülmesi prensibinden hareket edilmiştir. Bu sebeplerle, yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ticari iş ve bu sebeple de ticari bir dava olmadığı düşünülmektedir.

C. DANIŞAN

Yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı hizmetinden yararlanacak olan, danışandır. Danışan; danışmanlık hizmetinden çoğunlukla ticari veya mesleki bir amaçla yararlanmadığı için tüketici olarak nitelendirilmelidir. Ancak bir şirketin çalışanları adına veya bir kolejin öğrencileri adına yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı hizmetinden yararlanmak istemesi halinde bu durumda danışan şirket olacağı için ticari iş kapsamında değerlendirilebilecektir⁸. Danışanların bu istisnalar dışında dil okulu eğitim danışmanlığı hizmetinden kendileri için yararlandığı, herhangi bir ticari amaçları olmadığı değerlendirildiğinde, tüketici olarak kabul edilmeleri daha doğru görünmektedir. Tüketici, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/k hükmünde; “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır⁹. yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı hizmet

⁷ Ticari işin tespit edilmesi bakımından öncelikle uyuşmazlık konusunun TTK kapsamında düzenlenip düzenlenmediğine bakılmalıdır. TTK hükümlerinde açık bir düzenleme yoksa ticari işletmeyi ilgilendiren işlem veya fiil olup olmadığına, ticari iş karanesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine, taraflardan birisi için ticari iş sayılan sözleşme olup olmadığına değerlendirilmesi gerekmektedir. Kürşat Göktürk, ‘Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi’, (2015) 19 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 vd.; Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, ‘Adi İş/ Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi’, (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 395 vd.

⁸ Bir şirketin çalışanları için dil okulu eğitim hizmeti alması genellikle ticari iş sayılmalıdır. Bu durum, Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirildiğinde, TTK’nın m. 3 hükmüne göre, bir işin ticari iş sayılabilmesi için işletme faaliyetleriyle ilgili olması gerekmektedir. Şirketin çalışanları için dil eğitimi alması, şirketin kurumsal yapısını güçlendirmeye ve çalışanlarının yetkinliklerini artırmaya yönelik bir faaliyet olduğundan, şirketin ticari faaliyeti ile bağlantılı kabul edilmelidir. TTK’nın m. 19 hükmüne göre, bir tacirin yaptığı her iş, aksine bir düzenleme yoksa ticari iş olarak kabul edilmektedir. Şirket, tacir sıfatına sahip olduğu için, çalışanları adına dil eğitimi hizmeti almak da bu karine kapsamında ticari iş sayılmalıdır. Eğer bu hizmet, şirketin çalışanlarının dil becerilerini geliştirerek şirketin rekabet gücünü artırmak, müşteri ilişkilerini güçlendirmek ya da iş süreçlerini iyileştirmek gibi amaçlarla alınıyorsa, bu hizmet şirketin ticari faaliyetinin bir parçası haline gelmektedir.

⁹ Akipek (n 3) 55; Gümüş (n 3) 30; Arslan (n 3) 31; Çabri (n 3) 51; Aydoğdu ve Kahveci (n 3) 40; Özel (n 3) 38; Kara (n 3) 67; Balkar (n 1) 940; Serrat (n 1) 363; Lima (n 1) 39.

sözleşmelerinde ise tüketici kavramının geniş şekilde düşünülmesi adeta bir zorunluluktur. Bu hizmetten yararlanacak olan tek bir gerçek kişi olabileceği gibi, ticari veya mesleki amaçla hareket etmeyen tüzel kişi de olabilecektir. Örneğin; dernek üyelerinin tamamının bir danışmandan yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı hizmeti almak için danışman başvurması halinde danışman sözleşmeyi tek tek her bir dernek üyesi yapabileceği gibi, bütün dernek üyeleri adına bu hizmeti satın alan dernek de olabilecektir. Aynı şekilde lisans eğitimi almak isteyen çocuğu için bu hizmetten yararlanmak isteyen anne- baba örneğinde, anne ve baba danışmanlık hizmeti bedelini ödeyen taraf olmasına rağmen danışmanlık hizmetinden yararlanacak olan, anne ve babanın çocuğu olacaktır. Bu sebeple yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı sözleşmelerinde, danışmanla birlikte sözleşme tarafı olarak sözleşmeden yararlanan danışan tüketicinin olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır.

Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için, sözleşme taraflarının tüketici ve satıcı ya da sağlayıcı olması zorunludur. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, kanunun uygulanabilmesi açısından bu zorunluluğu öngörmüştür. Dolayısıyla, yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı hizmetinden yararlanan tüketici ise tüketicinin sözleşme yaptığı danışmanın ticari bir faaliyeti olması bu sözleşmeye tüketici hukukuna ilişkin düzenlemelerin uygulanmasını engellemeyecektir.

IV. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

Yurt dışı eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde, danışan tüketicinin talepleri ve bütçesi doğrultusunda yabancı dil kursu bulma, talebe bağlı olarak barınma yeri ve gidilecek olan ülkenin vize istemesi durumunda tüketicinin talebi varsa danışman danışan tüketicisiye bu konularda danışmanlık hizmeti vermektedir. Aile yanı barınma, yurt tipi barınma, ev kiralama gibi farklı talepler farklı sözleşme içeriklerinin oluşumuna da zemin hazırlamaktadır. Dil okuluna danışan tüketicinin katılım sağlamayı istemesinin nedeni; yabancı bir ülkede o ülkenin kültürünü yaşayarak öğrenmesi ve böylece daha akılda kalıcı bir eğitim almayı planlamasıdır. Dil pratiği yapma fırsatının daha fazla olması da danışan tüketicisiye bu sözleşme yapmaya sevk etmektedir.

Danışan tüketici; danışmandan öncelikle vize talebinde bulunabilecek ya da danışan tüketici vize başvurusunu kendisinin yapacağını beyan ederek bu hizmetten yararlanmayı talep etmeyebilecektir.

Danışan tüketici; danışmana gitmeden hangi ülkede dil eğitimi alacağı konusunda bilgi sahibi olabileceği gibi, farklı alternatiflere danışan tüketicinin açık olması da mümkündür. Örneğin; danışan tüketici İngilizce öğrenmek istediğini ama hangi ülkelerde daha iyi eğitim alabileceği konusunda fikir sahibi olmadığını söyleyerek danışmanlık hizmeti talep edebileceği gibi, danışan tüketicinin aynı örnekte İngilizce öğrenmek için İngiltere'ye gideceğini söyleyip, sadece o ülkedeki dil okulları hakkında bilgi almayı istemesi mümkündür. Hatta danışan tüketicinin tercihlerini



daha da daraltarak, İngiltere Londra’da olan dil okullarından dil eğitimi almak istemesi de mümkündür. Danışan tüketici tercihleri danışmanın vereceği hizmetin niteliğini belirleyecektir.

Dil okullarıyla ilgili diğer bir mesele, barınmadır. Danışan tüketici; kalacağı yerdeki kişi sayısı, kalma yerinin kursa uzaklığı, kalınacak yerin niteliği- yurt, ev gibi- tercihlerini belirterek bu hususta danışmanın kendisini yönlendirmesini talep edebilecektir.

Danışan tüketicinin diğer bir önemli sorunu da dil kursu için yabancı ülkeye gittiğinde dil kursunun verdiği hizmetlerden memnun olmaması veya danışan tüketicinin kursla ilgili farklı taleplerinin olması halinde, söz konusu taleplerle ilgili muhatap bulmadır. Yani danışan tüketici, karşılaştığı sorunlar karşısında iletişim kurabileceği bir danışmanlık hizmetine ihtiyaç duymaktadır.

Danışan tüketicinin yurt dışına gittikten sonra sağlık hizmetinden yararlanmak istemesi de mümkündür. Sağlık sigortası yapılması, mevcut sağlık sigortaları arasından seçim yapma gibi hizmetler de danışan tüketicinin talepleri arasında olabilecektir.

Danışman ile danışan tüketici arasında yurt dışı dil okulu eğitimi konusunda hizmet verilebilmesi, bu konuda danışmanlık yapılabilmesi için danışman ile danışmanın anlaşması gerekmektedir. Dolayısıyla danışan tüketicinin danışmandan yurt dışı dil okulu eğitimi danışmanlığı hizmeti alması uygulamada genellikle tarafların arasında anlaşması ve sonrasında sözleşme yapmasıyla gerçekleşmektedir. Bu sözleşmenin hukuki niteliği ise sözleşmenin unsurlarına göre ayrıca tespit edilmeye çalışılacaktır.

B. TİPE BAĞLILIK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Sözleşme ve sözleşme türleri genel olarak TBK özel hükümler kısmında düzenlenmiş olup, aynı zamanda farklı özel kanunlarda da çeşitli sözleşme tiplerinin düzenlendiği görülmektedir. Bir sözleşmenin TBK veya farklı bir kanunda yer alması sözleşme taraflarının belirli bir konuda sözleşme yapamayacakları anlamına gelmemektedir. Aksine, sözleşme tarafları serbest iradeleriyle ve sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, TBK m. 27 hükmüyle TMK m. 2 hükmündeki sınırlamalara bağlı kalmak kaydıyla diledikleri gibi sözleşme yapma imkanına sahiptir¹⁰. Herhangi bir kanunda düzenlenmiş sözleşmeler, isimli (tipik) sözleşme, herhangi bir kanunda düzenlenmeyen sözleşme ise isimsiz (atipik) sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Yani, bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak nitelendirilmesi için sadece ismen herhangi bir kanunda yer alması yeterli değil aynı zamanda unsurlarının, diğer özelliklerinin de düzenlenmiş olması gerekmektedir¹¹.

¹⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Bası Legem Yayıncılık 2024) 206-207; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (4. Bası On İki Levha Yayıncılık 2019) 62; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (5. Baskı Filiz Kitabevi 2022) 57; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası Vedat Kitapçılık 2023) 24; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Bası Turhan Kitabevi 2024) 73.

¹¹ Eren (n 10) 206; Serozan (n 10) 62; Oğuzman ve Öz (n 10) 24; Kılıçoğlu (n 10) 73.

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesi, herhangi bir kanunda düzenlenmediğinden- sadece ismen değil, unsurları, niteliği, asli edimler veya yan yükümlülükler yönünden de- isimsiz (atipik) sözleşme olarak nitelendirilmelidir.

C. İSİMSİZ SÖZLEŞME ÖZELLİKLERİ

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesinin isimsiz sözleşme olduğunun belirlenmesi, bu sözleşmenin sui generis, birleşik veya karma bir sözleşme olup olmadığının değerlendirilmesini zorunlu hale getirmektedir.

Sui generis sözleşme, kısmen veya tamamen, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde bulunmayan unsurlardan meydana gelen sözleşmelere verilen isimdir. Bileşik sözleşmeler, birbirinden hukuken bağımsız ve farklı iki (veya daha çok) sözleşmenin, özüne zarar gelmeden (iktisadî) fonksiyon itibariyle birbirine bağlanmasıdır. Bileşik sözleşmelerde edimler, edim-karşı edim ilişkisi içinde bulunmaları sebebiyle, sözleşmelerin geçerliliği diğer sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır. Karma sözleşme, kanunda düzenlenmiş isimli sözleşme tiplerinden iki veya daha fazlasının içerdiği unsurları, özellikle asli edimlerini, kanunun öngörmediği bir biçimde kısmen veya tamamen bir araya getirdikleri sözleşme türüdür¹².

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilmesi, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından yeterli değildir.

Bir sözleşmede iki veya daha çok bağımsız sözleşmenin tarafların anlaşmalarıyla bu niteliklerini koruyarak, kanunun öngörmediği bir biçimde aynı sözleşme içinde varlık ve geçerlilikleri birbirine bağlı olacak şekilde bir araya gelmeleriyle oluşan sözleşmeye bileşik sözleşme denilmektedir¹³. Yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı sözleşmelerinde iki veya daha fazla sözleşmenin varlık ve geçerliliklerini koruması için tarafların anlaşması ve yeni bir sözleşme meydana getirmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla bu sözleşmenin bileşik sözleşme olmadığı sonucuna ulaşmamız mümkündür. Sözleşme, sui generis veya karma sözleşme olarak nitelendirilmelidir.

Karma sözleşme, kanunda düzenlenmiş isimli sözleşme tiplerinden iki veya daha fazlasının içerdiği unsurları, özellikle asli edimlerini, kanunun öngörmediği bir biçimde kısmen veya tamamen bir araya getirdikleri sözleşme türü olarak ifade edilmiştir. Karma sözleşmeler öğretilerde kanunda düzenlenmiş bulunan iki tipik sözleşmenin aslî edimlerinin kanunda öngörülme-yen bir biçimde taraflarca karşılıklı

¹² Fikret Eren, 'İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi' *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu* in İpek Yücel Aktürk (ed.) (Yetkin Kitabevi 2022) 13; Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 2013) 18; Saibe Oktay, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması' (1996) 55 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 264; Faruk Acar, 'İsimsiz ve Atipik Sözleşme Kavramları ve Sınıflandırması Açısından Yargıtay Uygulaması', *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu* in İpek Yücel Aktürk (ed.) (Yetkin Kitabevi 2022) 46.

¹³ Eren (n 9) 13; Oktay (n 9) 264; Acar (n 9) 46.



olarak yüklenilmesiyle meydana getirilen sözleşmeye, çift tipli karma sözleşme; sözleşme taraflarının birisinin, kanunda düzenlenmiş iki veya daha çok isimli sözleşmeye ait asli edimleri üstlenmesi, diğer tarafın para ödeme borcu altına girdiği karma sözleşmeye, bileşik karma sözleşme ve kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin birbirine eklenmesi yoluyla oluşturulan karma sözleşmelere ise eklemli karma sözleşmeler denilmektedir¹⁴.

Sözleşme taraflarının kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içermeyen, bu unsurlar dışında kendilerinin öngördükleri yeni unsurları yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir bütünlük içinde bir araya getirmek suretiyle oluşturdukları sözleşmelere sui generis sözleşmeler denilmektedir¹⁵.

Kanaatimizce; danışan tüketicinin sadece bedel ödemesi, danışılanın ise tüketiciye hizmet sunması, bazen danışan tüketicinin temsilcisi gibi hareket etmesi ve danışanın tüketici adına dil okullarıyla bağlantı kurması gibi hususlar sözleşmeyi vekalet sözleşmesine, ev kiralama gibi durumlarda da kira sözleşmesinin unsurları yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde yer aldığından sözleşme birleşik karma sözleşme olarak nitelendirilmesi uygun görünmektedir.

Ç. ÇERÇEVE SÖZLEŞME OLMASI

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesi, danışman tarafından tek bir danışan tüketici için değil, birden çok danışan tüketici açısından hazırlanan çerçeve sözleşme niteliğindedir. Genel işlem koşullarına bağlı olarak birden çok danışan tüketiciye uygulanması amacıyla hazırlanan, danışan tüketiciyle müzakere edilmemiş tek taraflı sözleşme şartları içerdiği için sözleşme de haksız şart düzenlemeleriyle de karşılaşılması mümkündür. Sözleşmenin, danışan tüketici ve danışmanın karşılıklı anlaşmaları sonucu şekillendiğini ifade etmiş olsak da danışmanlık yapacak olan danışman da önceden çerçeve sözleşme şeklinde hazırlanmış ve danışan tüketici tercihlerine göre tamamlanacak bir sözleşme mevcuttur. Danışan tüketicinin gidilecek ülke, ülkenin şartları, ücretin tespiti ve ödenmesi, vize veya dil okulunun aradığı özel şartların danışan tüketici tarafından tespit edilmesi sözleşmenin önceden tek taraflı olarak danışman tarafından hazırlanmasına engel teşkil etmemektedir. Bu sebeplerle sözleşmenin çerçeve sözleşme olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesi; bir işin görülmesi esasına dayandığı için iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir. İş görme borcu doğuran sözleşmeler; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında; eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve vekalet sözleşmesidir. yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesine baktığımızda, bu sözleşmenin tek başına eser, vekalet veya hizmet sözleşmesinin özelliklerini taşımadığı ancak bu sözleşmelerin bazı

¹⁴ Eren (n 9) 13; Oktay (n 9) 264; Acar (n 9) 46.

¹⁵ Eren (n 9) 13; Oktay (n 9) 264; Acar (n 9) 46.

unsurlarının da sözleşme unsurları içerisinde yer aldığı görülecektir. Sözleşmenin iş görme borcu doğuran sözleşmelere yaklaşan unsurlarının tespit edilmesi ve sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesini sağlayacaktır.

D. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARINI TAŞIDIĞI GÖRÜŞÜ

Eser sözleşmesi, TBK m. 470 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinin en önemli özelliği; sözleşmede iş sahibi ile yüklenicinin bir eser meydana getirilmesi konusunda anlaşmasıdır. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, üstlendiği edimi sadakat ve özenle yerine getirmelidir. Eser sözleşmesi sonucunda bir eser meydana geldiği için, eserin meydana getirilmesinde kullanılacak olan malzemenin yüklenici tarafından temin edilmesi veya iş sahibi tarafından getirilmesi mümkündür. Eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli; götürü bedel veya değere göre bedel şeklinde belirlenebilmektedir¹⁶.

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde danışman, danışan tüketiciye sözleşme sonrasında bir eser meydana getirme sözü vermemektedir. Danışman eğitim hizmet danışmanlığını sadakat ve özenle yerine getirirken danışan tüketicinin haklı menfaatlerini gözetmek zorundadır. Sözleşmede ücreti belirleyen unsur danışan tüketicinin tercihleridir. Bu sözleşmede bir eserin meydana getirilmesinden çok bir hizmetin verilmesi unsuru daha ağır basmaktadır. Bu sebeple sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.

Öğretide, yurt dışı dil okulu dışında yurt dışında eğitim danışmanlığı hizmeti alınması durumunda, danışmanın danışan tüketiciye burs almasını veya kabul almasını garanti ettiği durumlarda sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir¹⁷. Kanaatimizce danışan tüketici eğitim hizmeti danışmanlığı hizmeti olsa bile danışmanın danışan tüketiciye eğitim kurumu tarafından burs verilmesi veya danışan tüketicinin kabul alması konusunda garanti verilmesi danışan tüketiciye o eğitimin tamamlanması konusunda bir sonuç garanti etmemesi sebebiyle eser sözleşmesi olarak nitelendirilmemelidir. Bursun alınması ya da alınmaması tamamen tüketicinin kendi çabasıyla mümkün olacaktır. Danışmanın garanti verdiği husus; garantiye elverişli değildir. Kanaatimizce yurt dışı dil okulu eğitim sözleşmeleri eser sözleşmesinin unsurlarını taşımamaktadır.

E. HİZMET SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARINI TAŞIDIĞI GÖRÜŞÜ

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde danışman tarafından danışan tüketiciye hizmet verilmesi sebebiyle, sözleşmenin hizmet sözleşmesine

¹⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 591; Aydın Zevkiler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Turhan Kitabevi 2016) 489; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.1* (3. Bası, Vedat Kitapçılık 2013) 381; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2022) 983.

¹⁷ Lima (n 1) 46; Serrat (n 1) 387.



yaklaşması düşünülebilecektir. Hizmet sözleşmesi, TBK m. 393 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Hizmet sözleşmelerinde en önemli unsur; işçi ile işveren arasındaki bağımlılıktır¹⁸. Danışman ve danışan tüketici arasında bir bağımlılık ilişkisi yoktur. Danışan tüketici, danışmandan aldığı hizmeti taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olarak feshetme hakkına sahiptir. Danışman ile danışan tüketici arasında işçi işveren arasındaki ilişkide olduğu gibi bir üst ilişkisi olmadığı gibi taraflar arasında sadakat, rekabet etmeme borcu gibi hizmet sözleşmesine özgü unsurlardan da bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Bu sebeple yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı sözleşmelerinde danışman tarafından danışan tüketiciye bir hizmet verildiği düşünülse bile TBK m. 393 vd. hükümlerindeki hizmet sözleşmesine özgü unsurların bu sözleşmede olmadığı tespit edilebilecektir.

F. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARINI TAŞIDIĞI GÖRÜŞÜ

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinin vekalet sözleşmesine diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelere göre daha fazla yaklaştığı söylenebilecektir. TBK m. 502/2 hükmünde de “vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin bu kanunda düzenlenmeyen diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelere uygulanabileceği” hüküm altına alındığından, eser sözleşmesine benzemeyen yapısı itibarıyla hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilemeyecek olan yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerine sözleşmenin niteliği uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması mümkün olmalıdır¹⁹.

Vekalet sözleşmelerinin özelliği; bu sözleşmelerin güven olgusuyla inşa edilmesi ve vekil ile vekalet veren arasındaki talimata bağlılık ve talimata uygun ifa unsurudur. Talimata bağlılık ve talimata uygun ifa unsuru; vekilin vekalet verenin onayı olmadan karar almasını engellemektedir. Danışan tüketicinin açık talimatları olsa bile danışan tüketicinin gitmeyi planladığı dil okulunun aradığı koşulların veya dil okulunun bulunduğu ülkenin aradığı vize şartlarını taşımayan tüketicinin talimata uygun ifa gerçekleştirilmesi düşüncesiyle danışman tarafından yerine getirilmesi mümkün olmayabilecektir. yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde danışmanın yönlendirmesi, danışan tüketiciye farklı alternatifler sunması sözleşmenin ifa edilmesi hususunda belirleyici olacaktır. Danışman, sözleşmeyi bizzat ifa etmek zorunda değildir. Hatta dil okulu bizzat danışman, danışmanın temsilcisi, irtibat bürosu olarak ayrıca ve özellikle hizmeti bizzat ifa borcu altına girmedikçe, bu şekilde bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Kanımızca yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmemesinin sebebi; sözleşme konusunun danışan tüketiciden kaynaklanan nedenlerle ya da başka sebeplerle danışmanın tüketici talepleriyle bağlı olmamasından kaynaklanmaktadır. Danışman, gerekli danışmanlık

¹⁸ Eren (n 7) 541; Zevkliiler ve Gökyayla (n 7) 449; Yavuz ve Acar ve Özen (n 7) 867.

¹⁹ Eren (n 7) 715; Zevkliiler ve Gökyayla (n 7) 632; Yavuz ve Acar ve Özen (n 7) 1153.

hizmetini verdikten sonra danışan tüketicinin dil öğrenmesini, yurt dışında yaşamasını, dil seviyesinin belirli bir aşamaya gelmesini danışan tüketiciye taahhüt etmemektedir. Ancak danışman, danışan tüketiciye, tüketicinin niteliklerine uygun dil okulu bulunması konusunda destek olma taahhüdünde bulunmaktadır. Danışan tüketicinin dil okulundan memnun olması ya da olmaması, yaşayacağı şehri sevmesi ya da sevmemesi, yaşayacağı şehrin hayat koşulları ve diğer zorluklar danışmanın garanti etmediği hususlardır. Ayrıca vekalet sözleşmesindeki bir işin bir başkası hesabına iş görmesi hususu da yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde var olan unsurlardan birisi değildir. Bu sözleşmede danışman sadece danışan tüketiciye danışmanlık hizmeti vermektedir. Yoksa danışanın vekili gibi hareket etmemekte, danışan tüketici hesabına iş görmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Ayrıca yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde danışan kalacak yer ayarlama, gerektiğinde kira sözleşmesi yapılması, vize alınması, dil okullarına başvuru sürecinin yürütülmesi gibi danışanlara farklı alternatifler sunması sebebiyle de vekil gibi hareket etmek yerine bir hizmet sunduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmede danışanın tercihlerine ve taleplerine bağlı olarak sözleşmenin sadece vekalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi veya başka bir sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

G. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARINI TAŞIDIĞI GÖRÜŞÜ

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 51 hükmünde düzenlenen paket tur sözleşmelerinin de yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmeleri kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Kanun koyucu; paket tur sözleşmelerinin unsurlarını TKHK m. 51 hükmünde belirterek, sözleşmenin tanımına yer vermiştir. Paket tur sözleşmeleri, ulaştırma, konaklama, ulaştırma veya konaklama hizmetlerine bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinin en az ikisinin birlikte, her şey dahil fiyatla satıldığı veya satımının vaat edildiği, hizmetin yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsadığı veya gecelik konaklamayı içeren sözleşmelerdir. Paket tur sözleşmeleri, TKHK dışında ayrıca Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde de düzenlenmiştir²⁰.

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde tüketiciye her zaman yirmi dört saatten uzun bir hizmet sunulması zorunluluğu yoktur. Tüketici, danışmandan danışmanlık hizmetini aldığı anda sözleşme kurulmuş ve danışan tüketici sözleşmeden yararlanmış olabilecektir. Üstelik bu sözleşmelerde gecelik konaklama da söz konusu olmamaktadır. Paket tur sözleşmesinin ana unsurları; ulaştırma ve konaklama veya konaklama hizmetine bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinin en az ikisinin birlikte satıldığı veya satımının vaat edildiği sözleşme iken, danışan tüketici yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesinde ulaştırma ve

²⁰ Özel (n 3) 276; Kara (n 3) 987; Çabri (n 3) 826; Ömer Çınar, 'Paket Tur Sözleşmeleri' in Hakan Tokbaş and Özlem Tüzüner (eds) Milli Şerh (Aristo Yayınevi 2016) 838; Aydoğdu ve Tuncer (n 3) 574; Feyza Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmeleri* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 10; Bahadır Demir, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Paket Tur Sözleşmeleri* (Yetkin Yayıncılık 2015) 17.



konaklama hizmetlerinden yararlanmak zorunda değildir²¹. Bu sözleşmenin esaslı unsuru; danışan tüketiciye danışmanlık hizmeti sunmak ve tüketicinin yurt dışı dil eğitimi alması konusundaki tercihini belirlemesine destek olmaktır. Danışan tüketicinin dil eğitimi almak için yurt dışına gitmesi, bir nevi turizm faaliyeti olarak görülse bile danışan tüketicinin tek amacı; turistik gezi yapmak değildir. Tüketici; gitmeyi planladığı dil okullarıyla ilgili aldığı danışmanlık hizmeti aldığı danışmandan karar verebilmek adına danışman yetkilisi ile yurt dışına çıksa, beraber hem turistik bir geziyle şehri tanıma, sonrasında konaklama ve ulaştırma hizmetlerinin de danışman tarafından yapılacağı kararlaştırılsa ve bu hizmet ya yirmi dört saatten uzun ya da en az bir gecelik konaklama içerse ancak bu durumda paket tur sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği, bu durum dışında yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı hizmetinin paket tur sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği düşünülmektedir.

Ğ. ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARINI TAŞIDIĞI GÖRÜŞÜ

Abonelik sözleşmesi; TKHK m. 52 hükmünde ve ayrıca Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre abonelik sözleşmesi; “tüketicinin belirli bir mal veya hizmeti düzenli veya sürekli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Abonelik sözleşmesinde sözleşmeden yararlanan abone yani tüketici; abonelik sözleşmesini belirli bir mal veya hizmetle ilgili düzenli ya da sürekli aralıklarla hizmet alma düşüncesiyle gerçekleştirmektedir²².

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde ise; danışan tüketici, yurt dışı dil okulları konusunda birden çok defa danışmanlık hizmeti alsa bile bu durum bir abonelik şeklinde gerçekleşmemektedir. Danışan tüketicinin birden çok defa danışmanlık talebi sonrasında danışan tüketici tek bir bedel ödemektedir. Oysaki abonelik sözleşmelerinde tüketici abonelik hizmeti devam ettiği sürece satıcı/sağlayıcıya düzenli olarak ödeme yapmak durumundadır. Danışan tüketici örneğin, danışmandan İngilizce öğrenmek için yurt dışı dil okulu hizmeti danışmanlık hizmeti alsa aradan belirli bir süre geçtikten sonra aynı danışan tüketici Almanca dil eğitimi için danışmanlık hizmeti alsa dahi bu durum danışan tüketici ile danışman arasındaki sözleşmenin abonelik sözleşmesi olarak nitelendirilmesini sağlamayacaktır.

H. KANAATİMİZ

Danışman ile danışan tüketicinin akdettiği yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde danışman, danışan tüketici taleplerine bağlı olarak, vize evraklarının hazırlanması, vize başvurusu, barınma ihtiyacının karşılanması

²¹ İnternet arama motorlarında görüntülenen birçok yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmesinin hukuki olarak nitelendirilmesinde, sözleşmenin paket tur sözleşmesi olduğu yönünde ifadeler bulunmakla birlikte açıkladığımız nedenlerle bu sözleşmenin paket tur sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

²² Çabri (n 3) 855; Ebru Ceylan, ‘Abonelik Sözleşmeleri’ in Hakan Tokbaş and Özlem Tüzüner (eds) Milli Şerh (Aristo Yayınevi 2016) 849; Yakup Bal, *Abonelik Sözleşmeleri* (Seçkin Yayıncılık 2020) 29.

ve danışan tüketici adına kira sözleşmesi yapılması ya da sözleşme yapılması konusunda danışmanlık, dil ve ülke seçimi, şehir seçimi gibi çok farklı konularda danışan tüketicinin seçimler yapmasını sağlayarak sözleşmede talep edilecek hizmetleri belirlemektedir.

Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, paket tur sözleşmesi ve abonelik sözleşmesine benzeyen yönlerinin olduğu ancak benzemeyen yönlerinin de olduğu tespit edildiğinden, sözleşmenin bileşik karma sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Kanaatimizce; yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde; danışman tarafından danışan tüketiciye sunulan en önemli hizmet; danışmanlıktır. Danışmanlık dışında danışan tüketicinin talebi gereği; vize alımı, ev kiralanması veya ev kiralama konusunda destek olunması, danışmanlık yapılması, dil okulu ve gidilecek ülkenin tespiti gibi birçok hususta farklı hizmetler sunulması mümkündür. Danışan tüketici için hatta danışan tüketici adına ev kiralanması halinde, kira sözleşmesinin özelliklerinin bile sözleşme kapsamında yer alması mümkündür. Danışan tüketici taleplerine göre; vekalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve hatta kira sözleşmesinin özelliklerinin yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde yer alması mümkündür. Danışan tüketici ise; danışana bedel ödemekle yükümlüdür.

Danışan tüketicinin sadece bedel ödemesi, danışılanın ise tüketiciye hizmet sunması, bazen danışan tüketicinin temsilcisi gibi hareket etmesi ve danışanın tüketici adına dil okullarıyla bağlantı kurması gibi hususlar sözleşmeyi vekalet sözleşmesine, ev kiralama gibi durumlarda da kira sözleşmesinin unsurları yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde yer almaktadır. Yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı sözleşmelerinde danışmanın yaptığı danışmanlık hizmeti, sadece yurt dışı dil okuluna başvuru yapmak, kayıt işlemlerini yürütmek, vize başvurusunu yapmak gibi hizmetlere odaklanmış ve danışan da sadece bunun için ücret ödeyecekse sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu sözleşmelerde danışan hem danışmana bilgi vermek (hizmet edimi) hem başvuru süreçlerini yürütmek (vekalet) hem de konaklama (kira) veya uçak bileti alma gibi birden çok unsur yer aldığından sözleşmenin bileşik karma sözleşme olarak nitelendirilmesi daha uygun görünmektedir.

SONUÇ

Farklı sebepler ortaya çıkan yeni bir dil öğrenme arzusunun bir sonucu olarak en iyi eğitimin yurt dışında öğrenilmek istenilen dilin konuşulduğu ülkede öğrenileceği düşüncesiyle her gün birçok insan yurt dışı dil okullarıyla ilgili eğitim danışmanlığı hizmetlerinden yararlanmaktadır. Sözleşmede kendisine danışılan bir danışman yani danışmanlık hizmetini veren kuruluş, diğer tarafta ise danışan tüketici bulunmaktadır. Sözleşmede ilk dikkat çeken husus; danışan tüketici kavramının geniş değerlendirilmesi meselesidir. Sadece sözleşmenin tarafı olanın değil aynı zamanda

sözleşme bedelini ödeyenin de veya bedeli ödeyenin dışında bir başka kişinin sözleşmeden yararlanması durumunda sözleşmeden yararlananın da danışılan olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sözleşme kapsamında danışılan ise; sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi olması sebebiyle satıcı veya sağlayıcıdır. Satıcı veya sağlayıcı yerine danışılan tüketiciye bu sözleşme kapsamında verilen hizmetler içerisinde en çok danışmanlık hizmetinin yoğun şekilde verilmesi sebebiyle; sözleşme tarafının satıcı/ sağlayıcı yerine danışman olarak belirlenmesi tercih edilmiştir.

Danışmanın ticari faaliyette bulunması, danışman ile danışan arasındaki uyumsuzlukların ticari uyumsuzluk olarak nitelendirilmesini sağlamamaktadır. Danışanın tüketici sıfatına sahip olduğu tüm uyumsuzluklar tüketici uyumsuzluğu olarak nitelendirilmelidir. Danışan tüketicinin yurt dışı dil okulu eğitim danışmanlığı sözleşmelerinde sözleşmenin asli unsurunun iş arama, işe başlama gibi danışma hizmetinden farklı olduğu durumlarda ise ticari veya mesleki amaçla hareket etmeme durumu söz konusu olduğundan uyumsuzluklar tüketici uyumsuzluğu niteliğini kaybetmekte ve genel hükümlere göre çözümlenmelidir.

Sözleşmenin hukuki niteliği konusunda çalışma kapsamında değerlendirmeler yapılmış ve sözleşmenin bileşik karma sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Yurt dışı dil okulu eğitim hizmet danışmanlığı sözleşmelerinde hizmet sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesinin ve nadiren de olsa kira sözleşmesinin unsurlarının olması, danışan tüketicinin tek borcunun ise bedel ödemek olması karşısında sözleşmenin bileşik karma sözleşme olarak nitelendirilmesi sözleşmenin niteliğiyle de bağdaşmaktadır.

KAYNAKÇA

Acar F, 'İsimsiz ve Atipik Sözleşme Kavramları ve Sınıflandırması Açısından Yargıtay Uygulaması', Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu in İpek Yücel Aktürk (ed.) (Yetkin Kitabevi 2022) 37-53.

Akipek Ş, 'Tanımlar' in Hakan Tokbaş and Özlem Tüzüner (eds) *Milli Şerh* (Aristo Yayınevi 2016).

Arslan, Y, *Tüketici Hukuku Dersleri* (9. Bası Ekin Kitabevi 2022).

Aydoğdu M ve Tuncer N, *Tüketici Hukuku Özet Kitap* (Adalet Yayınevi 2023).

Bahtiyar M ve Biçer L, 'Adi İş/ Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi', (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 395- 436.

Bal Y, *Abonelik Sözleşmeleri* (Seçkin Yayıncılık 2020).

Balkar S, 'Yurt Dışı Eğitim Danışmanlığı Sözleşmelerinden Doğan Uyumsuzluklarda Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Taraf İradesiyle Belirlenmesine Yönelik Bazı Tespitler' (2022) 17 (210) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 939-981.

Ceylan E, 'Abonelik Sözleşmeleri' in Hakan Tokbaşı and Özlem Tüzüner (eds) *Milli Şerh* (Aristo Yayınevi 2016).

Çabri S, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet Yayınevi 2016).

Çınar Ö, 'Paket Tur Sözleşmeleri' in Hakan Tokbaşı and Özlem Tüzüner (eds) *Milli Şerh* (Aristo Yayınevi 2016).

Demir B, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Paket Tur Sözleşmeleri* (Yetkin Yayıncılık 2015).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (29. Bası Legem Yayıncılık 2024).

Eren F, 'İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi' *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu* in İpek Yücel Aktürk (ed.) (Yetkin Kitabevi 2022) 13-37.

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı Yetkin Yayınları 2019).

Göktürk K, 'Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi', (2015) 19 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-44.

Gümüş, M. A, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Vedat Kitapçılık 2014).

Gümüş M. A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I* (3. Bası Vedat Kitapçılık 2013).

Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (5. Baskı Filiz Kitabevi 2022).

Kara İ, *Tüketici Hukuku* (3. Bası Yetkin Yayıncılık 2023).

Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Bası Turhan Kitabevi 2024).

Kuntalp E, *Karışık Muhtevalı Akit* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 2013).

Lima M. G. S, *Traveller Vulnerability in The Context Of Travel and Tourism Contracts A Comprasion Of Brazilian and EU Law* (Springer 2018).

Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası Vedat Kitapçılık 2023).

Oktay S, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması' (1996) 55 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 263-296.

Özel Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (8.Bası Seçkin Yayıncılık 2023).

Sayın F E, *Paket Tur Sözleşmeleri* (On İki Levha Yayıncılık 2017).

Serrat J. M. B, 'Consumer Travel Law' in EU Consumer and Travel Law' (ed. Christian Twigg- Flesner) (Elgar Online 2016) 360-387.

Serozan R, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (4. Bası On İki Levha Yayıncılık 2019).

Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası Turhan Kitabevi 2016).

Yavuz C ve Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2022).



TÜRK HUKUKUNDA İŞÇİNİN İFŞA VE İHBAR HAKKI (WHISTLEBLOWING)

Worker's Right to Disclosure and Whistleblowing under Turkish Law

Cihan KIRPIK*

Özet

İfşa ve ihbar hakkı (whistleblowing), işçilerin işyerlerindeki olumsuz halleri, suistimalleri, kanunlara aykırı hareketleri, yolsuzlukları ve benzeri durumları ihbar veya şikâyet yoluyla usulsüzlüğü ortadan kaldırmaya yetkisi olan kişilere veya makamlara bildirmesi olarak tanımlanabilir. İşçiye ifşa ve ihbar hakkının tanınmasının amacı, işyerinde hem işçilerin haklarını ihlal edici hem de kamunun menfaatine zarar verici hukuka aykırı uygulamaların önüne geçilmesini sağlamaktır. Türk hukuk mevzuatında ayrı bir madde veya hükümde “işçinin ifşa ve ihbar hakkı” şeklinde bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte işçiler, Anayasa md. 25 ve md. 26 uyarınca ifade özgürlüğüne ayrıca md. 74’te yer alan dilekçe hakkına dayanabilir. Bunlara ilave olarak İş Kanunu md. 18/3-c hükmü de işçiler tarafından ileri sürülebilir. Söz konusu düzenlemede işçilerin mevzuattan ya da sözleşmeden kaynaklanan haklarının takibini yapmak ya da yükümlülüklerine uygun davranmak için işveren aleyhine adli veya idari makamlara başvurmasının ya da başvurulmuş sürece katılmasının, işverene sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında geçerli nedenle fesih hakkı vermeyeceği belirtilmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) md. 18/3 hükmünde ise çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin yetersiz olduğu hallerde ya da denetim esnasında, yetkili merciye başvurmaları sebebiyle haklarının kısıtlanamayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla işçilerin, İş Kanunu md. 18/3-c bendine ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 18/3 hükmüne dayanarak ifşa ve ihbarda bulunmaları ve bu şekilde söz konusu hakkı kullanmaları mümkündür. Çalışmada öncelikle “ifşa ve ihbar hakkı” (whistleblowing) kavramı hem öğretinin hem de Yargıtay’ın tanımlamasına göre açıklanmış sonrasında ise bu hakkın hangi unsurlardan oluştuğuna değinilmiştir. İşçinin ifşa ve ihbar hakkı ile sadakat borcu arasında bir bağlantı olup olmadığından bahsedildikten sonra ilgili hak ve sadakat borcu arasında çatışmanın olup olmadığı irdelenmiştir. Ayrıca bu çalışmada işçinin, işyerindeki kanuna ve hukuka aykırılıkları, olumsuz durumları ve benzeri halleri ifşa ve ihbar etmesine imkân veren Türk hukuk mevzuatındaki dayanak olabilecek hükümler incelenmiş, bunun yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin ifşa ve ihbar hakkının hukuka uygun kullanımına ilişkin getirdiği kriterlere yer verilmiş, AİHM’nin söz konusu kriterleri kapsamında ifşa ve ihbar hususu ile ilgili Türk iş yargısının önüne gelen ve gelmeyen uyumsuzluklar değerlendirilmiş son olarak işçinin ifşa ve ihbar hakkının ayrı bir madde şeklinde 4857 sayılı İş Kanunu’na eklenmesine yönelik öneride bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İşçinin ifşa ve ihbar hakkı, Türk hukukunda ifşa ve ihbar hakkı, ifşa ve ihbar hakkının hukuki dayanakları, ifşa ve ihbar hakkına ilişkin Türk hukukundaki uyumsuzluklar.

- Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.
- Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 05.08.2024
- Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Öğr. Gör., Trabzon Üniversitesi Şalpazarı Meslek Yüksekokulu Büro Hizmetleri ve Sekreterlik Bölümü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı öğrencisi, cihankirpik@trabzon.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5081-4860>.



Abstract

The right to disclose and whistleblowing can be defined as the right of workers to report unfavorable situations, abuses, illegal acts, corruption and similar situations in the workplace to the relevant persons or authorities through a report or complaint. The purpose of granting the right to disclosure and whistleblowing to the employee is to prevent unlawful practices in the workplace that violate the rights of workers and harm the public interest. There is no separate article or provision in the Turkish legal legislation stipulating the “right of the employee to disclose and report”. However, workers may rely on the freedom of expression under Article 25 and Article 26 of the Constitution and the right to petition under Article 74. In addition to these, Article 18/3-c of the Labor Law may also be invoked by workers. In this provision, it is stated that the application of the employees to the judicial or administrative authorities against the employer to pursue their rights arising from the legislation or the contract or to act in accordance with their obligations, or to participate in the process of application, will not give the employer the right to terminate the contract for valid reason. Article 18/3 of the Occupational Health and Safety Law states that the rights of employees or employee representatives cannot be restricted due to their application to the competent authority in cases where occupational health and safety measures are inadequate at the workplace or during inspections. Therefore, it is possible for employees to make disclosure and whistleblowing based on Article 18/3-c of the Labor Law and Article 18/3 of the Occupational Health and Safety Law and thus exercise their rights. In this study, firstly, the concept of “right to disclose and whistleblowing” (whistleblowing) is explained according to the definitions of both the doctrine and the Court of Cassation, and then the elements of this right are mentioned. After mentioning whether there is a connection between the employee’s right to disclosure and whistleblowing and the duty of loyalty, it is examined whether there is a conflict between the right and the duty of loyalty. In addition, this study examines the provisions in the Turkish legislation that allow the employee to disclose and report violations of law and unlawfulness, unfavorable situations, etc. in the workplace. In addition, this study examines the provisions in the Turkish legislation that allow the employee to disclose and report violations of the law and the law in the workplace, negative situations, etc., as well as the criteria of the European Court of Human Rights (ECtHR) regarding the lawful use of the right to disclose and report, evaluates the disputes that have and have not been brought before the Turkish labor judiciary regarding the issue of disclosure and reporting within the scope of the ECtHR’s criteria, and finally makes a proposal for the addition of the employee’s right to disclose and report to the Labor Law No. 4857 as a separate article.

Key Words: Worker’s right to disclosure and notification, right to disclosure and notification in Turkish law, legal bases for the right to disclosure and whistleblowing, right to disclosure and notification regarding disputes in Turkish law.

GİRİŞ

İşçinin ifşa ve ihbar hakkı (whistleblowing), işçilerin işyerlerindeki kanunları ihlal eden uygulamaları, usulsüzlükleri, yolsuzlukları ve benzeri halleri ilgili kişilere ya da makamlara bildirmesidir. İşçiye ifşa ve ihbar hakkının tanınmasının amacının, işyerinde hem işçilerin haklarını ihlal edici hem de kamunun menfaatine zarar verici hukuka aykırı uygulamaların önüne geçilmesini sağlamak olduğu ifade edilebilir. Ancak işçinin işyerindeki hukuka aykırılıkları ifşa ve ihbar etme hakkı olduğu gibi işverenin hukuka uygun ve meşru çıkarlarını koruma yani sadakat borcu da bulunmaktadır. Dolayısıyla işçinin ifşa ve ihbar hakkı ile sadakat borcunun bir çatışma içerisinde olduğu söylenebilir. Bu çatışmada kamu yararının ön planda tutulması gerekliliği de mevcuttur.

Türk hukuk mevzuatında ayrı bir madde veya hükümde “işçinin ifşa ve ihbar hakkı” şeklinde bir düzenleme mevcut değildir. Fakat işçiler, Anayasa md. 74’de yer alan dilekçe hakkına, md. 25 ve md. 26 uyarınca ifade özgürlüğüne, İş Kanunu md. 18/3-c bendindeki işçilerin mevzuattan ya da sözleşmeden kaynaklanan haklarının takibini yapmak ya da yükümlülüklerine uygun davranmak için işveren aleyhine adli veya idari makamlara başvurmasının ya da başvurulmuş sürece katılmasının, işverene sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında geçerli nedenle fesih hakkı vermeyeceği düzenlemesine, bunun yanı sıra İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 18/3 hükmüne dayanarak ifşa ve ihbarda bulunmaları ve dolayısıyla söz konusu hakkını kullanmaları mümkündür. Ayrıca İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 8/2’de işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları açısından işyerindeki iş güvenliğine ilişkin eksiklik ve aksaklıkların bildirilmesinin bir yükümlülük şeklinde düzenlendiğini belirtmek gerekir.

İşçilerin ifşa ve ihbar hakkının Türk hukuk mevzuatında doğrudan bir hüküm veya kanun maddesiyle açıkça düzenlenmemiş olması sebebiyle çalışmada ifşa ve ihbar hakkının hukuki dayanaklarının neler olduğu ortaya konmaya çalışılmış sonrasında ise iş sözleşmesi ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı üzerinde durulmuş, hakkın kullanım koşulları ve yöntemleri incelenmiştir. Bu konuların yanı sıra Türk yargısı tarafından dikkate alınması gereken AİHM’nin ifşa ve ihbar hakkına ilişkin belirlediği kriterlere değinilmiş, Türkiye’de işçilerin ifşa ve ihbar hakkını kullandıkları somut olaylar, iş mahkemelerine yansıyanlar ve yansımaları şeklinde ikiye ayrılarak incelenmiştir.

I. İFŞA VE İHBAR HAKKI (WHISTLEBLOWING) KAVRAMI

Whistleblowing¹, işçilerin² işyerlerindeki olumsuz halleri, kanunlara aykırı hareketleri, yolsuzlukları, suistimalleri ve benzeri durumları³ ihbar veya şikâyet vasıtasıyla ilgili kişilere veya makamlara bildirmesi bir nevi ihbar etmesidir⁴. Bildirim

¹ İngilizcede “whistleblowing”, sözlük anlamı ısıklık çalmak, düdük çalmak manasına gelen “whistle” ile üfleme manasında kullanılan “blow” kelimesinin birleşimi şeklinde oluşmuş bir kavramdır. Esra Tani, ‘Sosyal Medyada Whistleblowing (Bilgi Uçurma) Davranışı’ Harun Yıldız (ed), *Sosyal Medyanın İş Yaşamındaki Yeri* (Beta 2018) 283; “Blow” ve “Whistle”ın kelime anlamı için bkz. Zeynep Çalışkan, *Türkçe-İngilizce İngilizce-Türkçe Dönüşümlü Sözlük* (1. Baskı, Türkmen Kitapevi 2014) 309, 759; “Whistleblowing” kavramının, “Bilgi ifşası”, “ispionculuk”, “muhabirlik” gibi çeşitli sözlük anlamları bulunmaktadır. Çeşitli anlamları için bkz. <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/whistleblowing>, (E.T 17.05.2024).

² Konunun kapsamı işçiler açısından ele alındığından dolayı çalışan kavramı yerine işçi kavramı tercih edilmiştir.

³ İşyerinde yapılan ayrımcılık, rüşvet verilmesi, hırsızlık, adaletsizlik gibi durumlarda Whistleblowing’in mevcut olduğu hallerdir. Farklı örnekler için bkz. Brian Martin, *Whistleblowing A Practical Guide* (1st ed, Irene Publishing 2013) 22-24.

⁴ Mustafa Alp, ‘Avrupa Birliği’nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi’ (2021) 23 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4; Gülsevil Alpagut, ‘İfşa-İhbar Hakkına



yapılacak ilgili kişiler veya makamlar, işyeri içerisindeki yetkili merciler, kamu makamları olabileceği gibi basın ya da üçüncü bir kişi de olabilir⁵. İhbarı yapan işçiye ise whistleblower adı verilmektedir⁶. Whistleblower kelimesinin Türkçe karşılığı olarak ihbar eden veya ihbarcı kavramı kullanılabilir.

Whistleblowing, işyerindeki hukuka aykırı hallerin ortaya çıkarılması konusunda önem arz etmektedir⁷. Zira işyerindeki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ihmallerin, yolsuzluğun, eşit işlem ilkesine aykırı hareketlerin ve benzerlerinin açığa çıkmasını sağlayıcı işleve sahiptir.

Yargıtay da tespit edebildiğimiz kadarıyla 24.10.2016 tarihli bir kararında⁸ whistleblower kavramını ilk kez kullanarak tanımını yapmıştır. Yargıtay'ın tanımına göre whistleblower;

“...tehlikeler, yolsuzluklar veya işveren ya da işçinin iş arkadaşlarının gerçekleştirdiği, diğer hukuka veya etik kurallara aykırı davranışlar hakkındaki gizli bilgilerin bir işçi tarafından ortaya çıkarılmasıdır. Bu çerçevede bir organizasyon içinde yasa dışı ve etik değerlere uygun olmayan davranış ve eylemlerin organizasyon içi veya dışı başka kişilere veya kurumlara zarar vermemesi için enformasyon sahibi kişiler tarafından sorunları çözme güç ve yetkisine sahip iç ve dış otoritelere bildirilmesi...” dir.

Whistleblowing kavramının Türkçe karşılığı olarak öğretide “bilgi uçurma”, “ihbar”, “haber uçurma”, “ifşa ve ihbar” gibi farklı kullanım biçimleri mevcuttur⁹. Çalışmanın devamında “whistleblowing” kavramının yabancı literatüre ait

İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları’ Alpay Hekimler (ed.), *Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı* (1 Baskı, Legal 2021) 1; Marcia P. Miceli, Janet P. Near and Terry Morehead Dworkin, *Whistle-blowing in Organizations* (1st ed, Routledge Taylor & Francis Group 2008) 6; Başka bir tanım için bkz. Hugh Collins, Keith Ewing and Aileen McColgan, *Labour Law*, (2nd ed, Cambridge University Press, 2022) 466; Nuri Çelik ve diğerleri, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı, Beta 2023) 319; R. Guy Thomas, ‘Whistleblowing and power: A network perspective’ (2020) 29 *Business Ethics: A European Review* 842; Mathieu Bouville, ‘Whistle-Blowing and Morality’ (2007) 81 *Journal of Business Ethics* 579; Necati Cemaloğlu ve Muhammet İbrahim Akyürek, ‘Örgütlerde Whistleblowing (Bilgi Uçurma)’ (2017) 4 *Turkish Journal of Educational Studies* 126.

⁵ Ufuk Aydın, ‘İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)’ (2002) 2 *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 81.

⁶ Janet Pollex Near and Marcia P. Miceli, ‘Organizational Dissidence: The Case Of Whistleblowing’ (1985) 64 *Journal of Business Ethics* 2; Alp *Whistleblowing* (n 4) 4; Bouville (n 4) 579; Derya Ergun Özler, Meltem Dil Şahin ve Ceren Giderler Atalay, ‘Teorik Bir Çerçevede Whistleblowing-Etik İlişkisi’ (2010) 11 *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 172.

⁷ Alp *Whistleblowing* (n 4) 4.

⁸ Yargıtay 7. HD, E. 2016/12401, K. 2016/17196, T. 24.10.2016.

⁹ Bkz. Aydın, (n 5) 81; Kemal Eroğluer ve Gizem Sarıbay Öztürk, ‘İş Hukuku ve Örgütsel Boyutuyla Haber Uçurma (Whistleblowing)’ Sevinç Köse ve Mustafa Alp (ed.) *Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları* (1. Baskı, Seçkin 2020) 343; Adalet Yalçın Soysal, ‘Temel Kuramsal Yak-

olması ve Türkçe olmaması sebebiyle bu kavram yerine ifşa ve ihbar hakkı kavramı kullanılacaktır.

II. İFŞA VE İHBAR HAKKININ UNSURLARI

İfşa ve ihbar hakkının üç temel unsuru bulunmaktadır¹⁰. UNSURLARDAN BİRİNCİSİ, bu hakkı kullanacak olan kişinin ilgili işyerinde iş gören ya da söz konusu işyeri ile çalışan bir kişi olmasıdır¹¹. Hukuka aykırılığın meydana geldiği işyeri ile bağımlılık veya yakın ilişki içerisinde bulunmayan kişiler, ifşa ve ihbar hakkına sahip değildirler¹². Bu nedenle işyeri dışından birinin hukuka aykırılığı bildirmesi ifşa ve ihbar hakkının kullanımı sayılmayacaktır¹³. Ancak belirtmek gerekir ki işçi işyerinden ayrılmış olsa dahi çalıştığı zamanlarda mevcut olan uygunsuzlukları, usulsüzlükleri ifşa ve ihbar etmesi mümkündür¹⁴.

İkinci unsur ise ifşa ve ihbar hakkının konusunu oluşturan etik kurallara, ahlaka, hukuk kurallarına aykırılık teşkil eden meşru olmayan uygulamalar, hareketler veya işlemlerdir¹⁵. Hukuk kurallarına aykırı eylemler, işveren ve işyeri bakımından ilk olarak iş mevzuatına aykırılık şeklinde değerlendirilebilir¹⁶. İş mevzuatına aykırılık kendi içerisinde de iş sağlığı ve güvenliğini kurallarına uyulmaması, sosyal güvenliğe ilişkin normlara aykırı hareket edilmesi ve benzerleri şeklinde görünüm kazanabilir¹⁷. Ancak hukuk kurallarına aykırı davranışlar daha geniş bir çerçeveye

laşımın Bağlamında Bilgi Uçurma (Whistleblowing) Kavramı' (2023/2) 71 Adalet Dergisi 1191; Ali Baltacı, 'Bilgi Uçurma: Kavram ve Kuramsal Temeller' (2017) 5 Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 399.

¹⁰ Mustafa Alp, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü' (2013) 15 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389.

¹¹ Yalçın Soysal (n 9) 1193-1194; Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 389. Ancak bu konuda karşıt bir görüşe göre yalnızca işçilerin veya çalışanların hak sahibi ihbarcı olarak değerlendirmemesi gerektiği çünkü söz konusu yerde çalışmayan kişinin de ilgili işyerindeki veya kuruluştaki usulsüzlüğü tespit edebileceği ve bunları raporlama araçlarına sahip olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Barbara Culiberg and Katarina Katja Mihelič, 'The Evolution of Whistleblowing Studies: A Critical Review and Research Agenda' (2017) 146 Journal of Business Ethics 789. Söz konusu görüşü destekler nitelikte "yenidoğan çetesi" olarak adlandırılan örgütün özel hastanelerdeki hukuka aykırı faaliyetleri 27.06.2023 tarihinde özel hastanelerde çalışmayan bir kişi tarafından CİMER'e yapılan ihbar ile ortaya çıktığına yönelik bkz. <https://tr.euronews.com/2024/10/19/cimer-ihbarıyla-ortaya-cikan-yenidoğan-cetesine-dair-neler-biliniyor>. (E.T. 20.10.2024).

¹² Near and Miceli (n 6) 2. Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 388; Yalçın Soysal (n 9) 1193-1194.

¹³ Yalçın Soysal (n 9) 1193-1194; Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 389.

¹⁴ Near and Miceli (n 6) 4; Can Coşkun Aktan, 'Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: WHISTLEBLOWING' (2015) 7 Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi 22.

¹⁵ Near and Miceli (n 6) 3.; Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 388; Seda Aydan, 'İhbarcılık: Bir Kavram Analizi' (2018) 15 Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 83.

¹⁶ Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 388.

¹⁷ İbid; Orhan Ersun Civan, *İşçinin Yan Yükümlülükleri* (1. Baskı, Beta 2021) 220-223.



sahiptir. Dolayısıyla ifşa ve ihbar hakkına konu edilebilecek hususlar, yolsuzluk, rüşvet, irtikap ve benzeri her çeşit suçları veya kabahatleri bunların yanı sıra vergi kaçırma, özel usulsüzlük, beyanname vermeme gibi vergi suçlarını, sermaye piyasası ya da rekabet kurallarının ihlal edilmesini kapsar. Ayrıca ifşa ve ihbar hakkı konu bakımından, Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliğine¹⁸ aykırı uygulamaları, son kullanma tarihi geçmiş olan ürünlerin satılması gibi tüketici hakları ve mevzuatına aykırı hareketleri, sağlık ve çevreye zarar verilmesi hallerini de içine alır. Örneğin işyerinde yapılan imalatın çevredeki suları kirletmesi, insanların ve çevredeki diğer canlıların sağlığını tehlikeye atacak derecede radyasyon yayması gibi bilgiler, ifşa ve ihbar hakkının konusu oluşturacaktır¹⁹.

Devletin koyduğu kuralların yanı sıra meslek örgütlerinin, işyerlerinin ve işletmelerin üye oldukları kuruluşların belirledikleri kurallara aykırılık veya işyeri tarafından konulmuş olan etik kuralların ihlali, ifşa ve ihbar hakkının kapsamına girecektir²⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki ifşa ve ihbar hakkı, yalnızca işverenin kurallara aykırı hareketleri ile sınırlandırılmaz²¹. İşveren vekillerinin, işçinin çalışma arkadaşları olan diğer işçilerin, tüzel kişilerde somut işvereni meydana getiren yönetim kurulu üyelerinin kuralları ihlal edici davranışları ifşa ve ihbar hakkının konusu olabilir²².

Üçüncü unsur ise ifşa ve ihbarın yapılacağı kişi veya yetkili kurumdur. İfşayı gerçekleştirecek kişinin, kurallara aykırı davranışı engelleyebilecek ya da yaptırımında bulunabilecek bir kişi veya yetkili kuruma bildirimde bulunması gerekir²³. Başka bir anlatımla söz konusu kurallara aykırılığı önceleyecek yetkiye sahip olmayan kişilere ifşanın gerçekleştirilmesi ifşa ve ihbar hakkının kullanımı sayılmayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta²⁴ formen ve üretim müdürünün kadın işçileri taciz etmesine ilişkin ifadeleri içerisinde bulunduran bildirinin sadece kadın işçilerin dolaplarına bırakıldığını, formen ve üretim müdürüne yönelik somut bir suçlama içermekle beraber bu bildirinin dağıtılmasındaki amacın yetkilileri harekete geçirmek değil dayanışma bilinci doğrultusunda işçileri harekete geçirmek olduğunu, bu durumun hedef alınan kitle ve bildirinin genelinden açıkça anlaşıldığını belirtmiştir. İlgili somut olayda Anayasa Mahkemesi, yetkili kişilere ifşa ve ihbarın yapılmadığı yalnızca işçiler arasında örgütlenme için bildirilerin da-

¹⁸ RG, T. 19.02.2020, S. 31044.

¹⁹ Aydın (n 5) 86.

²⁰ Near and Miceli (n 6) 4; Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 388.

²¹ Alp *Whistleblowing* (n 4) 5; Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 389.

²² Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 389; Alp *Whistleblowing* (n 4) 5.

²³ Near and Miceli (n 6) 4; Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 389. Thomas'a göre ihbar edilecek husus kurum içinde ya da kurum dışında yetkili bir kişiye yapılmalıdır. Thomas (n 4) 845; Ahmet Atılgan ve Esmâ Koç, 'Whistleblowing: Türkiye'den İki Örnek Olay' (2019) 41 Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 380.

²⁴ AYM, Bireysel Başvuru, Başvuru No.: 2013/6829, Başvurucu: İltar Nur, T. 14/4/2016, www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T 11.05.2024).

ğtıldığı bu sebeple de whistleblowing'in mevcut olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. İşçilerin işyerindeki kurallara aykırı uygulamaları ortadan kaldırma yetkisine sahip olmayan kişi veya merciye bu durumu bildirmeleri kanaatimizce sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Çünkü işçi sadakat borcu ile işverenin haklı menfaatlerini koruma ve ona zarar vermeme yükümlülüğü altındadır. İşçinin kurallara aykırı uygulamaları ortadan kaldırma yetkisi olmayan kişilere veya merciye ifşa ettiği bilgi, işverenin haklı menfaatlerinden biri olmayıp, tam aksine hukuka aykırı bir uygulaması veya eylemidir.

III. İŞÇİNİN SADAKAT BORCU İLE İFŞA VE İHBAR HAKKI BAĞLANTISI

A. Sadakat Borcu Kapsamında İş Sırrı ve İfşası

İşçinin, işverenin işlerini yapmak amacıyla iş görmeye başlamasıyla birlikte aynı zamanda iki taraf birbirlerinin çıkarlarını korumaya da ihtiyaç duyacaktır²⁵. Burada işverenin çıkarını koruma hususu işçi açısından sadakat borcu²⁶ olarak doğmaktadır²⁷. Sadakat borcu, yapma edimi şeklinde olabileceği gibi yapmama edimi biçiminde de yerine getirilebilir²⁸. İşveren ile işçi arasındaki iş ilişkisinin devamı süresince ifa etmekle yükümlü olduğu işçinin sır saklama borcu da sadakat borcundan doğan ve onun kapsamı içerisinde kalan bir borç özelliği taşımaktadır²⁹.

²⁵ Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. Baskı., Lykeion 2022) 600; M. Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2022) 120.

²⁶ Sadakat borcu öğretilmiş bağıllık borcu olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Murat Demircioğlu, Tankut Centel ve Hasan Ali Kaplan, *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta 2021) 105.

²⁷ Öner Eyrenci ve diğerleri, *İş Hukuku* (10. bs., İstanbul, Beta 2020) 133; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 25) 600; Yusuf Alper ve İlknur Kılık, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (6. Baskı, Dora 2021) 63; Uşan ve Erdoğan (n 25) 120. İşçinin iş görme borcunu yerine getirirken aynı zamanda işverenin menfaatlerini de koruması gerekir. Bu kapsamda işçi, işin yapılması için emeğini ortaya koyarken işverenin çıkarlarını ihlal edecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. İşte burada işçinin iş görme borcu, sadakat borcunu da içine alacak şekilde birbiri ile örtüşmektedir. Örneğin bir işyerinde yönetici ofisini temizlemek için iş sözleşmesi kurulmuş işçinin söz konusu ofisi temizlerken işyerinde yapılan üretime ilişkin bilgileri içeren evrağı dışarı çıkarmaması işverenin haklı menfaatlerini koruması bakımından sadakat borcu kapsamında değerlendirilebilir. Ancak işçinin ofis temizliği dışında üretimin hızlı ve doğru yapılması ile ilgili işverenin haklı menfaatini koruma yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Bkz. Arzu Arslan Ertürk, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (1. Baskı, On İki Levha 2010) 181.

²⁸ Eroğluer ve Sarıbay Öztürk (n 9) 360; Uşan ve Erdoğan (n 25) 120; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Yetkin 2022) 239-240; sadakat borcunun yapma ve yapmama borcu şeklinde olabileceği ve ilgili örnekleri için bkz. Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukuku'nun Esasları* (9. Baskı, Beta 2018) 102-103; Cevdet İlhan Günay, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Yetkin 2020) 115.

²⁹ Sarper Süzek, *İş Hukuku* (22. Baskı, Beta 2022) 360-361; Senyen Kaplan (n 28) 239; Sevil Doğan, *İşçinin Rekabet Yasağı – İş Sırrının Korunması* (3. Baskı, Seçkin 2023) 19; Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (6. Baskı, Beta 2021) 144. İşçinin sır saklama borcunun, sadakat borcunun bir gereği olduğuna ilişkin bkz. Fevzi Demir ve Gönenç Demir, 'İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması' (2009) 11 Kamu-İş Dergisi 23; sır saklama borcunun, sadakat borcunun bir görünüm biçimi olduğuna ilişkin bkz. Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı (Cilt 1 Bireysel İş Hukuku)* (6. Baskı, Lykeion 2022) 159. Sır saklama borcunun sada-



TBK md. 396/4'e göre işçi, iş gördüğü esnada öğrendiği³⁰ özellikle iş sırları ve üretim gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devam ettiği süre boyunca kendi faydasına kullanamaz ya da başka kişilere açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması amacıyla gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür (TBK md. 396/4).

İş sırları ile anlatılmak istenen işyerindeki işin yürütümünde kullanılan çalışanların bir kısmı tarafından bilinen, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, teknik veya teknik olmayan, saklı kalmasında işverenin menfaatinin söz konusu olduğu, herkes tarafından kolayca öğrenilemeyecek olan bilgilerdir³¹. İş sırlarına örnek olarak işyerinde imalatı yapılan bir içeceğin tarifi, aynı şekilde bir ürünün yapılış biçimi ve kullanılan malzemeler ve miktarı verilebilir³². Bunların yanı sıra işyerindeki güvenlik ve sağlığa ilişkin iş sırrı olabileceği gibi işverenin mali veya kişisel durumuna, müşteri listesi, reklam stratejisi ve bilgilerine ilişkin olabilir³³.

Sırrın, kanunlara ve hukuka aykırı bilgileri içermesi durumunda, TBK md. 396/4 kapsamında iş sırrı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir³⁴. İşçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu sır saklama borcu, işverenin hukuka aykırılıklarını örtmek için kullanılamaz³⁵. Bu nedenle işçinin edindiği bilgilerin, başka bir ifadeyle bilgisini elde ettiği sırların kanuna ve hukuka aykırılık içermesi halinde ifşa ve ihbar hakkı ile sadakat borcunun varlığı önem arz edecektir³⁶. İş gördüğü özel bir hastanede engelli olarak doğan bebeklerin ölüme terk edildiği bilgisini edinen hemşirenin, işverenin fiyatları belli bir tutarın üstünde tutabilmek amacıyla bir diğer işverenle kartel meydana getirdiğini bilgisini edinen üst düzey yöneticinin³⁷ söz konusu öğrendikleri bilgileri, işyerinde amirlere ya da işyeri dışındaki yetkili mercilere ya

kat borcunun bir görünüm biçimi olmadığı ve birbirinden bağımsız iki farklı yükümlülük olarak incelenmesi gerektiğine ilişkin bkz. Sema Deniz Özkan Koç, *İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü* (1. Baskı, Adalet 2022) 177.

³⁰ Öğretideki bir görüşe göre işçinin öğrenmiş olduğu iş sırlarını saklama borcunun doğması açısından ilgili sırları nasıl öğrendiğinin bir önemi bulunmamaktadır. İşçi bunları tesadüfen öğrenmiş olabileceği gibi işverenin ona güvenmesi sonucunda veya iş görürken edinmiş olabilir. Bkz. Senyen Kaplan (n 28) 241. Aynı yönde görüş için bkz. Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta 2014) 273.

³¹ Eroğlu ve Sarıbay Öztürk (n 9) 360; Doğan (n 29) 19.

³² Mollamahmuoğlu, Astarlı ve Baysal ise iş sırları ile üretim sırlarını birbirinden farklı kavramlar olarak sınıflandırmış ve iş sırlarının içerisine üretime ilişkin bilgilerin girmeyeceğini üretim dışında kalan tedarik, pazarlama, gelir kalemleri, reklam politikası, müşteri listesi gibi hususların gireceğini ifa etmektedir. Mollamahmuoğlu, Astarlı ve Baysal (n 25) 605.

³³ Aydın (n 5) 84; Gülsevil Alpagut, 'İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler' (2012) SİCİL İş Hukuku Dergisi 25.

³⁴ Eroğlu ve Sarıbay Öztürk (n 9) 361.

³⁵ Mustafa Alp, *Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing)* (1. Baskı, Beta 2013) 132; Eroğlu ve Sarıbay Öztürk, (n 9) 361.

³⁶ Aydın (n 5) 84.

³⁷ İlgili örnekler için bkz. İbid.

da medyaya ifşa ve ihbar etmesi sadakat borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Çünkü sadakat borcu işverenin hukuka uygun menfaatlerinin işçi tarafından korunmasını içeren ve iş sözleşmesinden doğan bir borç³⁸ niteliğindedir.

B. Sadakat Borcu ile İfşa ve İhbar Hakkının Çatışması

TBK md. 396/1 incelendiğinde işverenin “haklı menfaatlerinin” korunmasında işçinin sadakat borcu bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda işverenin “haklı menfaatinin” olmadığı hallerde işçinin sadakat borcu mevcut olmayacaktır³⁹. Haklı menfaat ise işverenin hukuka aykırı olmayan meşru olan menfaatleridir⁴⁰. Ancak işverenin haklı menfaatinin bulunmadığı hukuka aykırı olan bir hususta dahi sadakat borcu gereğince işçiden işyerinin menfaatlerini gözetmesi beklenebilir⁴¹. Örneğin çalıştığı işyerinde son kullanma tarihi geçmiş olan ürünlerin satıldığını öğrenen işçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanırken öncelikle işyerindeki yetkili kişilere bu durumu bildirmesi sonrasında ürünlerin satılmaya devam ederse denetim makamlarına yine aynı uygulamanın devam etmesi halinde ise son çare olarak medyaya⁴² ifşa ve ihbar etmesi beklenir. Ancak kanaatimizce işçinin kendi hakları ile ilgili örneğin işçilik alacaklarında yapılan usulsüzlükleri işyerinin dışındaki yetkili mercilere doğrudan ifşa ve ihbar etmesi sadakat borcunun ihlali sayılmaması gerekir. Zira sadakat borcu ile işçinin haklarını kullanması sınırlanamaz. İşçinin, işverene karşı olan sadakat borcunun sınırlarından birini işçinin hakları oluşturmaktadır⁴³. Gerçekten de 4857 sayılı İş Kanunu md. 18/3’te işçilerin sözleşmeden veya mevzuattan kaynaklanan haklarını takip etmelerinin işverene geçerli nedenle fesih hakkı vermeyeceği hüküm altına alınmıştır⁴⁴.

³⁸ Hasan Kayırgan, ‘İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi’ (2014) 20 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 461.

³⁹ Alp *Çalışanın İfşa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 121. İşverenin haklı menfaatinin olmadığı durumlara ilişkin işçi tarafından işyeri içindeki üst yönetime yapılan ifşanın sadakat borcunun ihlali sayılmayacağına ilişkin bkz. David Lewis ‘Introduction’ David B. Lewis (ed.), *Whistleblowing at work* (1st ed, The Athlone Press 2001) 2.

⁴⁰ Alp *Çalışanın İfşa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 121.

⁴¹ İbid; Sezgi Öktem Songu, ‘Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları’ (2013) 15 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 628; Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 386; Demir ve Demir (n 29) 24.

⁴² Öğretide, medya aracılığıyla özellikle sosyal medya kanalı ile yapılacak ifşanın çok hızlı bir şekilde birçok insana ulaşabilecek olması nedeniyle ifşa edilecek hususun hukuka aykırı olması ile kamu yararının mevcut olduğu konusunda tereddüt bulunmamasına dikkat edilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Büşra Gizem Üner, ‘İfşa ve İhbar Hakkı’ (2024) 10 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 791.

⁴³ Eroğluer ve Sarıbay Öztürk (n 9) 361-362; Alp *Çalışanın İfşa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 121.

⁴⁴ İşçinin ifşa ve ihbar hakkının kullanmasındaki hukuki dayanakları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. IV. başlığı.



İşçinin kendi haklarına ilişkin tehdit oluşturulmasına rağmen işyerindeki hukuka aykırılık oluşturan halleri ifşa ve ihbar etmesinin sadakat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmayacağı öğretide tartışılan bir husustur⁴⁵. Bir görüşe göre işçinin kendi hakkı olması veya olmaması önem arz etmeksizin kişilik haklarının korunması bağlamında ifade özgürlüğünün korunması gerektiği bu nedenle de ifşa ve ihbar hakkının sadakat borcundan daha fazla korunması gerektiği belirtilmektedir⁴⁶. Bir başka görüşe göre işverenin ticari nitelik taşıyan iş sırları suç oluşturuyorsa korunmayacak işçi bu konuyu ilgili makamlara ifşa ve ihbar edebilecektir⁴⁷. Nitekim Yargıtay da bir kararında işyerinde muhasebeci sıfatı ile iş gören işçinin şirketin vergi kaçırdığını resmî kurumlara ihbar etmesinin iş sırrının hukuka aykırı olarak ifşası sayılmayacağı yönünde hüküm kurmuştur⁴⁸. Bir diğer görüş tarafından ise sadakat borcunun işçinin ifade özgürlüğünün sınırını çizdiğini belirtmekle beraber işyerinde hukuka aykırılıklara, etik ihlallere şahit olan işçinin bu durumu ifşa ve ihbar etmesinin sadakat borcuna aykırılık oluşturmadığı çünkü ilgili hususta işverenin korumaya değer bir yararının ve hakkının olmadığı bundan ziyade kamunun üstün yararının mevcut olduğu ifade edilmiştir⁴⁹.

IV. İŞÇİNİN İFŞA VE İHBAR HAKKININ HUKUKİ DAYANAKLARI

A. Genel Olarak

Yasal dayanaklarıyla birlikte değerlendirildiğinde işçilerin ihbar hakkının genel itibarıyla öncelikle idari makamlara sonrasında ise adli makamlara yapılacak başvurular ve ihbarlarla ilgili olduğu ifade edilebilir⁵⁰. Türk Hukuk mevzuatında işçilerin ifşa ve ihbar hakkının, işçilik haklarının yerine getirilmemesi, alacaklarının

⁴⁵ Eroğluer ve Sarıbay Öztürk (n 9) 362.

⁴⁶ Aktaran: Eroğluer ve Sarıbay Öztürk, (n 9) 362.

⁴⁷ Demir ve Demir (n 29) 23; Eroğluer ve Sarıbay Öztürk (n 9) 362.

⁴⁸ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "...vergi mükelleflerinin, kanunlar icabı mecbur buldukları vergileri tam ve zamanında vermeleri esas olup aksi halde devletin bunu temin için gerekli araştırmaları ve işlemleri yapması yetki ve görevi icabı olduğu cihetle; vergi kaçırmanın ve bunun yöntemlerinin kanunla korunan iş sırrı olarak kabulü, bir kanunla gayri meşru kabul edilen bir diğer kanunla korunması olur ki; kanun vazının amacının bu olmadığı aşikardır. Bu sebeplerle; sanığın eylemi daha önce ortağı ve muhasebecisi olduğu şirketin vergi kaçırdığını resmi makamlara ihbar etmekten ibaret olup mahkemenin kabulü de bu yönde olduğuna göre, bu eylemin Türk Ticaret Kanunu'nun 363. maddesinde yaptırım altına alınan iş sırrının korunması ile ilgili olmadığı dikkate alınmaksızın beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkumiyet kararı verilmesi ... yasaya aykırı sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün istem gibi BÖZULMASINA, 8.4.1987 tarihinde oybirliği ile karar verildi". Yargıtay 8. HD, E. 1987/1469, K. 1987/2337, T. 17.03.1987, www.kazanci.com.tr, (E.T. 13.10.2024); Aynı yönde bir başka karar için bkz. Yargıtay 7. CD, E. 1986/17826, K. 1987/4019, T. 08.4.1987, www.kazanci.com.tr, (E.T. 13.10.2024).

⁴⁹ Alpagut *Sadakat Borcu* (n 33) 25. Kamu menfaatinin gerektirmesi halinde işyerindeki hukuka aykırılığın ifşa ve ihbarının işçinin sorumluluğuna yol açmayacağına ilişkin bkz. Özkan Koç (n 30) 325.

⁵⁰ Civan (n 17) 224.

ödenmemesi veya eksik ödenmesi, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun davranılmaması hallerine ilişkin aşağıda ifade edilen çeşitli hükümler ile korunmaya çalışıldığını belirtmek gerekir⁵¹.

Anayasa md. 25 (düşünce ve kanaat hürriyeti), md. 26 (düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti), md. 74 (dilekçe hakkı), İŞK md. 18/3-c ile İSGK md. 18/3 gibi yasal düzenlemeler, işçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanmasına imkân vermektedir. Diğer bir yandan ise söz konusu düzenlemeler, işçiyi doğrudan ilgilendirmeyen ancak kamu menfaatine ilişkin usulsüzlüklere, mevzuata aykırılıklara toplumun sağlığını ve güvenliğini etkileyen ve benzeri durumlara ilişkin doğrudan bir güvence sağlamamaktadır. Fakat bu konuda yasal düzenleme bulunmaması işçilerin kendi haklarına ilişkin olmayıp kamu menfaatine ilişkin olan usulsüzlükleri idari veya adli makamlara başvurmaksızın doğrudan medyaya ifşa ve ihbar etmelerine engel teşkil etmeyecektir⁵². Zira işyeri veya işletmede gerçekleştirilen kamu menfaatini ilgilendiren usulsüzlüklere ilişkin işçi tarafından doğrudan medyaya ifşa ve ihbarın yapılması “halkın haber alma özgürlüğü” kapsamında değerlendirilebilir⁵³. Söz konusu olan “halkın haber alma özgürlüğü” dayanağını Anayasa md. 26’daki “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” ile Anayasa md. 28’de yer alan “basın hürriyetinden” almaktadır⁵⁴.

B. Anayasa’daki Hukuki Dayanaklar

1. Dilekçe Hakkı

Bir işyerinde iş görme edimini yerine getiren işçiler, mevzuatta bulunan bazı hükümler gereğince çalıştıkları yerlerdeki hukuka aykırılıkları, iş sağlığı ve güvenliğine aykırılıkları, kamu sağlığını tehlikeye atacak uygulamaları, yolsuzluğu ve bunlara benzer nitelikteki hususları ilgili mercilere ihbar edilebilirler⁵⁵. Bu ihbara yasal dayanaklardan biri Anayasa’nın⁵⁶ 74. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkıdır. İlgili madde gereğince Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ile müttekabiliyet esası ile hareket edilmesi şartıyla Türkiye’de ikamet etmekte olan yabancılar kendileriyle ilgili ya da kamuya ilişkin talep ve şikayetlerini yetkili makamlara iletmeye ve TBMM’ye başvurma hakları vardır. Bu kapsamda işçiler, iş sözleşmesinden varsa toplu iş sözleşmesinden ya da ilgili mevzuattan doğan haklarına ilişkin olarak yetkili mercilere, adli veya idari makamlara başvurma imkanına sahiptirler⁵⁷.

⁵¹ Civan (n 17) 224-225.

⁵² Öktem Songu (n 41) 643; Civan (n 17) 226; Aydın (n 5) 85; Yalçın Soysal (n 9) 1196.

⁵³ Civan (n 17) 226.

⁵⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. G. Hande Ulutürk, ‘Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Haber Verme ve Haber Alma Hakları’ (2018) 13, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-79.

⁵⁵ Civan (n 17) 221; Alp *Çalışanın İfşa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 113.

⁵⁶ RG, T. 09/11/1982, S. 17863 (Mükerrer).

⁵⁷ Civan (n 17) 221; Alp *Çalışanın İfşa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 113.

2. İfade Özgürlüğü

Anayasa md. 25'te “düşünce ve kanaat hürriyeti” ile Anayasa md. 26'da düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti düzenlenmek suretiyle kişilerin ifade özgürlüğü anayasal güvence altına alınmıştır. İfade özgürlüğü bir yandan kişinin kendi düşüncesini, kanaatini açıklayabilmesine, başka kişilerle paylaşabilmesine imkân verirken diğer yandan ise kişilerin bilgilendirilmesi, açıklanan düşünce hakkında bilgi sahibi olması veya haberdar olmasını içerir⁵⁸. İfade özgürlüğü, yalnızca kişinin düşünce ve kanaatini açıklayabilmesi yani sadece kişisel menfaatiyle ilgili olmayıp aynı zamanda üçüncü kişilerin, kamuoyunun haberdar olmasını sağlaması yönünden kamu menfaatini de içerisine almaktadır⁵⁹. Nitekim işçinin ifşa ve ihbar hakkı, ifade özgürlüğünün bu iki yanını dayanak olarak içerisinde barındırmaktadır. Dolayısıyla işçi işyerinde meydana gelen usulsüzlükleri ifade özgürlüğü kapsamında ifşa ve ihbar edebilme hakkına sahiptir.

C. İş Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndaki Hukuki Dayanaklar

1. İş Kanunu

4857 sayılı İş Kanunu (İŞK)⁶⁰ incelenecek olursa md. 18/3-c bendinde işçilerin mevzuattan ya da sözleşmeden kaynaklanan haklarının takibini yapmak ya da yükümlülüklerine uygun davranmak için işveren aleyhine adli veya idari makamlara başvurmasının ya da başvurulmuş sürece katılmasının, işverene sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında geçerli nedenle fesih hakkı vermeyeceği düzenlenmiştir. Bu konuya ilişkin Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda⁶¹, işçi, ilgili işyerinde tanker

⁵⁸ Hande Heper, ‘Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü’ (2022) 3 Çalışma ve Toplum Dergisi 1914.

⁵⁹ Hande Heper, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi* (1. Baskı, Seçkin 2022) 434.

⁶⁰ RG, T. 10.06.2003, S. 25134.

⁶¹ İlgili karar için bkz. Yargıtay 22. HD., 2014/35219 E., 2016/1252 K., 20.01.2016 T., www.kazanci.com.tr, (E.T. 02.05.2024);

Başka bir olayda işçi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Alo 170 hattına 6-7 Şubat 2013 tarihinde şikayette bulunmuştur. Şikayetinde fazla çalışma ücretlerinin ödenmediğini belirtmiştir. Bunun üzerine “*bakanlık tarafından müfettiş geldiğini ve ifade verdiklerini, işveren tarafından baskıların arttığını ve davacıya istirahat kullanmasının söylendiğini, çalışmaması halinde kapının gösterildiğini, kademli ...'a durumun aktarıldığını, işveren ... ile görüşmesi sonrasında işverenin kendisi ile çalışmak istemediğini ...'a söylediğini*” ifade etmiştir. 05.03.2013 tarihinde ise davacının iş sözleşmesine son verilmiştir. Söz konusu şekilde gerçekleşen somut olayda işçinin fazla çalışma ücretinin ödenmediğini Alo 170 hattına ihbar etmesi ifşa ve ihbar hakkının kullanımına örnek teşkil etmektedir. Zira işçinin kendi hakkı ile ilgili olarak işyerindeki hukuka aykırı uygulamaları bildirmesi de ifşa ve ihbar hakkının kullanımı sayılır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise ilgili uyuşmazlığa ilişkin olarak İş Kanunu'nun 17. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere işçinin işvereni şikayet etmesi, aleyhine dava açması ya da tanıklık yapması nedenlerine dayalı fesihlerin kötü niyetle yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla ilgili olayda mahkeme feshin kötü niyetli olarak yapıldığına ve kötü niyet tazminatının kabulüne karar vermiştir. Şikayet konusu olay için bkz. Yargıtay 22. HD., 2014/23541 E., 2015/34707 K., 16.12.2015 T., www.kazanci.com.tr, (E.T. 11.09.2024).

şoförü olarak işe girdiğini ancak şoförlük haricinde bahçe temizliğinde, mutfak görevlerinde araba yıkamada, pompacılık işinde istasyon binasının ve hatta işverenin evinin inşaat temizliğinde çalıştırıldığını ALO 170 hattına ihbarda bulunmuştur. Bu ihbarından sonra ise işveren işçi üzerinde baskıyı daha da fazlalaştırmış, işçinin işi bırakması amacıyla caydırma politikası uygulamıştır. Söz konusu durumun mobbing olarak değerlendirilmesi gerekir. İlgili olayda hem işçinin başka bir işte çalıştırılması hem de mobbinge maruz kalması hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Bu iki hususun işçi tarafından ilgili makamlara bildirilmesi işçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanmasına örnek oluşturacaktır. Somut olaydaki ile özdeş şekilde işverinde hukuka aykırılıkların mevcut olması halinde işçinin ALO 170'i araması veya CİMER'e ya da SGK'ya şikâyette bulunması⁶² gibi yetkili makamlara başvurması kanaatimizde ifşa ve ihbar hakkının kullanımı sayılacak ve işçinin sözleşmesi geçerli nedenle feshedilemeyecek, hakları kısıtlanamayacaktır.

Ayrıca söz konusu somut olayda da uygulandığı gibi İŞK md. 91/1 ve md. 91/2 uyarınca işçilerin başvuruları üzerine, iş sözleşmesinin devam etmesi şartıyla işyerinde işverenin yasa dışı uygulamaları ve mevzuata aykırı diğer haller hakkında iş müfettişleri denetim yapmaya yetkilidir. Dolayısıyla İŞK'daki düzenlemelere bakıldığında işçilerin işçilik haklarına ve alacaklarına ilişkin taleplerini işverene başvurmaksızın yetkili makamlara, idari veya adli mercilere ihbarda bulunabilecekleri ifade edilebilir⁶³.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁶⁴ incelendiğinde ise işçilerin, iş sağlığı ve güvenliği hakkına ilişkin olarak şikâyet ve ihbar hakkına dair ve bazı hallerde de ihbar yükümlülüğü ile ilgili hükümler olduğu görülebilir⁶⁵. Bu hükümlerden birisi İSGK md. 18/3'tür. Söz konusu fıkraya göre çalışanların veya çalışan temsilcilerinin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak gayesiyle alınan tedbirlerin yetersiz olduğu hallerde ya da denetim sırasında, yetkili makama başvuru yapmalarından dolayı hakları kısıtlanamayacaktır.

İşçilerin ve diğer çalışanların şikâyet ve ihbar etme hakkını etkin hale getirmeye yönelik bir başka düzenleme ise İŞK md. 93'tür. İlgili maddede iş müfettişlerinin kendilerine başvuran ya da ihbarda bulunan işçilerin ve başka kişilerin isimlerini ve kimliklerini açığa çıkarmama yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir. İhbar eden veya şikâyette bulunan işçinin kimliğini İŞK md. 93'teki emredici hükme rağmen öğrenen işverenin İSGK md. 18/3 hükmüne aykırı her davranışı ayrımcılık olarak

⁶² Bir işyerinde çalışan işçi, kendisinde 2008 yılında şiddetli öksürük başladığını, kapalı alan ve klima sistemli ortamda çalışmasının sağlığı için zararlı olduğuna ilişkin doktor raporu verildiğini buna rağmen işyerinde kendisinin çalışabileceği bir ortam sağlanmadığına ilişkin şikâyette bulunmuştur. Söz konusu şikâyet ifşa ve ihbar hakkının kullanımına örnek teşkil etmektedir. Bkz. Yargıtay 22. HD., 2013/5253 E., 2014/4403 K., 28.02.2014 T., www.kazanci.com.tr, (E.T. 11.09.2024).

⁶³ Civan (n 17) 222.

⁶⁴ RG, T. 30.06.2012, S. 28339.

⁶⁵ Civan (n 17) 222.



kabul edilebileceği gibi işçinin iş müfettişine ihbarda bulunması nedeniyle sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi kötü niyetli fesih veya geçersiz sebeple fesih niteliğinde olacaktır⁶⁶. Öte yandan İSGK md. 18/3 düzenlemesine aykırı davranan işverene idari para cezası⁶⁷ yaptırımı uygulanacaktır. (İSGK md. 26)

Söz konusu hükümler ile birlikte bütün çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hakkının korunmasına yönelik olarak ihbar hakkının mevcut olduğunu ve yasal dayanağının oluşturulduğunu belirtmek gerekir⁶⁸.

D. İşyeri Hekimi, İş Güvenliği Uzmanı ve Ortak Sağlık Güvenlik Birimi Yönetiminin İhbar Yükümlülüğü

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda mevcut olan bir başka düzenleme ise işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve ortak sağlık güvenlik birimi (OSGB) yönetimi⁶⁹ tarafından yapılacak ihbarlara ilişkindir (md. 8/2). İSGK md. 8/2 gereğince iş güvenliği uzmanı ile işyeri hekimlerinin işyerinde tespit ettikleri eksiklikleri, noksanlıkları, aksaklıkları ve alınacak önlemleri ile tavsiyeleri işverene bildirmekle yükümlüdürler⁷⁰. İşveren ise bu kapsamda gerekli önlemleri almaktan sorumludur⁷¹.

Bildirilen noksanlıklar, eksiklikler ve aksaklıkların acil durdurmayı gerektirmesi ya da yangın, patlama, kimyasal sızıntı, göçme ve benzeri acil ve hayati tehlike oluşturması, meslek hastalığına yol açabilecek ortamların mevcut olmasına rağmen işveren tarafından alınması gerekli önlemlerin alınmadığı hallerde işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve ortak sağlık güvenlik birimi yönetiminin ihbarda bulunma hakkı vardır (İSGK md. 8/2). Söz konusu hususta ihbarın, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimleri ya da ortak sağlık güvenlik birimi yönetimi tarafından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının yetkili birimine⁷², mevcut ise yetkili sendika temsilcisine

⁶⁶ Gaye Baycık, ‘Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler’ (2013) 3 Ankara Barosu Dergisi 124.

⁶⁷ İSGK md. 26 h bendine göre “18 inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, her bir aykırılık için ayrı ayrı bin Türk Lirası” idari para cezası verilecektir.

⁶⁸ Aynı yönde açıklamalar için bkz. Civan (n 17) 222.

⁶⁹ 15.01.2025 Tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 09/01/2025 tarihli ve 7538 sayılı Kanun’un 20. maddesi ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 8. maddesinde değişiklik yapılarak ortak sağlık güvenlik birimi (OSGB) yönetiminin de ihbar yükümlülüğü olduğu düzenleme altına alınmıştır.

⁷⁰ İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik md. 11’de “iş güvenliği uzmanlarının yetkileri” başlığı altında hüküm altına alınan yetkiliye mercieye ihbar hususu, 30/4/2015 tarihinde 29342 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yapılan değişiklikle birlikte iş güvenliği uzmanlarının yükümlülükleri kısmına dahil edilmiştir. Yapılan değişikliğin yerinde olduğuna ilişkin görüş için bkz. Efe Yamakoğlu, *İşverenin İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü* (1. Baskı Seçkin 2016) 178.

⁷¹ Süzek (n 29) 929-930; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 25) 1504; Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri* (1. Baskı, Vedat 2020) 110; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (26. Baskı, Seçkin 2022) 178.

⁷² Söz konusu yetkili birim, İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hak-

yok ise çalışan temsilcisine yapılması aynı zamanda bir yükümlülüktür⁷³. Çünkü söz konusu hususta iş güvenliği veya işyeri hekim tarafından ihbarın yapılmaması halinde yetki belgelerinin üç ay, tekrarı halinde altı ay, ortak sağlık ve güvenlik birimi yönetiminin ihbarda bulunması gerektiği halde bulunmaması durumunda ise OSGB'nin yetki belgesi altı ay, tekrarında ise bir yıl süreyle askıya alınacağı hüküm altına alınmıştır (İSGK md. 8/2).

Ayrıca yapılan ihbardan dolayı işveren, iş güvenliği uzmanının ve işyeri hekiminin iş sözleşmesine son veremez ve ilgili kişileri herhangi bir hak kaybına uğratamaz. (İSGK md. 8/2). Son vermesi halinde ise İSGK md. 8/2 uyarınca işveren, bir yıllık sözleşme ücretine karşılık gelen tazminatı ödemek durumunda kalacaktır. Böylelikle acil ve hayati tehlike oluşturan hallerle ilişkin iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi tarafından yapılacak ihbar, güvence altına alınmıştır.

İSGK'nin mevcut haliyle eksik düzenlemeler içerdiği ve Avrupa Birliği mevzuatına⁷⁴ aykırı olduğu ifade edilebilir⁷⁵. Eksikliklerden birisi, iş güvenliği önlemlerini almayan işvereni ihbar hakkının iş güvenliği ve işyeri hekimlerine tanınması olmasına rağmen, işçilerin ihbar hakkının bulunmamasıdır⁷⁶. Bir diğer eksiklik ise ihbar hakkının kullanımının sadece acil ve hayati tehlike oluşturan durumlar ile sınırlandırılmış olmasıdır⁷⁷.

kında Yönetmeliğin 11. maddesinde "Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü" olarak ifade edilmiştir. Bkz. RG, T. 29.12.2012, S. 28512.

⁷³ İşyerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine yönelik olarak işverene başvuru yetkisini makul süre içerisinde kullanmayan iş güvenliği uzmanlarının görevini ihmal ettiği bunun sonucunda ortaya çıkacak iş kazası veya meslek hastalığından sorumlu tutulması gerektiği öğretilmektedir. Bkz. Esra Baskan, 'İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü ve İş Güvenliği Uzmanlarının İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Sorumluluğu' (Temmuz 2014) 28(4) Çimento İşveren Dergisi 28. Aksi bir görüşe göre, iş güvenliği uzmanı veya işyeri hekimi tarafından yapılan saptamaların, "tespit ve öneri defterine" yazılmış ve giderilmesi gereken hususların işverene bildirilmiş olması durumunda yalnızca zamanında bildirim yapılmamış olması nedeniyle sorumlu tutulmaları isabetli değildir. Özdemir (n 70) 111; Halil Kale, 'Onaylı Defter; Doldurulması, Saklanması ve Hukuki Durumu', <https://calismabaris.com/is-guvenligi/is-guvenligi-is-guvenligi/konular/onayli-defter/onayli-defter-doldurulmasi-saklanmasi-hukuki-durumu/>, (E.T. 16.09.2024).

⁷⁴ Avrupa Birliğinin 12.06.1989 tarihli 89/391 sayılı "İşyerinde Güvenlik ve Sağlığın Korunmasının Geliştirilmesi İçin Önlemler Alınması Hakkındaki" Çerçeve Direktifi'nin 11. maddesinin 6. fıkrası gereğince "İşçiler ve/veya temsilcileri, işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin korunması için aldığı önlemleri ve kullanılan araçları yetersiz bulduklarında iş sağlığı ve güvenliğinden sorumlu makama ulusal hukuk ve/veya uygulamaya uygun şekilde başvurma hakkına sahiptirler.". Bunun yanı sıra ilgili direktifin 11 maddesinin 4. fıkrasında işçiler ve çalışan temsilcilerinin aleyhine bir işlem yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle Türk iş güvenliği mevzuatından farklı şekilde işçilere yönelik olarak da bir ihbar hakkı ve güvencesi getirilmiştir.

⁷⁵ Mustafa Alp *Çalışanın İşsa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 73.

⁷⁶ Mustafa Alp *Çalışanın İşsa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 73. Aynı yönde çalışanlara ya da en azından çalışan temsilcilerine ihbar hakkının tanınması gerektiğine ilişkin bkz. Eroğlu ve Sarıbay Öztürk (n 9) 374.

⁷⁷ Mustafa Alp *Çalışanın İşsa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 199.



V. İŞÇİNİN İFŞA VE İHBAR HAKKININ İŞ SÖZLEŞMESİ İLE SINIRLANDIRILMASI

İş sözleşmesi ile işçinin ifşa ve ihbar hakkının kullanımına sınırlama getirilip getirilemeyeceği meselesinin incelenmesi gerekir. Öğretide kural olarak iş sözleşmesi ile ifşa ihbar hakkının kullanım şekline sınırlama getirilebileceği ifade edilmektedir⁷⁸. İşçinin ifşa ve ihbar hakkı, dayanağını temel olarak ifade özgürlüğünde bulan bir haktır. Bu nedenle ifşa ve ihbar hakkına getirilen bir sınırlama ifade özgürlüğüne ilişkin bir sınırlama niteliğinde olacaktır⁷⁹. İş sözleşmesinde işçinin ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın geçerlilik kazanabilmesi için 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun⁸⁰ (TMK) 23. maddesi uyarınca “hukuka ve ahlaka” aykırı olmaması gerekir. Zira TMK md. 23/2’de hiç kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği bunun yanı sıra özgürlüklerini hukuka veya ahlaka aykırı sınırlayamayacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda kişilerin ifade özgürlüğünden vazgeçmesi de mümkün değildir⁸¹.

İş sözleşmesinde işçinin ifşa ve ihbar hakkından vazgeçtiğine dair bir kayıt yazılmış olsa dahi söz konusu kayıt, TMK md. 23/2’e aykırılık oluşturacağından dolayı hükümsüz olacaktır. Hukuka ve ahlaka uygun olması şartıyla işçinin ifşa ve ihbar hakkının kullanılmasına yönelik birtakım sınırlamalar getirilebilir⁸². Örneğin iş sözleşmesine, işçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanırken işletme dışında⁸³ ihbarda bulunmaması öncelikle işyeri veya işletme içerisindeki yetkili makama haber vermesi şartı yazılabilir⁸⁴. Örneğin ifşa ve ihbar hakkının kullanımı sınırlandırılacak kişi, halka ilişkiler müdürü, CEO gibi işveren ile çok yakın ilişkide bulunan veya işyeri ile özdeşleşen kişiler olabilir⁸⁵.

⁷⁸ Öktem Songu (n 41) 633.; Eroğlu ve Sarıbay Öztürk (n 9) 369.

⁷⁹ Alp Çalışan İfşa Hakkı ve İhbar Borcu (n 35) 106. İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlama hakkın içeriğine ilişkin olamaz. Yalnızca ifade özgürlüğünün kullanım biçimine yönelik olabileceği hakkında bkz. Özcan Özbey, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları’ (2013) 62 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101. İfşa ve ihbarın işçi tarafından öncelikle varsa işyerindeki başvuru mercilerine yapılması yok ise işverene yapılması, bu başvurular neticesinde usulsüzlük giderilmez ise medya aracılığıyla kullanılması ifade özgürlüğünün içeriğine müdahale değil, şekil yönünden sınırlandırılması olarak kabul edilmelidir.

⁸⁰ RG, T. 08.12.2001, S. 24607.

⁸¹ Zeki Okur, ‘İş Hukukunda İşçinin Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü’ (2006) 8 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 48-49.

⁸² Eroğlu ve Sarıbay Öztürk (n 9) 369.

⁸³ İşçinin çalıştığı işyerinde son kullanma tarihi geçmiş ürünlerin satıldığını işyerindeki yetkili makamlara bildirmeden fotoğrafını çekip sosyal medyada veya müşterilerle paylaşması işletme dışı ifşa ve ihbara örnektir. İşletme dışı ifşa, işyerindeki kanuna veya hukuka aykırılığın, etik ihlallerin veya usulsüzlüklerin işyerin dışındaki sorunu çözebilecek yetkiye sahip kurumlara, kişilere ya da medyaya bildirmesi şeklinde tanımlanabilir. Bkz. Aktan (n 14) 24. Öğretide, işletme dışı ifşanın işyerindeki usulsüzlüklerin, kanuna veya hukuka aykırılıkların ve benzerlerinin kamuya haber verilmesini sağladığından dolayı işveren açısından işyeri içerisinde yapılacak olan ifşadan çok daha ağır neticeleri olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Üner (n 41) 779.

⁸⁴ Eroğlu ve Sarıbay Öztürk (n 9) 369.

⁸⁵ Eroğlu ve Sarıbay Öztürk (n 9) 369.

VI. İFŞA VE İHBAR HAKKININ KULLANIM KOŞULLARI VE YÖNTEMİ

İfşa edilen her bilginin korunması söz konusu değildir⁸⁶. İfşa edilen bilginin korunabilmesi için bazı özellikleri içerisinde barındırması gerekir⁸⁷. Bu özelliklerinden birisi ifşa edilen konunun “doğru” ve “önemli” olmasıdır. Burada ifşaya konu edilecek bilginin doğru ve önemli olmasının nasıl belirleneceği sorusu akla gelebilir. Bir bilginin doğru ve önemli olup olmadığı, işletmeye zarar verme kapasitesine göre belirlenir⁸⁸. İfşa edilen hususun kamuyu ilgilendirmeyen basit nitelikte ve önemsiz bir konuyu içermesi halinde ifşa ve ihbar hakkının varlığından söz edilemeyecektir⁸⁹. Bunun yanı sıra ifşa edilen hususun görüş farklılığına dayanması durumunda da ifşa ve ihbar hakkı mevcut olmayacaktır⁹⁰.

Nitekim New Jersey Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta kimyasal araştırma için çalışan bir doktorun kendi benimsediği görüşe göre bir yöntem uygulanmadığı bunun aksine farklı bir yöntem uygulandığını gerekçe göstererek istifa edip aynı zamanda bu durumu kamuya paylaşması söz konusu olmuştur⁹¹. Ancak Yüksek Mahkeme, ilgili hususta görüş farklılığı olması sebebiyle ifşa edilen konunun hukuken korunmaya değer olmadığı hükmüne varmıştır.

İfşa ve ihbar hakkının mevcut olabilmesi ve korunabilmesi için bir diğer husus ise öğrendiği bilgiyi ifşa edecek olan işçinin edindiği bilginin çalıştığı işyerine ait bir konu olması ve olumsuz durumu ortadan kaldıracak yetkisi ve gücü olmamasıdır⁹².

İfşa ve ihbar hakkının korunması için bir başka unsur ise işçinin iyiniyetli olarak bilgiyi ifşa ve ihbar etmesi zorunluluğudur⁹³. Bir diğer anlatımla bilgiyi ifşa ve ihbar eden kişinin şahsi bir husumetle davranmış olmaması, kişisel bir çıkar elde etme amacıyla hareket etmemesi gerekmektedir⁹⁴.

VII. AİHM'İN İFŞA VE İHBAR HAKKININ KULLANIMINA İLİŞKİN KRİTERLERİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifşa ve ihbar hakkının kullanımına ilişkin vermiş olduğu kararlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 10'da be-

⁸⁶ Aydın (n 5) 86.

⁸⁷ ibid.

⁸⁸ ibid.

⁸⁹ ibid; Üner (n 42) 778.

⁹⁰ Aydın (n 5) 86.

⁹¹ İlgili karar için bkz. “Pierce v. Ortho Pharmaceutical Corporation”, <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1980/84-n-j-58-0.html>, (E.T. 23.04.2024).

⁹² Near and Miceli (n 6) 2.

⁹³ Aydın (n 5) 87; Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 415; Eroğluer ve Sarıbay Öztürk (n 9) 368; Emel Esen ve Hasan Ali Kaplan, ‘İşletmelerde Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing)’ (2012) 14 Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 43; Öktem Songu (n 41) 643.

⁹⁴ Aydın (n 5) 87; Alp *İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 415.



lirtilen ifade özgürlüğüne dayanmıştır⁹⁵. Bu kararlarda ayrıca ifşa ve ihbar hakkının hukuka uygun şekilde kullanımına yönelik birtakım ilkeler tespit etmiş ve bazı sınırlamalar getirmiştir⁹⁶. Hakkın kullanımına ilişkin AİHM tarafından öngörülen sınırlamalar itibarın korunması, özel yaşamın korunması, ulusal güvenlik gibi üstün yararı bulunan hallerdir⁹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili hususa ilişkin vermiş olduğu kararlar, ilk olarak kamu görevlileriyle ilgilidir⁹⁸. AİHM 2002 yılında *Guja v. Moldova* kararında kamu görevlilerine yönelik olarak ifşa ve ihbar hakkının kullanımı bakımından bazı ilkeler belirlemiştir. *Guja v. Moldova* kararındaki olayda Moldova vatandaşı dört polis memuru, milletvekili seçimlerine ilişkin suç sebebiyle on kişiyi gözaltına almıştır. Akabinde ise gözaltına alınan bu on kişi serbest bırakılmış, dört polis memuru hakkında ise kanuna aykırı şekilde alıkoyma ve kötü muamelede buldukları ileri sürülerek soruşturma başlatılmıştır. Soruşturmanın sürdüğü sırada İçişleri Bakanı ve Parlamento sözcüsü tarafından Başsavcılığa bir mektup yazılmıştır. Bu mektubun içeriğinde ilgili polis memurlara hakkındaki yürütülen soruşturmanın sona erdirilmesi ve bütün suçlamaların düşürülmesi talep edilmiştir. İşte bu noktada ise Başsavcılık basın biriminin yetkilisi olan Guja, siyasetçilerin yargı organına müdahale çabasını içeren söz konusu istekleri bir gazeteye yollamıştır. Sonrasında ise ilgili gazetede devam etmekte olan ceza soruşturması ile ilgili bir haber yayımlanmıştır. Söz konusu mektubu gazeteye ifşa edenin Guja olduğu ortaya çıkınca hakkında soruşturma açılarak görevinden ihraç edilmiştir⁹⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Guja v. Moldova* davasında ifşa ve ihbar hakkının hukuka uygun kullanımına ilişkin kriterler belirlemiştir. Söz konusu kriterler sırasıyla, ifşa edenin, ifa edeceği konuyu farklı yollarla bildirme imkânının olup olmadığı, açıklanan bilginin kamu yararı niteliği taşıyıp taşımadığı, işverene verilen zarar ile kamu yararı arasındaki terazide kamu yararının ağır basıp basmadığı, ifşa edilen bilginin gerçek olması gerekliliği, ifşa edenin iyiniyetli hareket edip etmediği, ifşa edene karşı işveren tarafından uygulanan yaptırımın ölçülü olup olmadığıdır. AİHM, sayılan kriterlere göre hukuki değerlendirmede bulunarak ifşa ve ihbar hakkının işçi tarafından hukuka uygun kullanıp kullanılmadığına karar vermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilgili kriterleri *Guja v. Moldova* davasına uygulamıştır. Mahkeme ilk olarak ifşa ve ihbar hakkının kullanılması açısından

⁹⁵ *Alp İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 399; *Alpagut İfşa ve İhbar Hakkı AB Yönergesi* (n 4) 9; *Alp İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 399. AİHS md. 10'da hüküm altına alınan ifade özgürlüğü ve sınırlandırma koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Enver Bozkurt ve Süleyman Dost, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye' (2002) 7 Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 47-74.

⁹⁶ *Alpagut İfşa ve İhbar Hakkı AB Yönergesi* (n 4) 9; *Alp İşçinin İfşa ve İhbarı* (n 10) 399.

⁹⁷ *Alpagut İfşa ve İhbar Hakkı AB Yönergesi* (n 4) 9.

⁹⁸ ibid.

⁹⁹ *Guja v. Moldova*, Başvuru Numarası 14277/04, 12 Şubat 2008, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-85016%22%5D%7D>, (E.T. 23.04.2024).

alternatif yolların var olup olmadığı hususunda değerlendirme yapmıştır. Somut olayda Mahkeme ne Moldova mevzuatının ne de Başsavcılığın iç düzenlemelerinde çalışanlar tarafından usulsüzlüklerin ifşa ve ihbar edilmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla, başvuranın üstleri dışında ifşa ve ihbar edebileceği bir makamın bulunmadığı ve bu tür hususların raporlanması için önceden belirlenmiş bir prosedür olmadığını altına çizmiştir. Bu açıklamalar ışığında Mahkeme, söz konusu davanın şartlarında, bir gazeteye bile dışarıdan haber verilmesinin haklı görülebileceği kanaatine varmıştır.

Mahkeme, kamu yararının olup olmadığına ilişkin olarak, kamu yararını tanımlamasa da ilgili olayın kuvvetler ayrılığı, politikacının uygunsuz davranışı, hükümetin polis vahşetine karşı tutumu gibi konularına ilişkin olduğunu bunların ise kamu yararını ilgilendiren hususlar olması dolayısıyla kamuoyunun bilgilendirilmesinin meşru olduğunu ifade etmiştir.

İlgili olayda AİHM, ifşa edilen bilginin gerçekliğine ilişkin olarak başsavcılık veya meclis başkanı yardımcısı tarafından yayınlanan mektupların gerçekliğine itiraz edilmemiş olduğunu belirtmiş, bu sebeple bilginin gerçekliğine ilişkin herhangi bir şüphe olmadığına kanaat getirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kriterlerinden bir başkası ise işverene verilen zarar unsurudur. AİHM, bilgilerin gizliliğinin korunması gerekliliğini göz önünde bulundurarak, ifşa ve ihbarın hukuka uygun sayılabilmesi için ifşa edilen bilginin işverene doğuracağı zarar ile kamu yararı arasındaki terazinin, kamu yararı lehine ağır basması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁰. *Guja v. Moldova* kararında AİHM, savcılık içerisinde gerçekleşen baskı ve usulsüzlüklerin ortaya çıkarılmasının, Başsavcılığın halka karşı güvenin korunmasına yönelik çıkardan daha önemli olduğunu vurgulamıştır. Bu kapsamda kamunun çıkarının işyerinin çıkarına ağır bastığı hallerde ifşa ve ihbar hakkının kullanılması hukuka aykırılık oluşturmayacaktır¹⁰¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifşa ve ihbarı gerçekleştiren kişinin korunabilmesi için iyi niyetli şekilde davranması, edindiği bilginin kamu yararını ilgilendiren bir husus olduğu kanısında olması, bunun haricinde bir gaye ile hareket etmemesi gerektiği kanaatindedir¹⁰². *Guja v. Moldova* davasında ise mahkeme, önündeki belgelere dayanarak, başvuranın kişisel çıkar amacıyla hareket ettiğine, işverenine veya Bay Mişin'e karşı herhangi bir kişisel şikâyette bulunduğu ya da başka gizli bir niyetin bulunduğu inanmak için herhangi bir neden bulunmadığına ayrıca işverenin bu hususta itiraz bulunmadığına bu nedenle de bu konunun üstünde durulmaması gerektiğini vurgulamıştır.

¹⁰⁰ *Alpagut İfşa ve İhbar Hakkı AB Yönergesi* (n 4) 10; *Alp Çalışanın İfşa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 104.

¹⁰¹ *Alp Çalışanın İfşa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 104; *Alpagut İfşa ve İhbar Hakkı AB Yönergesi* (n 4) 10.

¹⁰² *Alpagut İfşa ve İhbar Hakkı AB Yönergesi* (n 4) 11.



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemelerin ifşa ve ihbar hakkının kullanımının hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmesini yaparken dikkate alınması gereken bir başka kriterin yaptırımın ağırlığı olduğunu Guja v. Moldova davasında ortaya koymuştur. İlgili kararda Mahkeme, ifşa mektubunu yazan çalışanın işine son verilmesinin çok ağır bir yaptırım olduğunu zira bu durumun çalışanlar aracılığıyla işyerlerindeki usulsüzlüklerin bildirilmesini engelleyeceğini ifade etmiştir.

VIII. TÜRKİYE’DE İŞÇİLERİN İFŞA VE İHBAR HAKKINI KULLANDIKLARI ÖRNEKLER

Türkiye’de işyeri veya işletmelerdeki ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarındaki usulsüzlüklerin, resmi makamlara veya medyaya ifşa ve ihbar edildiği olaylar yaşanmıştır¹⁰³. Bu kapsamda ifşa ve ihbarı yapılan olayların bir bölümünün kamu görevlileri tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Kamu görevlileri tarafından yapılan ifşa ve ihbarların uyuşmazlık konuları iş mahkemesinin görev alanına girmemiştir. Söz konusu kapsamda meydana gelen somut olayları, işçi işveren uyuşmazlığı olarak dava konusu edilen olaylar ve dava konusu edilmeyenler şeklinde incelemekte yarar vardır.

A. İş Uyuşmazlığı Olarak Tespit Edilen Olayların Hukuki Değerlendirmesi

1. 24.10.2016 Tarih ve 2016/12401 Esas Sayılı Yargıtay Kararı

İlk olarak tespit edebildiğimiz kadarıyla whistleblowing kavramının kullanıldığı ilk ve tek 24.10.2016 tarihli Yargıtay kararı¹⁰⁴ incelemek gerekir. İlgili kararın işçinin ifşa ve ihbar hakkı boyutunu ilgilendiren kısmını irdelemekte yarar vardır. Bu kapsamda somut olay, işçinin, çalışmakta olduğu işyerinde son kullanma tarihi geçmiş olan ürünlerin satıldığını, mağazanın bir müşterisine ifşa ve ihbar ettiğine ilişkin iddiayı içermektedir. Söz konusu iddia nedeniyle de işçinin iş sözleşmesi İş Kanunu md. 25/II-e hükmüne dayanılarak haklı nedenle feshedilmiş¹⁰⁵ ancak Yargıtay tarafından bu karar bozulmuştur.

İlgili kararda Yargıtay tarafından iş sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte işçinin sadakat borcunun doğduğu bu borcun işçiye, işverenin işyeri ve işine ilişkin haklı menfaatlerini koruma ve işverene mesleki, ekonomik ve ticari yönden zarar verebilecek her çeşit davranıştan kaçınma borcu yüklediği belirtilmiştir. Bununla be-

¹⁰³ Civan (n 17) 236.

¹⁰⁴ Yargıtay 7. HD., 2016/12401 E., 2016/17196 K., 24.10.2016 T., www.yargitay.gov.tr, (E.T. 05.05.2024).

¹⁰⁵ Öğretide işçinin iş sözleşmesinin işyeri veya işveren ile ilgili kanun dışı ya da etik olmayan bir durumu usulüne uygun ve iyiniyetli olarak yani herhangi bir çıkar amacı gütmeksizin yalnızca kamu yararı adına ifşa ve ihbar etmesi sebebiyle feshedilmesi durumunda yapılan feshin haksız fesh olacağı belirtilmektedir. Bkz. Aydın (n 5) 97; Gizem Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları* (1. Baskı, Beta 2015) 198; Alp *Çalışanın İfşa Hakkı ve İhbar Borcu* (n 35) 208.

raber üstün kamu yararının mevcut olduğu hallerde¹⁰⁶ işçinin işvereni ifşa ve ihbar etmesinin hukuka uygun kabul edildiği ifade edilmiştir. Whistleblowing eyleminde kamu menfaatiyle işverenin menfaatinin karşı karşıya geldiği, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan yan edim yükümlülüğü olarak işverenin çıkarlarını korumak ve işletme sırlarını gizli tutmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

İlgili kararda, işçinin söz konusu yükümlülüğe aykırı davranarak işvereni ifşa ve ihbar etmesinin geçerli bir fesih neticesine imkân verebileceği fakat bir hukuk devletinde işçinin hukuka aykırılıkları ifşa ve ihbar etme hakkının da bir temel hak olarak güvence altında olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca kararda ihbar hakkının, kamu yararı yönünden de önem arz ettiği ve korunması gerektiği ifade edilmiş, bunun yanı sıra işçinin hakları ile işverenin menfaatleri arasında bir dengenin kurulması gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda Yargıtay, işçinin öncelikle hukuka aykırılığı işyeri içi makamlara bildirmesi gerektiğini ancak her durumda işletme içi ihbarın öncelikli olmayacağını, somut olayın içerdiği niteliklere göre işçinin doğrudan işletme dışındaki makamlara ihbarda bulunmasının mümkün olması gerektiğini ve bunun da korunmasının lazım olduğunu ifade etmiştir. Bu açıklamaları ayrıntılı bir şekilde yapmış olmasına rağmen Yargıtay, ilgili kararın hükmünü başka bir gerekçeyle¹⁰⁷ kurmuş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozarak işçinin sözleşmesinin feshedilmesinin yerinde olmadığına karar vermiştir.

İlgili somut olayın, Yargıtay tarafından işçinin ifşa ve ihbar hakkı kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir. Söz konusu somut uyuşmazlığı ifşa ve ihbar hakkı çerçevesinde değerlendirmek gerekir. İlgili olay incelendiğinde bir işyerinde son kullanma tarihi geçmiş olan ürünlerin satıldığı iddiası söz konusudur. Bu iddianın halkın sağlığını tehlikeye atıcı nitelikte olması nedeniyle kamu menfaatiyle ilişkili olduğu açıktır. AİHM'in kararlarında uyguladığı kriterlerden biri ifşa edilen bilginin gerçek olup olmadığıdır. Somut olayda son kullanma tarihi geçtiği belirtilen ürüne ilişkin dosyaya sunulan 23/06/2014 tarihli e-postadan bilginin gerçek olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan AİHM'in bir diğer kriteri olan ifşayı gerçekleştirenin alternatif yollara başvurma imkânı olup olmadığı yönünden değerlendirilme yapıldığında işçinin son kullanma tarihi geçmiş ürünün fotoğrafını bir müşteriyle paylaştığına ilişkin yeterli kanıt bulunmadığı dosyadan anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yeterli kanıt olmadığı ve işçi lehine yorum ilkesi gereğince bu kriterin sağlanmış olacağı kabul edilmelidir.

¹⁰⁶ İşyerindeki faaliyetlerin yolsuzluk, sahtecilik, vergi kaçırma veyahut insan sağlığına ve çevreye zarar verici atıklar oluşturması gibi usulsüzlükler kamu yararının mevcut olduğu hallerde örnektir. İfşa ve ihbar hakkının, kamunun yararına olacak şekilde söz konusu usulsüzlüklerin ortadan kaldırılmasına katkı sağlayıcı işlevi bulunmaktadır. İfşa ve ihbarın kamu yararına katkı sağladığına ilişkin bkz. Aydan (n 15) 88; Aydın (n 5) 88-89.

¹⁰⁷ "...iş akdinin feshine dair iddiaların işverence şüpheden uzak delillerle kanıtlanamadığı, işveren feshinin haklı ve geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmakla davanın kabulüne karar verilmek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalı olup davacı temyiz itirazlarının kabulü ile davalı temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir..." Yargıtay 7. HD., 2016/12401 E., 2016/17196 K., 24.10.2016 T., www.yargitay.gov.tr, (E.T. 05.05.2024).



Diğer bir kriter ise işçinin iyiniyetli şekilde hareket ederek edindiği bilgiyi işverenin zarar görmesi amacıyla değil, kamunun menfaatine ifşa ve ihbar etmesidir. İlgili olayda işçinin işvereni ile husumet olup olmadığı değerlendirildiğinde mağaza müdürü ile bir geçimsizlik yaşadığı tanıklar vasıtasıyla sabit olan bir durumdur. Ancak işçinin fotoğrafları müşteri ile paylaşıp paylaşmadığının tespit edilemediği görülmektedir. İşçinin sırf mağaza müdürünü küçük düşürmek için çektiği fotoğrafları müşterisiyle paylaştığı ihtimalinde ise ifşa ve ihbar hakkının hukuka uygun şekilde kullanılmadığı ve işçinin sözleşmesinin feshedilmesinin gerekliliği ortaya çıkacaktır.

Bu ihtimalin tersi düşünülür ise yani işçinin ifşa ve ihbarı iyiniyetli şekilde sadece kamu sağlığını korumak için fotoğraf paylaştığı ihtimalinde ise diğer kriterleri de incelemek gerekecektir. Bu kapsamda bir diğer kriter ise işverene verilecek zarar ile kamu menfaati arasındaki dengede kamu yararının ağır basması gerekliliğidir. Bu çerçevede son kullanma tarihi geçmiş ürünlerin satılmasında kamu yararının işverenin göreceği zarara göre ağır bastığı ortada olan bir durumdur. Zira halkın sağlığının korunması işverenin zararından çok daha önemli bir konumdadır. İşçinin ifşa ve ihbar hakkını kullanması durumunda uygulanacak yaptırımın ağırlığı kriteri yönünden ise somut olayda işçinin sözleşmesinin feshinin yerinde olmadığı kararı verilmesi isabetli olacaktır.

2. İşçinin BİMER Şikâyeti Konulu Anayasa Mahkemesi Kararı

İşçinin ifşa ve ihbar hakkını ilgilendiren bir başka uyuşmazlık ise önce Yargıtay'ın inceleyip hüküm verdiği sonrasında ise bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin incelediği bir olaya ilişkindir¹⁰⁸. Söz konusu olayda davacı işçi, Samsun TEİAŞ 10. İletim Tesis İş İşletme Grup Müdürlüğü bünyesindeki alt işveren tarafından işletilen işyerinde kaloriferli olarak iş görmekteyken BİMER¹⁰⁹'e 05.09.2012 tarihinde çalışma koşulları, ücretin eksik verilmesi, ücretlerin zamanında yatırılmaması ve benzeri nedenlerle işçi hak ve alacaklarına ilişkin bir şikâyette bulunmuştur¹¹⁰. BİMER'e yazılan şikâyet dilekçesi sonrasında 26.12.2012 tarihinde,

¹⁰⁸ İlgili somut olayın ifşa ve ihbar hakkı ve işçinin yan edim yükümlülüğü kapsamında bir başka incelemesi için bkz. Civan (n 17) 241-244.

¹⁰⁹ BİMER, Başbakanlık İletişim Merkezinin kısaltmasıdır. BİMER 2017 Anayasa değişikliği sonrasında başbakanlık kurumunun kaldırılması ile birlikte görevi sona ermiştir. BİMER'in işlevini devam ettiren bir merkez olarak Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi (CİMER) kişilerin şikâyet ve taleplerini almaya devam etmektedir.

¹¹⁰ İşçi tarafından BİMER'e yapılan şikâyet dilekçesi şu ifadeleri içermektedir: "*Merhaba ismim Samsun TEİAŞ 10 İletim Grup Müdürlüğünde taşeron firmaya bağlı ısı merkezinde vardiyalı çalışıyorum ben 4 arkadaşım geçen sene ihalede bize asgari ücretin yüzde 50'si yol ve yemek verilecekti fakat olmadı asgari ücretten verdiler aylıklar hiç birbirini tutmadı her ay farklı verildi bu sene de ocak ayında ihale var bizi ayıracaklarını söylediler ayrı olacakmış ihale fakat şartnamesi geçen sene ile aynı olacakmış ama geçen sene ve bu sene yemekhanede çalışan arkadaşlarımıza yüzde 50 asgari ücretin üstünde verdiler bu senede aynı olacakmış ama bize yok bizim iş risk faktörü var sigortalarımızı bile belirli bir bedelden ödemesi lazım ama ödemiyor yapılan şartname tamamen idare ve taşeron firmayı koruyor bizi ise düşünen yok bi de biz listede vardiyalı olduğumuz halde*

İŞK md. 25/II-e bendi gereğince haklı nedenle fesih şartları oluştuğu gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilmiştir. Bunun akabinde ise başvuru iş sözleşmesinin feshedilmesinin geçersiz olduğuna ve işe iadesine karar verilmesi talebiyle iş mahkemesinde dava açmıştır. Sonrasında ise iş mahkemesi feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar vermiştir.

Davalı işverenin temyiz talebiyle birlikte Yargıtay'ın 7. Hukuk Dairesi, davacı işçinin BİMER'e yaptığı ihbarda “...müfettiş geliyor, yedirip, içirip yolluyorlar, bize bıraktıkları yok. biz şikâyet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar...” şeklindeki beyanlarının işverene yönelik hakaret ve sataşma içerdiği gerekçesiyle sözleşmenin feshinin haklı nedene dayandığını ifade ederek hüküm kurmuştur¹¹¹. Daha sonrasında işçi, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna gitmiştir.

Anayasa Mahkemesi, ifadelerin bağlamdan kopararak değerlendirilmesinin ölçülülük ilkesi (AY. md. 13) ve AY. md. 26'daki ilkenin uygulanmasında hatalı neticelere ulaşılmasına sebebiyet vereceğini belirterek Yargıtay'ın sataşma ve hakaret olarak kabul ettiği ifadelerin¹¹² bir bütün halinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun şikâyetinin bir bütün olarak değerlendirilerek, işçinin şikâyet metnindeki ifadelerinin saldırgan bir tutumdan ziyade yardım talebi içeren ve çaresizliğini belirten açıklamalar içerdiğini vurgulamıştır. Sonrasında ise Anayasa Mahkemesi, Yargıtay tarafından başvuru işçinin ifade hürriyeti ile işverenin itibarı ve iş ilişkilerinde huzurun temini menfaatleri arasındaki dengeye ilişkin yeterli gerekçe sunulmadığını belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

İlgili Anayasa Mahkemesi kararında işçinin kasıtlı olarak ya da ağır kusuruyla şikâyette bulunup bulunmadığı ile işçinin saikinin dikkate alınması suretiyle karar verildiği görülmektedir¹¹³. Bu kapsamda kamu yararı, çalışanın saiki, işletme içi şikâyet yolunun izlenilmesi gibi AİHM'in uyguladığı kıstaslar ile özdeş şekilde değerlendirme yapıldığını belirtmek gerekir¹¹⁴.

sabah 08:00 ve akşam 17:00 arası gösteriyor bu nasıl adalettir bizim şartlarımızı iyileştireceklerine aksine kötüleşiyor. Bi de başka TEİAŞ ve EÜAŞ ta bizim gibi çalışanlar bizden fazla alıyorlar, onların ihale şartnamesi bizden farklı, çifte standart değilmi, size soruyorum müfettiş geliyor yedirip içirip yolluyorlar bize baktıkları yok biz şikâyet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar ve standartlarımızın ve maaşlarımızın iyileştirilmesini ve bunuda şartnameye yansımını istiyorum. lütfen şurda 2 ay kaldı, lütfen erken cevap yazınız”. AYM, Başvuru No.: 2013/6829, Başvuru: İler Nur, 14.04.2016 T., www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 06.05.2024).

¹¹¹ Yargıtay 7. HD., 2013/12100 E., 2013/12423 K., 01.07.2013 T., www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 06.05.2024).

¹¹² “...müfettiş geliyor yedirip içirip yolluyorlar bize baktıkları yok biz şikâyet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar...” AYM, Başvuru No.: 2013/6829, Başvuru: İler Nur, 14.04.2016 T., www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 06.05.2024), 37. Paragraf.

¹¹³ Civan (n 17) 241-242.

¹¹⁴ ibid.



B. İş Uyuşmazlığı Olarak Mahkemelere Yansımayan Olayların Hukuki Değerlendirmesi

İfşa ve ihbar hakkının kullanımıyla ilgili olan ancak iş uyuşmazlığı şeklinde mahkemelerin önüne gelmeyen olaylardan birisi Roche İlaç firmasında çalışan Veysi Mungan adlı kişiye ilişkindir¹¹⁵. Veysi Mungan, üst düzey yönetici sıfatıyla Roche ilaç firmasında çalışmaktayken, işyerinde tespit ettiği bir usulsüzlüğü 2004 yılında medyaya ifşa ve ihbar etmiştir. Çalışmakta olduğu firmanın, kanser ilaçlarını kamu kurumlarına özel sektöre satışını yaptığı fiyattan çok daha yükseğine¹¹⁶ sattığını tespit etmiş ve bu durumu önce şirketin yönetim kurulunda mevzubahis etmiş, sonrasında iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. İşten çıkarıldıktan sonra ise Roche firmasının söz konusu usulsüzlüğünü medya aracılığıyla ifşa ve ihbar etmiştir.

Roche ilaç firması 2003 yılında devlet, SSK ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerine sadece Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti. ile beraber katılmış, bu şekilde rekabet ortamının oluşmasını engelleyerek istediği fiyattan ilaç satmıştır¹¹⁷. İlgili usulsüzlük Rekabet Kurumuna, sonrasında kurumun verdiği kararlar üzerine Danıştay'a intikal etmiştir. Bunun yanı sıra Roche firmasının yöneticileri hakkında ihaleye fesat karıştırma suçu önde gelmek üzere çeşitli sair suçları işledikleri iddiasıyla haklarında ceza davası açılmış ve çeşitli hapis cezalarına mahkûm edilmişlerdir¹¹⁸.

Somut olayı ifşa ve ihbar hakkının kullanımı bakımından değerlendirmek gerekir. İlgili olayda ifşa ve ihbar hakkının kullanımı yönünden usulsüzlüğün önce işyerinin yetkili mercilerinden biri olan yönetim kuruluna bildirilmesi sonrasında ise medyaya ifşa edilmesi isabetlidir. Zira ifşa ve ihbar hakkının sınırları aşılmamış, işverenin ilgili usulsüzlüğü gidermesi için işçi, sadakat borcunun gereği olarak işyerinin yetkili birimine durumu bildirmiş, usulsüzlük ortadan kaldırılmayınca son çare¹¹⁹ olarak medyaya ifşa ve ihbar yapmıştır.

¹¹⁵ <https://www.yenisafak.com/arsiv/2004/agustos/14/g05.html>, (E.T. 13.05.2024); Esra Özen, 'Whistleblowing im türkischen Recht' (2024) 7 Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 358.

¹¹⁶ Medyaya yansıyan habere göre kamu hastanelerinin ödediği fiyatın özel sektördeki firmaların ödediği miktarın üç katı kadar olduğu anlaşılmaktadır. Bu konuda hakkında bilgi ve Veysi Mungan ile yapılan röportaj için bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/bir-kostebeğin-isyani-14738934>, (E.T. 13.05.2024).

¹¹⁷ "Bir köstebeğin isyanı", <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/bir-kostebeğin-isyani-14738934>, (E.T. 18.05.2024).

¹¹⁸ "12 yıllık 'Roche Davası'nda 10 sanığa hapis cezası", <https://www.milliyet.com.tr/gundem/12-yillik-roche-davasi-nda-10-saniga-hapis-cevasi-2208055>, (E.T. 18.05.2024).

¹¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen bir uyuşmazlıkta belediyenin sahip olduğu arazide su işçiliği yapmak için işe alınan ancak başkanlık sekteri olarak iş gören işçinin, belediye başkanının değişmesi dolayısıyla işe alındığı göreve geri çekilecek olması gündeme gelmiştir. Bu nedenle başkanlık tarafından işçiye yeni görevinin bildirileceği ve bu bildirim beklemesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun üzerine işçi, herhangi bir emir ve talimat olmadan ve neticeyi beklemeksizin kazma ve kürek olarak araziye çıkmış ve gazetecilere bu durumu bildirerek fotoğraflarla kendisini arazide çalışıyor gibi göstermiştir. Söz konusu eyleminin asılsız ihbar ve isnatlarda bulunma fiilini

SONUÇ

Türk hukuk mevzuatında işçinin ifşa ve ihbar hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak işçilerin işyerindeki hukuka aykırılıkları, usulsüzlükleri, etik ihlallerini ifşa ve ihbar etmesi hususunda Anayasa md. 25, md. 26, md. 74, İŞK md. 18/3-c bendi, İSGK md. 8/2 ve md. 18/3 hükümlerine dayanabilmeleri mümkündür. İlgili hükümlere dayanması mümkün olsa da işçinin işyerindeki hukuka aykırılıkları, usulsüzlükleri, etik ihlallerini ifşa ve ihbar etmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda ayrı bir madde olarak açıkça düzenleme altına alınması, hem işçinin korunması ilkesine uygun düşecek hem de kamu menfaatinin korunması yönünde önemli bir adım atılmış olacaktır. Söz konusu madde düzenlenirken işçinin sadakat borcunun da göz önünde bulundurulması gerekir. İşçinin ifşa ve ihbar hakkı korunurken sadakat borcunun ihlaline sebebiyet verilmemesi adına işverenin haklı ve meşru menfaati korunmalı bu sebeple hükme işçinin iyiniyetli olmadığı hallerin korunmayacağı ilave edilmelidir. Kanaatimizce işçinin ifşa ve ihbar hakkı başlığı ile md. 92/A hükmü getirilip şu şekilde içeriği oluşturulabilir:

İŞK md. 92/A: “İşçinin işyerinde tespit ettiği kanuna ve hukuka aykırılıkları, bunun yanı sıra işyeri iç yönetmeliğinde düzenlenen etik kuralların ihlalini, varsa işyerindeki yetkili denetim mercine yok ise işyerini denetlemeye yetkili makamlara bildirmesi halinde hakları kısıtlanamaz, sözleşmesi geçerli veya haklı nedenle feshedilemez. Ancak bu yolların yarar sağlamayacağı açık olan hallerde ve kamu yararı mevcut ise basına bilgi verilmesi mümkündür”.

“İşçinin iyiniyetli olmadığı haller korunmaz”.

Söz konusu hükmün, İŞK md. 92/A şeklinde düzenlenmesi gerekliliğinin sebebi İş Kanunu'nun “Çalışma Hayatının Denetimi ve Teftişi” başlığını taşıyan “Yedinci Bölümün” kapsamına uygun olacağı düşüncesidir.

KAYNAKÇA

Aktan CC, ‘Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlakı Tepki ve Vicdani Red Davranışı: WHISTLEBLOWING’ (2015) 7 Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi 22.

Alp M, ‘Avrupa Birliği'nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi’ (2021) 23 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4 (*Whistleblowing*).

—, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heimisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü’ (2013) 15 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389 (*İşçinin İfşa ve İhbarı*).

oluşturduğu gerekçesiyle yüksek mahkemece iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceğine hükmedilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1980/9-1229 E., 1982/719 K., 23.06.1982 T., www.kazanci.com.tr, (E.T. 26.10.2024); Öktem Songu (n 41) 629. Somut olaydakine benzer nitelikteki ifşa ve ihbarlarda, işçinin usulsüzlüğün giderilmesi için işyerindeki makamlara başvurmaksızın medyaya ihbarda bulunması ifşa ve ihbar hakkının korunmamasına neden olacaktır.



— —, *Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing)* (1. Baskı, Beta 2013) (*Çalışanın İfşa Hakkı ve İhbar Borcu*).

Alpagut G, 'İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları' Alpay Hekimler (ed.), *Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı* (1 Baskı, Legal 2021) (*İfşa ve İhbar Hakkı AB Yönergesi*).

Alpagut G, 'İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler' (2012) SİCİL İş Hukuku Dergisi 25 (*Sadakat Borcu*).

Alper Y ve Kalkış İ, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (6. Baskı, Dora 2021).

Arslan Ertürk A, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (1. Baskı, On İki Levha 2010).

Atılgan A ve Koç E, 'Whistleblowing: Türkiye'den İki Örnek Olay' (2019) 41 Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 380.

Aydan S, 'İhbarcılık: Bir Kavram Analizi' (2018) 15 Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 83.

Aydın U, 'İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)' (2002) 2 Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 81.

Baltacı A, 'Bilgi Uçurma: Kavram ve Kuramsal Temeller' (2017) 5 Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 399.

Başbuğ A ve Yücel Bodur M, *İş Hukuku* (6. Baskı, Beta 2021).

Baskan E, 'İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü ve İş Güvenliği Uzmanlarının İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Sorumluluğu' (Temmuz 2014) 28(4) Çimento İşveren Dergisi 28.

Baycık, G 'Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler' (2013) 3 Ankara Barosu Dergisi 124.

Bouville M 'Whistle-Blowing and Morality' (2007) 81 Journal of Business Ethics 579.

Bozkurt E ve Dost S, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye' (2002) 7 Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 47-74.

Cemaloğlu N ve Akyürek Mİ, 'Örgütlerde Whistleblowing (Bilgi Uçurma)' (2017) 4 Turkish Journal of Educational Studies 126.

Collins H, Ewing K and McColgan A, *Labour Law*, (2nd ed, Cambridge University Press, 2022).

Civan OE, *İşçinin Yan Yükümlülükleri* (1. Baskı, Beta 2021).

Culiberg B and Mihelič KK, 'The Evolution of Whistleblowing Studies: A Critical Review and Research Agenda' (2017) 146 Journal of Business Ethics 789.

Çalışkan Z, *Türkçe-İngilizce İngilizce-Türkçe Dönüşümlü Sözlük*: (1. Baskı, Türkmen Kitapevi 2014).

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı, Beta 2023).

Demir F ve Demir G, 'İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması' (2009) 11 Kamu-İş Dergisi 23.

- Demircioğlu M, Centel T ve Kaplan HA, *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta 2021).
- Doğan S, *İşçinin Rekabet Yasağı – İş Sırrının Korunması* (3. Baskı, Seçkin 2023).
- Ergun Özler D, Dil Şahin M ve Giderler Atalay C, 'Teorik Bir Çerçeve de Whistleblowing-Etik İlişkisi' (2010) 11 Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 172.
- Eroğluer K ve Öztürk GS, 'İş Hukuku ve Örgütsel Boyutuyla Haber Uçurma (Whistleblowing)' Sevinç Köse ve Mustafa Alp (ed.) *Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları* (1. Baskı, Seçkin 2020).
- Esen E ve Kaplan HA, 'İşletmelerde Ahlaki Olmayan Davranışların Duyurulması (Whistleblowing)' (2012) 14 Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 43.
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (10. bs., İstanbul, Beta 2020).
- Günay Cİ, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Yetkin 2020).
- Heper H, 'Düşüncüyü Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü' (2022) 3 Çalışma ve Toplum Dergisi 1914.
- Hande Heper, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi* (1. Baskı, Seçkin 2022).
- Kayırgan H, 'İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi' (2014) 20 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 461.
- Lewis D, 'Introduction' David B. Lewis (ed.), *Whistleblowing at work* (1st ed, The Athlone Press 2001).
- Martin B, *Whistleblowing A Practical Guide* (1st ed, Irene Publishing 2013).
- Miceli MP, Near JP and Dworkin TM, *Whistle-blowing in Organizations* (1st ed, Routledge Taylor & Francis Group 2008).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (7. Baskı., Lykeion 2022) 600.
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı (Cilt 1 Bireysel İş Hukuku)* (6. Baskı, Lykeion 2022).
- Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta 2014).
- Near JP and Miceli MP, 'Organizational Dissidence: The Case Of Whistleblowing' (1985) 64 Journal of Business Ethics 4.
- Okur Z, 'İş Hukukunda İşçinin Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü' (2006) 8 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 48-49.
- Özdemir E, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri* (1. Baskı, Vedat 2020).
- Özbey Ö, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları' (2013) 62 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101.
- Özen E, 'Whistleblowing im türkischen Recht' (2024) 7 Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 358.
- Özkan Koç SD, *İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü* (1. Baskı, Adalet 2022).
- Sarıbay Öztürk G, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları* (1. Baskı, Beta 2015).



Senyen Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Yetkin 2022).

Öktem Songu S, 'Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları' (2013) 15 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 633.

Yalçın Soysal A, 'Temel Kuramsal Yaklaşımlar Bağlamında Bilgi Uçurma (Whistleblowing) Kavramı' (2023/2) 71 Adalet Dergisi 1191.

Sümer HH, *İş Hukuku* (26. Baskı, Seçkin 2022).

Süzek S, *İş Hukuku* (22. Baskı, Beta 2022).

Ulutürk GH, 'Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Haber Verme ve Haber Alma Hakları' (2018) 13, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-79.

Uşan MF ve Erdoğan C, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2022).

Üner BG, 'İfşa ve İhbar Hakkı' (2024) 10(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 791.

Tani E, 'Sosyal Medyada Whistleblowing (Bilgi Uçurma) Davranışı' Harun Yıldız (ed), *Sosyal Medyanın İş Yaşamındaki Yeri* (Beta 2018).

Thomas RG, 'Whistleblowing and power: A network perspective' (2020) 29 Business Ethics: A European Review 842.

Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukuku'nun Esasları* (9. Baskı, Beta 2018).

Yamakoğlu E, *İşverenin İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü* (1. Baskı Seçkin 2016).

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://tr.euronews.com/2024/10/19/cimer-ihbarıyla-ortaya-cikan-yenidogan-cetesine-dair-neler-biliniyor>

<https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/whistleblowing>

www.hurriyet.com.tr

www.hudoc.echr.coe.int

www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr

www.kazanci.com

www.legal.com.tr

www.law.justia.com

www.milliyet.com.tr

www.turcademy.com

www.tureng.com

www.yargitay.gov.tr

www.yenisafak.com

KİRA BEDELİNİN TARAF ANLAŞMASIYLA ARTTIRILMASINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR VE SINIRLARI AŞAN ANLAŞMALARDA BEDELİN İADESİ

Limitations on Increasing the Rental Fee by Agreement of the Parties and Refund of Fees Exceeding These Limits

Meltem ERTUĞRUL*

Özet

Türk Borçlar Kanunu'nda konut ve çatılı işyerlerini konu alan kira sözleşmelerine özel önem atfedilmiş ve bu tarz sözleşmelere genel kira sözleşmesi hükümlerine nazaran ayrıksı düzenlemeler öngörülmüştür. Yıllar boyunca devam edebilen bu sözleşmelerde, kira bedelinin başlangıçta taraflarca öngörülen miktarda devam etmesi, zamanla paranın gücünün azalması ve edimler arasındaki dengenin bozulması sebebiyle hakkaniyetli olmayacaktır. Bu nedenle kira bedelinin tarafların anlaşmasıyla arttırılmasına kanun koyucu imkân tanımaktadır. Ancak konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedelinin arttırılmasına ilişkin özel düzenlemeler yapılarak, tarafların kararlaştırdıkları artış oranı/miktarı kiracıyı korumak gayesiyle sınırlandırılmaktadır. Tarafların bu sınırları aşan anlaşma yapmaları halinde kısmi hükümsüzlük yaptırımını uygulanarak fazla ödenen tutarın iadesi söz konusu olabilecektir. İadenin hukuki dayanağı konusunda doktrinde sebepsiz zenginleşmeye göre iade ile sözleşmeye dayalı iade şeklinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Çalışmamızda konut ve çatılı işyeri kiralarında yenilenen dönemde kira bedelinin artışına ilişkin anlaşmalardaki mevzuat sınırları belirtilerek, tarafların bedel artışına ilişkin anlaşmalarının geçerliliği ve geçersizlik hallerinde kiracının fazla ödediği tutarı isteyip istemeyeceği mevzuat, doktrin görüşleri ve yargı kararları ekseninde incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kira bedeli artış sınırı, sebepsiz zenginleşme, kira bedelinin iadesi, kira artış oranı.

Abstract

Special importance has been attached to lease agreements concerning residential and roofed workplace leases in the Turkish Code of Obligations and separate regulations have been envisaged for such agreements compared to general lease agreements. These agreements, which can span years, necessitate adjustments to the rental fee due to the decrease in the purchasing power of money over time and the imbalance in performance.

However, special regulations are made regarding the increase in the rental price in residential and roofed workplace leases and the rate / amount of increase agreed by the parties is limited in order to protect the tenant. In the event that the parties make an agreement exceeding these limits, the

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 25.11.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Dr. Öğretim Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, meltem.ertugrul@bakircay.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7265-5119>.



partial invalidity sanction may be applied and the overpaid amount may be refunded. There are different opinions in the doctrine regarding the legal basis of the refund, such as refund based on unjust enrichment and contractual refund.

In this study, the legal limits in agreements regarding the increase of the rental fee in the renewed period in residential and roofed workplace leases will be specified and it will be attempted to examine whether the agreements of the parties regarding the fee increase are valid and whether the tenant can demand the excess amount paid in cases of invalidity, in the context of legislation, doctrine opinions and court decisions.

Keywords: Rental fee increase limit, unjust enrichment, refund of rental fee, rental increase rate.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun¹ 299. maddesine göre;" *Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" Bu hüküm hem adi kira hem konut ve çatılı işyeri kirası hem de ürün kirası kavramlarını içinde barındıran bir tanımdır. Konut ve çatılı işyeri ifadeleri kanunda tanımlanmamış ancak uygulama alanı TBK'nun 339. maddesinde belirtilmiştir. Konut, toprakla sağlam ve sürekli bağlantı içinde bulunan, insanların oturma, yatma, yemek yemelerine yarayan dış etki ve müdahalelere karşı korunaklı, insan tarafından yapılmış üstü kapalı yerdir². Çatılı işyeri ise, insan tarafından yapılmış, bir meslek ve sanatın icrası ya da ticari sınai veya tarımsal bir işletmenin işletilmesine ayrılmış üstü kapalı yapı eserleri olarak tanımlanabilir³. TBK'nun 339. maddesinde, niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralananlarında konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı; kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine ve kiralanda kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar hakkında da bu hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, konut ve çatılı işyeri kapsamına giren taşınmazların altı aydan uzun süreli kiralananlarını konu alan kira sözleşmeleri konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesi oluşturup, TBK'nun 339 ila 356 hükümlerindeki özel düzenlemeler bu sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır.

¹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG., T. 4.2.2011/27836.

² Roger Weber, 'Art 253-274' Honsell.Vogt.Wiegand (edr) *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR*, (5. Auflage, Helbing 2011) 1389; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin 2020) 401; Mustafa Alper Gümüş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, (3. Bası, Vedat 2013) 229; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt II* (1. Baskı, On İki Levha 2014, 9-10; Emre Gökyayla, 'Kira Bedeli' Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, Murat Develioğlu (edr), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu*, Cilt 4, 5 (Madde 207-392), (1. Baskı, Vedat 2019) 3340; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (18. Baskı, Beta 2022) 320; Murat Doğan, 'Kira Sözleşmesi' Turgut Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin 2023) 274; Özkan Özyakışır, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli* (1. Baskı, Adalet 2019) 50, 53; Muhammet Kaynar, *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi* (1. Baskı, Vedat 2014) 41.

³ Weber (n 2) 1391; Eren, *Borçlar Özel* (n 2) 402; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 2) 230; Yavuz (n 2) 321; Gökyayla (n 2) 3340-3341; Özyakışır (n 2) 54-55; Doğan (n 2) 275; Kaynar (n 2) 42.

Kanun koyucu konut ve çatılı işyeri kiralalarında özgül nitelikte bazı düzenlemeler öngörmüştür. Kiracının genel kira sözleşmelerine göre daha çok korunduğu bu tarz kira sözleşmelerinde sözleşmenin sona erdirilmesi, kira bedelinin uzama dönemlerinde veya bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde bir yıldan sonra artışı gibi hususlar genel kira sözleşmelerinden farklılık taşımaktadır.

Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin olan TBK'nun 347⁴ hükmünde kural olarak kiracının sözleşme süresinin bitiminden önce bildirimde bulunmaması halinde sözleşmenin bir yıl uzayacağı düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler süreli yapılsa dahi, kiraya veren tarafından kural olarak sadece sürenin bitimi gerekçesiyle sona erdirilememektedir. Kiraya veren ancak on yıllık uzama süreleri sonunda süre bitimi gerekçesiyle sözleşmeyi sona erdirebilme imkânına sahip olmaktadır. Bu nedenle kira sözleşmesi uygulamada daha sık gördüğümüz şekilde bir yıllık yapılsa da kiracının fesih iradesini belirtmemesi halinde bir yıl uzayacaktır. Bu uzama dönemleri “yenileme dönemi” oluşturmaktadır.

Yenilenen kira dönemlerinde veya bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde bir yıldan sonra, bir önceki kira yılına ilişkin kira sözleşmesindeki bedelin ne oranda arttırılacağına ilişkin problemler doğabilmektedir. Bu doğrultuda öncelikle kira bedelinin belirlenmesi ve sonradan artışına ilişkin taraf anlaşmalarına ilişkin ilke ve sınırlamalar incelenmelidir.

I. KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİ VE KİRA ARTIŞINI SINIRLAYAN DÜZENLEMELER

A. KİRA BEDELİNİN İLK BAŞTA BELİRLENMESİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Kira bedeli ilk başta belirlenirken, taraflar irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü içerisinde bedeli serbestçe kararlaştırabilirler⁵. Ancak aşırı yararlanma, yanılma,

⁴ “Konut ve çatılı işyeri kiralalarında 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.”

⁵ Eren, Borçlar Özel (n 2) 409; Murat Aydoğdu, ‘Kira Parasında Artışı %25 İle Sınırlayan Düzenlemeler Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Hakkındaki Değerlendirmeler’, (2023) 88 (3) İzmir Barosu Dergisi 135, 137; Burak Özen, ‘Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi’ (2016) 22 (3), MÜHFHAD Cevdet Yavuz’a Armağan, 2033, 2035; Mehmet Akçaal ‘Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161 Sayılı Kanun’la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi’ (2022) XII (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 361, 363-364; Gökyayla (n 2) 3329; Ercan Akyiğit, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2012) 151; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (4. Bası, Turhan 2022) 287; Murat Aydoğdu, Nalan



aldatma ve ahlaka aykırılık gibi haller bu özgürlüğün sınırlarını oluşturur⁶. Alman ve İsviçre hukukunda kira bedelinin başlangıçta belirlenmesinde de bazı sınırlamalar öngörülmüştür⁷.

Kural olarak kira bedeli Türk parası dışında yabancı para birimleriyle belirlenbilmekle birlikte⁸, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar ve bu karara İlişkin Tebliğ'in⁹ 8. maddesinde bu konuda sınırlama yapılmıştır¹⁰. Tebliğ hükmüne göre; "(2) Türkiye'de yerleşik kişiler kendi aralarında akdedecekleri; konusu yurt içinde yer alan gayrimenkuller olan, konut ve çatılı iş yeri dâhil gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar. (3) Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan Türkiye'de yerleşik kişilerin veya bu maddenin on dokuzuncu fıkrasında belirtilen kişilerin alıcı veya kiracı olarak taraf oldukları gayrimenkul satış ve gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür."¹¹. Bu kapsamında Türkiye'deki gayrimen-

Tuncer ve Oğuzhan Ö Meral, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku* (6. Baskı, Adalet 2023) 589; Seda Öktem Çevik, 'Türk Borçlar Kanunu Madde 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi' (2022) 24 (1) DEÜHFD 41; Doğan (n 2) 291; Özlem Sarı Fidan, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (2023) 8 (1) YBHD, 345, 349; Nurten İnce Akman ve Özkan Özyakışır, 'Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlanması Meselesi' (2021) XI (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 725, 754; Özyakışır (n 2) 193; Kaynar (n 2) 63.

⁶ Eren, *Borçlar Özel* (n 2) 409; Özen (n 5) 2035; Akyiğit (n 5) 151; Kılıçoğlu, *Borçlar Özel* (n 5) 287; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 5) 589; Öktem Çevik (n 5) 41; Gökyayla (n 2) 3329; İnce Akman ve Özyakışır (n 5) 754; Özyakışır (n 2) 193.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. İnce Akman ve Özyakışır (n 5) 730 vd.; Umut Yeniocak, *Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Uyarılma Davaları Arabuluculuk Uygulaması ile Beraber* (3. Baskı, Seçkin 2023) 30-31, 35-36.

⁸ Eren, *Borçlar Özel* (n 2) 356; Aydın Zevkililer ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (21. Bası, Vedat 2021) 229; Murat İnceoğlu ve Ece Baş, 'Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi' Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan (Filiz 2011) 538; Kılıçoğlu, *Borçlar Özel* (n 5) 246; Özyakışır (n 2) 185; Muhammed Kiomers Ganbari, 'Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler İle Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk' (2023) XXVII (4) Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi 197, 203-204.

⁹ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ, Tebliğ Numarası: 2008-32/34, RG 6.10.2018/30557.

¹⁰ Düzenlemenin normlar hiyerarşisine aykırı olduğu yönünde bkz. Yeniocak (n 7) 61 vd.

¹¹ "(4) Kültür ve Turizm Bakanlığından belgeli konaklama tesislerinin işletilmesi amacıyla kiralananıyla ilgili gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür. (5) Gümrüksüz satış mağazalarının kiralınmasına ilişkin gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür."

kullere ilişkin kira sözleşmelerinde bedelin kural olarak Türk Parası üzerinden belirlenmesi gereklidir. Ancak yasağa rağmen dövizle ödemenin kararlaştırıldığı hallerde yasağa aykırılığın yaptırımını konusunda görüş birliği bulunmamaktadır¹².

B. KİRA BEDELİNİN TARAF ANLAŞMASIYLA ARTTIRILMASINA YÖNELİK SINIRLAMALAR

1. Genel Olarak

TBK'nun 343. maddesine göre “Kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi dışında, kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz.” Bu doğrultuda konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin yenileme dönemine (veya bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde bir kira yılının doldurmasından sonraki döneme) ilişkin olarak tarafların kira bedelinin artışı konusunda anlaşma yapması mümkündür. Kira bedelinin taraf anlaşmasıyla arttırılmasındaki sınırlamalara ilişkin temel hüküm, TBK'nun 344. maddesidir. Hükümün 1. ve 4. fıkralarına göre; “Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. (-) Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır.”^{13 14}

¹² Bkz. Aydoğdu (n 5) 147. Hükümdeki düzenleme toplumun ekonomik yönden korunmasını amaçlayan kamu düzenine dair emredici hüküm olup, aykırı anlaşmanın kesin hükümsüz olacağı yönünde Aydoğdu (n 5) 147-148; Ganbari (n 8) 205. Normlar hiyerarşisi çerçevesinde, 32 Sayılı Karar ve ilgili tebliğ ile getirilen düzenlemeye aykırılığın kesin hükümsüzlük oluşturmayacağı, idari para cezası uygulanması gerektiği yönünde bkz. Yeniocak (n 7) 63 vd. Kanaatimizce de ilgili düzenlemeye aykırı olarak döviz üzerinden kira bedeli belirlenmesi anlaşmayı geçersiz kılmayıp, yaptırım olarak idari para cezasına hükmedilmelidir.

¹³ İsviçre hukukunda kira bedelinin artışına yönelik taraf anlaşmaları endekse bağlı veya periyodik artış anlaşmaları olarak gerçekleştirilebilir (OR 269b, OR 269c). Kira bedelinin artış oranı olarak Federal İstatistik Ofisi tarafından yayınlanan ulusal tüketici fiyat endeksinin belirlenmesi ve kira sözleşmesinin en az 5 yıl süreli olması halinde kira artışı endekse bağlı yapılabilir (OR 269b). Kira bedelinin periyodik olarak belirli miktarda artırılmasına yönelik anlaşmaların geçerliliği için ise kira sözleşmesinin en az 3 yıl süreli olması, kira artışının yılda birden fazla olmaması ve artış miktarının İsviçre Frangı olarak belirlenmesi aranmaktadır (OR 269c). (Weber (n 2) 1563, 1568) Bu hükümlerin dışında OR 269d düzenlemesiyle kiraya verenin bazı sınırlamalar çerçevesinde tek taraflı olarak kirayı artırılabilmesi de mümkündür. Ancak resmi bir formla bunu kiracıya bildirmesi, artışı gerekçelendirmesi, tahliye tehdidi veya talebi içermemesi gerekir. Kiracının bu artışa uzlaştırma makamı nezdinde itiraz etmesi imkânı bulunur (OR 270 b). Kiracının da bazı koşulların varlığı halinde kira bedelinin indirilmesini talep hakkı da OR 270, 270a hükümlerine göre bulunmaktadır.

¹⁴ Alman hukukunda tarafların BGB 557a ile BGB 557 b paragraflarına göre periyodik ve endekse göre artış anlaşması yapmasına imkan tanınmaktadır. Diğer durumlarda sözleşmeyle artış imkânı saklı tutulmamış veya saklı tutma durumdan anlaşılıyor ise kiraya veren sadece BGB 558 ila



Belirtilmelidir ki ilgili hüküm Kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda¹⁵ tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 1/7/2020 tarihine kadar uygulanmayacak hükümlerlendi¹⁶. Ancak 17.1.2019 tarihli ve 7161 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile, 6217 sayılı kanunun geçici ikinci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen hükümle, TBK 344 hükmünün bu kişilere 1.1.2019 itibarıyla uygulanması imkânı getirildiği doktrin ve bazı yargı kararlarında belirtilmektedir¹⁷.

560 hükümlerine göre artış isteyebilir (BGB 557). BGB 557a hükmüne göre yazılı anlaşma ile periyodik artış yapılması mümkündür. Bu anlaşmada BGB 558-559b'ye göre artışlar hariç olmak üzere kira bedelinin en az bir yıl değişmeden kalması gereklidir. Ancak kira sözleşmesinin süresi bakımından (bir yıldan uzun-kısa, belirli-belirsiz şeklinde) bir sınır bulunmamaktadır (Arndt Teichmann, '§§ 535-597' *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar* (16. Auflage, Beck 2015) 841). BGB 557 b'ye göre ise Alman Federal İstatistik Ofisi tarafından belirlenen özel hanelerin yaşam maliyeti fiyat endeksine göre artış konusunda anlaşma yapılabilir. Endekste ki oran artışın üst sınırı olup tarafların daha düşük bir artış oranı belirlemesi mümkündür (ibid 842). Bu anlaşma yazılı yapılmalı, ayrıca BGB 559 ila 560 maddeleri uyarınca yapılan artışlar hariç olmak üzere, en az bir yıl boyunca değişmeden kalmalıdır. BGB 558 hükmüyle de çeşitli şartların gerçekleşmesi halinde kiraya verenin emsallerine göre kira bedeli artışı istemesine imkân tanınmaktadır. Ancak bazı istisnalar dışında artışın %15, %20 gibi üst sınırı bulunmaktadır.

¹⁵ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846.

¹⁶ Bu tarihten önceki kira artışında "kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır." (TBK Geçici madde 2) Yargıtay 6. HD. 2014/6101 E., 2015/1637 K. Sayılı 19.2.2015 tarihli kararına göre; "Kira sözleşmesinin özel şartlar 2. Maddesinde ise "kira sözleşmesi müteakip yıllarda devam ettiği takdirde kira bedeli, her kira dönemi başında para değerindeki düşüş, toptan eşya fiyatlarındaki artış oranı, enflasyon hızı, emsal kira bedelleri gibi faktörler dikkate alınarak artırılacaktır." şeklinde kira parasının nasıl artırılacağına dair düzenleme mevcuttur. Davacı vekili de dava dilekçesinde aylık kira bedelinin toptan eşya, geçim endeksleri ve ekonomik esaslar gözönüne alınarak artırılmasını istemiştir. Bu durumda mahkemece tespiti istenen dönemin 8 yıllık sözleşme süresi içinde bulunduğu ve 6217 Sayılı Kanunun Geçici 2. maddesinde değişiklik yapan 6353 Sayılı Kanunun 53. maddesine göre; Kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinin tacir olan davalının sıfatı gereğince 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmayacağı da dikkate alınarak sözleşmede kararlaştırılan toptan eşya fiyatlarındaki artış oranı uyarınca kira parasının tespiti gerekirken hak ve nesafet ilkesine göre kira parasının tespitine karar verilmesi doğru görülmemiştir." (Lexpera İçtihat).

¹⁷ "Bu fıkrayı ihdas eden Kanunla değiştirilen 6098 sayılı Kanunun 344 üncü maddesindeki tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının esas alınacağına ilişkin hüküm, birinci fıkra kapsamında olan kira sözleşmeleri ile akdedilmiş diğer kira sözleşmelerinin yenilenmesinde uygulanır." Hükmün ilk fıkrası Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında TBK 344 hükmünün 8 yıl süreyle uygulanmayacağı düzenlenmiştir. İkinci fıkra düzenlemesi 1.1.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İkinci fıkra hükmü ile kira sözleşmelerinin yenilenmesinde belirtilen oranın esas alınacağına ilişkin hükmün 1.7.2020'den önce yürürlüğe girdiği ifade edilmektedir (bkz. Aydoğdu (n 5) 142; Akçaal (n 5) 371; Yeniocak (n 7) 48; Öktem Çevik (n 5) 49) Bu konuda Yargıtay 3. HD'nin 2021/2915 E., 2021/5408 K. sayılı 25.05.2021 (Lexpera İçtihat) tarihli kararında benzer yönde hüküm kurulmuştur. Yargıtay 12. HD 3418/4007, 6.6.2023 Kararında (Sinerji İçtihat Programı) ise, "kira artışının düzenlendiği 01.02.2019 tarihi itibarı ile sözleşme serbestisi bulunduğundan

2. Kira Bedelinin Türk Parası Olarak Belirlendiği Konut ve Çatılı İş Yeri Kirası Sözleşmelerindeki Sınırlamalar

TBK'nun 344/I hükmüne göre tarafların sözleşmede artış oranı belirlemesi halinde hükümdeki sınırlar çerçevesinde anlaşmadaki oran/miktar geçerli sayılmalıdır. Kanunda tarafların anlaşmalarındaki artış oranına ilişkin üst sınır “bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı” olarak belirlenmiştir. Ancak Borçlar Türk Kanunu'na eklenen ve 11.6.2022 tarihinde yürürlüğe giren Geçici Madde 1 ile konut kiralaları bakımından 344. madde hükmü dışında farklı bir belirleme öngörülmüştü¹⁸. Hükme göre; “Konut kiralaları bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.” Hükümün yürürlük süresi 1.7.2023 tarihinde sona erse de; Geçici madde 2¹⁹ ile 2.7.2024 tarihine kadar aynı sınırın uygulanması sağlanmıştır²⁰. Kanunda artış oranına ilişkin sınırlamalar her yenileme döneminde/veya bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde artış yıllarında uygulanacak nitelikte olsa da etkileri ileriki yıllardaki kira bedellerine de sirayet edecektir. Zira her sene yapı-

TBK 'nun 344. maddesi bu tarih itibari ile uygulanmayacak” hüküm olduğu ifade edilmiştir.

¹⁸ Geçici maddelerin gerekçesinde neden sadece konut kiralaları bakımından böyle bir hüküm getirildiği belirtilmemiştir. Doktrinde, bu sözleşmenin barınma ihtiyacını karşılaması nedeniyle kiracının enflasyona karşı korunmasının kanun koyucu tarafından tercih edildiği, işyeri kiralalarında ise kanun koyucunun bu tür bir korunma ihtiyacının mevcut olmadığı yaklaşımına sahip olduğu ifade edilmektedir. (Aslı Makaracı Başak ve Seda Öktem Çevik ‘7409 Sayılı Kanun ile Getirilen Geçici Madde 1 Gereğince Kira Bedelinin Belirlenmesi’ (Lexpera Blog, 8.7.2022), <<https://blog.lexpera.com.tr/7409-sayili-kanun-ile-getirilen-gecici-madde-1-geregince-kira-bedelinin-belirlenmesi/>>, Erişim Tarihi 4.6.2024. Yine sosyal açıdan zayıf olan ve evi bulunmayan kiracı sayısının fazlalığı sebebiyle kiracıyı koruma gayesi ve enflasyon artışını yavaşlatma düşüncesiyle konut kiralalarında ayrıksı düzenleme yapıldığı, işyeri kiralalarında ise ekonomik dalgalanmalara göre uyumlu bir şekilde kazanç artışının sağlanacağı, işyeri kiralalarında böyle bir sınırlama getirilmesinin doğru görülmediği yaklaşımının bulunduğu da ifade edilmektedir (Aydoğdu (n 5) 144).

¹⁹ “Konut kiralaları bakımından 2/7/2023 ilâ 1/7/2024 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.”

²⁰ Geçici madde 2'nin yürürlük süresinin sona ermesinden sonra kanun koyucu tarafından tekrar benzer bir düzenleme getirilmemiştir.

lacak artış oranı bir önceki senedeki kira bedeline göre belirlenmektedir.

Geçici maddeler kapsamında konut kiralaları bakımından 11.6.2022 ila 1.7.2024 (bu tarih dahil) tarihleri arasında kira bedelinin artış oranı %25 ile sınırlandırılmıştı. Ancak bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde bu değişim oranı geçerli olacaktır. Buna karşın hükümlerin yürürlük süresince endeks oranı %25'in altında kalmamıştır.

Konut kiralardaki kira bedelindeki artış oranlarının geçici maddelerle maksimum %25'le sınırlandırılmış olması doktrinde eleştirilmiş²¹ ve Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir²². Benzer düzenleme 2000 yılında da yapılmış, ancak Anayasa Mahkemesi, kira artışını yıllık %25 oranıyla sınırlayan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir²³. Anayasa Mahkemesi 19.7.2001 tarih, Esas No: 2001/303, Karar No: 2001/333 sayılı kararında ise²⁴ 2001 yılı için kabul edilen yüzde 10 oranındaki artışın mülkiyet hakkının özüne dokunduğunu belirtmiştir.

Geçici maddedeki sınırlama hükmü basına da sıkça konu olmuş ve bazı yayın kuruluşlarının haberlerinde mahkemenin %25'lik sınırın adil olmadığına hükmettiğine dair açıklama yapılmıştır²⁵. Ancak haberde ilgili kararın hatalı aktarıldığını

²¹ Ahmet Türkmen ve Süleyman Anıl Huysal, '6098 sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Kira Bedelinde %25'lik Artış Sınırlamasına Aykırılığın Hukuki Sonuçları Üzerine Değerlendirmeler' (Lexpera Blog, 6. 12. 2022) <<https://blog.lexpera.com.tr/6098-sayili-kanun-gecici-madde-1-ile-getirilen-kira-bedelinde-25lik-artis-sinirlamasina-aykiriligin-hukuki-sonuclari-uzerine-degerlendirmeler/>> Erişim Tarihi 14.6.2024.

²² Ahmet Mert Duygun, 'Konut Kiralarında Kira Ücretine Yapılacak Zammın %25 İle Sınırlanmamasının 7456 Sayılı Kanun İle Bir Sene Daha Uzatılmasının Anayasa Hukuku Ve İnsan Hakları Açısından Doğurduğu Sorunlar' (İstanbul Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi), <<https://insanhaklari.istanbul.edu.tr/tr/content/blog-serisi-kira-hukukunun-guncel-rejiminde-insan-haklari-sorunlari/blog:-konut-kiralari-kira-ucetine-yapilacak-zammın-doğurdugu-sorunlar>> Erişim Tarihi 28.4.2024; Makaracı Başak ve Öktem Çevik (n 18); Ganbari (n 8) 219; Sarı Fidan (n 5) 372.

²³ Anayasa Mahkemesi 26/48, 16.11.2000 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2000-48-nrm.pdf>> Erişim Tarihi 3.7.2024.

²⁴ "4531 sayılı Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makul bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Ancak, 4531 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen yüzde 10 oranındaki artış, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kalmıştır. Böylece, kira bedellerine getirilen sınırlama, amacını aşarak kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makul, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda, itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez." <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2001-333-nrm.pdf>> Erişim Tarihi 3.7.2024.

²⁵ <https://finans.mynet.com/galeri/haber/detay/ekonomi/adil-degil-mahkemeden-yuzde-25-kira-zammi-ile-ilgili-emsal-niteliginde-karar-deger-kaybinin-tespiti-istenmistir/473759/5>> Erişim Tarihi 3.7.2024.

görmekteyiz. Zira ilgili karar konut kirasında %25’lik üst sınırı uygulandığı döneme ait bir uyumsuzluğa ilişkin olmayıp, uyarılma istemine yönelik davada uyarılma imkânının olup olmadığının yerel mahkemece değerlendirilmesi hususuna yöneliktir²⁶.

²⁶ İstanbul 54 BAM, 845/536 15.3.2023 sayılı kararına göre; “Dava; kira bedelinin uyarlanmasına ilişkindir. Taraflar arasında 01.04.2019 başlangıç tarihli 1 yıl süreli yazılı kira aktı bulunduğu, sözleşmede ilk kira yılı için aylık 6.500,00 TL, yıllık 78.000,00 TL kira bedelinin ödeneceğinin belirtildiği, Özel şartlar 2. maddesinde ‘Kira ödemeleri sürekli 6 aylık ödemeler şeklinde ilk yıl için 6’şar aylık peşin olarak 39.000,00 TL (Otuz dokuz bin Türk Lirası), sonraki yıllar her yıl için hesaplanacak TÜİK TÜFE yıllık artış yüzdesinden artırılarak 6 aylık ödemeler şeklinde ilgili ayın 01-15 i arası peşin olarak banka hesabına yapılacaktır.’ şeklinde kararlaştırıldığı, dava dilekçesinde 01.04.2022 tarihinden itibaren aylık 25.000.00 TL olarak uyarlanmasının talep edildiği görülmüştür. Yargıtay tarafından benimsenen ve sözleşmeye bağlılık ilkesinin istinasını oluşturan, uyarılma davası 6098 Sayılı TBK’nun yasallaştırılması sırasında da benimsenerek, 6098 Sayılı Yasanın 138. maddesinde “Aşırı İfa Güçlüğü” madde başlığı altında düzenlemiş, “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. İlgili maddenin gerekçesinde de “Bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, “işlem temelini çökmesi”ne ilişkindir. İmkansızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarılma isteminin temeli, Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır. Ancak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır:

- a. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır.
- b. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır.
- c. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.
- d. Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Maddeye göre, uyarılmanın bütün koşulları gerçekleşmişse borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bunun mümkün olmaması halinde borçlu, sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak, fesih hakkını kullanır.” denilerek uygulamada da kabul edilen uyarılma davasının yasa maddesi haline getirildiği belirtilmiştir.

Somut olayda; taraflar arasında geçerli kabul edilen kira sözleşmesi 01/04/2019 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli olup davacının, 01/04/2022 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değişen, hal ve şartlara göre kira bedelinin uyarlanmasını talep etmiş olduğu görülmektedir. Uzun süreli kira sözleşmelerinde edimler arasındaki dengenin aşırı bozulması ve sözleşmenin taraflar açısından çekilmez hale gelmesi durumunda kira parasının günün ekonomik koşullarına uyarlanması için her zaman “uyarılma” davası açılabilir. O halde Mahkemece yapılacak iş; az yukarıda açıklanan uyarılma davalarında uygulanması gereken kurallar, belirtildiği şekilde tek tek ortaya konularak ve konularında uzman üç kişilik bilirkişi kurulundan, tüm bu veriler; kiralananın niteliği, kullanma alanı, konumu, bölgedeki kira parasını da etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticaret değişiklikleri, emsal kira paraları, vergi ve amortisman giderlerindeki artışlar, döviz kurlarındaki ani ve aşırı iniş ve çıkışlar ile ülkeyi sarsan ciddi ekonomik kriz veya doğal afetlere bağlı ödeme esaslarının yeniden düzenlenmesini gerektirecek olayların varlığı araştırılıp değerlendirilmek suretiyle bir rapor alınarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.” (Lexpera İçtihat).

Sınırlamaya ilişkin kanundaki hükümler tarafların kanundaki orandan daha düşük artış oranı belirleyebilmeleri sebebiyle nispi emredici niteliktedir²⁷. Bu doğrultuda taraflar Kanundaki oranın altında bir anlaşma yapmış ise taraf anlaşması oranı, kanundaki sınırı aşan oranda anlaşma yapılmış ise kanundaki üst sınırlar kira artış miktarı/oranı olarak uygulanır²⁸. Bununla birlikte kanundaki oranlar artışın gerçek-

²⁷ Türkmen ve Huysal (n 21); Öktem Çevik (n 5) 53.

²⁸ Yargıtay 3 HD, 2017/7840 E., 2019/4125 K sayılı 6.5.2019 tarihli karara göre; “*Her ne kadar mahkemece her iki yıl bakımından da ÜFE oranında artış uygulanmış ise de yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda her yıl için artış oranının ayrı ayrı değerlendirilmesi ve somut olayda ilk yıl için sözleşmede kararlaştırılan oran ÜFE artış oranının altında olduğundan sözleşme hükümünün esas alınması, ikinci yıl bakımından ise sözleşmede kararlaştırılan oran ÜFE artış oranının üzerinde olduğundan ÜFE artış oranının esas alınması ve buna göre hesaplama yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla mahkemece her iki yıl bakımından ÜFE artış oranının esas alınması doğru görülmemiştir. Mahkemece yapılması gereken iş, gerekirse alanında uzman bilirkişi marifetiyle TBK m.344 gözetilerek her yıl için hangi artış oranının uygulanacağı ayrı ayrı değerlendirilerek eksik yatan kira bedelinin hesaplanması ve sonucuna göre karar verilmesidir*”. (Sinerji İctihat Programı); Yargıtay 6 HD, 13435/16370, 5.12.2013 sayılı karara göre; “*Türk Borçlar Kanununun kira artışına ilişkin 344. maddesindeki düzenleme kiracıları koruyucu nitelikte olup, kamu düzeyine ilişkindir. Az yukarıda yazılı olduğu üzere Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanununun 2 ve 7. maddesi gözetildiğinde, TBK. nın yürürlüğünden önce serbest irade ile belirlenen sözleşmedeki artış oranı, bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. O halde, kira bedeli TBK.nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra, yenilenen 01.09.2012 tarihinden sonraki dönem için, kira artış oranı TBK. nın 344. maddesinde belirlenen artış oranını geçmediği ölçüde sözleşmedeki artış oranına itibar edilerek sonuca gidilmelidir.*” (Lexpera İctihat). Yargıtay 8 HD, 4197/16299, 6.12.2017 sayılı karara göre; “*Davalı borçlu süresinde verdiği itiraz dilekçesi ile borcu bulunmadığını, 2014 ve 2015 yılları için aylık kira bedelinin 550,00 TL olduğunu, kaldı ki ÜFE oranından fazla kira artışı yapılamayacağını belirterek borca ve kira miktarına itiraz etmiştir. Davalı borçlu itirazında aylık kira miktarına açıkça itiraz ettiğine ve kira sözleşmesinde kira artış oranına dair düzenleme yer aldığına göre Mahkemece yukarıda izah edilen hususlar dikkate alınarak konusunda uzman bilirkişiden rapor alınmak suretiyle 27/6/2013 sonrası dönemlerde ödenen aylık kira miktarına on iki aylık ortalamaya ait ÜFE oranını geçmeyecek şekilde artış uygulanarak takip konusu aylara ait ödenmesi gereken aylık kira miktarı bulunup sonucuna göre alacak ve tahliye yönünden karar verilmesi gerekirken, bu hususlar üzerinde durulmadan kira sözleşmesinin hususi şartlar bölümünün 6. maddesinde yer alan %12,5 artış şartı uygulanmak suretiyle aylık kira miktarı hesaplanarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.*” (Lexpera İctihat). Yargıtay 3 HD, 2017/4999 E., 2019/307 K. sayılı, 21.1.2019 tarihli karara göre; “*İlk kira yılını takip eden döneme ilişkin davacının kira artış talebi olduğunun anlaşılması halinde, kira sözleşmesindeki kira bedeline ilişkin artış oranı hesaplanırken 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir hükmü ve davalı/kiracının tacir olmadığı iddia edilmediği de dikkate alınarak kira artış oranı TBK 344. maddesinde belirtilen artış oranını geçmediği ölçüde sözleşmedeki artış oranına itibar edilerek aksi halde; TBK madde 344/1'deki bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçirmemek koşulu ile artış yapılmak suretiyle gerekirse konusunda uzman bilirkişi raporu alınarak kira bedeli denetime elverişli bir şekilde belirlenmeli ve bu şekilde hüküm kurulmalıdır.*” (Lexpera İctihat) İnceoğlu (n 2) 128; İnceoğlu ve Baş (n 8) 527; Doğan (n 2) 294; Kaynar (n 2) 65.

leştiği tarih ve kiralananın durumuna göre farklılık taşıyabilir. Zira geçici maddelerin yürürlükte olduğu dönemlerde, konut kiralaları ile çatılı işyeri kiralaları bakımından yenilenen dönemler için farklı artış oranı sınırı bulunmaktaydı. Böylece örneğin, 1.4.2024 tarihinde yenilenen konut kirasında, tarafların %20 oranında artış anlaşması yapması halinde bu oran uygulanacakken, tarafların %40 oranı belirlemesi halinde, %25 oranında artış gerçekleştirilmelidir. İşyeri kiralalarında da bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı (Örneğin, Nisan 2024 de bu oran %57,50²⁹) üst sınır olarak uygulanacaktır. Aynı örnekte taraflar Nisan 2024 de yenilenen işyeri kirası sözleşmesinde %40 artış oranı belirlemiş iseler, artış oranı üst sınırı aşmadığından ilgili sözleşmede bedel taraf anlaşmasındaki %40'lık artış oranına göre gerçekleşmelidir.

Tarafların kira bedelinin artışına ilişkin anlaşması sadece ilk uzama yılı için değil, taraflar arasındaki kira ilişkisi devam ettiği sürece uygulanacaktır³⁰. Bu nedenle tarafların kira sözleşmesi kurulurken %20'lik artış oranı belirlemesi halinde sadece ilk uzama yılında değil diğer yıllarda da bu artış oranı geçerli olacak, bu oranın kanundaki sınırlamalara uygun olup olmadığı her yenileme yılında mevzuattaki düzenlemelere göre tespit edilecektir.

Kanundaki sınırlamalar kira artışının her yıl değil örneğin iki yılda bir yapılmasını kararlaştırmış olmaları halinde de uygulanır³¹. Bu halde, artışın yapılacağı yıldaki kanundaki üst sınır (yoksa her yılın artış oranının toplamının ortalaması değil) artış oranı sınırını oluşturmalıdır³². Böylece örneğin tarafların 10.000 TL'lik başlangıç kira bedeline iki yılda bir %30 oranında artış yapılacağını kararlaştırmış olmaları halinde, artışın yapıldığı yıl mevzuattaki sınır %25 ise ikinci yılın sonunda yapılacak olan artış yine %25 ile sınırlı olacaktır.

Kira artışındaki sınırlar belirlenirken kira süresi değil, kira yılı ölçütü esas alınır ve bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde de kanundaki sınırlar uygulanır. Bu bağlamda, örneğin tarafların iki yıllık sözleşme yapıp ilk yıl için 10.000 ikinci yıl için 20.000 TL kira bedeli belirlemeleri halinde ilk kira yılının bitiminden sonra kanundaki sınırlara göre kira bedelinin üst sınırı tespit edilmeli, ikinci yıldaki miktar sınırları aşmakta ise kanundaki sınırlara indirilmelidir³³. Ancak taraflar iki yıllık bir sözleş-

²⁹ <<https://www.ntv.com.tr/galeri/ekonomi/nisan-ayi-kira-artis-orani-ne-kadar-oldu-2024-nisan-kira-zammi-ne-kadar-kac-tl.LVoM2v5CAkyoFHV-7c-08Q/1Thp1L-3qE2FkMm49jj5-g>> Erişim Tarihi 5.4.2024

³⁰ İnceoğlu (n 2) 127; İnceoğlu ve Baş (n 8) 526; Öktem Çevik (n 5) 51-52.

³¹ Mustafa Alper Gümüş, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356) (2. Bası, Vedat 2012) 75; İnceoğlu (n 2) 134; Özen (n 5) 2046-2047; Yavuz (n 2) 340; Gökyayla (n 2) 3352; Öktem Çevik (n 5) 56.

³² İnceoğlu (n 2) 134; İnceoğlu ve Baş (n 8) 529; Gökyayla (n 2) 3352, 3357; Akçaal (n 5) 372; Öktem Çevik (n 5) 56.

³³ Yeniocak (n 7) 50; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 5) 598; Kaynar (n 2) 66. Aksi yönde olarak, kanundaki sınırlamanın sadece yenilenen kira dönemlerinde uygulanacağı, bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde yenileme dönemi olmadığı sürece TBK 344/1 c1. hükmündeki sınırlamanın uygulanmayacağı yönünde bkz. Özyakışır (n 2) 199.



me yapmış ancak her yıl yapılacak artış oranı düzenlenmemişse, iki yıl dolmadan kira sözleşmesinde yenileme dönemine girilemeyeceğinden artış yapılamaz³⁴. Bu durumda 344/II hükmü de uygulama alanı bulmaz³⁵, ancak uyarılama talep edilebilir³⁶. Doktrinde bir görüş³⁷, tarafların sözleşmede artış yapılacağını belirtmesine rağmen artış oranını kararlaştırmadığı hallerde, 344/I c. 2'nin atfı sadece 344/I'e ilişkin olduğundan 344/II'nin uygulanabilir nitelikte olduğunu ifade etmektedir.

Kira bedelinin yıllık değil de aylık olarak belirli oranlarda artışına ilişkin anlaşmalar da geçersiz kabul edilmelidir³⁸.

3. Kira Bedelinin Yabancı Para Olarak Belirlendiği Konut ve Çatılı İş Yeri Kirası Sözleşmelerindeki Sınırlamalar

Kira bedelinin yabancı para üzerinden belirlenmesi ancak sınırlı durumda³⁹ söz konusu olsa da bu şekilde mevzuata uygun kira sözleşmelerinde, kira bedelinin yenilenen dönemde artışı 344. maddede farklı esaslara tabi kılınmıştır. Kural, kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılması halinde beş yıl geçmeden kira bedelinin değiştirilemeyeceğidir⁴⁰. Ancak TBK'nun 138. maddesindeki aşırı ifa güçlüğü hükümleri saklı tutulmuştur. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak 344/III hükmü uygulanacaktır.

Kira bedelinin artışına ilişkin oran yabancı para birimi endeksi veya altın gibi kıymetli madene endeksli olarak belirlenmiş ise, yabancı para birimi üzerinden kararlaştırılan kira sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir. Bu durumda bu sözleşmelerde beş yıl boyunca kira bedelinde artış yapılamamalıdır⁴¹.

Tarafların beşinci yılın sonrası için artış kararlaştırmalarının mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre⁴², tarafların beş yılın sonunda kira bedelinin ne olacağını veya hangi oranda artacağına ilişkin anlaşma yapmaları mümkündür. Katıldığımız diğer bir görüşe göre ise⁴³ tarafların be-

³⁴ İnceoğlu (n 2) 134-135; İnceoğlu ve Baş (n 8) 530; Gökyayla (n 2) 3357; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 5) 598; Doğan (n 2) 293.

³⁵ İnceoğlu (n 2) 135, dn. 438.

³⁶ Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 5) 598.

³⁷ Gümüş, Kira (n 31) 75.

³⁸ İnceoğlu (n 2) 135.

³⁹ Sınırlamalara ilişkin düzenleme için bkz. I, A numaralı başlık altındaki açıklamalar.

⁴⁰ Hükmün nispi emredici nitelikte olduğu ve kiracı lehine değişiklik yapılabileceği yönünde bkz. Yeniocak (n 7) 58; İnceoğlu (n 2) 151; Öktem Çevik (n 5) 63.

⁴¹ İnceoğlu (n 2) 151; İnceoğlu ve Baş (n 8) 538; Öktem Çevik (n 5) 63; Yeniocak (n 7) 58. Altın kaydı bakımından benzer yönde bkz. Zevkliler ve Gökyayla (n 8) 260; Gökyayla (n 2) 3362-2256; Özyakışır (n 2) 192. Yabancı para endeksine dayalı sözleşmeler bakımından aksi yönde Gümüş, Borçlar Özel (n 2) 249; Gümüş, Kira (n 31) 76.

⁴² Yavuz (n 2) 344.

⁴³ İnceoğlu (n 2) 153.

şinci yıldan sonrası için artış kararlaştırmaları mümkün olmamalıdır. Zira beşinci yıldan sonra artışa yönelik 344/III hükmüne atıf yapılmış ve rayiç bedelin hâkim kararıyla tespiti imkânı getirilmiştir. Beş yıldan sonra da tarafların artış anlaşması geçerli olmamalıdır.

II. TARAFLARIN KİRA BEDELİNİ KANUNDAKİ ARTIŞ SINIRLARININ ÜZERİNDE BELİRLEMİŞ OLMASININ SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu'nda tarafların kira bedelinin artışına ilişkin anlaşmalarına üst sınır getirilmiştir⁴⁴. Taraflarca belirlenen artış oranının üst sınırı geçmesi durumunda değiştirilmiş kısmı hükümsüzlük⁴⁵ yaptırımını kapsamında kira bedelinin artış oranı Kanundaki sınıra indirilir⁴⁶. Sözleşmenin geçersiz sayılan hükmünün yerine kanunda yer alan düzenlemelerdeki üst sınır kendiliğinden geçecektir. Bu halde Türk Medeni Kanunu'nun⁴⁷ 27/II hükmü uygulanmaz⁴⁸.

Kira bedelinin taraf anlaşmasıyla artışına ilişkin kanundaki sınırlamalar, tarafların mevcut kira sözleşmesini sona erdirip, baştan yeni bir sözleşme yaptığı hallerde kural olarak uygulanmaz. Bu doğrultuda taraflar yeni yaptıkları sözleşmede sözleşme bedelini kural olarak serbestçe belirleyebilir. Bununla birlikte tarafların artış sınırına bağlı olmadan yeni kira sözleşmesi yapması kanuna karşı hile⁴⁹ oluşturacak

⁴⁴ Tarafların özgür iradeleriyle kanundaki oranın üzerinde anlaşma yapabilmeleri, bireyleri kendi iradelerinden korumanın mantıklı olmadığı şeklindeki görüş için bkz. Ganbari (n 8) 221.

⁴⁵ Akçaal (n 5) 372; Aydoğdu (n 5) 149; Gökyayla (n 2) 3352; Öktem Çevik (n 5) 52; Yeniocak (n 7) 43; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 5) 602; Özen (n 5) 2037; Özyakışır (n 2) 200-201; Doğan (n 2) 294; Kaynar (n 2) 65; Türkmen ve Huysal (n 21).

⁴⁶ Eren, Borçlar Özel (n 2) 411; İnceoğlu (n 2) 128; Gümüş, Kira (n 31) 71; Yeniocak (n 7) 43; İnceoğlu ve Baş (n 8) 527; Öktem Çevik (n 5) 52; Özyakışır (n 2) 201.

⁴⁷ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

⁴⁸ Aydoğdu (n 5) 149; Akçaal (n 5) 372; Özen (n 5) 2038.

⁴⁹ Emredici hukuk kuralına aykırılık taşıyan bir fiil ya da hukuki işleme hukuk düzeni tarafından uygulanacak olan yaptırımdan kaçınmak için, hukuken onay verilen ve aynı sonuca ulaşılmasını sağlayan başka eylem veya işlem gerçekleştirilmesi halinde “kanuna karşı hile” söz konusu olmaktadır. Bu durumda kanuna karşı hile oluşturan eylem veya işleme amaçlanan korumadan yararlanılmayarak, ihlal edilen hukuk kuralına uygulanan yaptırımın doğrudan hileli yapılan eylem veya işleme de yaptırım olarak uygulanması kabul edilir. (Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (4üncü Bası, Filiz 2008) 391; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (29. Bası, Oniki levha 2023) 277-278). Kanuna karşı hilenin TMK m. 2 kapsamına mı girdiği, yoksa bağımsız bir “kanuna karşı hile kavramına” yer olmasına gerek olmaksızın kanunun ruhu ve amacına göre uygulanmasıyla zaten yapılan hileli işleme yaptırım uygulanacağı (bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Birinci Cilt* (n 49) 391; Oğuzman ve Barlas (n 49) 278, dn. 555’de belirtilen yazarlar) konusunda doktrinde fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Ayrıca kanuna karşı hilenin hakkın kötüye kullanılması yasağının (TMK m. 2/II) uygulama alanına girmediğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olabilmesi için başkalarının zarar görmesi veya zarar görme tehlikesi altında olması gerekir, bu nedenle kanuna karşı hile hakkın kötüye kulla-



şekilde gerçekleştirilememelidir. Önceki kira sözleşmesinin sonlandırılıp, yeni kira sözleşmesi yapılması halinin, kanundaki sınırları dolanma amacıyla yapıldığının tespiti halinde, kanaatimizce yeni sözleşmelerdeki bedel geçersiz kabul edilerek, ilk sözleşmeden itibaren kanundaki sınırlara göre kira bedelinin belirlenmesi gerekir.

Yeni yapılan sözleşmeyle kira bedelinin kanundaki sınırlara takılmadan daha yüksek belirlenebilmesi, başlangıçta kiraya verenin lehine gibi görünse de kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından süre bitimi gerekçesiyle sona erdirilmesine ilişkin on yıllık süreyi, ayrıca kira bedelinin emsale göre belirlenmesi için geçmesi gereken beş yıllık süreyi baştan başlatacağından, bu açılardan kiraya verenin aleyhine sonuçlar da doğurur. Bununla birlikte Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 08.11.2018 tarihli ve E. 2017/5411, K. 2018/11236 sayılı kararına göre⁵⁰ tarafların yeni bir kira sözleşmesi yapmış olmaları halinde, bu yeni kira sözleşmesinin üzerinden beş yıl geçmemiş olsa dahi, ilk kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren beş yıllık süre geçince, Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen rayiç bedelin tespiti davasının açılabileceğini kabul etmiştir. Ancak bunun için yeni sözleşme ile karşılaştırılan bedelin rayiçce uygun olmaması gerekir.

Doktrindeki bir görüşe göre⁵¹, taraf anlaşmasıyla kira artışını sınırlayan düzenlemeler kira sözleşmesinin kurulduğu tarihten sonra yapılan artış anlaşmalarına uygulanmamalı ve sonradan yapılan anlaşmalar geçerli kabul edilmelidir. Zira kiracının sözleşmenin kurulmasından sonra pazarlık gücü olmayan, korunması gereken taraf konumu bulunmamaktadır. Kiracı baskı altında olmadan kira artış oranı belirleyebilecek konumdadır. Sözleşmenin kurulmasından sonra verilen tahliye tahhütnamelerinin geçerli olması gibi, kira artış oranı konusunda da taraf anlaşmaları

nilması niteliğinde değildir (bkz. Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (7. Baskı, Beta 2009) 188). Kanuna karşı hile kanaatimizce, kişilerin eylem ve işlemlerde bulunma hak ve özgürlüklerinin emredici hükümlerin yaptırımından kurtulmak için dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanmaları niteliğindedir. Hakların dürüstlük kuralına aykırı kullanılmasının sonucu, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamına girer. Nitekim hakkın kötüye kullanılması yasağı dürüstlük kuralının uygulama yönünü oluşturmaktadır. Bu nedenle kanuna karşı hile dürüstlük kuralına aykırılık taşımakta ve hakkın kötüye kullanımı hallerinden birini oluşturmaktadır (Oğuzman ve Barlas (n 49) 278; Oğuzman ve Barlas (n 49) 278 dn. 555'de belirtilen yazarlar). Bununla birlikte kanuna karşı hile oluşturarak yapılan işlemlere aynı zamanda görünürdeki işlemlerde iradelerin uyumsuzluğu nedeniyle muvazaa, şekle aykırılık hallerinde ayrıca kesin hükümsüzlük gibi yaptırımların uygulanması da söz konusu olabilir Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, Birinci Cilt (n 49) 391.

⁵⁰ Yenileme sözleşmesinde kira bedeli emsal ve rayiçlere uygun değil ise yenileme sözleşmenin imzalanmasından itibaren 5 yıl geçmemiş olsa dahi ilk sözleşmenin başlangıcına göre geçen süre gözetilerek şartları varsa kira parasının hak ve nesafete göre tespiti talep edilebilir". (Lexpera İçtihat).

⁵¹ Özen (n 5) 2038-2039; Zevkliler ve Gökyayla (n 8) 256; Gökyayla (n 2) 3352; Ganbari (n 8) 220; Özen ayrıca, TBK 344 düzenlemesinde "yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin" anlaşmadan söz edildiğinden sadece bunun sınırlandırılmasının amaçlandığı, hükmün lafzının yenilenen tek döneme ilişkin olarak tarafların artış oranı/miktarı anlaşmalarını kapsamadığını ifade etmektedir (Özen (n 5) 2039).

geçerli olmalıdır⁵². Katıldığımız diğer görüşe göre ise⁵³, kanundaki üst sınırı aşan anlaşmalar, kira sözleşmesinin kurulması sırasında veya sonradan yapılırsa da aralarında fark olmayıp aynı yaptırıma tabi olmalıdır. Her iki hâlde de emredici hükme aykırılığın sonucu olarak kanundaki sınırı aşan anlaşmalar, aşan miktar yönünden hükümsüz olmalıdır⁵⁴.

Kanundaki sınırları aşan anlaşmalarda kiracı tarafından ödenen bedelin hükümsüz kabul edilen kısmı doktrindeki baskın görüşe göre sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir veya sonraki kira bedelleriyle takas edebilir⁵⁵. Bununla birlikte doktrindeki diğer görüş⁵⁶ kiracının bedel iadesi istemi dayanağının sebepsiz zenginleşme değil, sözleşme olduğunu kabul etmektedir.

Arabuluculuk anlaşmalarında tarafların kanundaki sınırların üzerinde kira artış oranı/miktarı belirleyip belirleyemeyeceği hususu da doktrinde tartışma konusudur. Bir görüşe göre⁵⁷, arabuluculuk görüşmesi sırasında tarafların arabulucu desteğiyle pazarlık sürecini daha nitelikli geçirmeleri, daha sağlıklı karar verebilmeleri nedenleriyle arabulucuda yapılan anlaşmalarla kanundaki sınırları aşan miktarda kira artışı kararlaştırabilmeleri gerekir. Benzer yöndeki görüşe göre de⁵⁸ arabulucu, kanuni düzenlemeler konusunda tarafları uyararak ve bu uyarıları yazılı tutanağa geçirerek kanundaki sınırın üzerindeki artışları anlaşma tutanağına geçirebilmelidir. Taraflar bu durumu bile isteye kabul etmişse, aksinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanımını niteliğinde görülmelidir. Ancak yazar, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁵⁹ (HUAK) m.18/B-f.III uyarınca tarafların icra edilebilirlik şerhi için hâkime başvurmaları halinde, hâkimin emredici düzenlemelere aykırılık taşıyan anlaşmanın icra edilebilirlik şerhi talebini reddetme olasılığının yüksek olduğunu da öngörmektedir. Yazara göre hâkim gerektiğinde ta-

⁵² Bir başka görüşe göre de kanunun lafzı sınırları aşan anlaşmaları geçerli kabul etmemekle birlikte, kira süresinin birden çok yılı kapsayan biçimde yapıldığı sözleşmelerde her yıl için ödenmesi gereken kira bedeli miktarının önceden belirlenmesi mümkün olmalı ve tüfe oranına bağlı bir sınırın uygulanmaması gerekir. Bu görüşe göre, taraflar arasındaki menfaat dengesi kiracının hakkını tapuda şerh ettirerek uzun süre kullanmasını güvence altına alması karşılığında kira bedelinin de kanundaki sınır olmaksızın belirlenebilmesini gerektirir. (Zevkliler ve Gökyayla (n 8) 257)

⁵³ İnceoğlu (n 2) 129; Yeniocak (n 7) 42; Öktem Çevik (n 5) 52; Doğan (n 2) 295; Türkmen ve Huysal (n 21).

⁵⁴ İnceoğlu (n 2) 128; Doğan (n 2) 294; Öktem Çevik (n 5) 53; Akyiğit (n 5) 153; Makaracı Başak ve Öktem Çevik (n 18); Türkmen ve Huysal (n 21); Sarı Fidan (n 5) 356-357. Önceden yapılan anlaşmalarda kanundaki sınırın uygulanması ve kanundaki sınırı aşan miktarda değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanması gerektiği yönünde bkz. Özen (n 5) 2045; Ganbari (n 8) 220.

⁵⁵ İnceoğlu (n 2) 129; Öktem Çevik (n 5) 53; Doğan (n 2) 294; Yavuz (n 2) 340; Makaracı Başak ve Öktem Çevik (n 18); Sarı Fidan (n 5) 357.

⁵⁶ Türkmen ve Huysal (n 21).

⁵⁷ Ganbari (n 8) 222-223.

⁵⁸ Aydoğdu (n 5) s. 151; Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 5) 603.

⁵⁹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 7.6.2012, RG. 22.6.2012/28331.



rafları dinlemeli, arabulucu tarafından kanundaki sınırlar konusunda uyarılmalarına rağmen taraflar yüksek artış oranını kabul etmiş ve bu hususu tutanağa geçirilmiş ise esnek davranarak icra edilebilirlik şerhi vermelidir⁶⁰.

Katıldığımız diğer görüşe göre⁶¹, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sınırlayıcı oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmelerin fazla miktar yönünden geçersiz olduğu emredici olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuk anlaşma belgesi açısından da bu emredici düzenlemeler göz önünde bulundurulmalı, emredici hükümlere aykırı anlaşmalarda hâkim icra edilebilirlik şerhi talebini reddetmelidir. Bu nedenle arabuluculuk anlaşmalarında kiracı lehine olmak koşuluyla kanundaki oranlardan daha düşük veya üst sınıra kadar bir artış oranı kararlaştırılabilir. Arabulucu yabancı para üzerinden kira bedeli belirlenmesine ilişkin sınırlara da uymalıdır⁶². Ancak kanundaki sınırları bilmesine ve baskı altında olmamasına rağmen, kiracının arabulucuyla yapılan anlaşmada kanuna aykırı artışı kabul edip bu orana göre kira bedeli ödemesi sonrasında, artış oranının geçersizliğini ileri sürerek iade talebi korunmamalıdır. Zira bu halde sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade görüşünün benimsenmesi halinde aşağıda açıklandığı üzere, bedel hataen verilmediğinden, ayrıca istem TMK m. 2'ye aykırılık taşıyacağından reddedilmelidir. Sözleşmesel iade görüşünün kabulü halinde de TMK m. 2 kapsamında iade istemi kabul edilmemelidir.

B. KANUNDAKİ ARTIŞ SINIRLARININ ÜZERİNDE ÖDENEN KİRA BEDELİNİN İADESİ

1. Genel Olarak

Kanundaki sınırları aşan anlaşmalarda, kiracı tarafından ödenen bedel, sınırı aşan oranda geçersiz kabul edildiğinden, aşan kısım bakımından yapılan ödeme haklı sebep olmaksızın kiraya verenin zenginleşmesi sonucunu doğuran ifa niteliği taşıyacaktır. Bu durumda yukarıda açıklandığı üzere kiracının fazla ödediği bedeli bir görüşe göre⁶³ sebepsiz zenginleşme hükümleri, bir görüşe göre⁶⁴ de sözleşmesel iade kapsamında istemesi mümkündür.

⁶⁰ Aydoğdu (n 5) 152.

⁶¹ Yeniocak (n 7) 152; Süleyman Burak Gündoğdu, 'Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler' (2023) 6 (2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 851, 872; Aytekin Çelik ve Hakkı Mert Doğu, 'Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri' (2024) 32 (2) SÜHFD 811, 831; Erol Ulusoy, 'Kirada yüzde 25 sınırı arabulucuyla aşılabilir mi?' (Milliyet blog, 2.9.2023) <<https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/prof-dr-erol-ulusoy/kirada-yuzde-25-siniri-arabulucuyla-asilabilir-mi-6999664>> Erişim Tarihi 14.6.2024.

⁶² Gündoğdu (n 61) 874.

⁶³ İnceoğlu (n 2) 129; Öktem Çevik (n 5) 53; Doğan (n 2) 294; Makaracı Başak ve Öktem Çevik (n 18); Sarı Fidan (n 5) 357. Alman hukukunda da geçersiz olan kira artışlarının sebepsiz zenginleşmeye göre istenebileceği yönünde bkz. Hermann Schulin, 'Art 62-66' Honsell. Vogt. Wiegand (edr), *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR 5. Auflage*, Helbing Lichtenhahn 2011) 492.

⁶⁴ Türkmen ve Huysal (n 21).

Mal varlığı fakirleşen kişinin haksız fiil, sözleşme gibi borç doğuran sebeplere göre istemelerde bulunarak fakirleşmesinin giderilebileceği hallerde sebepsiz zenginleşmeye göre istemde bulunup bulunamayacağı hususu “*sebepsiz zenginleşmenin taliliği (ikincilliği) ilkesi*” kapsamında doktrinde tartışmalıdır⁶⁵. Doktrindeki bir görüşe göre⁶⁶, sebepsiz zenginleşme ikincil bir talep hakkı verir. Buna göre malvarlığı haksız olarak azalan kişi zenginleşen kişiden sözleşme veya haksız fiil sorumluluğu gibi hükümlerine dayanarak fakirleşmesini giderebiliyor ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmamalıdır. Diğer görüşe göre ise⁶⁷, sebepsiz zenginleşme istemi, talep hakkı verebilecek diğer kurumlardan bağımsızdır ve koşulları oluştuğunda diğer taleplerle yarışabilir şekilde istenebilir. Ancak bazen diğer hukuki kurumların mevcut olmasını sağlayan koşullar aynı zamanda sebepsiz zenginleşmenin koşullarından birinin doğmasına engel oluşturabilir. Örneğin, geçerli bir sözleşmeye dayanarak yapılan ödemelerde bir tarafın mal varlığı geçerli sebeple arttığından sebepsiz zenginleşme gerçekleşmez. Bu bağlamda geçerli bir borç ilişkisi kapsamında gerçekleşen ifalarda sözleşmesel olarak talep edilebilecek istemler sözleşmeye dayandırılarak istenmeli, sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulmamalıdır⁶⁸. Ancak borç ilişkisi geçerli değil ise, borç ilişkisinin geçerli olduğu sanılarak ifade bulunulması halinde, verilen edimin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenmesi gerekir⁶⁹. Bu durumda kısmi geçersiz anlaşmaya dayanarak ödenen kira bedelinin iadesi isteminin, taraflar arasında geçerli bir kira ilişkisi temeli olduğundan dolayı sözleşmeye göre mi istenmesi, yoksa genel kuraldan hareket edilerek, kısmi geçersiz anlaşmaya dayalı olarak ödenen kısmın iadesinin artık sözleşmesel temele dayandırılmayacak nitelikte mi olduğu değerlendirilmelidir⁷⁰.

⁶⁵ Bkz. Öz (n 67) 60-61.

⁶⁶ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Bası, Turhan 2022) 644, 645; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2* (16. Bası, Vedat 2021) 352, dn. 99 da belirtilen yazarlar; Işık Aslı Han, ‘Condictio Indebiti: Borç Olmayan Şeyin İfasına Dayanan Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Şartları ve İade Talebine Yönelik Diğer Hukuki Dayanaklarla Sınırlarının Çizilmesi’ (2023) 29 (2) Özel Sayı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 435, 450.

⁶⁷ Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme Borçlar Kanunu 61 -66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle* (1. Baskı, Kazancı Kitap Ticaret A Ş 1990) 61; Oğuzman ve Öz (n 66) 352; Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme* (6. Bası, Filiz 2014) 322-323.

⁶⁸ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (1 Baskı, Yetkin 2021) 609; Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 3. Cilt (n 67) 322; Rona Serozan, ‘Sebepsiz Zenginleşme’ Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, Rona Serozan, Murat Develioğlu (edr), *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu Cilt 1* (Madde 1-82), (1. Baskı, Vedat 2019) 1171; Oğuzman ve Öz (n 66) 352, 358; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel* (n 66) 645.

⁶⁹ Oğuzman ve Öz (n 66) 358; Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 3. Cilt (n 67) 331; Seza Reisoğlu, *Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları* (1. Baskı, A Ü Hukuk Fakültesi 1961) 148.

⁷⁰ İsviçre ve Alman hukukundaki görüşler için bkz. Vedat Buz, ‘Sözleşmede Kararlaştırılandan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı’, (9 -10 Aralık 2005) XXI Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 133, 138 vd.



Mevcut borç ilişkisi kapsamında ödenmesi gereken miktardan fazla ödemenin yanılarak yapılması halinde fazla kısmın sebepsiz zenginleşme mi yoksa sözleşme hükümlerine göre mi isteneceği konusu doktrinde tartışmalıdır⁷¹ ⁷². Yargıtay kararlarında bu konuda görüş birliği olmadığı görülmektedir⁷³. Örneğin, Yargıtay'ın bir kararında sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemlerde fazla ödenen tutarların iadesinin sebepsiz zenginleşme değil, sözleşme hükümlerine göre yapılması gerektiği belirtilmiştir⁷⁴. Farklı bir kararında ise, sözleşme ilişkisi içinde kurulan temaslar içinde de bazen taraflar arasında sebepsiz zenginleşmenin ortaya çıkabileceği ve bu tür kazandırmaların sebepsiz zenginleşmeye konu olabileceği, bu durumda kazandırmamanın sözleşme çerçevesi dışında olup, sözleşmeden doğan bir hak veya borçla ilgisi olmadığı kabul edilmiştir⁷⁵.

Fazla ödenen kira bedelinin iadesi talebi ister sebepsiz zenginleşmeye isterse de sözleşme hükümlerine dayandırılımsın, kiracının istemde bulunurken dürüstlük kuralına uygun davranması gereklidir.

2. İade Taleplerinde Dürüstlük Kuralının Dikkate Alınması Gerekliği

Kiracının bilerek emredici hükme aykırı sözleşme yapması ve kira parasını ödemesi halinde kendi rızasıyla yapmış olduğu ifaya rağmen fazla ödediği miktarın iadesini istemesi TMK m. 2 hükmünde yer alan hakların kullanılması ve borçların ifa edilmesinde dürüstlük kuralına uygun davranma gerekliliği ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı düşebilecektir⁷⁶.

⁷¹ Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteneceği yönünde bkz. Öz (n 67) 86; Oğuzman ve Öz (n 66) 358-359, 368.

⁷² Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin geçerli bir sözleşme ilişkisinin hiç olmadığı veya sonradan ortadan kalktığı hallerde şekillendirildiği; taraflar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu hallerde fazla ödenen tutarın iadesinin sözleşme hukuku kurallarına göre olması gerektiği yönünde bkz. Buz (n 70) 142-147. Fazla miktarda ödenen tutarın iadesinin sözleşme hükümlerine göre olması gerektiği yönünde Han (n 66) 452.

⁷³ Bkz. Buz (n 70). 135-138.

⁷⁴ “Hukuki işlemlerden ve bunun en yaygın türü olan sözleşmeden doğan borçlarda, borçlunun borcunu anlaşmaya uygun olarak yerine getirmesi gerekir. Borçlu anlaşmaya uygun hareket etmezse, alacaklı borca aykırılık hükümlerini işletir ve mümkün ise borcun aynen ifasını, değilse doğan zararının giderilmesini talep eder. Sebepsiz zenginleşmede ise, sadece malvarlığındaki eksilmenin giderilmesinin talep edilmesi söz konusudur. Bütün bu açıklamalara göre, sebepsiz zenginleşme alacaklıya, ikinci derecede (tali nitelikte) bir dava hakkı temin eder. Malvarlığındaki azalmanın başka asli nitelikteki davalarla önlenmesi mümkün ise, sebepsiz zenginleşme davası gündeme gelemez. Aynı ilkenin bir sonucu olarak, sözleşmeden doğan bir hukuki ilişkinin bulunduğu hallerde tarafların sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunması olanaklı değildir. (-) sözleşme niteliğindeki yüklenme senedinden kaynaklanan uyumsuzlukta, fazla ödenen paranın geri alınmasının sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.” Yargıtay HGK, 2011/748 E., 2012/140 K., 14.3.2012 T. (Lexpera İçtihat).

⁷⁵ Yargıtay HGK, 2017/1015 E., 2020/222 K., 26.2.2020 T. (Lexpera İçtihat).

⁷⁶ Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 5) 603; Aydoğdu (n 5) 150; Türkmen ve Huysal (n 21).

Kiracının fazla ödediği tutarın iadesini istediği olaylarda her somut olayda kiracının iade talebinin TMK m. 2 hükmüne aykırı nitelik taşıyıp taşımadığı incelenmelidir⁷⁷. Örneğin, kiracının kanundaki sınırları bilmesine rağmen uzunca bir süre kanunî sınırları aşan oranlar üzerinden kira bedeli ödemesi, kira artış oranına yönelik sözleşme görüşmelerinde kanundaki sınırları bilmesine rağmen, sınırı aşan bedel artış oranına yönelik ilk önerinin kiracıdan gelmiş olması hallerinde sonradan kiracının bedel iadesi talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır⁷⁸. Kira sözleşmesinin beş yılını doldurması ve kiraya verenin TBK m. 344/III uyarınca rayice göre kira bedelinin tespiti davası açması hakkının doğduğu hallerde, kiraya verenin dava açmasını önlemek için yüksek artış oranını kabul edip sonradan bunun iadesini talep etmek de hakkın kötüye kullanılması oluşturabilir⁷⁹. Kiraya verenin TBK'nun 344/III hükmüne göre hâkimden emsal kira artışı isteyeceği baskısıyla kiracının kira artışını kabul etmesi, kiracının zor durumda kalarak artışı kabul ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira zaten kanun koyucu kiraya verene bu hakkı tanımaktadır. Yine on yıllık uzama süresinin dolduğu kira sözleşmelerinde de kiraya verenin TBK m. 347/I hükmüne göre sözleşmeyi feshetme imkânını önlemeye yönelik kanunî sınır üzerinde yapılan anlaşmalarda sonradan bunun geçersizliğini ileri sürmek ve iade talebinde bulunmak hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilecektir⁸⁰. Ancak kiraya verenin elindeki tahliye taahhünamesini kullanma tehdidiyle kiracının yüksek artış üzerinden kira bedelini ödemesini sağlaması halinde, kiracının fazla ödediği miktarın iadesini istemesi dürüstlük kuralına aykırı görülmeyebilir⁸¹. Zira bu taahhütler uygulamada genellikle kira sözleşmesinin başında tarih kısmı boş şekilde kiracıdan alınıp, bedel artışlarında baskı unsuru olarak kullanılmaktadır.

3. Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Göre İade

Sebepsiz zenginleşme bir kişinin başkasının mal varlığı veya emeğinden hak etmemiş olduğu bir maddi çıkar elde etmesidir⁸². Sebepsiz zenginleşmeler müdahale yoluyla, edimin ifası yoluyla veya beklenmedik olaylar sonucu meydana gelebilir⁸³. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK'nun 77. maddesine göre; "*Haklı bir sebep ol-*

⁷⁷ Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 5) 602; Türkmen ve Huysal (n 21).

⁷⁸ Türkmen ve Huysal (n 21).

⁷⁹ ibid.

⁸⁰ ibid.

⁸¹ Aydoğdu, Tuncer ve Meral (n 5) 603; Aydoğdu (n 5) 150.

⁸² Peter Gauch, Walter Schlupe ve Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I* (9. Auflage, Schulthess 2008) 333; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 3. Cilt (n 67) 309; Oğuzman ve Öz (n 66) 332; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Baskı, Yetkin 2022) 959; Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Onsekizinci Baskı, Beta 2021) 305.

⁸³ Eren, *Borçlar Genel* (n 82) 958; Andreas Furrer, Markus Muller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (2. Bası, Oniki Levha 2022) 542.



maksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. (-) Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur.” İfa sonucu (edimden ötürü) zenginleşmeye ilişkin TBK’nun 78/I hükmüne göre de; “Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir.”

Sebepsiz zenginleşmeye göre iade görüşünün kabulü halinde, kira sözleşmesinde tarafların artış oranı/miktarı konusunda anlaşma yapmaları ve kiracının buna göre kira bedeli ödemesi halinde, kanundaki sınırları aşan tutar “borçlanılmamış edimin ifası” (*condictio indebiti*)⁸⁴ durumu oluşturmaktadır. Zira kiracı aralarındaki sözleşme ilişkisi kapsamında kira edimini yerine getirme amacıyla (borcu yerine getirme düşüncesiyle) ifade bulunmaktadır⁸⁵. Ancak ifasının bir kısmı kanundaki emredici hükme aykırılık taşıdığından geçerli olmayan sebebe dayanmaktadır. Geçersiz sözleşmeleri ifa amacıyla yapılan edalar TBK 78 hükmü kapsamına girmektedir⁸⁶. Borçlanılmamış edimin ifası hükmü aslında TBK 77/II’de belirtilen sebepsiz zenginleşme durumlarından geçerli bir sebebe dayanmayan zenginleşme türü olmasına rağmen önemi gereği ayrıca TBK 78’de de düzenlenmiş, iade talebi için özel bir ispat düzenlenmesi öngörülmüştür⁸⁷. Bu bakımdan TBK 77/II de özel olarak sayılan zenginleşme türleri TBK 78 hükmü kapsamına girebilmektedir⁸⁸.

Kendi isteğiyle borçlu olmadığı edimi ifa eden kişi TBK’nun 78. madde hükmüne göre istemde bulunduğu yalnızca kendisini borçlu sanarak (yanılarak/hataen) ifade bulunduğunu ispatlaması halinde bunu geri alabilir⁸⁹. Bu nedenle esas

⁸⁴ Reisoğlu (n 69) 10; Oğuzman ve Öz (n 66) 365; Gümüş, Borçlar Genel (n 68) 612; Serozan (n 68) 1220; Han (n 66) 437.

⁸⁵ Hermann Becker, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI. Cilt Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler* (Çev: Kemal Reisoğlu) (1. Baskı, Adalet Bakanlığı 1968) 384; Oğuzman ve Öz (n 66) 338; Serozan (n 68) 1189.

⁸⁶ Borç ilişkisi geçerli değilken yapılan ifaların “*condictio indebiti*” olduğu yönünde bkz. Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 3. Cilt (n 67) 331; Reisoğlu (n 69) 148; Oğuzman ve Öz (n 66) 366; Han (n 66) 440.

⁸⁷ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yedinci Baskı, Filiz 1993) 743; Öz (n 67) 83; Oğuzman ve Öz (n 66) 365; Eren, Borçlar Genel (n 82) 999; Gümüş, Borçlar Genel (n 68) 612-613.

⁸⁸ Oğuzman ve Öz (n 66) 362; Gökhan Antalya, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, (1. Baskı, Beta 2012) 807; Reisoğlu, TBK m. 77/II ile TBK m. 78 hükümleri arasındaki ayrımı ifanın gerçekleştiği anda sebebin mevcut olup olmamasına göre yapmaktadır. Buna göre ifa anında borç yoksa TBK 78 hükmü, ifadan sonra borcun sona ermesi, geçersiz olması, sebebin gerçekleşmemesi gibi hususların meydana gelmesinde ise TBK 77/II hükmüne göre iade istenebilir (Reisoğlu (n 69) 136). Bu ayrıma göre de kanundaki sınırları aşan anlaşmalarda aşan tutar baştan itibaren kendiliğinden geçersiz sayıldığından iadenin TBK 78 hükmüne göre istenmesi gerekir.

⁸⁹ Gauch, Schlupe ve Schmid (n 82) 345; Becker (n 85) 384; Reisoğlu (n 69) 158; Oğuzman ve Öz (n 66) 363, 369; Gümüş, Borçlar Genel (n 68) 616; Nomer (n 82) 311; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 83) 546; Han (n 66) 445.

olarak kira sözleşmesindeki artış oranının kanundaki sınırların üstünde olduğu ve geçersiz olduğunu bilen, buna rağmen ifade bulunan kişinin bu hüküm kapsamında iade talep etmesi mümkün olmamalıdır. Böyle bir davranış dürüstlük kuralına da aykırılık taşır⁹⁰. Ancak TBK'nun 78. hükmünün uygulanması için, ifanın, iradi kazandırma niteliğinde olması gereklidir⁹¹. Eğer kiracı ifayı baskı altında kalarak (örneğin, tahliye taahhütnamesinin kullanılacağı tehdidi sonucu) gerçekleştirmiş ise, kazandırma iradi olarak kabul edilemez. Bu durumda kiracının “*bilerek ve isteyerek*” ifade bulunduğundan bahsedilemeyeceğinden, yanılarak ifade bulunduğunu ispat etmese de iadeyi talep edebileceği kabul edilmelidir⁹². Doktrinde bir görüş⁹³, TBK'nun 78. maddesine göre iadenin talep edildiği hallerde, borçlunun kendisini borçlu sanarak ödemede bulunduğunu ispatlaması kuralının butlanla geçersiz sözleşmelerde aranmaması, aksinin kabulünün geçersiz bir borcun ifasını geçerli sayma şeklinde çelişkili bir sonuca yol açacağı şeklindedir.

Borçlu olmadığı edimi yanılarak yerine getiren kişinin yanılmasında kendi kusurunun olması iade istemine engel oluşturmamalıdır⁹⁴. Bu bağlamda örneğin, konut kiralarda bir dönem mevcut olan %25'lik üst sınır birçok haberde gündem olup milyonlarca kişi tarafından bilinebilir bir olgu oluştursa da her kiracının bu düzenlemeyi biliyor olması gerektiği kabul edilmemelidir. Kanuni düzenlemeyi bilmeyerek fazladan ödemede bulunan kiracı, kendisini borçlu sandığını ispat ederek iade talep edebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. maddesine göre; “*Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.*” Doktrindeki bir görüşe göre⁹⁵ (önceki TTK'nun 1466) TTK'nun 1530. maddesindeki kanundaki sınırları aşan sözleşmelerdeki fazla tutarın hataen verilmese bile geri alınabileceğine ilişkin hükümde sadece ticari işlerde uygulanacağına ilişkin kesin kayıt olmadığından ticari olmayan işlerde de bu

⁹⁰ Schulin (n 63) 491; Serozan (n 68) 1224.

⁹¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 87) 743; Eren, Borçlar Genel (n 82) 999-1000; Reisoğlu (n 69) 146-147; Antalya (n 88) 808-809; Gümüş, Borçlar Genel (n 68) 615-616; Han (n 66) 444.

⁹² Gauch, Schlupe ve Schmid (n 82) 346-347; Becker (n 85) 389; Oğuzman ve Öz (n 66) 371; Öz (n 67) 91; Eren, Borçlar Genel (n 82) 1000; Gümüş, Borçlar Genel (n 68) 617; Serozan (n 68) 1224; Kılıçoğlu, Borçlar Genel (n 6) 660; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 83) 546.

⁹³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 87) 745. Benzer yönde bkz. İsmail Özgün Karaahmetoğlu, ‘TTK m. 1530/1 Bağlamında Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler’ (2021) 6 (2) 565, 570.

⁹⁴ Schulin (n 63) 493; Becker (n 85) 388; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, 3. Cilt (n 67) 337-338; Reisoğlu (n 69) 163; Eren, Borçlar Genel (n 82) 1000; Kılıçoğlu, Borçlar Genel (n 66) 661; Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 83) 546.

⁹⁵ Karahasan'ın görüşü için bkz. Reisoğlu (n 69) 157.



düzenleme uygulama alanı bulabilir. Esasen TTK 1530 hükmünün adı işlerde de uygulanıp uygulanamayacağı noktasında doktrinde tartışma bulunmaktadır⁹⁶. Kanaatimizce TTK'ndaki ilgili hüküm istisnai bir düzenleme olduğundan kapsamı dar yorumlanmalı ve ticari olmayan işlerde uygulanmamalıdır. Ancak kira sözleşmesi ticari iş niteliğinde olsa dahi kiracı konumundaki kişinin kanundaki sınırları aşan tutardaki bedeli yanılarak ödediğini ispatlamadan geri isteyebilir isteyemeyeceği hükmün uygulama kapsamı bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. Zira en yüksek sınır düzenlemesi “*ticari hüküm*” niteliğindeki bir hükümle değil, TBK'nun ticari olmayan nitelikteki bir hükmüyle getirilmektedir. TTK hükmünün madde gerekçesinde “*Tasarı, 6762 sayılı Kanunun 1466 ncı maddesinde öngörülen, ticarî hükümlerde belirlenen sınırların aşılması halinde, yapılan sözleşmelerin tamamının geçersiz kılınması yerine, sınırın aşıldığı tutar veya kısım ile ilgili kısmî geçersizlik kavramını korumuştur.*”⁹⁷ şeklinde açıklama yapılmıştır. Bu bakımdan ilgili hükmün sadece “*ticari hüküm*” niteliğindeki hükümlerle üst sınır getirilen düzenlemelere uygulanacak kapsamda olduğu kabul edilebilir⁹⁸. Bu durumda TBK'nun kira sözleşmesindeki artış oranını sınırlayan düzenlemeleri ticari hüküm niteliğinde olmadığından, ticari işletmeyi ilgilendiren kira ilişkilerinde sebepsiz zenginleşmeye göre iade talep edilmesi halinde, borçlu olduğunu sanarak ifade bulunulduğunun ispatı aranmalıdır.

Kiracının iade isteminde sebepsiz zenginleşmeye dayanması halinde, kiracının istem hakkı, fazla ödediği tutarı geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhâlde zenginleşmenin gerçekleşmesinden başlayarak on yılın geçmesiyle zaman aşımına uğrar (TBK m. 82/1). Kiracı, her ay kira ödemesi yapmakta ise ödeme yapılan her ay için fazla ödenen tutar bakımından zamanaşımı süresi ayrı ayrı işleyecektir. Burada kira sözleşmesinin sona erdiği tarih önem taşımaz.

4. Sözleşme Hükümlerine Göre İade ve Kanaatimiz

Taraflar arasında geçerli bir kira ilişkisi mevcut olmasına rağmen, kiracının ödediği kira bedelinin kanundaki sınırları aşması nedeniyle hükümsüz sayıldığı hallerde, fazla ödenen tutar geçerli bir sebebe dayanmayan ifa oluşturur. Geçerli olmayan bir borç ilişkisinde kendisini borçlu sanarak ifade bulunan kişilerin yapmış oldukları kazandırmayı iade istemleri kural olarak TBK m. 78 anlamında sebepsiz zenginleşmeye göre talep hakkı kazandırır. Ancak burada, borç ilişkisini doğuran geçerli bir kira ilişkisi mevcut olmasına rağmen, sadece ödenen bedelin bir kısmı haklı olmayan sebebe dayanmakta ve sözleşmesel olarak ödenmesi gereken miktarda aşan ifa durumu oluşmaktadır. Taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki bulunma-

⁹⁶ Görüşler için bkz. Karaahmetoğlu (n 93) 572 vd. Hükmün ticari hükümler çerçevesindeki ticari işlerde uygulama alanı bulacağı, adı işlerde kıyasen dahi bu hükmün uygulanmaması gerektiği yönünde bkz. ibid 574.

⁹⁷ <https://www.ticaretkanunu.net/ttp-madde-1530/> Erişim Tarihi 24.6.2024.

⁹⁸ Karaahmetoğlu (n 93) 601.

sı neticesinde doktrindeki bir görüş⁹⁹ kiracının kanundaki sınırları aşarak ödediği fazla bedelin iadesinin sebepsiz zenginleşmeye değil, sözleşme hükümlerine göre yapılması gerektiği yönündedir. Burada istemin TBK m. 147/I'e kıyasen 5 yıllık zaman aşımı süresine tabi olması gerektiği ifade edilmektedir.

Kanaatimizce burada hem kısmi geçersizlik sonucunda geçerli bir sebebe dayanmayan ifa, hem de geçerli sözleşme ilişkisi kapsamında fazla yapılan ödeme hali gerçekleşmektedir. Bu kapsamda sebepsiz zenginleşmenin talihî görüşünü benimsemeyerek, kiracının korunması için, ister sebepsiz zenginleşme isterse kira sözleşmesi hükümlerine göre iade isteminde bulunulabileceği görüşündeyiz.

Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunduğundan, kiracının istem temelini terditli yapması yerinde olabilir. Sebepsiz zenginleşmeye göre istemde bulunulması, borç olunmayan şeyin ifası oluşturacağından kiracı ancak geçersizliği bilmeden kendisini borçlu sanarak ödemede bulunması veya ödemesinin iradi olmaması halinde yapmış olduğu fazla ödemeyi geri alabilecektir.¹⁰⁰ İade isteminde sözleşme hükümlerine dayanması halinde ise geçersizliği bile bile baskı altında kalmadan ifade bulunulması zaten TMK m. 2'ye aykırılık taşıyacağından dinlenmemelidir. Sonuç olarak geçersizliği bilerek ve baskı altında olmadan ifade bulunan kiracıların ister sebepsiz zenginleşme isterse de sözleşmeye dayanması halinde sonuç değişmeyecek, istemleri reddedilecektir. Bununla birlikte geçersizliği bilmeden veya baskı altında ifade bulunanlar bakımından sözleşme hükümlerine dayanmak, zaman aşımı süresinin sözleşmeye dayalı sistemlerde daha uzun olması, yanılarak ifade bulunulduğunun ispatlanmasının gerekmemesi gibi nedenlerle kiracı lehine olabilir.

5. İade Taleplerinde Dava Açmadan Önce Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1.9.2023 tarihinde yürürlüğe giren, 18/B maddesinde yer alan hükümlerle¹⁰¹, kiralanan taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce zorunlu olarak arabulucuya başvurulması esası getirilmiştir. Bu durumda kira ilişkisinden kaynaklanan ilgili uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulmadan dava açılması halinde dava usulden reddedilecektir¹⁰².

Somut düzenleme karşısında kiracının fazla ödediği kira bedellerini iade talebiyle dava açmadan önce arabulucuya başvurusu gereklidir. İade talebinin sebepsiz

⁹⁹ Türkmen ve Huysal (n 21).

¹⁰⁰ Zira II, B. 3. başlığı altında açıklandığı üzere, TBK m. 78 hükmü kapsamında ödemenin iadesi ancak kendisini borçlu sanma hali veya yapılan ödemenin iradi yapılmaması halinde söz konusu olmaktadır.

¹⁰¹ Hükme göre; “1) Aşağıdaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır: a) Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar.”

¹⁰² Gündoğdu (n 61) 852.



zenginleşme hükümlerine göre yapılacağı kabulü halinde dahi, taraflar arasındaki ilişkinin kaynağı kira sözleşmesi olduğundan bu hallerde de dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerektiği kabul edilmelidir¹⁰³.

Tacirler arasındaki bazı hukuki uyuşmazlıklarda dava açılmasından önce TTK m. 5/A, 1¹⁰⁴ gereği arabulucuya başvurulması, dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu durumda ticari nitelikteki kira sözleşmelerinde, kira artış oranının kanundaki sınırları aşması durumunda iade taleplerinde TTK hükmüne göre mi yoksa HUAK hükmüne göre mi arabulucuya başvurulması gerektiği noktasında tereddüt yaşanabilir¹⁰⁵. Bu durumda uyuşmazlığın (sonraki hüküm niteliğinde olan) kira ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlık olarak değerlendirilmesi ve başvurunun bu hükümlere göre yapılması yerinde olur¹⁰⁶.

SONUÇ

Kira sözleşmesi ivazlı sözleşmelerden olup, kiracının kullanımı karşılığında kira bedeli ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kira bedeli ilk başta belirlenirken tarafların kural olarak bedeli serbestçe kararlaştırması mümkündür. Kira bedelinin yabancı para birimiyle belirlenmesi de Türk Borçlar Kanunu'na göre mümkün olmakla birlikte, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar ve bu karara İlişkin Tebliğ kapsamında Türkiye'de yerleşik kişilerin konusu yurt içinde yer alan gayrimenkul kiralarda sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endekli olarak kararlaştırmaları yasaklanmıştır. Bu yasağa aykırılığın yaptırım konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Kanaatimizce ilgili düzenlemeye aykırı olarak döviz üzerinden kira bedeli belirlenmesi halinde anlaşma geçersiz sayılmamalı, aykırı davranışlara idari para cezasına hükmedilmelidir.

Konut ve çatılı işyeri kiralarda kanun koyucu diğer kira sözleşmelerine göre farklı düzenlemeler öngörmüştür. Bu sözleşmeler belirli süreli yapılırsa dahi, kural olarak kiracı tarafından sona erdirilmediğinde bir yıl uzamaktadır. Sözleşmenin uzamasını istemeyen kiraya verenin ise belirli süreli sözleşmede on yıllık uzama süresi, belirsiz süreli sözleşmede kiranın başlangıcından on yıl sonra fesih hakkı doğmaktadır. Bu yenileme dönemlerinde veya bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde bir yıldan sonra, bir önceki kira yılına ilişkin kira sözleşmesindeki bedelin ne oranda arttırılacağı Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesindeki esaslara göre

¹⁰³ Ulusoy (n 61).

¹⁰⁴ İlgili hükme göre; "Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır."

¹⁰⁵ Bu kanunlarda arabuluculuk sürecinin yürütülmesi, süre, anlaşma içeriği, ilan niteliğinde belge niteliği gibi hususlarda bazı farklılıklar bulunmaktadır (Gündoğdu (n 61) 855; Çelik ve Doğu (n 61) 846). Bu nedenle hangi kanunun uygulanacağını tespiti önem taşımaktadır.

¹⁰⁶ Gündoğdu (n 61) 855. Aksi yönde bkz. Çelik ve Doğu (n 61) 848, 850.

tespit edilmelidir. İlgili hükümde tarafların kira bedelinin artış oranına ilişkin anlaşma yapması halinde, anlaşmalarının bir önceki yılın tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamaya göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerli olacağı düzenlenmektedir. Ayrıca kira bedelinin yabancı para olarak belirlenebildiği hallerde, beş yıl boyunca kira bedeline artış yapılamayacağı, beş yıldan sonra da TBK'nun 344/III hükmüne göre artış istenebileceği düzenlenmiştir. Bu hükümler dışında 11.6.2022 ila 2.7.2024 tarihleri arasında yenilenen veya bir yıldan uzun süreli konut kiralari bakımından Geçici Ek Madde 1 ve 2 düzenlemeleri uygulanmıştır. Geçici düzenlemelerde, tarafların bir önceki yılın kira bedelinin %25'lik miktarını (tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamaya göre değişim oranı % 25'den az ise bu oran) aşmayacak şekilde artış anlaşması yapabileceği düzenlenmiştir. İlgili hükmün yürürlük süreleri içerisinde tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamaya göre değişim oranı %25'in altına inmediğinden ilgili tarihler arasında konut kiralalarında %25'lik sınırı, çatılı işyeri kiralalarında ise TBK 344/I'e göre tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamaya göre değişim oranı sınırı uygulanmıştır. Düzenlemeler kapsamında kanun koyucu konut ve çatılı işyeri kiralalarının artış oranını sınırladığı hükümlerle tarafların sözleşmesel özgürlüklerini kısmen korumuştur. Böylece taraflar kanundaki sınırları aşmamak koşuluyla kira artış oranı konusunda anlaşma yapabilirler. Tarafların yaptıkları artış anlaşmasındaki oran kanundaki sınırın altında ise taraf anlaşmasındaki orana göre kira bedeli arttırılacaktır. Tarafların yaptıkları artış anlaşmasının kanundaki sınırların üstünde olması halinde ise, kanundaki oranı aşan anlaşmalar kısmi hükümsüz olup, kira bedeli üst sınıra kadar arttırılacaktır.

Tarafların kira bedelinin artışına ilişkin anlaşması sadece ilk uzama yılı için değil, taraflar arasındaki kira ilişkisi devam ettiği sürece uygulanacaktır. Yine kanundaki sınırlamalar kira artışının bir yıl değil, iki yıl gibi süreden sonra yapılmasının kararlaştırmış olmaları halinde de uygulanır. Bu durumda, her yılın artış oranının toplamının ortalaması değil, artışın yapılacağı yıldaki kanundaki üst sınır uygulanmalıdır.

Kira artışındaki sınırlar belirlenirken kira süresi değil, kira yılı ölçütü esas alınmıştır. Bu nedenle bir yıldan uzun süreli yapılan sözleşmelerde tarafların her yıl için artış oranı belirlemesi halinde, sadece sözleşme süresinin sonunda artış sınırı uygulanmayacak olup, her artış yılı için ayrı şekilde kanundaki sınırlar gözetilmelidir. Bununla birlikte, tarafların bir yılı aşan kira sözleşmesi yapması ancak her yıl yapılacak artış oranını belirlememesi halinde, kira süresi dolmadan kira sözleşmesinde yenileme dönemine girilemeyeceğinden artış yapılamaz. Bu hallerde koşulları var ise uyarılama talep edilerek kira bedeli artışı sağlanabilir.

Kira bedelinin yabancı para üzerinden belirlenmesi halinde, kira bedeli aşırı ifa güçlüğü hükümleri saklı olmak üzere beş yıl geçmeden değiştirilemez. Kanaatimizce tarafların beşinci yıldan sonrası için artış kararlaştırmaları da mümkün olmamalıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak 344/III hükmü uygulanarak hâkim kararıyla kira bedeli belirlenmelidir.



Kira bedelinin taraf anlaşmasıyla artışına ilişkin kanundaki sınırlamalar, tarafların mevcut kira sözleşmesini sona erdirip, baştan yeni bir sözleşme yaptığı hallerde kural olarak uygulanmaz. Bu doğrultuda taraflar yeni yaptıkları sözleşmede sözleşme bedelini kural olarak serbestçe belirleyebilir. Ancak bu anlaşmanın kanun hükmünü dolanma amacıyla kanuna karşı hile oluşturacak şekilde yapıldığının tespiti halinde, kanaatimizce yeni sözleşmelerdeki bedel geçersiz kabul edilerek, ilk sözleşmeden itibaren kanundaki sınırlara göre kira bedelinin belirlenmesi gerekir.

Arabulucuda yapılan kira bedeline ilişkin artış anlaşmalarında mevzuat sınırlarının aşılp aşılamayacağı doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce arabulucu anlaşma tutanaklarında da kanundaki sınırların üzerinde bedel kararlaştırılması yapılamamalıdır. Yine arabulucu yabancı para üzerinden kira bedeli belirlenmesine ilişkin sınırlara da uymalıdır.

Kanun koyucunun belirlediği sınırları aşan anlaşmalar yapılmış ve kiracı bu bedelleri ödemiş ise, daha sonra ödemediği fazla tutarı kiraya verenden talep edip edemeyeceği sorunu mevcuttur. Bu hallerde fazla ödenen tutarın sebepsiz zenginleşme hükümlerine veya sözleşme ilişkisine göre istenebileceği şeklinde görüşler bulunmaktadır. Kanundaki sınırları aşan miktarda kira bedelinin ödenmesi halinde, taraflar arasında borç doğuran geçerli bir kira ilişkisinde, ödenen kira bedelin hükümsüz temele dayanan kısmı haklı olmayan sebeple yapılan ödeme oluşturmada, ayrıca sözleşmesel olarak ödenmesi gereken miktarı aşan, fazla ödenen bedel bulunmaktadır. Kanaatimizce kiracı iki istem temeline dayanarak da şartların gerçekleşmesi halinde iade talep edebilir. Bununla birlikte kiracının herhangi bir baskı altında kalmadan kanundaki oranı aşan miktarda artışı kabul edip ödemesi, sonrasında bunun iadesini talep etmesinin dürüstlük kuralına aykırılık taşıdığı hallerde bu talep haklı görülmemelidir. Fazla ödenen tutarın sebepsiz zenginleşmeye göre iade edilmesinin talep edildiği hallerde, borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kişilerin kazandırmayı iade istemlerine yönelik TBK m. 78 hükmü uygulanmalıdır. Bu durumda kiracı ancak kendisini borçlu sanarak ödemede bulunduğunu veya iradi ödemede bulunmadığını ispatlayarak iade talep edebilir. Kira sözleşmesinin ticari iş niteliğinde olması ve kiracının kanundaki sınırları aşan tutardaki bedeli ödedikten sonra iade isteminde bulunması halinde TTK'nun 1530. maddesindeki bedeli hataen ödemese bile geri alabilir hükmü kanaatimizce artış oranını sınırlayan düzenlemelerin ticari hüküm niteliğinde olmaması nedeniyle uygulanmamalıdır. Bu nedenle ticari kira sözleşmelerinde fazla ödenen tutarın sebepsiz zenginleşmeye göre iadesinin talep edilmesi halinde, kiracı borçlu olduğunu sanarak ifade bulunduğu ispatlamalıdır.

İlamsız icra yoluyla kiracının tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurması gerekmektedir. Bu kapsamda kanundaki sınırları aşan anlaşmalarda kiracı fazla ödemediği tutarın iadesi talebiyle dava açmadan önce arabulucuya başvuru yapılmalıdır. Ticari nitelikteki kira sözleşmelerinde, kira artış oranının

kanundaki sınırları aşması durumunda iade taleplerinde arabuluculuk başvurusu, kanaatimizce ticari arabuluculuğa değil, uyuşmazlığın kira ilişkisinden kaynaklı olarak değerlendirilerek yapılması gerekir.

KAYNAKÇA

Akçaal M, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinde Artışa İlişkin 7161 Sayılı Kanun'la Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2022) XII (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 361-384.

Akıpek J G, Akıntürk T ve Ateş Karaman D, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (7. Baskı, Beta 2009).

Akyiğit E, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi (1. Baskı, Seçkin 2012).

Antalya G, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, (1. Baskı, Beta 2012).

Aydoğdu M, 'Kira Parasında Artışı %25 ile Sınırlayan Düzenlemeler Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Hakkındaki Değerlendirmeler' (2023) 88 (3) İzmir Barosu Dergisi 135-164.

Aydoğdu M, Tuncer N ve Meral O Ö, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku (6. Baskı, Adalet 2023).

Becker H, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI. Cilt Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler (Çev: Kemal Reisoglu) (1. Baskı, Adalet Bakanlığı 1968).

Buz V, 'Sözleşmede Kararlaştırılandan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı', (9 -10 Aralık 2005) XXI Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 133-155.

Çelik A ve Doğu H M, 'Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Ticari Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri' (2024) 32 (2) SÜHFD 811-860.

Doğan M, 'Kira Sözleşmesi' Turgut Öz (ed), Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Seçkin 2023).

Duygun A M, 'Konut Kiralarında Kira Ücretine Yapılacak Zammın %25 İle Sınırlandırılmasınının 7456 Sayılı Kanun İle Bir Sene Daha Uzatılmasınının Anayasa Hukuku Ve İnsan Hakları Açısından Doğurduğu Sorunlar' (İstanbul Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi), <<https://insanhaklari.istanbul.edu.tr/tr/content/blog-serisi-kira-hukukunun-guncel-rejiminde-insan-haklari-sorunlari/blog:-konut-kiralari-nda-kira-ucretine-yapilacak-zammin-dogurdu-gu-sorunlar>> Erişim Tarihi 28.4.2024.



Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (8. Baskı, Yetkin 2020).

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (27. Baskı, Yetkin 2022).

Furrer A, Muller-Chen M ve Çetiner B, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (2. Bası, Oniki Levha 2022).

Ganbari M K, ‘Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler ile Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk’ (2023) XXVII (4) Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi 197-232.

Gauch P, Schlupe W ve Schmid J, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I (9. Auflage, Schulthess 2008).

Gökyayla E, ‘Kira Bedeli’ Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, Murat Develioğlu (edr), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, Cilt 4, 5 (Madde 207-392), (1. Baskı, Vedat 2019).

Gümüş M A, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356) (2. Bası, Vedat 2012).

Gümüş M A, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, (3. Bası, Vedat 2013).

Gümüş M A, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri (1 Baskı, Yetkin 2021).

Gündoğdu S B, ‘Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler’ (2023) 6 (2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 851-880.

Han I A, ‘Condictio Indebiti: Borç Olmayan Şeyin İfasına Dayanan Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Şartları ve İade Talebine Yönelik Diğer Hukuki Dayanaklarla Sınırlarının Çizilmesi’ (2023) 29 (2) Özel Sayı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 435-461.

İnce Akman N ve Özyakışır Ö, ‘Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi’ (2021) XI (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 725-770.

İnceoğlu M, Kira Hukuku Cilt II (1. Baskı, On İki Levha 2014).

İnceoğlu M ve Baş E, ‘Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi’ Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan (Filiz 2011) 523-547.

Karahmetoğlu İ Ö, ‘TTK m. 1530/1 Bağlamında Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler’ (2021) 6 (2) 565–610.

Kaynar M, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi (1. Baskı, Vedat 2014).

Kılıçoğlu A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Bası, Turhan 2022).

Kılıçoğlu A, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (4. Bası, Turhan 2022).

Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme (4üncü Bası, Filiz 2008).

Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme (6. Bası, Filiz 2014).

Makaracı Başak A ve Öktem Çevik S, '7409 Sayılı Kanun ile Getirilen Geçici Madde 1 Gereğince Kira Bedelinin Belirlenmesi' (Lexpera Blog, 8.7.2022), <<https://blog.lexpera.com.tr/7409-sayili-kanun-ile-getirilen-gecici-madde-1-geregince-kira-bedelinin-belirlenmesi/>>, Erişim Tarihi 4.6.2024

Nomer H, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Onsekizinci Baskı, Beta 2021).

Oğuzman M K ve Barlas N, Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar (29. Bası, Oniki levha 2023).

Oğuzman K ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2 (16. Bası, Vedat 2021).

Öktem Çevik S, 'Türk Borçlar Kanunu Madde 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi' (2022) 24 (1) DEÜHFD 39-77.

Öz T, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme Borçlar Kanunu 61 -66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle (1. Baskı, Kazancı Kitap Ticaret A Ş 1990).

Özen B, 'Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi' (2016) 22 (3), MÜHFHAD Cevdet Yavuz'a Armağan, 2033-2062.

Özyakışır Ö, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli (1. Baskı, Adalet 2019).

Reisoğlu S, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları (1. Baskı, A Ü Hukuk Fakültesi 1961).

Sarı Fidan Ö, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi' (2023) 8 (1) YBHD, 345-380.

Schulin H, 'Art 62-66' Honsell.Vogt.Wiegand (edr), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2011).



Serozan R, ‘Sebepsiz Zenginleşme’ Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, Rona Serozan, Murat Develioğlu (edr), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu Cilt 1 (Madde 1-82), (1. Baskı, Vedat 2019).

Teichmann A, ‘§§ 535-597’ Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar (16. Auflage, Beck 2015).

Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yedinci Baskı, Filiz 1993).

Türkmen A ve Huysal S A, ‘6098 sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Kira Bedelinde %25’lik Artış Sınırlamasına Aykırılığın Hukuki Sonuçları Üzerine Değerlendirmeler’, (Lexpera Blog, 6. 12. 2022) <<https://blog.lexpera.com.tr/6098-sayili-kanun-gecici-madde-1-ile-getirilen-kira-bedelinde-25lik-artis-sinirlamasina-aykirligin-hukuki-sonuclari-uzerine-degerlendirmeler/>> Erişim Tarihi 14.6.2024.

Ulusoy E, ‘Kirada yüzde 25 sınırı arabulucuyla aşılabılır mi?’ (Milliyet blog, 2.9.2023) <<https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/prof-dr-erol-ulusoy/kirada-yuzde-25-siniri-arabulucuyla-asilabilir-mi-6999664>>, Erişim Tarihi 14.6.2024.

Weber R, ‘Art 253-274’ Honsell.Vogt.Wiegand (edr), Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR (5. Auflage, Helbing 2011).

Yavuz C, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) (18. Baskı, Beta 2022).

Yeniocak U, Kira Bedelinin Belirlenmesi Kira Tespit ve Uyarılma Davaları Arabuluculuk Uygulaması ile Beraber (3. Baskı, Seçkin 2023).

Zevkiler A ve Gökyayla E, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (21. Bası, Vedat 2021).

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE ARABULUCULUK SÜRECİ VE ANLAŞMA BELGESİNİN İCRA EDİLMESİ

*Mediation Process in Dissolution of Partnership and Execution
of The Agreement Document*

Süleyman TOPAK*

Özet

7445 sayılı Kanun ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) eklenen 18/B maddesi uyarınca taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesiyle ilgili uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuk kapsamında çözüme kavuşmaya da elverişlidir. Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemi, tarafların kendi çözümlerini bulması ve uzun süren yargılamalar ile yargılama masraflarına katlanmaktan uzaklaşmak gibi yönleriyle avantajlar sağlamaktadır. HUAK m.18/B uyarınca ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde bir anlaşma belgesi düzenlenmelidir. Bu belgede uyuşmazlık taşınmazla ilgili ise kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmelidir. Ayrıca ortaklığın giderilmesine ilişkin düzenlenen anlaşma belgesinin hüküm doğurması için sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur. Uygulamada, ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin icra edilebilirlik şerhi taşıyan anlaşma belgelerinin gereğinin yerine getirilmesine ilişkin taleplerin, sulh hukuk mahkemesi satış memurlukları tarafından bu belgenin mahkeme kararı olmadığı ileri sürülerek icra edilmediğine şahit olunmaktadır. Yine resmi sicile kayıtlı taşınır ve taşınmaz üzerindeki ortaklığın arabuluculuk yoluyla giderilmesi ve anlaşmanın malik değişikliğine ilişkin olması halinde icra edilebilirlik şerhi taşıyan anlaşma belgelerinin mahkeme kararı olmadığı ileri sürülerek resmi sicile icra edilmediği görülmektedir. Bu çalışmada taşınır ve taşınmazlar üzerindeki ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözüme kavuşma süreci ve süreç neticesinde düzenlenecek anlaşma belgesinin nasıl icra edilmesi gerektiğinin belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede, uygulamada ortaya çıkan sorunların kaynağı tespit edilmeye çalışılmış ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ortaklığın giderilmesi, arabuluculuk, anlaşma belgesi, icra edilebilirlik, tescil.

Abstract

Pursuant to Article 18/B added to the Law on Mediation in Civil Disputes (HUAK) with the Law No. 7445, applying for mediation before filing a lawsuit in disputes related to the division of movable and immovable property and dissolution of partnership is regulated as a condition of litigation. Disputes regarding the dissolution of partnership are also suitable to be resolved within the scope of voluntary mediation. The mediation method in disputes regarding the dissolution

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.09.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, suleymantopak@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6956-8265>



of the partnership provides advantages in terms of the parties finding their own solutions and avoiding protracted proceedings and the costs of the proceedings. Pursuant to Article 18/B of the CLC, if the parties agree at the end of the mediation process, a settlement document must be issued. In this document, if the dispute is related to immovable property, the limitations, procedures and principles set forth in the laws should be observed. In addition, in order for the document of agreement on the elimination of the partnership to become effective, it is obligatory to obtain a certificate of enforceability from the civil court of peace. In practice, it can be seen that requests for the execution of agreement documents with an enforceable annotation regarding the dissolution of the partnership by sale are not executed by the sales offices of the Civil Court of Peace on the grounds that this document is not a court decision. Again, in cases where the partnership on movable and immovable property registered in the official register is resolved through mediation and the agreement is related to the change of ownership, the agreement documents with an enforceable annotation are not executed in the official register on the grounds that they are not court decisions. The purpose of this study is to determine the procedure for resolving disputes concerning the dissolution of the partnership for movable and immovable property through mediation and how the agreement document issued as a result of the procedure should be executed. Within this framework, an attempt was made to identify the causes of the problems arising in practice and to propose solutions to these problems.

Key Words: Elimination of partnership, mediation, agreement document, enforceability, registration.

GİRİŞ

7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹ kabulüyle birlikte taşınır veya taşınmaz malların paylaşılması ile bu mallar üzerindeki ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Bu değişiklik, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 18/B maddesinin eklenmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir. 7445 sayılı Kanunun 43/1 maddesi gereğince, HUAK²'a eklenen bu madde 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kanun'da yapılan düzenleme gereği taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki paylaşım ve ortaklığın giderilmesinin talep edilmesi halinde öncelikle arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartı (HMK³ m.114/2) olarak öngörülmüştür (HUAK m.18/B-1).

Taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk sadece arabuluculuğa başvuru açısından zorunludur. Yoksa arabuluculuk sürecinin devamı veya süreçten vazgeçme, tarafların anlaşamaması hâlinde yeniden arabuluculuğa başvurma veya dava yoluna gitme hususlarında iradilik ilkesi (HUAK m.3/1) geçerlidir⁴.

7445 sayılı Kanun'un kabulünden önce de HUAK m.2/1'de yer verilen *“tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk*

¹ RG. 05.04.2023/32154.

² Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG. 22.06.2012/28331.

³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG. 04.02.2011/27836.

⁴ Özge Yenice Ceylan, “Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk” (2023) İnÜHFD 14 (2) 512.

uyuşmazlıkları” ifadesi uyarınca ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözüme kavuşturulabileceği kabul edilmekteydi. HUAK m.18/B’ye göre taşınır veya taşınmaz malların paylaşımı ile ortaklığın giderilmesine dair uyuşmazlıklar ilk kez arabuluculuk yoluyla çözümlenebilir kılınmamış; uyuşmazlığın dava öncesi arabuluculukla çözümlenmesi yönünde başvuru zorunluluğu öngörülmesinin yanında tarafların anlaşması halinde düzenlenecek anlaşma belgesine ve bu belgenin icra edilebilirliğine ilişkin belirlemeler yapılmıştır. Ayrıca ortaklığın giderilmesinde arabuluculuğun ihtiyari veya dava şartı olmasının süreç sonunda düzenlenen anlaşma belgesi ve bu belgenin icra edilebilirliği açısından herhangi bir farkı bulunmamaktadır.

Anılan düzenleme ile ortaklığın dava haricinde giderilmesine imkân tanınmış süreç sonunda anlaşmaları halinde sulh hukuk mahkemesinin verdiği icra edilebilirlik şerhi ile ilam niteliğini kazanan anlaşma belgesinin icra edilmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmemiştir. Bu durum anlaşma belgesinin uygulanması safhasında sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Kanun koyucunun barışçıl yöntemle ortaklığın giderilmesine dair amacının etkin hale gelmesi bakımından söz konusu sorunların çözüme kavuşturulması elzemdir.

Çalışmamızda öncelikle ortaklığın giderilmesi kurumuna genel hatlarıyla değinilmiştir. Sonrasında ortaklığın giderilmesinde arabuluculuk süreci incelenmiştir. Son olarak ise süreç sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliği ve uygulamada ortaya çıkan sorunların kaynağı tespit edilmeye çalışılmış, mevcut sorunların giderilmesine ilişkin çözüm önerilerine yer verilmiştir.

I. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ

A. Kavram ve Amacı

Mülkiyet hakkı, sahibine eşya üzerinde hukuki sınırlar çerçevesinde kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini veren ve herkese karşı ileri sürülebilen aynı bir haktır (TMK⁵ m. 683). Bu hakkın aynı eşya üzerinde birden fazla kişiye ait olması durumuna birlikte mülkiyet adı verilir⁶.

Ortaklığın giderilmesi en genel tanımıyla paydaşlar yahut ortaklar arasındaki birlikte mülkiyet ilişkisinin bir/birkaç paydaş ya da tüm paydaşlar/ortaklar arasında paylaşma veya satım suretiyle son bulmasıdır⁷. Ortaklık, maliklerin kendi aralarında

⁵ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 08.12.2001/24607.

⁶ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku (23. Baskı, Filiz 2021) 345; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku (6.Baskı, Yetkin 2021) 84-85; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku (10. Baskı, Adalet 2020) 57; Anıl Köroğlu, Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası (On İki Levha 2020) 3; Barbara Graham Siegenthaler, Regina E. Aebi-Müller ve Christoph Müller, Berner Kommentar-Das Eigentum -Art.641-654a (Stämpfli 2022) 220.

⁷ Önder Topal, Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-î Şüyü) Davası (Yetkin 2020) 34; Yenice Ceylan (n 4) 512; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 375; Eren (n 6) 122-123; Ayan (n 6) 112; Köroğlu (n 6) 3; Siegenthaler, Aebi-Müller



anlaşmaları suretiyle sona erebileceği gibi ortaklığın dava yoluyla sona ermesi de mümkündür⁸. Bu davanın eski adı izale-i şüyu olup, bu dava sonucunda bireysel mülkiyet ilişkisi kurulur⁹.

TMK m.698-700, paylı mülkiyetin sona ermesine, TMK m.703 ise elbirliği mülkiyetinde ortaklığın giderilmesine ilişkin hükümleri düzenler. Mülkiyetin şekline göre paylaşımın nasıl yapılması gerektiği hususu TMK'daki ilgili düzenlemeler ve başkaca kanunlardaki kısıtlamalar gözetilmek suretiyle belirlenmelidir.

B. Ortaklığın Giderilmesini Talep Edebilecek Kişiler

1. Paydaşlar ve Ortaklar

Ortaklığın giderilmesinde paylaşmayı isteyebilecek kişilerin başında paydaşlar ve ortaklar gelmektedir.

TMK m.698/1'de "*Hukukî bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça, paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir.*" hükmü düzenlenmiştir. Kanuni düzenlemeden de anlaşılacağı üzere paydaşların kural olarak paylaşmayı istemeleri mümkündür. Bu kuralın istisnaları ise paydaşlar arasında bulunan bir hukuki işlem veya malın sürekli bir amaca özgülenmiş olmasıdır. Yine uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunulamaz (TMK m. 698/3). Bu durumlarda paylı mülkiyet ilişkisinin devamı zorunludur. Her bir paydaşın birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirmeyi sağlayabilecek bu hakkı paya ve hukuki niteliği itibarıyla eşyaya bağlı yenilik doğuran bir haktır¹⁰.

TMK m.701'de elbirliği mülkiyeti, "*Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti elbirliği mülkiyettir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.*" şeklinde tanımlanmaktadır. TMK m.703 düzenlemesi gereği elbirliği mülkiyet ilişkisi ise üç durumda sona ermektedir. Bunlar malın devredilmesi, ortaklığı oluşturan topluluğun dağılması ve elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesidir. Elbirliği mülkiyet ilişkisini sona erdirmek üzere dava açılması halinde ise paylaşırma, aksine bir hüküm bulunmadıkça TMK'da yer alan paylı mülkiyet hükümlerine göre gerçekleştirilir (TMK m.703/2).

ve Müller (n 6) 1175; Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Schulthess 2023) 85; Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Kurt, Marc Amstutz ve Roland Frankhauser, ZGB Kommentar (Orell Füssli 2021) 1492.

⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 375; Eren (n 6) 117; Ayan (n 6) 116; Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 92; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 1205; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1494.

⁹ Topal (n 7) 121; Yenice Ceylan (n 4) 512.

¹⁰ Eren (n 6) 118.

2. Bir Mirasçının Payını Devralmış Kişi veya Haczettirmiş Olan Alacaklı

Mirasçılar arasında murisin ölümü neticesi doğrudan murisin malvarlığında elbirliği mülkiyet ilişkisi kurulur. “Miras ortaklığı” olarak da adlandırılan bu elbirliği mülkiyet türü kendiliğinden kurulur¹¹. Mirasçılarının miras bırakandan kalan tüm malvarlığı üzerinde hak ve sorumlulukları vardır. Ancak elbirliği mülkiyet ilişkisinin bir gereği olarak, elbirliği mülkiyet ilişkisi konu mala ilişkin tasarruf yapılabilmesi için tüm mirasçılarının rızası gerekir¹².

TMK m.677 düzenlemesi ile mirasçıya, diğer mirasçılarının rızası olmaksızın tek başına miras payını mirasçılardan birine veya üçüncü bir kişiye devir imkânı tanınmıştır. Zira miras ortaklığında kişisel ilişki yerine mal varlığı birliği ortaklığın oluşumunda esas alınmıştır¹³. Ancak bu devir, mirasın açılmasından sonra paylaşmadan önce yapılmalıdır¹⁴.

Miras payını devralan kişinin başka bir mirasçı olması halinde ortaklığın giderilmesini talep hakkı mevcuttur. Buna karşın miras payını devralan üçüncü kişi ise mirasçı sıfatını kazanamadığından, elbirliği mülkiyetine dahil miras mallarının paylaşmasına katılamayacağı gibi paylaşmayı talep etmesi de mümkün değildir (TMK m.677/2). Ancak bazı hallerde devralanın hakkını korumak için paylaşmayı talep edebileceği veya paylaşmaya katılabileceği öngörülmektedir¹⁵. Bu durumlardan ilki, devreden mirasçının devir sözleşmesinde belli bir süre içinde paylaşma talebinde bulunmayı taahhüt etmesi halidir. Devreden, böyle bir taahhütte bulunmuşsa, devralan devredenden paylaşma talebinde bulunmasını isteyebilir. İkinci durum ise devralana temsil yetkisinin verilmiş olması halidir. Devreden mirasçı, devralana mirasın paylaşılmasını talep etme ve paylaşmaya katılma konusunda temsil yetkisi vermişse devralan temsilci sıfatıyla hareket edebilir¹⁶. Son imkân ise devralanın hâkime başvurarak paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteme hakkıdır (TMK. m. 648). TMK. m. 648'e göre, açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış kişi, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir. Bu talep, mirasın paylaşılmasına karar verilmiş ancak paylaşma henüz tamamlanmadığı durumlarda yapılabilir¹⁷.

Mirasçıya ait olan ortaklık ilişkisini sona erdirmeye hakkı aynı şekilde mirasçının payını haczettiren alacaklıya da tanınmıştır. Mirasın henüz paylaşılmadığı durum-

¹¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 395; Eren (n 6) 133; Ayan (n 6) 139; Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 104; Elif Şen, “Miras Hakkının ve Payının Devri” (2018) TAAD (33) 558.

¹² Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 435.

¹³ Arzu Genç Arıdemir, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi (On İki Levha 2012) 11; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, Miras Hukuku (Seçkin 2014) 616; Şen (n 11) 558.

¹⁴ Şen (n 11) 559.

¹⁵ Şen (n 11) 566.

¹⁶ Şen (n 11) 567.

¹⁷ Şen (n 11) 567.



da mirasçının payının borcundan dolayı haczi mümkündür (İİK¹⁸ m.94)¹⁹. Burada elbirliği mülkiyetine konu şeyin haczi söz konusu değildir. Haczin konusu, paylaşma sonunda borçlu mirasçının payına düşecek olan kısımdır²⁰. Böyle bir durumda mirasçının payını haczettirmiş alacaklının ortaklığın sona erdirilmesini istemesi mümkündür. Usulüne uygun yapılan icra takibi sonucu mirasçının miras payını haczettiren alacaklı, icra mahkemesi tarafından kendisine verilecek yetki (İİK m.121) ile mirasçı yerine geçerek miras ortaklığının giderilmesini talep edebilecektir²¹.

Mirasçının payını haczettiren alacaklıya, ortaklığın giderilmesi amacıyla icra mahkemesi tarafından verilen yetki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 53.maddesi uyarınca dava takip yetkisidir. Dava takip yetkisine sahip alacaklı, ortaklığın giderilmesi davası açmadan önce arabulucuya başvurmak zorundadır²². Dava takip yetkisinin kullanıldığı bu durumda alacaklı arabuluculuk sürecini kendi adına başvuru taraf olarak yürütür²³. Çünkü alacaklı, miras hissesi haczedilen borçlunun ortaklığın giderilmesine ilişkin dava hakkını kanundan kaynaklı kullanma hakkına sahip olduğu için arabuluculuk sürecinde de başvuru taraf borçlu değil alacaklı olacaktır.

3. Kamu İdareleri

Devlet tüzelkişiliğine dahil olan kamu idarelerinin²⁴ (bakanlıklar, belediyeler, il özel idaresi, üniversiteler, Sosyal Güvenlik Kurumu vb.) özel mülkiyete tabi bir

¹⁸ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG. 19.06.1932/2128.

¹⁹ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (2. Baskı, Adalet 2013) 453; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku (9.Baskı, Yetkin 2023) 318; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, İcra ve İflas Hukuku (4. Baskı, Yetkin 2023) 175; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku (7.Baskı, Yetkin 2023) 224; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku (10.Baskı, On İki Levha 2023) 181; İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflas Hukuku (2. Baskı, Seçkin 2023) 161.

²⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 19) 318; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 19) 161; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 19) 175; Jolanta Kren Kostkiewicz, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen (20.Baskı, Orell Füssli 2020) 349; Carl Jaeger, Hans Ulrich Walder, Thomas M. Kull ve Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (4. Baskı, Schulthess 1997) 539.

²¹ Kuru (n 19) 637; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 19) 403; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 19) 287; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 19) 311; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n 19) 241; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 19) 322; Jaeger, Walder, Kull ve Kottmann (n 20) 694; Kostkiewicz (n 20) 415; Öğretide, mirasçının payını haczettiren alacaklının İİK m.121'e göre yetki almak için icra mahkemesine başvurmadan önce, TMK m.648 uyarınca mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını sulh hukuk mahkemesinden istemesinin daha doğru olacağı belirtilmektedir. Zira kayyım, alacaklının veya icra dairesinin vereceği uygun süre içinde rızaya dayalı paylaşımını gerçekleştirmezse o zaman alacaklının haczedilen miras payının paraya çevrilmesini isteyebilmesinin uygun olacağı belirtilmektedir. Kuru (n 19) 637.

²² Buse Dişel, Dava Takip Yetkisi (On İki Levha 2020) 236.

²³ Dişel (n 22) 151.

²⁴ Kamu idarelerinin tam listesi için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=10691&-MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 25.09.2024).

mala ortak olması mümkündür. İşte bu durumda kamu idaresinin ortaklığın giderilmesini talep hakkı mevcuttur.

Tapu sicilinde bazı taşınmazların kaydında “*miktar fazlası hazineye aittir*” şerhinin bulunduğu görülmektedir. Bu ifadenin bulunduğu hallerde, ilgili şerh hazineye mülkiyet hakkı sağlamadığından ve hazinenin paydaş olma durumu olmadığından hazinenin ortaklığın giderilmesi davası açma hakkı yoktur²⁵. Ancak bu şerhin yer aldığı taşınmaza ilişkin ortaklığın giderilmesinin talep edilmesi halinde hazinenin arabuluculuk sürecine taraf olarak dâhil edilmesi zorunludur²⁶. Zira söz konusu şerh, kadastro tespiti sırasında varsa Hazineye ait taşınmazın korunması amacıyla konulmaktadır. Bu şerh kamu hukukuna ilişkin taşınmaz yükü niteliğindedir. Kamu hukukuna ilişkin taşınmaz yükünün tapu kütüğüne tescili gerekli değildir (TMK m.841/1). Taşınmaz maliki değişirse başka bir işleme gerek kalmaksızın yeni malik taşınmaz yükünün yükümlüsü olur (TMK m.849/1). Bu hükümler gereğince önceki tapu kaydında bulunan “*miktar fazlası hazineye aittir*” şerhi yeni malik yönünden de bağlayıcı olur. Kanundan doğan bu taşınmaz yükümlülüğü karşısında TMK.m.1023’de açıklanan tapu kütüğüne güven prensibinden söz edilemez. Bu nedenle de ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk süreci sonunda anlaşma gereği malikin değişmesi halinde yeni malik bu şerh ile bağlı olacağı için hazinenin arabuluculuk sürecine dahil edilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

C. Ortaklığın Giderilmesine Konu Olabilecek Şeyler

Ortaklığın giderilmesine konu olabilecek ve uygulamada da en sık karşılaşılan şey tapuya kayıtlı taşınmazlardır²⁷. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında ise ortaklığın giderilmesine karar verilmesi mümkün değildir²⁸. Ayrıca kamu malı niteliğindeki taşınmazlarda birden fazla idare ortak olsa dahi bu taşınmazlar ortaklığın giderilmesine konu olamazlar²⁹. Yine ortaklığın giderilmesi talep edilen taşınmazda kamulaştırma işlemleri gerçekleştirilerek taşınmazın bir kısmı kamulaştırılmışsa kalan kısmı için ifrazı mümkün ise bu kısmın ortaklığın giderilmesine konu olması mümkündür³⁰.

²⁵ Sevdâ Kaçan Seis, “Türk Medeni Kanunu Kapsamında Ortaklığın Giderilmesi Davaları ve Yargılamaya Yansımaları” (Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2022) 30.

²⁶ Kaçan Seis (n 25) 30.

²⁷ Yenice Ceylan (n 4) 513.

²⁸ Yenice Ceylan (n 4) 513.

²⁹ Erhan Günay, Ortaklığın Giderilmesi Davaları (Seçkin 2023) 21; Yenice Ceylan (n 4) 513.

³⁰ Günay (n 29) 124; Yenice Ceylan (n 4) 513; Aynı hususta bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 22.10.2018, E.2018/1816, K.2018/7007 “*Dava konusu taşınmazda kamulaştırma şerhi bulunduğu takdirde kamulaştırma belgeleri getirilerek kamulaştırma işlemlerinin kesinleşip kesinleşmediği araştırılmalı, kamulaştırma kesinleşmişse kamulaştırılan kısmın ifrazı için davacıya uygun bir süre verilerek taşınmazın kalan kısmının ortaklığının giderilmesine karar verilmesi gerekir. Somut olayda; dava konusu 464 ve 465 parsel sayılı taşınmazların tapu kaydında kamulaştırma şerhi*



Ortaklığın giderilmesi talep edilen taşınmazın arazi olması halinde üzerinde bulunan muhdesatlar³¹, arazinin bütünleyici parçası olduğundan araziden ayrı olarak ortaklığın giderilmesine konu olamazlar³². Mirasa konu tarım arazilerinin de ortaklığın giderilmesine konu olması mümkündür. Ancak bu konuda 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu³³ (TKAKK) hükümlerinin dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır³⁴.

Taşınır mallar da ortaklığın giderilmesine konu olabilir. Buna göre sicile kayıtlı her türlü otomobil, kamyon, tr, iş makinası vb. araçlar ile makina, teçhizat, ev eşyası gibi taşınır ortaklığın giderilmesine konu olabilir. Yine taşınmazın bütünleyici parçası olmayan taşınır da ortaklığın giderilmesine konu olabilirler³⁵.

Markalar da malvarlığı değeri oluşturduğundan ortaklığın giderilmesine konu olabilir³⁶. Devlet tahvili, hisse senedi, kıymetli evrak da ortaklığın giderilmesine konu olabilir³⁷.

D. Ortaklığın Giderilmesi Şekilleri

1. Aynen Paylaşma

Paylı mülkiyet konusu mal, aynen paylaşmaya elverişli ise paydaşlar hisseleri oranında malın paylaşımı yoluna gidebilirler³⁸. Aynen paylaşma, paydaşların oy birliğiyle verecekleri karar ile yapılabilir³⁹. Paydaşlardan biri dahi aynen paylaşma

bulunmaktadır. O halde, çekşmeli 464 ve 465 parsel sayılı taşınmazların tapu kaydında mevcut kamulaştırma şerhi nedeniyle kamulaşturmaya ilişkin belgelerin getirilerek kamulaştırma işlemlerinin kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması, kamulaştırma kesinleşmişse kamulaştırılan kısmın ifrazı için davacı tarafa uygun bir süre verilmesi ve taşınmazın kalan kısmının ortaklığının giderilmesine karar verilmesi gerekirken, mahkemece bu hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.” www.mevzuat.sinerjias.com.tr (Erişim Tarihi: 25.09.2024).

³¹ Muhdesat, arazi üzerinde kalıcı olmak amacıyla yapılan yapı veya dikilen bitkilerdir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Mehmet Akçaal, “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat” (2022) TAAD (51) 78 vd.

³² Yenice Ceylan (n 4) 513.

³³ RG. 19.07.2005/25880.

³⁴ 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, ülkemizdeki tarım toprakları üzerindeki tarımsal eşya, tarımsal miras, tarımsal kira hukukuna ilişkin hukuki ilişkileri düzenlemek amacıyla kabul edilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Fikret Eren ve Veysel Başpınar, Toprak Hukuku (Yetkin 2014) 2 vd.

³⁵ Yenice Ceylan (n 4) 514.

³⁶ Şakir Balcı, Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları (Seçkin 2012), 129; Şamil Demir, “Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk” (2016) ABD (1) 493; Yenice Ceylan (n 4) 514.

³⁷ Demir (n 36) 493; Yenice Ceylan (n 4) 514.

³⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 387; Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 115; Arnet, Breitschmid ve Jungo, (n 7) 92; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 1205; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1494.

³⁹ Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 113; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 1206.

karşı çıkarsa anlaşma sağlanmış olmaz⁴⁰. Paydaşların üzerinde oybirliği ile anlaştığı ve sadece paydaşlar arasında hüküm ve sonuç doğuran bu sözleşmeye “paylaşma/ taksim” sözleşmesi denir⁴¹.

Paydaşların aynen paylaşmaya karar verebilmesi için paylı malın niteliği itibariyle bölünmeye elverişli olması⁴² ve değerinde önemli bir azalmanın olmaması gerekir⁴³. Aksi takdirde mal satılarak bedelinin paydaşlar arasında bölüşülmesi suretiyle ortaklık giderilir⁴⁴. Aynen paylaşımın mümkün olması halinde ise her paydaşa özgülenecek kısım paylaşma sözleşmesinde açıkça belirtilip tayin edilmelidir⁴⁵.

Elbirliği mülkiyeti, ortakların oy birliğiyle anlaşmaları veya mahkeme kararıyla paylı mülkiyete dönüştürülerek sonlandırılabilir (TMK m.703/1). Mirasçılar ise ortaklığın aynen paylaşma yoluyla sonlandırılmasına ancak birlikte kadar verebilirler⁴⁶.

Paylı mülkiyette paydaşlar, elbirliği mülkiyetinde ortaklar, paylaşma ve paylaşmanın şekli hususlarında anlaşamazlarsa paydaşlardan veya ortaklardan birinin talebi üzerine malın, hâkim tarafından aynen paylaşılmasına karar verilir⁴⁷. Ancak bu durumda da malın aynen paylaşımına fiilen ve hukuken uygun olması gerekir⁴⁸. Aynen paylaşmada hâkim, paydaşlardan bazılarını yalnız para, bazılarını ise malın belli bir parçasının özgülmesi doğrultusunda bir karar veremez⁴⁹.

2. Satış Yoluyla Paylaşma

Ortaklığın giderilmesinde esas olan, ortaklığın aynen paylaşılması yoluyla giderilmesidir (TMK m.699/2). Fakat tarafların tamamı aynen paylaşmayı isteseler

⁴⁰ Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 113.

⁴¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 386, 387; Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 115; Yenice Ceylan (n 4) 514.

⁴² Malın bölünmeye elverişliliği cinsi veya cismine göre belirlenir. Örneğin, buğday, arpa, üzüm, pamuk gibi tüketim malları veya para, hisse senedi aynen paylaşımına uygundur. Aynen paylaşımın mümkün olması için malın paylaşımında hukuki bir kısıtlamanın da bulunmaması gerekir. Örneğin, tarım arazileri asgari büyüklük olarak belirlenmiş ve bu arazilere bölünemez eşya vasfı kazandırılmıştır (TKAKK m.8). TKAKK m.8/B gereğince tarım arazilerinde ifraz, hisselendirme, pay temlik, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi, elbirliği mülkiyetinin devri, paylı mülkiyet olarak intikal, taksim ve vasıf değişikliği işlemlerinin doğrudan paydaşlar tarafından değil ancak Bakanlık izni ile yapılabilmesi öngörülmüştür. Miras yolu ile kalan taşınmazlar bakımından yine arazilerin Kanun’da belirlenen asgari büyüklük altında bölünememesi kuralı geçerli olup taşınmazın ya ehil mirasçıya devri ya da Bakanlığın izni veya Kanun’daki prosedür doğrultusunda satışı yoluna gidilmektedir (TKAKK m.8/B, m.8/C).

⁴³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 389; Eren (n 6) 123, 124; Yenice Ceylan, (n 4) 515; Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 95; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1495.

⁴⁴ Eren (n 6) 124.

⁴⁵ Eren (n 6) 124; Ayan (n 6) 115.

⁴⁶ Yenice Ceylan (n 4) 514.

⁴⁷ Eren (n 6) 126; Ayan (n 6) 123; Yenice Ceylan (n 4) 514.

⁴⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 389; Eren (n 6) 123, 124; Yenice Ceylan (n 4) 515; Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 95 Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1495.

⁴⁹ Eren (n 6) 127; Ayan (n 6) 124; Yenice Ceylan (n 4) 515.

dahi kanunlardan kaynaklı bir kısıtlama veya malın değerindeki önemli azalış gibi nedenlerle aynen paylaşma mümkün olmayabilir. Bu durumda taraflar arasındaki ortaklık, malın satılması neticesi nakden paylaşma ile mümkün olur⁵⁰.

Paydaşlar satış suretiyle paylaşma yolunu istemişlerse, paylı mülkiyete konu eşya, pazarlık suretiyle veya artırma yoluyla paraya çevrilerek satış bedeli paydaşlar arasında dağıtılır. Artırma yalnızca paydaşlar arasında veya herkese açık artırma şeklinde yapılabilir⁵¹. Satışın sadece paydaşlar arasında artırmayla yapılabilmesi için bu konuda tüm paydaşların rızası olmalıdır (TMK m.699/3). Paydaşlar tarafından malın açık artırmayla satışına karar verildiği durumda ise bu satış İİK hükümlerine göre gerçekleşir (HMK m.322/2). Satış bedeli paydaşlara payları oranında dağıtılır⁵². Aynı zamanda ortak malın, paydaş veya ortaklardan biri tarafından diğerlerine kabul edilen değerinin ödenmesi karşılığında özgülenmesi de mümkündür⁵³.

II. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE ARABULUCULUK

A. Genel Olarak

Arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlıklarının çözümünü sağlamak amacıyla gönüllü, etkili, tarafsız ve ehil bir arabulucu katkısı ile yürütülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁵⁴. HUAK m.2’de arabuluculuk, “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması 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 şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 389; Eren (n 6) 124; Ayan (n 6) 115; Yenice Ceylan (n 4) 516.

⁵¹ Topal (n 7) 69; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 389; Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 116; Yenice Ceylan (n 4) 516.

⁵² Yenice Ceylan (n 4) 516.

⁵³ Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 93; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 211; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1494.

⁵⁴ Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk (2. Baskı, On İki Levha 2019) 17; Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Cilt 1) (4. Baskı, Yetkin 2016) 591,592; Mnotho Thamsanqa Ngcobo, “Navigating the emotional landscape of mediation: An exploration of the role of emotions in conflict resolution and the strategies for effective management” (2024) Conflict Resolution Quarterly (41) 328; Jonas Fischer ve Anne Mirjam Schneuwly, ADR-Alternative Dispute Solution (Dike 2021) 222; Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen ve Martin Sarbach, ZPO Kommentar (Orell Füssli 2023) 616; Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler ve Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Schulthess Juristische Medien 2016) 1545; James Thomas Peter, Gerichtsnaher Mediation-Kommentar zur Mediation in der ZPO (Staempfli 2011) 59; Karl Spühler, Schweizerische Zivilprozessordnung (Schulthess Juristische Medien AG, 2023) 578.

Arabuluculuğa başvurma, süreci devam ettirme, sona erdirme, anlaşma içeriğinin belirlenmesi konularında tarafların özgür iradesi söz konusudur⁵⁵. Ancak bazı konulardaki uyuşmazlıkların çözüme kavuşmasının kolaylaştırılması adına kanun koyucu tarafından kişilerin dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurmalarının zorunlu olduğu kabul edilmiştir⁵⁶. Zira mahkemede birinin haklı diğerinin haksız olduğunu tartışmak isteyen tarafların aksine arabuluculuğa giden taraflar en azından bunun doğru ya da yanlışla ilgili olmadığını düşünerek uzlaşmak ve birlikte çözüm bulmak için bir fikirle gelirler⁵⁷. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'ndeki zorunlu arabuluculuk deneyimi, başlangıçta arabuluculuğa direnen tarafların bile sonuçtan memnun olduğunu göstermiştir⁵⁸. Arabuluculuk, tarafların koşullar nedeniyle iletişim halinde kalmaları gerektiği durumlarda zorunluluk arz edebileceği gibi örneğin, aile hukuku alanındaki anlaşmazlıklarda, komşuluk hukuku alanındaki anlaşmazlıklarda, akrabalık bağına zarar verebilecek anlaşmazlıkların çözümünde etkin bir rol oynar⁵⁹. Dolayısıyla bazı uyuşmazlıklarda her ne kadar dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunlu kabul edilmiş olsa dahi süreçte anlaşma ya da anlaşmama ile süreci devam veya sona erdirme özgürlüğü tamamen uyuşmazlığın taraflarındadır (HUAK m.3/1).

7445 sayılı Kanun'un kabulüyle birlikte taşınır veya taşınmaz malların paylaşılması ile bu mallar üzerindeki ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla 01.09.2023 tarihinden sonra açılması düşünülen ortaklığın giderilmesi davaları öncesi arabuluculuk yoluna başvuru zorunlu hale gelmiş ve bu başvuru dava şartı olarak öngörülmüştür (HUAK m.18/B-1,b; HMK m.114/2).

B. Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuğun Yararlı ve Sakıncalı Yönlerinin Belirlenmesi

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemiyle çözümü, tarafları ekonomik yönüyle avantajlı konuma getirebilir. Ayrıca uyuşmazlık ara-

⁵⁵ Özbek (n 54) 593; Ngcobo (n 54) 328; Peter (n 54) 64; Spühler (n 54) 578.

⁵⁶ Türk hukukunda olduğu gibi diğer hukuk sistemlerinde de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bazı uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunlu kılınmıştır. İsviçre'de mahkeme dışı dostane uyuşmazlık çözüm yollarının amacı mahkemelerin iş yükünü ve tarafların üstleneceği masrafları azaltma gayesi taşıdığından, mahkeme nezdinde dava aşamasına geçilmeden önce uyuşmazlık çözüm sürecine veya arabuluculuğa başvurulması gerekli kılınmıştır. Peter (n 54) 57-58; Fischer ve Miriam (n 54) 222; Gehri, Jent-Sørensen ve Sarbach (n 54) 616; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger (n 54) 1545. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Kanun (EGZPO) Art. 15a, gereği ilk derece mahkemelerinde belli bazı uyuşmazlık türlerinde dava yoluna başvurulmadan önce ilgili uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu kılınabileceği düzenlenmiştir. Michael Stöber, "Das Obligatorische Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO" (2014) Juristische Arbeitsblätter (8) 607.

⁵⁷ Sutter Somm, Hasenböhler ve Leuenberger (n 54) 1545; Peter (n 54) 57.

⁵⁸ Fischer ve Schneuwly (n 54) 217; Sutter Somm, Hasenböhler ve Leuenberger (n 54) 1548. İsviçre'de arabuluculuğun köklerinin İsviçre hukuk geleneğine dayanmaması ve "sulh yargısının" sıkı şekle bağlı olması nedeniyle kendini kabul ettirmesinin yavaş olduğu belirtilmektedir. Spühler (n 54) 578.

⁵⁹ Gehri, Jent-Sørensen ve Sarbach (n 54) 618.



buluculuk yönteminde mahkeme sürecine nazaran daha masrafsız ve hızlı çözüme kavuşabilir⁶⁰.

Miras ortaklığından doğan elbirliği mülkiyetine konu terekenin paylaşılma şekli çoğunlukla mirasçılar arasında sancılı bir sürece mahkûm olabilmektedir⁶¹. Bu durumda çözüm, taraflara eşit mesafede olan bağımsız bir arabulucu vasıtasıyla ortaya konularak gerçekleştirilebilir⁶². HUAK'taki düzenlemeler gereği hukukumuzda kolaylaştırıcı arabuluculuk yöntemi geçerlidir⁶³. HUAK m.17/B ve HUAK m.18/B'de "taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esasların gözetilmesi" suretiyle tarafların anlaşma sağlanması gerektiği yükümlülüğü de gözetildiğinde uyuşmazlığın çözüme kavuşma olasılığı yüksek olacaktır. Yine elbirliği mülkiyetine konu malların manevi değerinin yüksek görüldüğü ihtimallerde ortaklığın satış suretiyle giderilmesi yerine tarafların anlaşması ile aile içinde kalması sağlanabilir⁶⁴.

Ortaklığın giderilmesinde arabuluculuk, dava sürecinde başka dava açılmasına gerek kalmaksızın bir kısım çekişmeli durumların ortadan kaldırılmasına da imkân sağlayacaktır. Örneğin, ortaklığa konu arazi üzerine tek katlı bir ev inşa eden ortağın bu evin mülkiyetinin kendine ait olduğunun tespiti için ayrı bir dava açmasına gerek kalmaksızın diğer ortaklar tarafından kabulü mümkün olabilir. Yine mirasa konu taşınmazın tarım arazisi olması halinde halihazırda tarımla uğraşan ehil mirasçı ya da mirasçılara taşınmazın devrinin sağlanması kolay bir hal alabilir⁶⁵.

Ortaklığın giderilmesinde arabuluculuk sürecinin birtakım sakıncaları da bulunmaktadır. Zira taraf sayısının çokluğu veya eski tapu kayıtlarında soy isim ve kimlik bilgileri bulunmadığı için hak sahiplerinin belirlenememesi veya yurt dışında yaşayan paydaş/ortak nedeniyle iletişim sorunları ve taraf teşkilinin sağlanamaması durumları gösterilebilir⁶⁶. Yine taraf çokluğu nedeniyle zorunlu arabuluculuk sürecinin Kanun'da belirlenen süre dahilinde (en çok dört hafta, HUAK m.18/A-9) bitirilememesi durumu da sürecin sakıncalarından biridir.

⁶⁰ Yenice Ceylan (n 4) 520.

⁶¹ Demir (n 36) 491,492; Yenice Ceylan (n 4) 520.

⁶² Yenice Ceylan (n 4) 520.

⁶³ Adem Albayrak, "Türk Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk", içinde Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018), ed. Ersin Erdoğan, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2019) 209.

⁶⁴ Demir (n 36) 492; Yenice Ceylan (n 4) 521.

⁶⁵ Uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere mirasa konu tarım arazilerinin birçoğu mirasçıların şehirlerde yaşaması ve çiftçilikle alakalarının olmaması sebebiyle boş durmaktadır. Oysa TKAKK m.8/C uyarınca mirasa konu tarım arazisinde mülkiyetin devrinde öncelik tarım yapabilecek ehil mirasçılarıdır. Bu hususla ilgili detaylı bilgi için bkz. Eren ve Başpınar (n 34) 179.

⁶⁶ Demir (n 36) 492; Yenice Ceylan (n 4) 520.

C. Ortaklığın Giderilmesinde Arabulucunun Dikkat Etmesi Gereken Hususlar

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda gerek elbirliği mülkiyetinde gerekse paylı mülkiyette dava şartı veya ihtiyari arabuluculuğa başvuru yapıldığında arabulucu, paydaş veya ortakların tamamının sürece dâhil olmasına özen göstermelidir⁶⁷. Başka bir deyişle taraflar arasında mecburi dava arkadaşılığının olduğu durumlarda, arabulucu, tüm tarafların sürece dâhil olmasına özen göstermelidir. Zira tarafların birlikte hareket etmelerinin zorunlu olduğu durumlarda tek bir paydaş veya ortağın anlaşmaması veya sürece dahil olmaması halinde uyuşmazlığın çözüme kavuşması mümkün değildir.

Taraf sayısının çok olması veya taraflardan bir kısmının yurt dışında yaşıyor olması nedeniyle arabulucunun tarafların tamamına ulaşması sorun olabilir. Dava şartı arabuluculuk kapsamında yapılan başvuruda arabulucunun ulaşamadığı taraf varsa ve bu sebeple arabuluculuk sürecinin Kanun'da belirlenen azami sürede sona erdirilmesi mümkün görünmüyor ise taraflara ulaşılamaması sebebiyle görüşme yapılamadan anlaşmama şeklinde başvuru kapatılmalıdır.

Arabulucu, iletişim bilgilerindeki eksiklik sebebiyle tam taraf teşkilini sağlayamamış ve dava şartı arabuluculuk süresi dolmuşsa dosyayı kapatırken, taraflara dosyayı süre nedeniyle kapatmak zorunda kaldığını fakat tarafların isterlerse sürece ihtiyari devam edebileceklerini hatırlatmalıdır⁶⁸.

Arabulucu, hazırlık aşamasında başvurucudan tapu kayıtlarını sunmasını isteyebilir. Yine başvuru dilekçesinde belirtilen taraflara ait bulunmayan adres ve telefon bilgilerini adliye arabuluculuk bürosundan veya başvurucu taraftan talep edebilir. Taraflardan ölü olduğu tespit edilen kişilerin mirasçılarının tespiti için bu kişilere ait nüfus kayıtlarını ve iletişim bilgilerini adliye arabuluculuk bürosundan temin edebilir.

İntikalleri henüz yapılmamış taşınmazlarda mirasçı sıfatına sahip çok sayıda taraf bulunabilmektedir. Bu kişilerin tamamının arabuluculuk sürecine dahil edilmesi zorunludur. Ancak sayıları bazen yüzlerce kişiye ulaşan tarafların tamamına arabulucunun davet mektubu göndermesi ekonomik bakımdan ciddi bir yük oluşturmaktadır. Arabuluculuğun ihtiyari veya zorunlu olma ayrımı bulunmaksızın HUAK m.7/1'de düzenlendiği üzere arabulucunun başvurucu taraftan bu masrafları avans mahiyetinde ve sürecin hazırlık aşamasında talep etme yetkisi olduğu unutulmamalıdır.

Taraflar, görüşmeler esnasında uyuşmazlık konusu malın niteliği ve değerine ilişkin tespit yapmak isterlerse uzmanlardan rapor alabilir, arabuluculuk görüşmelerinde bu raporu dikkate alabilirler⁶⁹. Arabulucunun bedele ilişkin herhangi bir müdahale yetkisi bulunmayıp tarafların ortaklığın giderilmesini talep ettiği bedel üzerinden anlaşma belgesini düzenlemelidir.

⁶⁷ Demir (n 36) 494; Yenice Ceylan (n 4) 521.

⁶⁸ Yenice Ceylan (n 4) 521.

⁶⁹ Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler" (2020) TBB (147) 129; Yenice Ceylan (n 4) 521.



Paylı mülkiyette paydaşlar payları üzerinde tasarruf edebildikleri için arabuluculuk sürecinde pay devrine yönelik anlaşma yapabilirler⁷⁰. Bunun dışında anlaşma, paylı veya elbirliğiyle mülkiyeti sona erdirecek şekilde aynen veya hisse devri karşılığı paylaşmaya yönelik olabilir. Dolayısıyla arabuluculuk süreci içerisinde tapu kayıtlarında olası bir devir nedeniyle değişiklik meydana gelebilir⁷¹. Bu durumda doğabilecek hak kayıplarını önlemek amacıyla taraflar, maliklerin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına dair şerhin verilmesi hususunda anlaşabilirler (HUAK m.17/B-2). Tarafların bu doğrultudaki anlaşmasının hüküm doğurabilmesi için tarafların talebini arabulucunun tutanakla kayıt altına alması ve arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilmesi gerekir (HUAK m.17/B-2).

D. Arabuluculuk Ücreti

Arabulucu, ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk faaliyeti karşılığında ücret talebinde bulunabilir. Arabulucu ücreti prensip olarak arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine⁷² (Arb.AÜT) göre belirlenir⁷³.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaması halinde arabulucunun ücreti, yürürlükte olan Tarife uyarınca belirlenen maktu ücret olacaktır (Arb.AÜT m.7/3). Tarafların süreç sonunda anlaşmaya varmaları halinde ise ücret, Tarifenin ikinci kısmına göre ve anlaşma konusu taşınır veya taşınmaz eşyanın bedeli esas alınmak suretiyle nispi olarak hesaplanır (Arb. AÜT m.7/6)⁷⁴.

III. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE DÜZENLENEN ARABULUCU ANLAŞMA BELGESİNİN İCRASI

A. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varmaları ve bu durumda anlaşma belgesi düzenlemeleri mümkündür (HUAK m.18/1). Kanun'da tarafların anlaşmaya varmaları halinde anlaşılan hususları yazılı hale getirmeleri kural

⁷⁰ Yenice Ceylan (n 4) 521.

⁷¹ Nesibe Kurt Konca ve Emel Badur, “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi” (2023) TAAD (56) 542; Yenice Ceylan (n 4) 521.

⁷² Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi her yıl Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır. 2024 yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. RG. 29.12.2023/32414.

⁷³ Yenice Ceylan (n 4) 524.

⁷⁴ 2024 yılı Arb.AÜT m.7/6'da ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanması halinde, arabuluculuk ücretinin bu Tarifenin eki olan ikinci kısmına göre nispi hesaplama ile belirleneceği ve bu ücretin her halükârda 6.000,00 TL'den az olamayacağı düzenlenmiştir.

olarak zorunlu kabul edilmemiştir⁷⁵. Ancak ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılması halinde sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin alınması zorunlu olduğu için yazılı bir anlaşma belgesinin düzenlenmesi de zorunlu hale gelmiştir (HUAK m.18/B, f.3). Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere anlaşılan hususların ve taraf yükümlülüklerin tespiti ve ileride çıkabilecek uyuşmazlıklara mahal vermemek adına arabuluculuğa tâbi tüm uyuşmazlıklarda olduğu gibi ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesinin de açık, anlaşılır ve uygulamaya elverişli yazılı bir metin haline getirilmesi uygun olacaktır⁷⁶.

Arbuluculuk anlaşma belgesinin tanımına Kanun'da yer verilmemiştir. Söz konusu belge HUAK m.18 hükmünden yola çıkılarak arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların uzlaşma sağladıkları hususların yazılı hale getirildiği ve taraflar (yasal ve iradi temsilcileri) ile arabulucunun birlikte imzalarını taşımasıyla tamam olan bir sözleşme olarak tanımlanabilir⁷⁷. Öğretideki başka bir tanım ise bu metni arabuluculuğun başarıyla sona ermesi halinde düzenlenen ve tarafların aralarındaki uyuşmazlığı arabulucu nezdinde sulh ile sonlandırmalarına ilişkin belge olarak tanımlamaktadır⁷⁸.

Arbuluculuk anlaşma belgesinin hukukî niteliği ile ilgili olarak öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre arabuluculuk anlaşma belgesi, her ne kadar kanunda yer almış olsa da unsurlarıyla detaylı bir şekilde düzenlenmiş olmadığından isimsiz bir sözleşmedir⁷⁹. Başka bir görüşe göre arabuluculuk anlaşma belgesi, sözleşme serbestisi çerçevesinde ve maddî hukuk hükümleri içermesi sebebiyle kendine özgü (sui generis) borçlar hukuku sözleşmesi niteliğine sahiptir⁸⁰. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise arabuluculuk anlaşma belgesi, sulh sözleşmesi niteliğindedir⁸¹.

Arbuluculuk kurumunun temelinde tarafların hür iradeleri ile uyuşmazlığı sulh yoluyla çözmek amaç edinildiği için kanımızca süreç sonunda varılan anlaşma sulh

⁷⁵ Melis Taşpolat Tuğsavul, "Arbuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği" (2019) GÜHFD (1) 344; Kurt Konca ve Badur (n 71) 542.

⁷⁶ Muhammet Özekes, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (15. Bası, On İki Levha 2017) 2844; Taşpolat Tuğsavul (n 75) 344; Sarah J.K. Rauber ve Nicola E. Togni, "Deal Mediation" (2020) Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (282) 286.

⁷⁷ Ferhat Yıldırım, Arbuluculuk ve Ombudsmanlık (Seçkin 2019) 138; Çiğdem Yazıcı Tırtık, Arbuluculukta Gizliliğin Korunması (On İki Levha 2013) 60; Emel Badur, "Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" (2021) UMD (18) 53; Ferhat Büyükkay, Arbuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi (Adalet 2018) 108.

⁷⁸ Ahmet M. Kılıçoğlu, Arbuluculuk Sözleşmeleri (Turhan 2020) 87.

⁷⁹ Badur (n 77) 58.

⁸⁰ Mine Akkan, "Arbuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları" (2018) DEÜHFD 20 (2) 16; Emre Kıyak, "Arbuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği" (2015) TAAD (21) 541.

⁸¹ Kılıçoğlu (n 78) 89; Arbuluculukta tarafların anlaşmasının hukuki niteliğinin sulh benzeri sözleşme olduğu yönündeki görüş için bkz. Taşpolat Tuğsavul (n 75) 346 vd.



sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Öğretide, arabuluculuk süreci sonunda meydana gelen anlaşmanın sulh sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğine gerekçe olarak bu anlaşmanın maddi hukuka ilişkin hükümler içermesi gösterilmektedir⁸². Ancak usul hukukuna bakan yönüyle sulh kurumu, her ne kadar HMK’de mahkeme içi sulh olarak düzenlenmişse de uyuşmazlığı sona erdiren sulh sözleşmesinin içeriği her halükârda maddi hukuka ilişkindir⁸³. Zira gerek dava içi gerekse dava dışı sulhün mümkün olduğu uyuşmazlıklarda taraflar arasında düzenlenen sözleşme, usul hukukuna değil borçlar hukukuna tâbidir⁸⁴. Alman Medeni Usul Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Kanun (EGZPO) § 15a/2, f.6 uyarınca Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m.794/1’e yapılan atfa göre de arabulucu önünde yapılan anlaşma, sulh sözleşmesi olarak nitelendirilmiş olup sulhe ilişkin hükümlere göre icra edilmektedir⁸⁵.

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmasının hukuki niteliği, tarafların anlaşma hükümlerine uymaması veya aykırı davranması halinde önem arz eder⁸⁶. Nitekim dava yoluyla uyuşmazlığın giderilmesinin talep edilmesi halinde anlaşmanın bağlayıcılığı ve delil değeri, uyulmaması halinde ise icra edilebilirliği söz konusu olmaktadır⁸⁷. Bu açıdan arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmalar maddi hukuka ilişkin sulh sözleşmesi mahiyetinde olmakla⁸⁸ birlikte sulh olunan hususların icra edilebilirliğinin sağlanması gerekir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi taraflar, vekilleri ve arabulucu tarafından birlikte imzalandığında ilâm niteliğinde belge vasfını kazanır (HUAK m.18/4). Ancak kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı hallerde, taraf vekilleri ve arabulucu tarafından imza altına alınan anlaşma belgesi bulunsa dahi bu belgenin ilâm niteliğinde belge vasfı kazanabilmesi için sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin alınması gerekir. Bu zorunluluğun yerine getirilmemesi halinde arabuluculuk anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge özelliği taşımaz. İlâm niteliğinde belge özelliği taşımayan arabuluculuk anlaşma belgesi bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olup sadece taraflar arasında bağlayıcı etkiye sahip olur⁸⁹.

Anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi verilmesi için sulh hukuk mahkemesine yapılacak başvuru üzerine verilecek kararlara karşı ilgilisi tarafından istinaf kanun yoluna başvurulabilir (HUAK m.18/3-3). İcra edilebilirlik şerhi talebi çekişmesiz

⁸² Badur (n 78) 66,67.

⁸³ Kıyak (n 80) 532; Taşpolat Tuğsavul (n 75) 346.

⁸⁴ Taşpolat Tuğsavul (n 75) 346.

⁸⁵ Hans Prütting ve Markus Gehrlein, ZPO Kommentar (Luchterhand 2010) 1658; Taşpolat Tuğsavul (n 75) 346.

⁸⁶ Taşpolat Tuğsavul (n 75) 344,345.

⁸⁷ Taşpolat Tuğsavul (n 75) 345.

⁸⁸ Prütting ve Gehrlein (n 85) 1658.

⁸⁹ Ayşe Karaca Öz, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali” (2023) SHD (11) 1413.

yargı işi olduğundan bu kararın öğrenilmesinden itibaren iki haftalık süre içinde istinaf yoluna başvurulmalıdır⁹⁰. HMK m.362/1-ç hükmü uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz edilemediği için istinaf neticesi icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi hakkında verilen bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz kanun yolu kapalıdır.

Ortaklığın giderilmesi sürecinde yapılan anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi çekişmesiz yargı işi olduğundan bu talep üzerine sulh hukuk mahkemesi tarafından verilen karar şekli anlamda kesinleşse dahi maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir⁹¹. HUAK m.18/5 hükmü uyarınca tarafların anlaştığı hususlarda dava açamayacakları belirtildiği için anlaşma belgeleri, ihtilafları kesin olarak sona erdirme özelliğini haizdir⁹².

B. Aynen Paylaşmaya İlişkin Anlaşma Belgesinin İcra Edilmesi

Paylı veya elbirliği mülkiyeti konusu mal, aynen paylaşmaya elverişli ise paydaşlar/ortaklar hisseleri oranında malın paylaşımı yoluna gidebilirler⁹³. Arabuluculuk sürecinde de tarafların aynen paylaşmaya karar verebilmeleri için uyumsuzluk konusu taşınır veya taşınmaz eşyanın aynen paylaşmaya hukuken ve fiilen elverişli olması gerekir.

1. Taşınır Mallar Bakımından

Taşınır mallar üzerindeki ortaklığın arabuluculuk sürecinde aynen paylaşma suretiyle giderilmesi için bu durumun fiilen ve hukuken mümkün olması gerekir. Örneğin, iki kişinin elbirliği veya paylı mülkiyet hakkına sahip olduğu iki otomobil üzerindeki ortaklık aynen paylaşma yoluyla giderilebilir⁹⁴. Bu halde her bir ortak, üzerinde anlaşıtı otomobilin mülkiyetine tek başına sahip olur, her iki otomobil arasında fiyat farkı varsa nakden denkleştirme yapılabilir⁹⁵. Buna karşın elbirliği veya paylı mülkiyete konu tek bir otomobil var ise bu taşınırın aynen paylaşmaya konu olması mümkün değildir. Ortaklık ancak satış suretiyle giderilir.

Öğretide, taşınır malların aynen paylaşmaya konu olabilmesi için her ortağa/paydaşa aynı türden mal verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁶. Kanımızca bu durum paylaşmanın geçerliliği için gerekli bir şart olarak görülmemelidir. Zira

⁹⁰ Kurt Konca ve Badur (n 71) 556.

⁹¹ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 54) 112; Büyükay (n 77) 280; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 19) 439; Kurt Konca ve Badur (n 71) 557.

⁹² Büyükay (n 78) 279; Kurt Konca ve Badur (n 71) 557.

⁹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 387; Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 115; Armet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 92; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 1205; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1494.

⁹⁴ Yenice Ceylan (n 4) 515.

⁹⁵ Yenice Ceylan (n 4) 515-516.

⁹⁶ Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, İzale-i Şüyü-Ortaklığın Giderilmesi-Paydaşlığın Giderilmesi-Paylaşma Davaları (Seçkin 2022) 386.



farklı türlerde taşınırların bulunması halinde bu taşınırların aynı türden dağıtım olmasa dahi tarafların anlaşması durumunda aynen paylaşma suretiyle giderilmesi mümkün görülmelidir. Örneğin, terekede sadece on adet tablo varsa bu tabloların beş mirasçıya ikişer adet verilmesi suretiyle ortaklığın giderilmesi mümkündür. Ancak belirtilen tablolar haricinde başkaca taşınırların bulunması durumunda ise mirasçılardan ikisinin beşer adet tablo alması, diğer üç mirasçının ise bölünebilir diğer taşınırları almak suretiyle ortaklığın giderilmesi ve bu surette anlaşmanın sağlanması mümkün görülmelidir.

Arabuluculuk sürecinde tarafların, taşınır mallar üzerinde ortaklığın giderilmesi hususunda anlaşması halinde anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden bu belgenin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur (HUAK m.18/B, f.3). İcra edilebilirlik şerhi, anlaşma belgesinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olduğunu gösteren ve kural olarak mahkemenin çekişmesiz yargı incelemesi neticesinde verilen bir belgedir⁹⁷.

Sulh hukuk mahkemesi, icra edilebilirlik şerhi incelemesinde tarafların aynen paylaşmaya ilişkin anlaşmalarının taraflar bakımından uygun olup olmadığını değil, taşınırların aynen paylaşılmasının fiilen ve hukuken mümkün olup olmadığını incelemek suretiyle karar verecektir⁹⁸.

Arabuluculuk anlaşma belgesi onaylandıktan sonra hukuki açıdan bağlayıcı hale gelerek mahkeme kararı gibi icra edilebilir⁹⁹. Taşınırların aynen paylaşılmasına ilişkin anlaşma belgesinin icra edilmesi usulünün net olarak belirlenmesi, uygulamada ortaya çıkacak sorunları da engelleyecektir. Bu yönüyle aynen paylaşmaya konu taşınırların sicile kayıtlı olup olmadıkları bakımından farklı usullerde icra edilmeleri söz konusudur.

Hukuk sistemimizde taşınır mallar kural olarak herhangi bir sicile kaydedilmemektedir. Ancak kanun koyucu bazı motorlu araçlar için bir sicil tutulmasını ve araçların bu sicile tescilini zorunlu kılmıştır (KTK¹⁰⁰ m.19). Sicile kayıtlı bir taşınıra ilişkin icra edilebilirlik şerhi verilmiş olan arabuluculuk anlaşma belgesi her ne kadar mahkeme kararı olmasa dahi ilam niteliğini haiz bir belge olduğundan kanımızca bu belgeye istinaden ilgili sicilde tescilin yapılması gerekir. Örneğin, ortaklığın giderilmesine konu olan iki otomobilin aynen paylaşılmasına karar verildiği anlaşma belgesinde belirlenen hüküm gereği tarafların karşılıklı tescil talepleri noterde¹⁰¹

⁹⁷ Kurt Konca ve Badur (n 71) 550; Yenice Ceylan (n 4) 523.

⁹⁸ Spühler (n 54) 585.

⁹⁹ Spühler (n 54) 586.

¹⁰⁰ Karayolları Trafik Kanunu, Kanun Numarası: 2918, Kabul Tarihi: 13.10.1983, RG. 18.10.1983/18195.

¹⁰¹ KTK m.20/2-d; “Tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, satış ve devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı, vergi cezası ve trafik idari para cezası borcu bulunmadığının tespit edilmesi ve taşıt üzerinde satış ve/veya devri kısıtlayıcı herhangi bir tedbir veya kayıt bulunmaması halinde, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi veya trafik tescil kayıtları esas alınarak noterler tarafından yapılır. Noterler tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir.”

gerçekleştirilmeli ve arabuluculuk anlaşma belgesi bu şekilde icra edilmelidir. Yine ortaklığın giderilmesine konu araçlar iş makinası türünden ise ticaret veya sanayi odalarında; tarım kesiminde kullanılan araçlar ise ziraat odalarında tescil edilmek üzere arabuluculuk anlaşma belgesi icra edilmelidir¹⁰².

Sicile kayıtlı olmayan taşınırлар açısından aynen paylaşmanın icrası, paylaşma konusu malların ilgili tarafa teslimi ile mümkündür. Zira TMK m. 763/1'e göre, taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Dolayısıyla icra edilebilirlik şerhi taşıyan arabuluculuk anlaşma belgesinde aynen paylaşılması kararlaştırılan taşınırларın hak sahiplerine iradi olarak devrinin sağlanması sonucu anlaşma belgesi icra edilmiş olacaktır. Anlaşma belgesi gereği teslim edilmesi gereken taşınır elinde olan tarafın bu teslimine yanaşmaması halinde ise anlaşma belgesinde hak sahibi olacağı kararlaştırılan karşı tarafın, anlaşma belgesinin gereğinin cebri icra marifetiyle yerine getirilmesini talep etmesi mümkündür. Bu durumda arabuluculuk anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi taşıması nedeniyle ilam niteliğinde belge olduğundan (HUAK m.18/2) taşınır teslimine ilişkin ilamların icrası (İİK m.24) yolu ile aynen paylaşmaya konu taşınırın teslimi sağlanabilir¹⁰³. Anlaşma belgesinde belirtilen taşınır malın teslimi zamanında bulunmaması, kaybolması veya kullanılamayacak hale gelmesi durumunda bu alacak, taşınırın bedeli kadar para alacağına dönüşür. Bu durumda takibe bedel üzerinden devam edilir (İİK m.24/4). Borçluya bir icra emri tebliğine gerek olmaksızın alacak haciz yolu ile tahsil edilerek anlaşma belgesinin gereğinin icra edilmesi mümkündür.

Resmi sicile kayıtlı taşınırларla ilişkin aynen paylaşmanın mümkün kılındığı anlaşma belgesinin icra edilebilmesi için tarafların sorumluluklarını iradi olarak yerine getirmeleri kendilerinden beklenen ve sürecin ruhuna uygun olanıdır. Ancak taraflardan birinin sorumluluğunu yerine getirmekten imtina etmesi veya resmi sicilde tescil için başvuruya yanaşmaması halinde anlaşma belgesinin icra edilmesinin hangi yöntemle talep edebileceğinin belirlenmesi önem arz eder.

Resmi sicile kayıtlı taşınırларda ortaklığın aynen paylaşma suretiyle giderilmesi kararlaştırılmış ve bu anlaşma sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmek suretiyle uygun görülmüş ise anlaşma belgesinde imzası bulunan taraflardan her birinin tek başına anlaşma belgesinin gereğinin resmi sicilde icra edilmesini talep hakkına sahip olduğu kanımızca kabul edilmelidir. Fakat uygula-

¹⁰² Araçların Satış, Devir ve Tescil Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmeliğin tescile yetkili kuruluşlar başlıklı 9.maddesi uyarınca "İş makinesi türünden araçların; kamu kuruluşlarına ait olanları ilgili kuruluşlar, özel ve tüzel kişilere ait olanlardan tarım kesiminde kullanılanlar ziraat odaları, tarım kesiminde kullanılanların dışında kalan ve sanayi, bayındırlık ve diğer kesimlerde kullanılanların tescilleri üyesi oldukları ticaret, sanayi veya ticaret ve sanayi odaları; Tarım kesiminde kullanılanlar hariç, UKOME veya il trafik komisyonlarından karar almak şartı ile motorsuz taşıtlardan gerekli görülenlerin tescilleri belediyeler tarafından yapılır, belge ve plakaları verilir."

¹⁰³ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 19) 501; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 19) 415; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 19) 412; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 19) 325; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 19) 454.



mada anlaşma belgesinin mahkeme ilamı olmadığından bahisle yerine getirilmediğine şahit olunmaktadır. Kanımızca bu tutum yanlıştır. Zira ortaklığın giderilmesine konu taşınırlarda ortakların/paydaşların malik olarak bulunduğu ve icra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgesinin mahkeme ilamı hükmünde olduğu da gözetildiğinde resmi sicilde taraflardan birinin yapacağı başvuru ile anlaşma belgesinin gereği yerine getirilebilmelidir. Nitekim taraflar, ortaklığın aynen paylaşımı suretiyle giderilmesi hususunda anlaşmış olduğu için bu sefer ortaklığın giderilmesine ilişkin dava açmaları da mümkün olmayacaktır (HUAK m.18/5).

Taşınırlar bakımından zikrettiğimiz benzer sorun taşınmaz üzerindeki ortaklığın arabuluculuk sürecinde çözüme kavuşması durumunda da söz konusudur. Taraflar, icra edilebilirlik şerhi bulunan anlaşma belgelerinin gereği tescil taleplerini ilgili tapu sicil müdürlüklerine ilettiklerinde tapu müdürlükleri tarafından bu talepler, aynı gerekçe ile reddedilmektedir. 7531 Sayılı Kanun¹⁰⁴ ile HUAK m.17/B ve HUAK m.18/B'ye eklenen, “Anlaşma belgesinin taraflarından biri, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir.” hüküm fıkraları ile bu sorun giderilmiş gibi görünmektedir. Fakat ilgili düzenlemeler sadece taşınmazların devrine ilişkin anlaşma belgelerinin icrası yönünden hüküm ifade etmektedir. Dolayısıyla bu hükümler, resmi sicile kayıtlı taşınırlarda ortaklığın aynen paylaşma suretiyle giderilmesine ilişkin tescil taleplerinde geçerli olmayacaktır. Diğer taraftan Kanun'a eklenen fıkralarda, “... tarafların tapu müdürlüğünden tescil talebinde” bulunulabilecekleri belirtildiği için bu hükmün taşınırlara ilişkin resmi sicillerdeki tescil talepleri bakımından kıyasen uygulanması da mümkün değildir.

Araçların Satış Devir ve Tescil Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde belirtildiği üzere araçların tescili ile araç tescil belgesinin düzenlenmesi işlemleri, araç sahiplerinin, kanuni temsilcilerinin, vekillerinin veya kamu kurum veya kuruluşları ile tüzel kişilerce yetkilendirilen kişilerin başvuruları üzerine noterler veya Emniyet Genel Müdürlüğü trafik tescil kuruluşları tarafından yapılır. Kanımızca bu düzenlemeden yola çıkılarak olması gereken hukuka göre arabulucu anlaşma belgesinde aynen paylaşmaya konu taşınırların resmi sicilde tescilini talep edecek kişi ya da kişilerin taraflarca belirlenmesi ve icra edilebilirlik şerhini veren mahkeme tarafından da bu kişi ya da kişilerin anlaşılan hususların gereğini yerine getirmesi hususunda ayrıca yetkilendirilmesi yönünde yasal düzenleme yapılması ile anlaşma belgelerinin icrasında ortaya çıkan sorunlar bertaraf edilebilecektir. Bunun için de HUAK m.18/B'ye eklenen beşinci fıkranın, taşınırlara ilişkin tescil taleplerini de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi uygun bir çözüm olacaktır.

2. Taşınmazlar Bakımından

HUAK m.18/B hükmü uyarınca taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın arabuluculuk sürecinde aynen paylaşma suretiyle giderilmesi mümkün kılınmıştır. Taşınmazın aynına ilişkin ortaklığın giderilmesine dair uyuşmazlıklarda bütün ortak

¹⁰⁴ RG. 14.11.2024/32722.

veya paydaşların arabuluculuk sürecine katılması ve çözüm üzerinde birlikte anlaşma sağlanması zorunludur¹⁰⁵. Taraf eksikliğine rağmen yapılan anlaşma hükümsüz olduğu gibi sulh hukuk mahkemesi tarafından bu niceliğe sahip olan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi mümkün değildir.

Taşınmaz üzerindeki ortaklığın arabuluculuk sürecinde aynen paylaşmak suretiyle giderilmesinde anlaşma belgesi düzenlenirken taşınmazla ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar, usul ve esasların gözetilmesi gerekir (HUAK m.18/B-2). Bu sorumluluk aslen taraflara ait olmakla birlikte arabulucunun da kanunlarda yer alan sınırlamalar, usul ve esaslar konusunda tarafları aydınlatması ve anlaşma belgesinin olası sınırlama, usul ve esaslara uygun olarak düzenlenmesini sağlaması gerekir¹⁰⁶. Dolayısıyla taşınmaz mallarda aynen paylaşma doğrultusunda anlaşılabilirliği için her taşınmazın niteliği, yüzölçümü, pay ve paydaş sayısı, kamu yararına ilişkin kısıtlamalar¹⁰⁷ ile imar mevzuatına bakılarak paylaşmanın mümkün olup olmadığı mutlaka araştırılmalıdır. Örneğin belediye veya mücavir alan sınırları içinde kalan bir kısım taşınmazlar, imar planında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılan bölgelerde (yol, okul yeri, park alanı, yeşil alan, sit alanı, sağlık hizmetleri alanı vs.) kalabilmektedir¹⁰⁸. Kesinleşmiş imar planında kamu hizmetine ayrılan veya üzerinde kısıtlama olan bu niteliği haiz taşınmazların aynen paylaşılması mümkün değildir. Yine taşınmazlarda ortaklığın aynen paylaşma suretiyle giderilmesine ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenirken tarım arazilerinin veya imarlı arazilerin belirli bir büyüklüğün altında bölünmesini engelleyen emredici kurallara uygun davranılması zorunludur¹⁰⁹. Örneğin TKAKK gereği asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük olamaz. Bu tarım arazileri belirlenen büyüklüklerin altında bölünemez ve hak sahipleri adına tescil edilemez. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir. Ayrıca anlaşma belgesinin icrasında tereddüt oluşturacak hükümlerin bulunmaması ve aynen paylaşmanın taraflar arasında açık ve net şekilde belirlenmesi gerekir. Arabulucunun bu şekilde düzenlenmeyen arabuluculuk anlaşma belgesini imzadan imtina etmesi zorunludur¹¹⁰.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk sürecinde taşınmazın aynen paylaşılmasının mümkün olması ve süreç sonunda meydana gelecek olası bir anlaşmanın

¹⁰⁵ Kurt Konca ve Badur (n 71) 544.

¹⁰⁶ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 54) 97 ; Kurt Konca ve Badur (n 71) 548.

¹⁰⁷ Kurt Konca ve Badur (n 71) 546.

¹⁰⁸ Ruhi ve Ruhi (n 96) 387; Yenice Ceylan (n 4) 515; Mehmet Ali Gölcüklü, "Hukuki El Atma Davaları", ABD (2023) (2) 258.

¹⁰⁹ Kurt Konca ve Badur (n 71) 546,547; Eren ve Başpınar (n 34) 36.

¹¹⁰ Kurt Konca (n 106) 367; Kurt Konca ve Badur (n 71) 548.

sonuçlarının taraflar bakımından hükümsüz kalmasının engellenmesi adına HUAK m.17/B-2 uyarınca tarafların tamamının yazılı olarak kararlaştırması ve arabulucunun bu kararı tutanak altına alması halinde arabulucunun talebi ve arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkilerinin kısıtlandığına ilişkin tapu siciline şerh verilmesi mümkündür.

Anılan şerh, taşınmaz üzerindeki aynı haklarla doğrudan ilintili olmaksızın taşınmazı konu alan hukuki ilişki veya durumları aleniye taşıyan kayıt türü olarak tanımlanabilir¹¹¹. Taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi TMK m.1010'da, geçici tescilin şerhi ise TMK m.1011'de düzenlenmiştir. HUAK'a eklenen 17/B-2. maddesinde kullanılan "...üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilir." ifadesinden de anlaşılacağı üzere; maddede düzenlenen şerh, tasarruf yetkisini kısıtlayan geçici şerh olarak nitelendirilmelidir.¹¹² HUAK'ta arabuluculuk sürecinde konulan şerhin etkisine dair başkaca bir düzenleme yer almamaktadır. Tasarruf yetkisini sınırlandıran bu şerhin etkisi bakımından TMK m.1010/2'de düzenlenme göz önünde tutulmalı ve şerhin konusunu oluşturan kısıtlamaların, taşınmaz üzerinde şerhten sonra kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilme imkanı sağlayacağı belirtilmelidir¹¹³.

Arabuluculuk sürecinde tarafların, taşınmaz mallar üzerinde ortaklığın aynen paylaşmak suretiyle giderilmesi hususunda anlaşması halinde anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden bu belgenin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur (HUAK m.18/B, f.3). Mahkeme anlaşma belgesi üzerinde yapacağı incelemede arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını ve taşınmazla ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığını denetler; gerekli görmesi halinde kurum ve kuruluşlardan bilgi ve belge talep edebilir ve duruşma açabilir (HUAK m.18/B, f.3).

İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesinin ifası, ilgili tapu sicil müdürlüğü nezdinde gerçekleşir. Çünkü taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, ancak tapu siciline tescille mümkündür (TMK m.705/1).

Tapu sicil müdürlükleri tarafından aynen paylaşmaya ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerinin mahkeme tarafından verilmiş bir karar olmadığı sebep gösterilerek icrasının sağlanmadığı durumlarla karşılaşmaktadır. Tapu sicil müdürlüklerinin bu tavrı yanlıştır. Zira taşınmaz üzerinde aynı hakkın kazanılabilmesi için tescil talebinin sebebe bağlılık ilkesi gereğince geçerli bir hukuki işleme dayanması

¹¹¹ Mehmet Akçaal, Eşya Hukuku (Yetkin Yayınları, 2021) 279; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/I (Seçkin Yayıncılık, 2021) 679; Murat Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi (Seçkin Yayınları, 2004) 12; Kübra Ercoşkun Şenol, "Geçici Tescil Şerhi," (2018) 6 UMD 377; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 7) 242; Emel Badur ve Nesibe Kurt Konca, "Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması", (2023) 72 AÜHFD, 851,852.

¹¹² Doğan (n 111) 12; Ercoşkun Şenol (n 111) 378; Badur ve Kurt Konca (n 111) 852.

¹¹³ Akçaal (n 111) 287; Badur ve Kurt Konca (n 111) 867.

gerekmektedir¹¹⁴. Sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilen taşınmazın aynen paylaşımına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesi, her ne kadar HUAK'da açıkça düzenlenmediği için tescilden önce aynı hakkın kazanımına sebep olacak nitelikte bir mahkeme kararı olmasa dahi tarafların bu belgeye dayanarak aynı hak kazanmak için tapu sicil müdürlüklerinde talepte bulunmasına ve işlem yapmasına imkân verecek mahiyettedir¹¹⁵. HUAK'ın 17/B ve 18/B maddelerine 07.11.2024 tarihinde eklenen fıkralar ile icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra taraflardan birinin başvurusu üzerine anlaşma belgesinin tapu sicil müdürlüğünde icra edilebilmesi imkânı getirilmiştir. Anılan düzenleme gereği icra edilebilirlik şerhi taşıyan anlaşma belgesine, tarafların tescil taleplerine dayanak hukuki bir belge vasfı kazandırılmıştır. Kanun koyucu HUAK m.18/B hükmünü ihdas ederek, taşınmaz mallardaki ortaklığın giderilmesini arabuluculuk süreci ile mümkün kılmış, süreç sonunda düzenlenecek anlaşma belgesinin kanuni düzenleme ve sınırlamalara uygunluğunu da mahkeme denetimine tabi tutmuştur. Mahkemenin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine dair kararı inşai bir karardır¹¹⁶. Bu karar doğrudan aynı hakkın kazanılmasına imkân sağlamasa dahi anlaşma belgesinin gereğinin taraflarca talep edilebilmesine olanak tanımaktadır. Dolayısıyla sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilen arabuluculuk anlaşma belgesinin, ilam niteliğinde belge olarak tapu sicil müdürlüklerinde tescil taleplerinin hukuki dayanağını teşkil etme vasfı taşıdığı göz önünde tutulmalıdır¹¹⁷.

C. Satış Suretiyle Paylaşmaya İlişkin Anlaşma Belgesinin İcra Edilmesi

Taşınır veya taşınmaz mallarda ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk sürecinde tarafların tamamı aynen paylaşmayı isteseler dahi ilgili mevzuattan kaynaklı bir kısıtlama veya malın fiziken bölünmeye uygun olmaması veya değerindeki önemli azalış gibi nedenlerle aynen paylaşma mümkün olmayabilir. Bu durumda taraflar arasındaki ortaklık ancak malın satılması neticesi nakden paylaşma ile mümkün olur¹¹⁸.

Taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın arabuluculuk sürecinde satış suretiyle giderilmesinin mümkün olabilmesi için tüm ortakların/paydaşların bu doğrultuda oybirliği ile karar alması zorunludur. Taşınmazla ilgili ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verildiği durumlarda HUAK m.18/B, f.3 uyarınca arabuluculuk anlaşma belgesinin kanunlarda yer alan sınırlamalar ile ilgili usul ve esaslara uyulmak suretiyle düzenlenmesi gerektiği unutulmamalıdır. Aksi takdirde

¹¹⁴ Ayan (n 6) 178; Eren (n 6) 207; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 409; Kurt Konca ve Badur (n 71) 559.

¹¹⁵ Ayan (n 6) 251; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 409; Kurt Konca ve Badur (n 71) 559.

¹¹⁶ Eren (n 6) 252; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 469; Kurt Konca ve Badur (n 71) 556.

¹¹⁷ Topal (n 7) 422-423; Kurt Konca ve Badur (n 71) 553.

¹¹⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 389; Eren (n 6) 124; Ayan (n 6) 115; Yenice Ceylan (n 4) 516.

anlaşma belgesine sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesi mümkün olmayacaktır. İcra edilebilirlik şerhi verilmeyen arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilmesi söz konusu olamayacağı için taraflar arasında hüküm doğurması da beklenemez.

Arabuluculuk süreci sonunda paydaşların/ortakların taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verdikleri durumda arabuluculuk anlaşma belgesinde tarafların bu doğrultuda anlaşmaya vardıkları açıkça yazılmalıdır. Tarafların, gerçekleşecek satışın açık artırma suretiyle yapılmasını talep etmeleri halinde arabuluculuk anlaşma belgesine “arabuluculuğa konu taşınırın/taşınmazın açık artırma suretiyle satışına karar verildiği” yazılmalıdır. Ayrıca taraflar, TMK m.699/3 hükmü uyarınca satışın kendi aralarında yapılmasına da karar verebilirler. Bu doğrultuda paydaşlar/ortaklar arasında oybirliği ile alınmış bir karar varsa arabuluculuk anlaşma belgesine “arabuluculuğa konu taşınırın/taşınmazın sadece paydaşlar/ortaklar arasında artırma suretiyle satışının gerçekleştirilmesine” karar verildiği yazılmalıdır.

Mirasın henüz paylaşılmadığı bir zaman diliminde mirasçının payının borcundan dolayı haczedilmesi ve haciz alacaklısının icra mahkemesi tarafından kendisine verilecek yetki ile miras ortaklığının giderilmesini talep edebilmesi mümkündür¹¹⁹. Bu durumda yetki belgesi alan alacaklının ortaklığın giderilmesi davası açmadan önce arabuluculuğa başvurması zorunludur. Alacaklının arabuluculuk başvurusunda mahcuz taşınır veya taşınmaz malın satışı suretiyle ortaklığın giderilmesini talep etmesi gerekir. Zira haczin alacaklıya tanıdığı hak, alacağın tahsilini sağlamak adına satış suretiyle paraya çevirme talep hakkıdır.

Ortak malın, paydaş veya ortaklardan biri tarafından diğerlerine kabul edilen değerinin ödenmesi karşılığında özgülenmesi ve devri de mümkündür¹²⁰. Buna göre ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk sürecinde paydaşlardan/ortaklardan biri taşınır veya taşınmaz malın taraflarca kabul edilen bedelini ödemek karşılığında kendisine özgülenmesini veya devrini talep edebilir. Dolayısıyla taraflar arabuluculuk sürecinde bu doğrultuda anlaşma sağlamak suretiyle de ortaklığın giderilmesini sağlayabilirler.

Ortaklığın açık artırma ile satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi halinde taşınır veya taşınmaz eşyanın bedelinin anlaşma belgesinde gösterilmesi zorunlu değildir. Zira arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmasını müteakip satışın sulh hukuk mahkemesi satış memurluğu tarafından icra edilmesi söz konusu olacağı için memurluk tarafından malın satışı öncesinde güncel değeri bilirkişi marifetiyle belirlenir. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgesine açık ar-

¹¹⁹ Kuru (n 19) 637; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 19) 403; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 19) 287; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 19) 311; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n 19) 241; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 19) 322.

¹²⁰ Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 93; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 1211; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1494.

tırma yoluyla satışa konu taşınır veya taşınmaz mal bedelinin yazılmasının pratikte bir faydası bulunmamaktadır.

Uygulamadaki diğer bir sorun, paydaşlar/ortaklar arasında satış suretiyle ortaklığın giderilmesine dair arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi üzerine anılan belge ile satış işlemlerinin yapılması için taraflarca doğrudan sulh hukuk mahkemesi satış memurluğuna başvurulmasının mümkün olup olmadığı hususunda ortaya çıkmaktadır. Konu ile ilgili bir uyuşmazlıkta İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Adalet Bakanlığı'ndan görüş talep edilmiş olup Bakanlığın verdiği 15.02.2024 tarih, 5056 sayılı cevabında; *“Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin gerçekleştirilen arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi veren sulh hukuk mahkemesinin 6100 sayılı Kanununun 322 nci maddesi uyarınca satış için bir memur görevlendirmesi gerektiği, icra edilebilirlik şerhi verilmesi esnasında satış memuru görevlendirilmemiş ise bu eksikliğin her zaman alınabilecek bir ek karar ile giderilebileceği, ilgili sulh hukuk mahkemesi tarafından satış memuru görevlendirmesi yapılmayan hallerde satış için doğrudan satış memurluğuna başvurulmasının mümkün olmadığı”* belirtilmiştir. Görüldüğü üzere ilgili cevapta, mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verildiği esnada HMK m.322/2 hükmü uyarınca satışı gerçekleştirecek satış memurluğunun ayrıca belirtilmesi gerektiği zikredilmiştir. Söz konusu cevap, İstanbul Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığına ve İstanbul sulh hukuk mahkemesi satış memurluğuna bildirilmesi hususunda verilmiş olmakla ilgili tüm mahkemelere şamil olmak üzere hüküm ifade etmemektedir. Uygulamada bu doğrultudaki sorunların satış sürecinde halen devam ettiği görülmektedir.

Arabuluculuk süreci sonunda ortaklığın TMK m.699/3 hükmü uyarınca sadece paydaşlar/ortaklar arasında yapılacak satışı suretiyle giderilmesine karar verildiği durumda ise taşınır veya taşınmaz malın artırmaya esas alınacak bedelinin taraflarca anlaşma belgesinde belirlenmesinin mümkün olup olmadığı konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Kanımızca bu duruma çözüm bulabilmek adına konuya arabuluculuğun temel ilkelerinden olan “kontrolün taraflarda olması” ilkesi nazara alınarak yaklaşmak doğru olacaktır. Zira bu ilke gereği arabuluculuk sürecinde taraflar, emredici hükümlere ve genel ahlak kurallarına aykırı olmamak kaydıyla kendi çözümlerini kendileri üretebilmekte ve yine arabuluculuğun başka bir temel ilkesi olan iradiliğin sağlanması da bu sayede mümkün olmaktadır. Hal böyleyken sadece paydaşlar/ortaklar arasında satışın gerçekleşmesi taraflarca kabul edilmiş ise taşınır veya taşınmazın artırmaya esas olacak bedelinin paydaşlar/ortaklar tarafından kararlaştırılabilmesi ve artırmanın kabul edilen bu bedel üzerinden başlatılması arabuluculuk kurumunun amacı ve yapısı gereği mümkün görülmelidir. Kaldı ki bu kabul, usul ekonomisi ilkesine de (HMK m.30) uygun bir yaklaşım olacak ve taraflar satışı gerçekleştirecek malın sulh hukuk mahkemesi satış memurluğuna yapılacak kıymet takdir masrafından kurtulmuş olacaktır.

SONUÇ

7445 sayılı Kanun ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) eklenen 18/B maddesi uyarınca 01.09.2023 tarihinden itibaren taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesiyle ilgili uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde HUAK m.18/B hükmü uyarınca anlaşma belgesinin düzenlenmesi zorunlu kılınmıştır. Anlaşma belgesinde uyuşmazlık taşınmazla ilgili ise kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar taraflar ve arabulucu tarafından mutlaka gözetilmelidir. Aksi durumda ilgili anlaşma belgesine sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesi söz konusu olmayacağı gibi arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın gereğinin icra edilmesi de mümkün olmayacaktır.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda icra edilebilirlik şerhi verilmiş arabuluculuk anlaşma belgelerinin icra edilmesi konusunda uygulamada halen birtakım sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu olumsuz durumun en belirgin örneği taşınır ve taşınmazlarda aynen paylaşma suretiyle ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerinin resmi sicil müdürlükleri nezdinde icra edilmesi safhalarında yaşanmaktadır. Yine taşınır veya taşınmaz ortaklığının açık artırma suretiyle giderilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda icra edilebilirlik şerhi verilen arabuluculuk anlaşma belgesi ile sulh hukuk satış memurluklarına doğrudan yapılan başvurunun mahkeme tarafından yetkilendirilmediği belirtilerek geri çevrildiği görülmektedir.

7531 sayılı kanun ile HUAK m.18/B'ye eklenen beşinci fıkrada icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra taraflardan birinin başvurusu üzerine taşınmazın aynen paylaşılmasına ilişkin anlaşma belgesinin tapu sicil müdürlüğünde icrasının sağlanabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu fıkra hükmü sadece taşınmaza ilişkin ortaklığın ortak/paydaş veya üçüncü bir kişiye devri suretiyle giderilmesine ilişkin anlaşma belgesinin icrası yönünden geçerlidir. HUAK m.18/B'ye eklenen fıkranın kıyasen taşınırın devir ve tescili bakımından da hüküm ifade etmesi de söz konusu değildir. Dolayısıyla taşınırın aynen paylaşılmasına ilişkin anlaşma belgelerinin resmi sicilde icra edilmesi aşamasında ortaya çıkan sorunları ortadan kaldıracak bir çözüm getirilmemiştir.

Kanımızca ortaklığın giderilmesine ilişkin anlaşma belgelerinin icra edilmesi safhasında çıkabilecek olumsuzlukların tamamını bertaraf etmek adına HUAK 18/B maddesine eklenen beşinci fıkranın; *“Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varması halinde resmi sicil ve makamlara başvuru yapacak ve anlaşılan hususların gereğini talep edecek kişi ya da kişiler taraflarca belirlenerek bu kişi ya da kişilerin kimlik bilgileri anlaşma belgesinde gösterilir. İcra edilebilirlik şerhi talebinin mahkeme tarafından uygun görülmesi halinde anlaşma belgesinde taraflarca kararlaştırılan kişi ya da kişilerin*

resmi sicil ve makamlara tarafların anlaştığı hususlarda başvuru ve işlem yapma yetkilerinin bulunduğu mahkeme tarafından kararda ayrıca belirtilir.” şeklinde yeniden düzenlenmesi uygundur.

KAYNAKÇA

- Akçaal M, “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat” (2022) 51 TAAD 51-77.
- Akçaal M, Eşya Hukuku (Yetkin Yayınları, 2021).
- Akkan M, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları” (2018) 20 (2) DEÜHFD 1-31.
- Albayrak A, “Türk Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk”, içinde Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018), ed. Ersin Erdoğan, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2019).
- Antalya O G ve Topuz M, Eşya Hukuku, C. IV/I (Seçkin Yayıncılık, 2021) 679
- Arnet R, Breitschmid P ve Lungo A, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Schulthess 2023).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, İcra ve İflas Hukuku (9. Baskı, Yetkin 2023).
- Aşık İ, Oruç Y, Tok O ve Saçar Ö. F, İcra ve İflas Hukuku (2. Baskı, Seçkin 2023).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, İcra ve İflas Hukuku (7. Bası, Yetkin 2023).
- Ayan M, Eşya Hukuku. (10. Baskı, Adalet 2020).
- Badur E “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” (2021) 18 UMD 49-87.
- Badur E ve Kurt Konca N, “Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması”, (2023) 72 AÜHFD 845-879.
- Balcı Ş, Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları (Seçkin 2012).
- Büyükkay F, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi (Adalet 2018).
- Demir Ş, “Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk” (2016) 1 ABD 491-503.
- Dişel B, Dava Takip Yetkisi (On İki Levha 2020).
- Doğan M, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi (Seçkin Yayınları, 2004).
- Dural M ve Öz T, Türk Özel Hukuku Cilt 4 Miras Hukuku (Filiz 2015).
- Ekmekçi Ö, Özekes M, Atalı M ve Seven V, Hukuk Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk (2.Baskı, On İki Levha 2019).
- Ercoşkun Şenol K, “Geçici Tescil Şerhi,” (2018) 6 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 375-407.
- Eren F, Mülkiyet Hukuku (6. Bası, Yetkin 2021).



- Eren F ve Başpınar V, Toprak Hukuku (Yetkin 2014).
- Fischer J, Schneuwly A M, ADR-Alternative Dispute Solution. (Dike 2021).
- Gehri Myriam A, Jent-Sørensen I ve Sarbach M, ZPO Kommentar. (Orell Füssli 2023).
- Genç Arıdemir A, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi (On İki Levha 2012).
- Gölcüklü M A, “Hukuki El Atma Davaları”, (2023) 2 ABD 255-280.
- Görgün L Ş, Börü L ve Kodakoğlu M, İcra ve İflas Hukuku (4. Baskı, Yetkin 2023).
- Günay E, Ortaklığın Giderilmesi Davaları (Seçkin 2023).
- Jaeger C, Walder H U, Kull T M ve Kottmann M, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (4. Baskı, Schulthess 1997).
- Kaçan Seis S, “Türk Medeni Kanunu Kapsamında Ortaklığın Giderilmesi Davaları ve Yargılamaya Yansımaları” (2022) Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi.
- Karaca Öz A, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali” (2023) 11 SHD 1406-1428.
- Kılıçoğlu A M, Arabuluculuk Sözleşmeleri (Turhan 2020).
- Kıyak E, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği” (2015) 21 TAAD 523-548.
- Koroğlu A, Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası (On İki Levha 2020).
- Kostkiewicz J K, Kurt S, Amstutz M ve Frankhauser R, ZGB Kommentar (Orell Füssli 2021).
- Kostkiewicz J K, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen (20.Baskı, Orell Füssli 2020).
- Kurt Konca N, “Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler” (2022) 68 Adalet Dergisi 367-407.
- Kurt Konca N ve Badur E, “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi” (2023) 56 TAAD 539-568.
- Kuru B, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (2.Baskı, Adalet 2013).
- Ngcobo M T, “Navigating the emotional landscape of mediation: An exploration of the role of emotions in conflict resolution and the strategies for effective management” (2024) 41 Conflict Resolution Quarterly 327-335.
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku (23. Baskı, Filiz 2021).
- Özbek M S, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Cilt 1) (4.Baskı, Yetkin 2016).
- Özekes M, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (15.Bası. On İki Levha 2017).

Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, İcra ve İflas Hukuku (10. Bası, On İki Levha 2023).

Peter J T, Gerichtsnaher Mediation-Kommentar zur Mediation in der ZPO (Staempfli 2011).

Prütting H ve Gehrlein M, ZPO Kommentar (Luchterhand 2010).

Rauber Sarah J K ve Togni N E, “Deal Mediation” (2020) 282 Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 282-289.

Ruhi C ve Ruhi A C, İzale-i Şüyu-Ortaklığın Giderilmesi-Paydaşlığın Giderilmesi-Paylaşma Davaları (Seçkin 2022).

Serozan R ve Engin B İ, Miras Hukuku (Seçkin 2014).

Siegenthaler B G, Aebi-Müller R E ve Müller C, Berner Kommentar-Das Eigentum -Art.641-654a. (Stämpfli 2022).

Spühler K, Schweizerische Zivilprozessordnung (Schulthess Juristische Medien AG, 2023).

Stöber M, “Das Obligatorische Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO” (2014) 8 Juristische Arbeitsblätter 607-612.

Sutter-Somm T, Hasenböhler F ve Leuenberger C, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Schulthess Juristische Medien AG, 2016).

Şen E, “Miras Hakkının ve Payının Devri” (2018) 33 TAAD 557-582.

Tanrıver S, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler” (2020) 147 TBBD 111-142.

Taşpolat Tuğsavul M, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği” (2019) 1 GÜHFD 333-379.

Topal Ö, Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyü) Davası (Yetkin 2020).

Yazıcı Tırtık Ç, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (On İki Levha 2013).

Yenice Ceylan Ö, “Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk” (2023) 14 (2) İnÜHFD 510-525.

Yıldırım F, Arabuluculuk ve Ombudsmanlık (Seçkin 2019).



MİRASTAN YOKSUNLUĞUN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI VE TMK M. 578/B.1 UYARINCA YOKSUNLUĞUN TESPİTİNDE HUKUK VE CEZA YARGILAMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

*The Scope of Disinheritance in Terms of the Person and the Relation Between
Civil and Criminal Procedure in the Determination of Disinheritance
Pursuant to TCC 578/b.1*

Duygu KOÇAK DİKER*

Özet

Mirastan yoksunluk, belirli bir mirasbırakanın terekesinde hak sahipliğini engellediği için mirasçı veya vasiyet alacaklısı olma ehliyeti ile bağlantılıdır. Belirli bir mirasbırakanın terekesi ile sınırlı olduğu için nisbî, yalnızca yoksun kalamı tereke dışında bıraktığı için ise kişisel etki yaratır. Yoksunluğun kişi bakımından kapsamına, yoksun kalan terekenin mirasbırakanı, mirastan yoksun olabilecek gerçek ve tüzel kişiler ile yoksun olan mirasçının yerini alacak kişiler girer. Mirasbırakanı öldürme ve öldürmeye teşebbüs nedeniyle yoksunluğun gerçekleşmesi için fail hakkında bir mahkûmiyet kararının verilmesi şart değilse de anılan fiiller için ceza yargılamasının yapılacağı açıktır (TMK m. 578/b.1). Kendiliğinden sonuç doğurmasına rağmen uyumsuzluk halinde yoksunluğun tespiti davasının açıldığı durumlarda, hukuk mahkemesine, ceza mahkemesinin esas hakkındaki nihai kararının etkisi, TBK m. 74 hükmünün amacı doğrultusunda, yoksunluğun şartları göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. Çalışmada, öncelikle yoksun olan kişinin hak sahipliğinin özelliği doğrultusunda, yoksunluğun kişi bakımında kapsamı değerlendirilmiş, ardından hukuk mahkemesindeki yoksunluğun tespitine ilişkin yargılamaya, ceza yargılamasının etkisi doktrin ve Yargıtay kararları doğrultusunda tartışılarak görüşlerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mirastan yoksunluk, mirasçı, vasiyet alacaklısı.

Abstract

Disinheritance is one of the reasons that prevents a persons entitlement in the heritage of a particular legator and is linked to the capacity to be an inheritor or a testamentary beneficiary. It has a relative effect since it is limited to the heritage of a particular legator and a personal effect because it excludes only the disinherited persons from the heritage. Due to these characteristics, the scope of disinheritance in terms of persons includes the legator of the disinherited heritage, natural and legal persons who may be disinherited and persons who will replace the disinherited inheritor (TCO Art. 578/b.1). In order for the occurrence of a disinheritance due to a murder or murder attempt of the legator, conviction of the perpetrator is not necessary but it is clear that criminal proceedings will be held for the said acts. Although its self-executing, in cases of dispute where declaratory lawsuit for disinheritance is filed, the effect of the criminal courts final decision on the merit to the civil court should be determined by considering the conditions

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 11.11.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, duygu.kocak@kocaeli.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-6915-5236>.

of disinheritance, consistent with the purpose of Article 74 of the TCO. In this study, firstly, in accordance with the disinherited person's entitlement, the scope of the disinheritance in terms of the person is evaluated. Afterwards, the effects of criminal proceedings on the declaratory of disinheritance lawsuit in the civil court is discussed conforming to the doctrine and the decisions of the Turkish Court of Cassation and our opinions on the subject are shared.

Keywords: Disinheritance, inheritor, testamentary beneficiary.

GİRİŞ

Mirastan yoksunluk, mirasçı veya vasiyet alacaklısı ya da lehine yükleme yapılan kimselerin, belirli bir mirasbırakana karşı TMK m. 578'de sınırlayıcı olarak sayılan fiilleri işlemeleri sonucu, mirasbırakan tarafından affedilmiş oldukları haller istisna olmak üzere mirasın açılma anında, hak sahipliği sıfatlarının ortadan kalkması veya lehlerine yapılan ölüme bağlı tasarrufun hükümsüz hale gelmesidir. Mirastan yoksunluk, gerçek kişiler ile devlet dışındaki tüzel kişiler bakımından uygulama alanı bulur. Yoksunluk sebebi oluşturan fiiller kime karşı işlendi ise onun terekesi üzerinde hak sahipliğini engellediği için fiillerin yöneldiği mirasbırakana karşı nisbi ehliyetsizlik hali yaratır. Kişisel sonuç yaratması nedeniyle, yoksunluk sebebi oluşturan davranışları gerçekleştiren kişileri etkiler ve yalnızca onların tereke ile bağını keser. Bu durumda terekeye etkisi, yoksun kalan kişinin zümre mirasçısı olması ile atanmış mirasçı ve vasiyet alacaklısı olması bakımından farklı şekillerde tezahür eder. Mirastan yoksunluğun kişi bakımından kapsamı, yoksun kalan terekenin mirasbırakanının, mirastan yoksun olabilecek gerçek veya tüzel kişilerin ve yoksun olan kişinin yerini alacak olanların tespit edilmesiyle ortaya konabilir. Mirasbırakanı öldürme veya öldürmeye teşebbüs nedeniyle mirastan yoksunluk için yasada mahkûmiyet kararı aranmıyorsa da anılan fiiller bakımından ceza yargılamasına başlanması, hukuk mahkemesindeki yoksunluğun tespiti yargılamasına etki eder. Bu nedenle mirastan yoksunluğun tespitinde, ceza yargılamasının, hukuk yargılamasına etkisi özel olarak değerlendirilmelidir. Çalışmamızda özetlediğimiz hususlara ilişkin yasal düzenlemeler, doktrin ve Yargıtay kararları çerçevesinde açıklamalarımıza yer verilmiştir.

I. MİRASTAN YOKSUNLUĞUN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Mirastan yoksunluk, belirli bir mirasbırakanın terekesinde hak sahibi olmayı engellediği için mirasçı veya vasiyet alacaklısı olma ehliyeti ile bağlantılıdır. Mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmek için yasada sayılan kişiler arasında bulunmak veya mirasbırakanın iradesine dayanan bir sebebin varlığı gerekir¹. Hak sahipliğinin yasaya dayandığı durumlarda, yasal mirasçılık², vasiyetname veya miras sözleşmesi yolu ile mirasbırakanın iradesine dayandığı durumlarda ise atanmış mirasçılık

¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (1987 Yılı Üçüncü Basıdan Dördüncü Tıpkı Bası, Vedat 2024) 525; M., Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (6.Bası, Filiz 1995) 265; Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi* (Filiz 2004) 41; Baki İlkay Engin, *Mirastan Yoksunluk* (Beşir 2010) 40; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639), Cilt II* (On İki Levha 2020) 36; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (20.Bası, Filiz 2024) N.43, 1489; Gökhan O. Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, Cilt 3*, Osman Gökhan Antalya (editör), Osman Gökhan Antalya/İpek Sağlam (Yayına hazırlayanlar) (5.Baskı, Seçkin 2021) N.1538; Peter Weimar, *Berner Kommentar, Das Erbrecht, Band III, 1.Abcilung, Die Erben, Art.457-516 ZGB*, (Hrsg. Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter), (Stämpfli 2009) Die Erben, Einführung, N.1-2; Peter Tuor, Bernard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13.Auflage, Schulthess 2009) §61, N.12.

² Dural ve Öz (n 1) N.43; Weimar (n 1) Die Erben, Einführung, N.1; Tuor, Schnyder ve Rumo-Jungo (n 1) §61, N.12; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574), Cilt I* (2.Baskı, On İki Levha:

ya da vasiyet alacaklısı olma söz konusudur³. Ölüm ile terekede yer alan ve intikali mümkün tüm haklar ve borçlar, her bir hakkın ve borcun devri için öngörülen şartların gerçekleşmesi aranmaksızın bir bütün olarak (*Universalsukzession*) yasa gereği (*eo ipso*) yasal ve atanmış mirasçılara geçer⁴ (TMK m. 599). Vasiyet alacaklıları ise mirasçıların cüzi halefi olup mirasçılara veya vasiyet borçlularına karşı ileri sürülebilecek bir alacak hakkı sahibi olabilirler⁵.

- 2022) 46; Arnold Escher, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art.457–536 ZGB* (3.Auflage, Schulthess & CO AG 1959) Die gesetzlichen Erben, Vorbemerkungen, N.2; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (17.Baskı, Der 2024) 13; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 38; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar* (8.Baskı, Seçkin 2022) §1, N.147; Oğuzman (n 1) 25, 28; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku* (12.Bası, Seçkin 2024) N.71, 74; Bilge Öztan, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)* (13.Baskı, Yetkin 2023) 18; Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, *Miras Hukuku* (11.Baskı, Adalet 2023) 36; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (6.Baskı, Legem 2024) N.74, 84; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk, Cilt – IV, Miras Hukuku* (2.Baskı, Yetkin 2024) 46; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (13.Baskı, Turhan 2023) 25; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (6.Bası, On İki Levha 2017) §2, N.1; Peter Tuor, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, 1. Abteilung, Die Erben, Art.457-536 ZGB, (Hrsg. Arthur Meier-Hayoz)* (zweite, revidierte und erweiterte auflage, Stämpfli & CIE 1964) Vorbemerkungen zum dreizehnten Titel, N.1.
- ³ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 525; Escher (n 2) Die gesetzlichen Erben, Vorbemerkungen, N.2; Weimar (n 1) Die Erben, Einführung, N.1; Öztan (n 2) 18-19; Kılıçoğlu (n 2) 25, 32; İmre ve Erman (n 2) 13-14; Dural ve Öz (n 1) N.43, 88; Antalya (n 1) N.101-102, 131; Engin (n 1) 40; Çabri, C.I (n 2) 47, 51.
- ⁴ Hatemi (n 2) 36-37; Franz Müller ve Johannes Stamm, *OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser) (4.Auflage, Orell Füssli 2021) Art.560, N.1, 7; Weimar (n 1) Das Erbrecht, Einleitung, N.4; Öztan (n 2) 21 vd.; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 41 vd.; Çabri, C.I (n 2) 6; Tuor, Schnyder ve Rumo-Jungo (n 1) §61, N.4-9; Oğuzman (n 1) 3; Akkanat (n 1) 53, 65; İnan/ Ertaş/Albaş (n 2) N.86, 89 vd.; Antalya (n 1) N.148 vd.; Dural ve Öz (n 1) N.74 vd.; Ayan ve Ayan (n 2) 4-45; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.59 vd.; İmre ve Erman (n 2), 11-12; Yılmaz (n 2) 48-49; Kılıçoğlu (n 2) 26; Serozan/Engin (n 2) §1, N.72-77; Tuor (n 1) Einleitung, N.15-17; Ivo Schwander, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchIT ZGB* (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser) (3.Auflage, Helbing Lichtenhahn 2009) Art.560, N.1-2; Escher (n 2) Einleitung, N.4; Peter Tuor ve Vito Picononi, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbengang, Art.457-640 ZGB* (Hrsg. Arthur Meier-Hayoz) (2.Auflage, Stämpfli & CIE 1966) Art.560, N.1-2. Külli halefiyet ilkesi, malvarlığının bir bütün olarak, aktif ve pasifiyle, mirasbırakanın ölümüyle birlikte her bir hakkın devri için öngörülen özel koşulların gerçekleşmesine gerek olmadan mirasçılara geçmesini anlatır. Mirasın yasa gereği kazanılması ise mirasçıların mirası herhangi bir işlem yapmalarına gerek kalmadan kendiliğinden kazanmalarını sağlar.
- ⁵ Çabri, C.I (n 1) 48; Tuor, Schnyder ve Rumo-Jungo (n 1) §61, N.10; Tuor (n 2) Einleitung, N.18; Escher (n 2) Einleitung, N.4; Serozan ve Engin (n 2) §1, N.78; İmre ve Erman (n 2) 13-14; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 51; Dural ve Öz (n 1) N.88-90; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.88; Oğuzman (n 1) 7; Akkanat (n 1) 38, 59; Antalya (n 1) N.174.



Yasadan veya mirasbırakanın iradesinden doğan bir sebebin varlığı mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmek için yeterli olmayıp ilgili kişinin mirasçı veya vasiyet alacaklısı olma ehliyetinin bulunması, mirasbırakanın ölümü anında sağ olması ve mirastan yoksun olmaması gerekir (TMK m. 577-580). Mirasçı ve vasiyet alacaklısı olma ehliyeti, kişiler hukukundaki hak ehliyetinin miras hukukundaki görünümüdür⁶ (TMK m. 577). Hukuk düzeni içinde hak ehliyeti bulunanlar mirasçı olabilir, diğer varlıklar bu sıfatı kazanamazlar (TMK m. 8). Bir kimse, mirasbırakanın öldüğü anda sağ değilse⁷ (TMK m. 580/I, 581/I), mirasçı olamaz, lehine yapılan ölüme bağlı tasarruf hükümsüz hale gelir⁸ (TMK m. 580/I, 581/I, 548/I). Atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı tüzel kişinin, mirasın açıldığı anda devam ediyor olması gerekmektedir⁹. Son olarak mirasçı veya vasiyet alacaklısının mirastan yoksun olmaması, yasada sayılan yoksunluk sebeplerinin bulunmaması şarttır¹⁰.

Mirastan yoksunluk, mirasçı veya vasiyet alacaklısı sıfatını kazanma sebebi olan kimselerin, belirli bir mirasbırakana karşı TMK m. 578'de sayılan fiilleri işlemeleri sonucu mirasın açılma anında mirasçı sıfatlarının ortadan kalkması veya lehlerine yapılan ölüme bağlı tasarrufun hükümsüz hale gelmesini anlatır¹¹. Bu yönü ile mirasçı

⁶ Çabri, C.II (n 2) 38; Kılıçoğlu (n 2) 258; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1164; Dural ve Öz (n 1) N.1500; İmre ve Erman (n 2) 304-305; Serozan ve Engin (n 2) §1, N.139; Arnold Escher, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art.537-640 ZGB* (3.Auflage, Schulthess & CO AG 1960) Art.539, N.3; Oğuzman (n 1) 264; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 529; Schwander (n 4) Art.539, N.6; Antalya (n 1) N.1540.

⁷ Schwander (n 4) Art.542, N.1-2, Art.543, N.2; Tuor ve Picononi (n 4) Art.539, N.1; Escher (n 6) Art.542, N.2; Oğuzman (n 1) 262-263; Antalya (n 1) N.1569; Dural ve Öz (n 1) N.1494; Ayan ve Ayan (n 2) 299; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.22; Tuor, Schnyder ve Rumo-Jungo (n 1) §73, N.4; Akkanat (n 1) 39; İmre ve Erman (n 2) 302; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1438-1439; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 526 vd. Ceninin durumu (TMK m. 582) ve henüz mevcut olmayan (ana rahmine düşmemiş) kişinin art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak atanması (TMK m. 583/I) hakkında bkz. Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1166; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1444-1448; Dural ve Öz (n 1) N.1497-1498; Ayan ve Ayan (n 2) 300; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 526-527; İmre ve Erman (n 2) 302-303; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.23 vd.; Antalya (n 1) N.1575-1578.

⁸ Tuor ve Picononi (n 4) Art.542, N.4, Art.543, N.2; Oğuzman (n 1) 263; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1439; Antalya (n 1) N.1172-1174; Dural ve Öz (n 1) N.629; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.26; İmre ve Erman (n 2) 303-304; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 527-528; Schwander (n 4) Art.542, N.7; Çabri, C.II (n 1) 118.

⁹ Dural ve Öz (n 1) N.1504; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 526; Çabri, C.II (n 1) 38; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1442; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.29-30; Tuor ve Picononi (n 4) Art.542, N.1, 3; Schwander (n 4) Art.542, N.1-2, Art.542, N.3.

¹⁰ Tuor, Schnyder ve Rumo-Jungo (n 1) §73, N.7; Engin (n 1) 41; Tuor ve Picononi (n 4) Art.539, N.1; Dural ve Öz (n 1) N.1513; İmre ve Erman (n 2) 306; Christoph Wildisen, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art.457-640 ZGB* (Hrsg. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo) (4.Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023) Art.540, N.1.

¹¹ Dural ve Öz (n 1) N.1513; Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai İskat)* (On İki Levha 2013) 55; Wildisen (n 10) Art.540, N.2; Çabri, C.II (n 1) 47-48; İmre ve Erman (n 2) 306-307; Engin (n 1) 35, 40; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 531; Antalya (n 1) N.1544; Schwander (n 4) Art.540, N.1; Escher (n 6) Art.540, N.1; Oğuzman (n 1) 265; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.32, 51; Öztan (n 2) 342; Kılıçoğlu (n 2) 262; Ayan ve Ayan (n 2) 301; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1494-1495; Eren

veya vasiyet alacaklısı olabilmenin olumsuz şartıdır¹². TMK m. 578'de sınırlı olarak sayılan sebepler, mirasbırakanın yaşamına, fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne ya da ölüme bağlı tasarruflarına yönelik kasten gerçekleştirilen hukuka aykırı fiillerden oluşmaktadır¹³. Genişletilemeyeceği kabul edilen bu fiillere¹⁴, mirasçının veya vasiyet alacaklısının kendiliğinden (*ipso iure*) mirastan yoksunluğu sonucu bağlanmıştır¹⁵. Bu nedenle yoksunluğun hüküm ve sonuçlarını doğurması, mirasbırakanın irade açıklamasına örneğin vasiyetnameyi geri almasına veya miras sözleşmesinden dönmesine ya da mahkeme kararına bağlı değildir. Uyuşmazlık halinde yoksun olan kişi dahil yoksunluğun tespitinde hukuki yararı bulunanlar, süreye bağlı olmaksızın tespit davası açabilirler¹⁶. Mirastan yoksunluk nedeniyle mirasçılık sıfatının kazanılmadığını ve ölüme bağlı tasarrufun hükümsüz hale gediğini iddia eden kimse iddiasını ispatlamakla yükümlüdür (TMK m. 6). Maddi bir vakia olan yoksunluk her türlü delille ispatlanabilir, her zaman ileri sürülebilir ve re'sen dikkate alınır¹⁷.

Türk Medeni Kanunu m. 578'de sayılanlar kadar veya onlardan daha ağır hukuka aykırı fiillerin, yoksunluk sebebi olarak değerlendirilmediği, mirasbırakanı ağır şekilde yaralamak, sırlarını üçüncü kişilere açıklamak, asılsız bir suçlamayla hapis cezası almasını sağlamak¹⁸, yakınlarnı öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmek

ve Yücer Aktürk (n 2) N.1167; Akkanat (n 1) 40; Stephanie Hrubesch-Millaue, *OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser) (3. Auflage, Orell Füssli 2016) Art.540, N.4-5.

¹² Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 525; Antalya (n 1) N.1539; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1437, 1486.

¹³ Serozan ve Engin (n 2) §5, N.32; Engin (n 2) 35. Sebeplerin sınırlı olarak sayılmış olmasına rağmen TMK m. 2/II'den yararlanarak mirastan yararlanmaya layık olmayan kişilerin de mirastan yoksun oldukları sonucuna varılabileceği yönünde katıldığımız görüş için bkz. Serozan ve Engin (n 2) §5 N.34; Yağcı (n 11) 60; Schwander (n 4) Art.540, N.4; Engin (n 2) 76-77.

¹⁴ Schwander (n 4) Art.540, N.6; Wildisen (n 10) Art.540, N.1; Tuor ve Piconi (n 4) Art.540/541, N.15; Antalya (n 1) N.1546; Escher (n 6) Art.540, N.6; Hrubesch-Millaue (n 11) N.8; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 533; Oğuzman (n 1) 265; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1496; Ayan ve Ayan (n 2) 302; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.34; Kılıçoğlu (n 2) 263; Dural ve Öz (n 1) N.1522; Öztan (n 2) 343; Çabri, C.II (n 1) 53; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1167; İmre ve Erman (n 2) 308.

¹⁵ Çabri, C.II (n 1) 48-49; Yılmaz (n 2) 211; Hrubesch-Millaue (n 11) Art.540, N.8; Tuor ve Piconi (n 4) Art.540/541, N.12; Escher (n 6) Art.540, N.2; Schwander (n 4) Art.540, N.22; Engin (n 1) 168; Oğuzman (n 1) 265, 268; Öztan (n 2) 343, 347; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 533, 539; Dural ve Öz (n 1) N.1516, 1553; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.33a, 52; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1167, 1173, 1175; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1514; Kılıçoğlu (n 2) 262-263; İmre ve Erman (n 2) 307, 309; Ayan ve Ayan (n 2) 301-302; Antalya (n 1) N.1560. Mirasın reddi, mirastan çıkarma ya da feragat söz konusu olduğunda da belirli bir kimseye karşı mirasçılık sıfatı kaybedilmektedir. Ancak yoksunluktan farklı olarak bu hallerde kendiliğinden sonuç doğurma söz konusu değildir.

¹⁶ Tuor ve Piconi (n 4) Art.540/541, N.31; Schwander (n 4) Art.540, N.25; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.34; Çabri, C.II (n 1) 80-81; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 539-540; Yılmaz (n 2) 214; Oğuzman (n 1) 268; Engin (n 1) 167-168, 170; İmre ve Erman (n 2) 309-310; Ayan ve Ayan (n 2) 302; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1514; Antalya (n 1) N.1560; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1193; Dural ve Öz (n 1) N.1555.

¹⁷ Engin (n 1) 170-171; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1167; Öztan (n 2) 347.

¹⁸ Escher (n 6) Art.540, N.1.



şeklinde çoğaltabileceğimiz örneklerde, bu fiilleri işleyenlerin, tereke ile ilişkilerinin kendiliğinden kesilmesine yönelik yasal düzenleme bulunmadığı görölmektedir¹⁹. Yasa koyucunun bu tercihinde, mirasbırakanın anılan fiilleri işleyenlere müdahale imkânı bulunup bulunmadığının etkili olduğu belirtilmektedir²⁰. Şöyle ki mirasbırakanın kendisine veya yakınlarına karşı gerçekleştirilen fiillere karşı ölüme bağlı tasarruf yapma imkânı bulunduğuca kendiliğinden sonuç doğuran yoksunluğa ihtiyaç yoktur. Yoksunluk sebepleri dışındaki hukuka aykırı fiillerin gerçekleştirilmesi halinde, mirasbırakan dilerse saklı paylı mirasçısını mirastan çıkarabilecek (TMK m. 510), saklı paylı olmayanların ise ölüme bağlı tasarruf yaparak tereke ile bağını kesebilecektir. Vasiyetnameyi geri alarak ya da ölüme bağlı tasarruf olumlu miras sözleşmesi ile yapılmışsa dönme hakkını kullanarak vasiyet alacaklısının veya atanmış mirasçının bu sıfatlarına son verebilecektir²¹. Oysa yoksunluk sebeplerinden, öldürmeye teşebbüs hariç mirasbırakanın ölmüş olması, irade beyanında bulunabilecek durumda olmaması ya da fiili öğrenememiş olması nedeniyle mirastan çıkarma veya vasiyeti geri alma imkânından bahsetmek mümkün değildir²². Bu sakıncaları önlemek için irade beyanına ihtiyaç duyulmaksızın sonuçlarını doğuran yoksunluğun, mirastan çıkarmayı genişleterek tamamladıđı²³, mirasçı ile arasındaki duygusal bağ kopan mirasbırakanın farazi iradesi esas alınarak onun tasarruf

¹⁹ Engin (n 1) 60. Yoksunluk sebeplerinin mirasçılıktan çıkarma sebeplerine göre daha ağır olduğu yönünde bkz. Çabri, C.II (n 1) 48-49; Dural ve Öz (n 1) N.1518.

²⁰ Çabri, C.II (n 1) 48; Yağcı (n 11) 57; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.33; Dural ve Öz (n 1) N.1515; Öztan (n 2) 342; Tuor, Schnyder ve Rumo-Jungo (n 1) §73, N.7; Kocayusufopaşaoğlu (n 2) 531; Escher (n 6) Art.540, N.1, 6; Engin (n 1) 72; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.2, 6; Kılıçoğlu (n 2) 262; Yılmaz (n 2) 209.

²¹ Serozan ve Engin (n 2) §5, N.34; Engin (n 1) 44.

²² Serozan ve Engin (n 2) §5, N.34; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.8; Dural ve Öz (n 1) N.1515. TMK m. 578/b.1'de yer alan öldürmeye teşebbüsün de yoksunluk sebebi olarak sayılmasının bu açıdan bir tutarsızlık teşkil ettiği, zira mirasbırakanın dilerse mirasçılıktan çıkarma imkânına sahip olduğu yönünde Engin (n 1) 69, 78.

²³ Çabri, C.II (n 1) 48-49; Barış Demirsatan, "Mirastan Yoksunluk ve Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Masumiyet Karinesi ile İlişkisi" (2024) 82 (1) İÜHFİM, 47, 59; Schwander (n 4) Art.540 N.4; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.26, 34; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.11; Kocayusufopaşaoğlu (n 1) 531; İmre ve Erman (n 2) 309; Engin (n 1) 168; Oğuzman (n 1) 268; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1488; Escher (n 6) Art.540, N.6; Antalya (n 1) N.1545; Ayan ve Ayan (n 2) 261; Yılmaz (n 2) 209. Tamamlayıcı fonksiyonunun eksik olduğu yönünde bkz. Yağcı (n 11) 59. Mirastan çıkarma ile mirastan yoksunluk, çıkarılan veya yoksun olan kişinin mirasçı sıfatını kaybetmesine neden olur. Çıkarma için yoksunluktan farklı olarak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu şarttır. Ayrıca çıkarma yalnızca saklı paylı mirasçıları, yoksunluk ise saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçıları, vasiyet alacaklılarını ve yüklenme lehtarını kapsar. Bu yönü ile yoksunluğun stüjesi daha geniştir. Çıkarma nedeni oluşturan fiillerin yönelidiği kişiler arasında yoksunluktan farklı olarak mirasbırakanın yakınları da sayılmıştır. Mirasbırakanın affi, yoksunluk bakımından açıkça öngörölmüş olmasına rağmen çıkarma bakımından yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Karşılaştırma için bkz. Yılmaz (n 2) 210; Dural ve Öz (n 1) N.1516-1519; Weimar (n 1) Art.477, N.16; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.3-4; Yağcı (n 11) 61-63; Antalya (n 1) N.1545; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.14889-1492; Engin (n 1) 43; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1170-1174; Çabri, C.II (n 1) 50-52.

özgürlüğünü korumayı amaçladığı kabul edilmektedir²⁴. Nitekim yasa koyucunun yoksunluk oluşturan fiillerin işlenmesine rağmen mirasbırakanın affını (MK 578/II) mirastan yoksunluğa engel bir durum olarak düzenlemesi de bu sonucu doğrulamaktadır. Affın söz konusu olmadığı durumlarda ise yoksunluk oluşturan fiilleri işleyenlerin hak sahibi olmasının, öldürülen, sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak hale getirilen, aldatma, korkutma veya zorlamanın etkisinden ölüm anına kadar kurtulma imkânı olmayan mirasbırakanın farazi iradesine aykırı olacağı belirtilmektedir²⁵. Yoksunluk, mirasçı ve vasiyet alacaklısı olmayı engellediği için miras hukuku alanında karşılaşılabilecek en ağır yaptırımlardandır. Dolayısıyla temel amaç bu olmamakla birlikte aynı zamanda cezalandırıcı işlevi de bulunmaktadır. Ancak hükmün baskın amacının mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü korumak olduğu dikkate alındığında yoksunluğun bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğunu söylemek güçtür²⁶.

Yoksunluk yalnızca mirasçı ve vasiyet alacaklısı olmaya bağlı haklar bakımından etkisini gösterir²⁷. Yoksun olan mirasçı ile mirasbırakan arasında soybağı devam eder, eşlerden birinin yoksunluk sebebi oluşturan bir fiilin diğer eşin ölümüne neden olması dışında, evlilik birliği etkilenmez²⁸. Ancak öldürmeye teşebbüs, hayata kasta dayanan boşanma sebebi oluşturabilir²⁹. Bununla birlikte, “*Gelir ve aylık bağlanmayacak haller*” başlıklı 5510 Sayılı Kanun 56/a uyarınca, kendisinden aylık bağlanacak sigortalıyı veya gelir ya da aylık bağlanmış olan sigortalıyı kasten öldürdüğü veya öldürmeye teşebbüs ettiği veya bu yasa gereğince sürekli iş göremez hale veya malûl duruma getirdiği hususunda kesinleşmiş yargı kararı bulunan kişilere gelir veya aylık ödenmesi yasaklanmıştır.

²⁴ Schwander (n 4) Art.540, N.4; Dural ve Öz (n 1) N.1514; Tuor ve Piconi (n 4) Art.540/541, N.10-11; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 532. Mirastan yoksunlukta, mirasçı ile mirasbırakan arasındaki duygusal bağın koştığı, mirasbırakanın kendisine karşı belli fiilleri işleyen kişilerin terekede hak sahibi olmasını istemeyeceği, mirasçılık sıfatının varlık sebebinin ortadan kalktığı karinesinin söz konusu olduğu yönünde bkz. Çabri, C.II (n 1) 47-48.

²⁵ Dural ve Öz (n 1) N.1515; Çabri, C.II (n 1) 47-48; Engin (n 1) 42; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.32; Yağcı (n 11) 57; Demirsatan (n 23) 59.

²⁶ Reto Heizmann, *Strafe im schweizerischen Privatrecht, Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts*, ASR- Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 811 (Stämpfli 2015) N.543; Işık Önay ve Orcan Ok, “Özel Hukuk Cezası Kavramı ve Ceza Hukukunun Genel İlkelerinin Özel Hukuk Cezalarına Uygulanabilirliği”, *Özel Sayı (2023) 29 (2) MÜHFHAD*, 1320, 1347. Cezalandırma amacının geri planda kaldığı yönünde Engin (n 2) 66. Mirastan çıkarma ve yoksunluğun, medeni hukuk cezası niteliğinde olduğu yönünde bkz. M. Tarık Güleriyüz ve Ayça Zorluoğlu Yılmaz, “Bir Anglo- Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuk Müesseseleri ile Mukayesesi’ (2019) (141) TBB 325, 357. Özel hukuk yaptırımı olduğu yönünde bkz. Nilgün Başalp, “Aile İçi Şiddet ve Özel Hukuk Yaptırımları”, (2014) 20 (1) MÜHFHAD, 207. Özel hukuk cezasına benzer şekilde bir yaptırım olduğu yönünde bkz. Demirsatan (23) 59.

²⁷ Ayan ve Ayan (n 2) 302; Çabri, C.II (n 1) 83.

²⁸ Çabri, C.II (n 1) 83.

²⁹ Çabri, C.II (n 1) 83, dn.261.

II. KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI

Türk Medeni Kanunu m. 578’de sayılan fiilleri gerçekleştiren kişilerin, mirasçı olamayacakları ve ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak edinemeyecekleri belirtilmiştir. Bu doğrultuda hükmün kapsamına mirasçılar ve lehine ölüme bağlı tasarruf yapılanlar girmektedir³⁰. Bu kişilerin, fiili şahsen işleminin yanında hükmün amacı doğrultusunda genişletici yorumla, başka bir kişiyi yönlendirmesi, onu teşviki, ona iştirak veya yardım etmesi de yoksunluğun varlığı için yeterli kabul edilmektedir³¹ (TCK m. 38-39).

Yasal mirasçılar, mirasbırakanın kan hısımları ile evlatlık ve altsoyundan oluşan zümre mirasçıları, eşi ve geride hiçbir mirasçı bırakmaması ya da mirasçı sıfatının kazanılmaması halinde devletten ibarettir³² (TMK m. 495-501). Devlet dışındaki tüzel kişiler bakımından yasal mirasçılık mümkün değildir³³. Yoksunluk, hak sahipliği sıfatı üzerindeki etkisini, yasal mirasçılarda mirasın açılması anında mirasçılık sıfatının kazanılmaması şeklinde gösterir³⁴. Fiilin mirasbırakanın ölümünden eş deyişle mirasın açılmasından sonraki bir dönemde gerçekleşmesi halinde de bu sonuç değişmez ve yoksunluk ölüm anına kadar geçmişe etkili sonuç doğurur ve bu kişiler mirasın paylaşılmasına katılamazlar³⁵. Örneğin mirasbırakanın el yazılı vasiyetnamesini mirasın açılmasından sonra yok eden mirasçı, mirasçı sıfatını geçmişe etkili olarak ölüm anından itibaren kazanamayacaktır³⁶. Bu ihtimal, TMK m.

³⁰ Dural ve Öz (n 1) N.1513; Yılmaz (n 2) 214; Tuor, Schnyder ve Rumo-Jungo (n 1) §73, N.7; Engin (n 1) 171-172; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1488; Çabri, C.II (n 1) 49; İmre ve Erman (n 2) 306-307; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.33a, 51-52; Ayan ve Ayan (n 2) 301-302.

³¹ Çabri, C.II (n 1) 61; Antalya (n 1) N.1550; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.8; Escher (n 6) Art.540, N.7; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.18; Oğuzman (n 1) 266; Schwander, Art.540, N.7; Engin (n 1) 85; Wildisen (n 10) Art.540, N.2; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 533; Dural ve Öz (n 1) N.1527; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.39; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1179; Öztan (n 2) 343. Yargıtay 14 HD, 2016/3837, K. 2017/267, 16.1.2017: “... mirasbırakanı kasten öldürmeye azmet-tirmiş olması nedeni ile mirasçı olamaz.” <https://lib.kazanci.com.tr/>. (E.T. 21.10.2024).

³² Hatemi (n 2) §2, N.4; Tuor ve Picononi (n 4) Art.537, N.2; Tuor (n 2) Vorbemerkungen zum dreizehnten Titel, N.4; Kılıçoğlu (n 2) 34-40; Serozan ve Engin (n 2) §2, N.13; Öztan (n 2) 35; Çabri, C.I (n 2) 61; Dural ve Öz (n 1) N.93; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 57; İmre ve Erman (n 2) 15; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.113; Antalya (n 1) N.231-234; Eren/Yücer Aktürk (n 2) N.85.

³³ İmre ve Erman (n 2) 305; Yılmaz (n 2) 276-277; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 529; Öztan (n 2) 18, 339; Dural ve Öz (n 1) N.44, 92, 1503; Antalya (n 1) N.1540; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.30; Ayan ve Ayan (n 2) 299; Çabri, C.I (n 2) 48. Vasiyet alacaklısı ve atanmış mirasçı olma bakımından ise gerçek kişilerle tüzel kişiler arasında bir fark yoktur.

³⁴ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 541; Engin (n 1) 171; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.5; Dural ve Öz (n 1) N.1553; Schwander (n 4) Art.540, N.22; Çabri, C.II (n 1) 80-81.

³⁵ Dural ve Öz (n 1) N.1554; Yılmaz (n 2) 216; Schwander (n 4) Art.541, N.22; Çabri, C.II (n 1) 81-82; Escher (n 6) Art.540, N.2; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.31; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 539-540; Oğuzman (n 1) 268; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.51; İmre ve Erman (n 2) 310; Ayan ve Ayan (n 2) 303; Engin (n 1) 168-169.

³⁶ Dural ve Öz (n 1) N.1554; Escher (n 6) Art.540, N.2; Ayan ve Ayan (n 2) 302; Engin (n 1) 169; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 1194; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 537; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540, N.27, 31; Öztan (n 2) 347; Schwander (n 4) Art.540, N.22; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.6; İmre ve Erman (n 2) 310.

578/b.4 kapsamında gerçekleşebilecek yoksunluk sebebi için geçerli olup ilk üç bentte yer alan fiiller, mirasbırakan yaşarken gerçekleştirilebilir. Külli halefiyet ilkesinin sonucu olan her mirasın en az bir mirasçısı bulunması kuralı doğrultusunda devletin mirastan yoksun olamayacağı kabul edilmektedir³⁷.

Lehine ölüme bağlı tasarruf yapılanlar ise atanmış mirasçılar, vasiyet alacaklıları ve yüklenme lehtarlarıdır³⁸. Zira mirasçılara veya vasiyet alacaklılarına karşı korunan mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün, yüklenme lehtarına karşı korunmaması hükmün amacı ile bağdaşan bir yorum değildir. Bu nedenle lehine yüklenme yapan bir kimsenin de ölüme bağlı tasarruftan yararlanabilmesi için mirasbırakana karşı yoksunluk sebebi oluşturan fiilleri gerçekleştirmemiş olması gerekir. Lehine ölüme bağlı tasarruf yapılanlar açısından yoksunluk, ölüme bağlı tasarrufu hükümsüz hale getirir³⁹ (TMK m. 578). Yoksunluk sebebinin, kişinin mirasçı veya vasiyet alacaklısı olarak tayin edilmeden önce veya sonra gerçekleşmesinin bu sonuca bir etkisi bulunmamaktadır⁴⁰. Başka deyişle bir kimse yoksunluk sebebi oluşturan fiilleri, henüz lehine bir ölüme bağlı tasarruf yapılmadan gerçekleştirmiş olsa bile hak sahipliği sıfatını kazanamayacaktır. Ancak öldürmeye teşebbüs sonrası, mirasbırakanın çıkarma tasarrufu yapmamış olmasının, somut olayın özelliği doğrultusunda yoksunluk bakımından af anlamına gelip gelmeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴¹.

Tüzel kişilerin mirasçı atanması veya vasiyet alacaklısı olması halinde, yoksunluk sebepleri olarak sayılan insana özgü fiiller, tüzel kişilerin organlarını oluşturan kişilerce gerçekleştirilebilir. Organı oluşturan kişilerin tamamının veya yalnızca birinin mirasbırakana karşı gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiillerin TMK m. 578'de sayılan sebeplerden birini oluşturması halinde mirastan yoksun olmaları mümkündür⁴² (TMK m. 50/II, III). Doktrinde, tüzel kişilerin adam çalıştıran sıfatı ile de mirastan yoksun olabilecekleri savunulmaktadır⁴³. Kanımızca bu düşünce, adam çalıştıranın kendi fiili değil çalışanın fiilleri dolayısıyla sorumlu tutulması

³⁷ Dural ve Öz (n 1) N.92, 1520; Serozan ve Engin (n 2) §1, N.139; Engin (n 1) 81; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.13; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 533; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1489.

³⁸ Serozan ve Engin (n 2) §5, N.52; Engin (n 1) 38, 171; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1488; İmre/Erman (n 2) 307.

³⁹ Serozan ve Engin (n 2) §5, N.52; Oğuzman (n 1) 174-175; İmre ve Erman (n 2) 192-193, 226-227; Engin (n 2) 169; Dural ve Öz (n 1) N.1553; Öztan (n 2) 347; Schwander (n 4) Art.541, N.22; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.31; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.6; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1517; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 1196.

⁴⁰ Engin (n 1) 168-169.

⁴¹ Dural ve Öz (n 1) N.1528.

⁴² Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.7; Wildisen (n 10) Art.540, N.2; Schwander (n 4) Art.539, N.11; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 533; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1169; İmre ve Erman (n 2) 308 vd.; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1489; Dural ve Öz (n 1) N.1520; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.13; Öztan (n 2) 343.

⁴³ Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1169.



neniyle yerinde değildir. Tüzel kişilerin mirastan yoksun olup olamayacakları konusundaki tereddütler, onların fiziki varlıklarının bulunmamasına ve yoksunluk sebebi teşkil eden fiillerin insana özgü davranışlardan oluşmasına dayanmaktadır. Başka ifadeyle yoksunluk sebepleri oluşturan fiillerin bizatihi tüzel kişi tarafından gerçekleştirilebilmesi fiziken imkansızdır. Ancak hukuk düzeninde tüzel kişiler, fiil ehliyetlerini, organları ve dolayısıyla organları oluşturan kişilerce kullanabildiğinden, bu kişilerin görevleri sırasında ve görevle ilgili hukuka aykırı fiilleri doğrudan tüzel kişinin sorumluluğunu doğurur⁴⁴. Eş deyişle organları oluşturan kişilerin irade beyanları ve davranışları, tüzel kişinin hak ehliyetinin kapsamına girmek ve görevleri ile bağlantılı olmak şartı ile tüzel kişinin bizatihi kendisine atfedilir⁴⁵. Oysa tüzel kişi ile bağımlılık ilişkisi içinde olan çalışan, organ sıfatını haiz olmayıp anılan kişilerin davranışları bakımından MK m. 50/II hükmünün uygulama alanı bulması mümkün değildir⁴⁶. Çünkü burada tüzel kişinin değil, üçüncü kişinin hukuka aykırı davranışı söz konusudur.

Yoksunluk sebebi oluşturan fiiller kime karşı işlendi ise onun terekesi üzerinde hak sahipliğini engeller. Başkalarına karşı olan mirasçılık ehliyeti bu durumdan etkilenmez. Dolayısıyla yalnızca fiillerin yöneldiği mirasbırakana karşı nisbi ehliyetsizlik hali yaratır⁴⁷. Örneğin, babasına karşı yoksunluğu gerektiren bir fiil işlemiş olan kişi, babasının mirasçısı olamayacaksa da büyük babasının mirasçısı olabilecektir⁴⁸. Yoksunluğun nisbi etkisinin bazı durumlarda adaletsiz sonuçlara da yol açabileceği belirtilmektedir. Şöyle ki mirasbırakana karşı TMK m. 578'de sayılan fiilleri işleyenler, mirastan yoksun olmasına rağmen mirasbırakanın terekesinde dolaylı olarak da hak kazanabilmektedir⁴⁹. Örneğin ailenin tek çocuğu olup da babasını öldürdüğü için mirasın tamamı annesine intikal etmiş olan bir kimse, ileride annesi de vefat ettiğinde babasından annesine intikal eden terekede mirasçı olabilecektir⁵⁰. Ancak mirasçılıktan çıkarma ile bu sonucun bertaraf edilebilmesi mümkündür. Yukarıdaki örnekte geride kalan eş, babasını öldüren çocuğunu miras-

⁴⁴ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler* (20.Baskı, Filiz 2021) N.966.

⁴⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 44) N.966; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26.Bası, Yetkin 2021) N.1930.

⁴⁶ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku* (24. Bası, Filiz 2024) N.1193; Eren (44) N.1930.

⁴⁷ Çabri, C.II (n 1) 94-95; Wildisen (n 10) Art.540, N.2; Ayan ve Ayan (n 2) 303; Dural ve Öz (n 1) N.1556; Escher (n 6) Art.540, N.2; Tuor ve Piconi (n 4) Art.540/541, N.31; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 531, 540; Oğuzman (n 1) 268; Engin (n 1) 40-41, 180; Schwander (n 4) Art.540, N.23; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1515; Antalya (n 1) 1561; Serozan ve Engin, §5, N.53; İmre ve Erman, s.310; Öztan (n 2) 348; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1195.

⁴⁸ Örnek için bkz. Dural ve Öz (n 1) N.1556.

⁴⁹ Engin (N 1) 180-181; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.7; Tuor ve Piconi (n 4) Art.540/541, N.31; Escher (n 6) Art.540, N.2.

⁵⁰ Örnek için bkz. Engin (n 1) 180-181.

tan çıkararak onun kendisine mirasçı olmasına engel olabilecektir (TMK m. 510)⁵¹. Doğaldır ki çıkarma tasarrufunun yapılabilmesi için mirasbırakanın çıkarma sebebinin öğrenmiş olması gerekir⁵². Vasiyet alacaklısı veya atanmış mirasçı açısından ise yoksunluk sebebinin gerçekleşmesi ile ölüme tasarruf hükümsüz hale geleceği için böyle bir sonuçla karşılaşılmayacaktır.

Mirastan yoksunluk, yalnızca fiilli işleyen kişi için sonuç doğurur⁵³. Yoksunluğun, yoksunluk sebebi olan fiilleri işleyenler dışındakilerin hak sahipliği sıfatını etkilememesi ise sonuçlarının kişisel olmasını anlatır⁵⁴. Kişisel olma özelliği, TMK m. 579/II'nin, "*mirastan yoksun olanın altsoyu, mirasbırakandan önce ölen kimsenin altsoyu gibi mirasçı olur*" şeklindeki ifadesiyle düzenlenmiştir. Bu kural, zümre içi halefiyet kuralının, yoksunluk bakımından tekrar edilmesinden ibarettir⁵⁵ (TMK m. 495-497). Şu hâlde TMK m. 579/II, mirastan yoksun olan kişinin bir zümre mirasçısı olması halinde başka ifadeyle yasal mirasçılar arasında halefiyet ilkesinin geçerli olduğu zümre mirasçıları bakımından uygulama alanı bulur⁵⁶. Mirastan yoksun olan kişinin altsoyu, yoksun kalan kişi mirasbırakandan önce ölmüş gibi onun yerine halef olur. Altsoy bulunmuyor ise miras payı, yoksun olan kişinin birlikte mirasçı olduğu zümre mirasçılar arasında paylaşılır⁵⁷. Yoksun kalan kişinin zümredeki tek mirasçı olması halinde miras bir sonraki zümreye intikal eder⁵⁸. Zümre mirasçısı olmaması ve halefinin bulunmaması nedeniyle, yoksunluğa sebep olan fiillerin eş tarafından işlenmesi halinde TMK m. 579/II hükmü uygulanmaz. Bu halde mirasın paylaşılmasında eş dikkate alınmaz, hangi zümre ile mirasçı ise miras onlar arasında paylaşılır⁵⁹. TMK m. 579/II'nin uygulama alanı bula-

⁵¹ Engin (n 1) 181; Çabri, C.II (n 1) 95; Yılmaz (n 2) 216-217.

⁵² Ancak bu çözümün mirasbırakanın çıkarma tasarrufunda bulunmasının mümkün olmadığı durumlar bakımından yetersiz olduğu yönünde bkz. Engin (n 1) 182.

⁵³ Dural ve Öz, 1556; Wildisen (n 10) Art.540, N.2; Çabri, C.II (n 1) 95-96.

⁵⁴ Ayan ve Ayan (n 2) 303; Engin (n 1) 182-183; Yılmaz (n 2) 217; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.54; Çabri, C.II (n 1) 95-96; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 540; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.32; Escher (n 6) Art.541, N.1; Oğuzman (n 1) 269; Öztan (n 2) 348; İmre ve Erman (n 2) 310-311; Kılıçoğlu (n 2) 265; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1516; Engin (n 1) 41; Antalya (n 1) 1562.

⁵⁵ Dural ve Öz (n 1) N.1557; Engin (n 1) 183; Yılmaz (n 2) 217; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1516; Engin (n 1) 186.

⁵⁶ Engin (n 1) 181.

⁵⁷ Dural ve Öz (n 1) N.1557; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.54; Engin (n 1) 186; Çabri (n 1) C.II, 109.

⁵⁸ Dural ve Öz (n 1) 1557.

⁵⁹ Engin (n 1) 184; Çabri, C.II (n 1) 109. Yargıtay 14 HD, 2016/3837, K. 2017/267, 16.1.2017: "*yoksun olanın altsoyu mirasbırakandan önce ölen kimsenin alt soyu gibi mirasçı olur. Ancak halefiyet kuralı yalnız zümre mirasçıları bakımından hüküm ifade eder (TMK m. 520, 521)... 'nın diğer eşinden olan altsoyu ...da zümre mirasçısı olmadığından mirasbırakana mirasçı olamaz ancak mirastan yoksunluk sadece ilgili mirasbırakana özgüdür. Miras bırakan ... 'nın eşi ... tarafından öldürülmesi üzerine mirasçılığı ... mirasbırakandan sonra altsoy bırakmadan vefat etmesi sebebiyle payı babası ... 'ya ve mirasbırakanın diğer mirasçılara geçecektir. Bu şekilde mirasçılığı ve miras paylarının tespiti gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir". <https://lib.kazanci.com.tr/>. (E.T. 21.10.2024).*



mayacağı durumlardan biri de evlat edinenin, kendi mirasbırakanına karşı yoksunluk sebebi oluşturan fiillerden birini işlemedir. Evlatlık birinci zümre mirasçısı olmasına rağmen evlat edinenin hısımlarına mirasçı olamadığı için halefiyet yolu ile evlat edinenin yerini alamaz. Evlatlığın altsoyu ancak evlatlığın evlat edinene karşı yoksunluğu gerektiren fiillerden birini işlemesi halinde onun yerini alarak halef olabilir (TMK m. 500)⁶⁰. Hüküm, atanmış mirasçı ve vasiyet alacaklısı bakımından da geçerli değildir⁶¹. Zira yoksunluk, ölüme bağlı tasarrufun hükümsüzlüğüne neden olur⁶². Katıldığımız görüş uyarınca, mirasbırakan aksini öngörmemişse ve somut olayda atanmış mirasçılar bulunuyorsa, vasiyetin hükümsüz olmasından hem yasal hem atanmış mirasçılar yararlanır⁶³. Ancak atanmış mirasçının veya vasiyet alacaklısının herhangi bir sebeple hak sahibi olamaması durumunda yedek mirasçı veya vasiyet alacaklısı belirlenmiş ise hak sahipliği anılan kişilere geçer⁶⁴.

Yoksun olan kişinin, mirasçılık sıfatını ispat eden, tereke üzerinde fiili hakimiyet kurulabilmesini ve tasarruf edilebilmesini sağlayan mirasçılık belgesini talep etmesi mümkün değildir (TMK m. 598/I-II)⁶⁵. Yargıtay ise aksi görüşte olup yerleşmiş kararlarında, yoksun olanların da mirasçılık belgesini talep edebileceklerine, yoksunluğun hukuki sonuçlarının terekenin paylaşılması sırasında gözetileceğine hükmetmektedir⁶⁶. TMK m. 578 hükmünün, yoksunluk sebebi oluşturan fiilleri işleyen kimselerin, mirasçı olamayacakları ve ölüme bağlı tasarrufla bir hak elde edemeyecekleri yönündeki açık ifadesi karşısında, yoksunluğun paylaşırma aşamasında dikkate alınacağına hükmedilmesinin yasal temeli bulunmamaktadır. Katıldığımız görüş uyarınca, mirasçı sıfatını hiç kazanmamış bir kimseye, mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin değerlendirme yerinde değildir⁶⁷. Nitekim bu kimselere

⁶⁰ Engin (n 1) 185-186.

⁶¹ İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1517; Schwander (n 4) Art.541, N.3; İmre ve Erman (n 2) 310-311; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1196; Engin (n 1) 186.

⁶² Serozan ve Engin (n 2) §5, N.52; Oğuzman (n 1) 174-175; İmre ve Erman (n 2) 192-193, 226-227; Engin (n 2) 169; Dural ve Öz (n 1) N.1553; Öztan (n 2) 347; Schwander (n 4) Art.540, N.22; Tuor ve Picenoni (n 4) Art.540/541, N.31; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.6; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1517; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) 1196.

⁶³ Çabri, C.II (n 1) 111, dn.332.

⁶⁴ Dural ve Öz (n 1) N.1557; Çabri, C.II (n 1) 110-111.

⁶⁵ Vasiyet alacaklılarına verilen belgenin, teknik anlamda mirasçılık belgesi olmadığı yönünde bkz. Miray Altunkaya, *Medeni Usûl Hukuku Açısından Mirasçılık Belgesine İlişkin Talep* (On İki Levha 2021) 52.

⁶⁶ Yargıtay 14 HD E. 2019/2322, K. 2020/3596, 11.6.2020: “*Mirasçılık belgesi istemek, maddi bir olayın varlığını ikrar ve kişiler arasındaki irs ilişkisini tesbit ettirmekten ibarettir. Mirastan çıkarma ve yoksunluk sebeplerinin gerçekleşmesi ya da mirasın reddi veya mirastan feragat edilmiş olması ilgili kişinin mirasçılık belgesinde mirasçı olarak gösterilmesine ve kendisine mirastan pay verilmesine engel bir neden değildir. Ne var ki, bu olguların hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi (tasfiyesi) sırasında gözetileceğinin hüküm yerinde gösterilmesi gerekir*”. www.lexpera.com.tr. (E.T. 01.11.2024).

⁶⁷ Çabri, C.II (n 1) 87; Oğuzman (n 1) 282, dn.77; İmre ve Erman (n 2) 333, dn.8; Altunkaya (n 64) 71; Demirsatan (23) 58, dn.25.

mirasçılık belgesinin verilmesi, paylaşma aşamasına kadar tereke üzerinde tasarrufta bulunabilme ihtimali yarattığı için hukuk aykırı ve tehlikeli bulunmaktadır⁶⁸.

III. MİRASBIRAKANI ÖLDÜRMEK VEYA ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS ETMEK (TMK M. 578/B.1)

A. Fiilin Hukuka Aykırılığı

Türk Medeni Kanunu m. 578/b.1 uyarınca, “.. *Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler*” mirastan yoksun olurlar⁶⁹. Hükmün kapsamına, ölümle sonuçlanan ve ölümle sonuçlanmamış olsa bile olumlu veya olumsuz davranışlarla⁷⁰ mirasbırakanın yaşam hakkını sonlandırmaya yönelik hukuka aykırı fiiller girmektedir⁷¹. Ölümün fiilden hemen sonra gerçekleşmesi veya fiilin belirli bir saikle işlenmesi şart değildir⁷². Mirasbırakanın kendisini değil de yakınlarını öldürme veya öldürmeye teşebbüs etme çıkarma sebebi olup TMK m. 578/b.1’in kapsamı dışındadır⁷³ (TMK m. 501/b.1). Mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs aynı zamanda bir çıkarma sebebidir⁷⁴. Yoksunluk için mirasbıra

⁶⁸ İmre ve Erman (n 2) 333, dn.8; Altunkaya (n 64) 71.

⁶⁹ Çabri, C.II (n 1) 59-60; Antalya (n 1) N.1547; Engin (n 1) 85 vd.; Tuor ve Piconi (n 4) Art.540/541, N.16; Kocayusufoğlu (n 1) 533; Schwander (n 4) Art.540, N.7; Oğuzman (n 1) 266; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.9; Dural ve Öz (n 1) N.1524; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.36; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1498; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1177. Kanlı el mirası alamaz ifadesi için bkz. Escher (n 6) Art.540, N.8.

⁷⁰ Tuor ve Piconi (n 4) Art.540/541, N.17; Oğuzman (n 1) 266; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.9. Olumsuz davranışın bir fiil niteliğini taşıması için failin o davranışı gerçekleştirmesi gerekirken hareketsiz kalmış olması aranır. Konu hakkında bkz. M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II* (16. Bası, Vedat 2021) N.42; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.38; Engin (n 1) 93; Eren (n 45) N.1900. Yargıtay 7 HD E. 2021/6804, K. 2023/673, 6.2.2023: *Davacı vekili, 26.03.2015 tarihinde ölen müvekkilinin mirasbırakanıin ikinci eşi olan davalının, mirasbırakanı hastaneye veya bakımevine götürmediğini, tedavisini ve bakımını gerektiği gibi yaptırmadığını, hastalığını davacıdan saklayarak gerekli tedaviyi almasını engellediğini, yatalak hastaların yatması için gerekli olan havalı yatağı temin etmeyerek mirasbırakanın vücudunda yaralar oluşmasına sebebiyet verdiğini, temizliğiyle ve bakımıyla ilgilenmeyerek yaraların enfeksiyon kapmasına ve enfeksiyon nedeniyle de mirasbırakanın ölümüne neden olduğunu belirterek Türk Medeni Kanunu'nun 578. maddesi gereğince davalının mirastan yoksunluğuna karar verilmesini talep etmiştir.....İlk Derece Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile, soruşturma dosyası, dinlenen tanık beyanları, soruşturma dosyası kapsamında aldırılan Adli Tıp Kurumu raporu birlikte değerlendirilerek davalının mirasbırakanın bakım ve tedavisi ile ilgilenmediği sabit görüldüğünden ve mirastan yoksunluğunu gerektirir herhangi bir eylemi bulunmadığından davalının reddine karar verilmiştir.....Bölge Adliye Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile, İlk Derece Mahkemesi kararının usule, yasaya uygun ve delillerin değerlendirilmesinde isabetli olduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir... Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 6100 Sayılı Kanun'un 370. maddesinin birinci fıkrası uyarınca onanmasına. oybirliğiyle karar verildi”. <https://lib.kazanci.com.tr/>. (E.T. 10.10.2024).*

⁷¹ Çabri, C.II (n 1) 59-60; Tuor ve Piconi (n 4) Art.540/541, N.16; Wildisen (n 10) N.2.

⁷² Engin (n 1) 78, 87-88, 100; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1499; Çabri, C.II (n 1) N.60; Tuor ve Piconi (n 4) Art.540/541, N.19.

⁷³ Engin (n 1) 91; Kocayusufoğlu (n 1) 532; Çabri, C.II (n 1) 59.

⁷⁴ Serozan ve Engin (n 2) §5, N.33, 41. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Engin (n 1) 69, 78.



kanı hukuka aykırı şekilde ve kasten öldürme veya öldürmeye teşebbüs yeterlidir. Fiilin suç oluşturması, ceza yargılamasına konu olması veya mahkûmiyet aranmaz⁷⁵. Zira hükümde, anılan davranışların ceza hukuku alanında sonuç doğurması şartı bulunmamaktadır. Ancak her iki fiilin de aynı zamanda TCK m. 81-83 uyarınca, öldürme ve öldürmeye teşebbüs suçunun maddi unsurlarından⁷⁶ olması nedeniyle fail hakkında ceza mahkemesinde esasa ilişkin nihai karar verilmesinin yoksunluğun tespitine ne ölçüde etki edeceği sorunu ile karşılaşılır. Bu konudaki değerlendirmelerimiz, mirastan yoksunluk bakımından gerçekleşebilecek ihtimallerle sınırlı olarak yapılacaktır. TBK m. 74 uyarınca, hukuk hâkimi ceza mahkemesinin kusurun varlığına ve derecesine, ayırt etme gücüne, zararın belirlenmesine ilişkin tespitlerinden ve beraat kararından bağımsızdır⁷⁷. Katıldığımız görüş uyarınca, hükmün zıt anlamından çıkan sonuç, yasa koyucunun sessiz kaldığı durumlarda, hukuk hakiminin ceza mahkemesi kararıyla bağlı olduğunu göstermektedir⁷⁸. Dolayısıyla hukuk hakiminin, ceza mahkemesi kararlarından bağımsızlığı nisbidir⁷⁹.

“*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*” başlığı altında yer alan TBK m. 74, TMK m. 5 atfı ile mirastan yoksunluğun tespiti davaları bakımından da uygulama alanı bulur⁸⁰. Yoksunluğun tespiti davasında, ceza yargılamasının, hukuk hakimine etkisinin belirlenmesinde, TBK m. 74 hükmünün amacından hareket edilmelidir. Katıldığımız görüş uyarınca, hükmün amacı, ceza mahkemesinde yapılan tespitler

⁷⁵ Engin (n 1) 79, 88; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.10; Çabri, C.II (n 1) 56-57; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.40; Dural ve Öz (n 1) N.1525; Öztan (n 2) 344; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 533; Escher (n 6) Art.540, N.8; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.16; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1501; Oğuzman (n 1) 266; Ayan ve Ayan (n 2) 302; Yılmaz (n 2) 211.

⁷⁶ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2023) 114.

⁷⁷ Oğuzman ve Öz (n 70) N.249; Eren (n 45) N.2574; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Ajans-Türk 1961) 349; Ozan Tok, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılaması Üzerindeki Etkisinin Hukuki Niteliği Üzerine” (2016) 22 (2) MÜHFHAD 437, 439; Ahmet Kılıçoğlu, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi” (1973) XXIX (3-4) AÜHFD 185, 187; Kadir Berk Kapanıcı, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)” (2016) 7 (1) İÜHFD 511, 515 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Servet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7.Bası, Filiz 1993) 711; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23.Bası, Turhan 2019) 587; Derya Belgin Güneş, *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri* (On İki Levha 2019) 33; Öz Seçer, “Ceza Hukuku Kurallarının Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Haksız Fiil Hükümleri ile İlişkisi” Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan (Beta 2014) 2647, 2649.

⁷⁸ Tok (n 77) 440-441; Güneş (n 77) 55; Escher (n 6) Art.540, N.5. Aksi yönde Roland Brehm, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR* (5.Auflage, Stämpfli 2021) Art.53, N.23; Christoph Müller, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht- Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR* (Hrsg. Yeşim M. Atamer ve Andreas Furrer) (4.Auflage, Schulthess 2023) Art.53, N.12.

⁷⁹ Kılıçoğlu, “Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi” (n 77) 193, 196; Kılıçoğlu (n 77) 591; Kapanıcı (n 77) 516.

⁸⁰ Tok (n 77) 440; Kılıçoğlu, “Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi” (n 77) 206; Güneş (n 77) 84-86; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.10; Brehm (n 78) Art.53, N.12; Müller (n 78) Art.53, N.2.

ile hukuk mahkemesinin önündeki davada ispatı gereken vakıalar arasında özdeşlik olması halinde ceza mahkemesi kararının bağlayıcı olmasıdır⁸¹. Fiilin var olup olmadığı, var ise sanık tarafından işlenip işlenmediği maddi vakıanın tespiti ile belirlenecektir. Bağlayıcılığın değerlendirilmesinde kararın türüne değil, içeriğinin önemine vurgu yapılarak hukuk hakiminin, ceza yargılamasında kesin olarak tespit edilen maddi vakıalarla bağlı olduğu savunulmaktadır⁸². Mirastan yoksunlukta, ceza ve hukuk mahkemesi önündeki uyuşmazlıkta, fiil aynı olup davalar arasında bağlantı bulunduğu için hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinin vereceği kesin hüküm niteliğindeki nihai kararı bekletici sorun yapmasında yarar vardır (HMK m. 165/I)⁸³.

Türk Borçlar Kanunu m. 74 hükmünde, ceza mahkemesinde tespit edilen maddi vakıaya ilişkin hukuka aykırılık değerlendirmesinin hukuk mahkemesine etkisi konusunda düzenleme bulunmamaktadır. Mirasbırakanı öldürme veya öldürmeye teşebbüs, kamu ve özel hukuk kaynaklı genel davranış normunun ihlal ettiği⁸⁴ için her iki disiplin bakımından da hukuka aykırılıdır⁸⁵ (TMK m. 23, TBK m. 49, TCK m. 81-83). Başka bir ifadeyle, ceza mahkemesinde fiilin, suçun unsuru olduğuna hükmedilmesiyle aynı zamanda hukuka aykırılığı da tespit edilecektir⁸⁶. Bu doğrultuda,

⁸¹ Güneş (n 77) 60; Buse Dişel, “Ceza Mahkemesinin Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi ve Bekletici Sorun Yapılması” Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan (2009) 11 (Özel Sayı) DEÜHFD 183, 193.

⁸² Tandoğan (n 77) 353-354; Kılıçoğlu, “Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi” (n 77) 208; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 77) 714; Tok (n 77) 443. Ceza mahkemesi kararının fiilin ve hukuka aykırılığın tespiti bakımından bağlayıcı olduğu yönünde bkz. Escher (n 6) Art.540, N.5. Bağlayıcı olmadığı yönünde Brehm (n 37) Art.53, N.26-27; Eren (n 45) N.2574. Yargıtay 11 HD E. 2020/6802, K. 2021/2318, 11.3.2021: “..davalının ceza kovuşturmasından beraat ettiğine dair savunma yönünden ise TBK’nın 74. maddesi gereğince, hakim in ceza hukukunun mesuliyete dair hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile de bağlı olmadığı, ancak ceza mahkemesinin kararının, maddi olayların saptanması açısından hukuk hakimini bağladığı, ceza davasında sanık olan davalının delil yetersizliğinden beraat ettiği, bu kararın hukuk hakimini bağlamayacağı...”. <https://lib.kazanci.com.tr/>. (E.T. 01.11.2024).

⁸³ Güneş (n 77) 74, 249, 253-254. Yargıtay HGK E. 2017/4-1332, K. 2021/973, 7.7.2021: “..bir davada hüküm verilmesi, başka bir davada incelenmekte ve kesin olarak karara bağlanacak olan bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise, mahkeme o davanın sonuçlanmasını beklemek üzere yargılamayı erteleyebilir. O davanın sonuçlanmasını kendi bakmakta olduğu dava için bekletici sorun yapabilir. Davaların aynı sebepten doğması veya biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek nitelikte bulunması hâlinde iki dava arasında bağlantı var sayılır”. <https://lib.kazanci.com.tr/>. (E.T. 02.11.2024). Yoksunluk bakımından da Yargıtay kesinleşmiş mahkûmiyet kararı aramaktadır. Yargıtay 16HD E. 2016/4849, K. 2018/7189, 29.11.2018: “..Temyiz talebinde bulunan ...’un, davacı ... oğlu olan babası...’u kasten öldürmekten ... 4. Ağır Ceza Mahkemesi’ninKarar sayılı kesinleşmiş ilamıyla mahkum edildiği, miras bırakanını kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmenin TMK’nun 578/1. maddesi gereğince mirastan yoksunluk sebebi olduğu, yasa gereği yoksun olan ...’un temyizde hukuki yararının bulunmadığı anlaşılma, temyiz inceleme isteminin REDDİNE”. www.lexpera.com.tr. (E.T. 01.11.2024).

⁸⁴ Oğuzman ve Öz (n 70) N.47-49; Eren (n 45) N.1816; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 77) 476.

⁸⁵ Her iki alan bakımından ortak bir kavram olduğu yönünde Güneş (n 77) 165. Özel hukuktaki hukuka aykırılık unsurunun, ceza hukukundaki yasal unsur ve hukuka aykırılık unsurlarıyla benzerlik gösterdiği yönünde Kapancı (n 77) 524.

⁸⁶ Dişel (n 81) 194; Kapancı (n 77) 524-525.



mahkûmiyet kararının mirasbırakanı öldürmenin ve öldürmeye teşebbüsün tespitine ve hukuka aykırılığına ilişkin kısmı, hukuk hâkimi açısından bağlayıcı olup aynı konuda yeniden inceleme yapılması mümkün değildir⁸⁷. Zira ceza mahkemesinde, fiilin sanık tarafından işlendiği veya teşebbüs aşamasında kaldığı ve hukuka aykırı olduğu kesin olarak tespit edilmiştir (CMK m. 223/5)⁸⁸. Güvenlik tedbirine ya da ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlar da suçu işlediği sabit olan sanık hakkında uygulandığından, hukuk hâkimi bakımından mahkûmiyet kararından farklı bir sonuç yaratmayacaktır (CMK m. 223/6, TCK m. 53-60)⁸⁹. Ancak burada, bağlayıcılık maddi vakianın tespiti ve hukuka aykırılık ile sınırlıdır. Akıl hastaları veya çocuklar bakımından ayırt etme gücüne veya kusura ilişkin değerlendirmeler hukuk hakimini bağlamaz⁹⁰. TBK m. 74 uyarınca, hukuk hâkimi kural olarak beraat kararı ile bağlı değildir. Ancak beraat kararının dayandığı sebepler bakımından bu kural mutlak değildir⁹¹. Şöyle ki sanığın suçu işlemediğinin sabit olması hususunda ceza mahkemesince yapılan maddi vakia tespiti hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcıdır⁹² (CMK m. 223/2, b). Zira bu ihtimalde, maddi vakianın sanık tarafından gerçekleştirilmediği kesin olarak tespit edilmiştir. Şüpheden sanık yararlanır (*in dubio pro reo*) ilkesi gereği, fiilin sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması uygulamadaki adıyla delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat kararında ise ceza hâkimi maddi bir vakia tespiti yapmadığı için karar ile hukuk hakiminin bağlı ol-

⁸⁷ Kılıçoğlu, “Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi” (n 77) 207-208; Kılıçoğlu (n 77) 596; Kapancı (n 77) 524-525; Seçer (n 77) 2657-2658; Dişel (n 81) 193, 197; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 77) 715-716; Oğuzman ve Öz (n 70) N.252; Güneş (n 77) 162, 169. Yoksunluk bakımından TBK m. 74’e dayanarak mahkûmiyet kararı gerekliliğinden kaçınılmasının söz konusu olamayacağı yönünde Demirsatan (n 23) 56. Ceza mahkemesi kararının hukuka aykırılık açısından kesin delil etkisi bulunduğu yönünde Kapancı (n 77) 525. Yargıtay HGK E. 2022/11-660, K. 2023/1066, 8.11.2023: “... maddi olayları ve yasak eylemlerin varlığını belirleyen ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır. Bu anlamda Yargıtayın yerleşik uygulamasına ve öğretideki genel kabule göre maddi vakianın tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir”. <https://lib.kazancı.com.tr/>. (E.T. 05.11.2024).

⁸⁸ Dişel (n 81) 193; Güneş (n 77) 169-170; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (11. Baskı, Seçkin 2023) 830-831, 836. Bu tespit, fiilin ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunduğunu da içerdiği için mahkûmiyet kararının nedensellik bağına ilişkin kısmının da hukuk hâkimi bakımından bağlayıcı kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Seçer (n 77) 2657; Güneş (n 77) 165; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 77) 716; Aksi yönde Dişel (n 81) 206-207; Kapancı (n 77) 532; Müller (n 78) Art.53, N.18; Brehm (n 78) Art.53, N.28. Suçun maddi unsurları arasında yer aldığı için nedensellik bağının bulunmaması nedeniyle verilen beraat kararları bakımından ceza yargılaması tespitlerinin, hukuk mahkemesini bağladığı yönünde Güneş (n 77) 184.

⁸⁹ Güneş (n 77) 169, 186. Güvenlik tedbirlerine ilişkin karar ile ceza verilmesine yer olmadığı kararları hakkında bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 88) 828-829, 831.

⁹⁰ Güneş (n 77) 169-170.

⁹¹ Oğuzman ve Öz (n 70) N.251.

⁹² Yenisey ve Nuhoğlu (n 88) 831; Tandoğan (n 77) 353; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 77) 715.

madığı kabul edilmektedir⁹³ (CMK m. 223/2, e). Resen araştırma ilkesinin hâkim olduğu ve taraf delilleri ile bağlı ve sınırlı olmaksızın yargılama faaliyeti yürüten ceza mahkemesince, bir kimsenin öldürme veya öldürmeye teşebbüs fiilini işlediği yönünde maddi bir vakıa tespiti yapılamaması eş deyişle fiilin sanık tarafından işlendiğinin sabit olduğu sonucuna varılamaması halinde, yoksunluğun tespitine ilişkin yargılamayı yürüten hukuk hakiminin aksi yönde bir sonuca ulaşmasıyla nadiren karşılaşılabacaktır.

Ceza yargılaması sırasında failin ölümü, genel veya özel af veya zamanaşımının dolması nedeniyle düşme kararı, red veya durma kararı verilmesi halinde vakıalara ilişkin bir tespit yapılması söz konusu olmadığından hukuk hakiminin düşme⁹⁴, durma ve red kararı ile bağlı olmadığını kabul etmek gerekir⁹⁵. Bu nedenle bir kimsenin ceza yargılaması sırasında ölmesi, dava zamanaşımının dolması veya suçun af⁹⁶ kapsamına girmesi halinde hukuk mahkemesince yoksunluğun tespiti kararı verilebilir.

B. Hukuka Aykırılığı Kaldıran Sebepler

Mirasbırakanı öldürme ve öldürmeye teşebbüs etme halinde, fiilin hukuka aykırılığını kaldıran bir sebebin bulunması halinde mirastan yoksunluk söz konusu olmaz⁹⁷. Hukuka aykırılığı kaldıran sebepler, kişilik hakkının korunmasına özgü

⁹³ Kılıçoğlu, “Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi” (n 77) 198; Müller (n 78) Art.53, N.5; Tandoğan (n 77) 353; Oğuzman ve Öz (n 70) N.251; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 77) 715; Kapancı (n 77) 535. Sorumluluk hukuku bakımından yapılan değerlendirmede, sanığın fiili işlediğinin sabit görülmemesine rağmen hukuk hakiminin aynı kişinin hukuka aykırı fiili işlediği gerekçesiyle tazminata mahkûm etmesinin çelişki yaratacağı, bu nedenle de sanığın fiili işlediğinin sabit olmaması nedeniyle verilen beraat kararlarının, hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı olduğunun kabulü gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Güneş (n 77) 181-182.

⁹⁴ Ölmüş kişi hakkında soruşturma yapılması söz konusu olmadığı gibi kovuşturma aşamasında da ölümün kamu davasının düşürülmesine neden olması halinde ölen kişi hakkında suç teşkil eden bir fiil işlemiş olduğu yönünde özel hukuk mahkemesince yapılan tespit, ölümden sonra Anayasa m. 38/IV ve AİHS m. 6’daki temel hakkın ihlal edilmesi anlamına gelmeyeceği yönünde Demirsatan (n 23) 56 ve dn.18.

⁹⁵ Yargıtay 10 HD E. 2022/5348, K. 2022/9726, 23.6.2022: “Suç duyurusu üzerine açılan ceza davalarında; nitelikli dolandırıcılık suçunun zamanaşımından düşmüş, resmi evrakta sahtekârlık ve resmi kurumlar zararına dolandırıcılık suçundan açılan ceza davası ise delil yetersizliğinden beraatlerine karar verilmişse de ceza davalarında belgenin gerçeğe uygun olduğu yönünde, maddi bir tespit yapılmamıştır. Söz konusu belgenin gerçeğe aykırı olduğu ise açıktır. Ceza davalarında maddi olaya ilişkin tespit yapılmadığından, hukuk mahkemesi yönünden bağlayıcı değildir”. <https://lib.kazanci.com.tr/>. (E.T. 05.11.2024).

⁹⁶ Serozan ve Engin (n 2) §5, N.40; Eren (n 2) N.1178; Engin (n 1) 91; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1178; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 542. Yargıtay 2 HD E. 2008/2766, K. 2009/7790, 22.4.2009: “Mirasbırakan Fatma’nın eşi Cemal davadan önce vefat etmiş olup, mirasçıları da davacılarıdır. Ağır Ceza Mahkemesindeki yargılamada sanık Cemal vefat ettiğinden davanın düşmesine karar verilmiştir. ...Mahkemece yapılacak iş, ceza dosyası da incelenerek mirastan yoksunluk sebebinin bulunup bulunmadığının tespiti ve sonucuna göre karar vermektir”. <https://lib.kazanci.com.tr/>. (E.T. 05.11.2024).

⁹⁷ Schwander (n 4) Art.540, N.8; Wildisen (n 10) Art.540, N.3; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.9, Çabri, C.II (n 2) 60-61; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540-541, N.20; Engin (n 1) 93-94; Escher (n 6) Art.540, N.8; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 533; Oğuzman (n 1) 266.



TMK m. 24/II'de rıza, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ile yasanın verdiği yetki; haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK m. 63'te ise haklı savunma, zorunluluk hâli ve hakkını kendi gücü ile koruma olarak düzenlenmiştir. Anılan sebepleri, mirasbırakanı öldürme ve öldürmeye teşebbüs bakımından incelerken, fiilin yöneldiği kişilik değerinin yaşam hakkı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Sırasıyla değerlendirmek gerekirse, hukukumuzda yaşam hakkının sonlandırılması konusunda müdahalelere geçerli bir rıza beyanında bulunulamayacağı için mirasbırakanın rızası ile fiil hukuka uygun hale gelmeyecek ve yoksunluk engellenemeyecektir (TMK m. 23/I)⁹⁸. Yaşam hakkı üzerinde serbestçe tasarruf edilmesi iç hukukumuzda ve iç hukukumuzun parçası haline gelmiş düzenlemelerde yasaklanmıştır (AY m. 12, 17/II, TMK m. 24/II, TŞSTİDK m.70, HHY m. 5/d, 22, 24, AİHS m. 2). Doktrinde, ötenazinin, TMK m. 578'in amacıyla çatışmadığı ve mirasbırakanın yaşamına son verilmesi yönündeki isteğinin cezai sorumluluğu saklı kalmak üzere af olarak nitelenebileceği düşüncesi ile yoksunluğa neden olmayacağı savunulmaktadır⁹⁹. Kanımızca, TMK m. 578'in amacı, ötenazinin hukuka aykırılığını aşacak şekilde anlaşılmalıdır. Hükmün ifadesinde hukuka aykırılığın açıkça yer alması karşısında hâkimin yorum yoluyla ötenazinin yoksunluğa engel bir sebep olduğu sonucuna varması mümkün görünmemektedir (TMK m. 23, HHY m. 13/I). Ayrıca muhtemel bir ceza yargılamasında verilecek mahkûmiyet kararında tespit edilen öldürme fiili, yoksunluğun tespitinde hukuk hakimini de bağlayacaktır. Mirasbırakanın rızası ile yapılan tıbbi müdahale sırasında veya sonrasında yaşamının sonlanması halinde ise müdahalenin rıza dışındaki unsurlarının hukuka uygun olması eş deyişle hatalı bir tıbbi müdahale bulunmaması halinde yaşam hakkı ihlalinden bahsedilemeyeceği için mirastan yoksunluk söz konusu olmaz. Günlük hayatta sıklıkla karşılaşılmayacaksa da böyle bir örnek, müdahaleyi yapan hekimin veya yetkili sağlık personelinin mirasçı, vasiyet alacaklısı ya da lehine yükleme yapılan kişi olması halinde mümkündür.

Saldırımı hukuka uygun hale getiren sebeplerden bir diğeri üstün özel yarardır¹⁰⁰. Üstün özel yarar mirasbırakana, faile veya üçüncü kişiye ait olabilir. Birden fazla

⁹⁸ Engin (n 1) 95; Tuor ve Picenoni (n 4) Art.540/541, N.17; Dural ve Öğüz (n 46) N.746; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 45) N.670; Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, (MK md.24a fıkra I/İMK md.28a/I fıkra I) (Beta 2001) 103; Seda Kara Kılıçarslan, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar* (On İki Levha 2015) 30-31; Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (On İki Levha 2021) 182.

⁹⁹ Wildisen (n 10) Art.540, N.3; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.9; Schwander (n 4) Art.540, N.8; Tuor ve Picenoni (n 4) Art.540/541, N.20; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 534; Oğuzman (n 1) 266; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.36; Engin (n 1) 96-97; Dural ve Öz (n 1) N.1526. Afla ilgili hükümlerin dar yorumlanması çekincesi ile bu görüşe katılan yazar için bkz. Escher, Art. 540, N. 8. Öldürülen mirasbırakanın ölüm fiiline razı olmasının yoksunluğu ortadan kaldıracığı yönünde bkz. Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1180. Ötenazide mirasbırakana karşı TMK m. 578/b. 1 anlamında işlenmiş bir fiilin söz konusu olmadığı yönünde Çabri, C.II (n 1) 63.

¹⁰⁰ Kara Kılıçarslan (98) 32, 51 vd.; Erlüle (n 98) 186; Dural ve Öğüz (n 46) N.749; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 45) N.686; Helvacı (n 98) 126.

menfaatin çatışması halinde, üstün olanın değerlendirilmesinde, kişilik değerleri arasında yapılmalıdır¹⁰¹. Mirasbırakanın bilincinin kapalı olduğu ve derhal müdahale edilmemesi halinde yaşamının tehlike altında bulunduğu bir durumda, yaşam hakkının, müdahaleye rıza gösterme hakkından üstün olduğu gözetilerek rızası alınmaksızın yapılan müdahale hukuka aykırı sayılmayacaktır (HHY m. 24). Böyle bir durumda müdahalenin, üstün özel yarar dışındaki hukuka uygunluk şartları bulunduğu sürece mirasbırakanın yaşamını yitirmesi, müdahale eden kişi bakımından yoksunluk sebebi olarak değerlendirilmeyecektir. Failin veya üçüncü kişinin üstün yararının, hukuka aykırılığı önlemesi haklı savunmada karşımıza çıkmaktadır¹⁰². Nitekim doktrinde, saldırının üçüncü kişi veya failin üstün yararı sebebiyle hukuka aykırı sayılmamasının, haklı savunmanın varlığı hainde mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁰³. Bu anlamda, haklı savunma, failin veya üçüncü kişinin üstün yararın korunmasının özel bir görünümüdür¹⁰⁴. Haklı savunmanın yoksunluğu engelleyeceği açıksa da¹⁰⁵ kapsamına failin veya üçüncü kişinin kişilik değerlerinin yanında malvarlığı değerlerinin korunmasının da girmesi bazı tereddütlere neden olmaktadır. Şöyle ki öldürme veya öldürmeye teşebbüs halinde yoksunluk açısından mirasbırakanın yaşamı karşısında fail veya üçüncü kişinin kişilik değerleri dışındaki malvarlığı değerlerinin korunmasının mümkün olup olmadığı sorunu ile karşılaşılır. Esasen bu sorun, ceza hukuku bakımından da tartışılmaktadır¹⁰⁶.

Malvarlığına yönelen bir saldırının, failin yaşamına yönelik bir savunma ile bertaraf edilmesini tümüyle reddetmek mümkün değilse bile somut olayın özellikleri çerçevesinde dikkatle değerlendirme yapılmalı ve haklı savunmanın sınırlarının

¹⁰¹ Kara Kılıçarslan (98) 51 vd.; Erlüle (n 98) 186, 189; Dural ve Ögüz (n 46) N.753; Helvacı (n 98) 126-127.

¹⁰² Kara Kılıçarslan (98) 53-54; Erlüle (n 98) 186, 189; Dural ve Ögüz (n 46) N.746; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 45) N.670.

¹⁰³ Kara Kılıçarslan (98) 53-54; Erlüle (n 98) 186, 189; Dural ve Ögüz (n 46) N.750; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 45) N.694.

¹⁰⁴ TBK m. 63 uyarınca, zorunluluk hali, malvarlığı hakkına yönelik müdahaleler bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olup mirasbırakanı hukuka aykırı olarak öldürme ve öldürmeye teşebbüs hakkında uygulama alanı bulmayacaktır. Zorunluluğa ilişkin olarak bkz. Oğuzman ve Öz (n 70) N.83-85; Eren (n 45) N.1884 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 77) 487 vd. TBK m. 63/II'de hukuka aykırılığı kaldıran haller başlığı altında düzenlenen zorunluluk, TCK m. 25/2'de kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle CMK m. 223/3, b uyarınca, suçun zorunluluk hâli etkisiyle işlenmesi hâlinde sanık hakkında, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği düzenlemesi yer almaktadır. Konu hakkında bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 88) 829-830, İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Seçkin 2023) 314.

¹⁰⁵ Haklı savunmanın varlığı halinde mirastan yoksunluğun söz konusu olmayacağı yönünde bkz. Tuor ve Piconi (n 4) Art.540-541, N.20; Engin (n 1) 93-94; Escher (n 6) Art.540, N.8; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 533; Schwander (n 4) Art.540, N.8; Oğuzman (n 1) 266; Dural ve Öz (n 1) N.1524; İmre ve Erman (n 2) 308; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.36.

¹⁰⁶ Bu endişenin yersiz olduğu yönünde Özgenç (n 104) 364, dn.504.



aşılıp aşılmadığı incelenmelidir¹⁰⁷. Örneğin mirasbırakanın, mirasçının çocuklarının da içinde olduğu otomobilini yakmaya başlaması halinde esasen saldırı malvarlığına yöneliktir. Böyle bir örnekte saldırı, aynı zamanda otomobilin içindeki çocukların yaşam ve beden bütünlüğü değerlerini de etkilemektedir. Mirasçının, çocuklarını korumak amacıyla mirasbırakanı engellemeye çalıştığı sırada mirasbırakanın yaşamını yitirmesi haklı savunma olarak değerlendirilebilir. Ancak aynı örnekte yalnızca otomobilin yakılmaya başlanması, mirasbırakanın yaşam hakkına yönelik bir müdahale ile bertaraf edilmiş ise haklı savunma söz konusu değildir.

Yaşam hakkının aralarında yer aldığı temel haklar, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve yasayla sınırlanabilir (AY m. 13). Anayasa m. 17/IV uyarınca, “*meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme filleri, birinci fıkra hükmü dışındadır*”. Hükümde ifadesini bulan birinci fıkrada, yaşam hakkına açıkça yer verilmiştir. Kamu düzenin korunması ve dolaylı olarak kamu yararına yönelik bu hükmün kapsamında kalan haller, esasen TMK m. 24/II’de ifadesini bulan yasanın verdiği bir yetkinin kullanılmasını karşılamaktadır¹⁰⁸. Yasanın verdiği bir yetkinin kullanılması sırasında yaşam hakkına yönelik müdahale hukuka uygun sayılır. Bu noktada yetkinin dayandığı özel yasal düzenlemeler dar yorumlanmalı ve şartların gerçekleşip gerçekleşmediği özenle incelenmelidir¹⁰⁹. Son olarak bir kimsenin kendi hakkını kendi gücü ile koruması yaşam hakkı karşısında hukuka aykırılığı kaldıran bir neden olarak değerlendirilemez.

Hukuk mahkemesinde yoksunluğın tespitine ilişkin yargılamada, hukuka aykırılığı kaldıran hallere özgü özel hukuka ilişkin hükümler esas alınmalıdır¹¹⁰. Öldürme fiiline rıza ve bir hakkın kullanılması dışındaki hukuka uygunluk sebeplerinin, somut olayın özellikleri çerçevesinde mirastan yoksunluk bakımından uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte fail hakkında ceza yargılaması sonucunda fiilin sanık tarafından işlenmesine rağmen bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması nedeniyle beraat kararı verilmesi halinde ise (CMK m. 223/2, d), hukuk hakiminin beraat kararı ile bağlı olup olmadığı tartışmalıdır¹¹¹. Ceza hukuku bakımından

¹⁰⁷ TCK’de saldırının yöneldiği hakkın niteliği bakımından bir sınırlama bulunmadığı yönünde Özgenç (n 104) 364. Aynı esasın TBK m. 63/II bakımından da kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁰⁸ Nitekim doktrinde yasanın verdiği yetkinin kullanılmasına esas olan, hükümlerin düzenlenme amacının kamu yararı olduğu yönünde Erlüle, 191-192.

¹⁰⁹ Mehmet Beyhan Seçkin, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi” (2016) 2 ABD 420, 425-426.

¹¹⁰ Schwander (n 4) Art.540, N.8; Wildisen (n 10) N.2; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.9; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.36, dn.31.

¹¹¹ Ceza yargılamasında hukuka uygun sayılan bir fiilin, hukuk yargılamasında hukuka aykırı olarak

hukuka uygunluk nedenleri, yasa hükmü ve amirin emri (TCK m. 24/1-2), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m. 26/2) olarak düzenlenmektedir. Öldürme fiiline rıza ve bir hakkın kullanılması dışındaki hukuka uygunluk sebeplerinin, TBK m. 63/II hükmündeki haklı savunma, yasanın verdiği bir yetkinin kullanılması ile örtüştüğü görülmektedir. Zira öldürme ve öldürmeye teşebbüs bakımından, diğer hukuka uygunluk sebepleri, uygulama alanı bulmayacaktır. Nitekim rıza bakımından bu husus, TCK m. 26/2'de kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin rızasının cezasızlığa neden olacağı şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle mirasbırakanı öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden fail hakkında, meşru savunma veya yasa hükmünü yerine getirme ve yetkili merciin emri hukuka uygunluk sebeplerine dayalı olarak beraat kararı verilmesi halinde hukuk hakiminin bununla bağlı olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu kuralı katı bir şekilde uygulamak, somut olayın özelliğine aykırı düştüğü hallerde, hukuk hakiminin, ceza mahkemesi kararından ayrılabilceğini kabul etmek daha adil bir yaklaşım olur. Bu halde hukuk hakiminin gerekçesinde, ceza mahkemesinden farklı yöndeki tutumunu açıklaması beklenir.

C. Kast

Hukuka aykırı olarak mirasbırakanı öldürme veya öldürmeye teşebbüs, failin kastının varlığı halinde yoksunluğa sebep olur¹¹². Hukuka aykırı fiilin kasten işlenmesi, kusurun subjektif unsuru olan ayırt etme gücünün varlığını gerektirir¹¹³. Kusurun en ağır derecesi olan kast, hukuka aykırı fiilin bilinmesi ve istenmesini anlatır¹¹⁴. Kastın varlığı için sonuca yönelik istek şart ise de failin fiili hangi saikle işlediğinin önemi bulunmamaktadır¹¹⁵. Failin, sonucu isteyerek hareket etmesi doğrudan kast (*dolus directus*), sonucu doğrudan istememekle birlikte sonucun gerçekleşmesini göze alması dolaylı kast (*dolus eventualis*) olarak açıklanmaktadır¹¹⁶. Mirastan yok-

değerlendirilmesinin hukuk düzeni bakımından çelişki yaratacağı yönünde Güneş (n 77) 178-179. Hukuk hâkiminin hukuka uygunluk nedenleri bakımından ceza hâkiminden ayrılabilceği yönünde Brehm (n 78) Art.53, N.26. Bağlayıcılığın değerlendirilmesinde, hukuka uygunluk sebeplerinin ceza hukuku ve borçlar hukukunda tamamen örtüşmediğinin göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde Tandoğan (n 77) 354.

¹¹² Çabri, C.II (n 1) 59-60; Antalya (n 1) N.1547; Engin (n 1) 98; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.17, 20; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 533; Schwander (n 4) Art.540, N.9 Oğuzman (n 1) 266; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.9; Dural ve Öz (n 1) N.1524; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.37; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1498; Eren ve Yücer Aktürk (n 2) N.1177; Escher (n 6) Art.540, N.8.

¹¹³ Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.20; Engin (n 1) 98; Oğuzman ve Öz (n 70) N.167.

¹¹⁴ Kusurun, subjektif bir değerlendirmeyi gerektirdiği, bu nedenle failin kendisinin önem taşıdığı, failin iradesinin kınanabilir olup olmadığının saptanması için ayırt etme gücünün bulunması gerektiği yönünde Kapancı (n 77) 526.

¹¹⁵ Tandoğan (n 77) 48; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 77) 493. Yoksunluk bakımından bkz. Engin (n 1) 78, 87-88, 100; İnan, Ertaş ve Albaş (n 2) N.1499; Çabri, C.II (n 1) N.60; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.19.

¹¹⁶ Tandoğan (n 77) 47; Oğuzman ve Öz (n 70) N.158.



sunluk için her iki kast türü de yeterlidir¹¹⁷. Hâkim görüşüne göre, ölümle sonuçlanan yaralama fiilleri, öldürmeye yönelik kast bulunmadığı için TMK m. 578/b.1 kapsamına dahil değildir¹¹⁸. Doktrinde bir kimsenin geçici ayırt etme gücünü kaybettiği sırada mirasbırakanı öldürmesi veya öldürmeye teşebbüs etmesi halinde, ayırt etme gücünün failin ihmali ile kaybedilmesi halinde yoksunluğun gerçekleşmeyeceği aksi halde kişinin mirastan yoksun olacağı kabul edilmektedir¹¹⁹. Kanaatimizce, ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedilmesi halinde, fail kusurlu olsa bile yoksunluğun gerçekleşmeyeceği kabul edilmelidir. Zira bu halde, fail kusuru ile kaybetmiş olsa bile fiil ayırt etme gücünün bulunmadığı bir sırada işlendiği için mirasbırakanın yaşamının sona erdirilmesine yönelik kast bulunmamaktadır. Bu bakımdan mirasbırakanı ayırt etme gücü var iken öldürmeye cesaret edemeyen bir mirasçının, onu öldürebilmek için bir miktar ilaç olarak ayırt etme gücünü kaybetmiş olması halinde ise yoksunluğun gerçekleşeceğinin düşünülebileceği kanaatindeyiz.

Türk Borçlar Kanunu m. 74 uyarınca, hukuk hâkimi ceza mahkemesinin kusuru varlığına ve derecesine, ayırt etme gücüne ilişkin tespitlerinden bağımsızdır¹²⁰. Ayırt etme gücü bakımından başlamak gerekirse, ceza ve hukuk yargılamalarının yaklaşımının birbirinden farklı olduğu görülür¹²¹. Ceza hukukunda ayırt etme gücü, kategorik bir yaklaşımla yaş gruplarına göre değerlendirilmektedir (TCK m. 31). Medeni hukuk bakımından ise ayırt etme gücü, akla uygun şekilde davranabilme yeteneğidir¹²². Nisbi bir kavram olan ayırt etme gücünün var olup olmadığı, somut olayın özellikleri doğrultusunda, kavranması gereken olgunun ağırlığına bağlı olarak değişebileceği için yaş grupları bakımından bir sınırlama yer almamaktadır¹²³. Bu nedenle yoksunluğun tespitinde, mirasbırakanı öldürme veya öldürmeye teşebbüs fiilinin anlamını ve sonuçlarını değerlendirme bakımından failin ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı konusunda hukuk hâkimi, ceza yargılamasından bağımsızdır¹²⁴.

¹¹⁷ Eren (n 2) N.1177; Schwander (n 4) Art.540, N.9; Dural ve Öz (n 1) N.1524; İmre ve Erman (n 2) 310; Serozan ve Engin (n 2) §5, N.37; Hrubesch-Millauer (n 11) Art.540, N.9; Wildisen (n 10) N.2.

¹¹⁸ Escher (n 6) Art.540, N.8; Tuor ve Picononi (n 4) Art.540/541, N.20.

¹¹⁹ Çabri, C.II (n 1) 56.

¹²⁰ Oğuzman ve Öz (n 70) N.249; Eren (n 45) N.2574; Tandoğan, (n 77) 349; Tok (n 77) 439; Kılıçoğlu, “Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi” (n 77) 187, 197; Kapancı (n 77) 515 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Atilla (n 77) 711; Kılıçoğlu (n 77) 587; Güneş (n 77) 33; Seçer (n 77) 2649; Brehm (n 77) Art.53, N.19; Müller (n 77) Art.53, N.9.

¹²¹ Kapancı (n 77) 530.

¹²² Rona Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku (6.Baskı, Vedat 2015) 430; Dural ve Ögüz (n 46) N.287; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 45) N.162.

¹²³ Kılıçoğlu, “Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi” (n 77) 195; Serozan (n 122) 431; Kapancı (n 77) 530; Gökhan O. Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3* Osman Gökhan Antalya (editör) (2.Bası, Seçkin 2019) N.2695

¹²⁴ Beraat kararı bakımından bağımsız olduğu buna karşılık ceza hukukunda ayırt etme gücünün daha dar olması nedeniyle ayırt etme gücünün varlığını tespit eden ceza mahkemesi kararları ile bağlı olduğu yönünde Antalya (n 123) 2696, 2698. Mahkûmiyet kararı için hukuk mahkemesinin failin

Bu nedenle yoksunluğun tespitinde, failin ceza ehliyetinin bulunup bulunmaması önem taşımamaktadır¹²⁵. Nitekim akıl hastalığı sebebiyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilen bir kişi hakkında yürütülen yoksunluğun tespiti davasında da hâkim, kişinin mirasbırakanı öldürme veya öldürmeye teşebbüs etmesinin anlamını ve sonuçlarını kavrayıp kavramadığını ayrıca değerlendirecektir¹²⁶. Başka ifadeyle akıl hastalığının, medeni hukuka özgü anlamı ile ayırt etme gücünü kaldırıp kaldırmadığını araştıracaktır.

Hukuk hakiminin ceza yargılamasından kusur bakımından bağımsızlığı TBK m. 74 hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Çünkü failin hukuka aykırı fiilinden sorumlu tutulabilmesi, kusurunun derecesine bağlı değildir (TBK m. 49/I). Buradan hareketle, ceza mahkemesinin, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması halinde verdiği beraat kararlarının, hukuk hakimini bağlamadığı kabul edilmektedir (CMK m. 223/2, b). Konumuz açısından bir özellik bulunmaktadır. Şöyle ki TMK m. 578 hükmünde, genel sorumluluk normu olan TBK m. 49/I'den farklı olarak kusurun her derecesi değil yalnızca kast, mirastan yoksunluğa neden olmaktadır¹²⁷. Kast hem ceza hem hukuk disiplini bakımından ortak bir kavramdır¹²⁸. Bu nedenle mirastan yoksunluk bakımından ceza mahkemesinde kastın bulunup bulunmadığına ilişkin kararın hukuk mahkemesi için bağlayıcı olacağı kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Mirastan yoksunluk, mirasbırakana karşı TMK m. 578'de sayılan fiilleri işleyenlerin mirasın açılma anında mirasçı sıfatlarının ortadan kalkması veya lehlerine yapılan ölüme bağlı tasarrufun hükümsüz hale gelmesini anlatır. Yoksunluk sebebi oluşturan fiiller kime karşı işlendi ise onun terekesi üzerinde hak sahipliğini engeller. Başkalarına karşı olan mirasçılık ehliyeti bu durumdan etkilenmez. Örneğin, babasına karşı yoksunluğu gerektiren bir fiil işlemiş olan kişi, babasının mirasçısı olamayacaksa da büyük babasının mirasçısı olabilecektir. Mirastan yoksunluk, kişisel olup yalnızca fiilli işleyen kişi için sonuç doğurur. Kişisel olma özelliği, TMK m. 579/II'nin, "*mirastan yoksun olanın altsoyu, mirasbırakandan önce ölen kim-*

ayırt etme gücünün hukukî sorumluluk bakımından değerlendirilmesinde bağımsız olduğu yönünde Güneş (n 77) 201. Bağımsızlığı kabul etmekle birlikte hukuk hâkiminin ceza hâkiminininkinden farklı bir sonuca ulaşması halinde gerekçesini açıklamakla yükümlü olduğu yönünde Kapancı (n 77) 530.

¹²⁵ Çabri, C.II (n 1) 55-56; Engin (n 1) 78.

¹²⁶ Kişiye akıl hastalığı nedeniyle ceza verilmemesinin hukuk hâkimini bağlamayacağı ve hâkimin medeni hukuk hükümleri çerçevesinde sorumluluk doğup doğmadığını inceleyeceği yönünde Güneş (n 77) 188-189.

¹²⁷ Çabri, C.II (n 1) 62. Aksi yönde Engin (n 1) 88.

¹²⁸ Ceza hukuku bakımından, özel hukukta olduğu gibi doğrudan ve dolaylı (olası) kast ayrımı için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14.Baskı, Seçkin 2023) 280 vd. Kasten adam öldürme suçunun işlenmesi için genel kastın yeterli olduğu yönünde Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 76) 151.



senin altsoyu gibi mirasçı olur” şeklindeki ifadesiyle düzenlenmiştir. Hüküm mirastan yoksun olan kişinin bir zümre mirasçısı olması halinde başka ifadeyle yasal mirasçılar arasında halefiyet ilkesinin geçerli olduğu zümre mirasçılar hakkında uygulanır, atanmış mirasçı ve vasiyet alacaklısı bakımından geçerli değildir. Mirastan yoksunlukta, ceza ve hukuk mahkemesi önündeki uyuşmazlıkta, fiil aynı olup davalar arasında bağlantı bulunduğu için hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinin vereceği kesin hüküm niteliğindeki nihai kararı bekletici sorun yapmasında yarar vardır. Ceza yargılamasında tespit edilen maddi vakıalar, fiilin hukuka aykırılığı ve kastın varlığı hukuk hâkimi açısından bağlayıcı kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akkanat H, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi* (Filiz 2004).

Antalya O G, *Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku*, Cilt 3, Editör: Antalya O G, Yayına Hazırlayanlar: Antalya O G/Sağlam İ (5.Baskı, Seçkin 2021).

Antalya O G, *Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3*, Editör: Antalya O G, (2.Bası, Seçkin 2019)

Ayan M ve Ayan N, *Miras Hukuku* (11.Baskı, Adalet 2023).

Başalp N, “*Aile İçi Şiddet ve Özel Hukuk Yaptırımları*”, (2014) 20 (1) MÜHFHAD, 207-246.

Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574)*, Cilt I (2.Baskı, On İki Levha 2022).

Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m.575-639)*, Cilt II (On İki Levha 2020).

Demirsatan B, “*Mirastan Yoksunluk ve Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerinin Masumiyet Karinesi ile İlişkisi*” (2024) 82(1) İÜHFM, 47-76.

Dişel B, “*Ceza Mahkemesinin Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi ve Bekletici Sorun Yapılması*” Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan (2009) 11(Özel Sayı) DEÜHFD 183-193.

Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku* (24.Bası, Filiz 2024).

Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (20.Bası, Filiz 2024).

Engin B İ, *Mirastan Yoksunluk* (Beşir 2010).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26.Bası, Yetkin 2021).

Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku* (6.Baskı, Legem 2024).

Erlüle F, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (On İki Levha 2021).

Escher A, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 1.Abteilung: Die Erben, Art.457–536 ZGB* (3.Auflage, Schulthess & CO AG 1959).

Escher A, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 2.Abteilung: Der Erbgang, Art.537–640 ZGB* (3.Auflage, Schulthess & CO AG 1960).

Güleryüz T ve Zorluoğlu Yılmaz A, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuk Müesseseleri ile Mukayesesi” (2019) (141) TBB 325-362.

Güneş D B, *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri* (On İki Levha 2019).

Hatemi H, *Miras Hukuku* (6.Bası, On İki Levha 2017).

Heizmann R, *Strafe im schweizerischen Privatrecht, Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts*, ASR- Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 811 (Stämpfli 2015).

Helvacı S, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, (MK md.24a fıkra I/İMİK md.28a/I fıkra I) (Beta 2001).

Hrubesch-Millauer S. *OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser) (3.Auflage, Orell Füssli 2016).

İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (17.Baskı, Der 2024).

İnan AN, Ertuş Ş ve Albaş H, *Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku* (12.Bası, Seçkin 2024).

Kapancı K B, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)” (2016) 7(1) İÜHFHD 511-552.

Kara Kılıçarslan S, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar* (On İki Levha 2015).

Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23.Bası, Turhan 2019).

Kılıçoğlu A, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Medeni Hukuk Ceza Hukuku İlişkisi” (1973) XXIX (3-4) AÜHFHD 185-225.

Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (13.Baskı, Turhan 2023).

Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (1987 Yılı Üçüncü Basıdan Dördüncü Tıpkı Bası, Vedat 2024).

Müller F ve Stamm J, *OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser) (4.Auflage, Orell Füssli 2021).

Oğuzman M K, *Miras Hukuku* (6.Bası, Filiz 1995).

Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler* (20.Baskı, Filiz 2021).

Oğuzman M K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II* (16. Bası, Vedat 2021).

Önay I ve Ok O, “Özel Hukuk Cezası Kavramı ve Ceza Hukukunun Genel İlkelerinin Özel Hukuk Cezalarına Uygulanabilirliği”, *Özel Sayı* (2023) 29 (2) MÜHFHAD, 1320 - 1389.



Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18.Baskı, Seçkin 2023).

Özbek V Ö, Doğan K, Meraklı S, Bacaksız P ve Başbüyük İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14.Baskı, Seçkin 2023)

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19.Baskı, Seçkin 2023).

Öztan B, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)* (13.Baskı, Yetkin 2023).

Schwander I, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchIT ZGB* (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser) (3.Auflage, Helbing Lichtenhahn 2009).

Seçer Ö, “*Ceza Hukuku Kurallarının Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Haksız Fiil Hükümleri ile İlişkisi*” Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan (Beta 2014).

Seçkin M B, “*Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Haklarından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi*” (2016) 2, ABD 419-439.

Serozan R, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (6.Baskı, Vedat 2015)

Serozan R ve Engin B İ, *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar* (8.Baskı, Seçkin 2022).

Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku* (Ajans-Türk 1961).

Tekinay S T, Servet Akman, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7.Bası, Filiz 1993).

Tok O, “*Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Yargılaması Üzerindeki Etkisinin Hukuki Niteliği Üzerine*” (2016) 22 (2) MÜHFHAD 437 - 464.

Tuor P, Schnyder B, Schmid J ve Rumo-Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13.Auflage, Schulthess 2009)

Tuor P, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, I.Abteilung, Die Erben, Art.457-536 ZGB, (Hrsg. Arthur Meier-Hayoz)* (zweite, revidierte und erweiterte auflage, Stämpfli & CIE 1964).

Tuor P ve Picononi V, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, 2.Abteilung, Der Erbgang, Art.457-640 ZGB* (Hrsg. Arthur Meier-Hayoz) (2.Auflage, Stämpfli & CIE 1966).

Weimar P, *Berner Kommentar, Das Erbrecht, Band III, I.Abteilung, Die Erben, Art.457-516 ZGB, (Hrsg. Heinz Hausheer ve Hans Peter Walter), (Stämpfli 2009).*

Wildisen C, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art.457-640 ZGB* (Hrsg. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo) (4.Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Yağcı K, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat)* (On İki Levha 2013).

Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2023).

Yılmaz S, *Medeni Hukuk, Cilt – IV, Miras Hukuku* (2.Baskı, Yetkin 2024).

JAPONYA'DA GERÇEKLEŞTİRİLEN BİLDİRİME DAYALI BOŞANMALARIN (KYOUGI RIKON) 5490 SAYILI NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU M. 27/A KAPSAMINDA TESCİLE ELVERİŞSİZ OLDUKLARI TEZİ

*An Argument for the Non-Registrable Character of Mutual Consent Divorces
(Kyougi Rikon) Carried in Japan When Submitted Under the Regime
of Civil Registration Services Act No. 5490, Article 27(A)*

Onur Can SAATCIOĞLU*

Özet

5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK), öngörülmuş bazı şartları taşımaları halinde yabancı mahkemelerce veya idarî makamlarca verilmiş boşanma kararları ile evliliğin butlanı, iptali ve mevcut olup olmadığına ilişkin kararların Türkiye’de nüfus kütüğüne tescil edilmelerine imkân vermektedir. Japonya’ya özgü bildirim dayalı boşanma usulünün varlığı Türk doktrininde yıllardır bilinmekte olup, idarî makam kararı ile boşanma olgusuna bir şekilde temas eden çoğu eserde bu usülden de kısaca bahsedildiği görülmektedir. Bu çalışma ise, NHK m.27/A hükmünde aranan şartların önemli bir kısmının Japonya’da gerçekleştirilen bildirim dayalı boşanmalar bakımından sağlanmadığına dikkat çekmek, bir başka deyişle mevcut NHK sistemi kapsamında bunların Türkiye’de nüfus kütüğüne tescile elverişli olmadıkları tezini savunmak amacıyla kaleme alınmıştır. Çalışmanın ilk bölümünde, sistemin temel yapısı hakkında bilgi verilmektedir. Bu kapsamda, geçerli bir boşanmadan söz edilebilmesi için varlığı aranan şartlardan bahsedilmiş ve sistemin yabancılik unsuru içeren evlilikler bakımından kullanımı üzerinde durulmuştur. Ardından, diğer çağdaş hukuk düzenleri ile kıyaslandığında belki de dünya üzerindeki en kolay boşanma usulü olabileceği ileri sürülen bu sistemin sorunlu yönleri ayrı alt başlıklar halinde detaylı olarak incelenmişlerdir. Çalışmanın ikinci bölümü, ilk bölümde mercek altına alınan sorunlu yönler ışığında bildirim dayalı boşanmaların NHK m.27/A kapsamında tescile elverişsizliği meselesi hakkındadır. Öncelikle, Türkiye’nin Japonya’daki dış temsilciliklerinin kendilerine yapılan başvurular bakımından takip ettikleri uygulama hakkında bilgi verilmiştir. Ardından, NHK m.27/A hükmünde aranan tescil şartları içerisinde bildirim dayalı boşanmalar bakımından özellik arz edenler üzerinde ayrı ayrı durulmuştur. Son olarak, mevcut uygulamanın devamı halinde gündeme gelebilecek tek taraflı boşanmaların tescili ihtimaline değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Nüfus Hizmetleri Kanunu, boşanmanın tescili, japon hukuku, kesinleşme, tek taraflı boşanma, anlaşmalı boşanma.

- Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.
- Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 25.11.2024
- Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, oestr@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4894-3422>.

Değerli zamanlarından fedakârlık göstererek bu çalışmayı büyük bir titizlikle değerlendiren sayın hakemlere ve yayına hazırlık sürecinde göstermiş oldukları özen için Dergi editörlüğünün değerli üyelerine çok teşekkür ediyorum.



Abstract

Pursuant to the Civil Registration Services Act (Law No. 5490, CRSA), divorce decrees, annulments, declarations of nullity, and determinations regarding the existence or non-existence of marriages issued by foreign courts or administrative authorities may be registered in Turkey's civil registry, provided that the prescribed conditions are fulfilled. Among Turkish legal scholars, the existence of Japan's "mutual consent divorce" procedure is well-established knowledge. The mechanism is frequently cited in scholarly works addressing divorces conducted by administrative authorities, although often without extensive analysis or detailed examination. This study aims to highlight that a significant number of the conditions stipulated in Article 27/A of the CRSA are not fulfilled in the context of mutual consent divorces carried out in Japan. Accordingly, it argues that such divorces do not meet the criteria for registration under the Act. The first part of the study outlines the fundamental structure of the Japanese mutual consent divorce system, detailing the conditions required for a valid divorce. The purported simplicity of this procedure, often considered one of the most straightforward divorce mechanisms globally, is critically analyzed, with its deficiencies subjected to detailed scrutiny under separate subheadings. The second part focuses on the issue of the non-registrability of mutual consent divorces under Article 27/A of the CRSA. Particular attention is given to the problematic aspects identified in the preceding analysis. The practices of Turkish consulates in Japan concerning applications for the registration of such divorces are examined, highlighting practical issues. Subsequently, the study analyzes the registration requirements set out in Article 27/A, specifically in relation to mutual consent divorces. Finally, the paper considers the potential implications of continuing the current practice, particularly the possibility of registering unilateral divorces, and reflects on the broader challenges this poses within the framework of Turkish law.

Keywords: Civil Registration Services Act, divorce registration, japanese law, finality, unilateral divorce, mutual consent divorce.

AMAÇ VE KAPSAM

5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK),¹ öngörölmüş bazı şartları taşımaları halinde yabancı mahkemelerce veya idarî makamlarca verilmiş boşanma kararları ile evliliğin butlanı, iptali ve mevcut olup olmadığına ilişkin kararların Türkiye'de nüfus kütüğüne tescil edilmelerine imkân vermektedir. 2017 yılında getirilmiş olan² bu sistem, kapsam dâhilindeki yabancı mahkeme kararları bakımından Türk mahkemelerinde ayrıca tanıma prosedürünün işletilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır.

Ayrıca, yabancı idarî makamlarca verilmiş kararların zaten Türk mahkemeleri önünde tanıma-tenfiz talebine konu edilmeleri mümkün olmadığından, 2017 tarihli sistem ile birlikte, bunlar açısından önceleri az sayıda istisna haricinde mümkün olmayan³ bir mahkeme dışı hüküm ve sonuç doğurma yolu da ihdas edilmiştir. Sis-

¹ 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, 29.04.2006 tarih ve 26153 sayılı Resmi Gazete.

² 17.04.2017 tarih ve 690 karar sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemelerin Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.4 hükmü ile Nüfus Hizmetleri Kanunu'na 27/A maddesi eklenmiştir.

³ İstisnalar arasında şu örneklerin verilmesi mümkündür: Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 30; Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge m. 7. Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar kapsamında gündeme gelen istisnalar için bkz. Ebru Şensöz, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usûlü' (2012) 11(22) 10. Yıl'a Armağan İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 389-444.

temin temelini oluşturan NHK m. 27/A hükmü, yürürlüğe giriş tarihinden bugüne kadar iki defa değiştirilmiş,⁴ aynı süre zarfında bir yönetmelik (Yönetmelik) çıkarılmış⁵ ve Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından uygulamaya yol göstermek üzere bir açıklama (Açıklama) yayımlanmıştır.⁶

Bahse konu sistem, doktrinde kapsamlı şekilde incelenmiştir. Tescil için aranan şartlar pek çok eserde ayrı alt başlıklar halinde özel olarak ele alınmış, tescilin hukukî niteliği; birlikte başvuru şartının yerindeliği; yetkili makam ibâresinin nasıl yorumlanması gerektiği; kamu düzenine aykırılık incelemesinin idare uhdesine bırakılmış olmasının yerindeliği; sistem kapsamında tescilin mahkemelere yapılacak tanıma başvurusu için bir ön-şart teşkil edip etmediği; muhtemel kanun yolları vb. pek çok husus üzerinde detaylı şekilde durulmuştur.⁷

İdari makam kararı ile gerçekleşenleri de içerecek şekilde tüm mahkeme dışı boşanma türleri⁸ açısından sıklıkla gündeme getirilen bir örnek, Japon hukukunda yer alan ‘bildirime dayalı boşanma sistemi’dir (*kyōgi rikon seido* 協議離婚制度).⁹

⁴ 7077 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, 08.03.2018 tarih ve 30354 sayılı Resmi Gazete; 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 26.03.2020 tarih ve 31080 sayılı Resmi Gazete.

⁵ Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik, 07.02.2018 tarih ve 30325 sayılı Resmi Gazete.

⁶ İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından 08.03.2018 tarihinde yayımlanan Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Tesciline Yönelik Açıklama, daha sonra 7226 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe istinaden 05.05.2020 tarihinde güncellenmiştir. Bkz. <https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeleri/07052020-Yabancı_ülke_Adli_veya_idari_Makamlarınca_verilen_Kararların_Tescili2020_2.pdf> (Erişim: 10.10.2024).

⁷ Sistem hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Burak Huysal, ‘Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili’ (2017) 37(2) MHB 473-507; Uğur Tütüncübaşı, ‘Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler (2017) 19(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103-127; Lale Ayhan İzmirlil, ‘Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması’ (2018) 22(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67-126; Cemil Güner, ‘Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanıma Kararı Alınmaksızın Tescili’ (2019) 9(2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 299-325; Vildan Sezişli, ‘Yabancı Ülkelerin Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Boşanma Kararlarının Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A Çerçevesinde Tanınması İçin Öngörülen “Kararla İlgili Türkiye’de Açılmış ve Halen Devam Eden veya Reddedilmiş Dava Bulunmaması Şartı”nın Değerlendirilmesi’ (2022) 42(1) PPIL 249-291; Duygu Kaynakçioğlu, *Evliliğin Sona Ermesine İlişkin Yabancı Adli ve İdari Kararların Nüfus Kütüğüne Doğrudan Tescili* (Seçkin 2021); Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (On İki Levha 2017).

⁸ Çalışmada ‘mahkeme dışı boşanma’ (*außergerichtliche Scheidung*) kavramı, bünyesinde ‘idari makam önünde’ veya ‘idari makamın katılımı’ ile gerçekleşen boşanmaları (*Scheidung vor einer Behörde / Scheidung unter Mitwirkung von einer Behörde*) da içerecek şekilde bir çatı kavram olarak kullanılmıştır. Kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. Merve Ürem Çetinel ve Biset Sena Güneş, ‘Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı’ (2020) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 313.

⁹ Farklı eserlerde ‘*kyōgi rikon*’ veya ‘*kyōgi rikon*’ şeklinde de yazılabilmektedir. Çalışmamızda, hem

Salt kelime anlamı esas alındığında ‘müşterek irade ile boşanma’ veya ‘anlaşmalı boşanma’ şeklinde Türkçe’ye çevrilebilecek bu usûlün varlığı Türk doktrininde yıllardır bilinmekte olup, idarî makam kararı ile boşanma olgusuna bir şekilde temas eden çoğu eserde bu usûlden de kısaca bahsedildiği görülmektedir.¹⁰

Bildirime dayalı boşanma sisteminde, eşlerin boşanma iradelerini içerdiği varsayılan matbû bir bildirim formu belediyedeki görevli tarafından teslim alınmakta ve o an itibariyle boşanma gerçekleşmektedir. Süreç boyunca mahkemeler herhangi bir rol üstlenmemektedirler. Dolayısıyla, ilk bakışta söz konusu boşanmaların diğer şartları da sağlamaları kaydıyla NHK m.27/A hükmü kapsamında Türkiye’de tescile elverişli birer idarî makam kararı teşkil ettikleri pekâlâ düşünülebilir. Nitekim, doktrinde aksi yönde herhangi bir görüş saptanamadığı gibi, Açıklama ekinde yer alan ve ülkelere göre boşanma kararı vermeye yetkili makamları gösterir mer’i listede, Japonya açısından belediyelerin söz konusu yetkiyi haiz olduklarına işaret edilmektedir.¹¹ Daha da önemlisi, uygulamaya bakıldığında, bildirime dayalı boşanmaların Japonya’daki dış temsilciliklerimiz tarafından nüfus kütüğüne kolaylıkla tescil edildikleri bilinmektedir.¹²

Bu çalışma, NHK m.27/A hükmünde aranan şartların önemli bir kısmının Japonya’da gerçekleştirilen bildirime dayalı boşanmalar bakımından sağlanmadığına dikkat çekmek, bir başka deyişle mevcut NHK sistemi kapsamında bunların Türkiye’de nüfus kütüğüne tescile elverişli olmadıkları tezini savunmak amacıyla kaleme alınmıştır. An itibariyle bu boşanmaların nüfus kütüğüne tescilinde herhangi bir zorlukla karşılaşılmamakta, özellikle Japonya’daki dış temsilciliklerimiz, kendilerine yapılan başvurular hakkında hızlı ve kolay şekilde işlem yapmaktadırlar. Halbuki, Japon maddî hukukuna göre bildirime dayalı boşanmaların kesinleşmesinden bahsedilememektedir. Dahası, belediye tarafından yapılan ve boşanmanın gerçekleşmesini sağlayan işlem, ‘idarî makam tarafından verilen karar’ olarak kabul edilmemektedir.

gerçek telaffuza uygun olduğu hem de Japonca klavye ile aranmak istendiğinde doğru yazıma karşılık geldiği için ‘*kyougi rikon*’ şeklinde bir transkripsiyon tercih edilmiştir.

¹⁰ Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması* (Beta 2012) 79, 80; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (Beta, 2006) 26, 27; Çetinel ve Güneş (n8) s.317 dipnot33; Sezen Gürhan, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tescili - Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 74; Ayhan İzmirli (n7) 77; Huysal (n7) 477; Richard Feld, *Çifte Vatandaşların Evlenme ve Boşanmalarının Hukukî Sonuçları* (Yetkin, 2024) 48. Doktrinde Ekşi, Tokyo Büyükelçiliği Konsolosluk Şubesi’nce düzenlenmiş 2006 tarihli bir boşanma belgesi tercümesi de yayınlamıştır. Bkz. Ekşi (n10) 551.

¹¹ Açıklama ekinde yer alan listede, Japonya ile ilgili olarak “Anlaşmalı boşanmalar belediyeler tarafından yürütülmektedir” şeklinde bir ifade mevcuttur. Bkz. Açıklama Ek-11 <https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeleri/07052020-Yabanci_ulke_Adlî_veya_idarî_Makamlarin_verilen_Kararlarin_Tescili2020_2.pdf> (Erişim: 10.10.2024).

¹² Bkz. Aşağıda, ‘Türkiye’nin Tokyo Büyükelçiliği Konsolosluk Şubesi’ndeki Uygulama’ alt başlığı.

NHK m.27/A hükmünün açık lafzında aranan bu iki şartın sağlanmayışına ek olarak, sistem ayrıca eşinin rızası olmamasına rağmen bir kimsenin tek taraflı olarak boşanabilmesine elverişli bir yapı da sunmaktadır. Yukarıda kelime anlamının ‘müşterek irade ile boşanma’ olduğunu belirttiğimiz bu usul, ifadenin zihinlerde oluşturduğu izlenimin tam tersine, tarafların gerçek iradelerinin hiçbir şekilde teyit edilmemesi ve bu sebeple uygulamada tek taraflı boşanmalar için kullanılıyor olması gibi sebeplerle bizzat Japon yazarlarca ciddi şekilde eleştirilmektedir. Çalışma ile birlikte, bugüne kadar sadece ana hatlarıyla tasvir edilmiş olan bildirim dayalı boşanma sistemi Türk doktrininde ilk defa özel bir incelemeye konu edilmekte¹³ ve bildirim dayalı boşanmaların NHK ile hem lafız hem de amaç yönlerinden açık uyumsuzluk barındıran özelliklerine ilk defa dikkat çekilmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde, sistemin temel yapısı hakkında bilgi verilmektedir. Bu kapsamda, geçerli bir boşanmadan söz edilebilmesi için varlığı aranan şartlardan bahsedilmiş ve sistemin yabancılık unsuru içeren evlilikler bakımından kullanımı üzerinde durulmuştur. Ardından, diğer çağdaş hukuk düzenleri ile kıyaslandığında belki de dünya üzerindeki en kolay boşanma usulü olabileceği ileri sürülen¹⁴ bu sistemin sorunlu yönleri ayrı alt başlıklar halinde detaylı olarak incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümü, ilk bölümde mercek altına alınan sorunlu yönler ışığında bildirim dayalı boşanmaların NHK m.27/A kapsamında tescile elverişsizliği meselesi hakkındadır. Öncelikle, Türkiye’nin Japonya’daki dış temsilciliklerinin kendilerine yapılan başvurular bakımından takip ettikleri uygulama hakkında bilgi verilmiştir. Ardından, NHK m.27/A hükmünde aranan tescil şartları içerisinde bildirim dayalı boşanmalar bakımından özellik arz edenler üzerinde ayrı ayrı durulmuştur. Son olarak, mevcut uygulamanın devamı halinde gündeme gelebilecek tek taraflı boşanmaların tescili ihtimaline değinilmiştir.

NHK sisteminin daha önce detaylı incelemelere konu kılınmış olmasından hareketle, çalışmanın hâlihazırda geniş olan kapsamının daha da genişletilmesi arzu edilmemiş, bu sebeple sistemin genel yapısına ilişkin açıklamalar inceleme konumuzun anlaşılmasında kolaylık sağlama amacı ile sınırlı bir kapsamda tutulmuştur.

¹³ Türkçe olanlar hariç çalışmada faydalanılmış tüm kaynaklar Latin alfabesi kullanmayan bir yazı sistemi ile kaleme alınmış oldukları için bir transkripsiyon faaliyeti (romanization) yapılması gereği duyulmuş, bu amaçla *waapuro* heceleme sistemi kullanılmıştır. İfadelerin kaynak dildeki yazımları hem metin içerisinde hem de kaynakça kısmında ayrıca parantezler içerisinde sunulmuş, fakat dipnotlar açısından yalnızca Latin harfleri ile yazım tercih edilmiştir.

¹⁴ Tadaki Matsukawa, *Minpou - Shinzoku/Souzoku* (Dai 7 Han, Yuuhikaku 2022) 75. Benzer yönde bkz. Takako Kawamura, *Kazokuhou no Michi Annai* (Houritsu Bunkasha 2018) 63, 64; Takeshi Kojima, Satoko Date ve Hideo Mizutani, *Gendai Kazoku no Hou to Jitsumu* (Nihon Kajo Shuppan 2015) 212; Haruo Kuguminato, ‘Dai 4 Shou’ Haruo Kuguminato, Fukuji Ochiai ve Katsuya Kasahara içinde, *Hanrei Kazokuhou* (Seibundou, 2010) 57; Chika Takenaka, ‘Dai 3 Shou’ Makinori Gotou, Masahiko Takizawa ve Naoya Katayama (ed) içinde, *Purosesu Kougi Minpou VI - Kazoku* (Shinsansha 2024) 44; Naoko Kano, ‘Dai 3 Shou’ Mika Aotake, Yasuhiko Watanabe, Naoko Kano, Kiyoko Nishi, Tokiyo Shimizu ve Sakiko Miyamoto içinde, *Shin Haiburiddo Minpou 5 - Kazokuhou* (Dai 2 Han, Houritsubunkasha 2024) 66.

Belirtmek gerekir ki, sistemin bazı unsurları doktrinde eleştiri ve tartışma konusu yapılmıştır. Bu hususları merak edenlerin, kaynakça kısmında yer verilen detaylı incelemelere başvurularında fayda vardır.

I. BİLDİRİME DAYALI BOŞANMA SİSTEMİ

A. Tarihçe

Japon hukukunda boşanma kurumuna bakış, Hristiyanlık etkisiyle şekillenen Avrupa örneğinden farklı bir gelişim seyri izlemiştir.¹⁵ Temel farklılık, boşanma sürecine bir üst otoritenin katılımı noktasında ortaya çıkmıştır. Mahkemeleri aracılığıyla devletin veya ruhban sınıfı aracılığıyla kilisenin boşanma kararında söz sahibi olduğu Avrupa devletlerinden farklı olarak, Japonya'da en erken dönemlerden itibaren ailenin mahremiyetini¹⁶ önceleyen ve devletin her tür aile içi ilişkiye -bu kapsamda boşanma sürecine de- müdahale etmekten kaçındığı bir anlayış egemen olmuştur. Bu yaklaşım ise, boşanmanın taraf iradeleri ile gerçekleştiği bir uygulamaya vücut vermiştir.

Edo döneminde (1603-1868) kocaların tek taraflı bir irade beyanı ile eşlerini boşayabilmeleri mümkün idi. Boşanmak isteyen koca, eşine onun ileride yeniden evlenebilmesini mümkün kılan ve *mikudarihan* (三行半) adıyla bilinen bir boşanma belgesi verirdi.¹⁷ Bu belge eşlerin akrabaları arasında yapılan istişareler neticesinde tanzim edilmekte idi.¹⁸

Diğer taraftan, kadın eşin boşanma talebinde bulunabilmesi sadece kocanın gaiplik hali ile sınırlı olduğundan, kadınların benzer bir usûlde kocalarını boşayabilmeleri mümkün değildi.¹⁹ Bu mutlak eşsizlik durumu, özellikle kocanın boşanmaya yanaşmadığı hallerde pek çok kadını evden kaçarak Budist tapınaklarına sığınmak mecburiyetinde bırakmıştır. Zaman içerisinde 'ilişki kesme tapınakları' (*enkiridera* 縁切り寺) şeklinde isimlendirilmeye başlanan bu kuruluşlar, kocayı boşanmaya zorlayabildikleri için uzunca bir süre kadınlar lehine tek çözüm yolu olarak varlığını sürdürmüştür.²⁰

¹⁵ Takenaka (n 14) 42.

¹⁶ Michiko Ishii, 'Part 2 - III' in Yukiko Inubushi, Michiko Ishii, Fumiko Tsuneoka, Tomoko Matsuo, *Shinzoku-Souzokuhou* (Dai 3 Han, Koubundou, 2020) 72; Shuhei Ninomiya, *Kazokuhou* (Dai 5 Han, Shinseisha, 2019) 77,78.

¹⁷ Kazuhiro Yamakawa, *Shinzokuhou / Souzokuhou Kougi* (Dai 7 Han, Nihon Kajo Shuppan, 2021) 77; Kuguminato (n14) 55.

¹⁸ Takenaka (n14) 42; Kojima, Date ve Mizutani (n14) 211. *Meiji* dönemi öncesindeki sistem hakkında detaylı bilgi için bkz. Kazuhiro Yamakawa, *Koseki Jitsumu no Riron to Kazokuhou* (Nihon Kajo Shuppan, 2013) 171, 172.

¹⁹ Kawamura (n14) 62, 63; Sakae Wagatsuma, Tooru Ariizumi, Hiroshi Endou, Takeshi Kawai ve Toyohiro Nomura, *Minpou 3 - Shinzokuhou/Souzokuhou* (Dai 5 Han, Keisoushobo, 2024) 90; Yamakawa, *Koseki* (n18) 171.

²⁰ Yamakawa (n17) 77, 78; Kawamura (n14) 62, 63; Takenaka (n14) 42; Kojima, Date ve Mizutani (n14) 211.

Meiji döneminde (1868-1912), yukarıda değinilen ve koca lehine keyfi özellikler barındıran boşanma usûlü ilga edilmiş²¹, yerine hem bildirimle dayalı boşanma hem de adli boşanma yollarının mevcut olduğu yeni bir sistem kabul edilmiştir. Buna göre, bildirimle dayalı boşanma yolu, tarafların karşılıklı olarak anlaşmaya vardığı hallerde işletilebilecek idi. Adli boşanma yolu ise kusur esasına dayandırılmış olup, boşanma sebepleri çok eşlilik, zina, kötü niyetle terk, üç yıl veya daha uzun süre kayıp olunması, istismar ve ağır hakaret şeklinde kabul edilmişti.²²

Meiji döneminde Japon aile hukukuna dâhil edilen bildirimle dayalı boşanma sistemi, İkinci Dünya Savaşı'na giden süreçte ve sonrasında Japonya'da en sık tercih edilen boşanma usûlü olma özelliğini korumuştur.²³ Usûlün Japonya'da bu denli benimsenmesinin temel gerekçesi olarak eşler arasındaki anlaşmalara saygı gösterme ve eşler arasındaki anlaşmazlıkların mahkemeye başvurulmaksızın aile içinde çözülmesine imkân verme arzusu gösterilmektedir.²⁴ Günümüzde, özellikle eşlerden birinin yabancı olduğu haller bakımından gerçekleşen tüm boşanmaların yüzde doksandan fazla bildirimle dayalıdır.²⁵

B. Sistemin Temel Yapısı

1. Boşanmanın Geçerlilik Şartları

Bildirimle dayalı boşanma sistemi, Japon Medeni Kanunu'nun (JMK) 763 ilâ 769'ncu maddeleri arasında düzenlenmiştir.²⁶ Boşanmanın geçerli bir şekilde gerçekleşebilmesi için biri maddî diğeri şekli olmak üzere varlığı aranan iki şart bulunmaktadır: ²⁷ Boşanmanın maddî kurucu şartı, her iki eşin de evliliklerini sonlandırma iradesine sahip olmalarıdır. Şekli kurucu şart ise, evliliği sonlandırmak yönündeki bu iradelerin somutlaştığı boşanma bildirim formunun belediyeye teslim edilmesidir.

²¹ Yamakawa, *Koseki* (n18) 170.

²² Takenaka (n14) 42.

²³ Takenaka (n14) 43. *Edo* döneminde görülen «istişare ile *mikudarihan* tanzimi» uygulamasının *Meiji* döneminde kabul edilen bildirimle dayalı boşanma usûlüne altyapı hazırladığı, dolayısıyla bu iki uygulama arasında bir süreklilik bulunduğu da düşünülmektedir. Bkz. Kojima, Date ve Mizutani (n14) 211; Takenaka (n14) 42.

²⁴ Kano (n14) 66; Ishii (n16) 72; Ninomiya (n16) 77, 78; Yamakawa, *Koseki* (n18) 170.

²⁵ Sağlık, Çalışma ve Refah Bakanlığı'nın 2022 yılında yayımladığı boşanma istatistiklerine ilişkin rapordan alınmadır (s.13). 2020 yılında toplam 170.603 adet boşanma bildirimle dayalı olarak gerçekleştirilmiştir (s.23). Rapor için bkz. Kousei Roudou Shou, '*Reiwa 4 Nendo Rikon ni kansuru Toukei no Gaikyou - Jinkou Doutai Toukei Tokushu Houkoku*' <<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/tokusyuu/riikon22/dl/gaikyo.pdf>> (Erişim: 10.10.2024).

²⁶ İlgili maddelerin İngilizce çevirileri için bkz. Civil Code - Japanese/English - Japanese Law Translation, <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4275> (Erişim: 10.10.24)

²⁷ Atsumi Kubota, *Kazokuhou - Minpou wo Manabu* (Dai 4 Han, Yuuhikaku, 2019) 95; Takahiro Mizuno, 'Dai 3 Shou' Atsushi Motoyama, Mika Aotake, Kaori Habu ve Takahiro Mizuno içinde, *Kazokuhou* (Dai 3 Han, Nippon Hyouronsha, 2021) 51; Kano (n14) 67; Takenaka (n14) 44; Takeo Ukon, 'Dai 1 Shou' Yoshihiko Satou, Shouji Itou ve Takeo Ukon içinde, *Minpou V - Shinzoku/ Souzoku* (Dai 4 Han, Yuhikaku, 2012) 38; Wagatsuma, Ariizumi, Endou, Kawai ve Nomura (n19) 92; Kyouko Okuyama, *Kore kara no Kazoku no Hou - 1 - Shinzoku no Houhen* (Fureki Shobou, 2002) 45.

a. Müşterek Boşanma İradesinin Varlığı

Bildirime dayalı boşanma sisteminde varlığı aranan maddî kurucu şart, her iki eşin de aralarındaki evlilik bağına sona erdirmek yönünde bir iradeye sahip olmasıdır (JMK m.763).²⁸ Taraflar boşanmaya karar vermiş oldukları sürece, bağımsız herhangi bir boşanma sebebinin varlığı aranmamaktadır.²⁹ Bir başka deyişle, taraflar birbirlerini halen seviyor olsalar ve normalde evlilik birliğinin devamı önünde hiçbir engel bulunmasa dahi, gerekçeden bağımsız şekilde boşanmak mümkündür.³⁰

Diğer taraftan, söz konusu boşanma iradesinin nasıl tecelli etmiş sayılması gerektiği hususunda Japon doktrini ile mahkemeler arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır.³¹ Japon mahkemelerinin istikrarlı içtihadı uyarınca, evlilik gibi statü ilişkilerinin birleştirildiği durumlarda o ilişkinin kurulmasına yönelik maddî bir iradenin varlığı gerekli iken, boşanma gibi statü ilişkilerinin çözüldüğü hallerde maddî anlamda bir çözümlenme iradesi olmasa bile şekli olarak hukukî ilişkinin ortadan kaldırılmasına dair bir irade saptanabiliyorsa bu yeterlidir.³² Bir başka deyişle, usûlüne uygun şekilde tanzim edilmiş bir boşanma bildirim formu belediyeye teslim edilmiş ise, somut olayda boşanma iradesinin mevcut olduğuna hükmedilmelidir.³³

Mahkemelerin bu yerleşik içtihadına karşılık doktrindeki hâkim görüş, geleneksel anlamda evlilik birliğini sona erdirmeye yönelik maddî bir iradenin her iki eş bakımından da aranması gerektiği şeklindedir. Boşanmanın başka bir amaca ulaşmak için muvâzaalı olarak gerçekleştirildiği hallerde, bildirimde bulunma iradesi saptansa bile evliliği gerçekten sona erdirmeye iradesi bulunmadığı için boşanmanın geçersiz kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³⁴

Boşanma bildirim formunun doldurulduğu esnada her iki taraf bakımından da mevcut olan boşanma iradesi, formun teslim anı itibariyle taraflardan biri açısından ortadan kalkmış olabilir. Meselenin önemi, bir taraf boşanmaktan vazgeçmiş veya

²⁸ Yamakawa (n17) 79; Kazuhiko Matsuhisa, 'Dai 7 Shou' Tomiyuki Ogawa (ed) içinde, *Yuurika Minpou 5 - Shinzoku-Souzoku* (Houritsu Bunkasha 2019) 55.

²⁹ Yamakawa (n17) 79; Matsuhisa (n27) 55.

³⁰ Teruaki Tayama, *Jirei de Manabu Kazokuhou* (Dai 5 Han, Hougaku Shoin 2019) 40.

³¹ Tsuneo Yoshida ve Waichirou Iwashii, *Shinzokuhou - Souzokuhou* (Dai 6 Han, Dougakusha 2022) 67, 68; Kubota (n27) 95; Kuguminato (n14) 57; Ishii (n16) 74; Fumio Tokotani, 'Dai 3 Shou' Fumio Tokotani, Yu Kamitani ve Tomoko Inagaki (ed) içinde, *Shinpurimeeru Minpou 5 - Kazokuhou* (Dai 2 Han, Houritsubunkasha 2020) 51.

³² Makoto Itou, *Shinzoku - Souzoku* (Dai 3 Han, Koubundou 2013) 39; Matsuhisa (n27) 56.

³³ Japonya'daki en yüksek mahkeme olan *saikousaibansho* (最高裁判所) tarafından 1982 yılında verilmiş bir kararda bu yorum benimsenmiştir. Karar metnindeki ilgili kısım için bkz. 最判昭和57年3月26日半時1041号, sayfa 66. Ayrıca bkz. Takayuki Endou, 'Dai 5 Shou' Jun Nakagawa ve Tomiyuki Ogawa (ed) içinde, *Kazokuhou* (Dai 2 Han, Houritsubunkasha 2023) 68; Tokotani (n31) 51; Kawamura (n14) 64, 65; Itou (n32) 38. Boşanma bildirim formu içerisinde bilgileri doldurulması gereken iki tanığın aslında boşanma iradesinin müşterekliği hususuna tanıklık ettikleri de düşünülebilir. Bkz. Ukon (n27) 38.

³⁴ Yamakawa (n17) 79, 83; Itou (n32) 39; Wagatsuma, Ariizumi, Endou, Kawai ve Nomura (n19) 93; Kawamura (n14) 64, 65; Kuguminato (n14) 57.

boşanma iradesine hiçbir zaman sahip olmamış iken, diğer tarafın formu yine de teslim ettiği hallerde ne olacağı noktasındadır. Zira, aşağıda da ele alınacağı üzere, boşanma bildirim formunun eşlerden sadece biri tarafından belediyeye teslim edildiği hatta hiçbir eşin belediyeye gitmediği ve formun posta ile gönderildiği haller az sayıda değildir.

Doktrindeki hâkim görüş, bildirim formunun tanzim edildiği tarih ile formun belediyeye teslim edildiği tarihin birbirinden farklı olduğu hallerde, boşanma iradesinin teslim anı itibarıyla aranması gerektiği yönündedir.³⁵ Bir başka deyişle, boşanma iradesi yalnızca formun tanzim edildiği anda değil, teslim anında da mevcut olmalıdır.³⁶ Teslim anındaki irade noksanlığının kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olduğu belirtilmekle birlikte,³⁷ çalışmanın devamında görüleceği üzere bu yaptırımın ne ölçüde caydırıcı olduğu hususu tartışmaya açıktır.

b. Boşanma Bildirim Formunun Teslim Edilmesi

Bildirime dayalı boşanma sisteminde varlığı aranan şekli kurucu şart, ‘boşanma bildirim formu’ (*rikontodoke* 離婚届) adı verilen bir belgenin belediyeye teslim edilmesidir.³⁸ Toplamda iki sayfa tutan ve üç bölümden oluşan formun ilk sayfasını tamamen kaplayan birinci bölümünde, tarafların kimlik, adres ve iletişim bilgilerini yazacakları, içlerinden birini velâyet hakkı sahibi olarak tayin edecekleri, damgalarını vuracakları veya imzalarını atacakları kutucuklar bulunmaktadır. Japonya’da imza yerine damga kültürü bulunmaktadır. Kısıtlı olmayan Japon vatandaşlarının tamamı ve yerleşik yabancıların büyük bir bölümü imza yerine *inkan* (印鑑) adı verilen ve yapılacak işlemin önemine göre sayısı birden fazla olabilen şahsi damgalarını kullanmaktadırlar. Bununla birlikte, özellikle yabancılar bakımından imza da kabul edilmektedir. Dolayısıyla, boşanma bildirim formuna bir eşin imza atması, diğerinin damga vurması pekâlâ mümkündür.

Formun ikinci bölümü, tarafların boşanma iradesine tanıklık etmeleri beklenen iki kişinin kimlik, adres bilgilerini yazacakları ve damgalarını vuracakları kutucukları içermektedir. Formun son bölümünde ise, küçük çocuğun bulunduğu haller açısından, boşanma akabinde çocukla ilişki kurulmasına dair eşler arasında bir anlaşmaya varılmış olup olmadığı hususu ile yine boşanma akabinde çocuğun yetiştirilmesine sağlanabilecek maddî destek konusunda bir anlaşmaya varılmış olup olmadığı hususuna dair ‘var-yok’ şeklinde bir beyanın yapıldığı iki kutucuk yer almaktadır.

³⁵ Yamakawa, *Koseki* (n18) 192; Itou (n32) 40; Yamakawa (n17) 81; Takenaka (n14) 46; Fumiko Tsuneoka, *Kazokuhou* (Shinseisha 2020) 95; Kano (n14) 69; Mizuno (n27) 51.

³⁶ Miyako Motozawa, ‘V- Rikon’ Miyako Motozawa, Mami Oosugi, Daisuke Takahashi ve Yue Fuu içinde, *Yoku Wakaru Kazokuhou* (Mineruba Shobou 2014) 73.

³⁷ Ishii (n16) 75; Takenaka (n14) 46; Mizuno (n27) 51; Kano (n14) 69; Tsuneoka (n35) 95.

³⁸ Boşanma bildirim formunun güncel bir örneği için bkz. aşağıda Ek-1. Bahse konu şart, JMK m.764 hükmünün evlenme bildirim formu teslimine ilişkin m.739 hükmüne yaptığı göndermeden doğmaktadır. Bkz. Kubota (n27) 95; Takenaka (n14) 45.

Boşanma bildirim formunun belediye görevlisi huzurunda tanzim edilmesi veya teslim anında her iki eşin orada hazır bulunması şeklinde bir kanunî mecburiyet yoktur. Tam tersine, çoğunlukla form eşlerden biri tarafından doldurularak diğer eş ve tanıklara damgalatılmakta, ardından ya elden ya da posta marifetiyle belediyeye teslim edilmektedir.³⁹ Formun bir temsilci tarafından tanzim edilerek elden teslim edilmesi yahut posta marifetiyle gönderilmesi de mümkündür.⁴⁰

Formun sunulması üzerine, belediyede aile kütüğünden sorumlu görevli, kanûnen aranan şekil şartlarının sağlanıp sağlanmadığını inceleyecektir. Form içeriğinde belirtilmesi zorunlu bilgilerin hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde tespit edilmeleri halinde, başvuran kişiye boşanma bildiriminin teslim alındığına dair bir 'alındı belgesi' (*rikon todoke juri shoumeisho* 離婚届受理証明書) verilecektir.⁴¹ Formun bu şekilde bir 'alındı işlemi' (*juri* 受理) ile kabul edildiği an itibarıyla boşanma gerçekleşmekte⁴² ve etkilerini doğurmaya başlamaktadır.⁴³ Bu açıdan belediyeye yapılan boşanma bildirimini kurucu nitelikte olup,⁴⁴ bildirimini idare tarafından teslim alınması inşaî bir işlem olarak kabul edilmektedir.⁴⁵

Boşanma bildirimini, Japon idare hukukunda 'bildirim' (*todokede* 届出) adı verilen bir idarî ihbar usûlü kullanılarak yapılmaktadır. Bu usûl, Japonya'da yerleşik kimselerin kurucu veya açıklayıcı amaçla idareye bildirmeleri kanûnen zorunlu hususlar (çoğunlukla statü değişiklikleri) bakımından bir ihbar vasıtası olarak kullanıldığından,⁴⁶ idareden belirli bir talepte bulunulmasına ilişkin 'idarî başvuru' (*shinsei* 申請) usûlünden ayrılmaktadır.⁴⁷

Bu farklılığın esas önemi, idarenin yapacağı işlemin niteliği bakımından ortaya çıkmaktadır. Bildirim usûlünün kullanıldığı hallerde -bildirim kanunda aranan şekil şartlarına uygun olarak hazırlanmış olması kaydıyla- idarî makamın o bildirim almaktan imtinâ etmesi veya bildirim kurucu etkisi üzerinde red tasarrufunda

³⁹ Takenaka (n14) 45.

⁴⁰ Motozawa (n36) 72; Tsuneoka (n35) 97.

⁴¹ Bu belgenin güncel bir örneği için bkz. Ek-2

⁴² Kuguminato (n14) 57; Kawamura (n14) 63.

⁴³ Takenaka (n14) 45.

⁴⁴ Yamakawa (n17) 83; Yamakawa, *Koseki* (n18) 183; Mizuno (n27) 51. Buna karşılık, Türk doktrininde bu boşanmaların sözlü olarak gerçekleştiği, tescilin yalnızca açıklayıcı nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Uyanık Çavuşoğlu (n10) 26, 27. Aslında, yabancı ülke mahkemeleri veya idarî makamları tarafından verilmiş boşanma kararları ile, Japon mahkemelerinden alınmış boşanma kararları hakkında belediyeye yapılacak tüm bildirimler gerçekten de açıklayıcı niteliktedir. Boşanma bildiriminin kurucu nitelik taşıdığı tek örnek, bildirime dayalı boşanmadır. Bkz. Yasuhiro Okuda, *Kokusai Kazokuhou* (Dai 2 Han, Akashi Shoten 2020) 233-239.

⁴⁵ Yamakawa, *Koseki* (n18) 183.

⁴⁶ Bu usûlün kanunî dayanağı, İdarî Usûl Kanunu (行政手続法) m.2 bent 7 hükmüdür. Bkz. Kikumi Noguchi, 'Dai 8 Shou' Mitsuru Noro, Kikumi Noguchi, Junko Iijima ve Jiro Minato içinde, *Gyouseishou* (Dai 3 Han, Yuuhikaku 2023) 149.

⁴⁷ Keiko Sakurai ve Hirokyu Hashimoto, *Gyouseishou* (Dai 6 Han, Koubundou 2019) 204.

bulunması mümkün değildir.⁴⁸ İdare tarafından yapılan maddî bir değerlendirme söz konusu olmadığı için, bunun sonucu olarak bir red veya kabul kararına da ihtiyaç duyulmamaktadır. Bir başka deyişle, bildirim usûlünün kullanıldığı hallerde idarenin herhangi bir karar vermesi beklenmemekte, bildirim konusu hukukî ilişki bildirimim vardı (teslim alındığı) an itibarıyla kurulmakta, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır.⁴⁹ Bu sebeple, çalışmada boşanma bildirim formunun idare tarafından teslim alınması işlemi için ‘ kabul işlemi ’ yerine ‘ alındı işlemi ’ şeklinde bir Türkçe karşılık tercih edilmiştir.

2. ‘Önleyici Başvuru’ Tedbiri

Boşanma bildirim formunun doldurulmasında, damgalanmasında hatta tesliminde tarafların birlikte hazır bulunmaları şeklinde bir gereklilik olmadığı için, mevcut sistemin boşanmak istemeyen eş aleyhine süüistimallere açık olduğu ortadadır. Kimi hallerde, boşanmaya kesin kararlı olan eş, diğer eşin rızâsı hilâfına bildirim formunu doldurabilmekte, onun damgasını ondan habersiz kullanabilmekte ve bu şekilde tanzim ettiği formu yine diğer eşten habersiz şekilde belediyeye teslim ederek boşanabilmektedir.⁵⁰

İkinci Dünya Savaşı sonrasında sayıca artan ve genellikle kadın tarafın aleyhine olacak şekilde gerçekleştiği gözlemlenen bu gibi halleri engellemek için ‘önleyici başvuru’ (*fujuri moushide* 不受理申出) adı verilen bir usûl ihdas edilmiştir.⁵¹ Bu usûl uyarınca, kocasının veya karısının kendisinden habersiz olarak boşanma bildiriminde bulunması ihtimalini yüksek gören taraf, ilgili belediyeye önden bir başvuru yaparak ileride kendi evlilikleriyle ilgili bir boşanma bildiriminin beledi-

⁴⁸ Hikaru Takagi, ‘Dai 5 Shou’ Hikaru Takagi, Takayoshi Tsuneoka ve Mamoru Suda içinde, *Joukai Gyousei Tetsuzukihou* (Koubundou, 2017) 413.

⁴⁹ Bildirim yapılmasına ilişkin usûlî yükümlülüğün varma anı itibarıyla yerine getirilmiş sayılmasının kanunî dayanağı, İdarî Usûl Kanunu m.37 hükmüdür. Bkz. Yasushi Shimoi, ‘Dai 17 Kou’ Takemichi Hatakeyama ve Yasushi Shimoi (ed) içinde, *Hajimete no Gyouseihou* (Dai 4 Han, Sanseidou 2023) 169; Noguchi (n46) 149. Varma anının kabul edilmesinin temel sebebi, şekil şartları yönünden eksiksiz olmasına rağmen bir talebin salt içeriği sebebiyle kabul edilmemesi ihtimalini ortadan kaldırmaktır. Bkz. Tadasu Watari, ‘Dai 3 Hen’ Toshifumi Sowa, Hiroshi Yamada ve Tadasu Watari içinde, *Gendai Gyouseihou Nyuumon* (Yuuhikaku 2023) 147; Katsuhiko Itagaki, ‘Dai 2 Hen - Dai 1 Shou’ Hirotake Masaki, Katsuhiko Itagaki, Akemi Yokota ve Toshiaki Kaidou içinde, *Nyuumon Gyouseihou* (Yuuhikaku 2023) 49.

⁵⁰ Bu olgu Japonca’da genel olarak ‘habersiz boşanma’ (*mudan rikon* 無断離婚) şeklinde isimlendirilmektedir. Eşlerden birinin yabancı olduğu örnekler bakımından bilgilendirme amaçlı bir kılavuz için bkz. Shuhei Ninomiya, Yasuyuki Matsumoto (sup), *Kyōugi Rikon Mondai Kenkyūukai* (ed), *Mudan Rikon Taiou Manyuaru - Gaikokujin Shien no tame no Jitsumu to Kadai*, (Nihon Kajo Shuppan 2019)

⁵¹ Taraflardan birinin gerçek iradesini barındırmayan boşanma bildirimlerinin nasıl önlenebileceği meselesi ilk olarak 1917 yılında idarenin gündemine gelmiştir. Fakat, 1952 yılına kadar bu tarz boşanmalara dair bildirim formları her iki tarafın da damgalarını içeriyor olmak kaydıyla kabul edilmiştir. Bkz. Yamakawa, *Koseki* (n18) 193, 194. Önleyici başvuru tedbiri ilk defa 1952 yılında boşanma bildirimleri bakımından ihdas edilmiştir. Bkz. Tsuneoka (n35) 97.

yeye ulaşması halinde bunun işleme konulmamasını ve kendisinin durumdan derhal haberdâr edilmesini teminat altına almaktadır.⁵²

Önleyici başvuruyu alan belediye görevlisi, böyle bir başvurunun yapılmış olduğu hususunu tarafların kütükteki aile hanesine işlemektedir.⁵³ Önleyici başvuru yapıldıktan sonra diğer eş boşanma bildiriminde bulunmak istese dahi bu bildirim idarece teslim alınmamakta ve red gerekçesi olarak önleyici başvurunun varlığı gösterilmektedir. Yapılmak istenen boşanma bildiriminin bir nüshası alınarak önleyici başvuru ile birlikte muhafaza edilmektedir.⁵⁴ Verildiği andan itibaren altı ay süreyle boşanma bildirimlerinin belediye tarafından teslim alınmalarını engelleyici bir etkiye sahip olan⁵⁵ bu tedbir süre bitiminde kendiliğinden ortadan kalkmakta fakat tekrar başvuruda bulunulması halinde yine altı aylık süreler ile yenilenebilmektedir.⁵⁶

Önleyici başvuru tedbiri, müşterek boşanma iradesinin bulunmadığı 'tek taraflı' boşanmaları engelleyebilmenin tek yolu olduğundan,⁵⁷ bildirime dayalı boşanma sistemi içerisinde sık rastlanan bir uygulamadır.⁵⁸ Günümüzde, Japonya'nın farklı şehirlerindeki belediyelere yıllık toplamda 20.000 ila 30.000 arasında değişen sayıda önleyici başvuru yapıldığı belirtilmektedir ki,⁵⁹ yıllara göre değişiklik gösteren bu sayının kimi hallerde o yıl için yapılmış toplam boşanma bildirim sayısının %19'una tekabül edebildiği anlaşılmaktadır.⁶⁰ Sistem içerisinde böyle bir tedbire yer verilmiş olması, boşanmanın irade noksanlığına rağmen gerçekleştiği hallerde adâlet duygusunu zedeleyen bir mağduriyet doğacağıın kabul edildiği anlamını taşımaktadır. Bununla birlikte, söz konusu mağduriyetin doğumunu engellemek için tercih edilen yol, belediyenin 'şeklî ve yüzeysel' incelemesi⁶¹ ile aynı doğrultuda fonksiyon gösteren bir tedbirinin kabulünden öteye geçememiştir. Çok daha yerinde olabilecek iken 'taraf iradelerinin teyidi' şeklinde bir şart benimsememiştir.

3. Yabancılık Unsuru İçeren Evlilikler Bakımından Uygulama

Bildirime dayalı boşanma sisteminin yabancılık unsuru içeren bir evlilik ilişkisi bakımından işlerlik kazanabilmesi için, öncelikle boşanmaya uygulanacak hukukun

⁵² Tedbirin kanunî dayanağı Nüfus Kütüğü Kanunu'nun (戸籍法) 27-2 maddesinin üç ilâ beşinci fıkralarıdır. Bkz. Endou (n33) 68.

⁵³ Yamakawa, *Koseki* (n18) 198.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Wagatsuma, Ariizumi, Endou, Kawai ve Nomura (n19) 93; Kojima, Date ve Mizutani (n14) 217; Yamakawa, *Koseki* (n18) 196.

⁵⁶ Kuguminato (n14) 58.

⁵⁷ Kojima, Date ve Mizutani (n14) 212.

⁵⁸ Ukon (n27) 38.

⁵⁹ Kano (n14) 67; Kojima, Date ve Mizutani (n14) 218; Kousuke Fukuichi, 'Kyōugi Rikon Seido no Kaizensaku' Shuhei Ninomiya (ed) içinde, *Gendai Kazokuhou Kouza - Dai 2 Kan - Konin to Rikon* (Nippon Hyouronsha 2021) 191 dipnot7; Tokotani (n31) 52.

⁶⁰ Bu yüksek oran, eşlerin kendi aralarındaki meseleleri güven ilişkisi içerisinde ve karşılıklı olarak mâkul şekilde ele almakta sıkıntı yaşadıklarını göstermektedir. Bkz. Ninomiya (n16) 79.

⁶¹ Yamakawa, *Koseki* (n18) 200.

belirlenmesi ve uygulanacak hukukta böyle bir sistemin mevcut olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.⁶² Bu açıdan, belediye görevlisi hem uygulanacak hukuku belirlemek hem de -yabancı hukuk olması durumunda- onun içeriğini araştırmak ile yükümlüdür.⁶³ Boşanmaya uygulanacak hukuk, Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (HUGK) m.27 hükmü uyarınca belirlenecektir.⁶⁴

HUGK m.27 düzenlemesi evliliğin hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukukun tespitine dair m. 25 hükmüne gönderme yapmakta ve o madde açısından benimsenen bağlama kurallarının, boşanma statüsü bakımından da uygulanacağını belirtmektedir. Hükmün devamında ise, eşlerden birinin Japonya’da mütad meskene sahip bir Japon vatandaşı olduğu evlilikler açısından bir istisna getirilmiş ve bu gibi hallerde boşanmanın Japon hukukuna tâbi olacağı belirtilmiştir. Gönderme yapılan HUGK m.25 hükmü, evliliğin hüküm ve sonuçlarının eşlerin müşterek millî hukukuna, böyle bir hukukun bulunmadığı hâllerde eşlerin müşterek mütad mesken hukukuna, bunun da bulunmadığı hâller bakımından ise eşler ile en yakın irtibata sahip yer hukukuna tâbi olacağını düzenlemektedir.

Japonya’da yerleşik yabancı eşlerin ikisi de aynı devlet vatandaşlığına sahip ise, boşanma statüsünün yabancı hukuk olacağı açıktır.⁶⁵ Diğer taraftan yerleşik eşlerden biri Japon vatandaşı ise, HUGK m.27’de öngörülen tek taraflı bağlama kuralı uyarınca Japon hukukuna tâbi olunmaktadır. Birbirinden farklı örnekler ile karşılaşılan belediyelere yol göstermek ve uygulamada yeknesaklık sağlamak amacıyla Adâlet Bakanlığı tarafından 1989 yılında 2(1) no’lu Genelge çıkarılmış ve bunun içeriğinde detaylı hükümler sevk edilmiştir.⁶⁶

Bu kapsamda ilk olarak, her iki eşin de Japon vatandaşı olduğu hallerde müşterek millî hukuk olan Japon hukukuna göre boşanma bildirim formunun kabul edileceği belirtilmiştir.⁶⁷ Eşlerden yalnızca birinin Japon vatandaşı olduğu haller açısından ise, bildirim formunun idare tarafından tereddüt edilmeksizin teslim alınabileceği iki ihtimalden bahsedilmiştir.⁶⁸ Bunlardan ilkinde, eşlerden biri Japonya’da mütad mesken sahibi bir Japon vatandaşı olmak suretiyle HUGK m.27 hükmünde belirtilen kişiye denk düşmektedir. İkinci ihtimalde ise, yalnızca yabancı eş Japonya’da mütad mesken sahibidir.

⁶² Okuda (n44) 228; Tayama (n30) 40.

⁶³ Okuda (n44) 228-231.

⁶⁴ Hukukların Uygulanmasına Dair Genel Kurallar Hakkında Kanun (*hou no tekiyou ni kansuru tsu-usokuhou*法の適用に関する通則法) Kanun metninin İngilizce çevirisi için bkz. Act on General Rules for Application of Laws - Japanese Law Translation < <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3783/en>> (Erişim: 10.10.2024).

⁶⁵ Okuda (n44) 231.

⁶⁶ 平成元年基本通達第2の1(1).

⁶⁷ 平成元年基本通達第2の1(1)ア.

⁶⁸ 平成元年基本通達第2の1(1)イ(ア).



Bu ikinci ihtimalde, eşlerin müşterek millî hukukları veya mütad meskenleri bulunmadığından, en yakın irtibatlı yer hukukunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu noktada, eşlerden birinin Japon vatandaşı olduğu; yabancı eşin mütad meskeninin Japonya'da bulunduğu; ve neticede eşlerden birinin millî hukuku konumunda bulunan Japon hukukuna göre bildirim dayalı boşanma usûlünün işletilmek istenmiş olduğu hususları dikkate alınarak en yakın irtibatlı hukukun Japon hukuku olduğu sonucuna varılabileceği düşünülmektedir.⁶⁹ Benzer şekilde, her iki eşin de yabancı olduğu fakat müşterek millî hukuktan söz edilemeyen hallerde bile, eğer eşlerin müşterek mütad meskenleri Japonya'da ise, boşanma bildirim formu belediye tarafından Japon hukukuna göre teslim alınacaktır.⁷⁰

Diğer taraftan, yine Genelge içeriğine göre, bazı hallerde bildirim formunun teslim alınabilmesi için üst makamdan görüş sorulması gerekmektedir. Bunlardan ilki, eşlerden birinin Japon vatandaşı olduğu, fakat hiçbirinin Japonya'da mütad mesken sahibi bulunmadığı hallerdir.⁷¹ Eşlerin sundukları belgelerden hareketle yabancı bir ülkede müşterek bir mütad meskene sahip olmadıkları anlaşılıyor ve eşler ile en yakın irtibatlı yerin Japonya olduğu sonucuna varılabiliyorsa, üst makamın vereceği olumlu görüşe istinaden bildirim formunun teslim alınması mümkündür. Hiç şüphesiz, eşlerin aynı ülkede müşterek bir mütad meskene sahip olup olmadıkları hususu şekli bir inceleme ile ortaya çıkarılabilecek cinstendir. Bununla birlikte, en yakın irtibatın Japonya ile bulunduğu dair nihaî değerlendirmenin mutlaka verilecek görüşe istinaden yapılması gerekmektedir.⁷²

Üst makamdan görüş sorulmasını gerektiren ikinci durum, her ikisi de yabancı olup müşterek bir millî hukukları bulunmayan eşlerden yalnızca birinin Japonya'da mütad mesken sahibi olduğu hallerdir.⁷³ Diğer eşin Japonya'ya gelip gitmekte olduğunun anlaşıldığı haller ile, eşlerin sundukları belgelerden hareketle yabancı bir ülkede müşterek bir mütad meskene sahip olmadıklarının anlaşıldığı ve eşler ile en yakın irtibatlı yerin Japonya olduğu sonucuna varılabilen hallerde, temin edilecek olumlu görüşe istinaden bildirim formunun teslim alınması mümkündür. Bu ihtimal açısından da, en yakın irtibatın Japonya ile bulunduğu dair nihaî değerlendirmenin, üst makamca verilecek görüşe istinaden yapılması gerekmektedir.⁷⁴

Özetle, yukarıdaki iki örnek durum açısından, belediye görevlisi tarafından yapılacak araştırmanın neticesine ve üst makamdan alınacak cevaba göre en yakın irtibatlı hukukun Japon hukuku olduğu sonucuna varılabiliyor ise, bildirim formu

⁶⁹ Takehiko Shintani, *Shougai Koseki no Riron to Jitsumu - Kihon Tsuutatsu no Kaisetsu*, (Teihan 2021) 139; Okuda (n44) 228, 229.

⁷⁰ 平成元年基本通達第2の1エ(ア).

⁷¹ 平成元年基本通達第2の1イ(イ).

⁷² Okuda (n44) 229.

⁷³ 平成元年基本通達第2の1エ(イ).

⁷⁴ Okuda (n44) 229.

ancak o zaman teslim alınabilmektedir.⁷⁵ Görüş sorulan üst makam yetkili hukuk işleri bürosudur.⁷⁶ İlk başlarda, hukuk işleri büroları belediyelerin bu gibi görüş taleplerini doğrudan Adâlet Bakanlığı'na iletmişler ve oradan gelecek cevaba göre işlem yapmışlardır. Fakat Bakanlık, 1993 tarihli bir yazısı ile bu uygulamayı büyük ölçüde sınırlamıştır.⁷⁷ Bahse konu yazıda, yakın irtibat incelemesinde kullanılmak üzere üç örnek hal sıralanmış ve bunların görüldüğü haller bakımından Bakanlığa başvuru gerekliliği ortadan kaldırılmıştır. Buna göre;

1) Evlilik ilişkisi Japonya'da bildirim usûlü (*todokede*) ile kurulmuş, eşler Japonya'da birlikte yaşamakta ve evliliğin kurulmasından boşanma bildirimini yapıldığı ana kadar geçen süre zarfında her iki eş de Japonya'da oturmuş⁷⁸ ise, eşler ile en yakın irtibatlı yerin Japonya olduğu kabul edilebilir.

2) Evlilik ilişkisi başka bir ülkede kurulmuş olsa bile, eşler Japonya'da birlikte yaşamakta ve boşanma bildirimini yapıldığı ana kadar her iki eş de Japonya'da oturmuş ise, evlilik hayatlarının büyük bir kısmını Japonya'da geçirdikleri kabul edilebilir.

3) Boşanma bildirimini yapıldığı ana kadar eşlerden birinin veya hiçbirinin Japonya'da oturmamış olduğu hallerde, veya sadece boşanma bildiriminde bulunmak amacıyla Japonya'ya gelmiş oldukları hallerde, eşler ile en yakın irtibatlı yerin Japonya olduğu kabul edilemez.⁷⁹ Fakat, böyle haller açısından dahi, eşler arasındaki evlilik ilişkisi Japonya'da bildirim usûlü (*todokede*) ile kurulmuş ve onlar ile en yakın irtibatlı yerin yabancı bir ülke olduğunu kabul etmeyi mümkün kılacak herhangi bir emâre (eşlerin o ülkede birlikte yaşıyor olmaları vs.) bulunmuyor ise, eşler ile en yakın irtibatlı yerin Japonya olduğunu kabul etmek mümkündür.⁸⁰

⁷⁵ Okuda (n44) 229.

⁷⁶ Hukuk İşleri Büroları, Japonya'nın pek çok şehrinde bulunan, hiyerarşik olarak Adâlet Bakanlığı Hukuk İşleri Bürosu'na bağlı olmakla birlikte yerel düzeyde örgütlü ve hukukî konularda çeşitli fonksiyonlar üstlenen resmi kurumlarıdır. Detaylı bilgi için bkz. Houmukyoku < <https://houmukyoku.moj.go.jp/homu/static/index.html> > (Erişim: 10.10.2024).

⁷⁷ 平成5年4月5日民二第2986号通知.

⁷⁸ *Okuda*, bu ifadede mütad mesken yerine 'oturma yeri' kavramının tercih edilmiş olmasına dikkat çekmekte ve eşlerin Japonya'da oturma yerine sahip olmalarının aynı zamanda mütad meskene de sahip oldukları şeklinde anlayamayacağını belirtmektedir. Ayrıca müşterek milli hukukları bulunmayan ve her ikisi de yabancı olan eşlerden sadece birinin Japonya'da mütad mesken sahibi olduğu tespit edilse dahi, boşanma bildiri esnasında tarafların ikisi de Japonya'da oturmakta, evliliklerinin tamamını veya büyük kısmını Japonya'da geçirmiş oldukları anlaşılmakta ise, en yakın irtibatlı yerin Japonya olduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan, oturma yerine ilişkin araştırmanın belediye tarafından yapılması mümkün olmayıp, bu husus yetkili hukuk işleri dairesinin (*kankatsu houmukyoku* 管轄法務局) uhdesinde bulunmaktadır. Bkz. *Okuda* (n44) 230.

⁷⁹ Bu durum sadece her iki tarafın de yabancı olduğu haller açısından değil, taraflardan birinin Japon vatandaşı olduğu haller açısından da geçerlidir. Zira, boşanma bildirim formu, iki tarafın damgasını ihtiva ettiği sürece içlerinden biri tarafından teslim edilebilmekte, hatta yabancı ülkeden Japonya'daki belediyeye posta ile dahi gönderilebilmektedir. Bkz. *Okuda* (n44) 231.

⁸⁰ *Okuda* (n44) 230.



Yine Genelge uyarınca, her ikisi de yabancı olan eşlerin müşterek millî hukuklarına göre bildirim dayalı boşanmanın mümkün olduğunun ve bunun Japon hukukunun şekil kuralları ile uyum içerisinde yapılabildiğinin deliller üzerinden gösterilmesi halinde, Japonya'da da bildirim dayalı olarak boşanabilmesi mümkündür.⁸¹ Boşanmaya uygulanacak hukukun yabancı hukuk olarak belirlendiği fakat o hukukta bildirim dayalı boşanma benzeri bir sistemin kabul edilmediğinin anlaşıldığı hallerde ise, bildirim formu belediye tarafından teslim alınmayacaktır.⁸²

Bu noktada şöyle bir soru akla gelecektir: Acaba yabancı hukuk düzeni bir taraftan eşlerin idarî makam kararı ile boşanabilmelerine cevaz vermekte fakat aynı zamanda onların boşanmaya dair müşterek maddî iradelerinin teyit edilmesi şeklinde bir zorunluluk da öngörmekte ise, maddî iradelere dair böyle bir inceleme yetkisi bulunmayan Japon belediyelerinde bildirim dayalı olarak boşanmak mümkün müdür?

İlgili yabancı hukuka göre idarî veya adlî bir makamın uhdesine bırakılmış olabilecek bu türden bir teyit şartının varlığı-yokluğu meselesi, eğer o hukuk tarafından boşanmanın 'şekli kurucu unsurları' arasında görülüyor ise, Japonya'da gerçekleştirilmek istenen bir işlem Japon hukukunun şekil kurallarınca idare edileceğinden, ortada bir sorun kalmayacak ve belediye bildirim formunu teslim alacaktır.⁸³

Buna karşılık, teyit şartı yabancı hukuk tarafından boşanmanın 'maddî bir kurucu şartı' olarak ele alınıyorsa, o yabancı hukuk düzeninde kabul edilen idarî makam kararıyla boşanma usûlünün, Japonya'da kabul edilen usûlden ciddi ölçüde farklılaştığı sonucuna varılacak ve belediye boşanma bildirim formunu teslim alamayacaktır. Formun yine de teslim alındığı ihtimalde, boşanmanın geçerliliği ile ilgili olarak yabancı devlet makamları önünde çeşitli sorunlar ile karşılaşılması muhtemeldir.⁸⁴ Japon doktrini özelinde, boşanma iradeleri bakımından bir teyit şartının varlığı-yokluğu meselesini boşanmanın maddî kurucu şartları arasında görmek yönünde bir eğilim bulunduğu ifade edilmektedir.⁸⁵

Son olarak, bir önceki alt başlıkta ana hatları ile değinilen önleyici başvuru tedbirine yabancılık unsuru içeren evlilikler bakımından da başvurulabildiğini belirtmekte fayda vardır.⁸⁶

⁸¹ 平成元年基本通達第2の1ウ.

⁸² Okuda (n44) 231.

⁸³ Yamakawa, *Koseki* (n18) 204.

⁸⁴ Yasushi Nakanishi, 'Shougai Rikon wo meguru Wa ga Kuni Kokusai Shihou no Genjou to Kadai' Shuuhei Ninomiya (ed) içinde, *Gendai Kazokuhou Kouza - Dai 5 Kan - Kokusaika to Kazoku* (Nippon Hyouronsha 2021) 106.

⁸⁵ Nakanishi (n84) 106.

⁸⁶ Yabancı uyruklular tarafından yapılacak önleyici başvuru talepleri hakkında 27.05.2008 tarihinde bir Genelge yayımlanmıştır. (平成20年5月27日民一第1503号民事局長通達).

C. Sistemin Sorunlu Yönleri

1. Teyit Edilmeyen Boşanma İradesi

Günümüzde eşlerin mahkeme dışında anlaşmalı olarak boşanabilmelerine izin veren hukuk düzenlerinin büyük bir çoğunluğu açısından idari veya adli makamların yahut başka katılımcıların (ör. noterler) süreçte rol alarak taraf iradelerini teyit ettikleri bilinmektedir.⁸⁷ Boşanma, tarafların müştereken sahip olmaları gereken boşanma iradesinin üçüncü bir kişi tarafından teyit edilmesi, bir başka deyişle boşanma kararının gerçekten de her iki eşin özgür iradesi ile alındığının onaylanması ile gerçekleşmektedir.⁸⁸

Japonya'ya özgü bildirim dayalı boşanma sistemi ise, tarafların müşterek maddi iradelerine dair hiçbir teyit aşaması barındırmıyor oluşu itibarıyla çağdaş örneklerden ciddi ölçüde ayrılmaktadır.⁸⁹ Boşanma bildirim formu kendisine sunulan belediye görevlisinin yapacağı tüm inceleme, yalnızca form içeriğinde yer alması gereken bilgilerin mevcut olup olmadıkları, ek belge sunulması gerekiyorsa bunların eklenmiş olup olmadığı hususları ile eşlerin ve tanıkların damgalarının bulunup bulunmadığının kontrolü ile sınırlıdır.⁹⁰ Bir başka deyişle, görevli yalnızca şekli bir inceleme yapmakta olup, boşanma iradesinin her iki eş açısından da gerçekten var olup olmadığını kontrol etme yetkisine sahip değildir.⁹¹

Forma vurulmuş damgaların müşterek boşanma iradesine sahip olduğunun bir göstergesi olduğu iddia edilebilirse de, eşlerin belediyede hazır bulunmaları gerekmediğinden, salt damgaların varlığına dair şekli bir incelemenin bu iradeyi ortaya çıkarmakta herhangi bir fonksiyon üstlenmediği bizzat Japon yazarlarca ittifakla kabul edilmektedir.⁹²

⁸⁷ Takenaka (n14) 45. Güney Kore'de idari boşanma mümkün ve yaygın bir usul olmakla birlikte, sistemin önemli bir unsuru her iki eşin de boşanma iradesine sahip olduğunun aile mahkemesi tarafından teyit edilmesidir. Tayvan'da her iki eşin de aile sicilinden sorumlu memur önünde hazır bulunmaları gerekliliği aynı sebepten ötürüdür. Benzer şekilde, Çin Halk Cumhuriyeti'nde, her iki eşin de boşanma başvurusunda bulunmak için evlilik kayıt makamının önünde hazır bulunmaları beklenmektedir. Bkz. Ninomiya (n16) 79. İtalya'da eşlerin belediye başkanı önünde boşanabilmeleri usulünün işletilebilmesi eşlerin küçük veya maddi bakımdan bağımlı ya da ağır biçimde engelli olan ergin çocuklarının bulunmaması şartına bağlanmış olup belediye başkanı eşlerden ayrılma veya boşanma isteklerini açıklamalarını istemektedir. Bu irade açıklamasından sonra eşlere otuz günlük süre verilmekte, bu süre zarfında eşlerin kararlarını bir kez daha değerlendirmeleri beklenmekte, aynı zamanda belediye başkanı da eşlerin beyanlarında samimi olup olmadıklarını daha sağlıklı bir şekilde denetlemektedir. Bkz. Çetinel ve Güneş (n8). Fransa'da evliliği sonlandırma ve bunun sonuçları konusunda anlaşmaya varan eşler, bu anlaşmalarını yazılı bir belge haline getirerek imzalamakta, fakat bu anlaşma ayrıca avukatlar tarafından da imzalanıp noter tarafından tutulan sicile tescil edilmektedir. Bkz. Çetinel ve Güneş (n8) 325.

⁸⁸ Ninomiya (n16) 79; Okuyama (n26) 45.

⁸⁹ Yamakawa, *Koseki* (n18) 160.

⁹⁰ Tsuneoka (n35) 97.

⁹¹ Mizuno (n27) 22; Ninomiya (n16) 78; Yamakawa, *Koseki* (n18) 200; Kojima, Date ve Mizutani (n14) 217.

⁹² Kano (n14) 67; Matsuhisa (n27) 55; Motozawa (n36) 73; Takenaka (n14) 45; Mizuno (n27) 51.

2. Tek Taraflı Boşanmalar

Taraf iradelerinin teyit edilmediği bu sistemin yol açtığı en temel sorun, bir eşin rızâsı bulunmadığı halde hatta haberi dahi olmadan diğer eş tarafından boşanılabilmesidir.⁹³ Öyle ki, bildirim formu hile veya tehdit ile damgalanmış olsa bile⁹⁴, belediye görevlisinin maddî bir içerik denetimi yapma imkânı olmadığından, boşanma kütüğe işlenmektedir.⁹⁵ Önleyici başvuruların sayıca çok oluşu, boşanma bildirimimin kimi hallerde eşlerden birinin iradesi dışında yapıldığı veya eşlerin süreçte fikirlerini kolaylıkla değiştirebildikleri bir uygulamaya işaret etmektedir.⁹⁶ Eşlerden birinin boşanma iradesi olmamasına rağmen diğer eş tarafından boşanılması olgusu için Japonca'da 'kovucu boşanma' (追い出す離婚) veya daha güzel bir çeviri ile 'kapı dışarı edici boşanma' tabiri kullanılmaktadır.⁹⁷ Bazı çiftlerin her kavga sonrasında boşanıp daha sonra tekrar bir araya gelmek şeklinde rutinler geliştirdiklerinden bahsedilmekte, boşanmanın bu kadar kolay gerçekleştirilebiliyor olmasının ülkedeki yüksek boşanma oranına katkı sağlayan faktörlerden biri olduğu vurgulanmaktadır.⁹⁸

Hiç şüphesiz, böyle hallerde kendisinden habersiz veya kendi rızâsı hilâfına boşanılan eşin söz konusu alındı işlemleri hakkında duruma göre kesin hükümsüzlük veya iptal yaptırımlarından birini talep ile mahkemeye başvurması mümkündür. Fakat, aşağıda da değinileceği üzere, yaptırımlara ilişkin süreçler onları caydırıcı olmaktan çıkardıkları için, çoğu halde bu tür bir tek taraflı boşanma ile karşı karşıya kalan eşin çaresizce durumu kabullendiği belirtilmektedir.⁹⁹

Özetle, boşanmanın A3 ebadında tek bir kağıt ile gerçekleştirilebiliyor olması, sistemi kolay olduğu kadar tehlikeli de yapmaktadır.¹⁰⁰ Bu tehlike, dil kaynaklı ile-

⁹³ Yamakawa, *Koseki* (n18) 181; Tsuneoka (n35) 97; Motozawa (n36) 73; Okuyama (n26) 45; Kubota (n27) 97, 98; Ishii (n16) 73; Matsuhisa (n27) 55; Takenaka (n14) 45.

⁹⁴ Yamakawa, *Koseki* (n18) 185.

⁹⁵ Endou (n33) 67; Tokotani (n31) 51.

⁹⁶ Kojima, Date ve Mizutani (n14) 218.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Tayama (n30) 40.

⁹⁹ Tokotani (n31) 51; Mizuno (n27) 51.

¹⁰⁰ Kojima, Date ve Mizutani (n14) 212. Çalışma Bakanlığı Kadın ve Çocuk Dairesi'nin (bugünkü Sağlık, Çalışma ve Refah Bakanlığı Eşit İstihdam, Çocuk ve Aile Dairesi) 1958 yılında yaptırdığı 'Bildirime Dayalı Boşanmanın Fiili Durumu' başlıklı araştırmada, tek taraflı boşanmalar bakımından çarpıcı istatistiklere ulaşılmıştır. Araştırma, 1958 yılının Haziran ve Aralık ayları arasında Japonya genelinde bildirime dayalı olarak boşanmış 1940 kadınıla yapılmış bir anket çalışmasına dayanmaktadır. Ankette sorulan sorular ve alınan cevaplar şu şekildedir: (1) Belediyeye yapılmış boşanma bildiriminden haberdar olup olmadıkları sorulduğunda, %93'ü bildirim yapıldığından haberdar olduğunu fakat %4'ü bu bildirim zamanını bilmediğini; %3'ü ise bildirimden hiç haberdar olmadığını söylemiştir. O kadar ki, ankete katılan kadınların %1'i böyle bir bildirim yapıldığını ancak anketör kendilerini ziyaret ettiğinde öğrenmiştir. (2) Boşanmaya açıkça rızâ gösterdiniz mi sorusuna %74'ü evet yanıtını vermiş, %10'u rızâ göstermediğini, %8'i hiç rızâ göstermediğini, %8 ise emin olmadığını söylemiştir. (3) Boşanma bildirim formunu kendiniz mi damgaladınız

tişim sorunları sebebiyle Japon-yabancı evlilikleri bakımından özellikle kendisini hissettirmektedir. Japon vatandaşlarıyla evli olan yabancılar, haberleri dahi olmadan boşanabilecekleri ve bunu önlemek için önleyici başvuru isimli bir tedbire başvurabilecekleri hususunda bilgisiz olabilmektedirler.¹⁰¹

3. Caydırıcı Olmayan Yaptırımlar

a. Kesin Hükümsüzlük Yaptırımı Açısından

Bildirime dayalı boşanmaların kesin hükümsüzlük veya iptal yaptırımına tâbi olmalarının kanunî dayanağı Şahsî Hal Muhakeme Kanunu (*jinji soshouhou* 人事訴訟法) m.2/1 hükmüdür.¹⁰² Fakat ne bu Kanun içerisinde ne de Japon Medeni Kanunu'nda hangi hallerde kesin hükümsüzlük yaptırımının gündeme geleceğine dair özel bir hüküm bulunmaktadır. Doktrin ve mahkemeler tarafından ağırlıklı olarak benimsenen görüş, evlenmenin kesin hükümsüzlüğüne dair JMK m.742 hükmünün (irade noksanlığı) bildirime dayalı boşanmalar bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir.¹⁰³

Buna göre, boşanma bildirim formunun eşlerden biri tarafından diğerinin bilgisi/rızası hilâfına teslim edildiği haller ile formun doldurulduğu esnada her iki eşin de boşanma iradesine sahip olmasına karşılık teslimden önce içlerinden birinin bu iradeyi kaybetmiş olduğu fakat buna rağmen formun yine de teslim edildiği hallerde boşanma kesin hükümsüzdür.¹⁰⁴ Bu hususta, geçersizliğin herhangi bir mahkeme kararına veya incelemeye gerek olmaksızın ileri sürülebileceğini savunan 'kendiliğinden geçersizlik' görüşü (doktrin ve mahkemelerin ağırlıklı olarak benimsediği görüştür) ile, geçersizliği tespit eden bir mahkeme kararı bulunmadığı sürece geçersizliğin ileri sürülemeyeceğini bildiren 'şekli geçersizlik' görüşleri bulunmaktadır.¹⁰⁵

Kendiliğinden geçersizlik görüşünün temel dayanağını teşkil eden 1978 tarihli Yüksek Mahkeme kararında, benzer koşullarda gerçekleştirilen bildirime dayalı boşanmanın geçerli olup olmadığı meselesi bir başka davada bekletici sorun olarak

sorusuna %62'si evet, %38'i hayır cevabını vermiştir. Her ne kadar elde edilmiş veriler eski olsa da, bu araştırma bildirime dayalı boşanma sisteminin fiili durumuna ilişkin şüphelerin temelsiz olmadığını göstermesi bakımından önemlidir. Bkz. Yamakawa, *Koseki* (n18) 182.

¹⁰¹ Ninomiya (n16) 79. Bazı örneklerde, Japon vatandaşı taraf, yabancı olan eşinin imzasını alabilmek için formun kira sözleşmesi olduğu veya çocuklarının okulundan verildiği gibi gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmaktadır. Diğer örneklerde ise, yabancı eş imzasının gerçekte ne için istendiğinin farkında olmasına rağmen şiddete uğradığı veya tehdit edildiği için imza atmaktadır. Bkz. Hurights Osaka < <https://www.hurights.or.jp/archives/newsletter/section4/2020/05/post-201874.html>> (Erişim: 10.10.2024).

¹⁰² Motozawa (n36) 73; Matsuhisa (n27) 57.

¹⁰³ Ukon (n27) 38; Ishii (n16) 74; Kuguminato (n14) 59; Yamakawa (n17) 84; Matsuhisa (n27) 57; Kano (n14) 71.

¹⁰⁴ Boşanma iradesi mevcut olmasına rağmen bildirim yapılmamış ise, bu durum kesin hükümsüzlük (*mukou* 無効) değil, yokluk (*fusonzai* 不存在) yaptırımını gündeme getirmektedir. Bkz. Yamakawa (n17) 84.

¹⁰⁵ Takenaka (n14) 46; Mizuno (n27) 52.

gündeme gelmiş ve Mahkeme o davanın ilgililerinin geçersizlik iddiasını (bunu tespit eden bir karara gerek olmadan) öne sürebilecekleri yönünde hüküm kurmuştur.¹⁰⁶ Bu karar ışığında, sonraki yıllarda kaleme alınan eserlerde bildirime dayalı boşanmaların geçersizliğinin kendiliğinden doğduğu görüşü geliştirilmiştir.¹⁰⁷

Diğer taraftan önemle belirtmek gerekir ki, 'kendiliğinden geçersizlik' ifadesinin yanıltıcı bir yönü bulunmaktadır. Zira, boşanma bildirim formu belediye tarafından bir kez teslim alındığında eşler arasındaki evlilik ilişkisinin sona erdirildiği hususu kütüğe tescil edilmekte ve ortaya çıkan bu yeni statünün aslında geçersiz olduğu iddiası tek başına eşleri boşanma öncesi duruma döndürmeye yetmemektedir. Aksine, mağdur konumdaki (eski) eşin öncelikle mahkeme gözetiminde bir uzlaştırma sürecine dâhil olması, bunun olumsuz sonuçlanması halinde dava açması ve kütüğe yapılmış boşanma tescilini kaldırtmak için mutlaka bir mahkeme kararı temin etmesi gerekmektedir.¹⁰⁸

Mevcut sistem, tek taraflı bir boşanma ile karşılaşan eşin bu durumu kabullenmesini teşvik edici nitelikte görülebilecek birtakım unsurlar da barındırmaktadır. Örneğin, mağdur eşin uzlaştırma görüşmeleri esnasında 'teşekkür parası' (*kansharyou* 感謝料) almayı kabul etmesi halinde, kendiliğinden geçersiz olması gereken boşanmanın artık geçerli hale geldiğine ilişkin bir Yüksek Mahkeme kararı bulunmaktadır.¹⁰⁹ Benzer şekilde, bilgisi olmaksızın yapılan bir boşanma bildiriminden sonradan haberdar olan eşin evlenmeden önceki soyadını kullanmak için talepte bulunması durumunda da boşanmaya icâzet verdiği kabul edilmekte ve boşanma bildirim anından itibaren geçerli hale gelmektedir.¹¹⁰ Geçersiz bir boşanmayı geçerli hale getirmek konusunda mağdur eşin davranışlarına atfedilen yüksek etki derecesi hususunda doktrinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.¹¹¹

Uzlaştırma ve akabindeki yargı sürecinin uzun, masraflı ve yıpratıcı olduğu düşünüldüğünde¹¹², kesin hükümsüzlük yaptırımının caydırıcı olmadığı sonucuna varmak mümkündür ki, mağdur eşin içine düşürüldüğü durumu kabullenerek boşanmaya razı geldiği hallerin sayısının çok olması¹¹³ bu düşünceyi doğrular niteliktedir.

¹⁰⁶ Motozawa (n36) 73. Karar metnindeki ilgili kısım için bkz. 最判昭和53年3月9家月31卷3号, sayfa 79.

¹⁰⁷ Kubota (n27) 98; Tsuneoka (n35) 95; Kawamura (n14) 66; Matsukawa (n14) 76; Motozawa (n36) 73; Yoshida ve Iwashi (n31) 67; Ishii (n16) 75.

¹⁰⁸ Mizuno (n27) 51; Tsuneoka (n35) 95; Kojima, Date ve Mizutani (n14) 217; Yoshida ve Iwashi (n31) 67; Matsukawa (n14) 76; Ukon (n27) 38; Itou (n32) 40.

¹⁰⁹ Mizuno (n27) 52. Karar metnindeki ilgili kısım için bkz. 最判昭和42年12月8家月20卷3号, sayfa 55.

¹¹⁰ Tokotani (n31) 52.

¹¹¹ Kano (n14) 72; Tsuneoka (n35) 95; Takenaka (n14) 46; Kawamura (n14) 66; Kuguminato (n14) 59; Ishii (n16) 75; Motozawa (n36) 73; Matsuhisa (n27) 56; Itou (n32) 40.

¹¹² Bkz. Japan Times <<https://www.japantimes.co.jp/community/2013/10/07/how-tos/getting-a-dodgy-divorce-is-easy-annulling-the-decision-is-anything-but/>>

¹¹³ Mizuno (n27) 51.

b. İptal Yaptırımı Açısından

Boşanma bildirim formunun hile veya tehdit ile doldurulduğu veya teslim edildiği hallerde, söz konusu boşanmanın iptal ettirilmesi mümkündür.¹¹⁴ Diğer taraftan, hilenin öğrenildiği veya tehdidin sona erdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde dava açılmaması durumunda yahut dava açma hakkına sahip tarafın boşanmaya icâzet gösterdiği hallerde iptal davası açma hakkı düşmektedir.¹¹⁵

Mahkemenin iptal kararı vermesi durumunda, evliliğin iptalinde görüldüğünden farklı olarak kararın geriye yürüyeceği, boşanmanın en baştan itibaren geçersiz hale geleceği ve böylelikle evliliğin hiç sonlanmamış sayılacağı hususunda doktrin hemfikirdir.¹¹⁶ İptal yaptırımının geleneksel tanımı ile çelişir gözükse de bu yorumun temel gerekçesi olarak, bildirim dayalı boşanma sistemini düzenleyen maddeler arasında, evliliğin iptaline ilişkin maddeye (JMK m.747) gönderme yapılmış iken evliliğin iptalinin geriye etkili olmadığını belirten maddeye (JMK m.748) herhangi bir gönderme yapılmamış olması gösterilmektedir.¹¹⁷

Doktrinde hile durumu için sıklıkla verilen bir örnek, alacaklılarının takip yapabileceklerini ve bu durumun ailesine zarar vereceğini öne süren bir kocanın muvâzaalı bir boşanma için eşini iknâ ettiği, fakat boşandıktan hemen sonra başka bir kadınla yeniden evlendiği haldir.¹¹⁸ Yukarıda belirtildiği gibi iptal kararının geriye etkili kabul edilmesi böyle örnekler açısından kocanın çok eşlilik durumuna yol açtığından, ikinci evliliğin geçersizliği için dava açılabilmesi de mümkün hale gelmektedir.¹¹⁹

Bununla birlikte, bildirim dayalı olarak yapılan diğer muvâzaalı boşanma örnekleri incelendiğinde, bildirim formunun teslimi iradesi bakımından herhangi bir sakatlık bulunmadığı sürece mahkemelerin şekli bir yaklaşım benimsedikleri ve boşanmayı geçerli gördükleri anlaşılmaktadır.¹²⁰ Bu kapsamda, icrâ tâkibinden kurtulmak,¹²¹ soyadını değiştirmek,¹²² kurumlardan sosyal yardım almak¹²³ gibi amaçlarla gerçekleştirilen bildirim dayalı boşanmaların mahkemelerce geçerli görüldükleri ifade edilmektedir.¹²⁴

¹¹⁴ JMK m.764 hükmünün evliliğin iptaline ilişkin JMK m.747 hükmüne yapmış olduğu gönderme sebebiyle. Bkz. Mizuno (n27) 52; Bkz. Tsuneoka (n35) 94; Kawamura (n14) 66; Matsuhisa (n27) 57.

¹¹⁵ JMK m.747/2 hükmü sebebiyle. Bkz. Kano (n14) 71; Takenaka (n14) 46; Matsukawa (n14) 76; Kuguminato (n14) 59; Wagatsuma, Ariizumi, Endou, Kawai ve Nomura (n19) 94.

¹¹⁶ Mizuno (n27) 52; Takenaka (n14) 46; Ukon (n27) 39; Kawamura (n14) 66; Matsukawa (n14) 76; Matsuhisa (n27) 57; Yoshida ve Iwashii (n31) 67; Tokotani (n31) 53.

¹¹⁷ Kano (n14) 71.

¹¹⁸ Tokotani (n31) 53; Kano (n14) 70.

¹¹⁹ Yamakawa (n17) 84; Kano (n14) 71.

¹²⁰ Kojima, Date ve Mizutani (n14) 218; Kuguminato (n14) 60.

¹²¹ 大判昭和16年2月3日民集20卷, sayfa 70.

¹²² 最判昭和38年11月28日民集17卷11号, sayfa 1469.

¹²³ 最判昭和57年3月26日半時1041号, sayfa 66.

¹²⁴ Matsukawa (n14) 75, 76; Yamakawa (n17) 80; Motozawa (n36) 73; Okuyama (n27) 45; Itou (n32)

Tüm bu açıklamalar ışığında, tıpkı kesin hükümsüzlük yaptırımında olduğu gibi, iptal yaptırımı açısından da tek taraflı boşanmaları engelleyici bir caydırıcılık düzeyinin bulunmadığı sonucuna varmak mümkündür.

4. Eşin ve Çocukların Menfaat Kaybı

Bildirime dayalı boşanma sisteminin en sorunlu yönlerinden birisi, eşler arasında mal paylaşımına, boşanma sonrasında çocukla ilişki kurulmasına ve bir eşin diğerine sağlayabileceği maddî destek gibi önemli detaylara dair herhangi bir anlaşmaya varılmamış olsa bile, formun belediye tarafından teslim alınmasıyla birlikte boşanmanın gerçekleşiyor olmasıdır.¹²⁵ Hiçbir kötü niyet barındırmayan hallerde bile, eşlerin bu önemli detaylar üzerine eğilme gereksinimi hissetmeksizin hızlı şekilde boşanabilmelerini mümkün kılan sistem, eş ve çocukların menfaatlerinin sağlıklı şekilde temini yönünden eksik olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹²⁶ Bu gibi detaylara ilişkin düzenlemelerin boşanma sonrasında yapılacağına herhangi bir garantisi olmadığından,¹²⁷ özellikle eşlerden birinin ekonomik bağımsızlığının bulunmadığı veya yeterli düzeyde olmadığı örnekler açısından bakıldığında,¹²⁸ sistemin boşanmayı kolaylaştıran yapısının âdil olmayan/haksız boşanmaları önleme noktasında bir zâfiyete yol açtığı anlaşılmaktadır.¹²⁹ İdeal olan, eşlerin kendi aralarında mâkul şekilde yürütecekleri müzâkereler vasıtasıyla boşanma sonrası döneme dair çeşitli hususlarda anlaşmaya varmalarıdır. Halbuki, Japonya'daki boşanmaların mevcut durumu bu idealden oldukça uzak bir görünüm arz etmektedir.¹³⁰

Uygulamada, eşler arasındaki güç dengesizliğine bağlı olarak müzâkerelerin önemli ölçüde etkilenebildiği, bencil taleplerin hatta tek taraflı boşanmaların dahi diğer eşe kabul ettirilebildiği ifade olunmaktadır.¹³¹ Eşlerden birinin kötü niyetli olduğu ve diğerinin rızâsı hilâfına bildirim formunu teslim ettiği hallerde, söz konusu mağduriyetin boyutu daha da büyük olmaktadır.¹³² Eşini boşamak isteyen ve bu uğurda onun damgasını gizlice kullanmaya veya onun imzasını taklit etmeye tenezzül edebilecek birinin, bildirim formunda yer alan ve boşanma sonrasında çocukla iletişim kurulmasına veya sağlanacak maddî desteklere ilişkin beyan kutucuklarını da tamamen kendi menfaatine göre doldurmak istemesi ihtimali göz ardı edilemeyecek kadar yüksektir.

38; Mizuno (n27) 50.

¹²⁵ Takenaka (n14) 45; Ishii (n16) 73.

¹²⁶ Kuguminato (n14) 57; Fukuichi (n59) 191; Matsukawa (n14) 75; Yoshida ve Iwashii (n31) 68.

¹²⁷ Kojima, Date ve Mizutani (n14) 212.

¹²⁸ Ninomiya (n16) 78.

¹²⁹ Endou (n33) 67; Kano (n14) 67.

¹³⁰ Ninomiya (n16) 77, 78.

¹³¹ Kojima, Date ve Mizutani (n14) 212.

¹³² Matsuhisa (n28) 57.

Doktrinde, bildirime dayalı boşanmanın gerçekten de her iki tarafın özgür iradeleriyle mi gerçekleştiği yoksa erkeğin daha avantajlı olduğu bir boşanma türüne mi dönüştüğü sorusuna dikkat çekilmiştir.¹³³ Kanaatimizce, cinsiyetten bağımsız olarak, ‘diğerinin rızâsı hilâfına boşanmak isteyen eş’ her kim ise, bu sistemde esas avantajlı konumda olan odur. Boşanma bildirim formundaki tüm damgalar sahibinden habersiz vurulmuş, boşanma sonrası döneme ilişkin hiçbir maddî yükümlülük üstlenilmemiş ve çocukla ilişki kurma hususunda herhangi bir düzenleme yapılmamış olsa dahi, kötü niyetli eş formu belediyeye teslim ettiği anda boşanma gerçekleşmektedir. O andan itibaren geçersizlik iddiasını ispat etme yükü altında kalan ve en az bir yıllık bir hukuk mücadelesinin ardından bunun ancak mümkün olabildiğini¹³⁴ öğrenen diğer eşin mağduriyeti gerçektir.

Bu bağlamda velâyet hakkı üzerinde ayrıca durulmalıdır. Küçük çocuk bulunan evlilikler açısından gündeme gelecek boşanma bildirimlerinde, form içeriğinde taraflardan hangisinin velâyet hakkına sahibi olacağına dair bir belirleme yapılması gerekmektedir.¹³⁵ Buna karşılık, her ne kadar ilgili kanun maddesinde¹³⁶ bu belirlemeyi içermeyen bildirim formlarının teslim alınmayacakları belirtilmiş ise de¹³⁷, aynı maddenin takip eden fıkrasında formun bu eksikliğe rağmen belediye tarafından bir şekilde teslim alındığı hallerde boşanmanın geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.¹³⁸

Eşlerin boşanmak hususunda müşterek bir iradeye ulaştıkları fakat velâyet hakkına kimin sahip olacağı konusunda anlaşmazlığa düştükleri hallerde, içlerinden birinin hızlı davranarak kendi lehine bir belirleme yapıp formu teslim ettiği örnekler mevcuttur.¹³⁹ Bu durumun özellikle eşlerden birinin yabancı olduğu haller bakımından gündeme geldiği ifade edilmektedir.¹⁴⁰ Böyle hallerde, velâyet hakkına ilişkin belirlemenin geçersiz olduğu fakat boşanmanın geçerli şekilde gerçekleştiği kabul edilmektedir.¹⁴¹

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, bildirime dayalı boşanma sistemi boşanılan eş ve eğer varsa küçük çocuklar bakımından ciddi menfaat kayıplarına yol açabilmektedir. Sistem, formu dolduran ve teslim eden eşin lehine

¹³³ Wagatsuma, Ariizumi, Endou, Kawai ve Nomura (n19) 90.

¹³⁴ Sürecin zorlukları hakkında bkz. <<https://www.japantimes.co.jp/community/2013/10/07/how-tos-getting-a-dodgy-divorce-is-easy-annulling-the-decision-is-anything-but/>> (Erişim: 10.10.2024)

¹³⁵ Bu yükümlülüğün kanunî dayanakları JMK m.765/1 ve m.819/1 ile Nüfus Kütüğü Kanunu (*kosekihō* 戸籍法) m.76 hükümleridir.

¹³⁶ JMK m.739’a gönderme yapılmak suretiyle.

¹³⁷ JMK m.765(1) Bkz. Tsuneoka (n35) 94; Kubota (n27) 97.

¹³⁸ JMK m.765(2). Bkz. Takenaka (n35) 45; Tsuneoka (n35) 94; Kubota (n27) 97; Tokotani (n31) 51.

¹³⁹ Kojima, Date ve Mizutani (n14) 218; Ishii (n16) 73.

¹⁴⁰ Bildirime dayalı boşanmalarda sorunların özellikle yabancı taraflar söz konusu olduğunda ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bkz. Ninomiya, Matsumoto (sup), *Kyōugi Rikon Mondai Kenkyūkai* (ed) (n50) 42 vd. Ayrıca bkz. Fukuichi (n59) 191.

¹⁴¹ Kojima, Date ve Mizutani (n14) 218; Ishii (n16) 73; Matsuhisa (n28) 56.

işlemekte, fakat bu eş tarafından gerçekleştirilebilecek sūiistimallere karşı yeterli koruma sağlamamaktadır. Önleyici başvuru tedbiri ile bu sıkıntının önüne geçileceği düşünülebilirse de, anılan tedbir tamamen isteğe bağlı olduğundan tüm boşanma bildirimlerinin yaklaşık beşte birlik bir kısmı bakımından ancak saptanabilmektedir.

D. Sistemde Revizyon İhtimalinin Düşüklüğü

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılabilirdiği üzere, bildirime dayalı boşanma sisteminde gözlemlenen sorunların temel kaynağı, sistem bünyesinde tarafların boşanma iradelerinin hiçbir şekilde teyit edilmiyor oluşudur. Önemle belirtmek gerekir ki İkinci Dünya Savaşı öncesi dönemde kurulan, savaş sonrasında da Japon aile hukukunun önemli bir parçası olarak varlığını sürdüren bu sistemde taraf iradelerinin teyidi şeklinde bir zorunluluk getirilmesi düşüncesi, aralıklarla tartışma konusu yapılmıştır.¹⁴²

Günümüzde dahi bazı yazarlar sistemin mutlaka maddi iradelerin teyidini içerecek şekilde yeniden tasarlanması gerektiği görüşündedirler.¹⁴³ Bu kapsamda, tarafların belediye görevlisi önünde birlikte hazır bulunmalarının zorunlu hale getirilmesi veya tarafların boşanma iradelerinin teyit edilmesinin şart koşulması gibi seçenekler dile getirilmiştir.¹⁴⁴ Aile mahkemeleri ve/veya kamu kurumlarının (aile mahkemeleri tarafından görevlendirilen kurumlar da dâhil) boşanmanın tescili öncesinde tarafların boşanma iradesini teyit ettikleri, boşanma sonrası dönem için yapılmış olabilecek maddi yardıma ve çocuk ile kimin nasıl ilişki kuracağına dair anlaşmaların yerindeliğini kontrol ettiği, gerekli hallerde anlaşma içeriğinin değiştirilmesini teşvik edebildiği bir sistemin eş ve çocukların menfaatlerini daha iyi koruyacağı ileri sürülmüştür.¹⁴⁵

Buna karşılık kanun koyucu ve diğer bazı yazarlar, idarenin önerilen bu şartların sağlanıp sağlanmadığını takip etmekte zorlanacağı düşüncesinde olmuşlardır. Teyit işleminin idarî makamlarca değil de aile mahkemesi tarafından yapılması önerildiğinde bile, bunun boşanma özgürlüğüne bir kısıtlama getireceği iddia edilerek fiili boşanmaların sayısında artış yaşanabileceğinden endişe duyulmuştur.¹⁴⁶

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Japon Medeni Kanunu'nun aile hukuku ve miras hukuku kitaplarında esaslı bir değişiklik yapılması hususu gündeme geldiğinde, bildirime dayalı boşanma sistemi de kapsama alınmıştır. 20 Temmuz 1946 tarihli taslakta, sisteme ilişkin iki farklı alternatif önerilmiştir. Bunlardan ilki sistemin aile mahkemesince yapılacak bir teyit işlemini zorunlu kılacak bir revizyona tâbi

¹⁴² Yamakawa, *Koseki* (n18) 172.

¹⁴³ Tokotani (n31) 52; Ninomiya (n16) 79; Ishii (n16) 73; Fukuichi (n59) 191.

¹⁴⁴ Matsuhisa (n28) 57.

¹⁴⁵ Fukuichi (n59) 200 dn 22.

¹⁴⁶ O dönem yapılmış tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Wagatsuma, Ariizumi, Endou, Kawai ve Nomura (n19) 91; Kojima, Date ve Mizutani (n14) 212; Kubota (n27) 98; Tsuneoka (n35) 97.

tutulması, ikincisi ise bir bütün olarak ilga edilmesidir. Fakat bu revizyon önerisi çift meclisli yasama sisteminden geçememiş, danışmanlar meclisinde (*sangiin* 参議院) kabul edilmiş olmasına rağmen temsilciler meclisinde (*shuugiin* 衆議院) reddedildiği için kanun değişikliğine dâhil edilememiştir.¹⁴⁷ Bu tercihin gerekçesi olarak, evlilik cüzdanlarını ibraz etmeye bile kolay yanaşmayan Japon halkının ulusal karakteri gösterilmiş, iradelerin teyit edilmesi şeklinde bir şart getirilecek olursa bunun çok sayıda fiili boşanmaya yol açacağı endişesi dile getirilmiştir.¹⁴⁸ O dönem evliliklerini bildirmemiş yani nüfus kütüğüne kaydettirmemiş pek çok evli çift bulunduğu, dolayısıyla bu kimselerin boşanmaya karar verseler dahi boşanma iradesinin teyidi gibi karmaşık bir süreçten geçmek istemeyecekleri iddia edilmiştir.¹⁴⁹

1954 Yılında, Kanun'da yeniden değişiklik yapılması gündeme geldiğinde, boşanma iradelerinin teyidi meselesi tekrar ele alınmıştır. Bu sefer, boşanma özgürlüğü ve fiili boşanmaların sayısı gibi gerekçelerin yanında ayrıca mahkemelere böyle bir görev yüklemenin yol açacağı pratik zorluklardan da bahsedilmiştir. O dönem için her yıl yaklaşık 70.000 boşanma bildiriminin yapıldığı hatırlatılmış, mahkemelerin irade teyidini nasıl yapacaklarının belli olmadığı belirtilmiş ve sistemin mevcut haliyle bırakılmasında karar kılınmıştır. Böylelikle, kanun koyucu bakımından iradelerin teyidine yönelik tartışma da sona ermiştir.¹⁵⁰

Her ne kadar doktrinde iradelerin teyidini şart koşan bir sistem lehine değişiklik yapılmasını savunan yazarlar bulunsa da, çalışmanın yapıldığı an itibariyle bu hususta herhangi bir yasama faaliyeti mevcut olmayıp, tarihsel süreç de dikkate alındığında yakın zamanda böyle bir değişikliğin yapılma ihtimali yüksek görülmemektedir.

II. BİLDİRİME DAYALI BOŞANMALARIN TÜRKİYE'DE TESCİLE ELVERİŞSİZLİĞİ

A. NHK m.27/A Kapsamında Tescil Sistemi

NHK m.27/A hükmü ile kurulan tescil sisteminin iki temel işlevi bulunmaktadır.¹⁵¹ Bunlardan ilki, yabancı idarî makamlarca verilmiş ve bu sebeple 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) kapsamında Türkiye'de tanıma prosedürüne konu edilemeyen boşanma, evliliğin butlanı, iptali ve mevcut olup olmadığına ilişkin kararların nüfus kütüğüne tescilini sağlamaktır. İkincisi ise, aynı hususlara ilişkin kararların yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olduğu hallerde bunların Türk mahkemelerince tanınması şartına gerek kalmaksızın etki doğurabilmelerine imkân sağlamaktır.¹⁵²

¹⁴⁷ Yamakawa, *Koseki* (n18) 176.

¹⁴⁸ Oturum tutanaklarından ifadeler için bkz. Yamakawa, *Koseki* (n18) 177.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Yamakawa, *Koseki* (n18) 181.

¹⁵¹ Güner (n7) 305.

¹⁵² Huysal (n7) 475.

Yapılacak tescilin hukukî niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu çalışmada ise tescil şartları üzerinden bir inceleme yapılacağı için hukukî nitelik tartışmasına yer verilmeyecektir.¹⁵³ Yine, Kanun'da aranan tescil şartları, konu hakkında yazılmış eserlerde çoğunlukla ayrı alt başlıklar halinde detaylı şekilde incelenmiş oldukları için, çalışmada bu açıklamalar tekrar edilmeyecektir.

NHK m.27/A hükmünde dağınık şekilde ifadesini bulmuş tescil şartlarını, takip kolaylığı sağlamak adına 'başvurucuya ilişkin' ve 'karara ilişkin' olmak üzere iki ana grupta toplanmak mümkündür. Başvurucuya ilişkin şart tek cümle ile ifade edilmiş olmasına karşın esasen üç alternatif barındırmaktadır:

- Birinci alternatif: Her iki taraf da hayatta ise, her iki tarafın bizzat (veya vekillerinin) başvurmaları şarttır.
- İkinci alternatif : Her iki taraf da hayatta ve biri yabancı ise, Türk vatandaşı olan tarafın (veya vekilinin) tek başına başvurması şarttır.
- Üçüncü alternatif: Taraflardan biri ölmüş ise, diğer taraf (veya onun vekili) tek başına başvuracaktır.

Karara ilişkin şartlar ise şu şekildedir;

- 1- Adli veya idarî makam tarafından verilmiş bir kararın varlığı şarttır.
- 2- Adli veya idarî makamın, bu kararı vermek hususunda kendi devlet kanunlarına göre yetkili olması şarttır.
- 3- Bu kararın Türkiye dışında verilmiş olması şarttır.
- 4- Kararın boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığının tespiti hakkında olması şarttır.
- 5- Kararın usûlen kesinleşmiş olması şarttır.
- 6- Kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şarttır.

Aşağıda, öncelikle Türkiye'nin Tokyo Büyükelçiliği Konsolosluk Şubesi'ndeki uygulama hakkında bilgi verilecektir. Ardından, özellik arz ettiğini düşündüğümüz tescil şartları üzerinde detaylı şekilde durulacaktır. Karara ilişkin birinci, beşinci ve altıncı şartların bildirim dayalı boşanmalar bağlamında özellik arz ettikleri kanaatindeyiz. Son olarak, mevcut uygulamada tek taraflı boşanmaların tescil edilebilme ihtimalleri ele alınacaktır.

B. Türkiye'nin Tokyo Büyükelçiliği Konsolosluk Şubesi'ndeki Uygulama

Türkiye'nin Tokyo Büyükelçiliği internet sayfasında, boşanma tescil başvurusu için istenen belgelerin bir listesi bulunmaktadır.¹⁵⁴ Özellikle üç belge üzerinde dur-

¹⁵³ Görüşlerin toplu halde ele alındığı eserler için bkz. Tokat (n7) 72-74; Güner (n7) 305; Sercan Ecemiş, 'MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları' (2020) 22(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 381.

¹⁵⁴ Belgeler için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Tokyo Büyükelçiliği İnternet Sayfası <<https://tokyo-be.mfa.gov.tr/Mission/ShowInfoNote/390889>> (Erişim: 10.10.2024).

makta fayda vardır. Bu belgeler, sayfada şu şekilde gösterilmektedirler:

“1) *Belediyeden alınacak RİKON TODOKE belgesi (mühürlü fotokopisi de geçerli kabul edilir.)*

2) *Belediyeden alınacak RİKON JURİ SHOMEİSHO belgesinin aslı (fotokopi kabul edilmez.)*

3) *Eski eş Japonya vatandaşıysa; boşanma bilgilerinin yazılı olduğu nüfus kayıt örneği (KOSEKİ TOHON) belgesi (fotokopi kabul edilmez.)”*

Bu belgelerden ilki, yukarıda ‘boşanma bildirim formu’ olarak açıklanan ve belediyenin alındı işlemine konu edilen belgedir. Alındı işleminin yapılmasını takiben bu belge üzerine boşanma kayıt numarası işlendiğinden tescil başvurusu için de istenmektedir. İkinci belge, alındı işlemini yapan belediyenin bu durumu göstermek üzere ilgili tarafa verdiği ve yukarıda ‘alındı belgesi’ olarak açıklanan belgedir. Bu belge, tescil başvurusu açısından boşanma kararı olarak işlem görmektedir. Belgede geçen *juri* (受理) kelimesi, kararın kesinliğine işaret ettiği şeklinde anlaşılmakta ve üçüncü belge olan eşin nüfus kayıt örneği ile birlikte boşanmanın kesin olarak gerçekleştiğinin teyidi amacıyla kullanılmaktadır.

Çalışma kapsamında Türkiye’nin Tokyo Büyükelçiliği Konsolosluk Şubesi’nde görevli Dışişleri Bakanlığı personeli ile yazışma yapılmış ve tescil başvuruları bakımından takip edilen uygulamanın detayları hakkında bilgi sahibi olunmuştur. Buna göre, yukarıda belirtilen üç belgenin sunulması durumunda boşanma nüfusa tescil edilmektedir. Bazı hallerde yabancı (eski) eşin nüfus örneğinin belediyelerce Türk vatandaşı olan tarafa verilmediği belirtilmektedir. Böyle hallerde eğer ilk iki belge eksiksiz ise, boşanma yine de tescil edilmektedir. Benzer şekilde, başvurucunun ilk belgeyi sunmadığı haller de olmakta, bu gibi durumlarda ikinci ve üçüncü belgeler eksiksiz sunulmuş ise tescil işlemi yapılmaktadır. Başvurucunun sadece alındı belgesine sahip olduğu fakat boşanma bildirim formu ve eski eşine ait nüfus kayıt örneği sunmadığı hallerde, kendisinden boşanma bildirim formunu niçin temin edemediğine dair belediyeden yazı getirmesi istenmektedir. Belediyeler beş yıl sonunda bazı belgeleri imhâ edebildikleri için birinci belgenin temin edilemediği örneklere rastlanmaktadır. Başvuru için ‘önleyici başvuru’ yapıldığına dair herhangi bir belge istenmemektedir.

Komisyon olarak karar verilirken kesinleşme şartı ile ilgili herhangi bir kayıt düşülmemekte, yalnızca sistem üzerinden başvurunun tek taraflı mı yoksa çift taraflı mı yapıldığı bilgisi seçilerek tescil işlemi gerçekleştirilmektedir.

C. Özellik Arz Eden Tescil Şartları Açısından İnceleme

1. İdari Makam ‘Taraftından’ Verilmiş Bir ‘Karar’ Mevcut Mudur?

NHK m.27/A hükmü, nüfus kütüğüne tescili talep edilecek ve yetkili yabancı adli veya idarî makamca verilmiş bir kararın mevcûdiyetine zorunlu kılmaktadır. Hükmün açık lafzına sâdik kalınırsa, tescil talebine konu olan işlemin bir ‘karar’

vasfında olması gerekmektedir. Ayrıca, bu kararın yetkili bir idarî makam tarafından verilmiş olması da aranmaktadır. Bir başka deyişle, karar olma vasfını taşısa bile o kararı vermeye yetkili bulunmayan bir idarî makamdandır olan kararların tescil talebine konu edilmeleri mümkün değildir.

NHK m.27/A sistemi hakkında yazılmış eserler, idarî makamın yetkili olması şartının nasıl anlaşılması gerektiği hususu üzerinde detaylı şekilde durmuşlardır. Hükümün lafzı, yabancı makamın karar verme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunun re'sen incelenmesi gerektiğini düşündürmekte ve pek çok yazar, maddede bahsedilen yetkinin usûl hukukundaki teknik kavramı ifade etmekten ziyade kararı veren devlet bakımından ilgili adli ya da idarî makamın boşanma ve evliliği sona erdirebilme “gücüne” sahip olması şeklinde anlaşılmasının yerinde olacağını belirtmektedir.¹⁵⁵ Bir başka deyişle, kararın, adli ya da idarî makam tarafından verilemeyeceğinin tespiti ile sınırlı bir inceleme yapılması yeterli durmaktadır.¹⁵⁶

Yabancı makamın sahip olması gereken ‘yetki’ bakımından doktrinde yapılan detaylı değerlendirmelerin varlığına karşın, yetkili olduğu anlaşılan o makamın gerçekleştireceği işlemin ‘karar’ olma vasfı hakkında herhangi bir görüş beyan edilmediği görülmektedir.¹⁵⁷ Yabancı bir idarî makamın -yetkili olmak kaydıyla- yapacağı tüm işlemlerin NHK sistemi bağlamında birer karar niteliğinde oldukları varsayılacak olursa, hiç şüphesiz karar vasfı üzerinde ayrıca durmaya gerek kalmayacağından buna ilişkin bir tartışmanın açılması da anlamsız olacaktır. Hatta, NHK sistemi idarî makamların boşanma kararı verebildikleri gerçeği üzerine bina edildiğinden, boşanmanın ‘karar’ vasfı taşımayan bir işlem ile gerçekleştirilmesinin zaten mümkün olmadığı düşüncesi dahi benimsenmiş olabilir. Yabancı idarî makamın karar verme yetkisinin o devlet hukukundan doğduğuna işaret eden m. 27/A hükmü, ‘yetki’ üzerinde odaklanarak okunduğunda bu sonuca varılması son derece doğaldır.

Bu noktada önem kazanan soru şudur: Acaba boşanmanın gerçekleştirildiği hukuk düzeninin ilgili işlemi kendi idare hukuku anlamında bir ‘karar’ olarak görüp görmediğinin NHK sistemi açısından bir önemi var mıdır? Kanaatimizce, burada iki farklı yorumdan biri benimsenebilir. Eğer sistem ile gözetilen temel amacın yabancı ülkede gerçekleştirilmiş boşanmaların Türkiye’deki tescilini kolaylaştırmak olduğu kabul edilir ise, hükümde geçen ‘karar’ ibaresi geniş yorumlanacak ve yapılan işlemin -o ülke hukukuna göre hangi nitelikte görüldüğünden bağımsız

¹⁵⁵ Doktrinde ilk defa *Huysal* tarafından ifade edilen bu yaklaşım daha sonra diğer yazarlar tarafından da benimsenmiş görülmektedir. Bkz. *Huysal* (n7) 490; *Güner* (n7) 308; *Ayhan İzmirli* (n7) 92; *Ecemiş* (n163) 382; *Tokat* (n7) 56.

¹⁵⁶ *Sezişli* (n7) 20.

¹⁵⁷ Tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece *Huysal*, ‘karar’ vasfının gerekliliğine dikkat çekmiştir. Yazar, kararın yabancı makamlarca verilmiş olması koşulunun iki açıdan önem taşıdığını belirtmekte ve ilkinden bahsederken “yabancı boşanmaların tescili ancak boşanmanın bir kararla gerçekleşmesi halinde mümkün olacaktır” demektedir. Bkz. *Huysal* (n7) 485.

olarak- Türkiye’de bir karar olarak tescilinin mümkün olduğu sonucuna varılacaktır. Hükümde, ilgili devlet hukukuna yapılan göndermenin ‘makamın yetkisi’ bakımından yapılmış olması böyle bir yorumu destekler niteliktedir.

Buna karşılık, gözetilen temel amacın yabancı ülkede gerçekleştirilmiş boşanmaların Türkiye’deki tescilini kolaylaştırmak ve ‘bu imkânın sadece idarî bir makamın kontrolünden geçmiş boşanmalar ile sınırlı şekilde kabul edilmesini teminat altına almak’ olduğu kabul edilirse, ilgili devlet hukukuna göre karar vasfını taşımayan bir işlem böyle bir kontrolün yapılmamış olduğuna delâlet edebileceğinden, ‘karar’ vasfının varlığı-yokluğu tartışması önemli hale gelecektir.

Türkiye’de 2017 yılına kadar idarî makamlarca verilen boşanma kararlarına etki tanınmadığı, bunların halen tanıma ve tenfiz talebine konu edilemedikleri¹⁵⁸ ve maddî hukukumuzda bu müessesenin zaten kabul edilmediği düşünüldüğünde, kanun koyucunun özellikle boşanma iradeleri bakımından böyle bir idarî kontrolü tercih etmiş olduğunu düşünmek pekâlâ mümkündür. Dahası, hükümde, idarî makamlar ‘tarafından verilmiş’ kararlardan bahsediliyor olması, lafzî açıdan da idarî makamın sürece katılımının arzu edildiği şeklinde anlaşılmaya müsaittir.

Bu ikinci yorum benimsenerek boşanma işleminin sürece katılım sağlamış bir idarî makam kararında somutlaşması gerektiği kabul edildiğinde, Japonya’da gerçekleştirilen bildirim dayalı boşanmalar bağlamında bu şartın sağlanması imkânsız hale gelmektedir. Zira, bildirim dayalı boşanmanın gerçekleşmesinde, idarî makamın verdiği herhangi bir izin veya maddî karar söz konusu değildir.¹⁵⁹ Nitekim, eşlerin boşanma iradelerinin esaslı bir şekilde teyit edilebilmesi için evlilik sicil memuru önünde mutlaka hazır bulunmalarının arandığı Çin Halk Cumhuriyeti hukukundan bahsedilen bir eserde, oradaki usûlün Japonya’da görülen tarzda bir mahkeme dışı boşanma usûlü olmadığı vurgulanmış, bir ihtimal ‘idarî makam kararıyla boşanma’ şeklinde sınıflandırılabilirliği belirtilmiştir.¹⁶⁰

Japon idare hukukunda, usûlüne uygun şekilde düzenlenmiş bir bildirim (*to-dokede* 届出), muhatabı olan belediyeye teslim edildiği an itibarıyla o bildirim yapıldığını gerekli kılan kanunî yükümlülüğün yerine getirildiği kabul edilmektedir.¹⁶¹ Bildirim usûlünde, idarî makamın herhangi bir dahli olmadığı gibi, ‘idarî başvuru’ (*shinsei* 申請) usûlünden farklı olarak makamın bildirimde bulunan kişiye

¹⁵⁸ Konu hakkında faydalı açıklamalar için bkz. Salımya Ganiyeva, ‘Türk ve Rus Federasyonu Milletlerarası Usûl Hukukunda İdari Boşanma Kararlarının Tanınması Sorunu’ (2013) 33(1) MHB 30-60

¹⁵⁹ Nakanishi (n84) 104. Japonca’da *jissuitsuteki kettei* (実質的決定) şeklinde kullanılan kavram, Türkçe’de ‘maddî karar’ anlamında gelmektedir.

¹⁶⁰ Nakanishi (n84) 106. Kaynak ifade, *gyousei kikan no kettei ni yoru rikon* (行政機関の決定による離婚) şeklindedir.

¹⁶¹ Sakurai ve Hashimoto (n47) 205; Takeshi Hitomi, ‘Dai 2 Shou’ Kaoru Inaba, Takeshi Hitomi, Hiroaki Murakami ve Masako Maeda içinde, *Gyouseihou* (Dai 4 Han, Yuuhikaku 2018) 79.

herhangi bir yanıt vermesi de beklenmemektedir.¹⁶² Bu yönüyle, belediye tarafından gerçekleştirilen alındı işlemi (*juri* 受理) 'idare tarafından verilen' bir karar olarak görülmediği gibi, bazı yazarlar bunu 'idarî işlem' kavramına dâhil ederken bile tereddüt etmektedirler.¹⁶³

Her ikisi de bildirim usûlüne dayalı olan 'evlilik bildirimi' ve 'boşanma bildirimi' arasında nitelik yönünden yapılan ayırım da ikinci yorumun benimsenmesini mümkün kılmaktadır. Doktrinde, evlilik bildirimlerinin idare hukuku anlamında bir 'idarî başvuru' niteliğinde olduğu görüşü hâkim iken¹⁶⁴, boşanma bildirimi açısından aynı yönde bir görüş tespit edilememektedir. Boşanma bildirim formu kendisine sunulan belediye görevlisi iki işlemden birini yapmakla yükümlüdür. Bunlardan ilki, yapacağı şekli incelemenin olumlu neticelenmesi halinde form hakkında 'alındı işlemi' gerçekleştirmektir. Diğer ise, aynı şekli inceleme neticesinde usûlüne uygun olarak düzenlenmediği kanaatine vardığı veya daha önce önleyici başvuru tedbiri tesis edilmiş bir evlilik bakımından sunulduğu anlaşılan bildirim formunu en baştan hiç teslim almamaktır (*fujuri* 不受理).¹⁶⁵

Hiç şüphesiz, NHK m.27/A hükmünde geçen 'idarî makam tarafından verilmiş karar' ibaresi geniş yorumlandığında belediye tarafından gerçekleştirilen alındı işlemi de bir karar olarak görülecek ve belediyenin bu konudaki yetkisi hakkında herhangi bir tereddüt bulunmadığı için, hükümde aranan şart sağlanmış kabul edilecektir. Nitekim, Türkiye'nin Japonya'daki dış temsilciliklerinde bildirim dayalı boşanmaların karar vasfı konusunda herhangi bir tartışma yapılmamakta, alındı belgesi ve ek bazı belgeler üzerinden kolaylıkla işlem tesis edilmektedir. Buna karşılık, yukarıda da değinildiği üzere, böyle bir yorumun kanun koyucunun amacı ile uyumlu olup olmadığı hususu tartışmaya açıktır. Belediye tarafından boşanma bildirim formu hakkında gerçekleştirilen alındı işleminin Japon hukukunda bir idarî makam kararı olarak görülmediği açık iken, aynı işlemin NHK m.27/A hükmü bağlamında bu nitelikte kabul edilmesi, hükmün hem lafzına hem de amacına aykırılık taşımaktadır.

2. Usûlüne Göre 'Kesinleşmiş' Bir Karar Mevcut Mudur?

Yukarıda bildirim dayalı boşanmalar açısından ortada bir idarî makam kararı olmadığı neticesine ulaşılmıştır. Bir an için idarî makam kararı ifadesi geniş yo-

¹⁶² Uga (n53) 103, 228; Noguchi (n46) 149; Itagaki (n49) 48; Hiroshi Yamada, 'Dai 2 Hen' Toshifumi Sowa, Hiroshi Yamada ve Tadasu Watari içinde, *Gendai Gyouseihou Nyuumon* (Dai 5 Han, Yuuhikaku 2023) 75; Shimoi (n49) 169; Shigeru Takahashi, *Gyouseihou* (Dai 3 Han, Koubundou 2023) 77; Kousuke Kitami, 'Dai 8 Kou' Takemichi Hatakeyama ve Yasushi Shimoi (ed) içinde, *Hajimete no Gyouseihou* (Dai 4 Han, Sanseidou 2023) 73.

¹⁶³ *Hitomi*'ye göre, İdarî Usûl Kanunu m.37 hükmü uyarınca bildirim varması ile birlikte yükümlülüğün yerine getirildiği kabul edildiğinden, idare tarafından yapılan alındı işleminin idarî işlem kavramına dâhil edilmesinde tereddüt edilebilir. Bkz. Hitomi (n161) 79.

¹⁶⁴ Mamoru Suda, 'Dai 1 Shou' Hikaru Takagi, Takayoshi Tsuneoka ve Mamoru Suda içinde, *Joukai Gyousei Tetsuzukihou* (Koubundou, 2017) 33, 186, 187; Takagi (n48) 415; Sakurai ve Hashimoto (n47) 205.

¹⁶⁵ Suda (n164) 34.

rumlanarak kapsama dâhil edilse bile, tek başına bir kararın varlığı NHK m.27/A hükmü kapsamında tescil talebinde bulunulabilmesi için yeterli görülmemekte, söz konusu kararın ayrıca usûlüne göre kesinleşmiş olması da aranmaktadır. Açıklama'da, Komisyonca başvurunun incelenmesinde uyulacak esas ve usûller hakkında verilen bilgiler arasında kesinlik şartı ile ilgili olarak şu ifade yer almaktadır:¹⁶⁶

“*Yabancı Adli veya İdari makam tarafından verilen kararların usûlen kesinleşmiş olması zorunludur. Adli veya idarî makam kararında kesinleşme şerhi veya kararın kesinleştiğine dair belge/yazı yok ise başvuru reddedilir.*”

Kanun, Yönetmelik ve Açıklama metinlerinde kesinleşme şartından defalarca bahsedildiği, hatta başvuru formunun tanım cümlesinde bile bu şartın tekrarlandığı dikkate alınır, kanun koyucunun zihninde bu şarta oldukça önem verilmiş olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Kaldı ki, tescil başvuru formunda kararın kesinleşme tarihinin de belirtilmesi gerekmektedir.¹⁶⁷

Bahse konu kesinlik şartı ile şekli anlamda kesinliğin mi yoksa maddî anlamda kesinliğin mi kastedildiği hususu net değildir.¹⁶⁸ Doktrindeki baskın görüş, bu kavramdan anlaşılması gerekenin şekli anlamda kesinlik olduğunu kabul etmekte¹⁶⁹, yani kesinleşme şartının sağlanmasından ilgili karara karşı kanun yollarının tüketilmiş olması gerekliliğini anlamaktadır.¹⁷⁰ Mesele hakkındaki ilk değerlendirmeleri yapan *Huysal*, boşanma, evliliğin feshi ve iptali gibi evliliği sona erdiren kararlar bakımından önemli olan hususun, verilen kararların -kararla birlikte sübjektif anlamda maddî hakkın tükenmesi karşısında- inşâi etki yaratması olduğunu ifade etmektedir. Yazara

¹⁶⁶ Bkz. Açıklama, sayfa 10.

¹⁶⁷ Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Boşanmaya, Evliliğin Butlanına, İptaline veya MEvcut Olup Olmadığının Tespitine İlişkin Olarak Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tesciline İlişkin Form. Bkz. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Tesciline Yönelik Açıklama Ek-1, s. 13. <https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeleri/07052020-Yabancı_ülke_Adli_veya_idarî_Makamlarınca_verilen_Kararların_Tescili2020_2.pdf> (Erişim: 10.10.2024).

¹⁶⁸ “*Şekli anlamda kesin hüküm, verilen karar hakkında tüm itiraz ve olağan kanun yollarının tüketilmiş olmasını ifade eder. Maddî anlamda kesin hüküm ise, kararın bağlayıcı bir etkiye sahip olmasını, yani aynı hukukî sonuçların, tarafları ve dava sebebi aynı olan ikinci bir davaya konu yapılması halinde farklı bir hükme varılması yasağı ve aynı kararın dikkate alınması zorunluluğunu ifade eder. Bir hükmün maddî anlamda kesinleşmesi için şekli anlamda da kesinleşmiş olması şarttır.*” Bkz. Tütüncübaşı (n7) 108. “*Bu haliyle “usûlen kesinleşme” kavramının ne anlama geldiği açıklanmaya muhtaçtır. Ancak kavramın içerik ve anlamını tanımlayacak somut bir veri mevcut değildir.*” Bkz. *Huysal* (n7) 492.

¹⁶⁹ *Ecemiş* (n153) 383; *Huysal* (n7) 494; *Tütüncübaşı* (n7) 119; Diğer taraftan *Tokat*, NHK m.27'ye konu kararların nitelikleri itibarıyla şekli anlamda kesinleşmeyi barındırdıkları gibi maddî anlamda kesinleşmeyi de barındırdıkları düşüncesindedir. Yazara göre, tescil talebine konu olacak yabancı kararın kesinleşmesi hem maddî hem şekli anlamda olacaktır. Bkz. *Tokat* (n7) 59.

¹⁷⁰ “*İnşâi kararlar sadece adli makamlarca değil idarî makamlarca da verilebilmektedir. Dolayısıyla yabancı idarî makamlarca verilen boşanma, evliliğin iptali ve feshi gibi evliliği sona erdiren kararlar da inşâi kararlar olacağından, verildiği devlet hukukunda bu idarî karara karşı hukukî başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekecektir.*” Bkz. *Huysal* (n7) 494.

göre, bu anlamda inşâî etki maddî kesinleşmeden farklı olup, tıpkı boşanma ve evliliğin iptalinde olduğu gibi etkisini kararın şekli anlamda kesinleşmesinden itibaren ileriye etkili olarak doğurmaktadır. Kendisi, inşâî bir hükmün, maddî anlamda kesinleşmesinin hukukî bakımdan bir sorun yaratmadığı kanaatindedir.¹⁷¹ *Ayhan* ise, bu iki kesinlik türünün yargı kararlarına özgü kavramlar olduğunu belirtmekte, söz konusu kararın idarî bir makam kararı olduğu hallerde, kesinleşme şartının 'işleme karşı idarî başvuru imkânının bulunmaması' ve idarî yargıya da başvuru imkânının ortadan kalkmış olması şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁷²

Kesinleşme şartının sağlanıp sağlanmadığının her somut olay bakımından tespiti güçlük yaratacağından, Yönetmelik m.7/1/c hükmü ile incelemeyi yapacak merciin işi kolaylaştırılmak istenmiştir. Buna göre, boşanma kararında kesinleşme şartının bulunması gerekmektedir. Böyle bir şartın bulunmadığı hallerde, kararın, verildiği ülke hukukuna göre kesinleştiğine dair onaylanmış belge veya yazının aslı ile noter veya dış temsilcilik tarafından onaylanmış veya ilgili ülkenin yetkili makamı tarafından apostil şerhi tatbik edilerek onaylanan Türkçe tercümesinin ibraz edilmesi zorunludur. Yine, Yönetmelik m.10/2 hükmüne göre, yabancı adli veya idarî makamlarınca verilen kararların tesciline karar verilmesi halinde; boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığı kararlarının tarihi, kesinleşme tarihi olarak kabul edilmektedir. Bu düzenlemenin, tescilin geriye etkili olduğunu netleştirmek için getirildiği kanaatindeyiz. Böylelikle, yabancı makam kararının, verildiği ülkede hüküm doğurmaya başladığı andan itibaren olacak şekilde Türk hukukunda da, geriye etkili olarak etki doğuracağı hükme bağlanmış olmaktadır.¹⁷³ Yoksa, bu düzenlemeden hareketle her kararın verilme tarihinde kendiliğinden kesinleştiği şeklinde bir yorum yapılamaması gerekir. Zira, hem kanun maddesinin hem de Yönetmeliğin lafzına bakıldığında, kararın kesinleşip kesinleşmediği hususunun kararın verildiği devlet kanunlarına göre belirleneceği açıktır.¹⁷⁴

NHK m.27/A hükmünde yer alan usûlüne göre kesinleşme şartı, Japonya'da gerçekleştirilen bildirim dayalı boşanmalar açısından özellikle iki noktada sorun arz etmektedir. İlk olarak, bildirim formu hakkında yapılan alımdı işlemi bir idarî makam kararı niteliğinde olmadığından, ortada kesinleşmesi söz konusu olabilecek bir karar bulunmamaktadır. Bu sebeptir ki, belediyenin başvuruca verdiği alımdı belgesinde kesinleşme hususuna dair hiçbir ifade yer almamaktadır. Yine, Japon mahkemelerinden veya idarî makamlarından bu kararın Japon hukukuna göre kesinleştiğini gösterir onaylanmış bir belge veya yazı temin edilebilmesi de mümkün değildir. Özetle, NHM m.27/A hükmünde ifade edildiği şekliyle kesinleşmeye dair bir 'usûl' bulunmamaktadır.

¹⁷¹ Huysal (n7) 493.

¹⁷² *Ayhan İzmirli* (n7) 95, 96. *Güner*'e göre, yabancı idarî makamların verdiği boşanma kararlarının kesinleşmesinin tespitinde idare hukukuna özgü ilkeler belirleyici olmalıdır. Bkz. *Güner* (n7) 310.

¹⁷³ Tokat (n7) 70.

¹⁷⁴ Benzer yönde bkz, Tokat (n7) 59, 60.

İkinci olarak, her ne kadar belediye tarafından formun teslim alındığı tarihte Japon hukukuna göre boşanma gerçekleşmekte, hüküm ve sonuçlarını doğurmayaya başlamakta ise de¹⁷⁵, önleyici başvuru yapılmamış örnekler açısından tek taraflı veya hile yahut tehdit içeren boşanmaların varlığı iddia edilerek kesin hükümsüzlük veya iptal yaptırımlarının mağdur eş tarafından gündeme getirilmesi ihtimali ortadan kalkmış değildir. Dahası, böyle kötü niyetli boşanmalar açısından uygulamada görüldüğü üzere, bu yaptırımların hiç talep edilmemesi ve mağdur eşin içine düşürüldüğü durumu kabullenmesi de mümkündür.¹⁷⁶

Belediye tarafından gerçekleştirilen alındı işleminin şekli anlamda kesinleşmeye müsait bir işlem olmadığı bir kere kabul edildiğinde, bildirim dayalı boşanmaların NHK m.27/A sistemi kapsamında tescil edilmeleri mümkün olamamalıdır. Bir an için, NHK m.27/A hükmünde bahsedilen kesinleşme şartının, boşanma bildirim formunun belediye tarafından teslim alındığı an (yani boşanmanın gerçekleştiği an) itibariyle sağlanmış sayılması şeklinde bir çözüm yolu akla gelebilirse de, böyle bir yorum, boşanmanın eşlerden birinin rızası hilâfına veya hile yahut tehdit ile gerçekleştiği örnekler açısından tam da kesinleşme şartının üstlenmesi gereken fonksiyonun gereği gibi yerine getirilememesi anlamını taşıyacaktır. Kesin hükümsüzlük ve iptal yaptırımları açısından boşanmanın gerçekleşme anından itibaren işlemeye başlayan bir kanun yolu başvuru süresi de bulunmadığı için, böyle bir tercihin, mevcut tutarsızlığı çözmek bir yana eşin mağduriyetini daha da artırma ihtimali bulunmaktadır.

Türkiye'nin Japonya'daki dış temsilcilik uygulamalarında, alındı işleminin (*juri 受理*) kesinlik gösterdiği kabul edilerek işlem tesis edilmektedir. Burada, usûl hukuku anlamında bir kesinleşmeden ziyade işlemin gerçekten de yapılmış olup olmadığı şeklinde sözlük anlamıyla bir kesinlik tasavvuruna sahip olunduğu kanaatindeyiz.

3. Türk Kamu Düzenine 'Açıkça' Aykırı Bulunmayan Bir Karar Mevcut mudur?

NHK m.27/A hükmünde aranan şartlardan bir diğeri, yabancı idarî makam tarafından verilen kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmamasıdır. Kamu düzenine aykırılık denetimi yetkisinin idarî mercilere bırakılmış olması doktrinde ağır şekilde eleştirilmiştir.¹⁷⁷ Öyle ki, tescil talebini alan idare tarafından yapılacak değerlendirmede en çok bu aykırılığın tespiti noktasında zorlanılacağı düşüncesi dahi dile getirilmiştir.¹⁷⁸

Açıklama'da, kamu düzeni değerlendirmesi ile ilgili olarak, 'kararda yer alan hükmün uygulanmasının Türkiye'de ağır ve kamu vicdanında kabul edilemez so-

¹⁷⁵ Kuguminato (n14) 57; Kawamura (n14) 63; Takenaka (n14) 45.

¹⁷⁶ Tokotani (n31) 51; Mizuno (n27) 51; Kojima, Date ve Mizutani (n14) 218.

¹⁷⁷ Güner (n7) 312; Tütüncübaşı (n7) 120; Huysal (n7) 494; Ecemiş (n153) 386; Tokat (n7) 64.

¹⁷⁸ Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Millîterarası Özel Hukuk* (İkinci Baskı, On İki Levha 2023) 760.

nuçlar doğurup doğurmayacağı' hususunun inceleneceği belirtilmiştir. Yine, Komisyonca başvurunun incelenmesinde uyulacak esas ve usûller hakkında verilen bilgiler arasında hükmün kamu düzenine aykırı olmaması şartı ile ilgili olarak “*Karar Anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, iyi niyet kurallarına, âdil yargılamaya ve savunma hakkına genel ahlak ve adap anlayışına aykırı olup olmadığı, ayrıca hukuk sistemine yabancı olan bir konu hakkında karar verilip verilmediği hususları bakımından değerlendirilir*” ifadesi bulunmaktadır.¹⁷⁹

Doktrinde, geçmiş yıllarda boşanma ile ilgili olarak Türk kamu düzenini açıkça ihlâl etmesi muhtemel hallerde çeşitli örnekler verilmiştir. Bu kapsamda, yabancı boşanma kararının hile ile alınmış olduğu; boşanma davasında tarafların savunma haklarının ihlâl edilmiş olduğu; boşanma kararının Türk mahkemelerince verilmiş bir kararla çeliştiği; boşanma kararının eşlerden yalnızca birinin iradesi dikkate alınarak verilmiş olduğu hallerin Türk kamu düzenine açık aykırılık teşkil edebilecekleri ifade olunmuştur.¹⁸⁰

Yukarıda sistemin sorunlu yönlerine ilişkin olarak yapılmış açıklamalar hatırlandığında, bildirim dayalı boşanmalar açısından bu örneklerin neredeyse tamamının gündeme gelme ihtimali bulunduğu fark edilecektir.¹⁸¹ Boşanma bildirim formunun hile ile doldurulduğu veya aynı formun diğer eşin rızâsı hilâfına onun damgası vurularak tanzim edildiği ve belediyeye teslim edildiği örnekler, bizzat Japon yazarlarca varlığı kabul edilen ve üzerinden eleştiri yapılan gerçekliklerdir.¹⁸² Bildirime dayalı boşanma sisteminde idarî makam konumundaki belediyenin verdiği bir ‘karar’ bulunmadığı gibi, salt şekli bir inceleme yapıldığından tarafların her ikisinin de gerçekten boşanmak isteyip istemedikleri hususu kesinlikle teyit edilememektedir.¹⁸³

Diğer taraftan, eşlerden birinin rızâsı olmamasına rağmen boşanma bildirim yapılmış ve belediyeden bir ‘alındı belgesi’ temin edilmiş ise, bu belge ile NHK kapsamında yapılacak tescil başvurusu açısından söz konusu ‘irade noksanlığı’ unsurunun tespit edilebilmesi mümkün olmadığından, aslında başvuruyu değerlendirecek komisyon tarafından bilinmesi ve varlığından emin olunması halinde kamu düzenine açık aykırılık olarak görülmesi muhtemel böylesi bir tek taraflı boşanmanın tescili mümkün hale gelmektedir. Şu an için, böyle bir tehlikeyi önleyebilmenin tek yolu, eşlerden en az birinin evliliğin devamı esnasında belediyeye

¹⁷⁹ Bkz. Açıklama sayfa 10.

¹⁸⁰ Feriha Bilge Tanrıbilir, ‘Türk Hukukunda Yabancı Makamlarla Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler’ Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli (ed) içinde, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu - 18, 20 Nisan 2018-Antalya* (Savaş 2019) 381; Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (On İki Levha 2017) 241; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta, 2013) 318; Ayrıca bkz. Güner (n7) 313 dn76.

¹⁸¹ Bkz. yukarıda ‘Sistemin Sorunlu Yönleri’ alt başlığı.

¹⁸² Mizuno (n27) 51; Tsuneoka (n35) 95; Kojima, Date ve Mizutani (n14) 217; Yoshida ve Iwashi (n31) 67.

¹⁸³ Kano (n14) 67; Matsuhisa (n28) 55; Motozawa (n36) 73; Takenaka (n14) 45; Mizuno (n27) 51.

bir ‘önleyici başvuru’ yapmış olmasıdır. Hatırlanacağı üzere bu tedbir, söz konusu evlilikteki diğer eş tarafından belediyeye sunulmak istenebilecek boşanma bildirimlerinin teslim alınmaksızın reddedilmesini ve tedbir başvurusunu yapan eşin bu durumdan haberdar edilmesini sağlamaktadır.

Fakat, bu tedbir bütünüyle ihtiyârî olup verildikten sonra altı ayda bir yenileme gerektirdiğinden, her evlilik bakımından saptanamamaktadır.¹⁸⁴ Ayrıca buradaki esas sorun, mevcut dış temsilcilik uygulamasında önleyici başvuru yapılmış olup olmadığına bakılmıyor, bu başvuru yapılmış olsa bile bunu ispatlayan belgenin tescil başvurusu için istenen belgeler arasında yer almıyor olmasıdır. Önleyici başvuru yapılmış olup olmaması, tescil başvurusuna ilişkin değerlendirmede dikkate alınmadığından, komisyonun müşterek boşanma iradeleri noktasında bütünüyle karanlıkta kaldığını söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, tescil başvurusunu değerlendirecek merciin her iki eşin de boşanmayı istedikleri haller ile yabancı eşin aslında boşanmak istememesine rağmen tek taraflı olarak boşanıldığı halleri birbirinden ayırabilmesi mümkün değildir.

Bir an için, Türk vatandaşları tarafından Türkiye’nin Japonya’daki dış temsilciliklerine yapılacak tescil talepleri açısından önleyici başvuru tedbirine başvurulmuş olduğunun belgelenmesi şeklinde bir şart getirmek düşünülebilirse de, bunun tescil talebini alan merci olmak bakımından NHK m.27/A ve Yönetmelik ile sınırları açıkça çizilmiş yetkinin aşılması anlamına geleceği de iddia edilebilir. Hiç şüphesiz boşanmak istemeyen eşin kendi rızâsı hilâfına gerçekleşen bu boşanmayı öğrenip dış temsilciliklerimizi bu durumdan haberdar ettiği, tescilin kabul edilmemesi için bir itirazda bulunduğu ihtimaller de akla gelebilir. Ancak mer’i mevzuat ışığında komisyonun bu itirazı kabul edebilmesi mümkün gözükmemektedir.

Acaba, NHK m.27/A kapsamındaki kamu düzeni değerlendirmesinin bildirme dayalı boşanma sisteminin tamamı hakkında genelleyici bir biçimde yapılması mümkün müdür? Hatırlanacağı üzere, evlilikte diğerinin rızâsı hilâfına boşanmak isteyen bir eş var ise, sistem esasen onun lehine işlemektedir. Boşanma bildirim formundaki tüm damgalar sahibinden habersiz vurulmuş, boşanma sonrası döneme ilişkin hiçbir maddî yükümlülük üstlenilmemiş ve çocukla ilişki kurma hususunda herhangi bir düzenleme yapılmamış olsa dahi, kötü niyetli eşin formu belediyeye teslim etmesiyle birlikte boşanma kütüğe tescil edilmektedir. O andan itibaren geçersizlik iddiasını ispat etme yükü altında kalan ve en az bir yıllık bir hukuk mücadelesinin ardından bunun ancak mümkün olabileceğini öğrenen diğer eş, çoğunlukla içine düşürüldüğü durumu kabullenerek mücadeleden vazgeçmektedir.¹⁸⁵ Böyle bir ortamda mağdur eşin savunma haklarına riayet edildiğini söylemek mümkün değildir.

Diğer taraftan, yabancı bir hukukî kurumun bir bütün olarak kamu düzeni müdahalesine tâbi tutulması çağdaş uygulamalar bakımından doktrinde ittifakla reddedilen

¹⁸⁴ Tokotani (n31) 52.

¹⁸⁵ Mizuno (n27) 51.

bir yaklaşımdır. Hâkim görüş, yabancı hukukun tatbik edilmesi durumunda doğacak sonucun kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının esas alınmasıdır.¹⁸⁶ Sadece sonuca bakıldığında ise tüm bildirim dayalı boşanmalar aksi mahkeme kararı ile sabit olmadıkça etki doğurmaya devam ettiklerinden Türk kamu düzeni ile uyum içerisinde görüneceklerdir. Kaldı ki, bildirim dayalı boşanmaların önemli bir bölümünün zaten her iki eşin de müşterek iradeleri ile gerçekleşmiş olacağı tahmin edilebilir. Dolayısıyla, konumuz açısından genelleyici bir yaklaşım ile kamu düzeni müdahalesini işletmenin yerinde olmayacağını söylemek mümkündür.

Tescil başvurularının somut içeriğinden bağımsız olarak, bu sistemde tarafların boşanma iradelerinin hiçbir şekilde teyit edilmiyor oluşunun Türk kamu düzenini rahatsız etme ihtimali bulunduğu kanaatindeyiz. Tek taraflı boşanmalar açısından çok daha açık bir görünüm alacak bu aykırılık, tarafların boşanmayı gerçekten istedikleri hallerde dahi, boşanmanın mali sonuçları ve çocukla ilişki kurulması gibi noktalarda tek taraf iradesinin baskın gelmiş olması gibi ihtimaller üzerinden varlığını koruyacak cinstendir. Fakat bu aykırılığın, konu hakkında bir mahkeme kararı verilmeye kadar sadece bir iddia olarak kaldığı ve başvuruyu değerlendirecek komisyonun böyle bir iddiayı kontrol yetkisine sahip olmadığı gerçeği ışığında, NHK m.27/A hükmü bağlamında somut boşanmalar bakımından kamu düzeni müdahalesinin işletilmesi zor gözükmektedir.

D. Tek Taraflı Boşanmaların Tescili İhtimali

Yukarıda ele alınan tescil şartları Açıklama'da yer verilmiş red sebepleri ile birlikte değerlendirildiğinde, bildirim dayalı boşanmalar açısından tescil başvurusunun reddine dayanak teşkil etmesi muhtemel iki gerekçe öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki kararın usulüne göre kesinleşmemiş olması, ikincisi ise kararın kamu düzenine açıkça aykırı olduğunun anlaşılmasıdır.¹⁸⁷ Tescil başvurusunu alan idarî merciin, bu iki red sebebinden birine dayanmadığı hallerde boşanma nüfus kütüğüne tescil edilecektir. Çalışmanın yapıldığı an itibarıyla, Türkiye'nin Japonya'daki dış temsilcilikleri tarafından daha önce bu iki gerekçeye istinaden yapılmış bir red işlemi bulunmamaktadır.¹⁸⁸

Her iki tarafın da Türk vatandaşı olduğu hallerde birlikte başvuru şartı bulunduğundan, boşanma taraflardan birinin rızası olmadan gerçekleşmiş olsa dahi, rızası olmayan o tarafın başvuru sürecine 'iştirak etmemek' suretiyle tescili önleyebilme gücü bulunmaktadır. Diğer taraftan, mevcut sistemde, bir Türk vatandaşının Japon

¹⁸⁶ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (11. Bası, Beta 2024) 89.

¹⁸⁷ Açıklama Ek-5, s.18. <https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeleri/07052020-Yabancı_ulke_Adlı_veya_idarî_Makamlarinca_verilen_Kararlarin_Tescili2020_2.pdf> (Erişim: 10.10.2024).

¹⁸⁸ Türkiye'nin Tokyo Büyükelçiliği Konsolosluk Şubesi'nde görevli Dışişleri Bakanlığı personeli ile yapılan görüşmede yazara aktarılmış olan bilgidir.

veya başka bir devlet vatandaşı olan eşini ondan habersiz şekilde Japonya’da tek taraflı olarak boşadıktan sonra alındı belgesi ve diğer belgeler ile Japonya’daki dış temsilciliklerimizde veya Türkiye’deki il nüfus müdürlüklerinde bu boşanmayı tescil ettirebilmesi mümkün gözükmektedir. Taraflardan birinin yabancı diğerinin Türk vatandaşı olduğu hallerde bildirim dayalı tek taraflı boşanmaların nüfus kütüğüne tescil ettirilmesinin önünde hiçbir kanûnî engel bulunmamaktadır.

Şu anki NHK m.27/A uygulaması açısından ‘alındı belgesi’ boşanma kararı olarak değerlendirilmekte ve tescile dayanak yapılmaktadır. Bu belge hem belediye başkanının mührünü hem de Japonya Dışişleri Bakanlığı’ndan temin edilmiş apostil şerhini hâvi olduğu için, onun resmi belge niteliğinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, belgenin üzerinde sadece ‘*Yukarıdaki bildirim, ... tarihinde alındığını ispatlar.*’ ifadesi yer almakta, ‘karar’ veya benzeri bir kelime hiçbir yerde geçmemekte, zaten belgede idarî makam tarafından dercedilmiş başka bir ifade de bulunmamaktadır.

Daha da önemlisi, alındı belgesinin hiçbir yerinde bu belgenin usûlen kesinleştiğine işaret edebilecek bir ibare mevcut değildir.¹⁸⁹ Buna rağmen Türkiye’nin Japonya’daki dış temsilcilik uygulamalarında, alındı işleminin (*juri* 受理) kesinlik gösterdiği kabul edilerek işlem tesis edilmektedir. Yukarıda ilgili başlık altında da vurguladığımız üzere, bu kabulün arkaplanında usûl hukuku anlamında bir kesinleşmeden ziyade işlemin gerçekten de yapılmış olup olmadığı şekilde sözlük anlamıyla bir kesinleşme tasavvuruna sahip olunduğu kanaatindeyiz.

Boşanmanın tek taraflı olarak yapılmış olduğu haller açısından doğabilecek sorun işte tam da bu noktada tespit edilebilir. Bilindiği üzere, boşanma bildirim formunun eşlerden biri tarafından diğerinin bilgisi/rızâsı hilâfına teslim edildiği haller ile formun doldurulduğu esnada her iki eşin de boşanma iradesi olmasına karşılık teslimden önce içlerinden birinin bu iradeyi kaybetmiş olduğu fakat buna rağmen formun teslim edildiği hallerde boşanma kesin hükümsüzdür.¹⁹⁰ Benzer şekilde, bildirim formunun hile veya tehdit ile doldurulduğu veya teslim edildiği hallerde, söz konusu boşanmanın iptal ettirilebileceği kabul edilmektedir.¹⁹¹ Fakat, bildirim formu bir kere belediye tarafından teslim alındığında boşanmanın hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı kabul edildiğinden, her iki geçersizlik hali bakımından da aile kütüğündeki boşanma kaydının kaldırılabilmesi ve hukuken boşanmanın hiç gerçekleşmemiş hale gelmesi için mağdur konumdaki eşin dava açması ve bir mahkeme kararı temin etmesi gerekmektedir.¹⁹² Bir başka deyişle, boşanma bildirim formunun teslim edildiği andan geçersizliği tespit eden bir mahkeme kararının kesinleştiği ana kadar, Japon hukuku açısından taraflar boşanmış durumdadırlar.

¹⁸⁹ Bkz. Çalışmanın sonunda, ‘Ek-2: Alındı Belgesi Örneği’.

¹⁹⁰ Yamakawa (n17) 84.

¹⁹¹ Mizuno (n27) 52; Tsuneoka (n35) 94; Kawamura (n14) 66; Matsuhisa (n28) 57.

¹⁹² Mizuno (n27) 51; Tsuneoka (n35) 95; Kojima, Date ve Mizutani (n14) 217; Yoshida v Iwashi (n31) 67; Matsukawa (n14) 76.



Alındı belgesi, bu durumu ispatlayan geçerli bir resmi belge niteliğinde olduğundan tescil başvurusunu alan merciin, başvuru için aranan diğer belgelerin de sunulması durumunda tescil talebini kabul edeceği açıktır. Bu durum hem Japonya'daki dış temsilciliklerimiz hem Türkiye'deki il nüfus müdürlükleri açısından geçerli olmalıdır. Bu noktada, boşanmayı sonradan öğrenen mağdur eşin Japonya'daki dış temsilciliklerimize gelip söz konusu boşanmanın kendi rızası hilâfına yapıldığını iddia etmesinin süreçte herhangi bir etkisi olup olmayacağı hususunun tartışmaya açılması gerekir.

Kanun, Yönetmelik ve Açıklama birlikte incelendiğinde, tescil başvurusuna itiraz şeklinde bir müessesenin düzenlenmediği görülmektedir. Kanaatimizce, yabancı eşin böyle bir iddiayı ileri sürmesi durumunda bile idarî merciin yapacağı işlem değişmeyecektir. Zira, başvuruyu inceleyecek Komisyon üyelerinin böyle bir itirazdan haberdar edildikleri hatta bu itirazı ciddi buldukları bir ihtimalde bile, belgeler itibariyle sorunsuz gözükken başvuruyu reddedebilmelerine imkân veren kanûnî bir gerekçe bulunmamaktadır. Boşanmanın geçersizliğini tespit etmesi muhtemel bir mahkeme kararının bekletici mesele yapılabilmesi hem kanûnen mümkün değildir, hem böyle bir kararın temin edilmesi uygulamada bir yılı bulabildiği için pratik değildir. Kaldı ki, itirazda bulunan yabancı eşin gerçeğe aykırı beyanda bulunması ihtimali de göz ardı edilmemelidir. Özetle, Komisyon, boşanma bildirimini teslim alan belediye görevlisince bile teyit edilmemiş maddî boşanma iradelerini araştırmak bakımından hiçbir yetki veya vasıtaya sahip değildir.

Tek taraflı bir boşanmanın bu şekilde kütüğe tescil edildiği hallerde, hiç şüphesiz söz konusu tescil işlemine karşı Türkiye'de idarî dava yolu açık olacaktır. Bununla birlikte, yabancı eşin bu yolu işleteceğini düşünmek pek de gerçekçi değildir. Sürecin yıpratıcı ve masraflı doğası onu durumu kabullenmeye itecek ve netice itibariyle kendisi tek taraflı olarak boşanılmış olacaktır.

Tek taraflı bir boşanmanın tescilinden doğabilecek sorunlar sadece eski eşini ilgilendirmemektedir. Örneğin, tescil başvurusu kabul edilen ve nüfus kütüğüne boşandığı bilgisi kaydedilen bir Türk vatandaşının ileride Türkiye'ye döndüğü ve tekrar evlendiği bir ihtimal akla gelebilir. Eğer, aynı süre zarfında tek taraflı boşanıldığı iddiasında olan yabancı taraf hakkını aramaktan vazgeçmemiş ve boşanmanın geçersizliğini tespit eden bir mahkeme kararı temin etmiş ise, belediye tarafından yapılmış boşanma tescili kaldırılacağından Türk vatandaşının Türkiye'de yaptığı ikinci evlilik, Japon hukuku açısından çok eşlilik durumu meydana getirecektir. Halbuki, böyle bir örnekte Türk hukuku açısından ikinci evlilik geçerli olacaktır. Bu gibi hallerde, çocuklara ilişkin velâyet hakkı vb. konularda, ayrıca eşin miras hakkı gibi hususlarda ciddi sorunlar ile karşılaşılması mümkündür.

DEĞERLENDİRMELER VE SONUÇ

Çalışmada yer verilen açıklamalardan hareketle aşağıdaki tespitlerin yapılabilceği kanaatindeyiz.

1- *Kyoudgi rikon* usûlünün Türkçe'ye 'anlaşmalı boşanma' olarak çevrilmesi ifadenin kelime anlamını doğru yansıtmakla beraber yanıltıcıdır. 'Bildirime dayalı boşanma' olarak çevrilmesini daha isabetli bulduğumuz bu usûlde tarafların maddî iradeleri kesinlikle teyit edilmemektedir. Dahası, eşlerin boşanma hususunda müşterek bir iradeye sahip olmadıkları hallerde dahi, sistem boşanmak isteyen eşin lehine işlemektedir. Uygulamada, iradeleri hilafına boşanılan eşlerin bu durumu kabullendikleri örneklerin sayısı çoktur.

2- Bu durum özellikle eşlerden en az birinin yabancı uyruklu olduğu evlilikler bakımından söz konusu olmaktadır. Yabancı eşin dil engeli, daha kolay kandırılabilmesine imkân vermektedir.

3- Önleyici başvuru tedbiri ihtiyârî olduğundan, genellikle eşlerin birbirinden şüphe duymaya başladıkları dönemlerde akla gelmektedir. Bu yönüyle tüm boşanma bildirimleri açısından kapsayıcı bir koruma sağlamamaktadır.

4- Belediye görevlisinin taraf iradelerini teyit etme yetkisi bulunmamaktadır. Boşanma bildirim formları çoğunlukla eşlerden biri tarafından teslim edilmekte, hatta kimi hallerde doğrudan posta ile belediyeye gönderilmektedir. Eşlerin belediyede hazır bulunmaları şeklinde bir zorunluluk olmadığından, taraf iradelerindeki bir noksanlığın tespiti mümkün olamamaktadır.

5- Tarafların müşterek bir boşanma iradesine sahip olmadıkları hallerde boşanma işleminin kesin hükümsüzlük veya iptal yaptırımına tâbi olduğu belirtilse de, bu yaptırımların temini uzun süre aldığından yeteri kadar caydırıcı olduklarını söylemek zordur.

6- Eşler arasında mal paylaşımına, boşanma sonrasında çocukla ilişki kurulmasına veya bir eşin diğerine sağlayabileceği maddî destek gibi önemli detaylara dair herhangi bir anlaşmaya varılmamış olsa bile, form belediye tarafından teslim alınmaktadır. Eşlerin bu önemli detaylar üzerine eğilme gereksinimi hissetmeksizin hızlı şekilde boşanabilmelerini mümkün kılan sistem, eş ve çocukların boşanma sonrasındaki menfaatlerinin sağlıklı şekilde temini yönünden eksiktir.

7- Geçmişte, boşanma iradelerinin idare veya mahkemeler tarafından teyidini zorunlu kılacak bir sistem değişikliği yönünde yapılmış tartışmalar sonuç vermemiştir. Her ne kadar böyle bir değişikliği savunan yazarlar olsa da, yakın dönemde bir değişiklik yapıp yapılmayacağı şu an için belirsizdir.

8- Bildirime dayalı boşanmalar, idare tarafından verilen bir boşanma kararına istinaden değil, belediyenin gerçekleştireceği bir alındı işlemine binaen gerçekleşmekte olup bu yönüyle NHK m.27/A hükmünde aranan 'karar' olma vasfını taşımamaktadırlar. Konsolosluk Şubesi uygulamasında 'boşanma belgesi' olarak isimlendirilen belge başlığının tam Türkçe karşılığı 'alındı belgesi'dir. Nitekim, belge

İçeriğinde idare tarafından dercedilmiş tek cümlelerin Türkçe çevirisi şu şekildedir: "Yukarıdaki bildirim, ... tarihinde alındığını ispatlar."

9- Alındı işleminin NHK anlamında bir karar niteliğinde olduğu varsayılsa bile, bu kararın kesinleşmeye müsait olmadığı açıktır. Alındı belgesinde kesinleşmeye dair herhangi bir ibare bulunmadığı gibi, bu bilginin başka makamlardan temin edilmesi de mümkün değildir.

10- Türkiye'nin Tokyo Büyükelçiliği Konsolosluk Şubesi uygulamasında 'alındı' (juri 受理) kelimesine bir kesinlik atfedilmekte, yabancı eşin nüfus kayıt örneği ile birlikte boşanmanın kesin olarak gerçekleştiği sonucuna varılmaktadır. Fakat buradaki kesinlik, usul hukuku anlamında bir kesinleşmeden ziyade işlemin gerçekten de yapılmış olup olmadığı şeklinde sözlük anlamıyla bir kesinlik tasavvurunu yansıtır gibi durmaktadır.

11- NHK m.27/A hükmüne ilişkin mevcut uygulamada, bir Türk vatandaşının Japon veya başka bir devlet vatandaşı olan eşini ondan habersiz ve bildirim dayalı olarak Japonya'da tek taraflı boşayıp, Japonya'daki dış temsilciliklerimize veya Türkiye'de il nüfus müdürlüklerine başvurmak suretiyle bu boşanmayı tescil ettirebilmesi mümkün gözükmemektedir.

Bu tespitlerden hareketle NHK m.27/A sistemi ile bildirim dayalı boşanma sistemi arasında bir uyumsuzluk bulunduğu sonucuna varmak mümkündür. Kanunun lafzı esas alınacak olursa, hem idare tarafından verilmiş bir karara dayanmamaları, hem usulüne göre kesinleşmemiş olmaları sebebiyle tescil talebinin reddedilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, doğası gereği kesinleşmeye müsait olmayan bir işlem hakkında bu şartın mutlak şekilde aranması durumunda Türk vatandaşlarının Japonya'da gerçekleştirdikleri boşanmaların tescili hiçbir şekilde mümkün olmayacağından şu anki uygulamanın -her ne kadar Kanun'un açık lafzına aykırı dahi olsa- takibinde bir mantık olduğu sonucuna varmak da mümkündür.

Kanaatimizce, bu açık uyumsuzluk halinin ortadan kaldırılması için NHK m.27/A hükmünde gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Önerimiz, kesinleşme şartının muhafaza edilmesi, fakat boşanmanın gerçekleşmesinden sonra tarafların sınırlı süre boyunca kullanabilecekleri özel bir itiraz hakkı barındırmayan sistemler veya her ne sebeple olursa olsun kesinleşmeye müsait olmadığı anlaşılan kararlar açısından tescil başvurusunu alacak idareye taraf iradelerinin mevcûdiyeti araştırarak hususunda bir takdir yetkisi verilmesidir. Gerekli görülen hallerde bu hususun ispatı için ihtiyaç duyulabilecek ek belgeleri isteyebilme yetkisi ile donatılması halinde, idarenin bildirim dayalı boşanmalar açısından yukarıda özetlenen sorunların temel kaynağı olan irade noksanlıklarını kanuna uygun şekilde tespit edilebilmesi ve örneğin mağdur konumdaki tarafın itirazlarını -ciddi bulması halinde- yapacağı değerlendirmede dikkate alabilmesi mümkün hale gelecektir.

Ek-1: Boşanma Bildirim Formu (Sayfa 1/2)

市区町村 使用欄	受付日時 令和 年 月 日 午前・午後 時 分			受理 令和 年 月 日 第 号	発送 令和 年 月 日		
離婚届 令和 年 月 日届出 長 殿		送付 令和 年 月 日 第 号		長 印			
		書類調査	戸籍記載	記載調査	決 裁	調査票	附 票
字訂正	(よみかた)	夫 氏 名		妻 氏 名			
字削除	(1) 氏 名	年 月 日		年 月 日			
字加入	住 所						
夫	(住民登録をして いるところ)	世帯主 の氏名		世帯主 の氏名		番地 番	
妻	本 籍	筆頭者 の氏名		筆頭者 の氏名		番地 番	
(署名又は押印)	父母及び養父母 の氏名 父母との続き柄	夫の父 母	続き柄 男	妻の父 母	続き柄 女		
	(右記の養父母以外にも 養父母がいる場合には その他の欄に書いて ください)	養父 養母	続き柄 養 子	養父 養母	続き柄 養 女		
	(3) 離婚の種別	<input type="checkbox"/> 協議離婚		<input type="checkbox"/> 和解		年 月 日 成立	
	(4)	<input type="checkbox"/> 調停		<input type="checkbox"/> 請求の認諾		年 月 日 成立	
		<input type="checkbox"/> 審判		<input type="checkbox"/> 判決		年 月 日 確定	
	婚姻前の氏に もどる者の本籍	<input type="checkbox"/> 夫 は <input type="checkbox"/> もとの戸籍にもどる		<input type="checkbox"/> 新しい戸籍をつくる			
	(5) 未成年の子の 氏 名	夫が親権 を行う子		妻が親権 を行う子			
	(6) 同居の期間	年 月 から		年 月 まで		(同居を始めたとき) (別居したとき)	
	(7) 別居する前の 住 所					番地 番 号	
	(9) 別居する前の 世帯のおもな 仕事と	<input type="checkbox"/> 1. 農業だけ又は農業とその他の仕事を持っている世帯 <input type="checkbox"/> 2. 自由業・商工業・サービス業等を個人で経営している世帯 <input type="checkbox"/> 3. 企業・個人商店等(官公庁を除く)の常用労働者世帯で勤め先の従業員数が1人から99人までの世帯 (日々又は1年未満の契約の雇用者は5) <input type="checkbox"/> 4. 3にあてはまらない常用労働者世帯及び会社団体の役員の世帯(日々又は1年未満の契約の雇用者は5) <input type="checkbox"/> 5. 1から4にあてはまらないその他の仕事をしている者のいる世帯 <input type="checkbox"/> 6. 仕事をしている者のいない世帯 (国勢調査の年... 年...の4月1日から翌年3月31日までに届出をするときだけ書いてください)					
	(10) 夫妻の職業	夫の職業		妻の職業			
	その他						
	届出人署名 (※押印は任意)	夫 印		妻 印		印	
	事件簿番号			住所を定めた年月日			
				令和 年 月 日			

Ek-1: Boşanma Bildirim Formu (Sayfa 2/2)

記入の注意

鉛筆や消えるボールペンなどで書かないでください。
届出人や証人の印を押すときはそれぞれ別のもを使用し朱肉で押印してください。

証 人 (協議離婚のときだけ必要です)	
署名 (※押印は任意) 生 年 月 日	印 大正・昭和 平成・西暦 年 月 日 大正・昭和 平成・西暦 年 月 日
住 所	
本 籍	番地 番

父母が離婚するときは、面会交流や養育費の分担など子の監護に必要な事項についても父母の協議で定めることとされています。この場合には、子の利益を最も優先して考えなければならないこととされています。

- ・未成年の子がいる場合は、次の□のあてはまるものにしるしをつけてください。
 - 面会交流について取決めをしている。
 - まだ決めていない。
- ・経済的に自立していない子(未成年の子に限られせん)がいる場合は、次の□のあてはまるものにしるしをつけてください。
 - 養育費の分担について取決めをしている。
 - 取決め方法: 公正証書 それ以外
 - まだ決めていない。

詳しくは、各市区町村の窓口において配布している「子どもの養育に関する合意書作成の手引きとQ&A」をご覧ください。面会交流や養育費のほか、財産分与、年金分割等、離婚をするときに考えておくべきことをまとめた情報を法務省ホームページにも掲載しています。

日本司法支援センター(法テラス)では、面会交流の取決めや養育費の分担など離婚をめぐる問題について、相談窓口等の情報を無料で提供しています。無料法律相談や弁護士費用等の立替えをご利用いただける場合もありますので、お問い合わせください。

【法テラス・サポートダイヤル】0570-078374
【公式ホームページ】<https://www.houterasu.or.jp>



→ 今後も離婚の際に存していただく氏を称する場合には、左の欄には何も記載しないでください。(この場合にはこの離婚届と同時に別の届書を提出する必要があります。)
「筆頭者の氏名」には、戸籍のはじめに記載されている人の氏名を書いてください。

→ 同居を始めたときの年月は、結婚式をあげた年月又は同居を始めた年月のうち早い方を書いてください。

- ・ □には、あてはまるものに☑のようにしるしをつけてください。
- ・ 届書1通と婚姻中の戸籍謄本(戸籍全部事項証明書)1通の添付をお願いします。また、夫妻の一方が婚姻前の戸籍に戻るときは、戻る人の婚姻前の戸籍謄本(戸籍全部事項証明書)も添付してください。ただし、京都市内の区役所(支所・出張所)へ届けるときは、添付するべき戸籍謄本の本籍が市内の場合は、添付は不要です。
- ・ その他に必要なもの
 調停離婚のとき→調停調査の謄本 審判離婚のとき→審判書の謄本と確定証明書
 和解離婚のとき→和解調査の謄本 認諾離婚のとき→認諾書の謄本
 判決離婚のとき→判決書の謄本と確定証明書
- ・ 届け出られた事項は、人口動態調査(統計法に基づく基幹統計調査、厚生労働省所管)にも用いられます。

→ 婚姻中の氏名で必ず本人が書いてください。

本人確認			
届出人	確認内容	通知	
市 夫	来・済(免・旅・マ・)	要・不要	
区 妻	来・済(免・旅・マ・)	要・不要	
不受理申出の提出がないことを確認済			
町 届出人	確認先		
村 夫	() 役所・役場 担当者() <input type="checkbox"/> 端未確認		
使 妻	() 役所・役場 担当者() <input type="checkbox"/> 端未確認		
用 通知	令和 年 月 日		
欄 本人確認	不受理申出確認	通知	

連絡先 夫 電話() - 自宅・携帯・勤務先・呼出() 妻 電話() - 自宅・携帯・勤務先・呼出()	使者 住所 氏名 確認 済(免・旅・マ・)・未
---------------------------------------------------------------	----------------------------

(R4.2)

KAYNAKÇA

Lale Ayhan İzmirli, 'Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması' (2018) 22(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67-126

Sercan Ecemiş, 'MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları' (2020) 22(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 357-395

Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması* (Beta 2012)

Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta, 2013)

Takayuki Endou, 'Dai 5 Shou' Jun Nakagawa ve Tomiyuki Ogawa (ed) içinde, *Kazokuhou* (Dai 2 Han, Houritsubunkasha 2023) (遠藤隆幸(著), 第5章, 中川淳・小川富之(編)『家族法, 第2版』法律文化社, 2023年)

Richard Feld, Çifte Vatandaşların Evlenme ve Boşanmalarının *Hukukî Sonuçları* (Yetkin, 2024)

Kousuke Fukuichi, 'Kyougi Rikon Seido no Kaizensaku' Shuuhei Ninomiya (ed) içinde, *Gendai Kazokuhou Kouza - Dai 2 Kan - Konin to Rikon* (Nippon Hyouronsha 2021) (福市航介(著), 協議離婚制度の改善策, 二宮周平(編), 『現代家族法講座・第5巻・国際化と家族』日本評論社, 2021年)

Salimya Ganiyeva, 'Türk ve Rus Federasyonu Milletlerarası Usûl Hukukunda İdari Boşanma Kararlarının Tanınması Sorunu' (2013) 33(1) MHB 30-60

Cemil Güner, 'Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanıma Kararı Alınmaksızın Tescili' (2019) 9(2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 299-325

Sezen Gürhan, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tescili - Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)

Takeshi Hitomi, 'Dai 2 Shou' Kaoru Inaba, Takeshi Hitomi, Hiroaki Murakami ve Masako Maeda içinde, *Gyouseihou* (Dai 4 Han, Yuuhikaku 2018) (人見剛(著), 第2章, 稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子(編)『行政法, 第4版』有斐閣, 2018年)

Burak Huysal, 'Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili' (2017) 37(2) MHB 473-507

Michiko Ishii, 'Part 2 - III' Yukiko Inubushi, Michiko Ishii, Fumiko Tsuneoka ve Tomoko Matsuo içinde, *Shinzoku-Souzokuhou* (Dai 3 Han, Koubundou 2020) (石井美智子(著), Part 2 - III, 大伏由子・石井美智子・常岡史子・松尾知子(編)『親族・相続法, 第3版』弘文堂, 2020年)

Katsuhiko Itagaki, 'Dai 2 Hen - Dai 1 Shou' Hirotake Masaki, Katsuhiko Itagaki, Akemi Yokota ve Toshiaki Kaidou içinde, *Nyuumon Gyouseihou* (Yuuhikaku 2023) (板垣勝彦(著), 第2編・第1章, 正木宏長・板垣勝彦・横田明美・海道俊明『入門行政法』有斐閣, 2023年)

Makoto Itou, *Shinzoku - Souzoku* (Dai 3 Han, Koubundou 2013) (伊藤真(著)『親族・相続, 第3版』弘文堂, 2013年)

Naoko Kano, 'Dai 3 Shou' Mika Aotake, Yasuhiko Watanabe, Naoko Kano, Kiyoko Nishi, Tokiyo Shimizu ve Sakiko Miyamoto içinde, *Shin Haiburiddo Minpou 5 - Kazokuhou* (Dai 2 Han, Houritsubunkasha 2024) (鹿野菜穂子 (著), 第3章, 青竹美佳・渡邊泰彦・鹿野菜穂子・西希代子・冷水登紀代・宮本誠子『家族法 第2版』法律文化社, 2024年)

Takako Kawamura, *Kazokuhou no Michi Annai* (Houritsu Bunkasha 2018) (川村隆子 (著)『家族法の道案内』法律文化社, 2018年)

Duygu Kaynakçioğlu, *Evliliğin Sona Ermesine İlişkin Yabancı Adli ve İdari Kararların Nüfus Kütüğüne Doğrudan Tescili* (Seçkin 2021)

Kousuke Kitami, 'Dai 8 Kou' Takemichi Hatakeyama ve Yasushi Shimoi (ed) içinde, *Hajimete no Gyouseihou* (Dai 4 Han, Sanseidou 2023) (北見宏介 (著), 第8講, 畠山武道・下井康史 (編)『初めての行政法, 第4版』三省堂, 2023年)

Takeshi Kojima, Satoko Date ve Hideo Mizutani, *Gendai Kazoku no Hou to Jitsumu* (Nihon Kajo Shuppan 2015) (小島妙子・伊達聡子・水谷英夫 (著)『現代家族の法と実務』日本加除出版, 2015年)

Atsumi Kubota, *Kazokuhou - Minpou wo Manabu* (Dai 4 Han, Yuuhikaku 2019) (窪田充見『家族法, 民法を学ぶ, 第4版』有斐閣, 2019年)

Haruo Kuguminato, 'Dai 4 Shou' Haruo Kuguminato, Fukuji Ochiai ve Katsuya Kasahara içinde, *Hanrei Kazokuhou* (Seibundou, 2010) (久々湊晴夫 (著), 第4章, 落合福司・笠原克也 (編)『判例家族法』成文堂, 2010年)

Kazuhiko Matsuhisa, 'Dai 7 Shou' Tomiyuki Ogawa (ed) içinde, *Yuurika Minpou 5 - Shinzoku-Souzoku* (Houritsu Bunkasha 2019) (松久和彦 (著), 第7章, 小川富之 (編)『ユーリカ民法5, 親族・相続』法律文化社, 2019年)

Tadaki Matsukawa, *Minpou - Shinzoku/Souzoku* (Dai 7 Han, Yuuhikaku 2022) (松川正毅 (著)『民法 親族・相続, 第7版』有斐閣, 2022年)

Takahiro Mizuno, 'Dai 3 Shou' Atsushi Motoyama, Mika Aotake, Kaori Habu ve Takahiro Mizuno içinde, *Kazokuhou* (Dai 3 Han, Nippon Hyouronsha 2021) (水野貴浩 (著), 第3章, 本山敦・青竹美佳・羽生香織・水野貴浩『家族法, 第3版』日本評論社, 2021年)

Miyako Motozawa, 'V- Rikon' Miyako Motozawa, Mami Oosugi, Daisuke Takahashi ve Yue Fuu içinde, *Yoku Wakaru Kazokuhou* (Mineruba Shobou 2014) (本澤巳代子 (著), V-離婚, 本澤巳代子・大杉麻美・高橋大輔・付月『よくわかる家族法』ミネルヴァ書房, 2014年)

Yasushi Nakanishi, 'Shougai Rikon wo meguru Wa ga Kuni Kokusai Shihou no Genjou to Kadai' Shuuhei Ninomiya (ed) içinde, *Gendai Kazokuhou Kouza - Dai 5 Kan - Kokusai to Kazoku* (Nippon Hyouronsha 2021) (中西康 (著), 涉外離婚を巡る我が国国際私法の現状と課題, 二宮周平 (編), 『現代家族法講座-第5巻 国際化と家族』日本評論社, 2021年)

Shuuhei Ninomiya, *Kazokuhou* (Dai 5 Han, Shinseisha 2019) (二宮周平 (著)『家族法, 第5版』新生社, 2019年)



Shuuhei Ninomiya, Yasuyuki Matsumoto (sup), *Kyougi Rikon Mondai Kenkyuukai* (ed), *Mudan Rikon Taiou Manyuaru - Gaikokujin Shien no tame no Jitsumu to Kadai*, (Nihon Kajo Shuppan 2019) (二宮周平＝松本康之 (監修) 協議離婚問題研究会 (編) 『無町離婚対応マニュアルー外国人支援のための実務と課題』 日本加除出版, 2019年)

Kikumi Noguchi, 'Dai 8 Shou' Mitsuru Noro, Kikumi Noguchi, Junko Iijima ve Jiro Minato içinde, *Gyouseihou* (Dai 3 Han, Yuuhikaku 2023) (野口貴公美 (著), 第8章, 野呂充・野口貴公美・飯島淳子・湊二郎 『行政法, 第3版』 有斐閣, 2023年)

Yasuhiro Okuda, *Kokusai Kazokuhou* (Dai 2 Han, Akashi Shoten 2020) (奥田安弘 (著) 『国際家族法, 第2版』 明石書店, 2020年)

Kyouko Okuyama, *Kore kara no Kazoku no Hou-1-Shinzoku no Houhen* (Fureki Shobou 2002) (奥山恭子 (著) 『これからの家族の法・1・親族の法編』 不磨書房, 2002年)

Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İkinci Baskı, On İki Levha 2023)

Keiko Sakurai ve Hiroyuki Hashimoto, *Gyouseihou* (Dai 6 Han, Koubundou 2019) (櫻井敬子・橋本博之 (著) 『行政法, 第6版』 弘文堂, 2019年)

Vildan Sezişli, 'Yabancı Ülkelerin Adli veya İdarî Makamlarınca Verilen Boşanma Kararlarının Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A Çerçevesinde Tanınması İçin Öngörülen "Kararla İlgili Türkiye'de Açılmış ve Halen Devam Eden veya Reddedilmiş Dava Bulunmaması Şartı"nın Değerlendirilmesi' (2022) 42(1) PPIL 249-291

Mamoru Suda, 'Dai 1 Shou' Hikaru Takagi, Takayoshi Tsuneoka ve Mamoru Suda içinde, *Joukai Gyousei Tetsuzukihou* (Koubundou, 2017) (須田守 (著), 第1章, 高木光・常岡孝好・須田守 『条解行政手続法』 弘文堂, 2017年)

Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (11. Bası, Beta 2024)

Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (On İki Levha 2017)

Ebru Şensöz, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usûlü' (2012) 11(22) 10. Yıl'a Armağan İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 389-444

Yasushi Shimoi, 'Dai 17 Kou' Takemichi Hatakeyama ve Yasushi Shimoi (ed) içinde, *Hajimete no Gyouseihou* (Dai 4 Han, Sanseidou 2023) (下井康史 (著), 第17講, 畠山武道・下井康史 (編) 『初めての行政法, 第4版』 三省堂, 2023年)

Takehiko Shintani, *Shougai Koseki no Riron to Jitsumu - Kihon Tsuutatsu no Kaisetsu*, (Teihan 2021) (新谷雄彦 (著) 『涉外戸籍の理論と実務ー基本通達の解説ー』 テイハン, 2021年)

Hikaru Takagi, 'Dai 5 Shou' Hikaru Takagi, Takayoshi Tsuneoka ve Mamoru Suda içinde, *Joukai Gyousei Tetsuzukihou* (Koubundou, 2017) (高木光 (著), 第5章, 高木光・常岡孝好・須田守 『条解行政手続法』 弘文堂, 2017年)

Shigeru Takahashi, *Gyouseihou* (Dai 3 Han, Koubundou 2023) (高橋滋 (著) 『行政法, 第3版』 弘文堂, 2023年)

Chika Takenaka, ‘Dai 3 Shou’ Makinori Gotou, Masahiko Takizawa ve Naoya Katayama (ed) içinde, *Purosesu Kougi Minpou VI - Kazoku* (Shinsansha 2024) (竹中智香 (著), 第3章, 後藤卷則・滝沢昌彦・片山直也 (編), 『プロセス講義, 民法-VI 家族』 信山社, 2024年)

Feriha Bilge Tanrıbilir, ‘Türk Hukukunda Yabancı Makamlarla Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler’ Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli (ed) içinde, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu - 18, 20 Nisan 2018-Antalya* (Savaş 2019)

Teruaki Tayama, *Jirei de Manabu Kazokuhou* (Dai 5 Han, Hougaku Shoin 2019) (田山輝明 (著) 『事例で学ぶ家族法, 第5版』 法学書院, 2019年)

Fumio Tokotani, ‘Dai 3 Shou’ Fumio Tokotani, Yu Kamitani ve Tomoko Inagaki (ed) içinde, *Shinpurimeeru Minpou 5 - Kazokuhou* (Dai 2 Han, Houritsubunkasha 2020) (床谷文雄・神谷遊・稲垣朋子 (編) 『新プレミアム民法5, 家族法, 第2版』 法律文化社, 2020年)

Fumiko Tsuneoka, *Kazokuhou* (Shinseisha 2020) (常岡史子 (著), 『家族法』 新生社, 2020年)

Uğur Tütüncübaşı, ‘Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler (2017) 19(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103-127

Katsuya Uga, *Gyouseihou* (Dai 3 Han, Yuuhikaku 2023) (宇賀克也 (著) 『行政法, 第3版』 有斐閣, 2023年)

Takeo Ukon, ‘Dai 1 Shou’ Yoshihiko Satou, Shouji Itou ve Takeo Ukon içinde, *Minpou V - Shinzoku/Souzoku* (Dai 4 Han, Yuhikaku 2012) (右近健男 (著), 第1章, 佐藤義彦・伊藤昌司・右近健男 『民法-V, 親族・相続, 第4版』 有斐閣, 2012年)

Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (Beta, 2006)

Merve Ürem Çetinel ve Biset Sena Güneş, ‘Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı’ (2020) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 309-340

Sakae Wagatsuma, Tooru Ariizumi, Hiroshi Endou, Takeshi Kawai ve Toyohiro Nomura, *Minpou 3 - Shinzokuhou/Souzokuhou* (Dai 5 Han, Keisoushobo 2024) (我妻榮・有泉亨・遠藤浩・川井健・野村豊弘 (著) 『民法3 親族法・相続法, 第5版』 勁草書房, 2024年)

Tadasu Watari, ‘Dai 3 Hen’ Toshifumi Sowa, Hiroshi Yamada ve Tadasu Watari içinde, *Gendai Gyouseihou Nyuumon* (Yuuhikaku 2023) (亘理格 (著), 第3編, 曾和俊文・山田洋・亘理格 『現代行政法入門』 有斐閣, 2023年)

Kazuhiro Yamakawa, *Koseki Jitsumu no Riron to Kazokuhou*, (Nihon Kajo Shuppan 2013) (山川一陽 (著) 『戸籍実務の理論と家族法』 日本加除出版, 2013年)

Kazuhiro Yamakawa, *Shinzokuhou/Souzokuhou Kougi* (Dai 7 Han, Nihon Kajo Shuppan 2021) (山川一陽 (著) 『親族法・相続法講義, 第7版』 日本加除出版, 2021年)

Hiroshi Yamada, 'Dai 2 Hen' Toshifumi Sowa, Hiroshi Yamada ve Tadasu Watari içinde, *Gendai Gyouseihou Nyuumon* (Dai 5 Han, Yuuhikaku 2023) (山田洋 (著), 第2編, 曾和俊文・山田洋・亘理格 『現代行政法入門』 有斐閣, 2023年)

Tsuneo Yoshida ve Waichirou Iwashi, *Shinzokuhou - Souzokuhou* (Dai 6 Han, Dougakusha 2022) (吉田恒雄・岩志和一郎 (著) 『親族法・相続法, 第6版』 同学社, 2022年)

Kousei Roudou Shou, '*Reiwa 4 Nendo Rikon ni kansuru Toukei no Gaikyou - Jinkou Doutai Toukei Tokushu Houkoku*' (厚生労働省, 令和4年度「離婚に関する統計」の概況 - 人口動態統計特殊報告) <<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/tokusyuu/riikon22/dl/gaikyo.pdf>> (Erişim: 10.10.2024)

ZORUNLU DEPREM SİGORTASINDA SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BİNA KİMLİK SERTİFİKASININ SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE KULLANILMASI*

Pre-Contractual Declaration Obligation in Compulsory Earthquake Insurance and Use of Building Identity Certificate in Pre-Contractual Declaration Obligation

Hamit ÇAVUŞ**

Sefa ER***

Özet

Sigorta sözleşmesi kurulurken prim ve riziko arasındaki dengeyi sağlamak için sigortacının sigorta ettirenin bilgisine ihtiyacı vardır. Bu sebeple sigorta ettiren sözleşme öncesinde sigortalanan menfaate ilişkin önemli hususları sigortacıya beyan etmelidir. TTK md. 1435 ile 1443 arasında sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü düzenlenmiştir. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi durumunda kusur durumuna göre sigortacı tarafından cayma, sigorta ödemesinde indirim ve sigorta ödemesinden muafiyet gibi yaptırımlar uygulanabilir. Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları C.2’de sözleşmenin düzenlenmesi aşamasında, sigortalının veya sigorta ettirenin, meskenin brüt yüzölçümü, yapı tarzı, adresi, geçmiş depremlerde hasar durumu gibi bilgilerde gerçeğe uygun olmayan beyanı durumu uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Sigorta ettirenin yapının orta veya daha ağır hasar durumunu kasıtlı olarak beyan etmediği anlaşıldığı takdirde Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK), riziko gerçekleşmiş olsa bile sigortacı sözleşmeden cayabilir ve beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği sigorta dönemine ait prime hak kazanır.

Sigorta ettirenin, Zorunlu Deprem Sigortası (ZDS) yaptırırken sigortacı tarafından aydınlatılmamış olması, yanlış beyan durumunda uygulanacak yaptırımın TTK’ye göre daha hafif olması, daha az prim ödemek istemesi gibi sebeplerle sigorta ettiren beyan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemektedir. Bu durum ise bir yandan DASK’ın prim kaybına sebep olurken bir yandan da rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinden arzuladığı faydaya kavuşmasını engellemektedir.

Devlet Destekli Bitkisel Ürün Sigortası Genel Şartları’nda yer alan “sigorta ettirenin/sigortalının beyanı ile sigortalının Tarım ve Orman Bakanlığı kayıt sistemi bilgilerine dayanarak yapar.”

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 30.10.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Bu çalışma Hacettepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği md. 43/5 gereği Özel Hukuk Doktora Programında hazırlanmakta olan “Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü” adlı tez çalışmasından türetilmiştir.

** Öğr. Gör., Karabük Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD Doktora Öğrencisi, hamitcavus@karabuk.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3846-2767>.

*** Dr., Hâkim, Yargıtay, sefaer@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-5738-8224>.



hükmü ile sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne aykırı davranışın önüne geçilmeye çalışılmıştır. Buna benzer olarak Bina Kimlik Sertifikası¹ (BKS) uygulaması ile binaların fiziksel durumlarına, adreslerine, yapı bilgilerine, kullanılan malzemelere ve teknik özelliklerine erişim sağlanabilecektir. ZDS'nin, sigorta ettirenin beyanı ile Bina Kimlik Sertifikası'nda yer alan bilgilere dayanılarak yapılması sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne aykırı davranılmasından kaynaklanan sorunları da en aza indirecektir.

Anahtar Kelimeler: Beyan yükümlülüğü, zorunlu deprem sigortası, sigorta sözleşmesi.

Abstract

When concluding an insurance contract, the insurer needs information from the policyholder in order to ensure a balance between premium and risk. For this reason, the policyholder should inform the insurer of important matters relating to the insured interest prior to the conclusion of the contract. Articles 1435 to 1443 of the Turkish Commercial Code govern the policyholder's pre-contractual disclosure obligations. If the policyholder fails to comply with this obligation, the insurer may impose sanctions such as cancellation and reduction of the insurance payment, depending on the degree of fault. Vol.2 of the General Conditions of Compulsory Earthquake Insurance regulates the sanctions to be applied in the event that the insured or the policyholder makes a false declaration in the information provided, such as the gross area of the dwelling, type of construction, address, damage in previous earthquakes. In the event of misrepresentation of information such as the damage status in past earthquakes, Catastrophe Insurance Pool may withdraw from the contract even if the risk has been realised and is entitled to the premium if it is understood that the policyholder has deliberately failed to declare a moderate or severe damage status.

The policyholder does not duly fulfill the declaration obligation for reasons such as the fact that the insurer does not explain how to make a declaration, the fact that the sanction for misrepresentation is less severe than in the Turkish Commercial Code, and the fact that the policyholder wants to pay less premium. This situation, on the one hand, causes Catastrophe Insurance Pool to lose premiums and, on the other hand, prevents the policyholder from obtaining the desired benefit from the insurance contract in the event of the occurrence of the risk.

The provision in the General Terms and Conditions of the Agricultural Insurance Act that "it is based on the declaration of the policyholder/insured and the information in the registration system of the Ministry of Agriculture and Forestry" prevents behavior contrary to the pre-contractual declaration obligation. With the application of the Building Identification System, physical locations, addresses, construction information, materials used and technical specifications of buildings will be accessible. The implementation of compulsory earthquake insurance on the basis of the policyholder's declaration and the information contained in the building identification system will also eliminate the problems arising from the breach of the pre-contractual declaration obligation.

Keywords: Declaration obligation, compulsory earthquake insurance, insurance contract.

GİRİŞ

6 Şubat Kahramanmaraş depremi ülkemizin deprem coğrafyasında olduğunu bir kez daha acı bir şekilde hatırlatmıştır. Yaşanan bu deprem sonucunda oldukça büyük bir alan etkilenmiş; çok sayıda can kaybı ile birlikte maddi kayıp meydana gelmiştir². Zorunlu deprem sigortasına konu olan meskenlerde depremin yol açtığı

¹ Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği md. 31: 'Bakanlıkça belirlenen yapılardan iş bitirme aşamasına gelenler için (Değişik ibare: RG-12/2/2022-31748) yapı müteahhidince Bakanlıktan temin edilen Ek-28'de gösterilen Form-26'ya uygun bina kimlik sertifikası, yapının kolayca görünen bir yerine asılır.'

² https://dask.gov.tr/upload/basin_bultenleri/2023/Kahramanmara%C5%9F%20Deprem%20Raporu_B%C3%BClten_270323.pdf (Erişim Tarihi: 02/10/2024).

maddi kayıplar kısmen de olsa giderilmiştir³.

Zorunlu Deprem Sigortası (ZDS), 1999 Marmara ve Düzce depremlerinin ardından, ortaya çıkan zararın büyüklüğünün ve ülke ekonomisinde yol açtığı hasara daha etkin çözüm arayışının bir sonucudur. Havuz sigortasının bir örneği olan ZDS'nin zorunlu hale getirilmesinde sigorta bilincinin gelişmemiş olması ile deprem rizikosuna karşı güvence sağlanması ve rizikonun dağıtılmasının temin edilmesi de bulunmaktadır. Bunun sonucunda, Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK), ZDS teminatını sağlayan kamu tüzel kişiliğine sahip bir kurum olarak 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile kurulmuş ve 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu (ASK) ile daha sağlam bir yasal çerçeveye kavuşmuştur.

ZDS, 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu (ASK) ve Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları (ZDSGŞ) ile düzenlenmiştir. Zorunlu deprem sigortasında sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü ZDSGŞ C. 2-1'de yer almaktadır. Anılan düzenleme meskenin yapı tarzı, adresi, brüt yüzölçümü, geçmiş depremlerde hasar durumu gibi bilgilerin sigorta ettiren tarafından sigortacıya bildirilmesi gerektiğini içermektedir. Sigorta ettiren tarafından sigortacıya beyan edilmesi gereken hususlar örnekleme yoluyla düzenlenmiş, belirtilen hususlara benzer durumların da beyan edilmesinin gerektiği düzenlemede yer alan "gibi" ifadesinden anlaşılmaktadır.

Yapının su ve elektrik aboneliğinin⁴ veya tapu kütüğünde tescil ve terkin işlemlerinin⁵ yapılabilmesi için geçerli bir zorunlu deprem sigortasının bulunması bu sigortayı bir ihtiyaç olarak değil; sigortanın zorunluluk olarak görülmesine sebep olmaktadır. Bu durum da ise ZDS sigorta ettiren tarafından deprem rizikosuna karşı güvence sağlamak için değil, anılan zorunluluğu yerine getirmek için yapılmaktadır. Hal böyle olunca sigorta ettiren özellikle sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü yerine getirirken daha az prim ödemek amacıyla veya gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sebebiyle meskene ait bilgileri gerçeğe uygun bildirmemektedir.

Sigorta sözleşmesi kurulmadan önce sigortalanan menfaate ilişkin sigorta ettirenin sigortacıya önemli hususları bildirmesi gerekir. (TTK md.1435) Sigortacı açısından sigortalanan menfaat sigorta ettirenin verdiği bilgi çerçevesinde şekillenir. Sigorta ettiren açısından sigorta sözleşmesi teknik bir konu, bir bilinmeyenidir. Sigorta sözleşmesinin tarafları açısından bu bilgi asimetrisi, taraflara yüklenen sigortacının aydınlatma yükümlülüğü ve sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü ile aşılmaktadır⁶.

³ <https://www.aa.com.tr/tr/6-subat-depremlerinin-birinci-yili/dask-6-subat-depremleri-icin-35-milyar-liralik-hasar-odemesi-yapti/3128347> (Erişim Tarihi: 02/10/2024).

⁴ DASK md. 11/1, Doğal Afet Sigortaları Kurumu Çalışma Esasları Yönetmeliği md. 24.

⁵ DASK md. 11/2.

⁶ Mehmet Özdamar, *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü* (Yetkin Yayınları 2009), 46; İbrahim Ağsagal, *Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2015) 32; Firat Öztan, *Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1966) 74.



Sigortacı, sigorta sözleşmesinde belirlenen prim karşılığında rizikoyu taşıma borcu altındadır⁷. ZDS’de sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi sigortacının sigorta primini olması gerekenden daha az hesaplamasına neden olur. Bu durum ise prim riziko dengesini sigortacı aleyhine bozmaktadır. Prim riziko dengesi sigortacı aleyhine bozulduğu için sigortacının prim farkını talep etme, cayma, sigorta ödemelerinin kısmen veya hiç ödenmemesi hakkı bulunmaktadır. (ZDSGS C-2/2,3,4; TTK md. 1439)

Çalışma kapsamında ilk bölümde ZDS’nin tanımı, kapsamı ve amacı ile ZDS’den doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hükümler incelenmiştir. İkinci bölümde ise ZDS’de sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün içeriği, şekli, süresi, usulü, tarafları, ihlali ve yaptırım ZDSGS’deki ve TTK’deki sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümler karşılaştırılarak değerlendirilmiştir. Son bölümde ise sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlalinin önüne geçmek amacıyla kullanılabilecek Bina Kimlik Sertifikası üzerinde durulmuştur.

I. ZORUNLU DEPREM SİGORTASINA İLİŞKİN GENEL BİLGİ

Sözleşme hukukuna hâkim olan ilkelerden biri de sözleşme özgürlüğüdür. Bu özgürlük Anayasa md. 48’de anayasal güvence altına alınmış ve Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 26 ve 27’de ise bu özgürlüğün içeriği ve sınırları belirlenmiştir. Bireylerin sigorta sözleşmesi yapması ihtiyaridir. Ancak Anayasa’da özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini sağlamak için sözleşme özgürlüğünün sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Anayasa md. 13’e göre; temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sebeple Sigortacılık Kanunu (SK) md. 13’te zorunlu sigorta ihdasının kamu yararı gözetilerek Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılabileceği Anayasa’ya aykırıdır⁸.

⁷ ‘Sigorta hukukunda, sigortacının edimini açıklayan temel iki teori bulunmaktadır. Bunlar, “Parasal Edim Teorisi” ve “Riziko Taşıma Teorisi”dir. Parasal edim teorisine göre sigortacının borcu rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta tazminatı ya da bedelini ödemekten ibarettir. Rizikonun gerçekleşmesi sigorta bedeli ya da tazminatının ödenmesi açısından geciktirici şart niteliğindedir. Riziko taşıma teorisine göre ise sigortacının borcu sözleşmenin kurulmasından rizikonun gerçekleşmesine veya sigorta sözleşmesinin süresinin sona ermesin kadar rizikoyu taşımazdır. Türk sigorta hukukunda benimsenen teori riziko taşıma teorisidir.’, Sevgican Aydın, *Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları: Özellikle Oranlama Sistemine Göre Tazminattan İndirim Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2018) 13; Özdamar (n 7) 67; Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku* (17th edn, Oniki Levha Yayınları 2021) 169; Alman Hukuku’nda ise bu görüşe katılan yazarlar: Theo Langheid and Manfred Wandt (eds), *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band 1: §§ 1-99, VVG-InfoV* (3rd edn, C.H. Beck 2022) VVG § 1 Rn. 40-41; Wilfried Ruffer, Dirk Halbach and Peter Schimikowski (eds) *Versicherungsvertragsgesetz* (5th edn, Nomos 2024) VVG § 1 Rn. 33-34.

⁸ Abdurrahman Eren, ‘Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı Dergisi 1-72, 39; ‘Mahkeme’nin bu yorumunu Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) açısından değerlendirdiğimizde, “sınırlamalar” konusunda bir fark olmadığı sonucuna varabiliriz.

Ancak ASK ile deprem başta olmak üzere sigorta şirketlerince teminat verilmesinin güç veya olanaksız olduğu doğal afetler sonucunda ortaya çıkan zararın tazmini için DASK tarafından teminat sağlanacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda ZDS'nin kamu yararı ve güvenliği ile milli ekonomik gereklerin⁹ sonucu olarak ASK¹⁰¹¹ ile düzenlenmesi yerinde olmuştur.

ZDS'nin tanımı ASK md. 2/1-ğ'de, “*Binalarda depremin doğrudan neden olduğu maddi zararlar ile deprem nedeniyle ortaya çıkan yangın, infilak, dev dalga (tsunami) ve yer kayması sonucu oluşan maddi zararları teminat altına alan zorunlu sigorta*” olarak yapılmıştır. ZDS, zarar sigortası türü olan aktif sigorta niteliğindedir¹². Diğer bir deyişle ZDS zorunlu mal sigortasıdır¹³. Bunun sonucu olarak da riziko gerçekleştiğinde sadece mal zararları giderilmekte; cismani zararlar tazmin edilmemektedir.

A. Kapsamı

ZDS'nin kapsamı ASK md. 10/1'de, “*Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki bağımsız bölümler, tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tâbi taşınmazlar üzerinde mesken olarak inşa edilmiş binalar, bu binaların içinde yer alan ve ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler ile doğal afetler nedeniyle Devlet tarafından yaptırılan veya sağlanan kredi ile yapılan meskenler*” olarak belirtilmiştir. Ayrıca anılan hükümde yer alan şartların sağlanmasıyla henüz tapuda cins düzeltilmesi yapılmamış arsa olarak görülen binalar, kat irtifakı tesis edilmiş binalar ile tapu tashihi yapılmamış kooperatif evleri de ZDS'nin kapsamına dahildir.

ASK md. 10/2' de ise “*2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu'na tâbi olan veya kamu hizmet binası olarak kullanılan binalar ve bağımsız bölümler, köy nüfusuna*

Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, sosyal ve ekonomik haklar da dahil olmak üzere, CBK'larla doğrudan sınırlayıcı düzenlemeler yapılamaz.’

⁹ Aynur Yongalık, ‘Zorunlu Deprem Sigortası’ (2001) 21(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 151-174, 167.

¹⁰ Metin Sariaslan, ‘Zorunlu Deprem Sigortası ve Kahramanmaraş Merkezli Depremlerde Doğabilecek Hukuki İhtilaflar’ (2023) 36(169) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 407-470, 410: “Afet Sigortaları Kurumu (ASK) ile sadece deprem değil, sigorta şirketlerinin teminat vermekte zorlandığı veya imkansız bulunduğu doğal afetlerden kaynaklanan zararlar ile terör sonucu oluşan bedensel zararların güvence altına alınması amaçlanmıştır. Ancak, Zorunlu Deprem Sigortası (ZDS) dışında kalan diğer doğal afetler ve terör olaylarına yönelik zararlarla ilişkin alt düzenlemeler yapılmamıştır.”.

¹¹ Çalışmanın yapıldığı dönemde deprem dışında kalan diğer doğal afetlerinde teminat altına alınacağı Zorunlu Afet Sigortası'nın kanunlaştırma çalışmaları devam etmektedir. <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/zorunlu-afet-sigortasi-kisa-surede-devreye-girecek/3242923> (Erişim: 06/10/2024).

¹² Samim Ünan, ‘Zorunlu Deprem Sigortası, Zorunlu Deprem Sigortası Paneli’ (2011) 1 Sigorta Hukuku Dergisi 87-97, 88; Nuray Barlas, ‘Afet Sigortaları Kanunu’na Göre Zorunlu Deprem Sigortası Sözleşmesinin Tarafları’ (2011) 15(3-4) Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-156, 123.

¹³ Serdar Demirci, ‘Deprem Riskine İlişkin Sigorta ve Tazmin Sürecine Dair Güncel Sorunlar’ (2023) 81(6) Ankara Barosu Dergisi 23-64, 30.



kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca köy yerleşik alanları ve civarında ve mezralarda yapılan binalar ile 634 sayılı Kanun kapsamında olsalar dahi tamamı ikamet dışı amaçlarla kullanılan binalar” ile ZDSGS A-2’de belirtilen “tamamı ticari veya sınai amaçla kullanılan binalar; Projesi bulunmayan ve mühendislik hizmeti görmemiş binalar; taşıyıcı sistemi olumsuz yönde etkileyecek şekilde tadil edildiği veya zayıflatıldığı tespit edilen binalar; taşıyıcı sistemi olumsuz yönde etkileyecek şekilde ilgili mevzuata ve projeye aykırı olarak inşa edilen binalar; yetkili kamu kurumları tarafından yıkılmasına karar verilen binalar ile mesken olarak kullanıma uygun olmayan, bakımsız, harap veya metruk binalar” ın ZDS kapsamında olmadığı düzenlenmiştir.

ZDSGS’de ZDS’nin kapsamı dışında kaldığı belirtilen “*tamamı ticari veya sınai amaçla kullanılan binalar*” ve ASK’da ZDS kapsamından yer aldığı belirtilen “*ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler*” hükümleri arasında çelişki bulunmaktadır. Tamamı ticari veya sınai¹⁴ amaçlı kullanılan yapı ZDS sigortasının kapsamı dışındadır. Ancak yapının bir kısmı sınai amaçlı kullanılırsa mefhumu muhalifine göre ZDS kapsamında olduğu sonucu çıkmaktadır. Ticari ifadesi ticarethane, büro terimlerini de kapsamaktadır. Sınai amaçlı kullanılan yapıda endüstriyel faaliyette bulunmaktadır. Bu durum ise yapının ticari amaçla kullanılmasına göre rizikoyu ağırlaştıran bir durumdur. ASK’ye göre ise mesken olarak yapılmış yapıların ticarethane, büro gibi amaçlarla kullanılan kısımları ZDS kapsamındadır. Mesken olarak inşa edilen yapının bağımsız bölümlerinin sınai amaçlı kullanılması durumunda bu bağımsız bölümler ASK’ye göre ZDS’nin kapsamı dışında; ZDSGS’ne göre ise ZDS’nin kapsamındadır. ZDSGS ile ASK arasındaki bu çelişkinin ortadan kaldırılması için ZDSGS yer alan “*tamamı ticari veya sınai amaçla kullanılan binalar*” ifadesinin, “tamamı ticari veya bir kısmı sınai amaçla kullanılan binalar” olarak değiştirilebilir.

ZDS kapsamı dışında kalan yapıların yanlışlıkla ZDS’ye konu olması durumunda sigorta ettiren yapının kapsam dışında kaldığını ispat ederse sözleşme geçmişe dönük olarak iptal edilir ve sigorta ettirenin ödemiş olduğu prim iade edilir. (ZDSGS C-2/6) Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen yapının ZDS’nin kapsamı dışında kalması durumunda sigortacıya sözleşmeyi iptal etme hakkı verilmemiştir. Yargıtay Kararı’na¹⁵ konu uyuşmazlıkta sigorta ettiren tarafından yapının köy yerleşik alanında bulunduğu beyan edilmiş, yapı ZDS kapsamı dışında kalmasına rağmen sigortacı tarafından sözleşme yapılmıştır. Riziko gerçekleşikten sonra sigorta ettirenin sigorta tazminat talebi, sigortacı tarafından yapının köy yerleşim alanında bulunması ve bu sebeple ZDS kapsamı dışında kaldığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Yargıtay ise sigortacı tarafından yapının köy yerleşim alanında kaldığının sigorta ettirenin beyanı ile öğrenmesine rağmen sözleşmeyi

¹⁴ Sanayi ile ilgili; endüstriyel (sozluk.gov.tr, Erişim:22/10/2024).

¹⁵ Yargıtay 11. HD, E.2012 / 6799, K. 2013 / 6413, K.T. 1.04.2013.

yapması ve daha sonra yapının ZDS kapsamı dışında kaldığını belirterek sigorta tazminatını ödemekten kaçınmasını dürüstlük ilkesi gereğince yerinde görmemiş ve sigorta ettirenin tazminat talebinden sigortacının sorumlu olduğuna karar vermiştir.

ZDSGŞ A-1/2’de ise “*temeller, ana duvarlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, bahçe duvarları, istinat duvarları, tavan ve tabanlar, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar, çatılar, bacalar ve yapının benzer nitelikteki tamamlayıcı kısımlarında meydana gelen ...*” zararlar ZDS’nin zarar kapsamı olarak belirlenmiştir. Buna karşılık ZDSGŞ A.3’te ise “*enkaz kaldırma masrafları, kar kaybı, iş durması, kira mahrumiyeti, alternatif ikametgah ve işyeri masrafları, mali sorumluluklar ve benzeri dolaylı zararlar, her türlü taşınır mal, eşya ve benzerleri, ölüm dahil olmak üzere tüm bedeni zararlar, manevi tazminat talepleri, deprem ve deprem sonucu oluşan yangın, infilak, dev dalga (tsunami) veya yer kaymasının dışında kalan hasarlar, belirli bir deprem hadisesine bağlı olmaksızın binanın kendi kusur ve özellikleri nedeniyle zamanla oluşan zararlar.*” kapsam dışı bırakılmıştır.

B. Amacı

Deprem sonucunda ortaya çıkan zararın büyüklüğü göz önüne alındığında bu tür bir rizikonun sigorta şirketlerince teminat altına alınması çok güç, hatta neredeyse imkansızdır¹⁶. Bu sebeple deprem rizikosu için ZDS müessesesi ihdas edilmiş ve sigortacı olarak tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olan Doğal Afet Sigortası Kurumu kurulmuştur. ASK md. 1’de ZDS’nin amacı deprem sonrası binalarda ortaya çıkan maddi zararın giderilmesi olarak belirtilmiştir.

ZDS’nin amaçlarından biri de deprem bölgelerindeki tüm binalara makul primlerle sigorta güvencesi altına alınacak şekilde sigorta sözleşmesi yapılmasını sağlamaktır¹⁷. Özellikle sigorta bilinci ve farkındalığı gelişmemiş toplumlarda sigorta ettirenlerin az olması yüksek primlerin hesaplanmasına sebep olmaktadır. Ancak deprem sigortasının zorunlu olması sigorta ettirenlerin çoğalmasını sağlamakta; bu da riziko havuzunun genişlemesine ve primlerin de düşmesine neden olmaktadır¹⁸. Ayrıca yapılacak reasürans sözleşmeleri ile deprem sonrası oluşan mali yük de uluslararası piyasaya yayılmaktadır¹⁹.

Sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak depremde ortaya çıkan zararın giderilmesinde devletin sağladığı kredi ve doğrudan yardımlar rol almaktadır. Ancak deprem dolayısıyla bireyler devlete olan borçlarını ve vergi ödemelerini gereği gibi yerine getiremeyebilir. Depremin sonucunda devletin bir yandan geliri azalırken gideri artmaktadır. ZDS ile kısmen de olsa sigortalı depremezdelere ödeme yapıl-

¹⁶ Yongalık (n 9) 158.

¹⁷ Sarıaslan (n 10) 422; ASK Genel Gerekçesi.

¹⁸ Barlas (n 12) 125.

¹⁹ İbid 125; Yongalık (n 9) 167.



makta bu durum ise bireylerin yanı sıra devletinde faydasına hizmet etmektedir²⁰.

ZDS kredi teminini de kolaylaştırmaktadır. Nitekim riziko gerçekleştiğinde bina sahibinin zararının giderilmesi için yapılan ZDS, bina için konut kredisi kullanılması durumunda kredi kurumunun da güvencesi haline gelmektedir. Ayrıca kredi süresi boyunca da ZDS'nin yenilenmesi gerekmektedir. Eğer bu yenileme yapılmaz ise sigortalıya bilgi verilerek kredi veren kurum tarafından ZDS re'sen yenilenir²¹.

ZDS ile sigorta güvencesinin sağlanabilmesi için sigortalanan binanın mevzuata uygun bir şekilde yapılması ve sigorta süresince de mevzuata uygun kullanılması gerekmektedir²². Örneğin kolanları kesilen bir bina ZDS güvencesinden faydalanamaz. Sigorta ettirenlerin sigorta güvencesinden faydalanmak için hem bina yapımında hem de kullanımında mevzuata uygun hareket etmeleri bireylerin daha güvenli konutlarda ikamet etmesini sağlar²³.

C. Uygulanacak Hükümler

ZDS ilk defa 587 sayılı KHK ile 1999 Marmara depreminden sonra düzenlenmiştir. ZDS'nin kanun olarak düzenlenmesinin zaman alacağı düşüncesi ZDS'nin KHK olarak düzenlenmesine neden olmuştur²⁴. Ancak aynı zamanda kanun çalışmalarları da devam etmiştir. 2012 yılında 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu kabul edilmiş ve ZDS kanun ile yasal çerçeveye sahip olmuştur. ZDS'den kaynaklanan uyuşmazlıklarda asli kaynak 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'dur. Ancak anılan kanunda ZDS'ye ilişkin ayrıntılı düzenleme yer almamaktadır. Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları, 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'ndan yaklaşık bir yıl önce Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Ancak 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu yürürlüğe girdikten sonra Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarında bir değişiklik yapılmamıştır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ZDS'ye uygulanabileceği öğretide çoğunluk görüş olup istisnai olarak TTK'nin uygulamayacağına ilişkin görüş de bu-

²⁰ Yongalık (n 9) 168; Şaban Kayıhan, 'Zorunlu Deprem Sigortası' (2004) 8(1-2) Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 497-516, 501.

²¹ Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği md. 7/2.

²² ASK m.10/4'te.

DASK'ın, ilgili mevzuata ve projeye aykırı inşa edilen binaları sigortalamama yetkisine sahip olduğu; ayrıca taşıyıcı sisteminde olumsuz etki yaratacak şekilde tadilat yapılan veya zayıflatıldığı tespit edilen binaların sigorta kapsamına alınmayacağı hüküm altına alınmıştır. ZDSGŞ C.2'de mevzuata aykırı değişiklik yapılan meskene ilişkin sigorta sözleşmesinin feshedilebileceği düzenlenmiştir.

²³ Kayıhan (n 20) 501; Kübra Yetiş Şamlı, 'Yargıtay Kararları Işığında Zorunlu Deprem Sigortasına İlişkin Bazı Sorunlar' (2023) Sorumluluk Hukuku Sempozyumu-II Bildiri Kitabı 97-144 (Filiz Kitabevi), 126.

²⁴ Ali Bozer, *Sigorta Hukuku: Genel Hükümler, Bazı Sigorta Türleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2004) 91,

lunmaktadır²⁵. ZDS'nin TTK'da düzenlenen sigorta sözleşmesi niteliğinde olması, ZDS'nin düzenlendiği özel hükümlerde zamanaşımı, eksik sigorta gibi konularda hüküm içermemesi, ZDS'de kamu tarafından oluşturulan sigorta havuzunun geniş anlamda sigortacı tanımına dahil olması TTK hükümlerinin ZDS'ye uygulanması gerektiğini savunanların temel gerekçeleridir. TTK'nın ZDS'ye uygulanamayacağı görüşünde olanlar ise DASK'ın kamu kurumu olmasının ve Sigortacılık Kanununa göre sigortacı sıfatına sahip olmak için gerekli olan anonim şirket veya kooperatif olarak örgütlenmemesinin ZDS'nin sözleşme niteliğine etki etmediğini ancak sigorta sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini dile getirilmektedir. Ayrıca ZDS, bir kamu hukuku tüzel kişisi olan DASK tarafından işletilmekte²⁶ ve kendine özgü bir mevzuata tabidir. Bu görüşü savunanlara göre ZDS, Türk Ticaret Kanunu'na değil, Afet Sigortaları Kanunu'na ve bu kanunda boşluk olması durumunda Türk Medeni Kanunu'na tabidir²⁷.

Kanaatimizce ZDS'nin bir sigorta sözleşmesi olması, sigorta sözleşmesinin TTK'de düzenlenmesi ve TTK md. 1'e göre kanunda yer alan hükümlerin kanunun temel uygulama alanı olarak belirtilmesi TTK'nin ZDS'ye uygulanması gerektiğini göstermektedir. Ayrıca ZDS'de sigortacı olarak kamu kurumu niteliğindeki DASK'ın SK'ye göre kurulmamış olması da ZDS'nin sigorta sözleşmesi niteliğini etkilemeyecektir. Bu sigorta sözleşmesinin sosyal işlevinin olması ancak zorunlu olmasının bir sebebi olarak gösterilebilirken; ZDS'ye TTK hükümlerinin uygulanmaması için geçerli bir sebep değildir.

Çalışma konusu olan sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümler değerlendirildiğinde öncelikle özel kanun niteliğinde olan ASK hükümleri uygulanır. Ancak ASK'da sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin hüküm bulunmamaktadır. ZDS'ye ilişkin ikincil mevzuat olan ZDSGS'de sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümler düzenlenmiştir. TTK'da ise sözleşme önce beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümler md. 1435-1443 arasında yer almaktadır. TTK md. 1452/3'te sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin nispi emredici nitelikte olduğu; sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyeceği

²⁵ TTK hükümlerinin ZDS'ye uygulanabileceği görüşünde olanlar için bkz Sarıaslan (n 10) 415-420; Kâmil Özbasan, 'Zorunlu Deprem Sigortasına Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Uygulanması' (2023) 36(168) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 403; Demirci (n 13) 32; Yetiş Şamlı (n 23) 101-103; Gülşah Yılmaz, 'Zorunlu Deprem Sigortasında Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun Sözleşme Öncesi Hasar Tespiti Yapma Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' (2021) Uluslararası Deprem Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı 197-224 (İstanbul Medipol Üniversitesi Yayınları), 207-208; aksi görüş için bkz: Vural Seven, 'Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun (DASK) Hukuki Durumu ve Kahramanmaraş Depremi Sonucunda Ortaya Çıkan Güncel Gelişmeler' (2024) 36(171) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 255-288, 267.

²⁶ Ali Bozer, 'Zorunlu Deprem Sigortası' (2001) 21(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 243-254, 254; Bozer'e göre Zorunlu Deprem Sigortası'nın ihdası ve sigortacı olarak kamu kurumunun olması sigortacılık ilkeleri açısından sakıncalı ve kötü bir devletçilik anlayışıdır. Ünan (n 13) 89: Ünan ise daha iyi bir alternatif olmadığı için Zorunlu Deprem Sigortası uygulamasının yerinde olduğunu belirtmektedir.

²⁷ Seven (n 25) 287.



aksi halde kanun hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. ZDSGS’de sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin yer alan hükümlerin TTK’ya göre sigorta ettiren aleyhine olması durumunda TTK’da yer alan hükümler uygulanacaktır. Bunun sebebi ise normlar hiyerarşisinde sigorta genel şartlarının kanunun altında yer almasıdır.

II. ZORUNLU DEPREM SİGORTASINDA SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Kavram ve Hukuki Niteliği

Beyan²⁸ kelime anlamı olarak; ‘bildirme, söyleme, açıklama, anlatma, açık söyleme, ifade’ demektir²⁹. Bu terim borçlar hukukunda ise; bir iradenin, görüşün ya da duygunun ilgiliye ulaşması için açıklanan söz, yazı ve işaretten ibaret bir eylem olarak tanımlanmaktadır³⁰.

Sigorta sözleşmesi kurulmadan önce sigorta ettirenin beyanı bir tasavvur (düşünce) açıklaması niteliğindedir³¹. Sigorta ettirenin beyanı ile yeni bir hukuki işlem kurulmamakta, sözleşmenin kurulması için gerekli olan bilgiler sigortacıya ulaştırılmaktadır³².

Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyanda bulunmasına ilişkin TTK’de beyan yükümlülüğü kenar başlığı altında düzenleme yapılmıştır. Yükümlülük borcu³³ da kapsayan bir üst kavramdır. Kanunda sigorta ettirenin borç ve yükümlülükleri ifadesinin kullanılması da bu sebeple eleştirilmiştir³⁴.

Sigorta ettirenin beyan davranışını yerine getirmesinin dava ve talep edilememesi, ayrıca yerine getirilmemesi halinde sigorta ettirenin hak kaybına uğraması nedeniyle sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün hukuki niteliği ise ‘kulfet’dir³⁵.

A. Beyan Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

1. Şekli

Sigorta ettiren beyan yükümlülüğünü yerine getirirken bu yükümlülüğün ne şekilde olacağına dair kanunda hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple sigorta ettiren

²⁸ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunda beyan yerine “ihbar”, Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkelerine (ASSHİ) ise “bildirim” ifadesi kullanılmıştır.

²⁹ Kelime.com (Erişim:01/10/2024).

³⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25th edn, Yetkin Yayınları 2020) 137; Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20th edn, Turhan Kitabevi 2016) 41.

³¹ Eren (n 30) 169; Kılıçoğlu (n 30) 39.

³² Aydın (n 6) 26; Öztan (n 7) 11; Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku*, vol I (Onikilevha Yayıncılık 2016) 388.

³³ Borç, alacaklının talebe yetkili olduğu, borçlunun da ifa etmek zorunda olduğu bir hukuki ilişkidir.

³⁴ Ünan (n 33) 389; Kender (n 8) 290.

³⁵ Özdamar (n 7) 83; Aydın (n 6) 10; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınları 2023) 171; Kulfet, hukuk düzeni tarafından kişiye yüklenen ve yerine getirilmemesi halinde bir hakkın kaybına veya elde edilememesine neden olan davranıştır.

resmi, yazılı ya da sözlü olmak üzere istediği şekilde beyan yükümlülüğünü yerine getirebilir. Ancak kanunda şekil serbestliği tanınsa da ispat kolaylığı sağlaması amacıyla sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü yazılı şekilde yerine getirmesinde yarar bulunmaktadır.

Beyan yükümlülüğüne ilişkin kanunda şekil şartı öngörülme de diğer sigorta genel şartlarında³⁶ olduğu gibi ZDSGS C.5'te beyanın yerine getirilmesine ilişkin yazılı şekle uyulmasına dair hükümler yer almaktadır. Öncelikle sigorta genel şartlarının normlar hiyerarşisi itibarıyla kanundan sonra gelmektedir. Kanunda şekil serbestliğinin tanınmasına rağmen sigorta genel şartları ile beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesinde şekil şartının aranması normlar hiyerarşisine aykırıdır. Bu sebeple sigorta genel şartlarında beyan yükümlülüğüne ilişkin şekil şartı düzenlemesi sigorta ettiren aleyhine uygulanamaz.

2. Zamanı

TTK md. 1435'te sigorta ettiren tarafından sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün yerine getirilme zamanı olarak "sözleşmenin yapılması sırası" olarak belirtilmiştir. Ancak bu ifade ile yükümlülüğün ne zaman başlayıp ne zaman bittiğinin tespiti mümkün değildir. Kanunda kullanılan "sözleşmenin yapılması sırasında" ifadesindeki belirsizlik a.F. VVG § 16 Abs. 1'deki "bei der Schließung des Vertrags" ifadenin birebir çevrilmesinden kaynaklanmaktadır³⁷. TTK md. 1443'te "teklifin yapılması ile kabulü arasındaki" ifade ile sözleşmenin kurulması anına kadar sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün devam ettiği anlaşılmaktadır. TTK. md. 1435'de "sözleşmenin yapılması sırasında" ifadesinin "sözleşmenin kurulduğu an" olarak değerlendirilmelidir.

Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü sözleşmenin kurulması ile sona ermektedir. Ancak bu yükümlülüğün ne zaman başlayacağını tespiti yükümlülüğün yerine getirilme usulüne göre farklılık arz eder. Liste usulü ile beyan yükümlülüğü yerine getiriliyorsa sigortacı tarafından listenin sigorta ettirene verilmesi ile sigorta ettirenin yükümlülüğü başlar. Kendiliğinden beyan usulünde ise sözleşme görüşmelerine başlanması beyan yükümlülüğünün de başlangıcıdır³⁸.

³⁶ Sağlık Sigortası Genel Şartları, Yangın Sigortası Genel Şartları, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları, Hayvan Hayat Sigortası Genel Şartları, Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları.

³⁷ Aydın (n 6) 142.

³⁸ Zehra Şeker Öğüz, *Sözleşme Öncesi İhbar Görevi* (Filiz Kitabevi 2010) 89; Aydın (n 6) 143; İrem Aral Eldeleklioğlu, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Sözleşme Yapılmasında Beyan Yükümlülüğü' (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 725-732, 728; Belin Köroğlu Ölmez, 'Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü' (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265-291, 272.

3. Usulü

Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü yerine getirmesinde kullanılabilecek üç farklı usul vardır. Bunlar liste usulü, kendiliğinden beyan usulü³⁹ ve karma usuldür.

Kendiliğinden beyan usulünde sigorta ettiren, sigortacının rizikoyu değerlendirebilmesi için gerekli olan bilgilerin yegâne sahibidir. Sigorta ettiren, sigortacının herhangi bir dahli olmaksızın rizikonun değerlendirilmesine etki edebilecek tüm hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür⁴⁰.

Liste usulünde sigortacı mesleki tecrübesi sayesinde elde etmiş olduğu birikim ile her bir sigorta türüne ait rizikoya etki edebilecek önemli hususları sigorta ettirene sormaktadır⁴¹. Her ne kadar soru listesi terimi kullanılsa da listede birden çok soru yer alabileceği gibi tek soruda yer alabilir⁴².

Karma usulde ise kendiliğinden beyan usulü veya liste usulü esas alınmaktadır. Buna göre liste usulü esas alınan karma sistemde sigortacı tarafından verilen soruların cevaplanması yanı sıra önemli hususların sigortacıya beyan edilmesi gerekmektedir. Kendiliğinden beyan usulünün esas alındığı karma usulde ise sigorta ettirenin kendiliğinden beyanda bulunmasına ek olarak sigortacının sorduğu soruların cevaplanması gerekmektedir⁴³.

TTK md. 1435'te sigorta ettirenin beyan usulü kendiliğinden beyan usulünün esas alındığı karma sistemdir. Sigorta ettirenin bildiği ve bilmesi gereken tüm önemli hususları bildirmesi gerektiği ayrıca sigortacı tarafından sorularında önemli husus olduğu anılan hükümde düzenlenmiştir. Sigorta ettirenin bildiği ve bilmesi gereken önemli hususların yanı sıra sigortacı tarafından soru sorulması durumunda bunları da cevaplaması gerekmektedir. Sigortacı tarafından sorulan sorular aksi sigorta ettiren tarafından kanıtlanmadığı sürece önemli sayılır. Sigortacının cevaplarına hiç cevap veya gereği gibi cevap verilmemesi beyan yükümlülüğünün ihlaline sebep olur.

ZDS ise beyan yükümlülüğü liste usulü ile yerine getirilmektedir. Sigorta ettiren sigortacı tarafından hazırlanan soru listesinde yer alan ifadeleri tam ve doğru doldurmalıdır. Uygulamada ise sigorta ettirenin sigortacı tarafından sorulan soruların dışında bilgi verme imkânı bulunmamaktadır⁴⁴.

³⁹ Öztan (n 7) 74; Şeker Ögüz (n 39) 102; Aydın (n 6) 108: Öztan ve Şeker Ögüz “beyan usulü” terimini kullanırken, Aydın “kendiliğinden beyan usulü” terimini kullanmıştır. Aydın’ın bizim de katıldığımız görüşünde belirttiği gibi sigorta ettiren beyan yükümlülüğünü sigortacının dahli olmadan kendiliğinden yerine getirmektedir. Ayrıca beyan usulü terimi diğer iki usulü de kapsayacak şekilde bir üst başlık olarak algılanabilir. Alman hukukunda da kendiliğinden beyan usulü için “spontane Anzeigepflicht” yani kendiliğinden beyan yükümlülüğü terimi kullanılmaktadır.

⁴⁰ Öztan (n 7) 74; Aydın (n 6) 108; Ağsakal (n 7) 39.

⁴¹ Öztan (n 7) 76; Ünan (n 33) 425; Ağsakal (n 7) 41.

⁴² Ünan (n 33) 427; Aydın (n 6) 111.

⁴³ Öztan (n 7) 79; Köroğlu Ölmez (n 39) 275; Ağsakal (n 7) 46.

⁴⁴ Sigorta şirketlerinin online teklif alma formları matbu olarak hazırlanmıştır ve bu formlarda doldurulması istenilen bilgiler şunlardır: konutun brüt yüz ölçümü, hasar durumu, yapının tarzı, adresi, kullanım şekli, kat sayısı, bulunduğu kat ve inşaa yılı.

4. Tarafları

a. Yükümlü

Sigorta sözleşmesinin taraflarından biri sigortacı diğeri ise sigorta ettirendir⁴⁵. Sigorta ettirenin prim ödeme borcundan sonra gelen en önemli yükümlülüğü beyan yükümlülüğüdür. Sigorta ettiren gerçek kişi ise beyan yükümlülüğünü bizzat yerine getirebileceği gibi temsilci aracılığıyla da yerine getirebilir.

Sigorta ettiren küçük ya da kısıtlı ise beyan yükümlülüğü yasal temsilcisi tarafından yerine getirilebileceği gibi küçük veyahut kısıtlı tarafından da yerine getirilebilir. Beyan da bulunmanın tasavvur açıklaması niteliğinde olması sebebiyle küçük ya da kısıtlının; yasal temsilcisinin izni ya da onayı olmaksızın bizzat beyan yükümlülüğünü yerine getirebilir⁴⁶.

Tüzel kişi adına tüzel kişinin yetkili organı beyan yükümlülüğünü yerine getirir. Yetkili organın birden fazla kişiden oluşması halinde herhangi birinin beyan yükümlülüğünü yerine getirmesi yeterlidir. Ancak yetkili organı oluşturan kişilerden birinin beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde bu ihlal tüzel kişiye atfedilir⁴⁷.

TTK md. 1412'ye göre sigorta sözleşmesinden haberi olması şartıyla sigortalı, lehtar ve temsilcinin bilgisi ve davranışı sigorta ettirene atfedilmektedir. Bu sebeple sigorta sözleşmesinden haberi olan sigortalı, lehtar ve temsilcisi içinde beyan yükümlülüğü bulunmaktadır.

Sigortacı müşteri çevresini genişletmek, sigorta ettirene kendisine uygun sigorta sözleşmesi yapmak için sigorta araçlarından yardım alır. Sigorta araçlarında biri de sigorta brokeridir. Sigorta brokeri, sigorta ettiren için ihtiyaçlarına en uygun sigorta sözleşmesini belirler ve sigorta ettirene sunar⁴⁸. SK md. 2'deki ifadeye göre broker, sigorta sözleşmesinin kurulmasına sigorta ettireni temsilen aracılık yapan kişi olarak tanımlanmıştır. SK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte broker tanımında "Sigorta veya reasürans sözleşmesi yaptırmak isteyenleri temsil ederek" ifadesinin yer alması brokerin hukuki niteliğini simsar olmaktan çıkarmış ve *sui generis* bir şekle dönüştürmüştür⁴⁹. Brokerin temsil yetkisi kanundan doğmaktadır. Bu neden-

⁴⁵ ZDSGS Ç.1/3'te malikler veya intifa hakkı sahiplerinin sigorta ettiren sıfatına sahip olabileceği düzenlenmiştir.; Barlas (n 12) 139: 'Malik ve intifa hakkı sahibi haricinde diğer aynı veya şahsi hak sahiplerinin ZDS yaptırma yükümlülüğü bulunmamaktadır.'.

⁴⁶ Theo Langheid and Roland Rixecker, *Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Kommentar* (7th edn, C.H. Beck 2022) § 28 Rn. 33; Langheid/Wandt (n 6) § 28 Rn.98; karşı görüş yasal temsilci tarafından beyan yükümlülüğünün yerine getirilebileceğine ilişkin Rüffer/Halbach/Schimikowski (n 6) § 19 Rn. 42.

⁴⁷ Langheid/Rixecker (n 46) § 28 Rn. 34; Langheid/Wandt (n 6) § 19 Rn. 41; Rüffer/Halbach/Schimikowski (n 6) § 19 Rn. 42; Ernst Bruck and Hans Möller, *Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*, vol II (10th edn, De Gruyter 2024) § 28 Rn. 74.

⁴⁸ Kender (n 8) 152; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 36) 92.

⁴⁹ Mehmet Özdamar, 'Sigorta Brokeri ve Hukuki Niteliği' (2008) 57(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 525-560, 551.



le sigorta sözleşmesinin kurulmasına sigorta ettireni temsil ederek aracılık eden broker beyan yükümlüsüdür⁵⁰.

b. Muhatap

Sigorta sözleşmesinin taraflarından bir diğeri olan sigortacı sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün muhatabıdır. SK md. 3/1'e göre sigortacı sadece kooperatif veya anonim şirket şeklinde örgütlenebilir. Sigortacının tüzel kişiliğe sahip olması sebebiyle sigorta ettiren tarafından beyanın yetkili organ olan yönetim kuruluna karşı yerine getirilmesi gerekir. Ancak uygulamada sigorta şirketlerinin çok sayıda sigorta sözleşmesine taraf olması sebebiyle yönetim kurulu bu görevini farklı birimlere devretmektedir. Beyan yükümlülüğünün yetki devri yapılan sigorta şirketindeki birimlere karşı yerine getirilmesi yeterlidir.

Sigortacının sigorta ettirenlerle doğrudan buluşması, sözleşme yapması her zaman mümkün değildir. Sigortacının nam ve hesabına sigorta sözleşmesine aracılık etmeyi veya sigortacı adına sözleşme yapmayı meslek edinen kişi sigorta acentesidir. (SK md.2/1-m) TTK md. 1416'ya göre sigorta ettiren tarafından yapılacak tebliğ ve bildirimler, aracılık eden veya sigortacı ad ve hesabına sözleşme yapan acenteye yapılabilir. Anılan hüküm çerçevesinde beyan yükümlülüğünün muhataplarından biri de sigorta acentesidir.

ZDS'de sigortacı konumunda DASK yer almaktadır. Ancak DASK doğrudan sigorta ettirenle sözleşme yapmamakta, sigorta şirketleri ve onların acenteleri aracılığıyla sözleşme yapmaktadır⁵¹. ZDS'de muhatap DASK ile sözleşme yapmaya yetkili sigorta şirketi ve onun acentesidir.

5. Kapsamı

TTK md. 1435'e göre sigorta ettirenin sözleşme öncesi bildiği ve bilmesi gereken tüm önemli hususlar sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün kapsamını belirler. Bu kapsamın belirlenmesi yükümlülüğün ihlalinin tespiti bakımından önem arz etmektedir.

Önemli husus kavramı kanunda yer alan düzenlemeye göre sigorta sözleşmesinin yapılmamasına veya değişik şartlarla yapılmasına neden olan hususlardır. Anılan hükümde yer alan "değişik şartlarda" ifadesi öğretilerde eleştirilmektedir. Sigorta sözleşmesinin değişik şartlarla yapılması her zaman sigortacı aleyhine olmaz, aksine değişen şartlar sigortacının lehine de olabilir. Bu nedenle değişik şartlarda ifadesinin yerine ağır şartlarda ifadesinin kullanılması daha isabetlidir⁵². Ayrıca anılan hükme

⁵⁰ Şeker Ögüz (39) 76; Aydın (n 6) 92; Özdamar (n 50) 109.

⁵¹ Doğal Afet Sigortaları Kurumu Çalışma Esasları Yönetmeliği md. 23/1: Kurum tarafından verilen zorunlu deprem sigortası ve diğer sigorta teminatları, Kurum tarafından doğrudan satış uygulamaları yoluyla veya Kurum nam ve hesabına sigorta sözleşmesi yapmaya yetkili sigorta şirketleri ve bu şirketlerin acenteleri tarafından sunulur.?

⁵² Şeker Ögüz (n 39) 96; Kender (n 8) 297, Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 36) 181.

göre sigortacı tarafından sorulan sorular da aksi ispat edilene kadar önemli sayılır.

Sigorta ettiren sözleşme kurulmadan önce bildiği hususları yani vakıf olduğu hususları beyan etmekle yükümlüdür. Sigorta ettiren sözleşme öncesinde sadece sözleşmenin kurulmasına kadar olan süreçte sahip olduğu bilgileri beyan etmelidir⁵³. Beyan edilecek durumlar hakkında bilgi sahibi olmak, sigorta ettirenin sözleşmeye dayalı beyanını sunmadan önce bunlardan haberdar olmasıdır⁵⁴.

Kanun koyucu sigorta ettirenin sadece bildiği değil bilmesi gereken hususları da beyan yükümlülüğüne kapsamına almıştır. Buna göre sigorta ettiren makul bir çaba ile ulaşabileceği bilgilere de sahip olduğu kabul edilir. Aksi halde sigorta ettirenin bazı bilgilere sahip olmaktan kaçınması söz konusu olabilir.

Sigorta ettirenin bilmesi gereken hususlar ifadesinin geniş olarak yorumlanması sigorta ettirenin bilmediği hususları da kapsayacağı için sakıncalıdır. Kanunda geçen bilmesi gereken ifadesi ile kastedilen sigorta ettirenin dürüstlük kuralları çerçevesinde elde edebileceği bilgilerdir⁵⁵. Sigorta ettirenin makul bir araştırma sonucu elde edebileceği bilgiler bilmesi gereken hususlardır⁵⁶.

ZDS açısından sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün kapsamı incelendiğinde ZDSGŞ C.2’de sigorta ettirenin beyan etmesi gereken hususlar konutun brüt yüz ölçümü, hasar durumu, yapının tarzı ve adresi gibi hususlar olarak belirtilmiştir. Anılan hükümde geçen “gibi” ifadesi ile sayılan hususlarla beyan yükümlülüğünün kapsamının sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. ZDS’nin yapılmasına veya daha ağır şartlarda yapılmasına sebep olabilecek hususların da beyan edilmesi gerekir. Ancak uygulamada sigorta şirketleri ZDSGŞ’de beyan edilmesi gereken hususlar olarak belirtilenlerden başka yapının kullanım şeklinin, kat sayısının, bulunduğu katın ve inşaat yılının beyanını talep etmektedir.

6. Amacı

Sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü, sigortacı ve sigorta ettirenin sözleşme özgürlüğü kapsamında sigorta sözleşmesinin tarafını, içeriğini belirleyebilmelerini sağlamaktadır. Sözleşme öncesi sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü hukuka uygun bir şekilde yerine getirmesi sigortacının sözleşmeyi hangi şartlar altında yapacağını belirlemesini sağlamaktadır.

Sigorta sözleşmeleri güven esasına dayalı sözleşmelerdir. Dürüstlük kuralından doğan güven esası, sözleşmelerde borçların ifası ve hakların kullanılmasında özen yükümlülüğünü ortaya çıkarmaktadır. Sigortacı; sigorta ettiren tarafından sağlanan

⁵³ Roland Michael Beckmann and Annemarie Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch* (4th edn, C.H. Beck 2025) § 14 Rn.56; Şeker Öğüz (n 39) 103; Aydın (n 6) 232.

⁵⁴ Langheid and Wandt (n 6) § 19 Rn.57; Kender (n 8) 301; Aydın (n 6) 233; Ünan (n 33) 418.

⁵⁵ Ünan (n 33) 412: ‘... “bilmesi gereken” hususları da kapsayacağı çözümü, kısaca “Nelson körlüğü” (teleskopu görmeyen göze yerleştirme) olarak tanımlanan uygulamalara tepkinin ürünüdür. Bu anlayışa göre, sigorta ettiren bir hususu öğrenmekten kaçınma yoluna gidememelidir.’

⁵⁶ Aydın (n 6) 234; Ünan (n 33) 411.



bilgilere dayanarak, sigortalanacak riski kapsamlı ve doğru bir şekilde değerlendirir, başvuru sahibini belirli bir risk grubuna tahsis eder, primi doğru hesaplar ve muafiyetleri belirler⁵⁷.

B. Beyan yükümlülüğünün İhlali ve Yaptırım

1. Beyan Yükümlülüğünün İhlali

Sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü sigorta ettirenin hiç veya gereği gibi beyanda bulunmaması ile ihlal edilir. Sigorta ettirenin sözleşme öncesinde önemli hususları sigortacıya beyan etmemesi ya da eksik beyan etmesinin beyan yükümlülüğünün ihlali olduğu açıktır.

Kendiliğinden beyan usulünün esas alındığı karma usulde sigorta ettiren önemli hususları kendisi değerlendirerek sözleşme öncesinde bunları sigortacıya beyan etmelidir. Sigorta ettirenin önemli hususları değerlendirmede hatalı davranması beyan yükümlülüğünün ihlaline sebep olabilir. Ayrıca sigortacı tarafından liste verilmişse verilen listede yer alan sorular eksiksiz ve doğru ifadelerle doldurulmalıdır⁵⁸. Sigorta ettirenin sorulardan biri ya da birkaçı cevaplamamasına rağmen sigortacının sigorta sözleşmesi kurması halinde ise sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali oluşmaz. (TTK md. 1442/1-c)

ZDS'de en çok uyuşmazlığa sebep olan sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü ihlallerinden ilki yapının yüz ölçümüne ilişkindir. Çoğu zaman sigorta ettiren tarafından daha az prim ödemek amacıyla yapının yüz ölçümü olduğundan daha az gösterilmektedir⁵⁹. Sigortacı tarafından yapının brüt yüz ölçümü sigorta tazminatının hesaplanmasında esas alınmaktadır. Bu yüz ölçümünün hesaplanmasında yapının ortak alanları dahil edilmemektedir. Oysa ZDS kapsamına ortak alanlardan sigortalının payına düşen kısmı da girmektedir. ZDS'ye konu olan yapının yüz ölçümü hesaplanırken sadece bağımsız bölüm değil, ortak alanlardan sigorta ettirenin payına düşen kısmın da yüz ölçümüne eklenerek beyan edilmesi gerekir. Ancak uygulamada sadece bağımsız bölümün yüz ölçümünün ZDS kurulmadan önce beyan edilmesi eksik sigortanın ortaya çıkmasına sebep olmaktadır⁶⁰.

Bir diğer ihlal örneği ise yapının hasar durumuna ilişkindir. Özellikle daha önceden yaşanan deprem ya da yapının mimari projesinden kaynaklanan hasar duru-

⁵⁷ Aral Eldeleklioğlu (n 39) 726; Köroğlu Ölmez (n 39) 281; Ağsakal (n 7) 8; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 36) 180; Aydın (n 6) 18.

⁵⁸ Aral Eldeleklioğlu (n 39) 727; Köroğlu Ölmez (n 39) 272; Aydın (n 6) 243; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 36) 181; Ünan (n 33) 411;

⁵⁹ <https://sigortagazetesi.com/dask-bile-sasirdi-meger-konutlar-39-metrekare-gosterilmis/> (Erişim:10/10/2024) 'En düşük prim olan 90 lirayı ödemek amacıyla, konutların üçte birinin 39 metrekare olarak gösterildiği tespit edilmiştir.' (Erişim:10/10/2024); <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/dask-baskanindan-ucuz-police-alacagim-diye-yanlis-metrekare-beyan-etmeyin-uyarisi>: '150 metrekarelik ev olanlar 10 metrekarelik poliçe yaptırmışlar.'

⁶⁰ Sarıaslan (n 10) 457.

munun sözleşme yapılmadan önce hiç beyan edilmemesi veya hasar durumunun olduğundan farklı beyan edilmesi sebebiyle uyumsuzluklar ortaya çıkmaktadır. Ancak yapının sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü ihlal edilerek olduğundan farklı beyan edilmesinin tespiti her zaman mümkün değildir. Özellikle ispat yükünün TTK md. 1409/2'ye göre sigortacı da olduğu göz önüne alınırsa sigorta ettirenin hasar durumuna ilişkin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal ettiğinin ispatı oldukça zordur. Ayrıca Yargıtay tarafından hasar durumu ile ilgili sözleşme yapılmadan önce DASK'ın tespit yapması gerektiği, eğer bu tespit yapılmamışsa sigorta ettirenin hasar durumuna ilişkin yanlış beyanda bulunmasının sigortacının sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kararı verilmiştir⁶¹. Ancak Yargıtay'ın Kararı'na katılmak mümkün değildir. Sigortacının sorumluluğunun kanunda öngörülen sınırlarını aşarak basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğüne dayandırılması, TTK md. 1435 vd. öngörülen sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü hükümlerini de işlevsiz hale getirmektedir.

Yargı kararlarına yansıyan ZDS'de beyan yükümlülüğü ihlal hallerinden biri de yapı tarzıdır. Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği'ne göre çelik, betonarme, karkas yapılar; yağma kâgir yapılar ve diğer yapılar olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Sigorta ettiren ZDS'ye konu olan yapının tarzını gerçeğe uygun bir şekilde beyan etmekle yükümlüdür⁶³.

Tamamı sinai ve ticari olarak kullanılan yapılar ZDS'de teminatın kapsamı dışındadır. Ancak mesken olarak inşa edilmiş; bir kısmı ticarethane, büro gibi amaçlarla kullanılan yapılar ise ZDS teminatı kapsamındadır. Büro, ticarethane gibi amaçlarla kullanılan bağımsız bölümün konut olarak beyan edilmesi sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir.

2. Yaptırım

Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde sigortacı tarafından uygulanacak yaptırımlar ihlalin riziko gerçekleşmesinden önce

⁶¹ Yetiş Şamlı (n 23) 125; Yılmaz (n 25) 223: 'Yargıtay, DASK'ın sözleşme öncesi hasar tespiti yapma zorunluluğu olmadığı halde, bu yükümlülüğü getirip taraflar arasında denge kurmaya çalışmaktadır. Ancak, bu yaklaşımın yasal dayanağı bulunmamaktadır. Yargıtay'ın bu zorunluluğu «basiretli tacir» ilkesine dayandırması da tartışmalıdır. Basiretli tacir ilkesi, ticari faaliyetlerde öngörü ve dikkatle hareket etmeyi gerektirir, ancak sigorta sözleşmelerinde hasar tespiti gibi teknik bir yükümlülük için doğrudan bir dayanak teşkil etmez. Bu durum, sigorta edenin sorumluluğunu genişletmekte ve yasal çerçeve dışında bir yükümlülük yaratmaktadır.'

⁶² Yargıtay 17. HD, E. 2015/15888, K. 2016/9527, T. 31.10.2016: 'Binaların sigortalanmadan önce hasar durumunun belirlenmesi ve sigorta işlemlerinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği konusunda sorumluluğun, basiretli bir tacir gibi davranması gereken davalı kuruma ait olduğu anlaşılmaktadır.'; Yargıtay, 17. HD, E. 2016/19249, K. 2019/9233, T. 10.10.2019: '... Dava konusu yapının orta veya ağır hasarlı olduğu kabul edilse bile, poliçeyi düzenleyip sigorta primini tahsil eden davalı kurum, hasarlı binayı sigorta eksperine inceletip DASK poliçesi düzenlememe yükümlülüğüne aykırı davrandığı için bu davranışının sonuçlarından hukuken sorumlu olmalıdır.'

⁶³ 17. HD, E. 2015/1188, K. 2017/11485, K.11.12.2017: '...bina taş duvarlı bina olduğu halde yağma kargir bina olarak beyan edilmesi, davacının poliçe tanzimi sırasındaki beyan yükümlülüğüne aykırılığı oluşturur.'



veya sonra tespit edilmesine göre farklılık arz etmektedir. TTK ve ZDSGS’de sigortacının sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali halinde sahip olduğu haklar benzer olmakla birlikte kusur ve bağlantı yönü ile birbirinden ayrılmaktadır⁶⁴.

a. Riziko Gerçekleşmeden Önce

Sigortacı riziko gerçekleşmeden önce ihlali tespit ederse sigorta sözleşmesinden cayabileceği gibi prim farkını da isteyebilir. Sigortacı cayma hakkını, ihlali öğrendiği tarihten itibaren on beş gün içerisinde kullanmalıdır. Sigortacı on beş gün içinde cayma hakkını kullanamaması cayma hakkından vazgeçtiği anlamına gelir. Sigortacı cayma hakkını kullanmak yerine on beş gün içerisinde prim farkını da talep edebilir. Sigortacı tarafından talep edilen prim on gün içinde kabul edilmezse sözleşmeden cayıldığı kabul edilir. (TTK md. 1439/1, 1440) Sigortacının sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlalini tespit etmesi halinde sigorta ettirenin kusuru şart değildir. Sigortacı, sigorta ettiren ihlali gerçekleştirirken kusursuz olsa dahi yaptırım uygulayabilir⁶⁵.

ZDSGS C-2/2’de sigorta ettirenin riziko gerçekleşmeden önce beyan yükümlülüğünün ihlalinin tespiti halinde (orta ve ağır hasarlı yapının kasten beyan edilmemesi hali hariç) sigortacının on beş gün içerisinde prim farkının ödenmesini talep edebilir. Ancak anılan hükümde sigorta ettirenin kaç gün içerisinde prim farkını ödemesi gerektiğine ve prim farkını ödememesi halinde ne olacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Açıkça sigortacıya TTK’de olduğu gibi cayma hakkı tanınmadığı için prim farkı ödenmediğinde sigortacının cayma hakkını kullanması mümkün değildir. Bu durumda sigorta sözleşmesi eksik sigorta hükümlerine göre devam etmeli ve riziko gerçekleştiğinde ödenen prim ile ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre sigorta tazminatı ödenmelidir.

Riziko gerçekleşmeden önce ZDS’de sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde sigortacının sahip olduğu haklar bakımından ZDSGS ve TTK hükümleri karşılaştırıldığında ZDSGS hükümlerinin sigorta ettiren lehine olduğu görülmektedir. Bu sebeple ZDS’de sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal ettiği riziko gerçekleşmeden önce tespit edilmesi halinde sigortacı prim farkının on beş gün içerisinde ödenmesini talep edebilir. Bu süre içerisinde sigorta ettirenin prim farkını ödememesi halinde sigorta sözleşmesi eksik sigorta hükümlerine göre devam eder.

ZDSGS C-2/4’e göre yapının orta hasarlı veya ağır hasarlı olması sözleşme öncesi sigorta ettiren tarafından kasten bildirilmemesi halinde sigortacı sigorta sözleşmesinden cayabilir. Caymanın hükümlerinin düzenlendiği TTK md 1441’in gerekçesinde caymanın hukuki niteliğine ilişkin ortaya çıkan görüş ayrılıklarına

⁶⁴ Yetiş Şamlı (n 23) 122.

⁶⁵ Aydın (n 6) 309; Ünan (n 33) 419; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 36) 182; Köroğlu Ölmez (n 39) 281; Ağsakal (n 7) 145.

son verilmek istendiği ve caymanın geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağı belirtilmiştir. Caymanın hukuki niteliği, olan hukuk açısından dönmedir. Ancak her ne kadar sigorta sözleşmesi geçmişe etkili olarak sona erse de sigorta ettirenin kasıtlı ihlali durumunda sigortacı rizikoyu taşıdığı süreye ait prime hak kazanır. Orta veya ağır hasarlı yapıya ilişkin kasıtlı ihlal halinde uygulanacak yaptırımlar bakımından ZDSGŞ ve TTK'de yer alan hükümler paralellik arz etmektedir. Sigortacının prim farkını talep edebileceği gibi sözleşmeden cayabilmesi de mümkündür. Seçim hakkı sigortacıya aittir.

b. Riziko gerçekleşikten sonra

Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal ettiği uygulamada çoğunlukla riziko gerçekleşikten sonra tespit edilmektedir. İhlalin riziko gerçekleşikten sonra tespiti halinde sigortacıya tanınan haklar sigorta ettirenin kusuru ve bağlantıya göre farklılık arz etmektedir.

Riziko gerçekleşikten sonra ihlalin öğrenilmesi halinde en azından sigorta ettirenin bu ihlalde ihmali aranmaktadır. Sigorta ettirenin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sebebiyle ihlal gerçekleşmişse sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihmal sonucu ihlali durumu ortaya çıkmış olacaktır. Sigorta ettirenin ihmal sonucu ihlali rizikonun gerçekleşmesine veya sigorta tazminatı ya da bedeline etki etmişse sigorta ettirenin kusuru oranında sigorta tazminatı ya da bedelinden indirim yapılır. (TTK md. 1439/2) Ancak sigorta ettirenin ihmalen ihlali ile gerçekleşen riziko veya sigorta tazminatı ya da bedeli arasında bağlantı yoksa sigortacı herhangi bir yaptırım da uygulayamayacaktır⁶⁶.

Sigorta ettiren bilerek ve isteyerek beyan yükümlülüğüne aykırı davranmışsa kasten ihlal hali vardır. Sigorta ettirenin kasten ihlali durumunda sigortacının uygulayacağı yaptırım bağlantının varlığı durumunda sigorta bedelinin veya tazminatının ödenmemesi, bağlantının bulunmaması halinde ise ödenen ile ödenmesi gereken prim oranında sigorta tazminatından veya bedelinde indirimdir. (TTK md. 1439/2)

ZDSGŞ'de ise sigorta ettirenin beyan ile yükümlü olduğu yapıya ilişkin olarak örnekleme yoluyla sayılan hususlar riziko ile bağlantılıdır. Bu hususların rizikonun gerçekleşmesine etkisi olmasa da sigorta tazminatına etki ettiği açıktır. Bu sebeple ZDSGŞ'de sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda TTK'da olduğu gibi yaptırım uygulanması veya yaptırımın farklılık arz etmesi bakımından bağlantı aranmamıştır.

ZDSGŞ'de sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü kapsamında bildirilmesi gereken hususlar uygulanacak yaptırımlar bakımından orta veya ağır hasar durumu ile yapının yüzölçümü, yapım yılı, yapı tarzı ve adresi gibi hususlar olarak ikiye ayrılmıştır.

⁶⁶ Ünan (n 33) 442; Köroğlu Ölmez (n 39) 286; Ağsakal (n 7) 169.



ZDSGS C-2/4 yapının orta veya ağır hasarlı olduğunun kasten sigorta ettiren tarafından beyan edilmemesi durumunda sigortacının sigorta sözleşmesinden caya-bileceği ve prime hak kazanacağı düzenlenmiştir. Sigorta sözleşmesini sona erdiren sebeplerden biri rizikonun gerçekleşmesi ve tam ziyanın ortaya çıkmasıdır⁶⁷. Bu sebeple riziko gerçekleştikten sonra tam ziya ortaya çıkmışsa sigorta sözleşmesi sona ereceği için cayma hakkının sigortacı tarafından kullanılması mümkün değildir. ZDSGS’de yer alan sigortacının riziko gerçekleştikten sonra kullanabileceği cayma hakkının TTK’de olduğu gibi sigorta ödemesini yerine getirmekten kurtulması şeklinde düzenlenmesi gerekir⁶⁸. Ancak riziko kısmi zarara sebep olmuşsa sigorta sözleşmesi sona ermediği için sigortacı cayma hakkını kullanabilir. Sigorta ettiren ZDS’de yapının orta veya ağır hasarlı olduğuna ilişkin beyan yükümlülüğünü kasten yerine getirmediği riziko gerçekleştikten sonra tespit edilmişse TTK md. 1439/2’ye göre sigortacı sigorta tazminatı ödemez.

ZDSGS C-2/3’te sigorta ettirenin yapının orta veya ağır hasarlı olması hali hariç, yapının yüz ölçümü, yapım yılı, yapı tarzı ve adresi gibi hususları sözleşme öncesi beyan etmeyi kasten ihlal etmesi durumunda ödenen prim ile gerçek durum bilseydi ödenecek primin oranına göre sigorta tazminatında indirim yapılır. Sigorta ettirenin anılan hususları kasten beyan etmemesi durumunda sigortacının TTK md. 1439/2’ye göre sigorta tazminatını ödemekten kurtulması mümkün değildir. Zira ZDSGS’de yer alan eksik sigorta hükümlerine göre sigorta tazminatında indirim yapılması sigorta ettirenin lehinedir.

Yargıtay tarafından verilen bir Karar’da⁶⁹ yapının az hasarlı olmasının beyan edilmesi gereken hususlardan olmadığı, ZDSGS’de yapının orta veya ağır hasarlı olması durumunda sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir. Ancak Yargıtay tarafından verilen bu Karar’a katılmak mümkün değildir. Zira yapının az hasarlı olması hususu ZDSGS’de beyan edilmesi gereken hususlar arasında açıkça yer almasa da C-2/1’de beyan edilmesi gereken hususlar sayıldıktan sonra “gibi” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade ile beyan edilmesi gereken hususlara benzer nitelikte olan hususların da beyan edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Az hasarlı yapının hasarsız yapıya göre deprem rizikosu sonucunda daha fazla zarar uğrayacağı açıktır⁷⁰. Bu sebeple sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlü-

⁶⁷ Kender (n 8) 402; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 36) 220; Bozer (n 25) 38.

⁶⁸ Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku – Cilt V, Yargı Kararları* (1st edn, Kasım 2019)

³⁸⁰.

⁶⁹ Yargıtay 17. HD, E. 2016 / 1556, K. 2019 / 2251, K.T. 28.02.2019: ‘... Dosya içeriğindeki İl Afad Müdürlüğü yazısına göre, davacının konutlarının zemin katında az hasar olduğu belirlenmiştir. Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları’nın C.2. maddesi, yalnızca geçmiş depremlerde oluşan orta veya daha ağır hasarların bildirilmesi gerektiğini öngördüğünden, davacının poliçe düzenlenirken konutlardaki az hasarı bildirmemesi, beyan yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilemez.’.

⁷⁰ Marco Di Ludovico and others, ‘Relationships Between Empirical Damage and Direct/Indirect Costs for the Assessment of Seismic Loss Scenarios’ (2022) Bulletin of Earthquake Engineering

lüğünü yerine getirirken yapı az hasarlı ise bu durumu da beyan etmelidir. Sigorta ettirenin yapının az hasarlı olduğunu kasten beyan etmemesi durumunda ödenen prim ile ödenmesi gereken primin oranına göre sigorta tazminatında indirim yapılır.

ZDS'de sigorta ettirenin ihmalen sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda ise TTK md.1439/2'de yer alan kusur oranına göre sigorta tazminatında indirim ve ZDSGS'de yer alan eksik sigorta hükümlerine göre sigorta tazminatında indirim somut olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçtan sigorta ettiren lehine olanı sigortacı tarafından uygulanmalıdır⁷¹.

3. Cayma Hakkının Düşmesi

Sigorta ettiren sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmesine rağmen sigortacı tarafından cayma hakkının kullanılması her zaman mümkün değildir. TTK md. 1442'de cayma hakkının düşmesi kenar başlığı ile sigortacının cayma hakkını kullanamayacağı durumlar cayma hakkından vazgeçilmesi, cayma hakkının kullanılmasına sebep olan ihlalin sigortacıdan kaynaklanması ve cevapsız bırakılan bir veya birden çok soruya rağmen sigorta sözleşmesinin kurulması olarak düzenlenmiştir.

TTK md 1442'de yer alan cayma hakkının düşmesinin sebepleri tahdidi olarak sayılmamıştır. Anılan hükümde yer alan durumlarda yanında genel hükümlerde veya can sigortasına ilişkin hükümlerde yer alan sebeplerde cayma hakkının düşmesine neden olabilir⁷².

Cayma hakkının düşmesi durumunda sigortacı sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlaline dayanan diğer yaptırımları da uygulayamayacaktır. Sigortacı tarafından sigorta ettirene sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali durumunda uygulanabilecek en ağır yaptırım cayma hakkıdır. Sigortacının cayma hakkının düşmesine sebep olan durumların varlığı prim farkı isteme, sigorta ödemesinden muafiyet ve sigorta ödemesinden indirim gibi yaptırımların da uygulanmasına engeldir⁷³.

Sigorta ettiren tarafından gereği gibi yerine getirilmeyen sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne rağmen sigortacı tarafından gerçek durumun bilinmesi halinde sigortacı cayma hakkını kullanamaz. (TTK md. 1438) Anılan hükmü kanun koyucu tarafından sigortacının cayma hakkının düştüğü hallerin yer aldığı TTK md. 1442'de değil, md. 1438'de sigortacı tarafından gerçek durumun bilinmesi kenar başlığında düzenlenmiştir. Kanun koyucunun düzenlemeyi bu şekilde yapmasının amacı sigortacının gerçek durumu bilmesinin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün

1-26, 'Az hasarlı yapının, yeni bir depremde daha fazla hasar alma ihtimali hasarsız bir yapıya göre daha yüksektir. Bunun sebebi ise yapıyı oluşturan birleşenlerde zayıflama, depreme karşı direncin zayıflaması ve fark edilemeyen yapısal hasarlar olabilir. Deprem sonrası yapılan araştırmalarda az hasarlı yapıların hasarsız yapılara göre daha fazla zarar gördüğünü açığa çıkarmıştır.'

⁷¹ Ünan (n 66) 381.

⁷² Aydın (n 6) 334; Kender (n 8) 303.

⁷³ Ünan (n 33) 361; Aral Eldeleklioğlu (n 39) 732; Aydın (n 6) 334.



ihlalini ortadan kaldırması olarak anlaşılmaktadır⁷⁴. Sigorta ettiren tarafından yanlış ya da hiç beyanda bulunulmamasına rağmen sigortacının beyanı gereken hususta bilgisi varsa artık sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlalden bahsedilemez⁷⁵. Sigortacı sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlali gerçekleşmediği için cayma hakkını kullanamaz.

TTK md. 1440/2'ye göre sigortacı cayma hakkını on beş günlük süre içerisinde kullanmalıdır. Sigortacının ihlali öğrenmesi ile bu süre başlar. Sigortacının on beş günlük süre içerisinde cayma beyanını sigorta ettirene göndermiş olması yeterlidir⁷⁶. Cayma hakkının kullanılması için kanunda öngörülen süre hak düşürücü süredir. Sigortacının süresi içerisinde cayma hakkını kullanmaması zımni olarak cayma hakkından vazgeçtiğini gösterir⁷⁷.

ZDSGŞ'de sigortacının cayma hakkına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. TTK'nin cayma hakkının düşmesine ilişkin hükümleri ZDS'de de uygulanacaktır.

III. ZORUNLU DEPREM SİGORTASINDA BİNA KİMLİK SERTİFİKASI

Bina Kimlik Sertifikası (BKS) 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'da yapılan değişiklikle zorunlu hale getirilmiştir. BKS yapıya ilişkin teknik ve gerekli bilgilerin yer aldığı; bu bilgilere yapı sahibinin, ilgililerin ve kamu görevlilerinin kolay bir şekilde ulaşabilmesini sağlayan her bina için oluşturulmuş eşsiz (unique) kimlik numarasıdır⁷⁸. Binalar için kullanılan apartman adları yerine artık BKS kullanılması öngörülmektedir⁷⁹. Daha önce uygulanmaya başlanan Ulusal Adres Veri Tabanı Kodu ile yapıya ilişkin yalnızca adres bilgilerine ulaşılmaktadır. BKS ise yapıya ilişkin tüm teknik ve genel bilgileri içermektedir. BKS sayesinde binanın adresi, yapı tarzı, yapı malzemesi, bina kat sayısı, yapım yılı, brüt yüz ölçümü, daha

⁷⁴ Ağsakal (n 7) 182; Ünan (n 33) 534; Aydın (n 6) 354.

⁷⁵ Yargıtay 17. HD E.2019/6044, K.2020/3736: 'DASK adına poliçe düzenlemeye yetkili bankada tapu bilgilerinin mevcut olduğu ve DASK poliçesi düzenlenirken davacıya ait konut bilgileri yerine büro bilgilerinin yazılmasında davacıya atfedilecek bir kusur olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, davalı banka şubesinin 07.11.2019 tarihli yazısına göre, poliçelerin düzenlenmesinde davacıdan müşteri talimatı alınmadığı dikkate alındığında, riziko adresine ilişkin bilgilerin doğru beyan edilmesi yükümlülüğünün ihlal edildiğinden söz edilemez.'

⁷⁶ Ünan (n 33) 357; Aydın (n 6) 325-326: 'Önemli olan husus belirtilen süre içinde sigortacının bu hakkını kullanması olup; bu süre içerisinde sigorta ettirene ulaşması şart değildir. Sigorta ettirene ulaşmış olması cayma beyanının sonuç doğurması açısından önem arz etmektedir. Kanun'da geçen 'bildirilir' ifadesi ile cayma beyanının sigortacıya ulaşması gerektiği anlamı çıksa da kanun yer alan bu ifade hatalıdır. Bu ifade tarzından sanki on beş gün içinde cayma beyanının sigorta ettirene ulaşmış olması gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysaki böyle bir yorum tarzı Kanun'daki sürenin düzenleniş amacına hizmet etmez.'

⁷⁷ Ağsakal (n 7) 182; Aydın (n 6) 313; Ünan (n 33) 357.

⁷⁸ Sibel Süer Toybıyık, *Coğrafi Tabanlı Türkiye Bina Envanterinin Oluşturulması* (Uzmanlık Tezi, 2017) 2.

⁷⁹ Merşaa Aral and Gökhan Tunç, 'Türkiye'e Deprem Performansına Dayalı Bina Kimlik Bilgilerinin Oluşturulmasına Yönelik Çalışma ve Öneriler' (2021) 4(1) Afet ve Risk Dergisi 20-41, 33.

önceden geçirdiği tadilatlar, hasar durumu, yapı ruhsatı, kullanma izni, deprem testine karşı dayanıklılık sonuçları gibi bilgilere ulaşılabilir. Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) tarafından düzenlenen Ulusal Deprem Stratejisi ve Eylem Planında (USDEP) (2012-2023) bina envanterinin çıkarılarak risk ve hasar görülebilirliklerine göre yapıların gruplandırılabilmesi için BKS'ye geçilmesi gerektiği vurgulanmıştır. BKS'nin sigorta uygulamalarını da kolaylaştıracağı bu planda ifade edilmiştir⁸⁰.

BKS yapımı tamamlanan binalara uygulanmaya başlanmıştır. Binaların yaşına göre diğer binalara da kademeleri olarak BKS'nin uygulanması planlanmaktadır. BKS sayesinde bina ile ilgili teknik ve genel bilgilere ulaşılmasının yanı sıra beş yılda bir yıl yapılacak denetimlerle yapıya ilişkin değişiklik olup olmadığına erişim sağlanabilecektir⁸¹.

BKS motorlu taşıtlardaki plaka uygulamasına benzemektedir. Ayrıca nasıl motorlu taşıtlar düzenli aralıklarla muayene ediliyorsa benzer bir uygulama binalar için de getirilmiştir. Motorlu taşıtlarda plaka bilgisi ve TRAMER sorgusu ile araca ilişkin hasar bilgisine ulaşılabilmesi gibi BKS ile binaya ilişkin geçmiş hasar ya da tadilat bilgilerine ulaşmak mümkün olacaktır.

ZDS'de sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü kapsamında yer alan tüm hususların BKS ile tespit edilebilmesi, bu yükümlülüğün ihlal edilmesini ortadan kaldıracaktır. Sigorta ettirenin sözleşme öncesi sigortacıya BKS'yi bildirmesi bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterli olacaktır. Bu sayede sigortacı binaya ilişkin tüm bilgilere vâkıf olacaktır.

ZDS'de sigorta ettiren sözleşmeye konu yapıya ilişkin bilgilerin tamamını bilemeyebilir. Örneğin sigorta ettirenin malik olmadan önce yapıda meydana gelen hasarları veya tadilatları bilmesi mümkün değildir. Ancak BKS'de önemli hasarların ve tadilatların kaydedilecek olması sigorta ettirenin ve sigortacının bu bilgilere kolayca ulaşabilmesini sağlar. Ayrıca yapı yüz ölçümünün hesaplanmasında sadece bağımsız bölüm değil; ortak alanlardan sigorta ettirenin payının da dahil edilmesi gerekir. Ancak uygulamada sadece bağımsız bölümün yüz ölçümü beyan edilmekte ve eksik sigorta ortaya çıkmaktadır. BKS'nin uygulanması ile ortaya çıkan bu sorun da yapının yüz ölçümüne ilişkin bilgilerin yer alması sayesinde ortadan kalkacaktır.

Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlali sigortacının sigorta primini eksik hesaplamasına neden olmakta bu durum ise taşıdığı riziko ile prim dengesini bozmaktadır. BKS, sigortacının eksik prim hesaplanması sebebiyle zararının oluşmasını engelleyecektir. Sigorta ettiren açısından ise BKS'nin sözleşme öncesi beyan edilmesi ile bu yükümlülüğünün ihlali sonucunda sigorta

⁸⁰ AFAD, *Ulusal Deprem Stratejisi ve Eylem Planı 2012-2023* (Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Şubat 2013) 35.

⁸¹ <https://www.indyturk.com/node/350471/haber/art%C4%B1k-her-binan%C4%B1n-%C3%A7ip-li-kimlik-levhas%C4%B1-olacak> (Erişim: 17/10/2024).



güvencesinden mahrum kalma ihtimali ortadan kalkacaktır. Sonuç olarak BKS'nin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesinde kullanılması hem sigorta ettiren hem de sigortacı açısından bu yükümlülüğün ihlalinin yol açtığı sorunları ortadan kaldıracaktır.

SONUÇ

Deprem sigortasının zorunlu olması deprem kuşağında yer alan ülkemiz açısından hem bireysel hem de kamusal fayda sebebiyle yerinde bir uygulamadır. Ancak bu zorunluluğun daha sıkı bir şekilde uygulanabilmesi açısından sadece su ve elektrik aboneliklerinde değil, özellikle en sık değiştirilen abonelik olan internet aboneliklerinde de ZDS aranması gerekmektedir.

ZDSGŞ'nin hem TTK'den hem de ASK'den önce hazırlanmış ve yürürlüğe girmiş olması sebebiyle anılan kanunlarda yer alan hükümlerle çelişen ifadeler ZDSGŞ'de yer almaktadır. Bu sebeple ZDSGŞ'nin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

ZDS'de sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan etmesi gereken hususlar ZDSGŞ C.1/3'te sayılmıştır. Ancak beyan edilmesi gereken hususların anılan hükümde yer alan ifadelerle sınırlı olmadığı benzer durumlarda beyan edilmesi gerektiği mevcut düzenlemede yer alan "gibi" ifadesinden anlaşılmaktadır.

Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda sigortacı tarafından uygulanabilecek yaptırımlar ve bu yükümlülüğün kapsamı TTK ve ZDSGŞ farklılık arz etmektedir. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne ilişkin TTK md. 1435 vd. hükümlerinin md. 1452/3'e göre nispi emredici nitelikte olduğu ve sigorta ettiren, lehtar veya sigortalı aleyhine değiştirilemeyeceği düzenlenmiştir. TTK'de sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü bildiği ve bilmesi gereken tüm önemli hususları kapsamaktadır. Ancak ZDSGŞ'de beyan edilmesi gereken hususlar örnekleme yoluyla sayılmıştır. ZDSGŞ sigorta ettiren lehine olduğu için ZDS sigorta ettirenin sadece ZDSGŞ'de yer alan ve benzer olan hususları beyan etmesi yeterlidir.

ZDSGŞ C-2/2'de sigorta ettirenin riziko gerçekleşmeden önce beyan yükümlülüğünün ihlalinin tespiti halinde (orta ve ağır hasarlı yapının kasten beyan edilmemesi hali hariç) sigortacının on beş gün içerisinde prim farkının ödenmesini talep edebilir. Ancak anılan hükümde sigorta ettirenin kaç gün içerisinde prim farkını ödemesi gerektiğine ve prim farkını ödememesi halinde ne olacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Açıkça sigortacıya TTK'de olduğu gibi cayma hakkı tanınmadığı için prim farkı ödenmediğinde sigortacının cayma hakkını kullanması mümkün değildir. Bu durumda sigorta sözleşmesi eksik sigorta hükümlerine göre devam etmeli ve riziko gerçekleştiğinde ödenen prim ile ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre sigorta tazminatı ödenmelidir. Eğer sigorta ettirenin yapının orta veya ağır hasarlı olduğunu kasten beyan etmediği riziko gerçekleşmeden önce tespit edilirse sigortacı cayma hakkını kullanabilir. Ancak sigortacı prim farkını talep ederek sözleşmeye devam da edebilir.

ZDS riziko gerçekleştikten sonra beyan yükümlülüğünün tespiti durumunda sigorta ettirene uygulanacak yaptırımlar TTK ve ZDSGŞ farklı düzenlenmiştir. ZDSGŞ’de sigorta ettirenin yapının ağır veya orta hasarlı olmasına ilişkin beyan yükümlülüğünün kasten ihlal edilmesi durumunda cayma hakkı tanınmıştır. Ancak cayma hakkının kullanılması tam ziyaya sebep olan rizikodan sonra mümkün değildir. Bu sebeple sigortacının ZDSGŞ’de yer alan cayma hakkının TTK md. 1439/2’de olduğu gibi sigorta tazminatı veya bedeli ödemedi kurtulması şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir.

BKS ülkemizde yeni uygulanmaya başlanmış bir sistemdir. USDEP kapsamında hedeflenen sigorta uygulamasında BKS’nin kullanılmasıyla özellikle sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünden kaynaklanan uyuşmazlıkların ortaya çıkması engellenecektir. BKS’nin tüm yapılara uygulanması zaman ve ekonomik bakımdan güç olsa da özellikle sigorta hukuku bakımın sağlayacağı fayda göz önüne alındığında, bu uygulamanın kullanılmasıyla uzun vadede sigorta primlerinin düşmesi ve sigortacının eksik prim hesaplaması sebebiyle uğradığı zararın ortadan kalması gibi önemli katkılar sağlayacaktır. Ayrıca BKS, ZDS’de sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlal etmesinin önüne geçerek özellikle riziko gerçekleştikten sonraki süreçte sigorta tazminatına kavuşmasını da sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

AFAD, *Ulusal Deprem Stratejisi ve Eylem Planı 2012-2023* (Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Şubat 2013).

Ağsakal İ, *Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları* (Adalet Yayınevi 2015).

Aral Eldeleklioğlu İ, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Sözleşme Yapılmasında Beyan Yükümlülüğü’ (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 725-732.

Aral M and Tunç G, ‘Türkiye’de Deprem Performansına Dayalı Bina Kimlik Bilgilerinin Oluşturulmasına Yönelik Çalışma ve Öneriler’ (2021) 4(1) Afet ve Risk Dergisi 20-41.

Aydın S, *Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları: Özellikle Oranlama Sistemine Göre Tazminattan İndirim Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2018).

Ayhan R, Çağlar H and Özdamar M, *Sigorta Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınları 2023).

Barlas N, ‘Afet Sigortaları Kanunu’na Göre Zorunlu Deprem Sigortası Sözleşmesinin Tarafları’ (2011) 15(3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-156.



Beckmann R M and Matusche-Beckmann A (eds), *Versicherungsrechts-Handbuch* (4th edn, C.H. Beck 2025).

Bozer A, *Sigorta Hukuku: Genel Hükümler, Bazı Sigorta Türleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2004).

-----, ‘Zorunlu Deprem Sigortası’ (2001) 21(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 243-254.

Bruck E and Möller H, *Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, vol II* (10th edn, De Gruyter 2024).

Demirci S, ‘Deprem Riskine İlişkin Sigorta ve Tazmin Sürecine Dair Güncel Sorunlar’ (2023) 81(6) Ankara Barosu Dergisi 23-64.

Di Ludovico M and others, ‘Relationships Between Empirical Damage and Direct/ Indirect Costs for the Assessment of Seismic Loss Scenarios’ (2022) Bulletin of Earthquake Engineering 1-26.

Eren A, ‘Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı Dergisi 1-72.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25th edn, Yetkin Yayınları 2020).

Kayıhan Ş, ‘Zorunlu Deprem Sigortası’ (2004) 8(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 497-516.

Kender R, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku* (17th edn, Oniki Levha Yayınları 2021).

Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20th edn, Turhan Kitabevi 2016).

Köroğlu Ölmez B, ‘Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü’ (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265-291.

Langheid T and Rixecker R, *Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Kommentar* (7th edn, C.H. Beck 2022).

Langheid T and Wandt M (eds), *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band 1: §§ 1-99, VVG-InfoV* (3rd edn, C.H. Beck 2022).

Özbasan K, ‘Zorunlu Deprem Sigortasına Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Uygulanması’ (2023) 36(168) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 401-409.

Özdamar M, ‘Sigorta Brokeri ve Hukuki Niteliği’ (2008) 57(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 525-560.

Öztan F, *Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1966).

Rüffer W, Halbach D and Schimikowski P (eds), *Versicherungsvertragsgesetz* (5th edn, Nomos 2024).

Şahin Y and Pehlivan A, ‘Doğal Afet Risklerini Paylaşma Aracı Olarak “Deprem Sigortası”’ (2007) Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) Afet Sempozyumu 5.7.

Sarıaslan M, 'Zorunlu Deprem Sigortası ve Kahramanmaraş Merkezli Depremlerde Doğabilecek Hukuki İhtilaflar' (2023) 36(169) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 407-470.

Şeker Öğüz Z, *Sözleşme Öncesi İhbar Görevi* (Filiz Kitabevi 2010).

Seven V, 'Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun (DASK) Hukuki Durumu ve Kahramanmaraş Depremi Sonucunda Ortaya Çıkan Güncel Gelişmeler' (2024) 36(171) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 255-288.

Toybıyık Süer S, *Coğrafi Tabanlı Türkiye Bina Envanterinin Oluşturulması* (Uzmanlık Tezi, 2017).

Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku – Cilt I* (Oniki Levha Yayınları 2016).

-----, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku – Cilt V, Yargı Kararları* (Kasım 2019)

-----, 'Zorunlu Deprem Sigortası, Zorunlu Deprem Sigortası Paneli' (2011) 1 Sigorta Hukuku Dergisi 87-97.

Yetiş Şamlı K, 'Yargıtay Kararları ışığında Zorunlu Deprem Sigortasına İlişkin Bazı Sorunlar' (2023) Sorumluluk Hukuku Sempozyumu-II Bildiri Kitabı 97-144 (Filiz Kitabevi).

Yılmaz G, 'Zorunlu Deprem Sigortasında Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun Sözleşme Öncesi Hasar Tespiti Yapma Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' (2021) Uluslararası Deprem Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı 197-224 (İstanbul Medipol Üniversitesi Yayınları).

Yongalık A, 'Zorunlu Deprem Sigortası' (2001) 21(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 151-174.

<https://www.indyurk.com/node/350471/haber/art%C4%B1k-her-binan%C4%B1n-%C3%A7ipli-kimlik-levhas%C4%B1-olacak>.

<https://sigortagazetesi.com/dask-bile-sasirdi-meger-konutlar-39-metrekare-gosterilmis/>.

<https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/dask-baskanindan-ucuz-police-alacagim-diye-yanlis-metrekare-beyan-etmeyin-uyarisi>.

<https://www.aa.com.tr/tr/6-subat-depremlerinin-birinci-yili/dask-6-subat-depremleri-icin-35-milyar-liralik-hasar-odemesi-yapti/3128347>.

https://dask.gov.tr/upload/basin_bultenleri/2023/Kahramanmara%C5%9F%20Deprem%20Raporu_B%C3%BClten_270323.pdf.

<https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/zorunlu-afet-sigortasi-kisa-surede-devreye-girecek/3242923>.



İNTERNET ALAN ADLARINA DAİR ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM SÜREÇLERİNDE KÖTÜ NİYET KRİTERİ: TÜRK HUKUKU VE ICANN SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

The Bad Faith Criterion in Alternative Dispute Resolution Processes Regarding Internet Domain Names: A Comparison of Turkish Law and ICANN Systems

Sena KONTOĞLU TAŞTAN*

Özet

Dijital dünyanın temel taşlarından bir olan alan adları, küresel internet ekosisteminde kritik öneme sahip tanımlayıcılar olarak işlev görmektedir. Alan adlarının çoğalması, kaçınılmaz olarak bunları tahsis ettirenler ile hak sahibi üçüncü kişiler arasında uyuşmazlıklara yol açmıştır. Alan adını tahsis ettiren son kullanıcılar ile alan adına ilişkin hak iddiasında bulunan üçüncü kişiler arasındaki uyuşmazlıkların etkin çözümü için çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirilmiştir. Bu çalışmada Türk Hukukunda öngörülen çözüm yöntemi, ICANN sistemiyle karşılaştırılarak incelenmektedir. Bu kapsamda iki sistemin uyuşmazlık çözümünde öngördüğü kriterler ortaya konulmuş ve kötü niyet kriteri üzerine yoğunlaşmıştır. ICANN uygulamasında kötü niyet, alan adının hem tescili hem de kullanımı esnasında kümülatif olarak aranırken, Türk Hukukunda bunlardan birinin varlığı yeterlidir. ICANN’ın kümülatif kötü niyet şartı ile Türk Hukukundaki daha esnek yaklaşım arasındaki bu fark alan adı uyuşmazlıklarının çözümü çevresindeki temel bir ikilemi vurgulamaktadır. Bu farklılığın sonuçları usule ilişkin farklıların ötesinde geçmekte ve marka haklarının korunması ile alan adı tahsislerinin temelini oluşturan *ilk gelen ilk alır* ilkesinin korunması arasındaki hassas dengeyi etkilemektedir.

Anahtar kelimeler: Alan adları, alternatif uyuşmazlık çözümü, ICANN, UDRP, TRABİS, kötü niyet.

Abstract

Domain names, functioning as the cornerstone of the digital landscape, serve as vital identifiers in the global internet ecosystem. The proliferation of domain names has inevitably led to disputes, often between registrants and third parties asserting pre-existing rights. Various alternative dispute resolution methods have emerged to effectively address conflicts between domain name registrants and third parties asserting rights to these names. This study presents a comparative analysis of the dispute resolution frameworks under Turkish Law and the system established by ICANN. Particular attention is given to the criteria utilized by both systems, with an emphasis on the “bad faith” criterion. Notably, ICANN requires the demonstration of bad faith both at the time of registration and during the use of the domain name, whereas Turkish Law considers the presence of bad faith in either phase sufficient. This nuanced difference between ICANN’s dual-phase bad faith requirement and the more lenient approach under Turkish law highlights a

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 28.08.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı, sena.kontoglu@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4144-0649>



fundamental tension in the domain name dispute resolution landscape. The implications of this difference extend beyond procedural variance, and touch upon the delicate balance between protecting trademark rights and upholding the first-come, first-served principle that underpins domain name registrations.

Keywords: Domain names, alternative dispute resolution, ICANN, UDRP, TRABİS, bad faith.

GİRİŞ

Alan adları, internet alan adları sisteminin (*domain name system, DNS*) en önemli parçalarından birini oluşturur. Bunlar, bir internet sitesinin çevrimiçi adresini belirten, IP (*internet protocol*) numaralarına tekabül eden ve hatırlanması kolay alfabetik tanımlayıcılardır.¹ Jenerik (*generic top-level domain names*) ve ülke kodlu (*country code top-level domain names*) olarak ikiye ayrılan alan adları, sırasıyla İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (“ICANN”) ve ilgili ülke tarafından belirlenen kurumlar aracılığıyla yönetilmektedir.² Türkiye’de *.tr* ülke kodlu alan adları, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (“BTK”) nezdinde kurulan *.tr* ağ bilgi sistemi (“TRABİS”) tarafından yönetilmektedir. Bu kurumlar, ilgili kategori internet alan adı sistemi ile veritabanlarını işletmekte ve alan adı başvuru işlemlerini gerçekleştirmektedir.³

İnternet kullanımının yaygınlaşmasıyla alan adı kullanım ve işlemleri de artmıştır. Nitekim kaydedilmiş alan adı sayısı 2020 yılının sonunda 201.6 milyon iken bu sayı 2024 yılının Mart ayında 628 milyona ulaşmıştır.⁴ Bu artışlarla birlikte alan adlarıyla ilgili uyuşmazlıklarda da artış gözlemlenmiştir. Önde gelen alan adı uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcılarından biri olan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü

¹ Torsten Bettinger ve Allegra Waddell (eds), *Domain Name Law and Practice: An International Handbook* (2. Baskı, Oxford University Press 2015) 4–5; Sefer Oğuz, *İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2014) 47; EM Weitzenboeck, ‘Hybrid Net: The Regulatory Framework of ICANN and the DNS’ (2014) 22 *International Journal of Law and Information Technology* 49, 54; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2023) 439; Nurullah Bal, ‘İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi’ (2013) 17 *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 315, 318.

Alan adlarının hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. Sefer Oğuz, ‘İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi’ (2021) 9 *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13; Şerafettin Ekici, ‘Öğretideki Temel Görüşler ve Türk Pozitif Hukuku Kapsamında İnternet Alan Adlarının (Domain Names) ve Alan Adları Üzerindeki Hakkın Hukuki Niteliği’ (2023) XIII *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 409; Hayrunnisa Özdemir, ‘Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması’ (2008) 57 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 561.

² İnternet alan adlarının yönetişimine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Bettinger ve Waddell (n 2); Mehmet Bedii Kaya, *İnternet Hukuku* (2. Baskı, On İki Levha Yayınları 2021); Oğuz, *İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması* (n 2); Tamer Soysal, *İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law)* (Birinci baskı, Adalet Yayınevi 2014); Weitzenboeck (n 2); Ekici (n 2).

³ İnternet Alan Adları Yönetmeliği Madde 3/1/n

⁴ Matt Moran, ‘Domain Name Statistics: How Many Domains Are There?’ (*colorlib*, 14 March 2024).

(“WIPO”) istatistiklerine göre; 2023 yılı sonundaki alan adı uyuşmazlık başvuruları 2020 yılına göre %68 artış göstermiştir.⁵ Bu uyuşmazlıkların temelinde alan adlarının ticari kullanımından kaynaklı hak dengeleri yer almaktadır.

İnternetteki faaliyetlerde ticari amacın belirginleşmesi, marka veya ticarete kullanılan diğer tanıtıcı işaretlere dair alan adlarının maddi değerini ortaya çıkarmıştır.⁶ Öyle ki bu değerden faydalanmak isteyenler de alan adlarını tescil ettirmeye başlamıştır. Kişiler, başkalarına ait marka veya ticarete kullanılan tanıtıcı işaretleri satmak; satış amacı olmaksızın alan adının kullanımını engellemek veya ticari rakipler lehine durum yaratmak gibi amaçlarla maddi değeri bulunabilecek alan adlarını kaydettirebilmektedir. Bu yeni haksız fiil türü literatürde *cybersquatting* olarak adlandırılmıştır.⁷ Bu fiilin mümkün olabilmesinin temel sebeplerinden biri alan adları için “ilk gelen ilk alır” prensibinin uygulanmasıdır.⁸ Bu sorunun altında esasen “ilk gelen ilk alır” prensibinin uygulanması esnasında marka haklarının da gözetilebilmesi güçlüğüne ifade eden “marka ikilemi” (*trademark dilemma*) yatmaktadır.⁹

Marka ikilemi, alan adını tahsis ettirenlerin ve marka sahiplerinin menfaatlerinin korunması arasındaki ikilemi ifade etmek için kullanılmaktadır. Doktrinde bu ikilemin; marka sahiplerinin alan adı ile karıştırılacak derecede benzer bir markaya sahip olması, alan adını tahsis ettirenlerin meşru menfaatlerinin bulunmaması veya alan adını kötü niyetli olarak kullanmalarından kaynaklandığı ifade edilmektedir.¹⁰ Kuram, etkili bir ticari pazarın çevrimiçi ortamda gelişebilmesi için işletme sahiplerinin markalarının yeterince korunacağına dair güven duymaları gerekliliğine dayanmaktadır.¹¹ Bu ikilemin yarattığı sorunların giderilmesi için alan adlarına ilişkin etkili alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri geliştirilmiştir.¹²

⁵ ‘Record Number of Domain Name Cases Filed with WIPO in 2023’ (*WIPO*) <<https://www.wipo.int/amc/en/domains/caseload.html#:~:text=Trademark%20owners%20from%20around%20the,France%2C%20and%20the%20United%20Kingdom.>> accessed 23 April 2024.

⁶ Mehmet Bedii Kaya, ‘İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler: UDRP, URS ve TRABİS Karşılaştırması’ (2021) 27 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1462, 1464.

⁷ Oğuz, ‘İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi’ (n 2) 307; Kaya (n 7) 1464.

⁸ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, ‘Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması: Türkiye, ABD ve Avustralya Örnekleri’ (2019) 1 Bilişim Hukuku Dergisi 85, 109.

⁹ Derrick L Cogburn, Theodore Andrew Ochieng ve Haiman M Wong, ‘Towards an Understanding of Global “Private Ordering” in ICANN: Text Mining 23 Years of Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy (UDRP) Decisions’ [2023] Journal of Cyber Policy 1, 187.

¹⁰ Pavel Loutocký, ‘Are We Getting Good Decisions by Top - Level Domain Name Dispute Resolution Providers?’ (2015) 9 Masaryk University Journal of Law and Technology 111, 113.

¹¹ ICANN, ‘Management of Internet Names and Addresses’ <<https://www.icann.org/resources/unt-hemed-pages/white-paper-2012-02-25-en>> accessed 25 April 2024.

¹² Bettinger ve Waddell (n 2) 1338.



Ticarette kullanılan tanıtıcı işaretler üzerindeki hak sahipleri ve *ilk gelen ilk alır* ilkesinin uygulanması sonucunda alan adını tahsis ettirenler arasındaki uyumsuzlukların çözüme kavuşturulması için uluslararası ve ulusal boyutta gelişmeler gözlemlenmektedir. Bu doğrultuda uluslararası alanda jenerik alan adlarına ilişkin Alan Adı Uyuşmazlıklarının Yeknesak Çözüm Politikası (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*-“UDRP”) uygulanmaktadır. Benzer şekilde Türk Hukukunda .tr ülke kodlu alan adlarına ilişkin alternatif uyumsuzluk çözümü olarak öngörülen Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcıları (“UÇHS”) aracılığıyla sunulan uyumsuzluk çözüm sistemleri formüle edilmiştir. ICANN ile Türk Hukukundaki sistemler, başvuru ve değerlendirme aşamalarında birçok benzerlik barındırmaktadır.

Çalışmada, UDRP ve Türk Hukukundaki alternatif uyumsuzluk çözüm sistemlerinde başvuru değerlendirme kriterleri incelenmekte ve iki sistem, özellikle kötü niyet kriteri üzerinden karşılaştırılmaktadır. İki sistem arasında kötü niyet kriteri açısından temel fark, UDRP’de, alan adının hem tahsisi hem kullanımı sırasında kötü niyet şartı aranırken Türk Hukukunda alan adının tahsisi ya da kullanımı esnasında kötü niyet varlığının bulunmasının yeterli olmasıdır. Türk Hukukundaki şartların kümülatif olmaması, sistemin *ilk gelen ilk alır* prensibiyle uygunluğu problemine eğilmeyi gerektirmektedir. Bu kapsamda makalede öncelikle alan adı uyumsuzluk çözüm yöntemlerine başvuru şartlarına değinilmekte, ardından kötü niyet kriteri, ICANN ile Türk Hukukundaki kurallar ve uygulama üzerinden karşılaştırılarak değerlendirilmektedir.

I. ALAN ADI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNE BAŞVURU ŞARTLARI

İnternet alan adlarına ilişkin uyumsuzluklarının çözümüne yönelik çeşitli ulusal ve uluslararası mekanizmalar geliştirilmiştir. Başvurulabilecek yollardan biri, özellikle marka ve kişilik hakları eksenindeki alan adı uyumsuzlukları¹³ için ulusal mahkemelerdir.¹⁴ Ancak yargılamanın uzunluğu ile bilişim teknolojilerini ilgilendiren uyumsuzluklarda sıklıkla karşılaşılan yetki ve kararların icra edilebilirliği

¹³ Bu makalenin konusunu oluşturmayan ve alan adları uyumsuzluklarında daha seyrek görülen fakat önem arz eden bir diğer husus da alan adları ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin gözetilmesidir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Monika Zalnieriute, ‘Beyond the Governance Gap in International Domain Name Law: Bringing the UDRP in Line With Internationally Recognized Human Rights’ (2020) 56 Stanford Journal of International Law 79; Wolfgang Benedek, Joy Liddicoat ve Niko van Eijk, ‘Comments Relating to Freedom of Expression and Freedom of Association with Regard to New Generic Top Level Domains’ (Council of Europe 2012) <https://www.ivir.nl/publicaties/download/DG_I_2012_4_FINAL.pdf> accessed 21 April 2024; Jacqueline D Lipton ve Mary Wong, ‘Trademarks and Freedom of Expression in ICANN’s New gTLD Process’ (2012) 38 Monash University Law Review 188.

¹⁴ Bu konuda daha kapsamlı bilgi için bkz. Zeliha Karaman, *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları: Karşılaştırmalı Bir Analiz* (Birinci baskı, Seçkin 2017); Mehmet Emin Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi* (Yetkin Yayınları 2014).

sorunları göz önünde bulundurulduğunda bu yolun etkisiz kaldığı ileri sürülebilir. Dolayısıyla alan adını tescil ettiren son kullanıcı ile bu alan adıyla ilgili hak iddia eden kişiler arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesi amacıyla alternatif bir çerçeve oluşturulması gereği hasıl olmuştur.¹⁵ Bu doğrultuda jenerik alan adları için UDRP ve .tr ülke kodlu alan adları için TRABİS sonrası UÇHS aracılığıyla yürütülen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları öngörülmüştür.¹⁶

UDRP, ICANN tarafından 1999 yılında yürürlüğe konulmuş olup jenerik alan adları ile akredite eden ülke alan adları uyuşmazlıklarında 2000 yılından beri aktif olarak uygulanmaktadır.¹⁷ Türkiye’de ise 2010 yılında Ulaştırma Bakanlığı tarafından yayınlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliği¹⁸ (“Yönetmelik”), İnternet Alan Adları Tebliği¹⁹ (“Alan Adları Tebliği”) ve İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği²⁰ (“Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği”) ile birlikte UÇHS aracılığıyla yürütülen alternatif bir uyuşmazlık çözüm sistemi oluşturulmuştur. İki sistemde de alan adını tahsis ettiren son kullanıcı ve alan adına ilişkin hak iddiasında bulunan üçüncü kişiler arasındaki uyuşmazlıklar çözülmektedir. Hak iddiasında bulunan üçüncü kişiler, ilgili uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcısına *şikâyetçi* (“*complainant*”) olarak başvurmakta, alan adını tahsis ettiren son kullanıcı olan *şikâyet edilenden* (“*respondent*”) alan adının tarafına transferini yahut tahsisin iptalini talep edebilmektedir.²¹ Her iki sistemde de başvuru için aranan bazı şartlar öngörülmüştür.

Başvuru için Türk Hukukunda ve ICANN kurallarında üç şart öngörülmüştür. Türk Hukukuna göre bunlar; (i) uyuşmazlığa konu alan adının şikâyetçinin sahip olduğu veya ticarete kullandığı marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretlerle benzer veya aynı olması, (ii) şikâyet edilenin uyuşmazlığa konu alan adıyla yasal hak veya bağlantısının bulunmaması ve (iii) alan adının şikâyet edilen tarafından kötü niyetle tahsis edilmesi veya kullanılmasıdır. ICANN kurallarına göre şartlar; (i) uyuşmazlığa konu alan adının şikâyetçinin hak sahibi olduğu bir ticari marka veya hizmet markasıyla benzer veya aynı olması, (ii) şikâyet edilenin uyuşmazlığa konu alan adıyla ilgili hak veya meşru menfaatinin bulunmaması ve (iii) alan adının kötü niyetle tescil edilmiş ve kullanılıyor olmasıdır.

¹⁵ Sara D Sunderland, ‘Domain Name Speculation: Are We Playing Whac-A-Mole?’ (2010) 25 Berkeley Technology Law Journal 465, 475.

¹⁶ İnternet alan adlarına ilişkin uyuşmazlık çözüm yolları hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Kaya (n 7).

¹⁷ ICANN, ‘Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy’ (21 February 2024) <<https://www.icann.org/resources/pages/policy-2024-02-21-en#4f>> accessed 18 April 2024; Cogburn, Ochieng ve Wong (n 10) 187.

¹⁸ 07.11.2010 tarihli 27752 sayılı Resmî Gazete

¹⁹ 21.08.2013 tarihli 28742 sayılı Resmî Gazete

²⁰ 21.08.2013 tarihli 28742 sayılı Resmî Gazete

²¹ UDRP Madde 3-4; İnternet Alan Adları Yönetmeliği Madde 23-27.



Türk Hukuku ve ICANN kuralları kapsamında internet alan adlarına ilişkin uyuşmazlıklarda başvuru şartları benzerlik içermektedir. İki sistem de üç temel şart çerçevesinde düzenlenmiştir. Sistemlerde benzer olan şart, şikâyet edilenin uyuşmazlığa konu alan adıyla yasal hak veya bağlantısının bulunmamasıdır. UDRP ile Yönetmelik arasında zuhur eden farklar ise birinci kriter olan benzerlik kriteri ve üçüncü kriter olan kötü niyetin görünümündedir. ICANN kuralları kapsamında şikâyetçinin markasının uyuşmazlığa konu alan adıyla benzer veya aynı olması gerekirken, Türk Hukukunda şikâyetçinin markası veya ticarete kullandığı tanıtıcı ticari işaretinin uyuşmazlığa konu alan adıyla benzer veya aynı olması aranmaktadır. Bir diğer fark, UDRP çerçevesinde şikâyet edilenin alan adını kötü niyetle tahsis ettirmesi ve kullanması kümülatif olarak aranırken, Yönetmelik uyarınca kötü niyetle tahsis veya kullanım şartlarından yalnızca birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Lafzen yüzeysel görünen bu husus, uygulamada önemli farklara yol açma potansiyeli taşımaktadır.

UDRP ile Yönetmelik çerçevesinde değerlendirilen kriterlerin kural olarak şikâyetçi tarafından ispatlanması gerekmektedir. Yani şikâyetçi, kendine ait olduğunu iddia ettiği işaretin şikâyete konu alan adıyla benzer olduğunu, tahsis ettirenin alan adı ile ilgili meşru bir hak veya menfaatinin olmadığını ve kötü niyetin varlığını ispatla yükümlüdür.

A. Şikâyetçinin Marka veya Tanıtıcı Ticari İşaretinin Bulunması

İnternet alan adları alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerinde değerlendirmeye alınan ilk kriter, şikâyetçinin uyuşmazlığa konu alan adıyla bağlantısıdır. UDRP sürecinde bu bağlantı şikâyetçinin marka hakkıyla ilişkilendirilirken, .tr ülke seviye alan adları için belirlenmiş olan uyuşmazlık çözüm süreçlerinde bu bağlantı şikâyetçinin marka veya ticarete kullanılan diğer tanıtıcı işarete ilişkin hak sahipliğidir. Bu durumun, iki mekanizma çerçevesinde de şikâyetçi tarafından ispatı gerekmektedir.

Türk Hukukunda alan adı uyuşmazlık çözüm sisteminde; yapılacak olan taleplerde, uyuşmazlığa konu alan adının, sahip olunan ya da ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretlerle benzer ya da aynı olması aranmaktadır.²² Bu işaretlerin tümü, tıpkı alan adları gibi ticarete kullanılan ayırt edici veya tanıtıcı işaretlerdir ve kullanılan diğer ticaret süjelerinden ayırma işlevi görmektedirler.

Bir kişinin UDRP kuralları çerçevesinde talepte bulunabilmesi için ise uyuşmazlığa konu alan adının kendi ticari veya hizmet markasıyla aynı veya iltibasa mahal verecek şekilde benzer olması gerekmektedir.²³ Kurallar uyarınca markaların tescilli veya tescilsiz olması mümkün görülmemiştir.²⁴ Başvuru yapılan hukuk siste-

²² İnternet Alan Adları Yönetmeliği Madde 25/1/a

²³ UDRP Madde 4(a)(i)

²⁴ WIPO Jurisdictional Overview 3.0 Bölüm 1.1.1.

minde başvurunun tek başına marka hakkı doğurmadığı durumlarda yalnızca marka tescil başvurusuyla birlikte UDRP kapsamında korunan bir hak oluşmayacağına da belirtilmesi gerekmektedir.²⁵ Yani, şikâyetçinin başvuruda bulunduğu ancak ilgili ülke tarafından tescil edilmemiş olan bir marka, birinci unsur olan benzerlik kriterinin amaçları doğrultusunda kendiliğinden bir hak olarak nitelendirilemeyecektir.

UDRP kuralları kapsamında, bir şikâyetçi tescilli markası olmaksızın, uyuşmazlığa konu alan adına tekabül eden tescilsiz markanın ticarete sunduğu mal veya hizmetlerinin farklı, benzersiz bir tanımlayıcısı olarak kullanıldığını ve halkın göreceli bir kısmında ikincil bir anlam kazandığını ispat edebilirse, bu hakka dayanarak başvuruda bulunabilecektir.²⁶ Bu durumlarda ise hakem ve hakem heyetleri tarafından somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekecektir.

Kurallar uyarınca şikâyetçinin ispat edebileceği haklar, ticari marka veya hizmet markasıyla sınırlandırılmıştır. Bu durumda, Türk Hukukundaki uygulamanın aksine, UDRP ticaret veya işletme adları ilk bakışta, kişi adları veya ticari marka koruması kapsamında olmayan diğer fikri mülkiyet hakları için bir çözüm sağlamamaktadır. Ancak kötüye kullanım amacıyla tescil edilen alan adlarında yer alan adların veya unvanların hak sahipleri, yalnızca söz konusu adın veya unvanın bir ticari marka olarak korunabileceğini gösterebildikleri takdirde UDRP çerçevesinde çözüm arayabileceklerdir.²⁷ Belirtmek gerekir ki, her ne kadar tarihsel olarak tescilsiz markalar, tüketicilerin ilgili işletmeye tekabül ettiğini bildiği coğrafi bölgelerde geçerli olsa da²⁸ internetin sınır ötesi doğası gereği coğrafi alan sınırlaması yapılması isabetsiz bulunmuştur. Bu durum internetin sınır ötesi doğası ve alan adları tahsislerinin her yerden yapılabilmesinden kaynaklanmaktadır.²⁹

Bu ilk kriterin sağlanması için Türk Hukuku ve ICANN sistemlerinde benzer olarak, şikâyetçinin hak sahipliğinin yanısıra, ilgili terimlerin uyuşmazlığa konu alan adıyla aynı veya benzer olması aranmaktadır. Uyuşmazlığa konu alan adının; herhangi bir ek metin eklenmeden, karakterler çıkarılmadan veya herhangi bir kelime yanlış yazılmadan, alan adındaki noktadan önceki kısmı ile, şikâyetçinin markasıyla farksız olması durumunda, aynılığın sağlandığı kabul edilir. Örneğin <apple.com.tr> alan adı, “Apple” markasıyla aynı kabul edilir. Bununla birlikte, UDRP sisteminin yerleşik içtihadında, uyuşmazlığa konu alan adının, noktadan sonraki ekiyle

²⁵ *Prom Night Events v YourFormal Pty Ltd / Your Formal Australia Pty Ltd, Samir Kapoor Case No D2011-1707* (WIPO Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi).

²⁶ *Roper Industries, Inc v VistaPrint Technologies Ltd Case No D2014-1828* (WIPO Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi).

²⁷ UDRP çerçevesinde marka tescili bulunmayan işaretler ile başvuruların ayrıntılı incelemesi için bkz. Bettinger ve Waddell (n 2); Alif Muhammad Gultom, ‘Domain Name under UDRP: Unregistered Trademark Protection Based on Current Decisions’ (2023) 5 Indian Journal of Law and Legal Research.

²⁸ Shontavia Johnson, ‘Trademark Territoriality in Cyberspace An Internet Framework for Common-Law Trademarks’ (2014) 29 Berkeley Technology Law Journal 1253, 1257.

²⁹ WIPO Jurisdictional Overview 3.0 Bölüm 1.1.2.



birlikte şikâyetçinin markasıyla farksız olması durumunda da tesir itibarıyla aynı (“*in effect identical*”) olacağı kabul edilmektedir.³⁰

Uyuşmazlığa konu alan adıyla benzerliğin belirlenmesi için tek bir yaklaşım bulunmamaktadır. Esasen, benzerlik değerlendirmesinde aranan, internet sitesinin kullanımı veya markanın tescilli olduğu ya da ticarete faaliyet gösterilen sektör, mal veya hizmetler dikkate alınmaksızın, uyuşmazlığa konu alan adıyla karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesidir. Bununla birlikte, ilk kriter genel itibarıyla iki sistemde de ön şart (“*standing requirement*”)³¹ olarak kabul edildiği için benzerlik kriterinde gözetilen çıta nispeten düşük tutulmuştur.³² Benzerlik değerlendirilmesinde tüketicinin zihninde bir karışıklılığa sebebiyet verildiğine ilişkin somut bir delil aranmamaktadır. Kriterin sağlanması için temel olarak uyuşmazlığa konu alan adının metin dizesi ile marka veya tanıtıcı işaretin dizesinin görsel, işitsel ve fonetik benzerliği değerlendirilmektedir.³³

B. Şikâyet Edilenin Alan Adıyla Yasal Hak veya Bağlantısının Bulunmaması

İnternet alan adlarına ilişkin uyuşmazlık çözümlerinde Türk Hukuku ve ICANN kuralları arasında birebir aynı olan kriter şikâyet edilenin uyuşmazlığa konu alan adıyla ilişkili olarak yasal hak veya bağlantısının bulunmamasıdır.³⁴ Yasal hak veya bağlantı kriterinin ispatı da kural olarak diğer kriterler gibi, şikâyetçi tarafından yapılmalıdır. Ancak iki hukuk sisteminde de ispat yükünün belirli şartlar altında şikâyet edilene geçmesi mümkündür. Öyle ki, şikâyetçi tarafından ilk bakışta haklı görünen (*prima facie*) bir iddianın varlığı halinde, yasal hak veya bağlantının varlığının ispatı artık şikâyet edilenin üzerinde olacaktır.³⁵ Bütün bunlarla birlikte, şikâyetçinin uyuşmazlık çözüm başvurusuna cevap vermemesi durumunda yasal hak veya bağlantısının olmadığı da ileri sürülemeyecektir. Nitekim şikâyetçi ilk bakışta haklı görünen bir iddia ileri sürmediği sürece ispat yükünden kurtulamaz.

Şikâyet edilenin uyuşmazlığa konu alan adı üzerindeki hakkından bahsedilirken genel olarak marka hakkı veya lisans hakkının yeterli olacağı görüşü mevcuttur. İyi niyetli ticari kullanımların da ayrıca yasal hak veya bağlantı varlığına işaret edebile-

³⁰ *Banco Bradesco S/A v Paulo Araujo Case No DCO2010-0049* (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi): “*Marka, ihtilaflı alan adının içerisinde bütünüyle yer almaktadır. Önceki paneller, bir ülke kodlu alan adı söz konusu olduğunda ayniyet veya karıştırılma ihtimali yaratacak benzerlik tespitinin, uygun durumlarda, alan adının bir bütün olarak, yani (bu davada) “.co” son ekini de içeren alan adının değerlendirilmesine dayanabileceğini kabul etmiştir.*”

³¹ Türk Hukukunda benzer doğrultuda karar için bkz. *qpos.com.tr kararı TOBBUYUM-2024-(262)* (TOBBUYUM Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi).

³² Her ne kadar bu görüş genel olarak benimsense de uygulamada sınırlı bir kesim karıştırılma riskinin detaylı bir şekilde incelenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu konuda bilgi için bkz. Bettinger ve Waddell (n 2) 1352.

³³ *ibid*; Kaya (n 7) 1467.

³⁴ İnternet Alan Adları Yönetmeliği Madde 25/1/b, UDRP Madde 4(a)(ii)

³⁵ Bettinger ve Waddell (n 2) 1367.

çeği kabul edilmektedir.³⁶ Bunların yanısıra yasal hak veya bağlantının değerlendirilmesine ilişkin Türk Hukukunda açık bir hüküm bulunmazken, UDRP Madde 4(c) ile tahdidi olmayan bazı durumlar sayılmıştır. Bunlar, iyi niyetli olarak mal veya hizmet sunumuna yönelik kullanım veya hazırlık, alan adıyla biliniyor olmak ve alan adının meşru ticari olmayan veya adil kullanımı olarak sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki her ne kadar bu kriterler UDRP çerçevesinde sayılıp kullanılsa da Türk Hukukunda da bu kriterlerin dikkate alındığı gözlemlenmektedir.³⁷

Şikâyet edilenin uyuşmazlığa ilişkin bildirim yapılmadan önceki dönemde, alan adı tahsis edilen kişinin alan adı veya alan adına tekabül eden bir ismi iyi niyetli olarak mal veya hizmetlerin sunumuna yönelik mevcut kullanımı veya ispatı mümkün bir kullanım hazırlığının olmasında hakemlerinin dikkate alabileceği belirli durumlar mevcuttur. Bunlar, ilgili ticaret ile ilgili yazışmalar, internet sitesinin geliştirilmesi veya reklamlar aracılığıyla tanıtım, iş planına ilişkin deliller, alan adının iyi niyetli kullanımı ve genel olarak *cybersquatting* niyetinin bulunmadığına dair kanaati oluşturacak diğer göstergeler olarak belirtilmiştir.³⁸

İkinci kriterin aksinin ispatı için ayrıca, alan adı tahsis edilenin herhangi bir ticaret markası veya hizmet markası olmamasına rağmen alan adı ismiyle biliniyor olması da yeterli olacaktır.³⁹ Bu durumda şikâyet edilenden somut ve inandırıcı deliller sunması beklenmektedir. Bu delillere örnek olarak resmî kurumlarca verilen kimlikler, internet siteleri veya bloglar, internette yayınlanan makaleler, üçüncü kişilerle yazışmalar, faturalar, sözleşmeler verilebilir.⁴⁰

UDRP ile örneklendirilen son durum, uyuşmazlığa konu marka veya hizmet markasının ticari bir kazanç amacıyla tüketicileri yanlış şekilde yönlendirme veya markayı veya hizmet markasını kötüleme amaçlarıyla kullanılmaksızın, alan adının meşru ticari olmayan veya adil bir kullanımının olmasıdır. Bu örneklendirmelerin özellikle kapsamlı olmadığına belirtilmesi ışığında şikâyetçinin esasında uyuşmazlığa konu alan adı üzerinde şikâyet edilenin hak veya bağlantısı olmadığını göstermesi için ilgili diğer delil veya argümanları sunmakta serbest olduğu belirtilmelidir.

C. Şikâyet Edilenin Alan Adını Kötü Niyetle Tahsis Ettirmesi veya Kullanması

ICANN ve Türk Hukukundaki alan adlarına ilişkin alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerinde değerlendirilen kötü niyetli alan adı tescilinin (*cybersquatting*) temeli-

³⁶ ibid 1367–1368.

³⁷ *sakaryaemlak.com.tr kararı UCM-2022-00004* (BTİDER Uyuşmazlık Çözüm Merkezi); *cappmoda.com.tr kararı TOBBUYUM-2022-(126)* (TOBBUYUM Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi).

³⁸ WIPO UDRP Jurisdictional Overview Bölüm 2.2.

³⁹ *Sony Kabushiki Kaisha aka Sony Corporation v Sony Holland Case No D2008-1025* (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi); *aliasaf.com.tr kararı TOBBUYUM-2023-(200)* (TOBBUYUM Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi).

⁴⁰ WIPO UDRP Jurisdictional Overview Bölüm 2.3.



ni kötü niyet kriteri oluşturmaktadır.⁴¹ UDRP ve Yönetmelik ile Tebliğ’de yer alan kötü niyet kriteri, alan adı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin en karmaşık ve önemli kriter olarak kabul edilmektedir.⁴² Zira, yalnızca açıkça kötüye kullanım amaçlı tescile konu alan adlarının bu alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri çerçevesinde değerlendirmeye alınması amaçlanmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere birçok benzerlik taşıyan ICANN ve Türk Hukuku sistemleri arasındaki en belirgin fark da bu üçüncü kriter olan kötü niyet değerlendirilmesi aşamasında görülmektedir. UDRP uyarınca kötü niyet uyuşmazlığa konu alan adının hem kayıt hem kullanım aşamalarında aranmaktadır.⁴³ Türk Hukukunda ise alan adının kaydında veya kullanımında kötü niyetin tespiti yeterli görülmektedir.⁴⁴

Doktrinde, kötü niyetin ispatı için objektif bir kriterin geliştirilemeyeceği ifade edilmektedir.⁴⁵ Bununla birlikte değerlendirmenin kolaylaştırılması için ICANN ve Türk Hukukunda tahdidi olmayan bir sayım yapılmıştır. Bu kapsamda kâr amaçlı satış niyeti, marka veya ticari tanıtıcı işaret kullanımını önleme, rakibe zarar verme ve kullanıcıların yanıltılması faaliyetleri sayılmıştır. Ancak sayılan durumlar dışında hakemlerin başka durumları takdir yoluyla uyuşmazlığa konu alan adında kötü niyetli kullanım/tahsis değerlendirilebileceği de düzenlenmiştir. Jenerik alan adlarına ilişkin uyuşmazlık çözüm süreçlerinde, şikâyet edilenin hareketsiz kalmasının da belirli şartlar altında kötü niyet olarak değerlendirilebileceği görüşü doğmuş, bu durumlar “*pasif elde tutma*” olarak adlandırılmış ve genel alan adı hukukunda kabul görmüştür.⁴⁶

II. KÖTÜ NİYETİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Alan adı uyuşmazlık çözümlerinde kötü niyet, genel itibariyle şikâyet edilenin, şikâyetçinin marka veya ticarete kullandığı tanıtıcı işaretinden haksız bir şekilde yararlanma veya bunların sair kötüye kullanımı olarak görülmektedir. UDRP Madde 4(b) ile kötü niyetin tespiti için bazı karineler öngörülmüştür. Bunlar:

- i. Alan adının şikâyet edilen tarafından, ticaret veya hizmet markası sahibi şikâyetçiye veya şikâyetçinin rekabette bulunduğu tarafa, bu alan adının belirlenmiş tahsis masraflarını geçen bir bedel karşılığında satma, kiralama veya başka bir yolla devretmek amacıyla tahsis ettirildiğini gösteren durumlar;

⁴¹ Jacqueline D Lipton, ‘Bad Faith in Cyberspace: Grounding Domain Name Theory in Trademark, Property and Restitution’ (2010) 23 Harvard Journal of Law and Technology <<https://web.p.ebs-cohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=c4bc74ce-b3bd-46f9-8df0-a9a84f229847%-40redis>> accessed 24 April 2024.

⁴² Bettinger ve Waddell (n 2) 1408.

⁴³ UDRP Madde 4(1)(a)(iii)

⁴⁴ İnternet Alan Adları Yönetmeliği Madde 25/1/c

⁴⁵ Kaya (n 7) 1469.

⁴⁶ Bettinger ve Waddell (n 2) 1427; Soysal (n 3) 432; Ayça Zorluoğlu, ‘Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı’ (2012) 2 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 67, 75.

- ii. Alan adının şikâyet edilen tarafından, ticaret veya hizmet markası sahibi şikâyetçinin bu markayı alan adında kullanmasını engellemek amacıyla tahsis ettirilmiş olması ve bu yönde hareket edilmesi;
- iii. Alan adının şikâyet edilen tarafından, rakiplerin işlerine veya faaliyetlerine zarar vermek amacıyla tahsis ettirilmiş olması;
- iv. Alan adının ticari kazanç elde etmek kastıyla, şikâyetçinin markası ve internet alan adı arasında benzerlik oluşturup bir ürün veya hizmetin kaynağı, sponsorluğu, bağlantısı veya desteği konusunda karışıklık meydana getirerek internet kullanıcılarının alan adı sahibinin internet sitesine veya herhangi bir internet sitesine yönlendirilmesi için kullanılması olarak belirlenmiştir.

UDRP’de yer alan düzenlemede “özellikle ancak sınırlama olmaksızın” (“*in particular but without limitation*”) ifadesinin yer alması, yukarıda belirtilen örneklerin yalnızca açıklayıcı olduğu ve uyuşmazlığı değerlendirecek olan hakemlerin somut olay ışığında kötü niyet değerlendirmesinde yer alabilecek diğer hususları da göz önünde bulundurabileceğini göstermektedir.⁴⁷

Türk Hukukunda, Yönetmeliğin 25. maddesi uyarınca alan adlarının devri veya iptali taleplerinde şikâyetçi tarafından ispat edilmesi gereken son kriter, uyuşmazlığa konu alan adının şikâyet edilen tarafından kötü niyetli tahsis ettirilmesi veya kullanımınıdır. Maddede bu durumlara ilişkin bir açıklama olmamakla birlikte, Tebliğ’in 19. maddesinde UDRP’deki gibi, sınırlı olmayan bazı karineler sayılmıştır:

“i) Şikâyet konusu internet alan adının; ticaret veya hizmet markası, ticaret unvanı, işletme adı veya kişi adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibi olan şikâyetçiye veya şikâyetçinin ticari olarak rekabette bulunduğu tarafa, bu internet alan adının belgelenmiş tahsis masraflarını ve yatırım maliyetini aşan miktardaki bir meblağ karşılığında satma veya devretme amacıyla tahsis ettirilmiş olması,

ii) Şikâyet konusu internet alan adının, ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibinin, bu marka, unvan, ad ya da işareti internet alan adında kullanmasını engellemek amacıyla tahsis ettirilmiş olması,

iii) Şikâyet konusu internet alan adının, esasen ticari rakiplerin işlerine ya da faaliyetlerine zarar vermek amacıyla tahsis ettirilmiş olması,

iv) Uyuşmazlık konusu internet alan adının, ticari kazanç elde etmek amacıyla, şikâyetçinin sahibi olduğu ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işareti ile benzerlik sağlayarak karışıklık meydana getirmek suretiyle internet kullanıcılarının internet alan adı sahibinin internet sitesine veya herhangi bir internet sitesine yönlendirilmesi amacıyla bu internet alan adının kullanılması.”⁴⁸

⁴⁷ UDRP Madde 4(b)

⁴⁸ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği Madde 19/1



Tebliğ’de de UDRP usulünde belirlendiği gibi, hakemlere takdir yetkisi tanınmıştır. Bu bağlamda hakemler; yukarıda örneklendirilen durumlar dışında, kötü niyet varlığı kanaatini oluşturan hallerde bu kriterin sağlandığına yönelik karar verebileceklerdir.⁴⁹ Diğer kriterler alan adının tescili dışında, internet sitesinin kullanım çerçevesi ve ilgili koşulları da kapsayabilir. Uygulamada da kötü niyet değerlendirmelerinin görünüm biçimlerinin temel olarak kâr amaçlı satış niyeti, marka veya ticari tanıtıcı işaret kullanımını önleme, rakibe zarar verme, kullanıcıların yanıltılması ve pasif elde tutma olarak sınıflandırılabilirdiği görülmektedir.

UDRP ve Yönetmelik uyarınca yürütülen uyuşmazlık çözüm süreçlerinde kötü niyete ilişkin değerlendirmeye alınacak kıstaslar benzerken, kötü niyetin görünüm zamanında farklılıklar bulunmaktadır. Öyle ki, UDRP uyarınca kötü niyet kümülatif olarak uyuşmazlığa konu alan adının kayıt ve kullanım aşamalarında aranmaktadır.⁵⁰ Türk Hukukunda ise yalnızca alan adının kaydı veya kullanımı aşamalarının birinde kötü niyetin tespiti yeterli bulunmuştur. Lafızdaki, yalnızca bağlaca ilişkin bu farklılık uygulamada önemli ayrışmalara sebep olabilecek niteliktedir.

A. Kar Amaçlı Satış Niyeti

Kötü niyetin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulabileceği örneklendirilmiş ortak ve en belirgin durum, şikâyet edilenin kâr amaçlı satış niyetidir. UDRP usulünde kar amaçlı satış niyeti, uyuşmazlığa konu alan adının şikâyet edilen tarafından temel olarak şikâyetçiye veya bu kişinin rekabette olduğu üçüncü bir tarafa uyuşmazlığa konu alan adına ilişkin belgelenmiş tahsis masraflarını geçen bir bedel karşılığında satma, kiralama veya başka bir yol aracılığıyla devretmek amacıyla tahsis ettirmesi olarak düzenlenmiştir.⁵¹ İnternet Alan Adları Yönetmeliği’nde ise kâr amaçlı satış niyeti, uyuşmazlığa konu alan adının, bir markanın, ticaret unvanının, işletme adının veya kişi yahut diğer tanıtıcı işaretin sahibi olan şikâyetçiye veya bu kişinin ticari olarak rekabette bulunduğu üçüncü bir tarafa, uyuşmazlığa konu alan adının belgelenmiş tahsis masraflarını ve yatırım maliyetini aşan bir miktar karşılığı satma veya devretme amacıyla tahsis ettirilmiş olması olarak belirlenmiştir.⁵²

Düzenlemeler ışığında, kâr amaçlı satış niyeti değerlendirmesinde bir alan adının, uyuşmazlığa konu alan adına tekabül eden hak sahibi veya rakiplerine satış amacıyla tahsis ettirilmesi yeterli bulunmamaktadır.⁵³ Bir alan adının kötü niyetli olarak kâr amaçlı satış için tahsis ettirilmesinin somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Her bir vaka özelinde, özellikle uyuşmazlığa konu alan adının özellikleri

⁴⁹ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği Madde 19/2

⁵⁰ Zalnieriute (n 14) 49.

⁵¹ UDRP Madde 4(b)(i)

⁵² Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği Madde 19/1/a

⁵³ Bettinger ve Waddell (n 2) 1423; Zorluoğlu (n 47) 77; *Sage Global Services Limited v Narendra Ghimire, Deep Vision Architects Case No DAI2023-0010* (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi).

ve şikâyetçinin marka veya ticarete kullandığı işaretin ayırt edicilik seviyesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığa konu alan adının bilinen bir markanın yazım yanlışlığı hali olması; alan adında ayırt edici işaret ile şikâyetçinin kullanımıyla alakalı olan coğrafi bir terimin bir arada kullanılması veya sözlüksel terim kullanılması alan adının özelliklerine ilişkin dikkat edilmesi gereken hususlardır.

Hakemler tarafından kötü niyete ilişkin değerlendirme yapılırken, *süje şartı* yani uyuşmazlığa konu alan adı tahsisinin kâr amaçlı tahsis edildiği kanaatinin oluşması için ayrıca şikâyet edilenin uyuşmazlığa konu alan adıyla ilgili tasarrufları ve şikâyet edilenin özellikleri de önem arz etmektedir. Öyle ki, alan adına ilişkin yapılan tasarruflar veya şikâyet edilenin somut olayda yahut öncesindeki tutumları, kâr amaçlı satış niyetinin kötü niyet kapsamında değerlendirilip değerlendirilememesi kanaatinin oluşmasında hakemlere yol göstermektedir.

Değerlendirme esnasında kötü niyetin tespitinde uyuşmazlığa konu alan adı ile ilgili tasarruflar, ilgili alan adının şikâyetçinin marka veya ticarete kullandığı ayırt edici işaretine ilişkin kötüleyici içeriğe işaret etmesi veya marka ihlallerine yer vermesi ile şikâyet edilen tarafından uyuşmazlığa konu alan adının en yüksek teklifi verene satılacağına veya üçüncü bir tarafa devredileceğine yönelik tehditler olarak görülebilmektedir. Şikâyet edilenin özellikleri arasında ise şikâyet edilenin şikâyetçinin marka veya ticarete kullandığı ayırt edici işareti bilme ihtimali ve şikâyet edilenin daha önce gerçekleştirmiş olduğu kötü niyetli alan adı tahsisleri sayılabilmektedir.

Uyuşmazlıkların değerlendirme aşamasında öncelikle satış veya devre ilişkin ilk teması hangi tarafın kurduğu ve satış veya devrin hangi tarafça önerildiğinin belirlenmesi gerektiği de ileri sürülmektedir.⁵⁴ Bu savların kaynağında, şikâyetçinin iletişimi başlatarak somut olayda “delil yaratmak” suretiyle kötü niyetin varlığını ispat etmeye çalıştığı durumlar yer almaktadır. Bu durumlar, UDRP kapsamında verilen kararlarda yer bulmuştur. Öyle ki, şikâyetçinin alan adını satın almakla ilgilendiğini belirterek şikâyet edilen ile bir iletişim başlattığı durumlarda, şikâyet edilen transfer karşılığında yüksek bir meblağ talep etse dahi bu yazışmalar tek başına kötü niyet değerlendirmesine esas alınmayıp somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılabilmektedir.⁵⁵

Hakemler tarafından göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus; satışa sunulan alan adlarının, kurallarda sayılan diğer şartlar gerçekleşmeksizin, satış sonrası şikâyetçi veya rakiplerinden birine satımı için doğrudan bir teklif yapılmadığı takdirde kötü niyet tespitinin zorlaşmasıdır. Zira umuma yapılan bir teklif, düzenlemelerin özel gereklilikleri olan şikâyet edilenin özellikleri (*süje*) ve kurallarla belirlenen tutar (*meblağ*) şartlarını karşılamamaktadır.⁵⁶ Bununla birlikte, alan adı

⁵⁴ Bettinger ve Waddell (n 2) 1422.

⁵⁵ *SAP AG v Reffael Caspi Case No D2009-0060* (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi).

⁵⁶ Bettinger ve Waddell (n 2) 1422.



ve tekabül eden marka değerine göre bu kanaat değişebilmektedir. Tahsis ve satışın marka değerinden yararlanmak amacıyla gerçekleştirildiğinin uyuşmazlığın somut vakıalarından anlaşılması halinde, satış süjesinin şikâyetçi veya rakibi olması aranmaksızın kötü niyet kanaati oluşabilmektedir.⁵⁷ Umuma yapılan tekliflerde meblağın açık olarak belirtildiği durumlarda da hakem heyetleri tarafından kar amaçlı satış saikiyle kötü niyet değerlendirilmesi yapılabilmektedir.⁵⁸

B. Marka veya Ticari Tanıtıcı İşaret Kullanımını Önleme Niyeti

Alan adı uyuşmazlıklarında yaygın olarak değerlendirilen bir diğer kötü niyet göstergesi, şikâyet edilenin şikâyetçinin hak sahibi bulunduğu işareti kullanmasını önlemesidir. UDRP kapsamında bu gösterge alan adının şikâyet edilen tarafından, ticaret veya hizmet markası sahibi şikâyetçinin bu markayı alan adında kullanmasını engellemek amacıyla tahsis ettirilmiş olması ve bu yönde hareket edilmesi olarak belirtilmiştir.⁵⁹ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği'nde bu durum, “*Şikâyet konusu İAA'nın, ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibinin, bu marka, unvan, ad ya da işareti İAA'da kullanmasını engellemek amacıyla tahsis ettirilmiş olması*” olarak belirlenmiştir. İki kural arasındaki fark yalnızca temel olarak koruma süjesi olarak seçilen menfaatlardan kaynaklanmaktadır. Yani, UDRP marka sahiplerini korurken, Türk Hukukunda hem marka sahipleri hem ticarete kullanılan tanıtıcı işaret sahipleri korunmaktadır.

Alan adı uyuşmazlıklarına ilişkin zikredilen kurallar kapsamında kötü niyetin tespitine ilişkin detaylı koşullara yer verilmiştir. Bu koşulların yanısıra uygulama ile farklı değerlendirme kıstasları da ortaya çıkmıştır. Bunlara göre, şikâyet edilenin kötü niyetli alan adı tahsisi konusunda bir “davranış tarzı” (“*pattern of conduct*”) veya “ihlal tarzı” (“*pattern of abuse*”) olması halinde kullanımı önleme niyeti sebebiyle kötü niyet tespiti yapılabilecektir.⁶⁰ Yani, şikâyet edilenin inceleme konusu uyuşmazlık öncesinde başka üzerinde hakkı bulunmayan markaları da alan adı olarak tahsis ettirmiş olması gerekmektedir.⁶¹ Şikâyet edilen başka alan adı tahsis ettirmemişse veya marka teşkil etmeyen ifadeler içeren alan adları tahsis ettirmişse şikâyetçinin bu maddeler kapsamında ispat yükü daha ağır olacaktır.

Kullanımı önleme suretiyle kötü niyetli tahsis ve/veya kullanımın değerlendirilmesinde, kâr amaçlı satış niyetindeki gibi uyuşmazlığa konu alan adına tekabül eden tanıtıcı işaretin kullanıldığı coğrafi bölge ve bilinirlik seviyesi

⁵⁷ *Starwood Hotels & Resorts Worldwide, Inc, The Sheraton LLC, and Sheraton International, Inc v Mike James Case No D2013-1483* (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi).

⁵⁸ *gioev.com.tr kararı UCM-2024-00074* (BTİDER Uyuşmazlık Çözüm Merkezi).

⁵⁹ UDRP Madde 4(b)(ii)

⁶⁰ UDRP Jurisprudential Overview Bölüm 3.1.2.

⁶¹ *BASF SE v Mark Mark Case No D2016-1848* (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi).

de dikkate alınmaktadır.⁶² Şikâyetçinin, şikâyet edilenin aslında şikâyetçinin tanıtıcı işareti hakkında bilgi sahibi olduğunu ve bu işareti hedef almayı amaçladığını somut olay gerçeklerinden yola çıkarak ispat etmesi gerekecektir.⁶³

C. Rakibe Zarar Verme Niyeti

Alan adları ve tanıtıcı ticari işaretler arasındaki menfaat dengesinde karşılaşılan bir diğer durum, alan adlarının rakibe zarar verme niyetiyle tahsis ettirilmesidir. UDRP kuralları ve Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği uyarınca bu durum, alan adının kötü niyetle tahsisine karine olarak gösterilmiştir. UDRP kuralları uyarınca alan adının şikâyet edilen tarafından, rakiplerin işlerine veya faaliyetlerine zarar vermek amacıyla tahsis ettirilmiş olması aranmaktadır. Türk Hukukunda da uyuşmazlığa konu alan adının, esasen ticari rakiplerin işlerine ya da faaliyetlerine zarar vermek amacıyla tahsis ettirilmiş olması alan adı uyuşmazlık çözüm değerlendirmelerinde kötü niyet göstergelerinden biri olarak kabul edilmektedir.⁶⁴ Diğer görünümlere göre daha az yaygın olmakla birlikte, daha geniş bir yorumlama alanını haiz bir kriterdir ve esasen hakemlerin rekabet ilişkisini geniş bir şekilde yorumlamasından kaynaklanmaktadır.⁶⁵ Şikâyetçi, tarafların aynı sektörde veya aynı ekonomik seviyede faaliyet gösterdiğini veya iki işletmenin doğrudan rekabet içinde olduğunu ispat etmek durumunda değildir. Bunun yerine; şikâyet edilenle benzer alanlarda faaliyet gösterildiği durumlarda uyuşmazlığa konu alan adının kullanılması sonucu olası müşterilerin aldatılmasının veya başka bir suretle kullanıcılarda kafa karışıklığı yaratılabileceğinin gösterilmesi uygulamada yeterli bulunmaktadır.⁶⁶ Buradaki kümülatif şartların birlikte sağlanması önem arz etmektedir.

Doktrinde, kötü niyetin görünümü olarak rakibe zarar verme niyetinin oluşması için üç koşulun oluşması gerektiği ileri sürülmüştür. Bunlar: (i) alan adını tahsis ettiren kişinin şikâyetçinin ticari faaliyetlerini bilmesi; (ii) alan adı tahsisinin temel amacının iş yaşamına zarar vermek olması ve (iii) taraflar arasında rekabete dayalı bir ilişki olması olarak belirtilmiştir.⁶⁷ Kurallar ve doktrin kapsamında her ne kadar rekabette bulunan tarafın alan adını tahsis ettiren tarafın ticaret alanında rakibi olduğu ifade edilse de uygulamada, bunların önceki müşterileri de kapsayacağı yönünde karar verilmiştir.⁶⁸

⁶² Zorluoğlu (n 47) 78; *superlig.com.tr kararı UCM-2024-00084* (BTİDER Uyuşmazlık Çözüm Merkezi).

⁶³ Bettinger ve Waddell (n 2) 1424.

⁶⁴ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği Madde 19/1/c

⁶⁵ Bettinger ve Waddell (n 2) 1426.

⁶⁶ Bettinger ve Waddell (n 2) 1426.

⁶⁷ Zorluoğlu (n 47) 79.

⁶⁸ *Tuyap Tum Fuarcilik Yapim Anonim Sirketi (Tuyap Fairs and Exhibitions Organization Inc) v Tuyap /Kurumsal.net/Koznet Kurumsal Internet Hizmetleri Case No D2003-0442* (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi).

D. Kullanıcıların Yanıtılması

Alan adları ve marka hakları arasındaki dengenin sağlanması amacıyla geliştirilen alternatif uyuşmazlık çözüm sistemlerinde kötü niyetin varlığının değerlendirilmesinde tahdidi olarak sayılmayan son durum, internet kullanıcılarının yanıtılmasıdır. UDRP kuralları uyarınca, alan adının ticari kazanç elde etmek kastıyla, şikâyetçinin markasıyla internet alan adı arasında benzerlik oluşturup bir ürün veya hizmetin kaynağı, sponsorluğu, bağlantısı veya desteği konusunda karışıklık meydana getirerek internet kullanıcılarının alan adı sahibinin internet sitesine veya herhangi bir internet sitesine yönlendirilmesi için kullanılması kötü niyet göstergesi olarak kabul edilmektedir.⁶⁹ Türk Hukukunda bu görünüm: “*ihtilaf konusu İAA'nın, ticari kazanç elde etmek amacıyla, şikâyetçinin sahibi olduğu ticarete kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işareti ile benzerlik sağlayarak karışıklık meydana getirmek suretiyle internet kullanıcılarının İAAS'nin internet sitesine veya herhangi bir internet sitesine yönlendirilmesi amacıyla bu İAA'nın kullanılması*” olarak sayılmıştır.⁷⁰

Kullanıcıların yanıtılması çerçevesinde temelde, tanınan bir markayla aynı veya kafa karıştırıcı derecede benzer bir alan adının, orijinal marka ile bağlantılı olmayan tarafça tahsis ettirilmesinin tek başına kötü niyet karinesi teşkil edebileceğine işaret etmektedir. Bu durumun tam anlamıyla değerlendirilebilmesi için uygulamada birtakım şartlar öngörülmüştür. Buna göre, i) fiili iltibas; ii) başarısız olsa dahi şikâyet edilenin ticari menfaati için karışıklık meydana getirme amacı; iii) şikâyet edilenin uyuşmazlığa konu alan adına ilişkin hak veya bağlantısının bulunmaması; iv) alan adının şikâyet edilene ait başka bir internet sitesine yönlendirilmesi; v) alan adının şikâyetçinin veya bir rakibinin internet sitesine yönlendirilmesi; ve vi) makul olarak herhangi bir iyi niyetin ortaya koyulamaması dikkate alınmaktadır.

Kullanıcıların yanıtılmasının belirlenmesinin sübjektifliği karşısında, bu karine kapsamında yapılan değerlendirmelerin de daha geniş tutulacağı kanaati yerleşmiştir. Bu bağlamda şikâyetçinin internet kullanıcılarının kafa karışıklığı yaşadığına ilişkin somut delil göstermesine gerek görülmemektedir. Kuralların lafzı ışığında internet sitesinin ziyaret edenlerin, şikâyetçinin oluşturduğu içeriğin kaynağına ilişkin kafa karışıklığı ihtimalinin gösterilmesi yeterli bulunmuştur. Bu kapsamda, trafiğin uyuşmazlığa konu alan adına bağlı internet sitesine ulaşmış olması karışıklık ihtimali için yeterli görüldüğünden, bu internet sitesinde yer alacak olan ilgisiz içerik veya yasal uyarılar, herhangi bir kötü niyetin varlığını bertaraf etmek için yetersiz olacaktır.

E. Pasif Elde Tutma

Alan adlarına ilişkin alternatif uyuşmazlık çözümlerinde aranan kriterlerden en önemlisi olan kötü niyet, kullanım ve/veya tahsis esnasında aranmaktadır. Bununla birlikte, bu uyuşmazlıkların yaygınlaşması ve ilgili hukuk alanının gelişmesiyle

⁶⁹ UDRP Madde 4(b)(iv)

⁷⁰ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği Madde 19/1/ç

birlikte, belirli şartlarda *kullanmamanın* da kötü niyet kapsamında değerlendirilebileceği kabul görmüştür. Öyle ki, bir alan adının tahsis ettiren tarafından pasif olarak elde tutulmasının da ilgili kurallar çerçevesinde kullanım teşkil edebileceği ifade edilmektedir.⁷¹ Bu çerçevede, 2000 tarihli bir UDRP kararından kaynağını alan *pasif elde tutma doktrini*⁷² doğmuştur. Uygulamayla görülen bu durum, doktrinde kötü niyetteki kümülatif gerekliliğin yumuşatılması ihtiyacı olarak yorumlanmıştır.⁷³

Pasif elde tutma doktrini ilk defa, alan adı uyuşmazlıklarında bir dönüm noktası olarak kabul edilen 2000 tarihli *Telstra* kararı ile kabul görmüştür.⁷⁴ Kararla birlikte kullanmamanın kötü niyet kriteri kapsamında kabul görebilmesi için göz önünde bulundurulması gereken şartlar da belirlenmiştir. Buna göre: (i) uyuşmazlığa konu alan adının; şikâyetçinin marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işareti ile ayırt ediciliği ve bilinirlik derecesi; (ii) şikâyet edilenin uyuşmazlık çözüm mekanizmasına cevap vermemesi veya iyi niyetli kullanıma ilişkin mevcut veya muhtemel bir delil sağlamaması; (iii) şikâyet edilenin kimliğini gizlemesi veya sahte iletişim bilgileri kullanması; (iv) herhangi bir iyi niyetin makul olarak ortaya koyulamaması kriterleri göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılacaktır. Bu değerlendirme esnasında dikkate alınacak kıstasların kümülatif olarak gerçekleşmesi aranmamaktadır.

Telstra kararı sonrası pasif elde tutma doktrini kapsamında yukarıda sayılanlar dışında çeşitli özel durumların da kötü niyet kapsamında değerlendirilebileceği yönünde kararlar yayınlanmıştır. Bunlar esasında *Telstra* kararıyla birlikte kararlaştırılan durumlar ve kurallar ile belirlenen kötü niyet görünüm biçimleri ile de benzerlik göstermektedir. Bu kapsamda aşağıda belirtilen haller de pasif elde tutma doktrini çerçevesinde kötü niyet varlığına yönelik kanaatin oluşmasında dikkate alınabilmektedir:

- i. Şikâyet edilenin alan adını tahsis ettirerek alan adını kullanmaması ve dolayısıyla şikâyetçinin çevrimiçi varlığı olmadığı izlenimi verme ihtimali.⁷⁵
- ii. Şikâyetçinin yeni bir girişim açıklamasından kısa bir süre sonra şikâyet edilen tarafından alan adının tahsis ettirilmesi ve bu alan adının ticari bağlamda kullanılacağına ilişkin göstergeleri bulunması.⁷⁶

⁷¹ Bettinger ve Waddell (n 2) 1416.

⁷² Pasif elde tutma, “*pasif depolama*” (“*passive warehousing*”) olarak da anılmaktadır. Bu doğrultuda bkz. Bernadette Dino, ‘Passive Warehousing under ICANN’s Uniform Dispute Resolution Policy: A Utilitarian Perspective’ (2002) 10 Journal of Communications Law and Technology Policy 301, 307.

⁷³ Zalnieriute (n 14) 50.

⁷⁴ *Telstra Corporation Limited v Nuclear Marshmallows Case No D2000-0003* (WIPO Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi).

⁷⁵ *Alstom v Future ISP Case No D2010-1376* (WIPO Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi).

⁷⁶ *Alstom v Jai Shan Case No D2017-1213* (WIPO Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi).

iii. Şikâyet edilenin alan adını kimlik hırsızlığı yoluyla iyiniyetli üçüncü kişi aracılığıyla tahsis ettirmiş olması.⁷⁷

iv. Şikâyet edilenin daha önce tanınmış markaları içeren alan adlarını tahsis ettirmiş olması.⁷⁸

Kötü niyet kriterinde hem tahsis hem de kullanım esnasında kötü niyet aranması gerekliliğinin genişletilerek tahsis veya kullanımda kötü niyet aranması gerektiği UDRP gelişme sürecinde de savunulmuştur. Bu savunmaların arkasında ise siber korsanların genel olarak alan adlarını toplu olarak tahsis ettirdikleri ancak kullanmadıkları ve kullanım olmaksızın alternatif uyuşmazlık çözüm usullerine başvurunun mümkün olmadığı yatmaktaydı.⁷⁹ Bu sorunun, pasif elde tutma doktrininin kabulü ile bertaraf edildiği düşünülebilir.

UDRP uygulamasının izlenmesi sonucu Türk Hukukunda bu durum, kötü niyet kriterinin değerlendirilmesine ilişkin düzenlemede değişiklik yapılarak bertaraf edilmiştir.⁸⁰ Böylelikle bu ikili gerekliliğin kaldırılması yolu seçilmiş ve alan adı düzenlemesinde “ve” ifadesi “veya” ile değiştirilmiştir. Kurallar çerçevesindeki farkla tahsis ve kullanım sırası kötü niyet aranması bertaraf edilse de Türk Hukukunda halen pasif elde tutma doktrini kötü niyet tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır.⁸¹ Kümülatif gerekliliğin kaldırılması ile marka sahipleri ve *ilk gelen ilk alır* prensibi ile hareket eden internet kullanıcılarının hakları arasında uluslararası arenada görülen dengenin marka sahipleri lehine evrildiği savunulabilecektir.

Marka hakları, sahibine bir ifadeyi mutlak bir şekilde yalnızca kendi kontrolü altında tutma yetkisi veren haklar değildir. Belirli istisnalar dışında bu haklar, ilgili piyasalarda markaya tekabül eden ifadenin ticari olarak kullanılmasına yöneliktir.⁸² Örneğin, *Costa* markası, *Costa Limited* şirketine bir kafe için ticari olarak kullanımını konusunda münhasır hak tanımaktadır. Ancak bu hak, üçüncü kişilerin sabun üretim veya satımının engellenmesi yetkisini vermez. Hal böyleyken, doğası gereği daha geniş bir alanda etkili olan ve daha fazla kullanım alanı bulunan alan adlarının marka sahiplerine özgülenmesi kanaatimizce markanın hukuki ve ticari işlevleriyle bağdaşmamaktadır. Nitekim, *ilk gelen ilk alır* prensibinin küresel internet alan adları hukukunda benimsenmesinden sonra, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları çerçevesinde kötü niyet kriterinin marka hakkı sahiplerine imtiyaz tanıyacak derecede genişletilmesi, prensibin işlevselliğini önemli derecede sınırlamaktadır.

⁷⁷ *Confédération Nationale du Crédit Mutuel v Bryna Cytrynbaum Case No D2010-0165* (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi).

⁷⁸ *Humana Inc v Yao Renfa Case No D2009-1463* (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi).

⁷⁹ Dino (n 72) 307.

⁸⁰ Kaya (n 7) 1482.

⁸¹ *fıgopara.com.tr UCM-2022-00033* (BTİDER Uyuşmazlık Çözüm Merkezi); *furkanpen.com.tr kararı TOBBUYUM-2024-(238)* (TOBBUYUM Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi).

⁸² Suluk, Karasu ve Nal (n 2) 238 vd.; Jessica Litman, ‘The DNS Wars: Trademarks and the Internet Domain Name System’ (2000) 4 *The Journal of Small and Emerging Business Law* 149, 153.

SONUÇ

Türkiye’de görülen alan adı uyuşmazlıkları açısından en önemli iki alternatif uyuşmazlık çözüm sistemi UDRP ve İnternet Alan Adları Yönetmeliği çerçevesinde kurulan sistemlerdir. Bu çerçevelerde, ticarete kullanılan tanıtıcı işaret üzerinde hak sahibi olan şikâyetçi, uyuşmazlığa konu alan adının, *ilk gelen ilk alır prensibi* gereğince tahsis ettiren şikâyet edilenden kendisine devredilmesini veya alan adının iptalini talep edebilmektedir. İki sistemde de bu talep için şikâyetçinin başvuru şartları kapsamında birtakım ispat yükümlülükleri vardır. Bu çerçevede şikâyetçi, alan adına tekabül eden ifadeyle aynı veya benzer tanıtıcı işaret üzerinde hak sahipliği, şikâyet edilenin bu ifadeye ilişkin hak veya meşru menfaatinin bulunmadığına ilişkin iddiaları ile alan adının kötü niyetle kullanıldığı/tahsis ettirildiğine ilişkin bilgi ve belgeleri sunmakla yükümlüdür. İlk iki kriter iki usul için de çoğunlukla benzerlik içerirken, son kriterde iki usulü birbirinden temel olarak ayıran bir detay söz konusudur.

Türk Hukuku ve UDPR kapsamındaki kötü niyet görünüm biçimleri benzerlik göstermektedir. Bunlar, (i) alan adının şikâyet edilen tarafından belgelenmiş masrafları aşan bir bedel karşılığında kâr amacıyla şikâyetçiye veya üçüncü bir tarafa satılma amacı, (ii) alan adının şikâyet edilen tarafından, şikâyetçinin kullanılmasını engellemek amacıyla tahsis ettirilmesi, (iii) alan adının şikâyet edilen tarafından rakiplerine zarar vermek amacıyla tahsis ettirilmiş olması, (iv) alan adının şikâyetçinin markasıyla internet alan adı arasında benzerlik oluşturup kazanç elde etmek amacıyla tahsis ettirilmiş olmasıdır. İki sistem çerçevesinde de kötü niyet görünüm biçimler tahdidi olarak sayılmamış olup hakem ve hakem heyetlerine değerlendirme esnasında takdir yetkisi tanınmıştır. Bu bağlamda öncelikle UDRP çerçevesinde gelişen sonrasında da Türk Hukukunda benimsenen pasif elde tutma doktrini doğmuştur. Alan adlarının kullanılmaması halinde de kötü niyetin varlığında uyuşmazlık çözümünün amacının yerine gelebilmesi için yeni bir doktrine ihtiyaç duyulmuştur. Pasif elde tutma doktrini ile UDRP kurallarının lafzında yer alan “tahsis ettirme ve kullanım” ifadesindeki kullanım şartının yarattığı boşluk doldurulmuştur. Bu doktrin çerçevesinde, alan adı ve şikâyet edilenin tutumları değerlendirilerek alan adının kullanılmamasının da belirli şartlarda kötü niyet olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir.

UDRP ve İnternet Alan Adları Yönetmeliği’ni birbirinden ayıran kriter, kötü niyetin varlığına ilişkindir. UDRP gereğince alan adının hem tahsisi anında hem de kullanımı esnasında kötü niyetin varlığı aranır. Bu kümülatif gereklilik, marka sahiplerini *cybersquatting* olarak adlandırılan haksız fiilden korurken, alan adı sahiplerinin haklarını korumayı amaçlamaktadır. Buna karşılık Türk Hukukunda alan adının tahsisinde veya kullanımı esnasında kötü niyetin varlığı, şikâyetçinin başvuru yapabilmesi için yeterli görülmüştür. Böylece şikâyetçinin marka hakları ile şikâyet edilenin *ilk gelen ilk alır* prensibine dayalı menfaatleri arasındaki denge, marka haklarına ağırlık verilmiştir.



UDRP sisteminde kötü niyetin hem tescil ve hem de kullanım esnasında aranması marka sahiplerinin ticari faaliyetlerini istismar edebilecek fırsatçı alan adı tahsislerinin engellenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Öyle ki UDRP bu yolla marka ve ticarete kullanılan ayırt edici işaret üzerinde hak sahiplerinin, bu haklarının bir uzantısı olan itibarını da koruma altına almaktadır. Ancak UDRP kurallarının yorumlanması sonucunda pasif elde tutma doktrini ve Türk Hukukunda benimsenen yaklaşımla marka hakkı sahiplerinin talep ve internete müdahale alanlarının genişletildiği söylenebilir. Bu durumda internet alan adları için geçerli olan ilk gelen ilk alır prensibinin işlevselliğinin önemli ölçüde azalacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim Türk Hukukunda da küresel sisteme uyum yolunda benimsenen *ilk gelen ilk alır* prensibinin kabulü ile internet alan adlarında tahsisin belgesiz sağlanması benimsenmişken, internet alan adlarına ilişkin alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları çerçevesinde marka hakkı sahiplerine imtiyaz tanıyan kötü niyet kriterinin genişletilmesi çelişki arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Bal N, 'İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi' (2013) 17 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 315

Benedek W, Liddicoat J ve van Eijk N, 'Comments Relating to Freedom of Expression and Freedom of Association with Regard to New Generic Top Level Domains' (Council of Europe 2012) <https://www.ivir.nl/publicaties/download/DG_I_2012_4_FINAL.pdf> accessed 21 April 2024

Bettinger T ve Waddell A (eds), *Domain Name Law and Practice: An International Handbook* (2. Baskı, Oxford University Press 2015)

Bilge ME, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi* (Yetkin Yayınları 2014)

Cogburn DL, Ochieng TA ve Wong HM, 'Towards an Understanding of Global "Private Ordering" in ICANN: Text Mining 23 Years of Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy (UDRP) Decisions' [2023] *Journal of Cyber Policy* 1

Dino B, 'Passive Warehousing under ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy: A Utilitarian Perspective' (2002) 10 *Journal of Communications Law and Technology Policy* 301

Ekici Ş, 'Öğretideki Temel Görüşler ve Türk Pozitif Hukuku Kapsamında İnternet Alan Adlarının (Domain Names) ve Alan Adları Üzerindeki Hakkın Hukuki Niteliği' (2023) XIII Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 409

Gultom AM, 'Domain Name under UDRP: Unregistered Trademark Protection Based on Current Decisions' (2023) 5 *Indian Journal of Law and Legal Research*

ICANN, 'Management of Internet Names and Addresses' <<https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/white-paper-2012-02-25-en>> accessed 25 April 2024

—, 'Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy' (21 February 2024) <<https://www.icann.org/resources/pages/policy-2024-02-21-en#4f>> accessed 18 April 2024

Johnson S, 'Trademark Territoriality in Cyberspace An Internet Framework for Common-Law Trademarks' (2014) 29 Berkeley Technology Law Journal 1253

Karaman Z, *İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları: Karşılaştırmalı Bir Analiz* (Birinci baskı, Seçkin 2017)

Kaya MB, *İnternet Hukuku* (2. Baskı, On İki Levha Yayınları 2021)

—, 'İnternet Alan Adı (Domain) Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler: UDRP, URS ve TRABİS Karşılaştırması' (2021) 27 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1462

Kulular İbrahim MA, 'Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması: Türkiye, ABD ve Avustralya Örnekleri' (2019) 1 Bilişim Hukuku Dergisi 85

Lipton JD, 'Bad Faith in Cyberspace: Grounding Domain Name Theory in Trademark, Property and Restitution' (2010) 23 Harvard Journal of Law and Technology <<https://web.p.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=c4bc74ce-b3bd-46f9-8df0-a9a84f229847%40redis>> accessed 24 April 2024

Lipton JD ve Wong M, 'Trademarks and Freedom of Expression in ICANN's New gTLD Process' (2012) 38 Monash University Law Review 188

Litman J, 'The DNS Wars: Trademarks and the Internet Domain Name System' (2000) 4 The Journal of Small and Emerging Business Law 149

Loutocký P, 'Are We Getting Good Decisions by Top - Level Domain Name Dispute Resolution Providers?' (2015) 9 Masaryk University Journal of Law and Technology 111

Moran M, 'Domain Name Statistics: How Many Domains Are There?' (*colorlib*, 14 March 2024)

Oğuz S, *İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2014)

—, 'İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi' (2021) 9 Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13

Özdemir H, 'Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması' (2008) 57 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 561

'Record Number of Domain Name Cases Filed with WIPO in 2023' (*WIPO*) <<https://www.wipo.int/amc/en/domains/caseload.html#:~:text=Trademark%20owners%20from%20around%20the,France%2C%20and%20the%20United%20Kingdom.>> accessed 23 April 2024

Soysal T, *İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law)* (Birinci baskı, Adalet Yayınevi 2014)

Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2023)

Sunderland SD, 'Domain Name Speculation: Are We Playing Whac-A-Mole?' (2010) 25 Berkeley Technology Law Journal 465

Weitzenboeck EM, 'Hybrid Net: The Regulatory Framework of ICANN and the DNS' (2014) 22 International Journal of Law and Information Technology 49



Zalnieriute M, 'Beyond the Governance Gap in International Domain Name Law: Bringing the UDRP in Line With Internationally Recognized Human Rights' (2020) 56 Stanford Journal of International Law 79

Zorluoğlu A, 'Alan Adlarında Kötü Niyet Kavramı' (2012) 2 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 67 *aliasaf.com.tr kararı TOBBUYUM-2023-(200)* (TOBBUYUM Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)

Hakem Kararları

Alstom v Future ISP Case No D2010-1376 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

Alstom v Jai Shan Case No D2017-1213 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

Banco Bradesco S/A v Paulo Araujo Case No DCO2010-0049 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

BASF SE v Mark Mark Case No D2016-1848 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)
cappmoda.com.tr kararı TOBBUYUM-2022-(126) (TOBBUYUM Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)

Confédération Nationale du Crédit Mutuel v Bryna Cytrynbaum Case No D2010-0165 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

figopara.com.tr UCM-2022-00033 (BTİDER Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)

furkanpen.com.tr kararı TOBBUYUM-2024-(238) (TOBBUYUM Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)

gioev.com.tr kararı UCM-2024-00074 (BTİDER Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)

Humana Inc v Yao Renfa Case No D2009-1463 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

Prom Night Events v YourFormal Pty Ltd / Your Formal Australia Pty Ltd, Samir Kapoor Case No D2011-1707 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

qpos.com.tr kararı TOBBUYUM-2024-(262) (TOBBUYUM Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)

Roper Industries, Inc v VistaPrint Technologies Ltd Case No D2014-1828 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

Sage Global Services Limited v Narendra Ghimire, Deep Vision Architects Case No DAI2023-0010 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

sakaryaemlak.com.tr kararı UCM-2022-00004 (BTİDER Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)

SAP AG v Reffael Caspi Case No D2009-0060 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

Sony Kabushiki Kaisha aka Sony Corporation v Sony Holland Case No D2008-1025 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

Starwood Hotels & Resorts Worldwide, Inc, The Sheraton LLC, and Sheraton International, Inc v Mike James Case No D2013-1483 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

superlig.com.tr kararı UCM-2024-00084 (BTİDER Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)

Telstra Corporation Limited v Nuclear Marshmallows Case No D2000-0003 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

Tuyap Tum Fuarcilik Yapim Anonim Sirketi (Tuyap Fairs and Exhibitions Organization Inc) v Tuyap /Kurumsal.net/Koznet Kurumsal Internet Hizmetleri Case No D2003-0442 (WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi)

EBEVEYNLERİN SOSYAL MEDYADA ÇOCUKLARI ÜZERİNDEN ELDE ETTİKLERİ KAZANCIN ÇOCUK MALLARI KAPSAMINDA İNCELENMESİ

*An Examination of the Profits that Parents Earn Through their
Children on Social Media within the Scope of Minors Properties*

Nesli Beril ÖZEN ÇOLAK*

Özet

Günümüzde sosyal medya, birçok ebeveyn için kazanç sağlama yeri haline gelmiştir. Bunu da çoğu zaman çocuklarına dair paylaşımlar yaparak sağlamaktadırlar. Hatta bu sebeple sharenting kavramı ortaya çıkmış ve ülkemizde bu kavram yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu şekilde paylaşım yapan ebeveynler de takipçilerini arttırarak influencer haline gelmekte ve birçok reklam şirketinin ve markanın ilgisini çekmektedirler. Zira ebeveynlerin çocuklarına dair yaptıkları paylaşımlar, sosyal medyada etkileşimi de arttırmaktadır. Reklam şirketleri de, ebeveynler ile ürünlerinin reklamlarını yapma hususunda anlaşmaktadırlar. Ebeveynlerin yapmış olduğu bu paylaşımlar, hukuken birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Özellikle ebeveynlerin, çocuklarını kullanarak yaptıkları reklamlar üzerinden elde ettikleri kazancın, hukuken çocuğun malı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir tespitin yapılması, basit de değildir. Bu bağlamda Türk hukukunda mevcut düzenlemeler ve özellikle başka ülkelerdeki gelişmeler göz önünde bulundurularak bir tespit yapılmaya çalışılacaktır. Ardından çocuk malı niteliğinde olan mallar için ebeveynlerin hak ve yükümlülükleri ve bu malların korunması, yeri geldikçe mukayeseli hukuka ve Yargıtay kararlarına da bakılarak incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Çocuk kavramı, çocuk malları, velayet hakkı, velayetin sınırları, çocuk mallarının korunması.

Abstract

Nowadays, social media has become a place for many parents to earn income, often by sharing posts related to their children. The concept of “sharenting” has emerged due to this practice, and it has started to become widespread in our country as well. Parents who share content in this manner increase their followers and attract the interest of many advertising companies, thus becoming influencers. Indeed, the posts made by parents about their children also increase interaction on social media platforms. Advertising companies enter agreements with parents to advertise their products. The sharing done by parents in this way brings along many legal issues. Especially, it is necessary to evaluate whether the income obtained by parents through advertisements featuring their children is legally considered the minors property or not. Making such an assessment is not simple. In this context, regulations introduced in Turkish Law and developments in other countries

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.10.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Arş. Gör., Altınbaş Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Doktora öğrencisi, nesli.ozen@altinbas.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1934-1035>.

will be taken into consideration to make an evaluation. Subsequently, the rights and obligations of parents regarding goods considered as minors property and the protection of these goods will be examined, sometimes with reference to comparative law and decisions of the Court of Cassation.

Keywords: The term of minor, property of minor, custody right, limits of the custody, protection of minor's property.

GİRİŞ

Günümüzde yaygınlaşan sosyal medya kullanımı sebebiyle birçok alanda influencerlik kavramı gelişmiş, özellikle ebeveynlerin çocuklarını paylaşarak takipçi ve beğeni kazanması giderek artmıştır. Takipçi sayısı artan ebeveynler, kendileriyle işbirliği yapan markalar üzerinden kazanç sağlamaya başlamıştır. Bu kazançları, çocuğuna dair yaptığı paylaşımlar sebebiyle kazandığında bunların çocuk malı niteliğinde olup olmadığının incelenmesi önem arz etmektedir.

Genellikle bu kazanç parasal olarak elde edilmekte ise de bazı durumlarda aynı kazançlar da söz konusu olabilmektedir. Çocuk malları kapsamında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) malların yönetimi, kullanımı, gelirlerin sarfı, çocuk mallarının kısmen sarfı, serbest mallar ve çocuk mallarının korunması başlıkları ile düzenlemeler getirildiğini görmekteyiz.

Ayrıca çocuk mallarına ilişkin düzenlenen bu hükümler kural olarak velayet hakkının bir uzantısı olduğundan makalemizde de çocuk malları velayet hakkı kapsamında incelenecek olup öncelikle hukukumuzda çocuk kavramının ne olduğu, ardından çocuk malları, velayet kavramı ve çocuk malları bağlamında velayet hakkının kapsamı, sınırları ve sonuçları açıklanacaktır. İstisnaen bazı durumlar velayet hakkı ile değil soybağı ile ilgili olduğundan o hususlar da yeri geldiğinde belirtilerek incelenecektir.

Belirtmek gerekir ki çocuğun kişilik hakkının ihlali, makalemizin kapsamında incelenmeyeceğinden, bu kapsamda başvurulabilecek hukuki yollar değerlendirilmeyecektir.

I. TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUK KAVRAMI

Hukukumuzda 18 yaşını doldurmamış her birey çocuk olarak kabul edilmektedir¹. Zira TMK m. 11'de erginliğin, 18 yaşın doldurulmasıyla başladığı açıkça düzenlenmiştir². Çocuk, 18 yaşını doldurduğu an kendiliğinden ergin hale gele-

¹ Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2017) 3; İlay Zeynep Suata, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021) 18; Bahar Öcal Apaydın ve Selin Hışım, 'Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı' iç Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik ve Gülen Sinem Tek (edr) *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin Yayıncılık 2021) 286.

² 18 yaşın doldurulması ifadesinden anlaşılması gereken çocuğun, 19 yaş doğum gününün gelmiş olmasıdır. Söz gelimi 1 Ocak 2000 doğumlu bir çocuk 1 Ocak 2019 tarihinde ergin olacaktır. Bkz. Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları 1968) 15, 16; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2016) 55, 56; İsviçre Hukuku'nda da erginlik yaşı 18 olarak belirlenmiştir, Bkz. Peter Breitschmid, 'Art 14' in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (eds. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 4. Auflage, (Schulthess Juristische Medien AG 2023) 75.

cektir³. Ülkemizin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca da “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*” denilerek çocuk kavramı benzer şekilde tanımlanmıştır.

Gerek BM Sözleşmesi gerekse de TMK kapsamında erken yaşta erginlik halinden bahsedildiği görülmektedir. Nitekim TMK m. 12 uyarınca 15 yaşını doldurmuş çocukların mahkeme kararı ile, TMK m. 124 uyarınca ise evlenme ile ergin kılınması düzenlenmiştir. Buna göre çocuk, 17 yaşını doldurduğunda evlenme ehliyetini haiz hale gelmekte, evlendiği takdirde ergin kılınmaktadır. Bazı durumlarda 16 yaşını dolduran küçüğün hâkim kararıyla evlenebilmesi de söz konusu olmaktadır.

Bu durumda her ne kadar çocuk kavramı 18 yaşını doldurmamış bireyler için söylenecekse de istisnai olarak daha erken yaşta ergin kılınan küçükler için bu tanımdan ayrılınmaktadır. Mahkeme kararıyla ergin kılınma söz konusu olduğu takdirde ergin kılınan kişi 15 yaşını, evlenme ile ergin kılınma söz konusu olduğunda kural olarak 17, hâkim kararıyla evlenmede 16 yaşını doldurmasıyla artık hukuken çocuk sayılmayacaktır.

5395 S. Çocuk Koruma Kanunu'nda (ÇKK) çocuk tanımı farklıdır. Tanımlar başlıklı m. 3'e göre herhangi bir sebeple ergin kılınmış olsa dahi 18 yaşını tamamlamamış her küçük, çocuk sayılacaktır. Kanunun amacına bakıldığında, m. 1'de “*Bu Kanunun amacı, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir*” denilmektedir. Bu amaç ışığında mahkeme kararı veya evlenme ile ergin kılınma dahi küçük, çocuk olarak kabul edilecektir.

Buraya kadar bahsi geçen tüm hususlar çocukluğun sona ermesiyle ilgili hususlar olup çocukluğun başlangıcından da bahsetmek gerekmektedir. Hukukumuzda TMK m. 28'de kişiliğin tam ve sağ doğma koşuluyla başladığı belirtilmektedir. Bu durumda çocukluğun tam ve sağ doğma ile başlayacağını kabulü yerinde olacaktır⁴. Tam ve sağ doğumdan anlaşılması gereken çocuğun anne rahmi dışında bağımsız bir varlık kazanmış ve yaşıyor olmasıdır⁵.

II. VELAYET HAKKI

A. VELAYET KAVRAMI

Velayet kavramı, TMK'da tanımlanmamış, velayet hükümlerinin içinde m. 335 ve devamında velayetin kimlere ait olduğu ve hükümleri düzenlenmiştir. Bu kapsamda doktrinde yapılan belli başlı tanımlamalara göz atmamız gerekirse;

³ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (Filiz Kitabevi, 2021) 69, 70; Şaban Kayıhan, *Kişiler Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022) 36.

⁴ Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması* (Pegem Akademi 2021) 103; Sera Reyhani Yüksel, *Velayet Hakkının Anayasal Sınırları* (Legal Yayıncılık 2016) 12; Apaydın ve Hışım (n 1) 287.

⁵ Akyüz (n 4) 103; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 3) 8; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (Legal Yayıncılık 2021) 29; Ayan ve Ayan (n 2) 43; Kayıhan (n 3) 20.



Dural / Öğüz / Gümüş'e göre; “*Velayet hakkı, ana babanın, kural olarak küçüklerin, istisnai olarak da kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların kişi ve malları üzerinde sahip oldukları görev, yetki ve hakların bütününe ifade eder*”⁶.

Serozan'a göre; “*anne ve/veya babanın korunmayı gereksinen küçük ya da kısıtlı, evlilik içinde ya da dışında doğmuş çocukların bakımına, gereksinimlerinin karşılanmasına, çıkarlarının korunmasına, onların mallarının yönetilip kullanılmasına, değerlendirilmesine ve çocukların temsiline ilişkin hakların ve yükümlülüklerin toplamıdır*”⁷.

Öztan'a göre; “*Velayet, küçük veya istisnai olarak haklarında kısıtlılık kararı alınmış çocuklar hakkında gerekli kararları almaları için, kanun koyucunun ana babaya tanıdığı bir yükümlülük, bir yetkidir*”⁸.

Tüm bu tanımlardan hareketle bir tanım yapmak gerekirse velayetin, anne ve babanın ayrı veya ortak olarak kullandıkları, çocuğa ilişkin bazı haklar ve daha çok çocuğun yararının gözetilmesi için yükümlülükler yükleyen bir kurum olduğunu söyleyebiliriz. Ancak belirtmek gerekir ki istisnai hallerde kısıtlı ergin kişilerin de anne ve/veya babasının velayetinde kaldığı söylenebilecektir⁹.

B. VELİ KAVRAMI

Veli kavramından anlaşılması gereken velayet hakkına sahip olan anne ve/veya babadır. Bu hak, çocuğun ergin olmasıyla ortadan kalkmaktadır. Çocuğun ergin olmasından sonra hala kısıtlanması gerekiyorsa devreye vesayet kurumu girmektedir; ancak m. 335/2 uyarınca bazı istisnai hallerde çocuk ergin olmuşsa dahi korunmaya muhtaç ise, kısıtlanması gerekiyorsa hakim, vesayet altına almak yerine velayet hakkının devam etmesi ve anne ve babanın ilgilenmesi yönünde karar verebilmektedir¹⁰.

Anne ve baba evli ise velayet hakkı her ikisine ait olmaktayken boşanmadan sonra çocukların velayeti ya anneye ya da babaya verilmektedir. Anne ve babanın evli olmaması durumunda TMK m. 337 gereği velayet, anneye ait olacaktır.¹¹

Son zamanlarda kanunlarımızda yer almasa da mahkeme kararları¹² ile boşanmadan sonra ortak velayet mümkün hale gelmiştir. Özellikle Anayasa m. 90 kapsa-

⁶ Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2023) 375.

⁷ Serozan (n 1) 250.

⁸ Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015) 1074.

⁹ Bu konuda bkz. Ahmet Cahit İyilikli ve Oğuz Ersöz, ‘Ergin Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Hukuki Sonuçları’ (2018) 11 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 171 vd.

¹⁰ Canan Yılmaz, *Velayet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023) 25.

¹¹ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 6) 375, 376.

¹² Örnek olarak bkz. Ankara BAM, 2. HD., E. 2019/2783, K. 2019/3945, T. 25.12.2019, Ankara BAM, 2. HD., E. 2019/823, K. 2020/1076, T. 6.10.2020, Yargıtay 2. HD., E. 2023/9546 K. 2024/1122 T. 22.2.2024, Lexpera İçtihat Bankası.

mında taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin hukukumuzda kanun hükmünde sayılacağı göz önünde bulundurulduğunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 Numaralı Protokol'de yer alan boşanma sonrası da eşler için eşitliğe dair düzenlemeler, ortak velayet için yasal bir dayanak oluşturmaktadır¹³. Öğretide de ortak velayete hükmedilebileceğine dair görüşler gittikçe artmaktadır¹⁴.

Boşanma sonrasında anne ve babanın talebi varsa ve çocuğun yararı bunu gerektiriyorsa hakim, ortak velayete hükmedebilmektedir¹⁵. Bu durumda anne ve baba velayeti birlikte kullanacaklardır. Ortak velayet söz konusu olmadığında ise velayet hakkı sadece bir ebeveynde bulunacaktır. Diğer ebeveyn ise çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep edebilecektir. Sonuç olarak velayetin hakkının kimde olduğuna göre veli kavramı belirlenecektir.

C. VELAYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Velayet kavramı, geçmişten günümüze değişen bir kavram olmuştur. Önceleri velayet hakkının mutlak bir hak olduğu, velayetin, çocuk üzerinde bir otorite olduğu kabul edilmekteyken artık isabetli olarak bu nitelendirmeden uzaklaşmış ve daha çok çocuğun yararına, onun gelişmesine yardımcı olacak bir kurum olduğu kabul edilmiştir¹⁶. Her ne kadar bir görüşe göre velayet hakkı, hala mutlak bir hak iken¹⁷ burada bahsi geçen mutlak hak kavramı çocuk üzerinde bir hak olduğu anlamına gelmemektedir. Genel olarak mutlak hak denilince hak sahibi tarafından, hakkı ihlal etmesi söz konusu olan herkese karşı ileri sürülebilen haklar anlaşılmaktadır¹⁸. Bu kapsamda velayet hakkının çocuklar üzerinde sınırsız bir tasarruf hakkı, yetkisi veya serbestisi tanınmadığı kabul edilmelidir. Yine velayet hakkı sahipleri (veli), velayet haklarına saldırı söz konusu olduğunda bunu herkese karşı ileri sürebilecektir. Ancak bu açılardan velayet hakkının, mutlak bir hak olduğu kabul edilebilecektir.

¹³ Nagehan Çakır, *Boşanma Sonrası Ortak Velayet*, (Yetkin Yayınları 2020) 86, 87; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bu sözleşmeyi dayanak göstererek daha önceki kararlarından dönmüş ve ortak velayete hükmedilebileceğine dair ilke bir karar vermiştir, bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20.02.2017, Legalbank İçtihat Bankası.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nazlı Hilal Coşkun, *Velayete Hâkim Olan İlkelerin Ortak Velayete Uyarlanması*, (Aristo Yayınevi 2023) 86 vd.

¹⁵ Arzu Genç Arıdemir, 'Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu' iç Evgen Gülçin Elçin ve Arzu Genç Arıdemir (edr) *Çocuk Hakları Çalışmaları -I-* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 147, 148.

¹⁶ Sevgi Usta, *Velayet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 25; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 259.

¹⁷ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 6) 360; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (On İki Levha Yayıncılık 2023) 153; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk, C. 1* (Seçkin Yayıncılık 2024) 135; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Medeni Hukuk* (Beta 2023) 36.

¹⁸ Oğuzman ve Barlas (n 15) 153; Antalya ve Topuz (n 15) 133; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, C. 1* (Filiz Kitabevi 2023) 90; Akıntürk ve Ateş (n 15) 33; Bilge Öztan, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları* (Yetkin Yayınları 2021) 78; Rona Serozan, *Medeni Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2008) 233; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk'a Giriş* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 124.



Bu açıdan velayet hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağı ve ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hak olmakla birlikte nispi hakkın da özelliklerini taşımaktadır¹⁹. Buradaki mutlaklık üçüncü kişilere karşı ortaya çıkan etkiden kaynaklanmaktadır.

Doktrinde benimsenen diğèr görüş velayetin bir hak-yüküm olduğudur²⁰. Buna göre velayet, velilere bazı haklar tanıırken birtakım yükümlülükler de yüklemektedir. Bu sebeple velayet denilince hakların ve yükümlülüklerin bir arada bulunduğu bir kurum anlaşılmalıdır. Başka bir deyişle velilerin, kanundan kaynaklı hakları olduğu kadar, bu hakları kullanırken sınırsız yetkiye sahip olmadığı ve bu hak içinde yükümlülükleri de barındırdığı kabul edilmektedir. Söz gelimi TMK m. 340/1'e göre "Ana ve baba, çocuğı olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar" denilerek velilere getirilen bir yükümlülük olduğu görülmektedir.

Kanaatimizce, burada bahsi geçen hak kavramı ile kastedilen, üçüncü kişilere karşı korunması gereken bazı haklardır. Çocuklar üzerinde değil, çocukların ve onların haklarının korunması için üçüncü kişilere karşı ileri sürülme bakımından velayetin hak kavramını içerdiğini söyleyebiliriz. Ancak yükümlülükte ise daha çok veli ve çocuk arasında yer alan bir ilişki söz konusudur. Başka bir deyişle velinin, bizzat çocuğı karşı bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; üçüncü bir kişinin, velinin velayet hakkını ihlal etmesi durumunda veli, ona karşı bazı hukuki yollara başvurulabilecektir. Çocuğun eğitim hakkını iyi bir şekilde kullanabilmesi için ise veli, çocuğı karşı yükümlülük taşımakta ve bunun yerine getirilmemesi halinde çocuk (çoğı zaman kayyım), kendisine karşı hukuki yollara başvurabilecektir.

III. ÇOCUK MALLARI KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Çocuk malları, TMK'nın yedinci ayırımında m. 352 ve 363 arasında düzenlenmiştir. Bu maddelerde çocuk mallarının tanımı yapılmamış, çocuk malları üzerinde hak ve yükümlülüklerin düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Çocuk malları, her ne kadar kanunda tanımlanmamış olsa da genel olarak malvarlığı hakları kapsamında değerlendirilecek malları kapsamaktadır²¹. Haklar,

¹⁹ Bu nispi özellikler için bkz. Reyhani Yüksel, (n 6) 24.

²⁰ Serozan (n 1) 250; Hatemi (n 16) 138; Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2013) 155; Yılmaz (n 12) 24; İsviçre'de de velayet kavramının hak ve yükümlülükleri bir arada barındırdığı kabul edildiğı görülmektedir. Bkz. Kurt Affolter-Fringeli ve Urs Vogel, 'Art 296' in *Die elterliche Sorge / der Kindeschutz, Art. 296-317 ZGB - Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB - Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Berner Kommentar* (eds. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter), (Stämpfli Verlag AG 2016) 5; Regina E. Aebi-Müller, 'Elterliche Sorge: Betreuungsrecht – Betreuungspflicht – Aufenthaltsbestimmungsrecht / I. - III.' in *Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen Symposium zum Familienrecht* (eds. Alexandra Jungo, Christiana Fountoulakis), (Schulthess Juristische Medien AG 2018) 32.

²¹ Öztan (n 8) 1162; Usta (n 14) 284 vd.

başkaca ayrımlar da olmakla birlikte, para ile ölçülebilen değeri olup olmamasına göre malvarlığı hakları ve şahıs varlığı hakları olarak ikiye ayrılmaktadır²². Para ile ölçülebilen değeri olan haklar, malvarlığı haklarını oluşturmaktadır²³.

Bu kapsamda çocuk malları denilince akla her türlü malvarlığı hakkı gelmelidir²⁴. Söz gelimi çocuğa, dedesinden kalan miras ve çocuğa karşı gerçekleştirilen bir haksız fiil neticesinde ödenen tazminatlar çocuk malı sayılacaktır. Bunlar dışında mülkiyet hakları, sınırlı aynı haklar, alacak hakları, fikri ve sınai haklar, çocuk lehine ölüme bağlı tasarruflar, sağlar arası tasarruflar, sigorta alacakları, destekten yoksun kalma tazminatı, bağışlamalar, nafakalar da çocuk malı sayılabilecektir.²⁵

Çocuk malları, ebeveynlerinden bağımsız olarak çocuğa ait olan mallar olup sadece bazı durumlarda ebeveynlerin bu mallar kapsamında hak ve yükümlülükleri söz konusu olmaktadır²⁶. Bu hak ve yükümlülükler velayet ve istisnaen bazen soybağı kapsamında belirlenen hak ve yükümlülükler olup sonraki başlıklarda incelenecektir.

B. SOSYAL MEDYA KAPSAMINDA ÇOCUK MALLARI

Sosyal medyada, özellikle Instagram’da, çocukların resimleri ve videoları ebeveynleri tarafından sıklıkla paylaşılmaktadır. Anne ve babalar çocuklarıyla ilgili ve/veya çocuklarını içerikte kullanarak yaptıkları paylaşımlar sebebiyle takipçi ve beğeni kazanmakta, çok takipçili hesaplara sahip olmakta ve influencer haline gelmektedirler²⁷. Çocuklarının görüntüsünü ve videosunu paylaşan ebeveynler için de ayrıca ‘sharenting’ kavramı getirilmiş ve kullanılmaya başlanmıştır²⁸.

²² Oğuzman ve Barlas (n 15), s. 139 vd.; Öztan (n 16) 69.

²³ Oğuzman ve Barlas (n 15), s. 139; Antalya ve Topuz (n 15) 96; Dural ve Sarı (n 16) 110; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hüükümleri Kişiler Hukuku* (Beta 2019) 37; Öztan (n 16) 69.

²⁴ Hayrünissa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 1243.

²⁵ Öztan (n 8) 1161; Özdemir ve Ruhi (n 22) 1243; Reyhani Yüksel (n 4) 76, 77; Baygın (n 14) 382 vd.

²⁶ Öztan (n 8) 1161; Özdemir ve Ruhi (n 22) 1243.

²⁷ Influencer kavramı Türk Hukuku’nda Reklam Kurulu’nun 04.05.2021 tarihli ve 309 sayılı toplantısında 2021/2 numaralı ilke kararı olarak kabul edilen “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz”da tanımlar başlıklı m. 4’te “*Sosyal medya hesabı üzerinden kendisine veya reklam verene ait bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişimi bulunan kişiyi...ifade eder*” denilerek tanımlanmıştır.

²⁸ Keltie Haley, ‘Sharenting and the (Potential) Right to Be Forgotten’ (2020) 95 Ind LJ, <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/indana95&i=1029>> accessed 27 December 2023; Charlotte Yates, ‘Influencing “Kidfluencing”: Protecting Children by Limiting the Right to Profit from “Sharenting”’ (2023) 25 Vand J Ent & Tech L 845 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/vanep25&i=885>> accessed 27 December 2023; Ayça Zorluoğlu Yılmaz ‘Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları’ (2021) 29(4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3386 vd..



Bu gibi durumlarda markalar, bu kişilerle işbirliği anlaşmaları yaparak ürünlerinin/hizmetlerinin reklamını yaptırmaktadırlar²⁹. Söz gelimi sürekli çocuklarını paylaşan bir ebeveyn, çocuk maması, çocuk kıyafeti gibi ürünlerin reklamlarını yaparak kazanç elde edebilmektedir. Bu kazancın elde edilmesini sağlayan da aslında ebeveynin çocuğuna dair veya çocuğunu kullanarak yaptığı paylaşımlardır. Zira çocuğun görselleri/videoları vb. sayesinde takipçisi artmakta ve takipçisi arttığı için reklam verenler³⁰, bu kişiler ile işbirliği yapmaktadırlar³¹.

Burada meydana getirilen sözleşme, influencerlık sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir³². Bu sözleşme çerçevesinde influencer, bir ürünün/hizmetin reklamını sosyal medya üzerinden takipçilerine yaparken; reklam veren, bunun karşılığı olarak influencera bir kazanç sağlamaktadır³³. Genellikle, yapılan reklam karşılığı olarak ücret ödemesi yapılırsa da bazı durumlarda daha farklı yollarla bunun karşılığı sağlanabilmektedir³⁴. Başka bir deyişle sözleşme kapsamında belirlenen bedel, aynı veya nakdi olabilmektedir³⁵. Söz gelimi bir çocuk bezi markası, yapılacak reklam karşılığında çocuğun bir yılda kullanacağı kadar bezi kendi markasından bedava olarak influencera vermeyi de taahhüt edebilecektir.

Bu durumda elde edilen kazancın çocuk malı niteliğinde olup olmadığı incelenmelidir. Çocuk malları, bir üst başlıkta incelediğimiz üzere her türlü malvarlığı hakkı olduğundan reklam üzerinden elde edilen gelir de çocuk malı niteliğinde olabilecektir. Elde edilen para/ücret gibi kazançlar bakımından bu açıdan bir sorun bulunmamaktadır. Ebeveynlere çocuk bezi verilmesinde olduğu gibi tüketilebilecek ürünlerin verilmesi durumunda da bunların çocuk malı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Zira çocuk malı dediğimiz kavram geniş yorumlanan bir kavramdır.

²⁹ 2022 verilerine göre influencer pazarının 16 milyon dolar olduğu, influencerların aylık 20-30 bin TL kazandığı belirtilmektedir. (*Cumhuriyet Gazetesi*, 21 Temmuz 2021) <https://www.cumhuriyet.com.tr/yasam/sosyal-medya-fenomenlerinin-aylik-kazanci-aciklandi-1960461#google_vignette> Erişim Tarihi 27 Aralık 2023.

³⁰ Reklam veren kavramı, 10.01.2015 tarihli resmi gazetede yayımlanan 29232 Sayılı Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği tanımlar başlıklı m. 4'te “Ürettiği ya da pazarladığı malın veya hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını artırmak veya marka algısını güçlendirmek amacıyla hazırlattığı ve içinde firmasının ya da markasının yer aldığı reklamları yayınlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek veya tüzel kişiyi...ifade eder” denilerek tanımlanmıştır.

³¹ Melanie N. Fineman, ‘Honey, I Monetized the Kids: Commercial Sharenting and Protecting the Rights of Consumers and the Internet’s Child Stars’ (2023) 111 *Geo LJ* 847, 854 vd. <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/glj111&i=855>> accessed 27 December 2023.

³² Merve Özel, *Sosyal Medya Hukukunda Influencer Marketing (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri* (Seçkin Yayıncılık 2022) 61 vd.

³³ Ayşe Dilşad Keskin, ‘Influencer Sözleşmesi’ (2022) 13 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 129, 133; Serenat Baytan Akkovan, ‘Influencer Sözleşmeleri’ iç Tuğçe Tuzcuoğlu ve A. Hulki Cihan (edr.), *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 78, 84.

³⁴ Keskin (n 31) 134.

³⁵ Özel (n 30) 64.

Her türlü malvarlığı değeri bu kapsamda değerlendirilebildiğinden para dışında elde edilen kazançlar da çocuk malı niteliğinde olabilecektir.

Bir ayırım yapmak gerekirse yetişkin bir kimsenin kendisine dair yaptığı paylaşımlar sebebiyle elde ettiği kazanç, kendisine ait olacaktır. Bu kişi, bir ebeveyn olduğunda ve hesabı sadece çocuğu için kullanıp ona dair paylaşımlar yaparak kazanç elde ettiğinde artık bu kazançların çocuk malı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Özellikle çocuk oyuncular bakımından bunun örneklerine sıklıkla rastlanmaktadır. Çocuk oyuncu için aileleri hesap açmakta, hesabı kendileri yönetmekte, çocuğuna dair paylaşımlar yapmakta ve sosyal medya üzerinden de kazanç elde etmektedirler. Instagram'da reklam anlaşmaları ile kazanç elde edilirken Youtube gibi bazı sosyal medya hesaplarında ise beğeni sayısına göre dahi kazanç elde edilebilmektedir. Ancak öyle durumlar vardır ki kazanılan kazancın çocuk malı niteliğinde olup olmadığını söylemek her zaman kolay olmamaktadır. Bir ebeveyn hem kendisini hem çocuklarını paylaştığı bir hesaba sahip olabilecektir. Başka bir deyişle ebeveyn, sosyal medya hesabını tamamen çocuğuna addetmemiş olabilecek, hem kendisine, kendi hayatına dair hem de çocuğuna dair paylaşımlar yapabilecektir. Bu durumda ebeveynin etkileşiminin artması ve sosyal medya üzerinden kazanç elde etmesinin arka planında yatan sebebin net bir şekilde tespit edilmesi zor olacaktır. Her hâlükârda burada bir sonuca varılırken çocuk paylaşımlarının sosyal medyada etkileşimi artırdığı unutulmamalıdır³⁶. Ayrıca bu gibi durumlarda her ne kadar ebeveyn çocuğuna dair paylaşımlar yaptığı kadar kendisine dair paylaşımlar yapıyorsa da reklamı yapılan marka da yol gösterici olabilecektir. Kanaatimizce çocuğun görüntüleri ile çocuklara dair bir ürünün reklamı yapılıyorsa yine bundan elde edilen kazancın çocuk malı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Illionis eyaletinde yakın zamanda çocukların görsellerinin sosyal medyada paylaşılması sebebiyle elde edilen gelirler için yasal düzenlemeler yapıldığı görülmektedir³⁷. Buna göre sosyal medyada çocuk üzerinden kazanılan gelirler, bir hesaba

³⁶ O'Neill'e göre İngilizce tabiriyle mom-influencer (influencer anneler) sosyal medyada etkileşimi canlı tutmakta ve bu konularda yasal düzenleme yapılacaksa bunun da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bkz. Erin E. O'Neill, 'Influencing the Future: Compensating Children in the Age of Social-Media Influencer Marketing' (2019-2020) 72 Stan L Rev Online 42 dn. 55, <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/slro72&i=42>> accessed 5 January 2024.

³⁷ Konuya dair haber linki: Claire Savage 'Starting next year, child influencers can sue if earnings aren't set aside, says new Illinois law' (*Apnews*, 12 Ağustos 2023) <<https://apnews.com/article/tiktok-child-influencer-illinois-social-media-f784b4bc52bc75ad1e0d28785993b1c5>> accessed 5 Ocak 2024; Bahsi geçen kanun bilgileri: Public Act 103-0556; Ayrıca sosyal medya düzenlemesinden önce ünlü çocukların işçiliği hakkında da birçok dava ortaya çıkmıştır. İlk ünlü çocuk oyuncu davası Jackie Coogan isimli çocuk oyuncunun ailesine dava açması ile ortaya çıkmıştır. Bu dava üzerine Coogan Law adıyla da bilinen Kalifornya Aile Kanunu'na (California Code, Family Code - FAM § 6752) çeşitli düzenlemeler de getirilmiş olup buna göre işverenler çocuğun aylık brüt kazancının %15'ini bir hesaba yatırmakla yükümlü kılınmışlardır. Çocuk reşit olduğunda bu hesabı devralacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Charlotte B. Winckler, 'Kidfluencers: How the Law's Failure to Keep up Leaves Children across the Country at Risk of Labor Abuse and Financial Exploitation' (2022) 16 Charleston L Rev 111, 116 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/>



yatırılacak ve çocuk 18 yaşına geldiğinde o hesaptaki parayı alabilecektir. Çocukları bu denli koruyan bir kanuni düzenlemenin ortaya çıkması kanaatimizce yerinde olmuştur. Zira çocukları üzerinden ebeveynlerin elde ettikleri gelirlerin kontrolüne dair bir mekanizma henüz çoğu ülke hukukunda yer almamaktadır. Hukukumuzda da çocuk mallarının yönetimi hususunda aşağıda daha ayrıntılı bahsedeceğimiz üzere kural olarak velilerin çocuk mallarını yönetirken herhangi bir hesap ve güvence verme yükümlülüğü yer almamaktadır.

IV. ÇOCUK MALLARI BAKIMINDAN VELAYET HAKKININ KAPSAMI, SINIRLARI VE SONUÇLARI

Çocuk malları üzerinde tanınan hak ve yükümlülükler velayet hakkı kapsamında değerlendirildiğinden, kanunda belirlenen yönetim, kullanım, sarf ve koruma, veli için getirilen düzenlemelerdir. Başka bir deyişle çocuğun velayeti kimde ise çocuk malları kapsamında kanunda belirlenen iş ve işlemleri o ebeveyn yapabilecektir. Velayet hakkı sahibi olmayan ebeveyn ise kural olarak çocuk mallarıyla ilgili herhangi bir işlem yapamayacaktır. Ancak çocuk mallarının kullanımı hususunda bir istisna yer almaktadır. Bu husus da çocuk mallarının kullanımı başlığında ayrıca incelenecektir.

A. ÇOCUK MALLARININ YÖNETİMİ

1. Genel Kural

Çocuk mallarının yönetimi, TMK m. 352 hükmünde “*Ana ve baba, velâyetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler...*” şeklinde düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere çocuk mallarının yönetimi hem bir hak hem de bir yükümlülüktür³⁸.

Çocuk mallarının yönetimi ifadesinden ne anlaşılması gerektiği maddede açıklanmamışsa da yönetim ifadesi geniş yorumlanmakta ve her türlü hukuki işlemin yapılabileceği sonucuna varılmaktadır³⁹. Doktrinde bu maddenin TMK m. 342 ve 448 ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmektedir⁴⁰. Buna göre veli, çocuğun yasal temsilcisi olduğundan, temsilci sıfatıyla çocuk malları üzerinde her türlü tasarruf ve borçlandırıcı (taahhüt) işlemleri yapabilecektir.

charlwrev16&i=125> accessed 8 January 2024; Gossip Girl dizisindeki Leighton Meester, Modern Family dizisindeki Ariel Winter gibi ünlü oyuncular da ailesi tarafından ekonomik kazancı gaspa uğrayan oyuncular olmuştur, Ana Saragoza, ‘The Kids Are Alright? The Need for Kidfluencer Protections’ (2020) 28 Am U J Gender Soc Pol’y & L 575, 580 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ajgsp28&i=487>> accessed 8 January 2024.

³⁸ Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku* (Nurgök Matbaası 1965), 375; Serozan (n 1) 266; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 6) 382; Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2022) 537; Öztan (n 8) 1158; Akyüz (n 4) 251; Özdemir ve Ruhi (n 22) 1245; Baygın (n 14) 386, 387.

³⁹ Velidedeoğlu (n 36) 376; Akyüz (n 4) 250; Baygın (n 14) 384, 385; Özdemir ve Ruhi (n 22) 1245.

⁴⁰ Özdemir ve Ruhi (n 22) 1244; Baygın (n 14) 384; Cem Baygın ve Murat Doğan ‘Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Sarfı’ *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2005) 9 (1-2) 382; Reyhani Yüksel (n 4) 78.

2. Ayrık Tutulan (İstisnai) Durumlar

a. Fiili Tasarruflar ve Yasak İşlemler

Yönetim hakkı kapsamında her ne kadar tasarruf işlemlerinin yapılacağı kabul edilmekte ise de fiili tasarrufların bu hakka dahil olmadığı kabul edilmektedir⁴¹. Fiili tasarruflardan anlaşılması gereken birleştirme, işleme, tüketme, yok etme gibi fiillerdir⁴². Söz gelimi veli, çocuğun malını satabilecek; ancak parasını harcamayacaktır⁴³. Bu para, yine çocuk malı niteliğinde olacaktır⁴⁴. Aksi takdirde bu işlem, tüketme niteliğinde olacaktır. Aynı şekilde, çocuk malı niteliğinde olan bir taşınır malı, kendisine ait olacak şekilde kendi eşyalarıyla birleştirmeleri de yasaktır. Söz gelimi çocuğunun gözlerinin bozuk olması sebebiyle bir gözlük camı şirketiyle reklam yapma üzerine anlaşılan ebeveynin, çocuğa kullanması için bu reklam sebebiyle verilen gözlük camlarını kendi gözlük çerçevesine takması birleştirme niteliğinde olacağından yasak olmalıdır. Yine sosyal medyada çocuk üzerinden bir yün iplik reklamı yapılması ve hediye olarak verilen yün iplikleri kullanarak ebeveynin kendisine kazak yapması da işleme niteliğine olacağından fiili tasarruf olarak yönetim hakkına dahil olmayacaktır. Yok etme fiilinden anlaşılması gereken ise çocuk malı niteliğindeki bir mala zarar verilerek malın yok edilmesidir. Söz gelimi çocuk malı niteliğinde olabilecek şekilde kazanılan bir bisikletin parçalanması buna örnek olarak gösterilebilecektir.

Ayrıca TMK m. 449 uyarınca yasak işlemler kapsamındaki işlemler de veli tarafından yapılamayacaktır⁴⁵. Buna göre veli, çocuk malları kapsamında kefil olmayacak, vakıf kuramayacak ve önemli bağışta bulanamayacaktır⁴⁶.

b. Çocuğun Serbest Malları

Çocuğun serbest mallarının yönetim hakkı kapsamına genel olarak girmeyeceği belirtilmektedir⁴⁷. Serbest mallar, TMK m. 357, 358 ve 359'da düzenlenmiş olup bunlar; kazandırmalar, saklı pay ve meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazanç olmak üzere üç ayrı başlıkta incelenmiştir. Maddeler incelendiğinde bazı durumlarda serbest mallar üzerinde de yönetim yetkisinin devam edebileceği görülmektedir.

⁴¹ Dural, Ögüz ve Gümüş (n 6) 382; Öztan (n 8) 1166; Akyüz (n 4) 250.

⁴² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 6) 382; Öztan (n 8) 1166; Akyüz (n 4) 250; Baygın (n 14) 385; Baygın ve Doğan (n 38) 383; Reyhani Yüksel (n 4) 78.

⁴³ Serozan (n 1) 268.

⁴⁴ Öztan (n 8) 1159; Özgür Güvenç 'Çocuk Mallarının Yönetimi' iç Ersin Erdoğan, Belkıs Vural Çelenk ve Özgün Özyüksel (edr) *Türk Hukukunda Çocuk* (Yetkin Yayınları 2022) 463, 464.

⁴⁵ Serozan (n 1) 268; Öztan (n 8) 1160; Özdemir ve Ruhi (n 22) 1246; Nagehan Kırkbeşoğlu, 'Genel Olarak Yasak İşlemler' Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2023) 2(1) 183.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu (n 43) s. 182 vd.

⁴⁷ Özdemir ve Ruhi (n 22) 1246; Baygın ve Doğan (n 38) 385.



TMK m. 357’de ikili bir ayırım yapılmıştır. TMK m. 357/1 uyarınca “*Ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarfedemezler*”. Bu kapsamda ilk ayırım, faiz getiren veya tasarruf hesabı açılmak üzere çocuğa yapılan kazandırmalar olup bu kazandırmalar, doğrudan yönetim hakkı kapsamının dışında kalacaktır⁴⁸.

TMK m. 357/2 uyarınca karşılıksız kazandırmalar bakımından ise “*Kazandırmada bulunan kişi, kazandırma sırasında açıkça aksini öngörmedikçe, ana ve baba bunlar üzerinde yönetim hakkına sahiptir*” denilmekte ve aksinin öngörülmemesi durumunda velinin yönetim yetkisinin devam edeceği anlaşılmaktadır⁴⁹.

Saklı paya ilişkin TMK m. 358’de açıkça “*Ölüme bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payı ana ve babanın yönetimi dışında bırakılabilir*” denilmekle birlikte böyle bir işlem yapılmadığı müddetçe velinin yönetim yetkisinin devam ettiği kabul edilecektir⁵⁰.

Son olarak TMK m. 359’da “*Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir*” denilerek bu kapsamdaki mallar, yönetim yetkisi dışında bırakılmıştır⁵¹.

TMK m. 359 kapsamında belirlenen serbest mal kapsamında konumuz gereği bazı sorular akla gelmektedir. Söz gelimi bir çocuğun ebeveyninin çocuk için sosyal medya hesabı açması ve çocuğun burada düzenli paylaşımlar yaparak bunu bir meslek haline getirmesi mümkün müdür? Meslek haline getirme söz konusu olduğunda buradan elde edilen kazancın çocuğun serbest malı olduğu bu madde kapsamında değerlendirilebilecek midir? Veya bu şekilde elde edilen kazancın, meslekten bağımsız olarak maddenin devamında belirtilen kişisel kazanç niteliğinde olduğu kabul edilebilecek midir? Bu sorulara şüphesiz ki yanıt vermek kolay değildir.

Kanunlarımızda meslek tanımının da yapılmadığını görmekteyiz. Özellikle tüketicici hukuku kapsamında mesleki faaliyet–ticari faaliyet hususunda Yargıtay’ın bir kararında “*...yatırım yapan, bu işi meslek edinmiş, sürekli ve düzenli kazanç elde eden, bazen de zarar eden bir kişi...*” denilmektedir⁵². TDK’da ise meslek, “*Belli bir eğitim ile kazanılan, sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlar kapsamında çocuğun, bir inf-

⁴⁸ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 6) 383.

⁴⁹ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 6) 384; Özdemir ve Ruhi (n 22) 1249.

⁵⁰ Özdemir ve Ruhi (n 22) 1249.

⁵¹ Özdemir ve Ruhi (n 22) 1249, 1250.

⁵² Halil Ahmet Yüce ‘Mesleki Amaç ve Ticari Amaç Kavramlarının Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi’ *KHAS Hukuk Bülteni* (İstanbul, 2 Nisan 2021) <<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/41>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

luencerlık sözleşmesi kapsamında iş yapması, meslek niteliğinde gözükmemektedir. Kaldı ki meslek sebebiyle bir malın serbest mal olabilmesi için çocuğun kendi malından kendisine verilen bir malvarlığı değerinin olması gerekmektedir. Sosyal medyada yapılan paylaşımları göz önünde bulundurduğumuzda bu açıdan da elde edilecek kazancın en azından meslek kapsamında bir serbest mal olmadığı sonucuna varılabilecektir.

Kişisel kazanç bakımından ise daha farklı bir inceleme yapılması gerekmektedir. Çocuğun, sosyal medyada influencerlık sözleşmesi kapsamında yapmış olduğu paylaşımların kişisel kazanç olup olmadığı hususunda ayrıca bu sözleşmenin niteliğine bakılması gerekecektir. Influencer sözleşmesi, isimsiz bir sözleşme olmakla birlikte eser veya vekalet sözleşmesi şeklinde de yapılabilmektedir⁵³. Bu sebeple doktrindeki bir görüşe göre hizmet sözleşmesi şeklinde yapılmayan influencer sözleşmesi neticesinde elde edilecek kazanç da çocuğun serbest malı niteliğinde olmayacaktır⁵⁴. Gerçekten de maddede bahsi geçen kişisel kazancın doktrinde bir hizmet sözleşmesi neticesinde elde edilen kazanç olduğu kabul edilmektedir⁵⁵. Bu sebeplerle, çocuğun bu şekilde elde ettiği kazançların, onun serbest malı niteliğinde olmayacağı sonucuna varılacaktır.

c. Çocuğun Yüksek Yararı

Velinin yönetim hakkının en önemli sınırlarından biri çocuğun yüksek yararır⁵⁶. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde ve hukukumuzdaki diğer yasal düzenlemelerde belirlenmiş olan bu ilke, her somut olayda, gözetilmelidir⁵⁷.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3'e göre "*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir*". Bu maddede öncelikle devletlere getirilen bir yükümlülük var iken 18. maddede veliler bakımından bir düzenleme yapılmıştır. Anılan maddeye göre "*Çocuğun yetiştirilmesi*

⁵³ Keskin (n 31) 139 vd.

⁵⁴ Pınar Aktaş Avcı 'Çocuk Influencer'ların Haklarının Korunması' iç Bülent Kent, Münire Kevser Baş ve Mahmut Samar (edr) *İnternet Hukukunda Çocuğun Korunması ve Mahremiyeti* (Adalet Yayınevi 2023) 81, 82.

⁵⁵ Usta (n 14) 327; Süleyman Albayrak 'Çocuğun Serbest Malları' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2018) 26 (2) 465.

⁵⁶ Velidedeoğlu (n 36) 376; Öztan (n 8) 1160; Baygın (n 26) 385; Baygın ve Doğan (n 38) 383; 460.

⁵⁷ Reyhani Yüksel (n 4) 92; Yargıtay çocuğun üstün yararının belirlenmesinde dikkat edilecek hususları şu şekilde belirtmiştir; "*Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde asıl olan küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de, aynı yönde karar vermesi; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır*", Yargıtay 2. HD., E. 2019/906 K. 2019/1745 T. 27.2.2019, Lexpera İçtihat Bankası.



ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana–babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler”.

TMK kapsamında bu husus m. 339’da düzenlenmiştir⁵⁸. Buna göre “*Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygular*”. Maddede her ne kadar bakım ve eğitim ifadeleri kullanılsa da bakım hususunu geniş yorumlamak gerekecektir. Zira taraf olduğumuz BM Çocuk Hakları Sözleşmesi de Anayasa gereğince iç hukuk kuralı haline gelmiş ve sözleşmede çocuğun yararı ilkesi daha geniş düzenlenmiştir. Bu sebeple sözleşmede yer alan daha geniş tabirin uygulanarak TMK’da bahsi geçen konularla sınırlı kalmamak üzere diğer birçok konuda öncelikle çocuğun yararının gözetilmesi gerektiğinin kabulü yerinde olacaktır. Kaldı ki bu sözleşme olmasaydı dahi çocuğun yararı aynı zamanda kamu düzenini ilgilendiren bir husus olduğundan herhangi bir dava söz konusu olduğunda hakimlerin karar verirken kendiliğinden çocuğun yüksek yararına uygun yorum yapması gerekecekti.

Bu kapsamda, sosyal medya bağlamında, çocuk malı olarak nitelendirilen malda yapılacak her türlü işlem için öncelikle çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulmalı ve buna göre hareket edilmelidir. Çocuğun yararının önceliği ilkesi, burada çocuğun mallarının olabildiğince korunması, işlem yapılacaksa dahi bunun, çocuğun mallarını/mallarının değerini artıracak işlemler olması şeklinde yorumlanmalıdır⁵⁹. Söz gelimi, velinin, çocuğun yararından ziyade kendi çıkarını düşünerek bu mallar üzerinde tasarrufta bulunması⁶⁰ veya böyle olmamakla birlikte korumaması sebebiyle çocuğun malvarlığını azaltması, bir malın yok olmasına sebebiyet vermesi gibi durumlarda bu ilkenin ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır.

d. Çocuğun Görüşünün Alınması

Kanaatimizce, çocuğun görüşünün alınması da, velayetin sınırlarından biri olması sebebiyle, yönetim hakkının başka bir sınırını oluşturacaktır⁶¹. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12’ye göre “*Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanurlar*”. ÇKK m. 13’e göre “*çocuk hâkimi veya mahkemece*

⁵⁸ Ayrıca TMK m. 305’de evlat edinme hususunda küçüğün yararından, m. 346’da çocuğun korunması bakımından çocuğun menfaatinden bahsedildiği de görülmektedir.

⁵⁹ Güvenç (n 42) 461.

⁶⁰ Yargıtay 2. HD., E. 2017/4451 K. 2019/2815 T. 14.3.2019, “*Çocuğun mallarının yönetimi çocuğun menfaatine uygun olmalı, çocuğun menfaati ile bağdaşabildiği ölçüde ana ve babanın ortak menfaatlerine hizmet etmelidir. Ana baba yönetim görevini sadakat ve özenle yerine getirmelidir. Ana ve babanın, çocuğun mallarında meydana gelen zarardan sorumlu olmadıklarını, zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusurlarının bulunmadığını, yani çocuğun mallarını sadakat ve özenle yönettiklerini ispat etmeleri gerekir*”, Lexpera İçtihat Bankası.

⁶¹ Aynı yönde bkz. Öztan (n 8) 1160; Güvenç (n 42) 472.

önlem kararı verilmeden önce yeterli idrak gücü bulunan çocuğun yazılı veya sözlü olarak görüşü alınır". TMK kapsamında ise bu husus madde 339'da düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre "*Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar*". Tüm bu düzenlemelerdeki ortak husus, çocuğun iradesini açıklama olgunluğu ölçüsüdür⁶². Söz gelimi 5 yaşındaki bir çocuk ile 17 yaşındaki bir çocuğun iradesini açıklama olgunluğu olayları kavrama gücünün aynı olmayacağı genel olarak kabul edilebilecektir. Olgunluk seviyesi, nispi bir kavram olduğundan her somut olayda ayrıca inceleme yapılması yerinde olacaktır. Tıbbi müdahaleler için uygulanan Gillick testi⁶³ gibi, diğer konularda da çocukların algılama kapasitelerinin ölçülmesi ve ona göre bir sonuca varılması yerinde olacaktır.

Sosyal medyada elde edilen kazanç kapsamında incelendiğinde, söz gelimi çocuk, elde edilen reklam gelirinin kendisi için harcanmamasını, bankaya yatırım yapılacak şekilde yatırılmasını isteyebilecektir. Bu durumda veli, öncelikle çocuğun bu talebini değerlendirmelidir. Ancak bu talebin çocuğun yararına olmadığı kanaatinde ise çocuğun yararını gözetmekle yükümlü olduğundan ona göre hareket etmesi yerinde olacaktır. Başka bir deyişle çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi halinde çocuğun görüşünün aksine hareket edebilecektir⁶⁴. Ancak belirtmek gerekir ki çocuğun menfaatleri ile velinin menfaatinin çatışması halinde TMK m. 426 gereğince kayyım atanacağından hareketle, burada da kayyım atanması düşünülebilir. Bu durumda kayyım, çocuğun menfaatine göre hareket edecektir.

⁶² Dural, Ögüz ve Gümüş (n 6) 378; Reyhani Yüksel (n 4) 96; Yargıtay genellikle velayetin belirlenmesi, kişisel ilişki kurulması konularında çocuğun görüşünün alınması hususunda idrak çağından bahsetmekte ve idrak çağı kavramını şu şekilde incelemektedir; "*Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacıyla gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; ahlaki değer yargıları, sosyal konuları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Velayet düzenlemesi kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Bu nedenle ortak çocuğun bizzat ya da istinabe yoluyla eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, velayet hakkındaki tercihinin hâkim tarafından kendisinden sorulması ... ve tüm deliller birlikte değerlendirilip, ebeveynlerinden hangisi yanında kalmasının çocuğun menfaatine olacağı tespit edilip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetli bulunmamıştır*", Yargıtay 2. HD., E. 2018/2775 K. 2019/4310 T. 9.4.2019, Lexpera İçtihat Bankası.

⁶³ Gillick testi, 16 yaşından küçük çocukların tıbbi müdahaleye rıza verip veremeyeceğine dair onların yeterli olgunluk seviyesine ulaşıp ulaşmadıklarını tespit etmek için getirilmiş bir kavram olup ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Nilay Şenol, 'Sünnet ve Çocuğun Menfaati' (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı 1337-1357.

⁶⁴ E. Gülçin Elçin 'Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar' iç Evgen Gülçin Elçin ve Arzu Genç Arıdemir (edr) *Çocuk Hakları Çalışmaları - I -* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 18.

3. Hesap ve Güvence Verme Yükümlülüğü

Veli, TMK m. 352/1 gereğince çocuk mallarını yönetirken kural olarak herhangi bir hesap ve güvence vermez. Anne ve baba, evli oldukları sürece velayeti birlikte kullandıklarından, çocuk mallarının yönetilmesinde birinci fıkradaki hükme tabi olmaktadır; ancak herhangi bir sebepten evliliğin sona ermesi ve velayetin anne ve babadan birine bırakılması halinde TMK m. 353 devreye girmektedir. Buna göre “*Evlilik sona erince velâyet kendisinde kalan eş, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır*”⁶⁵. Boşanma ve ölüm dışında, butlan kararı ve gaiplik neticesinde, evliliğin feshi hallerinde de bu maddenin uygulanacağı kabul edilmelidir⁶⁶. Ayrılık halinde evlilik devam etmekle birlikte eşlerden birinin velayet hakkının kaldırılması hali ve evlilik dışı doğan çocuklar için bir düzenleme getirilmemiş olması ve TMK m. 352’nin de bu hallerde uygulama alanı bulmaması sebebiyle doktrinde bu düzenleme eleştirilmiştir⁶⁷. Hatta maddeye karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurulsa da olumlu bir sonuç elde edilememiştir⁶⁸. Oysa kanun koyucunun, eşlerin çocuk mallarını birlikte yönetmesi halinde birbirlerini kontrol edebilecekleri, ancak eşlerden birinin çocuk mallarını yönetmesi halinde ise diğer eşin velayet hakkını kullanan ebeveyni kontrol etmesinin zor olacağı düşüncesiyle TMK m. 353 hükmünü getirdiği düşünülmektedir⁶⁹. Buradan hareketle, amaca göre yorum yapılarak maddenin ayrılık halinde de uygulanması yerinde olurdu. Zira böyle bir uygulama çocuğun da yararına olacaktır.

TMK m. 353 gereğince hazırlanacak defterin nasıl hazırlanması gerektiği düzenlenmemiş olmakla birlikte Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet Ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü m. 4 burada yol gösterici olacaktır. Buna göre “*Ana ve babadan birinin ölümü halinde nüfus memuru veya evliliğin mahkeme kararı ile sona ermesi halinde kararı veren mahkeme, sağ kalan veya velayet kendisine verilen eşin yerleşim yeri aile mahkemesine, yoksa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun belirlediği mahkemeye durumu derhal bildirir. Mahkeme, belirleyeceği süre içinde, sağ kalan veya velayet kendisine verilen eşten çocuğun varsa, mal varlığının dökümünü gösteren bir defter vermesini ve bu mal varlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşecek önemli değişiklikleri de bildirmesini ister*”.

Veli, evliliğin sona ermesi tarihine göre çocuğun mevcut malvarlığına ilişkin defter tutacak ve altına bu bilgilerin doğru olduğuna dair imzasını atarak mahkemeye verecektir. Hakim, bu bilgileri kontrol edecek, bir eksiklik/yanlışlık tespit ettiği

⁶⁵ İsviçre Medeni Kanunu m. 318’de bu düzenleme sadece eşlerden birinin ölümü halinde getirilmiştir, Yvo Biderbost, ‘Art 318’ in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (eds. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 4. Auflage, (Schulthess Juristische Medien AG 2023) 1155.

⁶⁶ Kılıçoğlu (n 36) 519; Akyüz (n 4) 252.

⁶⁷ Usta (n 14) 305.

⁶⁸ AYM E. 2005/60, K. 2008/162, T. 13.11.2008, bkz. Usta (n 14) 305.

⁶⁹ Usta (n 14) 302 vd.; Baygın (n 26) 397.

durumlarda bunları düzeltirecektir. Ayrıca velayet süresince çocuğun malvarlığında meydana gelen önemli değişikliklerin de mahkemeye bildirilmesi gerekecektir.⁷⁰

Doktrinde haklı olarak bu düzenleme, çocuğun mallarının korunması hususunda yeterli olmaması sebebiyle eleştirilmiştir⁷¹. Gerçekten de veli, mahkemeye yanlış/eksik/hatalı bilgi verebilecektir ve bunun aksi için etkin bir kontrol mekanizması mevcut değildir. Aksine velinin defterin altına imza atması ile kendisine duyulan güven, adeta hukukumuzdaki yemin ispat şekli gibi içi boş bir düzenlemeden öteye gidememektedir.

Ayrıca sadece evliliğin sona ermesinde böyle bir düzenleme getirilmiş olması da yeterli değildir. Doktrinde bir görüşe göre⁷² bu maddenin anne ve babanın temsil yetkisiyle birlikte değerlendirilmesi gerekliliğinden hareketle eski kanuna nazaran eşler arasında eşitlik getirdiği ve dolayısıyla anne babanın üçüncü kişilerle işlem yaparken diğerinin rızası ile işlem yaptığı karinesinin devreye gireceği, anlaşamaları halinde eski kanun dönemindeki gibi babanın oyunun üstün tutulacağından vazgeçtiği ve velayet hakkının, vesayetten daha geniş olması sebebiyle hesap ve güvence verme yükümlülüğünün getirilmediği belirtilmektedir. Kanaatimizce her ne kadar evliyken eşlerin birbirlerinin yaptıkları işi kontrol edip gözetebileceği düşünülse de bu düşünce de, tam tersinin olması mümkün olmakla birlikte, çoğu zaman evlilikte erkeğin daha baskın olduğu toplumumuzda gerçeklikle bağdaşmamaktadır. Kaldı ki her iki eşin birlikte çocuk aleyhine hareket etmesi de söz konusu olabilir. Bu sebeplerle evlilik birliği devam ederken de gözetim olması yerinde olacaktır⁷³.

Son olarak belirtmek gerekir ki hukukumuzda oldukça yeni uygulanmaya başlanan boşanmadan sonra ortak velayet kararı verilmesi halinde ise çocuk mallarının yönetilmesi hem annede hem de babada olacaktır. TMK m. 352 hükmünde de anne ve babanın sadece evlilik devam ederken birlikte çocuk mallarını yönetecekleri değil, anne ve babanın velayetleri devam ettiği müddetçe çocuk mallarını yönetecekleri belirtilmektedir. Bu sebeple mahkemece ortak velayete karar verilmesi halinde, anne ve babanın çocuk mallarını yönetmeye devam etmelerine bir engel yer almamaktadır. Hatta kural, bu halde dahi anne ve babanın çocuk mallarını beraber yönetmesidir. Ancak hakim, ortak velayete rağmen çocuk mallarının yönetimini yine sadece bir ebeveyn de bırakabilecektir⁷⁴.

4. Hakimin Müdahalesi

TMK m. 352/2'de anne ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde hakimin müdahale edeceği düzenlenmektedir. Hakimin, hangi durumlarda, nasıl

⁷⁰ Velidedeolu (n 36) 378; Öztan (n 8) 1169; Usta (n 14) 307; Baygın (n 26) 400.

⁷¹ Serozan (n 1) 267.

⁷² Şeref Ertaş, 'Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2007) 9(Özel Sayı), 393.

⁷³ Aynı yönde bkz. Akyüz (n 4) 252.

⁷⁴ Güvenç'e göre üçüncü kişilerle yapılan işlemlerde iyi niyetin korunması noktasında temsil bakımından ortak velayette sorun çıkabileceğinden hakimin, böyle bir karar vermesi yerinde olacaktır. Bkz. Güvenç (n 42) 465.

müdahale edeceği ise maddede belirtilmemiştir. Anne ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi ifadesinden, çocuk mallarına ilişkin getirilen her türlü yükümlülüğün ihlal edilmesi, özellikle çocuk mallarının tehlikeye düşme ihtimalinin bulunması anlaşılmalıdır. Söz gelimi, her ne kadar anne ve babanın yönetim yetkisi varsa da çocuk mallarını serbestçe tüketemezler. Bu durumda hakim, malların tüketilmemesi için müdahalede bulunabilir⁷⁵.

Bu madde kapsamına girecek hallerden biri de eşlerin anlaşamaması durumunda hakime başvurabilecek olmalarıdır. Söz gelimi bir çocuk malının tasarrufu hususunda velayeti ortak kullanan anne ve babadan biri malın satılması gerektiğini, diğeri ise satılmaması gerektiğini düşünüyorsa bu durumda hakime başvurarak bir karar verilmesini talep edebileceklerdir. Hakim, bu durumda anne ve babayı uzlaştırmaya çalışacaktır.⁷⁶

Ancak her ne kadar hakim, eşleri uzlaştırmaya çalışacaksa da eşler uzlaşamayabileceklerdir. Bu durumda hakim, eşlerin yerine geçerek karar verme yetkisine sahip olmayacak, sadece karar verme yetkisini kimin haiz olacağını belirleyecektir.⁷⁷ Bir önceki paragrafta verdiğimiz örnek üzerinden ilerlersek; bir çocuk malının satılarak karşılığı olarak alınan bedelin bankaya yatırılması, çocuğun daha yararına olacak ise hakim, bu durumda malın satılmasını isteyen velinin karar verme yetkisi olduğunu belirleyecektir.

Hakim, ayrıca talimat verebilecek, anne ve babaya uyarıda bulunabilecektir. Burada önemli olan yönetim hakkının anne ve babanın elinden alınmamasıdır⁷⁸. Hakime, bunun dışında başvurulabilecek önlemler bakımından takdir hakkı tanınmıştır.

5. Yönetimin Sona Ermesi

Velinin çocuk mallarını yönetme yetkisi, öncelikle velayetin ortadan kalkmasıyla sona erecektir. Bu da çocuğun ergin olması, anne ve babanın ölümü veya gıplığı ve velinin velayet hakkının kaldırılması ile gerçekleşecektir. Velayet hakkının kaldırılması, TMK m. 348'deki hallerde olacaktır. Ayrıca TMK m. 361 kapsamında çocuk mallarının yönetimi yetkisinin veliden alınması ile de yönetim sona erecektir. Son olarak evliliğin bir sebeple sona ermesi neticesinde velayetin kendisine bırakılmadığı ebeveyn de yönetim hakkını, artık haiz olmayacaktır⁷⁹. Aynı şekilde velayetin

⁷⁵ Öztan (n 8) 1194.

⁷⁶ Öztan (n 8) 1168; Akyüz (n 4) 252.

⁷⁷ Akyüz (n 4) 252; Güvenç (n 42)470.

⁷⁸ Ebru Ceylan, 'Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2017) 19 (Özel Sayı), Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 364.

⁷⁹ Yargıtay 2. HD., E. 2023/3656 K. 2023/5905 T. 5.12.2023, "... 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 354üncü maddesi gereğince küçük ...'ın mallarını kullanma hakkının veliye ait olduğu bu itibarla davalının, dava dışı eşinden boşanmakla ve velâyetin anneye verilmesi ile davacı çocuğu temsil etme ve mallarını idare etme ve kullanma hakkı sahibi olmadığı, aynı Kanun'un 352 nci

değiştirilmesi halinde de bu husus geçerli olacak, velayet kimde ise yönetme hakkı onda olacak, velayet hakkı sona erenin yönetim yetkisi kalmayacaktır⁸⁰.

B. ÇOCUK MALLARININ KULLANIMI

Çocuk mallarının kullanımı TMK m. 354’de “*Ana ve baba, kusurları sebebiyle velâyetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler*” şeklinde belirtilmiştir. 743 S. Türk Kanunu Medenisi’nde intifa hakkı tanınırken yeni kanunda bunun yerine kullanma kavramı getirilmiştir. Madde gerekçesine baktığımızda önceki kanunda intifa hakkından bahsedildiği, ancak kullanma hakkının verilmek istendiği, dolayısıyla intifa kavramının bunu karşılamadığı düşünülerek bu değişiklik yapılmıştır⁸¹. Esasen madde başlığı istifade etme iken madde içinde intifadan bahsedilmesi karışıklığa yol açabilecek nitelikte olduğundan başlık ile madde içindeki ifadenin aynı olması yerinde olmuştur. Ancak maddedeki düzenlemenin amacı düşünüldüğünde doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Serozan’a göre⁸² bu ifadenin kullanılmış olması esasen bir şeyi değiştirmemiştir. Zira veli, yönetim hakkı kapsamında bir malı satabiliyor ancak karşılığında aldığı bedeli harcayamıyorken bu bedeli kullanım hakkı kapsamında harcayabilecektir ve bunun aksinin düşünülmesi hayatın gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca TMK m. 355’te getirilen tek sınırlamanın hakkaniyet olması yine bu görüşe göre yerinde olmamıştır.

Kılıçoğlu’na göre⁸³ kullanma tabirinin getirilmesiyle eski kanundaki istifade etme tabiri değiştirilmiş olup çocuğun malının satılması, kiraya verilmesi gibi du-

maddesine göre “Ana ve baba, velâyetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler” hükmüyle sabit olduğu üzere aracın sahibi olan küçüğün velisi ve kanuni temsilcisinin dava dışı anne olduğu, anlaşmalı boşanma protokolüne göre aracın davalı babada kalacağı kararlaştırılmış ise de tarafların mülkiyetlerinde olmayan bir taşınır hakkında düzenleme yapmalarının taşınırın sahibini bağlamayacağı, bu nedenle cevap dilekçesinde davalı her ne kadar aynı Kanun’un 763 üncü ve devamı hükümlerine göre taşınır malların kazanılmasının şekillerinden zilyetliğin devri ve hükmen teslim hükümlerine dayanmış ise de dava konusu motorlu araçların mülkiyetinin tescille kazanıldığı, zilyetliğin devri ve hükmen teslim yolu ile aracın mülkiyetini kazanamayacağı, zaten zilyetliği devreden de malik olmadığı, davalının bu savunmasının yerinde olmadığı, dava konusu aracın davacı çocuğa tesliminin 4721 sayılı Kanun gereğince çocuk mallarının korunması kapsamında iadesinin gerektiği gerekçesiyle davanın kabulü ile dava konusu ...plakalı aracın zilyetliğinin davalıdan alınarak ortak çocuk ...’a velâyetin ...’a verilmesine, birleşen davanın ise tefriğine karar verilmiştir”, Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 05.02.2024.

⁸⁰ Velayetin değiştirilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Akçaal, ‘Velayetin Değiştirilmesi’ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2022) 13(1).

⁸¹ Vildan Gökkaya, ‘Ana ve Babanın Çocuğun Malların Üzerindeki Kullanma Hakkı’ TBB (2017) 133, s. 325, 326; Madde gerekçesi için bkz. İlhan Helvacı, (Prof. Dr. İlhan Helvacı Türk Medeni Kanunu) <<http://www.ilhanhelvaciturkmedenikanunu.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-354>> Erişim Tarihi 11 Ocak 2024.

⁸² Serozan (n 1) 267, 268.

⁸³ Kılıçoğlu (n 36) 519.



ruumlarda bundan gelen bedelleri velinin kullanamayacağı sonucuna varılmalıdır. Bu yöndeki benzer görüşe göre de kanun koyucunun istifade etme tabiri yerine kullanma tabirini getirmiş olması, artık çocuk mallarının gelirlerini harcayamayacakları ve mal edinemeyecekleri anlamına gelmektedir⁸⁴. Başka bir deyişle ebeveyn, bu malları sadece kullanabilecek ancak ondan yararlanamayacaktır⁸⁵. Kanaatimizce de kanunda yapılan söz konusu değişikliğin bu anlama geldiğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır. Zira eski kanun döneminde bahsi geçen istifade kavramı, ebeveyn tarafından çocuğun söz gelimi parasının yok edilmesi anlamına gelmekteydi⁸⁶. Bu durumda yapılan kavram değişikliğinden artık kelime anlamıyla kullanma anlamı çıkarılmalı ve fakat yönetimde olduğu gibi yok etme, tüketme gibi bir imkanın ebeveyne verilmediği kabul edilmelidir⁸⁷.

Kullanma ifadesi sadece çocuk mallarının kullanılması anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle söz gelimi çocuğun bir taşınmazı var ise ebeveynler bu konuda oturarak bu malı kullanabilir⁸⁸. Sosyal medya kapsamında düşündüğümüzde bir reklam sözleşmesi neticesinde reklam veren şirketin/kişinin kazandırma olarak bir mal vermesi durumunda bu malın kullanılması bu kapsamda incelenebilecektir. Söz gelimi bir markanın tanıtımı neticesinde reklam şirketi, tanıtılan bisikletlerden hediye etmiş ise ebeveynlerin bisikleti sürmesi, kullanma hakkı kapsamında olacaktır.

Çocuk mallarının kullanımı ile yönetiminin karıştırılmaması gerekmektedir. Burada ortaya çıkan en önemli fark, yönetim kavramının içinde birçok fiili barındırmasıdır. Oysa TMK m. 354 ile getirilen hak sadece kullanma hakkıdır, başkaca bir hak tanımamaktadır. Yine yönetim, hem hak hem yükümlülük olarak düzenlenmişken; kullanım sadece bir haktır⁸⁹. Ebeveynlerin çocuk mallarını kullanma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunun bir neticesi olarak feragat bakımından da burada önemli bir fark söz konusudur. Veli, yönetim hakkından feragat edemezken kullanma hakkından feragat edebilecektir⁹⁰. Son olarak yönetim hakkı bizzat velayet hakkının devam ettiği sürece söz konusu olabilirken kullanma için farklı bir düzenleme getirilmiştir. Her ne kadar maddede velayetin kaldırılması durumunda çocuk mallarının kullanılmayacağı düzenlenmiş olsa da maddedeki “*kusurları sebebiyle*” ifadesi önem arz etmektedir. Bu sebeple eşlerin evliliklerinin herhangi bir sebepten sona ermesi yönetim hakkının aksine kullanma hakkını ortadan kaldırmayacaktır⁹¹. Ancak hakim, bu durumda kullanma hakkını anne veya babadan birine

⁸⁴ Özdemir ve Ruhi (n 22) 1254.

⁸⁵ Baygın (n 26) 381.

⁸⁶ İnan (n 2) 136.

⁸⁷ Gökkaya (n 79) 329, 330.

⁸⁸ Akyüz (n 4) 254.

⁸⁹ Akyüz (n 4) 254.

⁹⁰ Öztan’a göre feragatin çocuk yararına olması gerekmekte, ancak bu durumda feragat mümkün olabilecektir, bkz. Öztan (n 8) 1176.

⁹¹ Özdemir ve Ruhi (n 22) 1253; Gökkaya (n 79) 330.

birakabilecektir⁹². Kullanma hakkı, yalnızca velayet hakkının ebeveynlerden birinin kusuru neticesinde kaldırılması halinde sona erecektir⁹³. Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre ise kullanım hakkı da velayete bağlı olarak getirilmiş bir hak olduğundan bu durumda velayet hakkı kimde ise kullanım hakkı onda olacak, velayeti haiz olmayan taraf çocuk mallarını kullanamayacaktır⁹⁴. O halde sosyal medyada ebeveynlerin çocukları üzerinden elde ettikleri kazanç bakımından incelediğimizde, yönetimden farklı olarak bir kullanma hakkı da söz konusu olacak; ancak bu kazancın tüketilmesi, yok edilmesi mümkün olmayacaktır. Başka bir deyişle, veli, sosyal medyada çocuk üzerinden elde edilen ve çocuk malı niteliğinde kazancı, kullanma kapsamında tüketemeyecektir. Yukarıda verdiğimiz bisiklet örneğinde olduğu gibi, fiili olarak bu malı kullanmasında ise bir sakınca bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki diğer sona erme sebepleri burada da geçerliliğini koruyacaktır. Başka bir deyişle çocuğun ergin hale gelmesi, anne ve babanın ölümü veya gaipliği halleri de kullanma hakkını ortadan kaldıracaktır.

Getirilen bu düzenlemenin amacının, çocuğun ailesiyle yaşadığı, bazı giderlere katılması gerektiği, böylece aile içi dayanışmanın sağlanması olduğu belirtilmektedir; ancak doktrinde haklı olarak bu durum eleştirilmektedir⁹⁵. Serozan'a göre adil olan, çocuk mallarının tamamen kullanılabilir olması değil, çocuk için yapılan harcamalar oranında bu imkanın tanınması olacaktır⁹⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki serbest mallar için yönetimde geçerli olan kurallar burada da geçerliliğini korumaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'na baktığımızda ise kullanma hakkına ilişkin ayrıca bir maddeye yer verilmediği görülmektedir.

C. ÇOCUK MALLARININ GELİRLERİN SARFI

TMK m. 355'e göre "*Ana ve baba, çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için; hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere sarfedebilirler. Gelir fazlası, çocuk mallarına katılır*".

Sosyal medyada yapılan influencerlık sözleşmesi kapsamında elde edilen bir malın gelir getirme ihtimalinde bu gelirin sarfına ilişkin anılan düzenlemenin dikkate alınması gerekmektedir. Söz gelimi sözleşme neticesinde verilen taşınır malın üçüncü kişiye kiraya verilebilmesi velinin, yönetim hakkı kapsamında mümkündür. Bu sebeple kiradan elde edilecek bu gelir çocuk malının geliri niteliğinde olacaktır. O halde bu gelir üzerinde velinin veya velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin herhangi bir hak ve yükümlülüğü olup olmadığının bu madde kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

⁹² Öztan (n 8) 1175.

⁹³ Velidedeoğlu (n 36) 378; Serozan (n 1) 268; Öztan (n 8) 1175; Gökkaya (n 79) 331.

⁹⁴ Kılıçoğlu (n 36) 519.

⁹⁵ Velidedeoğlu (n 36) 380; Serozan (n 1) 269; Özdemir ve Ruhi (n 22) 1252.

⁹⁶ Serozan (n 1) 269.



Öncelikle belirtmek gerekir ki çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, eğitimi gibi yükümlülükler, bu yükümlülüklerin kanunda soybağı hükümleri içerisinde TMK m. 327’de düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda velayetin değil soybağının bir sonucu olduğu anlaşılmaktadır⁹⁷. Bu sebeple velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin de bu yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu, anne ve babanın ekonomik durumundan bağımsız olarak düzenlenmiş bir yükümlülük olup ekonomik durumları iyi de olsa kötü de olsa maddede bahsi geçen yükümlülükleri haizdirler⁹⁸.

Maddede bu gelirlerin öncelikle, çocuk için kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bundan sonra kalan miktar sarf edilebilecek olmakla birlikte bu da hakkaniyet ölçütüyle sınırlandırılmıştır. Hakkaniyet ölçütü doktrinde, çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması için bu malların gelirlerine gerek kalmaması ve bu gelirler ile evin geçiminin sağlanabileceği şeklinde belirtilmektedir⁹⁹. Kanaatimizce evin geçimi ifadesinden lüks harcamaların bu kapsamda değerlendirilmeyeceği sonucuna varılmalıdır. Aynı şekilde ailenin herhangi bir ferdinin özel harcamaları için de çocuk mallarının gelirleri sarf edilemeyecektir¹⁰⁰. Aksi takdirde maddenin ikinci fıkrasında yazan geri kalan fazlalığın çocuk mallarına katılacağı ifadesi anlamsız kalacaktır. Doktrindeki bir görüşe göre anne ve babanın, çocuğa nafaka vermesi gerekmesi halinde, ekonomik durumlarına göre belirlenecek bu nafaka tutarı üzerinden farazi değerlendirme yapılarak sonuca varılması gerekmektedir¹⁰¹. Başka bir görüşe göre ise hakkaniyet ifadesinden anlaşılması gereken TMK m. 4’dür¹⁰². Buna göre hakkaniyet ölçüsünü TMK m. 4 uyarınca hâkim değerlendirecek ve karara varacaktır.

Dikkat etmek gerekir ki bu durum çocuğun ailesiyle birlikte yaşaması halinde geçerli bir durumdur. Çocuğun ailesinden ayrı yaşaması durumunda anne ve baba TMK m. 355 uyarınca çocuk mallarının gelirlerini kullanamayacaktır¹⁰³.

D. ÇOCUK MALLARININ KISMEN SARFI

1. TMK m. 356/1’deki Düzenleme

Çocuk mallarının kısmen sarfı ise TMK m. 356’da düzenlenmiş olup maddede ikili ayrıma gidilmiştir. Birinci fıkrada gelirden olduğu gibi parasal bir edimden bahsedilmektedir¹⁰⁴. Başka bir deyişle çocuğun sermaye biçimindeki ödemeleri, tazminatları ve benzeri parasal edimleri TMK m. 356/1 kapsamında kısmen sarf içerisinde düzenlenmektedir. TMK m. 356/1’e göre “*Olağan ihtiyaçlar gerektir-*

⁹⁷ Akyüz (n 4) 255; Usta (n 14) 315; Baygın (n 26) 424.

⁹⁸ Baygın (n 26) 423.

⁹⁹ Akyüz (n 4) 255.

¹⁰⁰ Baygın (n 26) 425.

¹⁰¹ Baygın (n 26) 423, 424.

¹⁰² Özdemir ve Ruhi (n 22) 1254.

¹⁰³ Serozan (n 1) 269; Biderbost (n 63) 1159.

¹⁰⁴ Baygın (n 26) 426.

diği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir". Gelirlerin sarfindan farklı olarak, burada parasal edimlerin sarf edilmesi hususu düzenlenmiş olup bu malların ayrıca geliri olması durumunda başvurulacak madde yine bir önceki madde olan TMK m. 355 olacaktır¹⁰⁵. Söz gelimi, sosyal medyada yapılacak reklam karşılığında ücret ödenmesi halinde diğer şartları da taşıyorsa bu ücret çocuk malı sayılacak ve fakat bu ücretin bankaya yatırılması ve faiz getirmesi halinde artık çocuk malının geliri niteliğinde olacaktır¹⁰⁶. Böylece ödenen ücret m. 356 kapsamında değerlendirilebilecekken; faiz getirisine m. 355 uygulanacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki doktrinde, maddenin başlığı sarf etmek iken birinci fıkrada kullanma fiilinin yer alması karışıklık yaratma ihtimali bulunduğu için eleştirilmektedir¹⁰⁷. Gerçekten de daha önce incelediğimiz kullanma yetkisinden farklı olarak burada çocuk mallarının kısmen sarfı düzenlenmektedir. Bu sebeple her ne kadar maddede kullanma ifadesine yer verilse de düzenlemenin sarf etme ile ilgili olduğu unutulmamalıdır.

Maddede sayılan çocuk malları sınırlı sayıda olmayıp parasal değeri olan benzeri edimler de bu madde kapsamında kısmen sarf edilebilecektir¹⁰⁸. Maddede bahsi geçen tazminatlar bakımından herhangi bir tereddüt bulunmamakta ise de sermaye biçimindeki ödemelerden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Sermaye biçimindeki ödemeler için doktrinde "*doğrudan doğruya veya dolaylı olarak çocuğun bakım giderlerinin karşılanması ve bu yolda tüketilmek üzere belirlenmiş ödemeleri ifade eder*" olarak tanım verilmiş ve buna örnek olarak da nafaka ödemeleri gösterilmiştir¹⁰⁹.

Bu mallar, TMK m. 355'ten farklı olarak doğrudan çocuğun bakımı için sarf edilebilecek ve bu ancak kısmen olabilecektir. Kanun koyucu maddede açıkça kısmen sarf etmeden bahsettiği için, birinci fıkraya giren çocuk mallarının tamamının sarf edilmesi mümkün değildir. Buradaki diğer sınırlama ise bu malların ancak çocuğun olağan ihtiyaçları için sarf edilebilecek olmasıdır. Olağan ihtiyaçlar ifadesinden, her çocuğun ihtiyacı olabilecek ihtiyaçlar anlaşılmalıdır¹¹⁰. Söz gelimi çocuğun hasta olması halinde, hastane ve bakım giderleri TMK m. 356/1'de sayılan unsurlar/parasal edimler ile karşılanabilecektir¹¹¹. Bu örnek üzerinden düşünülüğünde birinci fıkraya giren çocuk mallarının tamamen harcanması gerekmesi halinde ne olacaktır? Zira kanun koyucu ancak kısmen sarftan bahsetmiş ve TMK m. 355'den farklı olarak çocuk mallarının gelirlerinin çocuğu harcanması

¹⁰⁵ Kılıçoğlu (n 36) 521.

¹⁰⁶ Kılıçoğlu (n 36) 521.

¹⁰⁷ Baygın (n 26) 427.

¹⁰⁸ Akyüz (n 4) 256; Baygın ve Doğan (n 38) 417.

¹⁰⁹ Baygın (n 26) 426.

¹¹⁰ Akyüz (n 4) 256.

¹¹¹ Akyüz (n 4) 256; Baygın (n 26) 427.



ve ancak kalan olursa hakkaniyet ölçütünde ailenin ihtiyaçlarına harcanabileceği belirtilmişken, burada geriye kalan miktara dair bir belirleme yer almamaktadır. Başka bir deyişle çocuk mallarının gelirlerinin hepsi çocuk için harcanabileceksen TMK m. 356/1 hükmüne giren çocuk mallarının tamamının çocuk için harcanıp harcanamayacağı noktasında nasıl bir sonuca varılması gerektiği de ayrıca değerlendirilmelidir. Bu soruya cevap verilebilmesi için ikinci fıkranın da incelenmesi gerekmektedir. Bir sonraki başlıkta bu hususu ele alacağız.

2. TMK m. 356/2'deki Düzenleme

TMK m. 356/2'ye göre “*Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir*”. Bu madde, içinde birçok şartı barındırmaktadır. Öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için çocuğun diğer mallarına başvurmak zorunlu olmalıdır. Bu zorunluluk halinde ayrıca hakimden izin alınması gerekmektedir. Hakimin izin vermesi halinde başvurulabilecek mallar birinci fıkra dışındaki diğer mallar olacaktır.

Daha önce bahsettiğimiz gibi kural olarak anne ve baba, öncelikle kendi malvarlıkları ile çocuğa karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Ancak bu şekilde çocuğun ihtiyaçlarını karşılayamadıkları durumlarda TMK m. 356/2 hükmünün uygulanması gündeme gelebilecektir. Birinci fıkradan farklı olarak olağan ihtiyaçlar dışında başkaca ihtiyaçlar çıkması halinde de bu madde uyarınca çocuğun diğer mallarına başvurulabilecektir.¹¹²

TMK m. 327/2 hükmü bu noktada yol gösterici olacaktır. Anılan maddeye göre “*Ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı halinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarfedebilirler*”. Her iki maddeyi birlikte yorumladığımızda, TMK m. 327/2'de yer alan hallerde, TMK m. 356/2 uyarınca hâkim izniyle çocuğun diğer mallarına başvurulabilecektir¹¹³. Doktrinde yer alan bir görüşe göre¹¹⁴, bakım nafakası adı altında m. 356'daki düzenlemenin benzeri m. 327'de yer almakta ve bu iki madde arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Buna göre TMK m. 356 kapsamında çocuk bakımından bir sınırlandırma getirilmişken m. 327'de herhangi bir olağanüstü halin çocuk mallarına başvurulması için yeterli olacağı belirtilmektedir. Başka bir deyişle, maddede her ne kadar anne ve babanın yoksul olması veya çocuğun özel durumu sebebiyle olağanüstü harcamalar yapılabileceği belirtilse de maddenin devamında olağan dışı herhangi bir nedenle de çocuk mallarının sarf edilebileceği belirtilmektedir. Kanaatimizce maddelerin birlikte yorumlanması ve çocuk lehine hareket edilmesi yerinde olacaktır.

¹¹² Usta (n 14) 316.

¹¹³ Ertaş (n 70) 392.

¹¹⁴ Serozan (n 1) 270.

Diğer mallar ifadesi ile anlaşılması gereken, TMK m. 356/1'den farklı olarak, taşınır, taşınmaz mallar ile haklardır¹¹⁵. Doktrinde bir görüşe göre burada taşınır ve taşınmazlar bakımından farklı bir sonuca varılması gerekmektedir¹¹⁶. Buna göre, taşınırlar için hâkim izni gerekmez iken; taşınmaz malların satımında mutlaka hakim izni alınmalı, aksi halde bu işlem geçersiz sayılmalıdır. Doktrinde katıldığımız diğer görüşe göre ise kural olarak, bu malvarlığı değerlerinin daha önce bahsettiğimiz gibi yönetim hakkı kapsamında tasarruf işlemlerine konu olması mümkün olup bunlar için ayrıca hakim izni gerekmez¹¹⁷. TMK m. 356/2 kapsamında izin alınması gereken durum, bu malların tüketilme ihtimalidir. Başka bir deyişle bir malın satılması, yönetim hakkı kapsamında hâkim iznine tabi değilken; bu malın satılmasından sonra elde edilecek kazancın harcanması bu malın tüketilmesi niteliğinde olacak ve hakim iznine tabi olacaktır¹¹⁸.

Bu durumda bir önceki başlıkta sorduğumuz soruyu değerlendirdiğimizde, doktrinde bir görüşe göre, TMK m. 356/1'deki malların ihtiyaçlara yetmemesi halinde TMK m. 356/2 gündeme gelebilecektir¹¹⁹. Ancak bu durumda TMK m. 356/1'de yazan "kısmen" ifadesi anlamsız hale gelecektir. Kanunda yazan bu ifadeyi göz önüne aldığımızda kanaatimizce TMK m. 356/1'in sadece kısmen sarfa izin vermesi karşısında çocuğun malının tamamen sarf edileceği durumda, bu işlem, malın tüketilmesi anlamına geleceğinden, yönetim hakkı kapsamında değerlendirilemeyecektir. O halde çocuğun TMK m. 356/1'de sayılan malvarlığı değerlerinin tamamının, çocuğun olağan ihtiyaçları için sarf edileceği durumda da, çocuğun korunmasının öncelik olması karşısında, hakimden izin alınması gerektiğinin kabulü yerinde olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki kanun maddelerinin bu şekilde düzenlenmiş olması kafa karışıklığına yol açacak niteliktedir. Bu sebeple maddelerin yeniden düzenlenmesi veya değiştirilmesi isabetli olabilecektir.

¹¹⁵ Akyüz (n 4) 256.

¹¹⁶ Ertaş (n 70) 396, 397.

¹¹⁷ Özdemir ve Ruhi (n 22) 1255; Baygın (n 26) 431, 432; Reyhani Yüksel (n 4) 87; Yargıtay 2. HD., 2009/16985 E., 2010/5916 K., 29.03.2010 T., "Davacı anne küçüğün velisi ve yasal tek temsilcisidir. Türk Medeni Kanununun 342 ve 462/1-2. maddeleri gereğince 327. ve 356. madde hükümleri koşullarının oluşması dışında hakimden izin almaksızın taşınır veya taşınmaz hangisi olursa olsun çocuk mallarını satabilecek, 360. ve 361. maddelerdeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe onun mallarını yönetecek ve bununla yükümlü olacaktır. (TMK.md.352) Yönetim hakkı sona erince de çocuğun mallarını hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayıymına devredecektir.(TMK. md.362)", HukukTürk, Erişim Tarihi 30.01.2024.

¹¹⁸ Baygın (n 26) 431, 432; Yargıtay'a göre ayrıca hakimden izin alınması velinin sorumluluğu bakımından da önem arz etmektedir, bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2009/19741 K. 2010/8423 T. 28.4.2010 "Türk Medeni Kanununun 356/2.maddesi ise, sadece küçüğün bakım, yetiştirme ve eğitimi için kullanma amacıyla satış izni istendiği takdirde hakim in bu gereksinimlerle sınırlı olarak izin vereceğini düzenlemektedir. Türk Medeni Kanununun 356/2.maddesi hükmü, doğrudan bir izin hükmü olmayıp velinin sorumluluğunu düzenleyen bir hükümdür. Böylece veli izin alıp tasarruf işleminde bulunduğu takdirde, çocuk ergin hale geldiğinde çocuğun sorumluluk davasından kendisini korumuş olacak; izinsiz işlem yaptığı takdirde sorumluluk davası ile karşılaşabilecektir", Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 05.02.2024.

¹¹⁹ Öztan (n 8) 1178; Usta (n 14) 319.



O halde sonuç olarak, sosyal medyada ebeveynlerin çocuk malı niteliğinde olacak bir kazanç elde etmesi halinde bu kazanç TMK m. 356, bu kazançtan ayrıca gelir elde edilmesi hali TMK m. 355 kapsamında değerlendirilecektir. Söz gelimi, bir reklam karşılığında ücret elde edilmiş ve bu para bankaya faiz getirecek şekilde yatırılmışsa bu faiz, kazancın geliri olacaktır. Elde edilen ilk ücret ise TMK m. 356'daki sınırlara tabi olacaktır.

E. ÇOCUK MALLARININ KORUNMASI

Çocuk mallarının korunması, TMK m. 360 ve 361'de düzenlenmiştir. Kanun koyucu, öncelikle hakimın genel önlemler alabileceğini düzenlemiş, alınacak önlemlerin yeterli olmayacağı durumlarda ise kayyım atanacağını belirtmiştir. Her ne kadar çocuk mallarının korunması başlıklı maddeler bu kısımda düzenlenmişse de başkaca maddelerin içinde de çocuk mallarının korunması için bazı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Burada tehlikenin ortaya çıkmasından önce alınabilecek önlemler ve tehlike ortaya çıktıktan sonra alınabilecek önlemler olarak ikili ayırım yapılabilecektir¹²⁰. Tehlikenin ortaya çıkmasından sonra alınacak önlemler, genel önlemler ve kayyım atanmasını gerektiren önlemler olarak ikiye ayrılmaktadır.

Tehlikenin ortaya çıkmasından önce kanun koyucu, TMK m. 352'de anne ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde hakimın müdahale edeceğini ve m. 353'te evlilik birliğinin sona ermesinden sonra çocuğun velayeti kimde ise onun defter verme ve değişiklikleri bildirme yükümlülüğünü düzenlemiştir. Tüm bu önlemler, çocuğun mallarının zarara uğrama ihtimaline karşı önceden alınacak önlemler niteliğindedir. Bu maddeleri daha önceki başlıklarda incelediğimiz için bu bölümde tekrara düşmemek adına tehlikenin ortaya çıkmasından sonra alınacak önlemleri inceleyeceğiz.

TMK m. 360 ve 361'in uygulanması için anne ve babanın kusurlu hareket etmesi aranmamakta, yalnızca tehlikenin varlığı gerekli ve yeterli olmaktadır¹²¹. Başka bir deyişle, anne ve baba, yükümlülüklerini yerine getirirken kusurlu bir davranışta bulunmaksızın gerek bilgisizliklerinden gerekse de tecrübesizliklerinden dolayı malları koruyamayacak durumda olabilirler. Bu durumda bu maddeler uygulama alanı bulacak ve hâkim gerekli önlemleri alacaktır.

TMK m. 360'da anne ve babanın, çocuğun mallarını yönetirken özensiz davranması durumunda hakimın önlem alacağı belirtilmektedir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında hakimın alabileceği önlemler örneklendirmek suretiyle sayılmış olup bu önlemler sınırlı sayıda değildir¹²². Belirtmek gerekir ki velayet hükümlerinde genel olarak alınacak önlemler, hafiften ağıra doğru gittiğinden burada da kanun koyucu öncelikle hafif önlemlerin alınması gerektiğini göz önünde bulundurarak bu mad-

¹²⁰ Öztan (n 8) 1194.

¹²¹ Öztan (n 8) 1193; Usta (n 14) 478, 479; Özge Yücel, *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili* (Turhan Kitabevi 2011) 136; Biderbost (n 63) 1168.

¹²² Yücel (n 118) 137.

deyi düzenlemiştir. Ancak madde kapsamında alınacak önlemlerin yetmemesi halinde, m. 361 gereği kayyım atanması önlemi devreye girecek ve onun da yetersiz kalması halinde şartları mevcut ise velayetin kaldırılması mümkün olabilecektir¹²³.

Burada TMK m. 352'den farklı olarak mutlaka çocuğun mallarının somut olarak tehlikeye düşmesi gerekmektedir¹²⁴. Söz gelimi, sosyal medya üzerinden kazanılan çocuk malı niteliğindeki kazancın, bankadaki bir mevduat hesabında durması ve mevduatın çokça değer kaybetmesine rağmen müdahalede bulunulmaması, yönetim yükümlülüğünün düzgün yerine getirilmediği anlamına gelebilecektir. Doktrinde ayrıca çocuğun taşınmaz malının boş durması, kiraya verilmemesi, malların zarar görmesi, tahrip edilmesi gibi haller somut tehlikeye örnek olarak gösterilmektedir¹²⁵.

Alınabilecek önlemler bakımından, hakime takdir hakkı tanınmıştır¹²⁶. Bu kapsamda, anne ve babayı uyurabilecek, onlara talimatlar verebilecek veya evlilik birliği devam ediyor olsa dahi TMK m. 353'teki gibi hesap vermelerini ve defter tutmalarını isteyebilecektir¹²⁷. Ancak daha önce belirttiğimiz gibi bunlar sadece örnek niteliğinde olup maddede hakime geniş takdir yetkisi tanınmaktadır¹²⁸. Buna göre hakim, her somut olayda, çocuk mallarının düştüğü tehlikeye göre gerekli önlemi kendi takdir ve tayin edecektir.

Genel önlemlerin yeterli gelmemesi halinde¹²⁹ ve bunların yeterli gelmeyeceğinin anlaşılması halinde hakim, MK m. 361'e göre kayyım atanması yoluna gidebilecektir¹³⁰. Burada, sadece çocuk mallarının yönetimi veliden alınmaktadır; yoksa anne ve babanın velayet hakları devam etmektedir¹³¹. Kayyım atanması yoluna

¹²³ Serozan (n 1) 270; Usta (n 14) 479; Velayetin kaldırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemil Çelik, 'Velayetin Kaldırılması' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2004) C. 54 S. 1.

¹²⁴ Öztan (n 8) 1194.

¹²⁵ Yücel (n 118) 139.

¹²⁶ Usta (n 14) 479.

¹²⁷ Usta (n 14) 480.

¹²⁸ Yücel (n 118) 136.

¹²⁹ Ceylan (n 76) 365; Biderbost (n 63) 1169.

¹³⁰ Öztan (n 8) 1196, 1197; Usta (n 14) 480; Yücel (n 118) 139; Yargıtay kararlarında da somut olaya göre doğrudan kayyım atanması gerektiğine yönelik karar verildiği görülmektedir. Bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2016/4126 K. 2016/7637 T. 14.4.2016, "*Mahkemeye çocuğa annesinden intikal eden veya intikal etmesi gereken tüm mal varlığının gelirleriyle birlikte tespit edilmesi, bu mal varlığının velayet sahibi olan davalı baba tarafından nasıl değerlendirildiğinin, çocuk yararına kullanılıp kullanılmadığının araştırılması, bu hususta işin gereği olan şirketler hukuku, muhasebe ve çocuk mallarının korunması konusunda uzmanlığı olan bilirkişilerden rapor alınması suretiyle velayet hakkını kullanan babanın Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin uygulanmasına Dair Tüzüğü'nün 4. maddesinde açıklandığı üzere çocuk malları hakkında gerekli özeni gösterip göstermediği tespit edilerek, çocuk mallarının korunmasında gerekli özenin gösterilmediğinin belirlenmesi halinde, çocuğa ait olan tüm mal varlığı ile gelirlerinden babanın kişisel mal varlığına aktarmış olduğu kısımların tahsili, mevcut olanların da korunması amacıyla gerekli olduğu takdirde çocuk mallarının ve gelirlerinin kayyıma devri (TMK m. 361) dahil kanunda öngörülen tedbirlerin alınması gerekir...*" Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 05.02.2024.

¹³¹ Usta (n 14) 481.



gidildiği takdirde vesayete ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacaktır¹³². Tüm bunların yetersiz kalması halinde ise artık velayetin kaldırılması gündeme gelecektir. Zira TMK m. 348’de açıkça “*Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim ... velâyetin kaldırılmasına karar verir...*” şeklinde ifade edilmektedir. Ancak bunun son çare olduğu unutulmamalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki anne ve babanın sorumluluğu TMK m. 363’te “*Ana ve baba, çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre de anne ve babanın sorumluluğu, vekalet sözleşmesi hükümleri uyarınca belirlenecektir. Makalemizin konusunu aşmamak adına bu konunun ayrıntılarına girmeyeceğiz; ancak burada belirtmek gerekir ki anne ve babanın özen borcunun belirlenmesinde vekalet hükümlerinin yol gösterici olacağı unutulmamalıdır¹³³.

SONUÇ

Hukumumuzda, kural olarak, mahkeme kararı veya evlenme ile erginlik sağlanmadıkça 18 yaşını doldurmamış her birey çocuk olarak kabul edilmektedir. Çocuk, ergin olmasına kadar, çoğu zaman varsa anne ve babanın ortak velayetinde olmaktadır. Ebeveynlerden birinin olmaması halinde sağ olan velayet hakkını haiz olmakla birlikte evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da ortak velayet kararı verilmedikçe anne veya babadan biri velayet hakkını kullanmaktadır.

Ebeveynler, velayet hakkını kullanırken tamamen serbest değillerdir. Kanun koyucu velayet açısından birçok sınırlandırma getirmiştir. Sınırlama getirilen alanların biri de çocuk mallarıdır. Ebeveynlerin malvarlığı ile çocukların malvarlığı aslında birbirinden bağımsız mallardır ve bu malvarlığı değerleri çoğu zaman karıştırılmaktadır. Sosyal medyada çocukları sayesinde reklam anlaşmaları yapmaya başlayan ebeveynlerin elde ettikleri kazançlar da çocuk malı niteliğinde olabilecektir. Bu sebeple elde edilen kazançların, nasıl elde edildiği önem arz etmektedir. Şüphesiz ki ebeveynin kendine dair paylaşımlar yaparak kazanç elde etmesi konumuzun dışındadır; ancak çocuğu üzerinden kazanç elde ettiği noktada çocuk malı gündeme gelecektir. Makalemizde ebeveynlerin, çocukları üzerinden sosyal medyada elde ettikleri kazancın çoğu zaman çocuk malı niteliğinde olacağı tespit edilmiştir.

Tüm bunlardan sonra bu kapsamda belirlenen çocuk mallarının yönetimi, kullanımı, malların ve gelirlerin sarfında velinin ve bazı durumlarda velayet hakkını haiz olmayan ebeveynin de tamamen serbest olmadığı tespit edilmekle birlikte TMK’nın çocukları yeterince koruyamadığı fark edilmiştir. Bu sebeple özellikle mukayeseli hukuktaki düzenlemeler ve gelişmelerin göz önünde bulundurulmasıyla daha iyi düzenlemelerin yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

¹³² Öztan (n 8) 1197.

¹³³ Yücel (n 118) 138.

KAYNAKÇA

Aebi-Müller RE, 'Elterliche Sorge: Betreuungsrecht – Betreuungspflicht – Aufenthaltsbestimmungsrecht / I. - III.' in Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen Symposium zum Familienrecht (eds. Alexandra Jungo, Christiana Fountoulakis), (Schulthess Juristische Medien AG 2018).

Affolter-Fringeli K ve Vogel U, 'Art 296' in *Die elterliche Sorge / der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB - Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB - Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Berner Kommentar* (eds. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter), (Stämpfli Verlag AG 2016).

Akıntürk T ve Ateş D, *Medeni Hukuk* (Beta 2023).

Akıntürk T ve Ateş D, *Aile Hukuku* (Beta 2016).

Aktaş Avcı P, 'Çocuk Influencer'ların Haklarının Korunması' iç Bülent Kent, Münire Kevser Baş ve Mahmut Samar (edr) *İnternet Hukukunda Çocuğun Korunması ve Mahremiyeti* (Adalet Yayınevi 2023), 69-93.

Akyüz E, *Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması* (Pegem Akademi 2021).

Albayrak S, 'Çocuğun Serbest Malları' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2018) 26 (2) 443-471.

Antalya G ve Topuz M, *Medeni Hukuk, C. 1* (Seçkin Yayıncılık 2024).

Ayan M ve Ayan N, *Kişiler Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2016).

Baygın C ve Doğan M 'Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Sarfi' Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2005) 9 (1-2), 379-427.

Baygın C, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2010).

Baytan Akkovan S, 'İfluencer Sözleşmeleri' iç Tuğçe Tuzcuoğlu ve A. Hulki Cihan (edr.), Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri (On İki Levha Yayıncılık 2019) 78-149.

Biderbost Y, 'Art 318' in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (eds. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 4. Auflage, (Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Breitschmid P, 'Art 14' in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (eds. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 4. Auflage, (Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Ceylan E, 'Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2017) 19 (Özel Sayı), Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 349-375.

Coşkun NH, *Velayete Hâkim Olan İlkelerin Ortak Velayete Uyarlanması*, (Aristo Yayınevi 2023).

Çakır N, *Boşanma Sonrası Ortak Velayet*, (Yetkin Yayınları 2020).

Çelik C, Cemil Çelik, ‘Velayetin Kaldırılması’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2004) C. 54 S. 1, 44-108.

Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku, C. I* (Filiz Kitabevi 2023).

Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2023).

Elçin EG, ‘Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar’ iç Evgen Gülçin Elçin ve Arzu Genç Arıdemir (edr) *Çocuk Hakları Çalışmaları – I –* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 1-25.

Ertaş Ş, ‘Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi’ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2007) 9(Özel Sayı), 391-398.

Fineman MN, ‘Commercial Sharenting and Protecting the Rights of Consumers and the Internet’s Child Stars’ (2023) 111 Geo LJ 847, <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/glj111&i=855>> accessed 27 December 2023, 847-890.

Genç Arıdemir A, ‘Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu’ iç Evgen Gülçin Elçin ve Arzu Genç Arıdemir (edr) *Çocuk Hakları Çalışmaları -I-* (On İki Levha Yayıncılık 2017).

Güvenç Ö, ‘Çocuk Mallarının Yönetimi’ iç Ersin Erdoğan, Belkıs Vural Çelenk ve Özgün Özyüksel (edr) *Türk Hukukunda Çocuk* (Yetkin Yayınları 2022), 457-505.

Gökkaya V, ‘Ana ve Babanın Çocuğun Malların Üzerindeki Kullanma Hakkı’ TBB (2017) 133, 325-348.

Haley K, ‘Sharenting and the (Potential) Right to Be Forgotten’ (2020) 95 Ind LJ, <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/indana95&i=1029>> accessed 27 December 2023, 1005-1020.

Hatemi H, *Medeni Hukuk’a Giriş* (On İki Levha Yayıncılık 2021).

Hatemi H ve Kalkan Oğuztürk B, *Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2013).

Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (Legal Yayıncılık 2021).

İnan AN, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları 1968).

İyilikli AC ve Ersöz O, ‘Ergin Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Hukuki Sonuçları’ (2018) 11 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi.

Kayıhan Ş, *Kişiler Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022).

Keskin AD, ‘İnfluencer Sözleşmesi’ (2022) 13 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 129-147.

Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2022).

Kırkbeşoğlu N, ‘Genel Olarak Yasak İşlemler’ Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2023) 2(1).

Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (On İki

Levha Yayıncılık 2023).

Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (Filiz Kitabevi, 2021).

Öcal Apaydın B ve Hışım S ‘Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı’ iç Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik ve Gülen Sinem Tek (edr) *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması* (Seçkin Yayıncılık 2021).

Özdemir H ve Ruhi AC, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları* (On İki Levha Yayıncılık 2016).

Öztan B, *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları* (Yetkin Yayınları 2021).

Öztan B, *Aile Hukuku* (Turhan Kitabevi 2015).

Reyhani Yüksel S, *Velayet Hakkının Anayasal Sınırları* (Legal Yayıncılık 2016).

Saragoza A, ‘The Kids Are Alright? The Need for Kidfluencer Protections’ (2020) 28 Am U J Gender Soc Pol’y & L 575, <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ajgsp28&i=487>> accessed 8 January 2024, 575-602.

Savage C ‘Starting next year, child influencers can sue if earnings aren’t set aside, says new Illinois law’ (*Apnews*, 12 Ağustos 2023) <<https://apnews.com/article/tiktok-child-influencer-illinois-social-media-f784b4bc52cb75ad1e0d28785993b1c5>> accessed 5 Ocak 2024.

Serozan R, *Medeni Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2008).

Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2017).

Stefan K, ‘Art 105’ in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (eds. Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 4. Auflage, (Schulthess Juristische Medien AG 2023).

Suata İZ, *Çocuk Hukuku* (Yetkin Yayınları 2021).

Şenol AN, ‘Sünnet ve Çocuğun Menfaati’ (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı 1337-1357.

Usta S, *Velayet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2016).

Velidedeoğlu HV, *Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku* (Nurgök Matbaası 1965).

Winckler CB, ‘Kidfluencers: How the Law’s Failure to Keep up Leaves Children across the Country at Risk of Labor Abuse and Financial Exploitation’ (2022) 16 Charleston L Rev 111, <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/charlwrev16&i=125>> accessed 8 January 2024, 111-132.

Yates C, “: Protecting Children by Limiting the Right to Profit from “Sharenting”” (2023) 25 Vand J Ent & Tech L 845 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/vanep25&i=885>> accessed 27 December 2023, 845-870.

Yılmaz C, *Velayet Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023).

Yüce HA, ‘Mesleki Amaç ve Ticari Amaç Kavramlarının Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi’ *KHAS Hukuk Bülteni* (İstanbul, 2 Nisan 2021) <<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/41>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

Ebeveynlerin Sosyal Medyada Çocukları Üzerinden Elde Ettikleri Kazancın
Çocuk Malları Kapsamında İncelenmesi
Arş. Gör. Nesli Beril ÖZEN ÇOLAK

|||||||

Yücel Ö, *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili* (Turhan Kitabevi 2011).

Zorluoğlu Yılmaz A 'Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları' (2021) 29(4) Selçuk
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3383-3417.

TÜRK HUKUKUNDA MENKUL KIYMET KAVRAMININ YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Re-Evaluation of the Concept of Security in Turkish Law

Abdullah ALTINTAŞ*

Özet

Menkul kıymet, durağan olmayan ve değişken bir kavramdır. Kavramın anlamının ve dolayısıyla kapsamının değişimi hukuk düzeni, zaman veya bağlamdan kaynaklanabilmektedir. Gerek Türkiye'deki gerekse de Birleşik Krallık, ABD ve AB'deki menkul kıymetin tanımlanmasına ilişkin durum bu ifadeyi doğrulamaktadır. "Menkul kıymet" terimi ülkemizde mevzuatta ilk kez Cumhuriyet'in ilk yıllarında kullanılmış olsa da kanunî tanıma ilk kez 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile kavuşmuş ve zaman içerisinde güncellenmiştir. Bu kanunî tanım, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu tarafından terk edilmiş ve tanımlamanın unsurlar üzerinden yapılmasından vazgeçilerek sayma yoluyla yapılması tercih edilmiştir. Gelgelelim, pek çok yazar unsurlara dayalı eski kanunî tanım ile menkul kıymeti açıklamaya devam etmektedir. Öğretideki bu yaklaşımın günümüzde geçerli olup olmadığının test edilmesi ile hem bu tanımların işlevleri açıklığa kavuşturulacak hem de menkul kıymetlerin mevcut durumdaki özellikleri ortaya konacaktır. Anılan unsurlar incelendiğinde, bunların birçoğunun belirli şekillerde mevcut durumda geçerliliklerini korudukları buna karşın belirli bazı unsurların menkul kıymetin ne olduğunu tarif etmek anlamında artık bir işlevinin kalmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Menkul kıymetler, sermaye piyasası araçları, kurumsal finansman, sermaye piyasası hukuku.

Abstract

The concept of security is dynamic and variable. The meaning and the scope of the term can change depending on the legal system, time, or context. This statement is supported by the situation regarding the definition of securities in Turkey, as well as in the United Kingdom, the United States, and the European Union. Although the term "security" was first used in Turkish legislation during the early years of the Republic, it only received a legal definition with the Capital Markets Law No. 2499, which has since been updated over time. This legal definition was abandoned by the Capital Markets Law No. 6362, which opted for a descriptive approach by listing securities instead of defining them through their elements. Nevertheless, many authors continue to explain securities using the elements-based definition from the previous law. By testing whether this approach in the doctrine remains valid today, both the functions of these definitions will be clarified, and the current characteristics of securities will be revealed. Upon examining these elements, it becomes evident that while many of them remain valid in certain respects, some have lost their relevance in defining what constitutes a security today.

Keywords: Securities, capital market instruments, corporate finance, capital market law.

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 11.10.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025*

* Ar. Gör. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, abdullah.altintas@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-1387-3746>.

GİRİŞ

Menkul kıymetlerin ilk örnekleri yüzlerce yıl önce ortaya çıkmıştır.¹ Buna karşın bir kavram olarak menkul kıymetin muhteva ettiği anlam üzerinde anlaşılabilirliği değildir. Anlam farklılıklarının farklı hukuk düzenleri arasında ortaya çıkması son derece doğal olsa da bu farklılıkların bir hukuk düzeninde zaman içerisinde ortaya çıkması hatta aynı anda farklı bağlamlarda farklı anlamlara başvuruluyor olması da gözlenmektedir. Bu kapsamda, 2024 yılı sonu itibariyle Türk hukukunda menkul kıymet terimi ile kastedilen sermaye piyasası araçlarının ortak özelliklerinin ortaya konulması, bu kavramın kapsamının belirlenmesi için elzemdir. Menkul kıymet, Türk pozitif hukukunda kanunî tanımı olan bir kavramdır. Bu tanım 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) m. 3/1/o'da yer almakta olup nelerin menkul kıymet olup nelerin menkul kıymet olmadığını saymakla yetinmektedir.

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde menkul kıymet kavramının değişkenliği gözler önüne serilmektedir. Öncelikle Türk hukukunda zaman içerisinde yaşanan değişiklik ele alınmakta ve ikili bir ayrıma gidilerek SPKn yürürlüğe girmeden önceki dönemle yürürlüğe girdikten sonraki dönem arasında yaşanan anlam farklılığına dikkat çekilmektedir. SPKn öncesi dönemde, menkul kıymet örneklerinin ortaya çıkışı ve terim olarak menkul kıymetin kullanımı ile menkul kıymete ilişkin mevzuat ve doktrin tarafından formüle edilen tanımlar değerlendirilmektedir. İlk bölümde çeşitli hukuk düzenlerinde menkul kıymet teriminin ne şekilde anlamlandırıldığı ortaya konularak menkul kıymet kavramının anlamının değişkenliği vurgulanmaktadır.

İkinci bölümde ise 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (eSPKn) ortaya konulan menkul kıymet tanımındaki unsurların günümüzdeki geçerliliği, SPKn m. 3/1/o'da ortaya konan menkul kıymet kavramı kapsamında değerlendirilmektedir. Dinamik, değişen ve gelişen bir kavram olsa da menkul kıymetin unsurlarını ortaya koyma çabası hâlâ önemlidir. Böylelikle hem menkul kıymetlerin ne olduğu daha iyi değerlendirilebilecek hem de geçmişteki tanımın günümüzde ne denli geçerli olduğu test edilecektir.

A. MENKUL KIYMET KAVRAMININ DEĞİŞKENLİĞİ

1. Türkiye'de Menkul Kıymetlerin Ortaya Çıkışı ve Menkul Kıymet Kavramının Şekillenmesi

1.1. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) Öncesi Dönemde Menkul Kıymet

Ülkemizde menkul kıymetler ilk defa 19. yüzyılda Osmanlı Devleti döneminde ortaya çıkmıştır.² Ancak, Fransızcadan gelen³ menkul kıymet teriminin bir kavram

¹ Ranald C Michie, *The Global Securities Market: A History* (1st edn, Oxford University Press 2006) 17–18.

² Haydar Kazgan, *Galata Bankerleri* (Türk Ekonomi Bankası AŞ 1991) 25–26, 52–62; Haydar Kazgan, *Tarih Boyunca İstanbul Borsası* (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası 1995) 48–71; Haydar Kazgan, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Türk Bankacılık Tarihi* (Türkiye Bankalar Birliği 1997) 116–117; Tekin Memiş ve Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku* (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2020) 22.

³ Reha Poroy ve Turgut Suphi Erem, 'Hukukî Araştırma', *Sermaye Piyasası Etiüdü: Türkiye'de Sermaye Piyasasının Gelişmesi İçin Gerekli Tedbirler* (Sermaye Piyasası Semineri Tertip Heyeti 1964) 115.

olarak mevzuatta ilk kez kullanımı Cumhuriyet döneminde 1929 yılında 1447 sayılı Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanunu ile gerçekleşmiştir. Gelgelelim söz konusu kanunda menkul kıymet ifadesi kullanılmış olsa da kavramın tanımı yapılmayıp unsurları belirtilmediği gibi nelerin menkul kıymet olduğu ya da olmadığı da açıkça ifade edilmemiştir. Söz konusu kanun m. 1 şu şekildedir: “*Menkul kıymetler ve kambiyo borsaları Devlet, vilâyet ve belediyeler tarafından çıkarılan istikrazlar esham ve tahvillerile hazine bonolarının, Türk anonim şirketleri tarafından çıkarılan esham ve tahvillerin ve borsaya kabulüne Maliye Vekâletince müsaade edilen ecnebi esham ve tahvillerile nuket ve kambiyo borsalarının alınıp satıldığı yerlerdir.*” Buradaki “esham ve tahvil” ifadesinin “menkul kıymet” terimini karşılamak üzere kullanıldığı vurgulanmıştır.⁴ Benzer şekilde, tanım yapılmamış olsa da söz konusu madde hükmünde sayılanların menkul kıymet olduğunun işaret edildiği ve nelerin menkul kıymet olduğunun açıklandığı, türlerinin sayıldığı belirtilmiştir.⁵ Bu nedenle, menkul kıymet türlerinin ne olduğunun dolaylı ve üstü kapalı bir şekilde anılan hükümde ifadesini bulduğu söylenebilecektir. Ünal, o dönemde menkul kıymet kavramının tanımının yapılmayıp unsur ve özelliklerinin açıklanmamasının iki temel nedeni olduğunu söylemiştir. Bunlardan ilki o dönemde mevcut menkul kıymetlerin ve çeşitlerinin ekonomik anlamda yeterince önem görmemesi ve bu nedenle bu kavramın açıklanmasına ihtiyaç duyulmaması olarak belirtilmiştir. İkinci neden olarak ise kavramın, Anglo-Sakson hukukunda büyük önem taşımaya karşılık Türk hukuk sisteminin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası hukuk sistemindeki öneminin görece az olması nedeniyle Türk hukuk doktrininin bu konuda gelişmemesi gösterilmiştir.⁶

1850 tarihli Kanunname-i Ticaret’tekine benzer şekilde 1926 tarihli 856 sayılı Ticaret Kanunu’nda ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (eTTK) menkul kıymet kavramı kullanılmamıştır. Belirtmek gerekir ki anılan kanunlarda menkul kıymet kavramı kullanılmamış olsa da günümüzde menkul kıymet olarak değerlendirilen çeşitli kıymetlere ilişkin hükümler yer almıştır. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’ndan (eSPKn) önceki dönemde kavram, çeşitli kanunlarda kullanılmış olsa da herhangi bir kanunî tanımı yapılmamıştır. Bu kanunlara örnek olarak mülga 2489 sayılı Kefalet Kanunu (RG 02.06.1934/2720), 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun (RG 06.01.1961/10700) yürürlükten kaldırılan bazı hükümleri gösterilebilir. Bir

⁴ Oğuz Kürşat Ünal, *Menkul Kıymetler* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1988) 16; Ali Paşlı, ‘Türk Hukukunda “Menkul Kıymet” Kavramı’ içinde Ömer Teoman, Arslan Kaya ve Cenker Değirmenci (eds), *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, vol II (Vedat Kitapçılık 2007) 1526.

⁵ Zühtü Aytaç, *Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1988) 39; Sevinç Akbulak ve Yavuz Akbulak, *Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler* (Beta Basım Yayım Dağıtım 2004) 20; Paşlı (n 4) 1526; Buket Çatakoğlu, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2016) 37.

⁶ Ünal, *Menkul Kıymet* (n 4) 16–17.



kavram olarak menkul kıymet, mevzuatta ilk kez eSPKn ile tanıma kavuşmuştur. eSPKn'nın 30.07.1981 tarihli 17416 sayılı Resmî Gazete'de (RG) yayımlanan ilk hâlinde m. 3/b hükmü menkul kıymetleri "ortaklık veya alacaklılık sağlayarak, belli bir meblağı temsil eden; hisse senetleri, tahviller ve Hazine bonoları gibi kıymetler..." şeklinde tanımlamış ve "bunlar dışında kalan kıymetli evrak ile mali değerleri temsil eden veya ihraç edenin mali yükümlülüklerini içeren her türlü evrakın halka arz ve bu yolla satışı..."nın da menkul kıymet hükümlerine tabi olacağını belirtmiştir. Bu ilk kanunî tarif doktrin tarafından eleştirilmiştir.⁷ Nitekim, söz konusu ilk kanunî tanımın yayımlanmasından itibaren henüz bir yıl geçmeden Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), bir tebliğ (Seri: V, No: 1, RG 29.06.1982/17739(Mükerrer)) ile eSPKn'nın uygulanmasında kullanılmak üzere menkul kıymeti, "ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, orta ve uzun vâdeli yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, çok sayıda ve seri hâlinde çıkarılan, ibareleri aynı olan kıymetli evrak" şeklinde tanımlamış ve nelerin menkul kıymet olup nelerin olmadığına yönelik belirleme yapmıştır. Sonraki bir tebliğ (Seri: V, NO: 5, RG 13.12.1984/18604) ile de bu belirleme güncellenmiştir. eSPKn yürürlüğe girdikten kısa süre sonra SPK tarafından menkul kıymetin kanunî tanımından farklı ikincil düzenleme yapılması, kanunî tanımdaki eksikleri gidermeye çalışması bakımından doktrin tarafından olumlu karşılanmıştır. Ancak, kanun ile getirilen tanımın, SPK'nın bir tebliği ile genişletilmesi hukuk tekniği açısından eleştirilmiş ve SPK'nın kanun ile kendisine verilen yetkiyi aştığı vurgulanmıştır.⁸

1992'de 3794 sayılı Kanun m. 2 hükmüyle eSPKn'daki tanım değiştirilmiştir. Bu değişiklik sonrası eSPKn'da menkul kıymetler, "ortaklık veya alacaklılık hakkı sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri hâlinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları" SPK tarafından belirlenen kıymetli evrak olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere bu tanım SPK tarafından tebliğ (Seri: V, No: 1, RG 29.06.1982/17739(Mükerrer)) ile getirilen tanımın neredeyse aynısıdır. Söz konusu kanunî tanımı değiştiren 3794 sayılı Kanun'daki ilgili madde gerekçesinde, öğreti ve pratikte menkul kıymet kavramına ilişkin genel kabul gören ilkeleri içeren bir tanım yapıldığının altı çizilmiştir.

Mevzuattaki tanımların yanında SPKn öncesindeki dönemde doktrinde yapılan tanımlar da önem taşımaktadır. Türk hukuk literatüründeki ilk tanımlardan birisine göre menkul kıymetler, "*borsada kote olsun veya olmasın sahip veya hâmiline, zilyeti olmadığı bir mal üzerinde bir hak veya tüzel kişilerden bir alacak temin eden senet*" olarak açıklanmıştır. Ünal tarafından söz konusu tanım, Tolun'a atfedilmiş ve isabetsiz olarak "Türk doktrinindeki ilk menkul kıymet tarifi" ve ilk

⁷ ibid 20, 25, 26; Aytaç (n 5) 45; Paşlı (n 4) 1528; Oğuz Kürşat Ünal, *Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı* (Asil Yayın Dağıtım 2005) 36.

⁸ Ünal, *Menkul Kıymet* (n 4) 21; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2nd edn, Turhan Kitabevi 1997) 183; Ünal, *Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı* (n 7) 37–38; Paşlı (n 4) 1528.

tariflerden birisi olarak nitelendirilmiştir.⁹ Söz konusu tanım Karayalçın tarafından özellikle mal üzerinde hak teminine ilişkin kısmı nedeniyle eleştirilmiş, yanlış ve eksik olarak değerlendirilmiştir. Karayalçın'a göre menkul kıymet, sahibine uzun vadeli irat getiren ve bir sermayeyi temsil eden kıymetli evraktır.¹⁰ Yine eSPKn ile herhangi bir tanım getirilmeden önce kavram, "ortaklık ve alacaklılık sağlayarak, belirli bir meblâğı eşit parçalar hâlinde temsil eden ve kıymetli evrak grubuna dahil senetler" olarak tarif edilmiştir.¹¹

eSPKn yürürlüğe girdikten sonra ancak henüz 3794 sayılı Kanunla menkul kıymet tanımı değiştirilmeden önce yapılan bir tanıma göre menkul kıymetler, "*kamu tüzel kişileri ya da anonim şirketler tarafından alacak veya ortaklık haklarını temsil etmek üzere, nakit veya ayın karşılığında, belli şekil şartlarını haiz olarak, standart meblağ ve standart tipte, çok sayıda ve orta, uzun veya sonsuz vadeli olarak seri hâlinde ihraç edilen, devamlılık arz eden, dönemsel gelir sağlayan ve piyasada tedavül eden hukuken kıymetli evrak hükmünde belgelerdir*".¹² Aynı dönemde Tekinalp, menkul kıymetlerin kıymetli evrak olduğunun altını çizerek misli eşya niteliğinde olmak ve dönemsel ürün vererek devamlı nitelikte sermaye yatırımlarına hizmet etmek şeklinde iki unsuru barındırmaları gerektiğini belirtmiştir.¹³ Bu dönemdeki bir başka tanıma göre menkul kıymetler, sermaye piyasasının işlemlerini ve ortaya çıkmasını sağlayan, para piyasasına hizmet etmeyen veya para piyasasında işlem görmeyen senetlerdir.¹⁴

1.2. SPKn Döneminde Tanım

SPKn m. 3/1/o, eSPKn'dan farklı olarak menkul kıymet kavramını unsurlarını ortaya koyarak tanımlamamış, yalnızca nelerin menkul kıymet olduğunu ve nelerin olmadığını vurgulamakla yetinmiştir. SPKn m. 3/1/o hükmüne göre menkul kıymetler; "*para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere*" "*paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları...*" ile "*borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikaları...*"dır.

SPKn ile menkul kıymet kavramına ilişkin farklı bir yaklaşım benimsenmiş olsa da öğreti, 3794 sayılı Kanunla değişik eSPKn m. 3/b'deki tanımı baz alarak menkul kıymet kavramını tanımlamaya devam etmiştir.¹⁵ Ancak SPKn döneminde

⁹ Osman Tolun, *Banka ve Borsa Hukuku* (Doğuş Matbaacılık 1959) 114; Ünal, *Menkul Kıymet* (n 4) 27, 52.

¹⁰ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku: III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4th edn, Sevinç Matbaası 1970) 37.

¹¹ Poroy ve Erem (n 3) 115.

¹² Muharrem Karşı, *Sermaye Piyasası Borsa Menkul Kıymetler* (Ormen Pazarlama 1989) 245.

¹³ Ünal Tekinalp, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları* (ES Yayınları 1982) 13–16.

¹⁴ Hamdi Yasaman, *Menkul Kıymetler Borsası Hukuku* (1992) 17.

¹⁵ Öğretideki bu tanımlar için bkz. Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku* (4th edn, Adalet Yayınevi 2022) 130–133; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (10th edn, Banka ve Ti-



farklı tanımlar benimseyen yazarlar da mevcuttur. Örneğin, Tekinalp menkul kıymeti ana işlevi olan üç ögeye sahip kıymetli evrak olarak tanımlamaktadır. Bu üç ögeyi ise “misli eşya niteliğine sahip olma”, “yatırım aracı olarak kullanılma” ve “dönemsel ürün verme” olarak belirtmektedir.¹⁶ Tekinalp’in tanımına “kitle hâlinde ihraç edilme” unsurunu da ekleyen bir yaklaşım da bulunmaktadır.¹⁷

2. Menkul Kıymet Kavramına İlişkin Diğer Hukuk Düzenlerinden Örnekler

2.1. Birleşik Krallık

SPKn m. 3/1-o hükmündekine benzer şekilde, Birleşik Krallık’ta menkul kıymetlere ilişkin mevzuatta benimsenen yaklaşım da menkul kıymetin unsurlarını ve özelliklerini saymamakta, nelerin menkul kıymet sayılacağını belirtmekle yetinmektedir. Finansal Yürütme Otoritesi (Financial Conduct Authority – FCA), Finansal Hizmetler Kanunu 2012 (Financial Services Act 2012) ile Birleşik Krallık’ta finansal piyasalara ilişkin düzenleyici kurumlardan biri olarak yetkilendirilmiştir. Finansal Hizmetler Kanunu 2000 (Financial Services Act 2000) değişik bölüm 138G’de belirtilen kural koyma yetkisi kapsamında FCA tarafından FCA El Kitabı (FCA Handbook) hazırlanmaktadır.¹⁸

Finansal Hizmetler Kanunu 2000 (Düzenlenen Faaliyetler) Emri 2001 (The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001) m. 3’teki menkul kıymet tanımı doğrultusunda, FCA El Kitabı’nın Terimler Sözlüğü (Glossary) bölümünde menkul kıymet kavramı tanımlanmıştır ve sayılan türdeki “yatırımların” menkul kıymet olduğu belirtilmiştir. Buna göre; pay, borçlanma aracı (debenture), alternatif borçlanma aracı (alternative debenture), varant (warrant), hükümet ve kamu menkul kıymeti (government and public security), belirli menkul kıymetleri temsil eden sertifika, birim (unit), paydaş emeklilik planı (stakeholder pension scheme), buraya kadar sayılan menkul kıymetlerdeki yatırımlardaki haklar veya menfaatler, kişisel emeklilik planı (personal pension scheme), güvence altına alınmış yararlar sağlayan emeklilik planı (pension scheme which provides safeguarded benefits) ve emisyon ödeneği (emission allowance) menkul kıymettir.

Buna karşın, yine FCA El Kitabı’ndaki tanımda Birleşik Krallık Kotasyon Kuralları (UK Listing Rules) bağlamında menkul kıymet teriminin resmî listeye (official list) alınmış veya alınabilir her şeyi kapsadığı belirtilmiştir.

Bir İngiliz mahkemesinin kararında menkul kıymet kavramının anlamının esnek

caret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2021) 521; Çatakoğlu (n 5) 79–88; Tekin Memiş ve Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku* (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 60; Hüseyin Ülgen ve diğerleri, *Kıymetli Evrak Hukuku* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2021) 36.

¹⁶ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019) para 1094.

¹⁷ Bu yaklaşım için bkz. Enver Usca, ‘Borçlanma Senetleriyle Alma ve Değiştirme Hakkını İçeren Menkul Kıymetler’ içinde Kemal Şenocak (ed), *Şirketler Hukuku Şerhi: Türk Ticaret Kanunu*, vol 3 (Seçkin Yayıncılık 2023) 3188.

¹⁸ Financial Conduct Authority, ‘Reader’s Guide: An Introduction to the Handbook’ 3 <<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook-readers-guide>> accessed 15 October 2024.

olduğu hususunun tartışmasızlığı vurgulanmış;¹⁹ bir başka kararda ise kavramın “rengini bağlamından aldığı” ifade edilmiştir.²⁰ Başkaca kararlarda ise menkul kıymetlerin “yatırımlar” ile eş anlamlı olduğu belirtilmiştir.²¹

2.2. Amerika Birleşik Devletleri (ABD)

ABD’de sermaye piyasalarına ve bunların düzenlenmesine ilişkin hem federal hem de eyalet düzeyinde mevzuat bulunmaktadır. Menkul kıymet kavramı gerek federal mevzuatta gerekse de eyalet mevzuatlarında tanımlanmıştır. ABD’deki çeşitli menkul kıymet tanımları pek çok açıdan birbirine benzerlik gösterse de şu veya bu şekilde farklılıklar da ihtiva etmektedirler.

Eylül 2024 verilerine göre ABD eyaletlerinden gayrisafi yurt içi hasılatları en yüksek olanları sırasıyla Kaliforniya ve Teksas’tır.²² Kaliforniya Şirketler Kanunu (California Corporations Code) § 25019, Teksas Menkul Kıymetler Kanunu (Texas Securities Act) § 4001.068 menkul kıymet kavramını tanımlamaktadır. Ayrıca, ABD’de federal devletin yetkisinde olmayan konularda eyaletlerin kanunlarının yeknesaklaştırılması amacı kapsamında hazırlanan ve bizatihi bağlayıcı olmasa bile birçok eyaletin olduğu gibi yasalaştırdığı Yeknesak Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code) § 8-102 (a)(15) hükmünde de menkul kıymet kavramı tanımlanmıştır.

Menkul Kıymetler Kanunu 1933 (Securities Act of 1933) § 2 (a)(1) ve Menkul Kıymetler Borsası Kanunu 1934 (Securities Exchange Act of 1934) § 3 (a)(10) federal düzeyde menkul kıymet kavramını tanımlayan temel hükümlerdir. SCOTUS (Supreme Court of the United States - ABD Üçüncü Mahkemesi) esasen bu iki hükümü “hemen hemen özdeş” (virtually identical) olarak değerlendirmiştir.²³ Anılan iki hükümden, Menkul Kıymetler Borsası Kanunu 1934’tekinin kapsamı görece daha dar²⁴ olsa da çeşitli diğer federal kanunlarda menkul kıymet terimi Menkul Kıymetler Borsası Kanunu 1934’teki anlamıyla kullanılmaktadır. Bu durum, örneğin Dodd-Frank Wall Street Reformu ve Tüketici Koruma Kanunu (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) § 2(15)(A) ve Sarbanes-Oxley Kanunu 2002 (Sarbanes-Oxley Act of 2002) § 2(a)(14) hükümlerinde açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle, ABD’deki kanunî menkul kıymet tanımlarından en öne çıkan örneğin, Menkul Kıymetler Borsası Kanunu 1934 § 3 (a)(10) hükmündeki tanım olduğu söylenebilmektedir. Bu hükümde, nelerin menkul kıymet olduğu ve nelerin menkul kıymet olmadığı görece uzun bir şekilde sayma yöntemiyle belirtilmiştir.²⁵

¹⁹ *Re Scorer; Burt (or Burt) v Harrison* [1924] All ER Rep 330, 333.

²⁰ *Taylor Clark International Ltd v Lewis* [1997] STC 499, 517-518.

²¹ Bu yönde bkz. *Re Rayner; Rayner v Rayner* [1904] 1 Ch 176, 189; *Re Douglas’ Will Trusts, Lloyds Bank Ltd v Nelson* [1959] 1 WLR 744, 749.

²² Bureau of Economic Analysis, ‘GDP by State’ (*Bureau of Economic Analysis - U.S. Department of Commerce*) <<https://www.bea.gov/data/gdp/gdp-state>> accessed 30 November 2024.

²³ *Tcherepnin v. Knight*, 389 U.S. 332, 335-336 (1967).

²⁴ Geoffrey Fuller, *The Law and Practice of International Capital Markets* (3rd edn, LexisNexis 2012) 7; Ünal, *Menkul Kıymet* (n 4) 10–11.

²⁵ Söz konusu hükme ilişkin ayrıntılı Türkçe bilgi için bkz. Ünal, *Menkul Kıymet* (n 4) 9–14..

2.3. Avrupa Birliği (AB)

Finansal Ürün Piyasaları Direktifi II’de (MiFID II - 2014/65/EU Direktifi) “devredilebilir menkul kıymetler” (transferable securities) kavramı benimsenmiş olup m. 4/1/44’te bu kavramın, ödeme araçları hariç sermaye piyasalarında işlem görebilen menkul kıymet türlerini ifade ettiği belirtilmiştir. Bu kapsamda olan menkul kıymetler ise örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bu örnekler; i) şirket payları ve eşdeğerleri ile bunlara ait depo sertifikaları, ii) tahviller ve menkul kıymetleştirilmiş diğer borç türleri ile bunlara ait depo sertifikaları, iii) bu tür devredilebilir menkul kıymetleri alma veya satma hakkı veren veya devredilebilir menkul kıymetlere, para birimlerine, faiz oranlarına veya getirilere, emtialara veya diğer endekslere veya ölçütlere referansla belirlenen bir nakit ödemeye yol açan diğer menkul kıymetler şeklinde sıralanmıştır. Ancak, AB Hukukunda menkul kıymetlere ilişkin tutarlı bir tanım ve kavram kullanımı bulunmamaktadır. Nitekim, Devralma Direktifi (Takeover Directive - 2004/25/EC) m. 2/1/e’de olduğu gibi menkul kıymet kavramını farklı şekilde tanımlayan ve kullanan farklı AB Direktifleri de bulunmaktadır.²⁶

2.4. Kavramın Değişkenliğinin Değerlendirilmesi

Açıklandığı üzere, menkul kıymet kavramının içeriği hukuk düzeninden hukuk düzenine farklılaşabildiği gibi aynı hukuk düzeninde de zamanla şekillenebilmektedir.²⁷ Hatta, Birleşik Krallık ve AB’de olduğu gibi aynı anda bile bağlamına göre değişebilen farklı kullanımlar gündeme gelebilmektedir. Anlamdaki bu farklılaşmanın gelecekte de devam etmesi muhtemel olduğundan, SPKn’da menkul kıymetin tanımı yapılmayarak tüketici olmayan bir şekilde nelerin menkul kıymet olduğunun ve nelerin olmadığına sayılması isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.

B. MENKUL KIYMETİN UNSURLARINA İLİŞKİN İNCELEME

1. Unsurlar Üzerinden İncelemenin Neden Tercih Edildiği

Her ne kadar eSPKn’daki menkul kıymet kavramının tanımlanması yöntemi SPKn tarafından benimsenmemişse de SPKn yürürlüğe girdikten sonra da öğreti, eSPKn’da menkul kıymete ilişkin belirtilen unsurlar üzerinden kavramı açıklamaya devam etmektedir. Günümüzde menkul kıymetin ne olduğu SPKn m. 3/1/o hükümündeki tanıma göre belirleneceğinden, bu tanıma göre menkul kıymet olduğuna şüphe bulunmayan paylar ve borçlanma araçları ile hükümde sayılan diğer menkul kıymetlerin mevcut özelliklerinden hareketle eSPKn’daki menkul kıymetin unsurlarının günümüzde geçerli olup olmadığına teste tabi tutulması, bu tanımdan ne derece istifade edilebileceğini ortaya koymak ve menkul kıymetlerin özelliklerinin neler olduğunu anlamak bakımından önemlidir.

²⁶ Christoph Kumpan, ‘Financial Instruments’, *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* <https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Financial_Instruments> accessed 20 November 2024.

²⁷ Benjamin Joanna, *Interests in Securities: A Proprietary Law Analysis of the International Securities Markets* (Oxford University Press 2001) 4.

Belirtmek gerekir ki kavramın şu anki anlamı itibariyle 3794 sayılı Kanunla değişik eSPKn m. 3/b'deki tanım, birçok açıdan günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Ancak, özellikle tanımdaki bazı unsurların bu alanda yaşanan gelişmeler, mevcut mevzuat, uygulama ve literatür çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi zaruridir. Nitekim, unsurlara dayalı, görece daha katı ve esnemez bir tanımlama yaklaşımı değişen ve gelişen bir kavram olarak menkul kıymetin yapısına uygun gözükmemektedir. Ancak, 2024 sonu itibariyle mevcut hukuki durum itibariyle menkul kıymetin adeta fotoğrafının çekilmesi de kavramın sınırlarının anlaşılması bakımından kıymetlidir.

2. Unsurların Ayır Ayır Değerlendirilmesi

2.1. Kıymetli Evrak Olma

SPKn m. 13/1'de "sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden" ihracının esas olduğu vurgulanmıştır. SPKn m. 3/1/ş hükmüne göre "sermaye piyasası aracı", menkul kıymeti de kapsayan bir kavram olduğundan menkul kıymetlerin kayden ihracının esas olduğu şüphesizdir. Türkiye'deki kaydi sistemin sistematiği, kıymetli evrakın senet unsurunun sağlanmasının önüne geçerek kayden ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının kıymetli evrak vasfı taşımalarını engellemektedir.²⁸ Bu nedenle kayden ihraç edilen menkul kıymetler kıymetli evrak vasfını taşımayacaktır.

SPKn m. 13/1'de kayden ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının neler olduğunu belirleme yetkisi ile sermaye piyasası araçlarının kripto varlık olarak ihraç edilmesine karar verme ve kripto varlık olarak ihraç durumunda sistemin işleyişine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi SPK'ya verilmiştir. Bu doğrultuda, SPKn m. 3/1/o kapsamındaki bir menkul kıymetin, SPK'nın yapacağı belirlemeler doğrultusunda kayden ihraç edilmemesi veya kripto varlık olarak ihraç edilmesi durumunda kıymetli evraka ilişkin senet unsurunun sağlanması ve bir menkul kıymetin kıymetli evrak olarak ortaya çıkması da ihtimal dahilindedir.

Açıklanan nedenlerle, kıymetli evrak vasfını taşımak ya da taşımamak menkul kıymetin bir unsuru olarak değerlendirilemez. Bu nedenle, ülkemizde yapılmış olan gerek mevzuattaki gerekse de öğretilerdeki menkul kıymet tanımlarında altı çizilen "senet" ve "kıymetli evrak" olma unsurunun günümüzde geçerliliği bulunmamaktadır.

2.2. Ortaklık veya Alacaklılık Sağlama

eSPKn'nın gerek ilk hâlinde gerekse de 3794 sayılı Kanunla değişik hâlinde belirtilen unsurlardan bir tanesi menkul kıymetin ortaklık veya alacaklılık sağlama-sıdır. Bu şekilde, menkul kıymetin sahibinin menkul kıymetin barındırdığı ortaklık veya alacak hakkının sahibi olduğu vurgulanmakta, ayrıca menkul kıymetin sağla-yabileceği hakkın ancak ortaklık veya alacak hakkı niteliğinde bir hak olabileceği

²⁸ Abdullah Altıntaş, 'Borçlanma Aracı Sahiplerinin Hukuken Korunması' (Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi 2024) 34–36.



ortaya konulmaktadır.²⁹ Bu durum, menkul kıymet ihracının kurumsal finansmanın bir yöntemi olması bakımından da son derece doğaldır. Nitekim, menkul kıymetin borçlar hukuku karakterli alacak hakkı veya ortaklık hakkı dışında bir hak sağlaması düşünülemez. Aynı haklar gibi devredilebilir nitelikli bir hak bile olsa menkul kıymetler ile başka türlü bir hakkın sağlanması mümkün değildir.

Menkul kıymetin sağladığı hakkın niteliğine göre “alacak senetleri” ve “ortaklık senetleri” şeklinde sınıflandırmalar geçmişte yapılmıştır.³⁰ İşlevsel olabilse de bu sınıflandırma iki bakımdan eleştiriye açıktır. İlk olarak, finansal piyasalardaki gelişen ve dönüşen ihtiyaçları karşılayabilmek için farklı menkul kıymetler ortaya çıkabilmektedir. Her ne kadar salt alacak hakkı sağlayan ve salt ortaklık hakkı sağlayan menkul kıymetler açısından bir sorun gözükme de paya dönüştürülebilir tahvil gibi “hibrit” olarak nitelendirilebilecek ve özellikle ihtiyaçlara göre ortaya çıkan, salt ortaklık ya da salt alacak hakkı sağlamayan yeni menkul kıymetler açısından söz konusu ayırmadaki sınırlar silikleşmeye başlamıştır. Bahsi geçen sınıflandırmada eleştiriye açık olan diğer nokta ise bu ayırmda kullanılan ve yukarıda açıklandığı üzere günümüzde geçerliliği olmayan “senet” ifadesidir. Anılan nedenlerle, pratik olarak önemli bir etki yaratmasa da menkul kıymetin sağladığı hakka göre “salt alacaklılık sağlayan menkul kıymet”, “salt ortaklık sağlayan menkul kıymet” ve “karma nitelikte hak sağlayan menkul kıymet” şeklinde üçlü bir ayırım günümüz şartlarında daha isabetli olacaktır.

2.3. Belirli Bir Meblağı Temsil Etme

Menkul kıymetin belirli bir meblağı temsil etmesinin akla getirdiği ilk husus, menkul kıymetin itibari bir değer taşımasıdır. İtibari değer (itibari kıymet), en basit ifadeyle üzerinde yazılı olan veya kaydi sistemde belirtilen değerini ifade eder. Buna göre, menkul kıymetin itibari değer taşıması yeterli olup farklı tertiplerdeki menkul kıymetlerin itibari değerlerinin farklı olması mümkündür.³¹ İtibari değer menkul kıymetin ihraç değeri olabileceği gibi bir menkul kıymet, itibari değerinden farklı bir değerle de ihraç edilebilir.³²

İtibari değer taşımayan menkul kıymet olup olamayacağı ise literatürde tartışılmıştır. Bir görüş, menkul kıymetin belirli bir miktarı temsil etmesinden anlaşılması gerekenin zorunlu olarak itibari değer taşıması olduğunu savunmuş ve itibari değeri olmayan menkul kıymet olamayacağını iddia etmiştir.³³ Diğer görüş ise belirli bir meblağı temsil etme unsurunun mutlak olarak anlaşılması gerektiğini belirterek, hesap-

²⁹ Paslı (n 4) 1529–1530.

³⁰ ibid 1530–1531.

³¹ Aytaç (n 5) 47; Akbulak ve Akbulak (n 5) 22; Paslı (n 4) 1531.

³² Aksi yönde bkz. Burak Adıgüzel, ‘Sermaye Piyasasında Yeni Bir Menkul Kıymet: Kira Sertifikası (Sukuk)’ (2010) 5 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29, 37.

³³ Aytaç (n 5) 47; Karlı (n 12) 249; Öztan (n 8) 185–186; Asuman Turanboy, *Varakasız Kıymetli Evrak* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1998) 73.

lanabilir (belirlenebilir) bir maddi değer bulunmasının bu unsuru sağlayacağını savunmaktadır.³⁴ Bu unsur ile esas olan hususun yatırımcıların yatırımlarını ve muhtemel getirisini temsil etme kabiliyeti³⁵ olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu unsurun itibari değer taşımak olarak anlaşılması isabetlidir. Bu anlamda örneğin, Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.1) m. 14/1, Borsa Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.2) m. 16/5, Gayrimenkul Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.3) m. 15/1, Girişim Sermayesi Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.4) m. 15/1 hükümlerinden anlaşıldığı üzere yatırım fonu katılma paylarının itibari değeri bulunmamaktadır. Dolayısıyla bunların itibari değer taşımadıklarından hareketle belirli bir meblağı temsil etmedikleri söylenemez. Nitekim her bir yatırım fonu katılma payının değeri hesaplanabilir niteliktedir ve belirli bir miktarı temsil etmektedir. Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.1) m. 14/2, Borsa Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.2) m. 16/2, Gayrimenkul Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.3) m. 15/1, Girişim Sermayesi Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.4) m. 15/1 hükümlerinden anlaşıldığı üzere yatırım fonu katılma payının birim değeri, yatırım fonunun toplam değerinin toplam katılma payı sayısına bölünmesi yöntemiyle hesaplanmaktadır.

Bu noktada, itibari değerden yoksun olsa bile bir menkul kıymetin belirli bir meblağı temsil etme unsurunu sağlayabilmesi mümkündür, yeter ki menkul kıymetin temsil ettiği değer hesaplanabilir olsun. Borçlanma Araçları Tebliği m. 12/1’de, satışı yapılacak borçlanma araçlarına ilişkin kurul ücretinin bunların “varsa nominal değeri” üzerinden hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu hükümden, SPK n. 3/1/o dolayısıyla menkul kıymet olduğu konusunda şüphe olmayan borçlanma araçları açısından itibari değer bulunmasının bir zorunluluk olmadığı anlaşılmaktadır. SPK n. 130/3, Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği (VII-128.2) m. 18/1, Kira Sertifikaları Tebliği (III-61.1) m. 19/1, Projeye Dayalı Menkul Kıymetler Tebliği (III-61/B.1) m. 29/1, Teminatlı Menkul Kıymetler Tebliği (III-59.1) m. 28/1, Varlığa veya İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetler Tebliği (III-58.1) m. 29/1 hükümlerinden de benzer sonuçlara ulaşılabilmektedir. Dolayısıyla, menkul kıymetlerin belirlenebilir bir maddi değerinin bulunması gerekli ve yeterli kabul edilmelidir.

2.4. Yatırım Aracı Olarak Kullanılma

Menkul kıymetlerin yatırım aracı olarak kullanılmasından anlaşılması gereken, sahiplerinin bunlardan kazanç elde etmeyi hedeflemesine elverişli araçlar olmasıdır. Bu unsuru değerlendirirken bunlara sahip olanların bizatihi yatırım amaçlarının varlığı değil, sahip olanların böylesi amaçları olursa söz konusu kıymetlerin bu amaca elverişli olması şeklinde değerlendirmek gerekir.³⁶ Bizatihi amaçların

³⁴ Paslı (n 4) 1532; Damla Gülseren Songur, “‘Sermaye Piyasası Aracı’ Kavramı’ içinde Süleyman Başterzi (ed), *Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan*, vol III (Beta 2011) 2927; Çatakoğlu (n 5) 80.

³⁵ Paslı (n 4) 1532.

³⁶ ibid 1536.



denetlenmesinin mümkün olmadığından hareketle bu unsurun hukukî bir değer taşımadığı³⁷ savunulamaz. Zira, açıklandığı üzere bu unsuru elverişlilik kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

Yatırım aracı olarak kullanılma unsuru, menkul kıymetleri ihraç edenler açısından değerlendirildiğinde, ihraççıların fon sağlama amaçlarına hizmet etmeyi de içinde barındırmaktadır.³⁸ Nitekim, bir yatırım kararı alan şirketin buna ilişkin alacağı finansman kararında yapacağı değerlendirme sonucunda tercih edebileceği seçeneklerden bir tanesi de menkul kıymet ihracıdır. Bu anlamda ihraççının fon sağlamasına hiçbir şekilde hizmet etmeyen ancak tasarruf sahiplerinin yatırım amacıyla kullanılmasına izin veren finansal enstrümanlar menkul kıymet olarak nitelendirilemez.³⁹ Bu nedendir ki SPKn m. 3/1/ş hükmünde sermaye piyasası aracı olduğu belirtilmekle beraber türev araçlar, menkul kıymet kavramının dışında tutulmuşlardır.

Yatırım aracı olma unsurunun para piyasası araçlarının menkul kıymet sayılmasının önüne geçmek için ortaya konulduğu belirtilmektedir.⁴⁰ Bununla birlikte, menkul kıymetin unsurları içerisinde en fazla belirsizlik barındıran ve değişken olan unsurun yatırım aracı olarak kullanılma unsuru olduğu dile getirilmiştir.⁴¹ Bu unsur, zaman zaman “orta ve uzun vadeli yatırım aracı” olmak⁴² şeklinde açıklanmış olsa da gerek vadelerin sınıflandırılması açısından kesinliğin olmaması gerekse de genel olarak kısa vadeli olarak değerlendirilen menkul kıymetlerin de bulunabilmesi nedeniyle söz konusu unsura ilişkin vade uzunluğuna dayalı bir sınıflandırmaya gerek duyulmamaktadır.⁴³ Bu noktada, yatırımın vadesinin uzunluğunun değil yatırımın devamlı nitelikte olmasının esas olduğu vurgulanmaktadır.⁴⁴

2.5. Dönemsel Gelir Getirme

Dönemsel gelir getirme unsuru esasen iki temel ögeye ayrılarak incelenmelidir. Bu öğelerden ilki gelir getirme, diğeri ise bu gelir getirmenin dönemsel olmasıdır. Menkul kıymetlerin yatırım aracı olarak kullanılması unsurunda açıklandığı üzere menkul kıymetler, sahiplerinin kazanç sağlamasına elverişli olmalıdır. Bu anlamda yatırımcıların kazançları esasen iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi

³⁷ Korkut Özkorkut, *Türk Hukukunda Depo Sertifikaları* (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası 2003) 55.

³⁸ Pashlı (n 4) 1533; Songur (n 34) 2928.

³⁹ Pashlı (n 4) 1533–1534; Songur (n 34) 2928.

⁴⁰ Aytaç (n 5) 47; Öztan (n 8) 186; Turanboy (n 33) 73; Özkorkut (n 37) 55; Burçak Yıldız Destanoğlu, *Yatırım Fonu Katılma Belgeleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2004) 67; Pashlı (n 4) 1533–1534; Adıgüzel (n 32) 38; Songur (n 34) 2927; Çatakoğlu (n 5) 81.

⁴¹ Aytaç (n 5) 47; Öztan (n 8) 186; Tekinalp (n 13) 16; Ömer Teoman, *Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri* (İstanbul Üniversitesi Kitabevi 1978) 170–171; Turanboy (n 33) 74; Songur (n 34) 2927.

⁴² Aytaç (n 5) 47; Akbulak ve Akbulak (n 5) 23.

⁴³ Çatakoğlu (n 5) 82.

⁴⁴ Tekinalp (n 13) 13–16; Turanboy (n 33) 74; Ayşe Sumer, *Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat* (3rd edn, Alfa 2002) 18; Pashlı (n 4) 1536; Songur (n 34) 2929; Çatakoğlu (n 5) 82.

bizatihi menkul kıymete sahip olmak dolayısıyla elde edilen kazançtır. Gelir getirme unsuru ile ifade edilen esasen bu kazanç şeklindedir. Söz konusu gelir, menkul kıymetlerin sağladıkları semere (ürün) olup faiz, kâr payı, yeni pay edinme hakkı gibi farklı formlarda olabilir.⁴⁵

İkinci tür kazanç ise menkul kıymetlerin ikincil piyasada alınıp satılması faaliyeti sonucu elde edilen kazançtır. Bu kazancın ortaya çıkabilmesi için ikincil piyasa fiyatının oluşmaması ya da aktif bir ikincil piyasanın olmaması herhangi bir engel teşkil etmemektedir. Aktif bir ikincil piyasa olmadan ya da ikincil piyasa fiyatı oluşmadan da açıklanan şekilde kazanç elde edilebilir, yeter ki menkul kıymet alındığından daha yüksek bir meblağa satılabilir. Buradaki kazanç, menkul kıymetin satıldığı fiyatın alındığı fiyattan fazla olması dolayısıyla ortaya çıkan pozitif farktan ibarettir. Finansal araçların genel özelliği olduğu üzere, gelecekte gerçekleşmesi beklenen olaylar fiyat üzerinde bugünden etki yaratmaktadır. Bu kapsamda, tarafların gelecek projeksiyonundaki farklılıklar dolayısıyla bir tarafın gelecekte fiyatının düşeceği düşüncesiyle elden çıkartmak istediği bir finansal aracı, bir başkası gelecekte değerlendirileceği beklentisiyle almak isteyebilecektir. Beklentilerde yaşanan farklılıklar nedeniyle herhangi bir anda alım ve satım faaliyetleri ile kazanç elde etmek mümkün olabilmektedir. Açıklanan kazanç, yatırım amacına uygun olarak kazanç elde etmeyi sağlıyor olsa da dönemsel gelir getirme unsuru kapsamında “gelir” olarak değerlendirilmemektedir.⁴⁶ Belirtmek gerekir ki yazarlar buradaki kazancı, ihraç fiyatı ile piyasa fiyatı arasındaki fark şeklinde açıklamış olsalar da buradaki kazanç esasen söz konusu açıklamalardakinden daha geniş bir anlam taşımaktadır. Buradaki kazancın hesaplanması bakımından ihraç fiyatı bir referans noktası teşkil etmemektedir. İster birincil piyasadan ister ikincil piyasadan edinilmiş olsun, temel olan menkul kıymetin maliyetinden daha yüksek bir miktar karşılığında elden çıkartılmasıdır.

Dönemsel gelir getirme unsurunun ikinci ögesi olan, gelir getirmenin “dönemsel” olmasından anlaşılması gereken, gelirin oluşması için belirli bir süre geçmesi gerektirir.⁴⁷ “Dönemsel” ifadesinin periyodik olarak ya da düzenli gelir getirme şeklinde değerlendirilmesi, günümüzdeki birçok menkul kıymetin menkul kıymet niteliklerini ortadan kaldırabilme potansiyeli taşımaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki buradaki “belirli bir süre” tabirinin muhteviyatı son derece muğlaktır ve dolayısıyla geniş anlamda anlaşılmalıdır.

⁴⁵ Tekinalp (n 13) 16; Aytaç (n 5) 47; Öztan (n 8) 186; Turanboy (n 33) 74; Reha Tanör, *Türk Ser-maye Piyasası*, vol II (1st edn, Beta Basım Yayım Dağıtım 2000) 82; Sumer (n 44) 18; Özkorkut (n 37) 56; Akbulak ve Akbulak (n 5) 23; Yıldız Destanoğlu (n 40) 68; Paslı (n 4) 1536; Tolga Ayoğlu, *Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2008) 31; Adıgüzel (n 32) 39; Songur (n 34) 2929.

⁴⁶ Paslı (n 4) 1537; Songur (n 34) 2929.

⁴⁷ Yıldız Destanoğlu (n 40) 68; Paslı (n 4) 1538; Adıgüzel (n 32) 39; Songur (n 34) 2929–2930; Çatakoğlu (n 5) 83–84.



Söz konusu gelir düzenli olan ya da olmayan aralıklarda birden çok defada ortaya çıkabileceği gibi bir kere elde edilecek şekilde de ortaya çıkabilir. Özellikle belirli vadesi olan menkul kıymetlerde vade sonunda tek seferde gelir elde edilmesi olağandır. Ayrıca bu ögeyi, açıklanan şekliyle gelirin her durumda ortaya çıkması gerektiği yönünde değerlendirmemek gerekmektedir. Nitekim açıklanan gelir, bazı durumlarda ortaya hiç çıkmayabilecektir. Örneğin, bir anonim şirketin sermaye arttırımı ile halka arz edilen payını edinen yatırımcı, pay sahibi olduğu dönemde şirketin hiç kâr elde etmemesi ve nihayetinde iflas etmesi nedeniyle herhangi bir gelir elde edememiş olabilir. Söz konusu pay, mevcut olduğu süre boyunca hiçbir şekilde gelir getirmemiş olsa bile menkul kıymet niteliğini kaybetmeyecektir. Nitekim, esas olan dönemsel gelir getirme olanağının mevcut olması, belirtilen kıymetin dönemsel gelir getirmeye elverişli olmasıdır.⁴⁸

2.6. Misli Nitelikte Olma

“Misli” kelimesi, “benzer ve mahiyet yönünden aynı olan şey” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁹ Bu kelimenin farklı şekilde günümüz alfabesine çevrilerek “misil” olarak kullanımı da mevcuttur. Bu kullanımın da eş, benzer gibi anlamlara geldiği belirtilmiştir.⁵⁰ Misli (misli) kelimesi ise misl kelimesinden türetilmiş bir hukuk terimi olup esasen birbirinin yerine geçebilen, eş özelliklere sahip, aynı türden şeyleri ifade etmek için kullanılmaktadır.⁵¹ Menkul kıymetin bir unsuru olarak misli nitelikte olma ise, herhangi bir menkul kıymet yerine aynı cinsten başka bir menkul kıymetin ikame edilebilmesi demektir.⁵²

Misli olma niteliği, esasen eşya hukukunda yerleşmiş bir sınıflandırma ölçütüdür.⁵³ Buna göre; ölçme, tartma veya sayma ile belirli hâle getirilen, benzerlerinden ayırt edilen eşya misli olarak değerlendirilirken; bu şekilde belirli hale getirilemeyen ve ferden belirlenmesi gereken eşya ise misli olmayan (gayri misli) eşya olarak değerlendirilmiştir. Misli bir eşyanın yerini aynı cinsten olmak kaydıyla bir başkası alabilirken gayri misli eşyanın yerini bir başkasının alması mümkün değildir.⁵⁴ Para, çekirdek kahve, kereste,

⁴⁸ Paslı (n 4) 1538; Songur (n 34) 2930.

⁴⁹ ‘Misli’, *TDV İslâm Ansiklopedisi* (TDV İslâm Araştırmaları Merkezi 2020) 187 <<https://islaman-siklopedisi.org.tr/misli>> accessed 24 January 2023.

⁵⁰ Türk Dil Kurumu, ‘Misil, -Sli’ (*Türk Dil Kurumu Sözlükleri*) <<https://sozluk.gov.tr/>> accessed 24 January 2023; ‘Misil’ (*Luggat Osmanlıca Türkçe Sözlük*) <<https://www.luggat.com/misil/1/1>> accessed 24 January 2023.

⁵¹ Hasan Hacak, ‘Misli’, *TDV İslâm Ansiklopedisi* (TDV İslâm Araştırmaları Merkezi 2020) 187 187; ‘Misli’ (*Luggat Osmanlıca Türkçe Sözlük*) <<https://www.luggat.com/misil/1/1>> accessed 24 January 2023; Turanboy (n 33) 74; Çatakoğlu (n 5) 85.

⁵² Aytaç (n 5) 48; Tanör (n 45) 82; Özkorkut (n 37) 56; Yıldız Destanoğlu (n 40) 69; Ayoğlu (n 45) 31; Songur (n 34) 2930; Adıgüzel (n 32) 39–40; Çatakoğlu (n 5) 85.

⁵³ Ülkemizde mevzuatta ilk defa Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye m. 145’te misli eşya, “çarşı ve pazarda mu’teddün bih yani, bahanın ihtilâfını mücib bir tefâvütsüz misli bulunan şey” olarak tanımlanmıştır. Misli olmayan eşyayı belirtmek içinse m. 146’da “kıyemî” terimi kullanılmıştır.

⁵⁴ M Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (23rd edn, Filiz Kitabevi 2021) paras 53–54; Ahmet M Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (Turhan Kitabevi 2021) para 1246;

keçi sütü misli eşyaya; arsa ve heykel gibi eşyalar da gayri misli eşyaya örnek olarak verilebilir. Para ve çekirdek kahvenin yerini aynı cinsten ve kaliteden bir başkası alabilirken arsa için böyle bir durum söz konusu değildir. Emtia piyasalarında işlem gören mallar, esasen bu nitelikleri sayesinde standart hale getirilmiştir. Söz konusu piyasalarda işlem gören alüminyum, bakır, altın gibi metaller; yulaf, mısır, buğday gibi tahıllar ile şeker, kahve, kakao gibi ürünler misli nitelik taşımaktadır.

Misli ya da gayri misli eşya nitelikleri eşyaya ilişkin objektif niteliklerdir. Eşyanın bir hukuki ilişkiye konu edilmesi dolayısıyla bu nitelikleri değişmeyecektir. Bu nedenle, örneğin bir sözleşme ilişkisinde tarafların misli bir eşyaya gayri misli nitelik kazandırması mümkün değildir.⁵⁵

Her çeşidiyle menkul kıymetler de aynı şekilde misli nitelik taşımaktadır. Her ne kadar misli nitelikte olmak eşya hukukunda sıkça kullanılan bir ölçüt olsa da eşya hukuku dışında da söz konusu niteliğin gözlenmesi mümkündür. Dolayısıyla, misli nitelikte olma, bir eşyanın varlığını çağırırsa da menkul kıymetler gibi misli nitelikte olup eşya olmayan örnekler de bulunmaktadır. Bu nedenle, örneğin bir anonim şirket tarafından ihraç edilen aynı tertipteki iki tahvil arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bir başka örnek olarak, menkul kıymetler saklama veya ödünç sözleşmelerine konu olduklarında esasen aynı cinsten herhangi bir menkul kıymetin iade edilmesinin mümkün olması gösterilebilir.

Bir ihraççı tarafından ihraç edilen, sadece hukuki unsurları ile değil; vadesi, sağladığı haklar gibi unsurları da aynı olan, aynı hukuki temele dayanan ve aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan, aynı içerikteki bütün menkul kıymetler birbiri yerine ikame edilebilir. Örneğin, bir anonim şirketin çıkarttığı, vadesi 1.1.2027 olan tahvil ile vadesi 1.6.2025 olan tahvil; ihraççıları, faiz oranları, itibari değerleri, sağladıkları diğer haklar aynı olsa bile birbirinin ikamesi olamaz. Ancak, söz konusu anonim şirketin ihraç ettiği, içeriği her şeyiyle aynı olan 10.000 adet tahvilin her biri bir başkasının ikamesi olabilir. Misli eşyada olduğu gibi, menkul kıymetlerin belirli hâle getirilmesi de sayma ile mümkün olacaktır.⁵⁶ Bu durumda, 40 adet tahvile sahip olan kişinin 10.000 adet içerisinden hangi 40 taneye sahip olduğunun hukuken ya da ekonomik açıdan bir önemi bulunmayacaktır. Açıklanan misli olma niteliği; menkul kıymetlerin toplu olarak saklanmalarını ve idare edilmelerini, borsada işlem görmelerini, tek bir hukuki işleme aynı anda çok sayıda menkul kıymetin konu olmasını sağlayarak menkul kıymet işlemlerine kaynaklık etmekte ve menkul kıymetlerin vazgeçilmez ve temel bir unsuru olarak ön plana çıkmaktadır.⁵⁷

Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (7th edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) paras 50–51; A Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınları 2018) 12–13; Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı* (On İki Levha Yayıncılık 2012) 38–40.

⁵⁵ Öztan (n 8) 187; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 54) para 55.

⁵⁶ Tekinalp (n 13) 14; Aytaç (n 5) 48; Turanboy (n 33) 74; Adıgüzel (n 32) 40.

⁵⁷ Tekinalp (n 13) 15; Aytaç (n 5) 48; Öztan (n 8) 187; Turanboy (n 33) 75; Özkorkut (n 37) 56; Paslı (n 4) 1540; Songur (n 34) 2930; Adıgüzel (n 32) 40.



ISIN (International Securities Identification Number – Uluslararası Menkul Kıymet Tanımlama Kodu) kodu, bir menkul kıymetin bir başka menkul kıymete ikame olup olamayacağını tespit etmeyi kolaylaştıran bir uygulamadır. Çok benzer özellikler taşıyabilirler bile birbirine ikame olamayan menkul kıymetler, ISIN kodu sayesinde birbirinden kolaylıkla ayırt edilebilmektedir. Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde menkul kıymetlere ilişkin tutulan kayıtların tamamında ISIN kodu bulunmaktadır.

Misli olma niteliği bakımından, aynı ISIN koduna sahip olan menkul kıymetler birbirinin ikamesi olabilirken, farklı ISIN koduna sahip menkul kıymetler için ise böyle bir durum söz konusu değildir. Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği (II-5.2) m. 4/1/e’de ISIN kodu, “sermaye piyasası araçlarına tahsis edilen uluslararası standartlarda tanımlama numarası” olarak tanımlanmıştır. Aynı tebliğ m. 5/10’da ise aynı ihraççı tarafından ihraç edilmiş, vade bitiş tarihi aynı olan ancak faiz veya iskonto oranı, kullanılan ihraç tavanı veya vadesinin süresi farklı olan sermaye piyasası araçları için aynı ISIN kodunun kullanılmayacağı vurgulanmıştır. BASK Tebliği m. 3/1/j’de tebliğdeki “tertip” terimi ile ifade edilenin aynı ISIN kodu altında ihraç edilen borçlanma araçları olduğu belirtilmiştir.

Kaydi sistemin kullanılmaya başlanması neticesinde menkul kıymetlerin kâğıda (varakaya) bağlanma ve özellikle de misli nitelikte olma özelliklerinin ortadan kalktığı ifade edilmiştir.⁵⁸ Menkul kıymetlerin kayden ihracı esas olduğundan, söz konusu görüşün benimsenmesi hâlinde menkul kıymetlerin misli nitelik taşımadıkları sonucu ortaya çıkacaktır. Ancak, kayden ihraçları esas olan menkul kıymetlerin, nitelikleri gereği aynı ISIN kodunu taşıyan, çok sayıda eşdeğer birim parçadan oluşan, bir kitle (yığın) şeklinde ihraç edilme özellikleri göz önüne alındığında, bu yığını meydana getiren ve homojen nitelikteki her bir birimin birbirinin ikamesi olacağına ve bu yığın içerisinde yapılacak herhangi bir belirli hâle getirme faaliyetinin sayma (ölçme) yoluyla olacağına şüphe yoktur. Açıklanan nedenle kaydi sistem, menkul kıymetlerin misli niteliğini değiştirmemektedir.

2.7. Seri Hâlinde Çıkarılma

Seri hâlinde çıkarılmanın, menkul kıymetlerin misli nitelikte olmasının doğal bir sonucu olduğu belirtilmektedir.⁵⁹ Seri hâlinde çıkarılma unsurundan temel olarak iki husus anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki çok sayıda (kitle hâlinde) çıkarılmayı ifade etmektedir. eSPKn 3794 sayılı Kanun ile değişmeden önceki dönemde SPK’nın tebliğler ile yaptığı tanım ve doktrinde bu unsur “çok sayıda ve seri halde çıkarılmak” şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁰ Esasen, seri halde çıkarılmanın çok sayıda çıkar-

⁵⁸ Asuman Turanboy, ‘6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Sermaye Piyasası Aracı ve Menkul Kıymet Kavramları’ içinde İsmail Kırca ve diğerleri (eds), *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) 1290.

⁵⁹ Öztan (n 8) 187; Akbulak ve Akbulak (n 5) 24; Paslı (n 4) 1540; Ayoğlu (n 45) 31; Adıgüzel (n 32) 40; Songur (n 34) 2930; Mücahit Ünal, ‘Anonim Şirketlerde Menkul Kıymetler’ içinde Sami Karahan (ed), *Şirketler Hukuku* (Mimosa Yayınları 2012) 670; Çatakoğlu (n 5) 86.

⁶⁰ Öztan (n 8) 187.

rılmayı da içinde barındırdığı belirtilmiştir.⁶¹ Nitekim, tek tek çıkarılan kıymetlerin sermaye piyasasına uygun araçlar olamayacağı, bu nedenle menkul kıymetlerin seri hâlinde çıkarılmasının önemi vurgulanmıştır.⁶² Seri hâlinde çıkarılmadan anlaşılan ikinci husus ise menkul kıymetlerin birbirini takip eden (müteselsil) şekilde numaralandırılması, seri numaraları taşıması gerekliliğidir.⁶³ Her iki anlamıyla da seri hâlinde çıkarılma menkul kıymetlerin unsuru olarak değerlendirilmemelidir.

Çok sayıda çıkarılmak özelliği esasen tek tek çıkarılan senetlerin zıt anlamlısını ifade etmek amacıyla kullanılmıştır.⁶⁴ Tek tek çıkarılan senet ile özünde kastedilenin bir adet olarak çıkartılan senet değil; dayandıkları hukuki ilişkiler, nominal değerleri, lehtarları, vadeleri, düzenlenme tarihi vb. gibi unsurları aynı olsa bile hukuken birbirinden bağımsız olan senetler olduğu açıktır. Dolayısıyla, tek tek çıkarılan senet ile çok sayıda çıkarılan senet arasındaki temel fark çıkarılan senet adedi değil, senetlerin misli nitelik taşıyıp taşımadıklarıdır.

Peki, birden çok adet çıkarılmayan bir menkul kıymet söz konusu olabilir mi? Tabii olarak, bir sermaye piyasası aracı türü olarak menkul kıymetlerin kitle hâlinde çıkarılmaları beklenmektedir ve esasen hemen her zaman çok sayıda ihraçları gerçekleşmektedir. Gelgelelim, gerekli bütün yasal şartları sağlayan ancak birden çok adet ihraç edilmemiş olan bir menkul kıymetin olabileceği de kabul edilmelidir. Bu görüş esasen azınlıktadır. Aynı yönde olmakla beraber farklı kanunî düzenlemelerin yürürlükte olduğu dönemlerde farklı gerekçeler sunan görüşler bulunmaktadır.⁶⁵

Her ne kadar sermaye piyasası açısından çok sayıda yatırımcıya ulaşabilmek, tedavül yeteneği gibi hususlar önem arz etse de bu durumların bizatihi gerçekleşmesi gerekmemektedir. Örneğin, bir tertipte bin adet tahvil ihraç eden bir anonim şirketin bütün tahvillerini birincil piyasada elde eden ve vade sonuna kadar elinde tutan bir yatırımcı olması durumunda söz konusu tahvilin çok sayıda çıkarılmasının esasen bir önemi kalmamaktadır. Zira ne geniş yatırımcı kitlesine ulaşılması ne de ikincil piyasada söz konusu tahvillerin tedavülü gerçekleşmektedir. Aynı örnekte, bin adet tahvil yerine birim nominal değeri bin katı olan tek bir tahvilin mümkün olduğu ve yine aynı yatırımcı tarafından vade sonuna kadar elde tutulacağı durumda sırf çok sayıda çıkarılmadığı gerekçesiyle menkul kıymetten söz edilemeyeceği savunulamaz. Her iki örnekte de tahvillerin işlevleri anlamında bir fark bulunmamaktadır. Sermaye piyasasına araç olmanın ve fonların arz edenlerden talep edenlere aktarılmasını sağlamanın şartı olarak çok sayıda çıkarılmak, menkul kıymetin zorunlu

⁶¹ Adıgüzel (n 32) 40.

⁶² Aytaç (n 5) 48; Öztan (n 8) 187; Tanör (n 45) 83; Paslı (n 4) 1542; Akbulak ve Akbulak (n 5) 24; Songur (n 34) 2930.

⁶³ Aytaç (n 5) 75; Yıldız Destanoğlu (n 40) 70; Çatakoğlu (n 5) 86; Adıgüzel (n 32) 40.

⁶⁴ Paslı (n 4) 1541; Songur (n 34) 2931.

⁶⁵ Ünal, *Menkul Kıymet* (n 4) 20; Akbulak ve Akbulak (n 5) 24.



unsuru olarak görülmektedir.⁶⁶ Öte yandan, bin katı nominal değerdeki tek tahvil örneğinde de bu hususlar sağlanmaktadır. Birim nominal değerinin ne kadar büyük ya da küçük olacağı en nihayetinde ihraççının karar vereceği bir husustur. Birim nominal değer küçüldükçe daha fazla yatırımcıya hitap edilebileceği açıktır. Birim nominal değer küçüldükçe hem daha küçük miktarlarda yatırım yapmak isteyen yatırımcıların talepleri oluşmakta hem de birden çok adet birim menkul kıymete sahip olanların yatırımlarını ikincil piyasada yönetmeleri kolaylaşmaktadır. Birim nominal değer artması ya da azalması birim menkul kıymet miktar adedinin de doğal olarak değişmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, yatırımcı talepleri ve hitap edilen yatırımcı profili göz önünde bulundurularak belirlenecek adet miktarı ihraççının takdirinde olup zorunlu bir unsur olarak değerlendirilemez. Tüm tertibi temsil eden tek bir menkul kıymetin ihracı ekonomik olarak pek akla yatkın olmasa da hukuken menkul kıymet sayılmaya engel olmayacaktır. Bu anlamda, hukuken bir engel olmadığı sürece ülkemizdeki uygulamada da kolaylık sağlaması bakımından nominal değer 1 TL olacak şekilde ihraç gerçekleştirilmesi olağandır.

Çok sayıda çıkarılmanın bir unsur olarak kabul edilmesini zorunlu kılan bir kanun hükmü tespit edilmemiştir. Sırf çok sayıda çıkarılmamak nedeniyle menkul kıymet vasfının bulunmayacağı sonucu, ne SPKn m. 3/1/o hükmü ile ne de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) ikinci kitabının dördüncü kısmının “Menkul Kıymetler” başlıklı yedinci bölümü ile uyumludur. Burada önemli olan ihraççı tarafından tercih edilen menkul kıymet ihracının istendiği takdirde birden çok sayıda olacak şekilde yapılabilecek olması gerektiğidir. Bu durum da nihayetinde misli nitelikte olma özelliğiyle bir ve aynıdır.

Diğer anlamıyla seri hâlinde çıkarılmanın da menkul kıymetin bir unsuru olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılacaktır. Nitekim; aynı anda düzenlenen, aynı hukuki ilişkiden doğan, düzenleyeni, lehdarı, vadesi ve diğer tüm unsurları aynı olan TTK m. 776 vd. hükümlerindeki anlamıyla birden çok bononun seri hâlinde çıkarıldığı söylenemeyecektir. Nitekim bu bonoların her biri birbirinden bağımsızdır ve misli nitelikte değillerdir. Söz konusu bonolara birbirini takip eden seri numaralarının verilmesi de bu durumda herhangi bir değişiklik yaratmayacaktır.⁶⁷ Ayrıca, aynı tertip içerisindeki kaydi menkul kıymetlerin her birine Merkezi Kaydi Sistem üzerinde ayrı bir seri numarası verilmemektedir. SPKn ya da SPK tarafından hazırlanan ikincil düzenlemelerde de bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Yalnızca Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) tarafından hazırlanan “Merkezi Kaydi Sistem İş ve Bilişim Uygulama İlke ve Kuralları Yönergesi”nde menkul kıymetlere ilişkin kayıtların tutulması kapsamında bu konuya değinilmiştir. Buna göre, menkul kıymetin tanımında yer almayıp bilgi ve raporlama amaçlı “ek bilgi” tanımıyla tutulacak kayıtlar arasında “kıymet özellik bilgileri” bulunmaktadır. Kıymet özel-

⁶⁶ Pashı (n 4) 1542–1543; Songur (n 34) 2930–2931.

⁶⁷ Pashı (n 4) 1541.

lik bilgilerinin neler olduğu açıklanmamış, sadece örnekleme yoluyla sayılmıştır ve seri numarası da bu bilgilerden birisi olarak belirtilmiştir.⁶⁸ Ancak belirtilen bu seri numarasının, yalnızca sonradan kaydıleştirilen menkul kıymetlerde daha önce senede bağlı oldukları sırada bulunan seri numarası olduğu anlaşılmaktadır. Eğer seri numarası kullanılmak suretiyle ulaşılmak istenen hedef, hak kullanımı gibi durumlar dolayısıyla misli nitelikteki çok sayıdaki menkul kıymet arasından her bir birim menkul kıymetin ayırt edilebilir olması ise, özellikle kaydi sistemde bunun sağlanması seri numarası belirtilmeksizin, ihraca ilişkin log kayıtları ve sistemde gerçekleşen tüm hareketlerin kaydının tutulması sayesinde sağlanabilir niteliktedir. Açıklanan nedenlerle seri numarası taşımak, kayden ihraçlarının esas olması nedeniyle menkul kıymetlerin unsuru olarak değerlendirilemeyecektir.

2.8. İbarelerinin Aynı Olması

Aynı tertipteki, birbirinin ikamesi olabilecek menkul kıymetlerin aynı ibareleri (ifadeleri) taşıması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁹ Burada ibare ile kastedilenin kâğıttan senetler şeklindeki geleneksel biçimli menkul kıymetler açısından senet üzerindeki yazılı ifadeler olduğu açıktır. Menkul kıymetteki ifadelerin tamamının aynı olmasına ise gerek bulunmamaktadır. Lehdar/hamil ismi veya seri numarasının farklı olabileceği belirtilmiştir.⁷⁰ İbarelerinin aynı olması unsurunun kaydi sistemdeki kayıtlar açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu anlamda, MKK nezdinde menkul kıymetlere ilişkin tutulan kayıtlardaki bilgileri kâğıttan senetler üzerindeki yazıların karşılığı olarak değerlendirmek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla, ibarelerinin aynı olması unsurunu kaydi menkul kıymetler açısından “menkul kıymet tanımları”⁷¹ içerisinde yer alan bilgilerin aynı olması şeklinde değerlendirmek gerekmektedir. Şüphesiz, MKK kayıtlarında yer alacak menkul kıymetlere ilişkin bilgilerden tamamının aynı olması beklenemeyecektir. Ancak bir tertipteki menkul kıymetlerin aynı ISIN kodu ve aynı CFI kodu taşıyacağı açıktır.⁷² Kayıtlarda bunlar dışındaki bazı bilgilerin de aynı olması gerekirken diğer bazı bilgiler farklılık gösterebilecektir. Bu kapsamda; farklılaşması durumunda farklı ISIN kodu kullanılmasını gerektiren bilgilerin (örneğin ihraççı) aynı olması gerektiği, farklılaşması durumunda farklı ISIN kodu kullanılmasını gerektirmeyen bilgilerin ise aynı olup olmamasının önemsiz olduğu söylenebilecektir.

⁶⁸ Merkezi Kayıt Kuruluşu, ‘Merkezi Kaydi Sistem İş ve Bilişim Uygulama İlke ve Kuralları Yönergesi’ 116 <https://www.mkk.com.tr/sites/default/files/2023-02/Is_ve_Bilisim_Uygulama_Ilke_ve_Kurallari_Yonergesi_16022023.pdf>.

⁶⁹ Aytaç (n 5) 49; Öztan (n 8) 187–188; Turanboy (n 33) 75; Özkorkut (n 37) 57; Yıldız Destanoğlu (n 40) 70; Pashı (n 4) 1543; Ayoğlu (n 45) 31; Çatakoğlu (n 5) 87–88.

⁷⁰ Akbulak ve Akbulak (n 5) 24–25; Pashı (n 4) 1543; Songur (n 34) 2932.

⁷¹ Menkul kıymet tanımlarına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Merkezi Kayıt Kuruluşu (n 68) 114–116.

⁷² ibid 114.

2.9. Şartlarının SPK Tarafından Belirlenmiş Olması

eSPKn m. 3/b’de şartlarının SPK tarafından belirlenmiş olması menkul kıymetin unsurlarından biri olarak sayılmıştır. Bu unsur, bu bölümde ele alınan diğer unsurlardan ayrılmaktadır. Nitekim, menkul kıymete ilişkin eSPKn’deki diğer unsurlardan farklı olarak, 3794 sayılı Kanun ile eSPKn’deki menkul kıymet tanımına bu unsur getirilmeden önce ne mevzuatta ne de doktrinde böylesi bir unsurun bahsi geçmemektedir.⁷³ Şartlarının SPK tarafından belirlenmiş olması unsuru, kanunî tanıma eklendikten sonra da bu unsura ilişkin tartışmalar ortaya çıkmıştır.⁷⁴ Şartlarının SPK tarafından belirlenmiş olmasını menkul kıymetin bir unsuru olarak değerlendirmeyen bir yaklaşım⁷⁵ olduğu gibi bunun aksi⁷⁶ de savunulmuştur.

Niteliği itibarıyla bu unsur, menkul kıymetlerin işlevine ve içkin özelliklerine ilişkin olmayıp mevzuat ile getirilmiş ek bir unsurdur. Dolayısıyla, açıkça kanunda belirtilmedikçe böylesi bir unsurun varlığını kabul etmek, menkul kıymet tanımını gereğinden fazla sınırlandıracaktır. Değişen ihtiyaç ve gelişmeler dikkate alınarak unsurlara dayalı menkul kıymet tanımı yapmak yerine örneksme yöntemi ile menkul kıymeti ortaya koyan SPKn m. 3/1/o hükmü böylesi bir sınırlandırmaya müsaade etmemektedir. Bu nedenle, Çatakoğlu’nun belirttiğinin⁷⁷ aksine, bir menkul kıymetin varlığından bahsedebilmek için söz konusu menkul kıymetin şartlarının SPK tarafından belirlenmiş olması şart değildir.

SPK’nın menkul kıymetin şartlarını belirlemeye yetkili olması, “şartlarının SPK tarafından belirlenmesi” unsurundan bahsedilebilmesinin ön koşuludur. SPK’nın böylesi bir yetkisi olmaksızın bu unsurun mevcut olması düşünülemez. SPKn m. 3/1/ş’de menkul kıymetlerin sermaye piyasası aracı olduğu, SPKn m. 2/1’de ise sermaye piyasası araçları (bu araçların ihracı, ihraççıları ve halka arz edenleri dahil; halka açık olmayan anonim ortaklıkların halka arz edilmeyen pay ihraçları hariç) ile SPK’nın, SPKn hükümlerine tabi olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. SPKn m. 128/1/e’de “sermaye piyasasının gelişmesini teminen yeni sermaye piyasası kurumlarına ve araçlarına ilişkin usul ve esasları düzenlemek ve bunları denetlemek” SPK’nın görev, yetki ve sorumlulukları arasında sayılmıştır. Anılan hükümler birlikte değerlendirildiğinde, SPKn tarafından bir menkul kıymetin şartlarının düzenlenebilmesi için öncelikle söz konusu kıymetin bir menkul kıymet olduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak, bir menkul kıymetten bahsedebilmek için şartlarının SPK tarafından belirlenmiş olması unsuru aranacak olursa ortaya anlaşılması güç ve uygulanamaz bir durum çıkmaktadır. Bu durumda, bir yandan SPK tarafından

⁷³ Tekinalp (n 13) 14–16; Aytaç (n 5) 46–49; Ünal, *Menkul Kıymet* (n 4) 17–22; Yasaman (n 14) 23.

⁷⁴ Paslı (n 4) 1544.

⁷⁵ Öztan (n 8) 185–188; Turanboy (n 33) 71–76; Tanör (n 45) 82–83; Ayoğlu (n 45) 30–31; Ünal, ‘Anonim Şirketlerde Menkul Kıymetler’ (n 59).

⁷⁶ Yıldız Destanoğlu (n 40) 71; Paslı (n 4) 1544; Songur (n 34) 2932.

⁷⁷ Çatakoğlu (n 5) 88.

şartlarının belirlenebilmesi için bir değer in menkul kıymet vasfını taşıması gerekirken diğer yandan bir değer in menkul kıymet vasfını taşıyabilmesi için de şartlarının SPK tarafından belirlenmiş olması gerekecektir.

SPK'nın ilgili usul ve esasları belirleme yetkisi, bir değer in ancak menkul kıymet ve dolayısıyla sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmesi sonrasında söz konusu olacaktır. SPK'nın menkul kıymetlere ilişkin usul ve esasları düzenleme görev ve yetkisi, menkul kıymet olmanın ön koşulu veya unsuru değil ancak ve ancak bir sonucudur. eSPKn dönemindeki menkul kıymet tanımında, şartlarının SPK tarafından belirlenmesi menkul kıymetin unsurlarından biri olarak sayılmıştır. Buna karşın SPKn'da böylesi bir düzenleme olmaması nedeniyle, menkul kıymetler açısından böylesi bir unsurun mevcut durumda kabulüne de herhangi bir dayanak bulunmamaktadır.

SONUÇ

Menkul kıymet, çok farklı çeşitlerde tanımlanabilen bir kavramdır. Türkiye'de menkul kıymetin zaman içerisinde çeşitli şekillerde tanımlanmasının yanı sıra Birleşik Krallık, ABD ve AB'de menkul kıymete yüklenen muhtelif anlamların ortaya konulmasıyla bu durum net bir şekilde sergilenmiştir. Birleşik Krallık'ta, ABD'de ve AB'de kavramın bağlamına göre değişen şekillerde farklı manalarda kullanıldığı örnekleriyle açıklanmıştır.

Doktrin tarafından hâlen başvurulmakta olan, eSPKn'daki 3794 sayılı Kanun'la değişik menkul kıymet tanımındaki ortaklık veya alacaklılık sağlama, belirli bir meblağı temsil etme, yatırım aracı olarak kullanılma, dönemsel gelir getirme, misli nitelikte olma ve ibarelerinin aynı olması unsurları geçerliliğini korumaktadır. Ortaklık veya alacaklılık sağlaması bakımından, kurumsal finansmanın bir aracı olarak menkul kıymetler salt ortaklık sağlayan, salt alacaklılık sağlayan veya karma nitelikte hak sağlayan olmak üzere üç grup altında değerlendirilebilir. Belirli bir meblağı temsil etme unsuru, itibari değer taşımak şeklinde anlaşılmalıdır. Menkul kıymetin temsil ettiği değer in hesaplanabilir olması söz konusu unsurun sağlanması için gerekli ve yeterlidir. Yatırım aracı olarak kullanılma unsuru, ihraççının fon sağlamasına ve yatırımcının kazanç elde etmesine elverişli olmak şeklinde anlaşılmalıdır. Dönemsel gelir getirme unsuru, her durumda gelirin ortaya çıkması gerekliliğini doğurmadığı gibi unsorda geçen "dönemsel" ibaresinin de belirli bir sürenin geçmesi şeklinde değerlendirilmesi gerekir. Misli nitelikte olma ise aynı tertipteki bir menkul kıymet yerine bir başkasının ikame edilebilmesini ifade etmektedir. Menkul kıymetlerin ibarelerinin aynı olması ise aynı tertipteki kıymetli evrak şeklindeki menkul kıymetlerin senet vasfı taşıyan vasıta üzerinde aynı ifadeleri içermesi, MKK nezdinde kayden ihraç edilen menkul kıymetlerin ise menkul kıymet tanımlarının aynı olması şeklinde değerlendirilmelidir.

Buna karşın; kıymetli evrak olma, seri hâlinde çıkarılma ve şartlarının SPK tarafından belirlenmiş olması unsurlarının menkul kıymeti tanımlamak konusunda bir



işlevi bulunmamaktadır. Menkul kıymetin kıymetli evrak şeklinde ortaya çıkması mümkün olduğu kadar kayden ihraç edilen menkul kıymetlerde olduğu gibi kıymetli evrak vasfı taşımaksızın da bir menkul kıymetin varlık kazanması mümkündür. Ne çok sayıda çıkarılma ne de seri numarası taşıma gerekliliğinden bahsedilemeyeceğinden seri hâlinde çıkarılma unsurunun da geçerliliği bulunmamaktadır. Şartlarının SPK tarafından belirlenmesi unsuru da menkul kıymetin içkin özelliklerine ilişkin olmayıp mevzuat ile aranan ek bir unsur olduğundan ve SPKn m. 3/1/o hükmü dolayısıyla böylesi bir unsurdan söz edilemeyeceğinden geçerliliğini korumamaktadır. Bu üç unsurun mevcut olmaması nedeniyle öğretide hâlâ sıkça başvurulan eSPKn'daki menkul kıymet tanımının günümüzde geçerliliğini yitirdiği açıktır.

KAYNAKÇA

Adıgüzel B, 'Sermaye Piyasasında Yeni Bir Menkul Kıymet: Kira Sertifikası (Sukuk)' (2010) 5 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29

Adıgüzel B, *Sermaye Piyasası Hukuku* (4th edn, Adalet Yayınevi 2022)

Akbulak S ve Akbulak Y, *Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler* (Beta Basım Yayım Dağıtım 2004)

Aksoy Dursun S, *Eşya Kavramı* (On İki Levha Yayıncılık 2012)

Altıntaş A, 'Borçlanma Aracı Sahiplerinin Hukuken Korunması' (Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi 2024)

Ayoğlu T, *Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2008)

Aytaç Z, *Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1988)

Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (10th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2021)

Bureau of Economic Analysis, 'GDP by State' (*Bureau of Economic Analysis - U.S. Department of Commerce*) <<https://www.bea.gov/data/gdp/gdp-state>> accessed 30 November 2024

Çatakoğlu B, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2016)

Financial Conduct Authority, 'Reader's Guide: An Introduction to the Handbook' <<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook-readers-guide>> accessed 15 October 2024

Fuller G, *The Law and Practice of International Capital Markets* (3rd edn, LexisNexis 2012)

Hacac H, 'Misli', *TDV İslâm Ansiklopedisi* (TDV İslâm Araştırmaları Merkezi 2020) 187

Joanna B, *Interests in Securities: A Proprietary Law Analysis of the International Securities Markets* (Oxford University Press 2001)

Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku: III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4th edn, Sevinç Matbaası 1970)

Karslı M, *Sermaye Piyasası Borsa Menkul Kıymetler* (Ormen Pazarlama 1989)

Kazgan H, *Galata Bankerleri* (Türk Ekonomi Bankası AŞ 1991)

Kazgan H, *Tarih Boyunca İstanbul Borsası* (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası 1995)

Kazgan H, *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Türk Bankacılık Tarihi* (Türkiye Bankalar Birliği 1997)

Kılıçoğlu AM, *Eşya Hukuku* (Turhan Kitabevi 2021)

Kumpan C, 'Financial Instruments', *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* <https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Financial_Instruments> accessed 20 November 2024

Memiş T ve Turan G, *Sermaye Piyasası Hukuku* (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2020)

Memiş T ve Turan G, *Sermaye Piyasası Hukuku* (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2022)

Merkezi Kayıt Kuruluşu, 'Merkezi Kaydi Sistem İş ve Bilişim Uygulama İlke ve Kuralları Yönergesi' <https://www.mkk.com.tr/sites/default/files/2023-02/Is_ve_Bilisim_Uygulama_Ilke_ve_Kurallari_Yonergesi_16022023.pdf>

Michie RC, *The Global Securities Market: A History* (1st edn, Oxford University Press 2006)

'Misil' (*Luggat Osmanlıca Türkçe Sözlük*) <<https://www.luggat.com/misil/1/1>> accessed 24 January 2023

'Misl', *TDV İslâm Ansiklopedisi* (TDV İslâm Araştırmaları Merkezi 2020) 187 <<https://islamansiklopedisi.org.tr/misl>> accessed 24 January 2023

'Misli' (*Luggat Osmanlıca Türkçe Sözlük*) <<https://www.luggat.com/misil/1/1>> accessed 24 January 2023

Nomer HN ve Ergüne MS, *Eşya Hukuku* (7th edn, On İki Levha Yayıncılık 2019)

Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23rd edn, Filiz Kitabevi 2021)

Özkorkut K, *Türk Hukukunda Depo Sertifikaları* (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası 2003)

Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2nd edn, Turhan Kitabevi 1997)

Paslı A, 'Türk Hukukunda "Menkul Kıymet" Kavramı' içinde Ömer Teoman, Arslan Kaya ve Cenker Değirmenci (eds), *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, vol II (Vedat Kitapçılık 2007)

Poroy R ve Erem TS, 'Hukukî Araştırma', *Sermaye Piyasası Etüdü: Türkiye'de Sermaye Piyasasının Gelişmesi İçin Gerekli Tedbirler* (Sermaye Piyasası Semineri Tertip Heyeti 1964)



Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019)

Sirmen AL, *Eşya Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınları 2018)

Songur DG, “Sermaye Piyasası Aracı” Kavramı’ içinde Süleyman Başterzi (ed), *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, vol III (Beta 2011)

Sumer A, *Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat* (3rd edn, Alfa 2002)

Tanör R, *Türk Sermaye Piyasası*, vol II (1st edn, Beta Basım Yayım Dağıtım 2000)

Tekinalp Ü, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları* (ES Yayınları 1982)

Teoman Ö, *Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri* (İstanbul Üniversitesi Kitabevi 1978)

Tolun O, *Banka ve Borsa Hukuku* (Doğuş Matbaacılık 1959)

Turanboy A, *Varakasız Kıymetli Evrak* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1998)

Turanboy A, ‘6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Sermaye Piyasası Aracı ve Menkul Kıymet Kavramları’ içinde İsmail Kırca ve diğerleri (eds), *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019)

Türk Dil Kurumu, ‘Misil, -Sli’ (*Türk Dil Kurumu Sözlükleri*) <<https://sozluk.gov.tr/>> accessed 24 January 2023

Ülgen H ve diğerleri, *Kıymetli Evrak Hukuku* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2021)

Ünal M, ‘Anonim Şirketlerde Menkul Kıymetler’ içinde Sami Karahan (ed), *Şirketler Hukuku* (Mimoza Yayınları 2012)

Ünal OK, *Menkul Kıymetler* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1988)

Ünal OK, *Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı* (Asil Yayın Dağıtım 2005)

Usca E, ‘Borçlanma Senetleriyle Alma ve Değişirme Hakkını İçeren Menkul Kıymetler’ içinde Kemal Şenocak (ed), *Şirketler Hukuku Şerhi: Türk Ticaret Kanunu*, vol 3 (Seçkin Yayıncılık 2023)

Yasaman H, *Menkul Kıymetler Borsası Hukuku* (1992)

Yıldız Destanoğlu B, *Yatırım Fonu Katılma Belgeleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2004)

EMBRİYONUN HUKUKİ DURUMUNA GENEL BİR BAKIŞ*

A General Overview of the Legal Status of the Embryo

Eda DURAN**

Müslüm TURAN***

Özet

Dünya genelinde insanlarda görülen kısırlık oranındaki artış, üreme teknolojisi alanında yapılan çalışmalara olan ilgiyi artırırken, embriyoya yönelik araştırmaların hukuki ve etik boyutlarını da gündeme getirmiştir. Bu çalışmada, genel olarak Türk hukuku açısından embriyonun hukuki statüsü ve buna bağlı ortaya çıkan hukuki problemler incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmamızda embriyonun hukuki statüsü konusunda başlıca iki temel görüş ele alınmıştır. İlk görüş, hak ehliyetinin doğumla başladığını, embriyonun hukuki anlamda hak sahibi olabilmesi için doğumun gerçekleşmiş olması gerektiğini savunarak, embriyonun kişi olarak statüye sahip olmadığını öne sürmektedir. İkinci görüş ise yaşamın döllenme anıyla başladığını ve dolayısıyla hak ehliyetinin bu andan itibaren başlaması, embriyonun haklarının döllenme anından itibaren korunması gerektiği ileri sürülmektedir. Çalışmamızda, bu iki görüş; yürürlükteki mevzuat hükümleri, ulusal ile uluslararası mahkeme kararları ve de ulaşılabilen yabancı hukuk kaynakları ışığında detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Çalışmamızın sonunda, embriyonun hukuki statüsünün hangi görüş kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair bir öneri sunulmuş, uygulamada, embriyonun haklarının korunması ve hukuki statüsünün belirlenmesi konusundaki hukuki problemlere çözüm üretme konusuna az da olsa bir katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Biyoteknoloji, embriyo, hukuki statü, insan yaşamı, tüp bebek yöntemi

Abstract

While the momentum in the rate of infertility in humans worldwide has increased the interest in reproductive technology studies, it has also brought the legal and ethical dimensions of embryo research to the agenda. In this study, the legal status of the embryo in Turkish law in general and the legal problems arising from the legal status are analyzed. In this study, two main views on the legal status of the embryo are discussed. The first view argues that the capacity of the embryo to have rights starts with birth and the embryo must be born in order to have rights, thereof the embryo does not have that capacity until it is born. The second view, on the other hand, argues that life begins at the moment of fertilization and therefore, the capacity of the embryo to have

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 23.08.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Bu makale Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Araştırma Enstitüsü Hukuk Doktora Programı kapsamında devam eden “İnsan Hakları Bakımından Taşıyıcı Annelik Müessesesi” konulu tez çalışmasından üretilmiştir.

** Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Araştırma Enstitüsü Hukuk Doktora Öğrencisi, edaduman7373@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0009-7220-329X>.

*** Prof. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversite Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, muslumturanymm@outlook.com, <https://orcid.org/0009-0005-7404-3163>.



rights should start from this moment and the rights of the embryo should be protected from the moment of fertilization. In this study, these two views are discussed in detail in light of the provisions of the legislation in force, national and international court decisions, and the available foreign law sources. In conclusion part by presenting a recommendation on which view about the legal status of the embryo should be evaluated we aim to make a small contribution to the issue of finding solutions to the legal problems regarding the protection of the rights of the embryo and the determination of the legal status of the embryo in practice.

Keywords: Biotechnology, embryo, human life, in vitro fertilisation, legal status.

GİRİŞ

Aldous Huxley, 1932 yılında yayımladığı “Cesur Yeni Dünya” adlı romanında, teknolojinin toplumsal yapıları ve bireysel kimlikleri nasıl şekillendirebileceğini ele almıştır¹. Bu eserde, biyoteknolojik gelişmelerin insanlık üzerindeki sıra dışı etkilerine dikkat çekilmektedir². Romanda yer alan sıradışı konular arasında; toplumsal yaşamda tek eşliliğin yerini rastgele cinsel birlikteliklerin alması, aile ve akrabalık bağlarının bulunmaması, çocukların tüpte gelişmesi gibi hususlar yer almaktadır³. Kitabın yazıldığı dönemde, çocukların embriyonik ve cenin evrelerinin “tüpte” gelişmesi fikri, sadece kurgu bilim konusu olarak değerlendiriliyordu. Fakat bunların bir kısmı, yirminci yüzyılın sonlarına doğru biyoteknoloji alanındaki ilerlemelerle, birer gerçekliğe dönüşmeye başlamıştır⁴. Bu alanda yapılan çalışmalardan, özellikle tüp bebek yöntemi (in vitro fertilizasyon), genetik teşhis ve yapay rahim gibi konular, bir zamanlar kurgusal olarak kabul gören fikirlerin gerçekleşmesini sağlamıştır. Biyoteknolojik gelişmelerin yaşamımıza dahil olmasıyla Huxley’in anlatısındaki gelecek, daha önce hiç olmadığı kadar yakın bir gerçekliğe dönüşmüştür. Bu gerçekliğin yaklaşmasında biyoteknolojinin yanı sıra genetik mühendisliği çalışmalarının da etkisi bulunmaktadır.

¹ Betül Kahyaoğlu, Çağdaş Ütopyaların Yaratılmasında Görsel Medyanın Gücü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015) 50.

² Hülya Küçük, “Aldous Huxley (Brave New World) Cesur Yeni Dünya” (2019) 2(2) Türkiye Siyaset Bilimi Dergisi 143-151; Halit Ahmet Çiftçi, “Distopya Edebiyatında Dini Fenomenler ve Referanslar - Aldous Huxley’nin Cesur Yeni Dünya’sına Fenomenolojik Bir Yaklaşım” (2023) 23 Rize İlahiyat Dergisi 95-108.

³ Küçük (n 2) 143-151; Kayhaoğlu (n 1) 50.

⁴ Aldous Huxley’in “Cesur Yeni Dünya” adlı eseri, 1932’de yayımlandığında kurgu bilim dalında değerlendirilmesinin birkaç nedenle açıklanabilir: İlk olarak, o dönemdeki teknoloji ve bilim seviyesinin, eserde sunulan kavramlarla uyumsuz olmasıdır. Huxley, eserinde biyoteknoloji ve genetik mühendisliği üzerine kurulu bir toplum tasarlamıştır ki 1930’larda bilim dünyası bu teknolojik gelişmelerden oldukça uzaktı. Örneğin, DNA’nın keşfi, eserin yazıldığı dönemde gerçekleşmemiştir ve genetik mühendisliği gibi kavramlar henüz bilimsel düşüncenin odağında değildi. Huxley’in eserindeki gibi embriyolar üzerinde genetik müdahalelerin yapılabilmesi fikri, o dönem için sadece bir hayal ürünü olarak görülebilirdi. İkinci olarak, Huxley’in öngörülerinin gerçekleşmesi için uzun bir zaman geçmesi gerekti. İlk başarılı tüp bebek uygulaması, Huxley’in eserinin yazıldığı tarihten kırk altı yıl sonra, 1978’de gerçekleşti. Louise Brown da, tüp bebek yöntemiyle doğan ilk insan olarak tarihe geçti. Bu gelişme, Huxley’in eserinin ne kadar ileri görüşlü olduğunu göstermektedir; ancak eser yazıldığı dönemde bu tür teknolojilerin varlığı, kurgu bilim olarak değerlendirilmesine yol açmıştır.

Bill Clinton, 26 Haziran 2000 tarihinde “İnsan Genom Projesi”nin ilk taslağının tamamlanmasını duyurduğu basın toplantısında, bu dönüm noktasının insanlık için taşıdığı önemi vurgulamıştır⁵. Clinton, bu projeyi “*insanoğlunun şimdiye kadar ürettiği en önemli, en harika harita*” olarak tanımlayarak, gen teknolojisi alanındaki bu ilerlemenin insan yaşamının sırlarını keşfetme çabalarında yeni bir çağ açtığını ifade etmiştir⁶. Projenin bilim tarihindeki yerini belirten Clinton, Francis Crick ve James Watson’ın DNA’nın yapısını keşfetmelerinden⁷ bu yana geçen sürede kaydedilen ilerlemeleri öne çıkarmış, İnsan Genom Projesi’nin bu sürekliliğin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁸. Clinton ayrıca, “*Bugün Tanrı’nın yaşamı yarattığı dili öğreniyoruz*” diyerek, genom bilgisinin insanlık için ne denli kıymetli olduğunu vurgulamıştır⁹. Bu bilginin, hastalıkların tedavisi ve önlenmesi konusunda devrimsel etkiler yaratacağını ve genetik bilimin, insanlığın ortak mirası olarak tüm dünya ile paylaşılması gerektiğini söylemiştir¹⁰. Konuşmasında ayrıca Galileo’nun gök cisimlerinin hareketlerini, matematik ve mekaniği kullanarak çözümlemesine atıfta bulunarak, bu tarihi anın bilim ve aklın zaferi olarak değerlendirilebileceğini dile getirmiştir¹¹. Clinton, Galileo’nun evreni anlama çabasını, genom projeleri aracılığıyla insan yaşamının kodlarını çözme çabasıyla paralel bir şekilde sunmuş ve her iki çabanın da insanlık için derin anlamlar taşıdığını vurgulamıştır¹².

⁵ Francis S Collins and Michael Morgan and Aristides Patrinos, “The Human Genome Project: lessons from large-scale biology” (2003) *Science* 300(5617) 287; Ali Özalp, *Etik Açısından Genom Projesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007) 6.

⁶ Bill Clinton, biyoteknolojinin insan yaşamının sırlarının keşfi ve yönlendirme kapasitesine ilişkin olarak şu açıklamada bulunmuştur: “*Yaklaşık iki yüzyıl önce, bu odada, bu katta, Thomas Jefferson ve güvendiği bir yardımcı muhteşem bir haritayı yaydı; Jefferson’un hayatı boyunca görebilmek için uzun zamandır dua ettiği bir harita. Yardımcısı Meriwether Lewis’i ve harita onun Amerika sınırından Pasifik’e kadar uzanan cesur seferinin ürünüydü. Bu, kitabızın sınırlarını ve hayal gücümüzü sonsuza dek genişleten, hatlarını belirleyen bir haritaydı. Bugün dünya, çok daha önemli bir haritayı görmek için Doğu Odası’nda bize katılıyor. Tüm insan genomunun ilk araştırmasının tamamlanmasını kutlamak için buradayız. Hiç şüphesiz bu, insanoğlunun şimdiye kadar ürettiği en önemli, en harika haritadır... Bugünkü duyuru, bilimin ve aklın destansı zaferinden daha fazlasını temsil ediyor... Bu derin yeni bilgiyle insanlık, iyileştirme konusunda muazzam, yeni bir güç kazanmanın eşiğinde. Genom biliminin hepimizin hayatı üzerinde, hatta daha da fazlası, çocuklarımızın hayatı üzerinde gerçek bir etkisi olacak. Hepsi olmasa da çoğu insan hastalığının teşhisinde, önlenmesinde ve tedavisinde devrim yaratacak...*”, Detaylı bilgi için bkz. https://clintonwhitehouse3.archives.gov/WH/EOP/OSTP/html/00628_2.html (Son Erişim Tarihi: 13.03.2024).

⁷ Walter Isaacson, *Yaşamın Kodu: Jennifer Doudna Genetik Devrim ve İnsanın Geleceği* (Domingo Yayınevi 2023) 7.

⁸ Detaylı bilgi için bkz. <https://clintonwhitehouse3.archives.gov/WH/EOP/OSTP/html/00628_2.html> (Son Erişim Tarihi: 13.03.2024).

⁹ Greg Gibson, *Son Sözü Genom; Modern Yaşam ile Genlerimiz Arasındaki Çatışma Bizi Nasıl Hasta Eder?* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2020) 17.

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. <https://clintonwhitehouse3.archives.gov/WH/EOP/OSTP/html/00628_2.html> (Son Erişim Tarihi: 13.03.2024).

¹¹ ibid.

¹² ibid.



Clinton bu açıklamalarıyla, projenin insan hayatının en derin sırlarını aydınlatma potansiyeline dikkat çekerken, aynı zamanda bu bilimsel başarıların tüm insanlık için nasıl faydalı hale getirilebileceğinin de altını çizmiştir¹³.

Biyoteknolojik ve genetik mühendisliğine ilişkin araştırmalar, insan yaşamına ilişkin şifreleri keşfetme ve yönlendirme kapsamını olağanüstü biçimde genişletmiştir¹⁴. Bu ilerlemeler, üremeye yardımcı tedavi tekniklerinden özellikle tüp bebek (in vitro fertilizasyon) ve somatik hücre nükleer transferi (SCNT)¹⁵ gibi yöntemlerle embriyo kültürleme alanında da kendini göstermiştir¹⁶. Ayrıca, yerleşme öncesi (pre-implantasyon) genetik hastalıkların erken teşhisine olanak sağlamaktadır¹⁷. Ancak üremeye yardımcı tedavi teknikleri, potansiyel yaşamın seçilmesi ve elenmesine de imkân vermiştir. Şöyle ki genetik hastalıkların tespiti ve önlenmesi amacıyla embriyolar üzerinde yapılan müdahaleler, bireylerin genetik yapılarının kontrol edilmesi anlamına da gelmektedir. Bu durum da beraberinde hukuki tartışmaları gündeme getirmiştir. Bu kapsamda, üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin genetik özelliklere dayalı olarak, “seçilmiş yaşam” oluşturma riski ile genetik çeşitlilik ve eşitlik üzerine etik ve hukuki endişeleri ortaya çıkmaktadır¹⁸. Önemle belirtmek gerekir ki bu tekniklerin kullanımında temel insan haklarının korunması meselesi göz ardı edilmemelidir. Bu anlamda genetik müdahalelerin sadece belirli bir sosyo-ekonomik grup için erişilebilir olması veya belirli genetik özelliklere sahip embriyoların tercih edilmesi, hukuki açıdan ayrımcılığa ve eşitliğin ihlaline yol açabilecektir. Bu bağlamda hukuk, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerindeki geçerli olacak etik kuralların belirlenmesi ve uygulanması da önem arz etmektedir.

¹³ ibid.

¹⁴ Onur Sezen, “İnsan Üzerinde Biyoteknolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu” (2015) 1(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8; Emir Murat, *Hukuki Ve Etik Yönleri İle Biyotip Araştırmalarında Biyobankalar* (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2013) 4-6.

¹⁵ Somatik Hücre Nükleer Transferi (SCNT), bir canlının genetik olarak aynı kopyasını üretmek amacı taşıyan bir yöntemdir. Bu işlem, kopyalanacak bireyden alınan bir somatik hücrenin (vücut hücresi) genetik materyali ile bir dişi canlıdan alınan ve çekirdeği çıkarılmış yumurta hücresinin birleştirilmesini içerir. Bu birleştirme işleminden sonra hücre, elektrik akımı ya da kimyasal maddelerle etkin hale getirilir ve embriyo gelişimi başlar. Gelişen embriyo daha sonra bir taşıyıcı anneye transfer edilir ve işlem tamamlanır. Somatik Hücre Nükleer Transferi, tıbbi araştırmalarda, nesli tükenmekte olan hayvanların korunmasında ve tarımda kullanılmaktadır; ancak, etik tartışmalar, teknik zorluklar ve yüksek maliyetler nedeniyle kullanımı sınırlıdır. Detaylı bilgi için bkz. Nurullah Kekliskoğlu, “Somatik Hücre Nükleus Aktarımı - II: Uygulama Alanları” (2012) 41(3) Journal of Istanbul University Faculty of Dentistry 56; Erdal Yerdelen, “Klonlamanın (kopyalama) ceza hukukundaki yeri” (2014) 63(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 645.

¹⁶ M. Onursal Cin, “Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar” (2003) 11(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125-138; İbrahim Paçacı, “Klonlama ve Kök Hücre Çalışmalarının İslâm Dini Açısından Değerlendirilmesi” (2007) 7(7) Usul İslam Araştırmaları 48.

¹⁷ Cemal Ekici, “Preimplantasyon Genetik Tanı” (2014) 3(2) İnönü Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi 49.

¹⁸ Soner Tauscher, “Genetik Teknolojisinin Siyasi ve Etik Sınırları: Genetiği Yönetmek” (2015) 1(1) International Journal of Political Studies 5.

Bu çalışmada, üremeye yardımcı tedavi tekniklerinden özellikle tüp bebek yöntemi üzerine odaklanarak, potansiyel hukuki sorunları belirlemeye çalışacağız. İlk olarak, üremeye yardımcı tedavi teknikleri kavramsal açıdan incelenecek ve ardından, insan embriolarının laboratuvar ortamında döllenişle ortaya çıkan hukuki statü ve embriyonun korunması problemleri incelenecektir. Son olarak, söz konusu hukuki probleme ilişkin düzenlemelere ilişkin öneriler ve bir değerlendirme yapılacaktır.

I. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ TEKNİKLERİ

A. Genel Olarak

“Onları kutsayarak, ‘Verimli olun, çoğalın’ dedi, ‘Yeryüzünü doldurun ve denetimimize alın; denizdeki balıklara, gökteki kuşlara, yeryüzünde yaşayan bütün canlılara egemen olun”¹⁹, “Verimli olun, çoğalın. Yeryüzünde üreyin, artın”²⁰. Bu ifadeler, üremenin ve neslin devam ettirilmesinin tarih boyunca insanlar için ne kadar önemli olduğunu vurgulamaktadır. Canlıların varoluşlarını sürdürebilme temelindeki en önemli içgüdülerden biri de üreme ve neslinin devamını sağlama dürtüsüdür²¹. Bu içgüdü, türlerin yaşamlarını devam ettirmesi ve genetik miraslarını aktarabilmesinde kritik bir rol oynamaktadır²². Ancak bu temel amacın gerçekleşebilme olasılığını etkileyen özel durumlar mevcuttur; bunlardan biri de kısırlıktır²³. Bir başka ifadeyle kısırılık, neslin devamının önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır.

Kısırılık (infertilite), dünya genelinde güncelliğini koruyan ve toplumsal düzeyde etkileri olan bir sorunu ifade etmektedir²⁴. Dünya Sağlık Örgütü’nün (DSÖ) en son yayımladığı rapora göre, üreme çağındaki bireylerin %17,5’i, yani yaklaşık altı kişiden biri, kısırlıkla mücadele etmektedir²⁵. Bireylerin korunmasız ve düzenli cinsel birliktelik yaşamalarına rağmen en az on iki ay boyunca gebelik oluşturmamaları kısırılık olarak tanımlanmaktadır²⁶. Bir başka ifadeyle, kısırılık kadın ya da

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Yaratılış Kitabı ayet 1/28.

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. Yaratılış Kitabı ayet 9/7.

²¹ Haydar Hoşgör ve İrfan Akyüz ve Emrah Cengiz, “İnfertil Hastaların Tüp Bebek Tedavisini Bırakmasında Etkili Olan Faktörlerin Öncelik Sırasının Belirlenmesi: Bir Ahp Uygulaması” (2017) 9(19) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 65.

²² . Şule Ayla, “In Vitro Fertilizasyon” Üreme: Toplantı Sunumları ve Tartışmalar (ed. Yücel Sayman, Çanakkale, 2015) 139 <https://www.medipol.edu.tr/sites/default/files/2022-11/Kitap_6.pdf> (Son Erişim Tarihi: 14 .03. 2024).

²³ Hoşgör ve Akyüz ve Cengiz (n 21) 65.

²⁴ Özlem Tırış, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Neonatal Mortalite ve Morbidite Üzerine Etkisi* (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, 2012) 1; Cihan Çetin ve Turan M Çetin, “Dünden Bugüne Yardımla Üreme Teknikleri” (2014) 23(1) Arşiv Kaynak Tarama Dergisi 148.

²⁵ Özlem Akın ve Ebru Şahin, “Yardımcı Üreme Teknikleri Ve Hemşirelik Yaklaşımı” (2020) 3(1) Sakarya Üniversitesi Holistik Sağlık Dergisi 56.

²⁶ <<https://www.who.int/news/item/04-04-2023-1-in-6-people-globally-affected-by-infertility>> (Son Erişim Tarihi: 14.03.2024).



erkek üreme sistemlerini etkileyen bir sağlık durumudur²⁷. Kısırlık, kısır bireylerin ve toplumun yanı sıra, üreme teknolojisi alanının da ilgili olduğu konulardandır.

Üremeye yardımcı tedavi teknikleri, ilk adımda kısırlık sorunu yaşamakta olan bireyler için geliştirilmiş tıbbi müdahalelerdir²⁸. Ancak günümüzde uygulama

²⁷ Dünya Sağlık Örgütü'ne göre, kısırlık, erkek veya kadın üreme sistemlerindeki bir hastalık olarak tanımlanır ve düzenli ve korunmasız cinsel ilişkiye rağmen 12 ay veya daha uzun süre gebelik elde edilememesi durumunu ifade eder. Bu durum, dünya genelinde üreme çağındaki bireylerin yaklaşık altıda birini etkilemekte olup, hem bireysel hem de toplumsal düzeyde önemli etkilere sahiptir. Erkeklerde kısırlık genellikle sperm üretimindeki bozukluklar, ejakülasyon problemleri veya hormonal dengesizlikler gibi nedenlerden kaynaklanırken, kadınlarda fallop tüplerinin tıkanıklığı, rahimdeki anormal yapılar, polikistik over sendromu ve hormonal dengesizlikler gibi durumlar kısırlığa yol açabilir. Kısırlık tedavisi için çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Bu yöntemler arasında ilaç tedavileri, cerrahi müdahaleler ve üremeye yardımcı tedavi teknikleri yer almaktadır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri mevzuatta, "... Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları..." şeklinde ifade edilmiştir. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete 29135 (30.09.2014), m. 4. En bilinen yardımcı üreme teknikleri arasında tüp bebek yöntemi, intrasitoplazmik sperm enjeksiyonu (ICSI) ve yapay tohumlama bulunmaktadır. Ancak, bu tedavilere eşit ve adil bir şekilde erişim sağlanması, özellikle düşük ve orta gelirli ülkelerde hala önemli bir sağlık politikası sorunudur. Ulusal sağlık sistemlerinde bu tedavilere yeterince yer verilmemesi, kısırlıkla mücadele eden birçok birey için büyük bir engel teşkil etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. < <https://www.who.int/news/item/04-04-2023-1-in-6-people-globally-affected-by-infertility>> (Son Erişim Tarihi: 14.03.2024).

²⁸ Özellikle doğurganlığın korunmasına yönelik mevcut tekniklerdeki ilerlemeler, kemoterapi ve radyoterapi gibi tedavilerin doğurganlık üzerinde yaratabileceği geri dönüşü olmayan hasarları azaltmada kritik bir rol oynamaktadır. Bu gelişmeler sayesinde, kanser tedavisi gören bireyler tedavi sonrasında çocuk sahibi olma şansını koruyabilmektedir. Teresa K Woodruff, "Oncofertility: a grand collaboration between reproductive medicine and oncology" (2015) 150(3) *Reproductio* 1-10. Ayrıca bu yöntemlerin sosyal kapsayıcılıktaki rolü de dikkat çekicidir. Serodiscordant çiftler (bir partnerin HIV pozitif, diğersinin negatif olduğu) ve homoafektif çiftler (aynı cinsiyetten çiftler), bu yöntemler sayesinde biyolojik ebeveyn olma fırsatına sahip olabilmektedir. Ayrıca, trans bireylerin doğurganlıklarını koruma imkanı sunarak, onların da aile kurma hayallerini gerçekleştirmelerine yardımcı olmaktadır. Mayhew Allison and Veronica Gomez-Lobo, "Fertility options for the transgender and gender nonbinary patient"(2020) 105(10) *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism* 3335. Bu genişletilmiş kullanım alanları, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin sadece tıbbi bir müdahale olmanın ötesinde, toplumsal eşitlik ve sosyal kapsayıcılık açısından da ne kadar önemli ve etkili bir araç olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, toplumdaki farklı grupların üreme haklarına erişimini artırmakta ve onların aile kurma hayallerini desteklemektedir. Brenda Le Oliveira and Lauren M Ataman et all, "Restricted access to assisted reproductive technology and fertility preservation: legal and ethical issues"(2021) 43(3) *Reproductive BioMedicine Online* 571-576; Alma López and Miguel Betancourt et all, "The need for regulation in the practice of human assisted reproduction in Mexico. An overview of the regulations in the rest of the World"(2021) 18(41) *Reprod Health* 1-14; Meaghan Jain and Manvinder Singh, "Assisted Reproductive Technology (ART) Techniques" (StatPearls Publishing, June 7 2023) < <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35015434/> > (Son Erişim Tarihi: 14.03.2024).

alanı genişlemiştir. Bu tekniklerin temel amacı, kısır bireylere çocuk sahibi olma imkânı sunmaktır²⁹. Modern anlamda üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin kökeni yirminci yüzyılın başlarına dayanmakla birlikte, zaman içinde önemli çalışmalarla şekillenmiştir³⁰. Üremeye yardımcı tedavi teknikleri kapsamında karşımıza suni aşılama, tüp bebek yöntemi (in vitro fertilizasyon) ve intrasitoplazmik sperm enjeksiyonu (ICSI) çıkmaktadır.

Tarihsel sıralamada ilk karşımıza çıkan teknik suni aşılama değildir. İnsanlar üzerindeki ilk suni aşılama, 1799 yılında İngiliz cerrah John Hunter tarafından gerçekleştirilmiştir³¹. Hunter, bu yenilikçi teknikle bir erkekten elde ettiği sperm, o erkeğin eşinin rahmine şırınga ederek başarılı bir şekilde döllenme sağlamıştır³². Bu tarihi girişim, modern anlamda üremeye yardımcı tedavi teknolojilerinin temellerini atmış ve kısırılık tedavisinde önemli bir dönüm noktası olmuştur³³. Suni aşılama tekniği, yüksek kalitede sperm örneklerinin doğrudan kadının üreme kanalına yerleştirilmesi yoluyla uygulanmaktadır³⁴. Bu yöntemde, sperm kalitesi, hareketliliği ve dışı üreme yollarındaki sorunlarda başvurulmaktadır³⁵.

Tüp bebek yöntemi ise, 1959'da Min Chueh Chang tarafından tavşanlar üzerinde denenmiş olup, 1978'de İngiltere'de Dr. Patrick Steptoe ve biyolog Robert Edwards tarafından insanlar üzerinde ilk başarılı uygulama gerçekleştirilmiştir³⁶. Bu çalışma, Louise Brown'un doğumu ile sonuçlanmış ve tüp bebek yöntemi, kısırılık tedavisinde çığır açmıştır. Tüp bebek yöntemi, olgunlaşmış yumurtaların kadın yumurtalığından alınıp laboratuvar ortamında sperm ile döllendirilmesi işlemidir³⁷. Döllenmiş yumurta embriyo haline geldikten sonra kadının rahmine yerleştirilmektedir³⁸. Diğer bir üremeye yardımcı tedavi tekniği ise intrasitoplazmik sperm

²⁹ Laura Londra and Edward Wallach et al, "Assisted reproduction: Ethical and legal issues" (2014) 19(5) Seminars in Fetal and Neonatal Medicine 264.

³⁰ Akın ve Şahin (n 25) 97.

³¹ Willem Ombelet and J Van Robays, "Artificial insemination history: hurdles and milestones" (2015) 7(2) Facts Views Vis 141.

³² Yasemin Erol, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2011) 61.

³³ Ombelet and Robays (n 31)141.

³⁴ <<https://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/artificial-insemination>>(Son Erişim Tarihi 14.03.2024).

³⁵ <<https://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/artificial-insemination>>(Son Erişim Tarihi 14.03.2024).

³⁶ Martin H Johnson, "Robert Edwards: the path to IVF" (2011) 23(2) Reprod Biomed Online 245; Radhey Shyam Sharma and Richa Saxena and Rajeev Singh, "Infertility & assisted reproduction: A historical & modern scientific perspective" (2018) 148(1) The Indian Journal of Medical Research 11.

³⁷ Jennifer Choe and Anthony L Shanks, "In Vitro Fertilization" (StatPearls Publishing 2023) <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK562266>> (Son Erişim Tarihi 15.03.2024).

³⁸ Choe and Shanks (n 37) (Son Erişim Tarihi 15.03.2024).



enjeksiyonudur. 1992 yılında tanıtılan intrasitoplazmik sperm enjeksiyonu (ICSI), özellikle erkek kaynaklı kısırlık sorununda devrim yaratmıştır³⁹. İntrasitoplazmik sperm enjeksiyonu, tek bir sperm hücresinin doğrudan bir yumurta hücresine enjekte edilmesiyle gerçekleşmektedir⁴⁰. Bu yöntem, tüp bebeğe kıyasla daha özelleşmiş bir üreme tekniğidir⁴¹ ve özellikle erkekten kaynaklanan durumlarda tercih edilmektedir. Üremeye yardımcı tedavi tekniklerinden en çok kaleme alınan ise tüp bebek yöntemidir⁴².

B. Tüp Bebek Yöntemi

Tüp bebek yöntemi, başlangıçta, hasarlı veya işlev görmeyen fallop tüplerinin tedavisi için geliştirilmiştir⁴³. Günümüzdeki kullanım alanı ise genişlemekte ve çeşitli kısırlık tedavilerinde uygulanmaktadır⁴⁴. Endometriozis⁴⁵, erkek faktörlü ve açıklanamayan kısırlık durumları, tüp bebek yönteminin etkili bir şekilde kullanıldığı alanlardan bazılarıdır⁴⁶. Tüp bebek, kısır bireylerin en çok başvurduğu ve başarı

³⁹ Gary N Clarke, “A.R.T. and History, 1678–1978” (2006) 21 (7) Human Reproduction 1649.

⁴⁰ Elif E. Çavuşoğlu, “İntrasitoplazmik Sperm Enjeksiyonu Uygulanan İnfertil Vakaların Tam Zamanlı İzleme Sisteminde (Time Lapse) Multinükleuslu Blastomer İçeren Embriyolarının Blastokist Aşamasına Ulaşma Oranlarının Retrospektif Olarak İncelenmesi” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018) 6.

⁴¹ Çavuşoğlu (n 40) 6.

⁴² Choe and Shanks (n 37) (Son Erişim Tarihi 15.03.2024).

⁴³ Fernando Zegers Hochschild and Bernard M Dickens et al, “Human rights to in vitro fertilization” (2003) 123(1) International Journal of Gynecology & Obstetrics 86, <https://doi.org/10.1016/j.ijgo.2013.07.001> (Son Erişim Tarihi: 15.03.2024).

⁴⁴ Sarah Ly, “Ethics of Designer Babies” *Embryo Project Encyclopedia* (2011) <<https://hdl.handle.net/10776/2088>> (Son Erişim Tarihi: 15.03.2024).

⁴⁵ Çikolata Kisti olarak da bilinen Endometriozis, rahim iç zarına benzeyen dokunun rahim dışında büyüdüğü bir sağlık sorunudur. Bu durum, şiddetli ağrıya neden olabilir ve hamilelik şansını azaltabilir. Endometriozis genellikle kişinin ilk adet döneminde başlar ve menopoza kadar devam edebilir. Bu süreç boyunca, endometriozis belirtileri değişiklik gösterebilir ve kişinin yaşam kalitesini etkileyebilir. Ancak, zamanında tanı ve tedavi ile yönetilebilir bir hastalıktır. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/endometriosis> (Son Erişim Tarihi 15.03.2024).

⁴⁶ Türk mevzuatında, tüp bebek yönteminin bu genişletilmiş kullanım alanlarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, özellikle Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'teki Ek 9, Ek 12 ve Ek 17 maddelerinde ifade edilmiştir. Yönetmelik'in Ek 8 maddesinde, başvuruda bulunan evli çiftlerin, doğan bebeğin soybağını tespit etmek amacıyla DNA testi yaptırabilecekleri belirtilmiştir. Ek 9 maddesinde, evli çiftin onayı ile tedavi sırasında oluşan fazla embriyoların dondurularak saklanabileceği ve yıllık olarak saklama süresinin uzatılması gerektiği, aksi halde bir yılın sonunda dilekçe verilmemesi durumunda embriyoların imha edileceği ifade edilmiştir. Ek 10 maddesinde, dondurularak saklanan embriyoların, çiftin her iki üyesinin imzası ile çözülerek kullanılabilmesi belirtilmiştir. Ek 11'de ise, gerekli belgelerin sunulması durumunda veya yıllık saklama süresinin uzatılmasına dair dilekçe verilmediğinde, embriyoların çiftin imzası aranmaksızın imha edileceği düzenlenmiştir. Ek 12'de, kişinin isteği ile gonad dokusu ve hücrelerinin dondurularak saklanabileceği, ancak yıllık saklama süresinin uzatılmaması durumunda imha edileceği ifade edilmiştir. Ek 17'de ise, ÜYTE

oranı yüksek bir üremeye yardımcı tedavi tekniğidir⁴⁷.

Tüp bebek süreci, yumurtalığın doğurganlık ilaçlarıyla uyarılması ve olgunlaştırılması ile başlamaktadır⁴⁸. Ardından, olgunlaşan yumurtalar toplanır ve laboratuvar ortamında sperm ile birleştirilmektedir⁴⁹. Birleşme işlemi petri kabında gerçekleştirilir ve döllenmiş yumurtaların embriyo haline gelmesi ile sağlanmaktadır. Bir sonraki aşamada, en sağlıklı olan embriyolar kadının rahmine yerleştirilmek üzere seçilmektedir. Bu aşamanın, embriyoların yerleştirilmesi için uygun bir ortamın oluşturulması ve gelişiminin desteklenmesi açısından önem arz etmektedir. Embriyoların döl yatağına yerleştirilmesiyle de süreç tamamlanmaktadır⁵⁰.

Tüp bebek tekniğini bir madalyon olarak nitelendirirsek, şu ana kadar ele aldığımız hususlar yalnızca bir yüzünü temsil etmektedir. Ancak, bu tekniğin diğer yüzü de mevcuttur ve bu yüz, tartışmalı bir boyuta sahiptir. Biyoteknolojinin ilerlemesiyle, ebeveynlerin genetik müdahaleler yoluyla sağlıklı çocukları dünyaya getirebilme imkanı artmıştır⁵¹. Ancak bu olanak, öjenik uygulamalara ve belirli genetik özelliklere sahip bireylerin tercih edilmesine zemin hazırlayarak, toplumda genetik

uygulanacak çiftlerden alınan yumurta ve sperm ile embriyoların yönetmelikle belirlenen esaslar dışında kullanılması, nakledilmesi ve satılması yasaklanmıştır.

Buna ek olarak, ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücrelerinin uygulanabileceği ve donör kullanımının yasak olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca, yurt içi veya yurt dışında ÜYTE uygulaması yapan yerlere hasta sevk etme, teşvik etme veya aracılık etme gibi davranışlarda bulunan merkezlerin faaliyeti üç ay süreyle durdurulmakta ve tekrarı halinde ruhsatları iptal edilmektedir. Anne ve çocuk sağlığını riske eden çoğul gebeliklerin önlenmesi için de önlemler alınmıştır; bu kapsamda, klasik ovulasyon indüksiyonu ile ikiden fazla folikül gelişiminin hedeflenmemesi esastır. Doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı gonad ve/veya embriyo seçimi ise, ciddi kalıtsal hastalıkların önlenmesi halleri dışında yasaklanmıştır. Ayrıca, ÜYTE teknikleri kullanılarak oluşan çoğul gebeliklerde embriyonal ya da fetal reduksiyon işlemi belirli sağlık kurulu raporları dışında yapılamamaktadır.

Bu düzenlemeler, tüp bebek yönteminin kısırlık tedavisinde geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu ve bu tekniklerin genetik hastalık taşıyıcıları için genetik tarama, hormonal bozukluklar ve yumurtlama sorunları yaşayan kadınların tedavisi gibi çeşitli durumlarda kullanıldığını göstermektedir. Ayrıca, kanser tedavisi görececek bireylerin üreme hücrelerinin dondurulması ve diğer tıbbi ve sosyal durumlar nedeniyle çocuk sahibi olamayan çiftler veya bireyler için de uygulanmaktadır. Bu bağlamda, tüp bebek (IVF), intrauterin inseminasyon (IUI) ve preimplantasyon genetik tanı (PGT) gibi yöntemler öne çıkmaktadır.

⁴⁷ Esra Arbağ ve Merlinda Aluş Tokat, “İn Vitro Fertilizasyon Tedavisi Sırasında Kadınların Fiziksel Aktivite Durumları ve Etkileyen Faktörler” (2018) 11(4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Elektronik Dergisi 307; Hoşgör ve Akyüz ve Cengiz (n 21) 68.

⁴⁸ Choe ve Shanks (n 37).

⁴⁹ The Editors of Encyclopaedia Britannica, “in vitro fertilization” Encyclopedia Britannica (2024) <<https://www.britannica.com/science/in-vitro-fertilization>> (Son Erişim Tarihi 20.03.2024).

⁵⁰ Işıl Tüzün Arpacıoğlu, ‘Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri’ (2013) 5(1) Hukuk Ve İktisat Araştırmaları Dergisi 17.

⁵¹ Anne Kristin Kuhnt and Jasmin PassetWittig, “Families formed through assisted reproductive technology: Causes, experiences, and consequences in an international context” (2022) 14 Reproductive Biomedicine & Society 290.



çeşitliliğin azalmasına ve ayrımcılığın artmasına neden olabilir⁵². Öjenik, istenilen genetik özelliklere sahip nesillerin oluşturulmasını amaçlayan bir kavramdır ve hukuki açıdan tartışmalıdır⁵³. Ayrıca, öjenik uygulamalar Türk hukuk mevzuatına göre yasaklanmıştır⁵⁴. Peki, öjenik uygulamaların mevcut yasal durumu gelecekteki konumunu yansıtmakta mıdır? Bu soruya uzay kolonizasyonu örneğinden yola çıkarak yanıt vermeye çalışacağız. Uzayda koloniyel yaşam ve insanların uzaya adaptasyonu, günümüzde bilim ve teknolojinin ilerlemesiyle giderek daha fazla tartışılan bir konu haline gelmektedir⁵⁵. Özellikle dünyanın sınırlı kaynakları ve çevresel sorunlar gibi faktörler, insanlığı uzayda yeni yaşam alanları aramaya yönlendirmektedir⁵⁶. Ancak bu büyük hedeflere ulaşmak için teknolojik ve ekonomik açılardan birçok zorlukla karşılaşmaktadır⁵⁷. Teknolojik olarak uzun vadeli bir uzay seyahati ve kolonizasyon için gerekli altyapının geliştirilmesi ve maliyetlerin düşürülmesi gerekmektedir⁵⁸. Ayrıca, bu tür uzay projelerinin gerçekleştirilmesi, insanların fiziksel ve biyolojik olarak uzay ortamına uyum sağlamalarını da gerektirecektir.

⁵² Andrzej Pękalski, "Effect of eugenics on the evolution of populations" (2000) 17(2) The European Physical Journal 329.

⁵³ <<https://www.genome.gov/about-genomics/fact-sheets/Eugenics-and-Scientific-Racism>> (Son Erişim Tarihi 20.03.2024).

⁵⁴ Türkiye’de öjeni ve buna bağlı genetik uygulamalar, çeşitli yönetmelikler ve kanunlarla düzenlenmiştir. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, çocuk sahibi olmak isteyen evli çiftlerde sadece kendi üreme hücrelerinin kullanılabilmesini belirterek, embriyoların başka amaçlarla kullanılmasını yasaklamıştır. Ayrıca, cinsiyet belirleme amaçlı gonad ve embriyo seçimi, ciddi kalıtsal hastalıkları önleme dışında yasaktır. Bu düzenlemeler, öjenik uygulamaların sınırlandırılmasına ve etik dışı uygulamaların önlenmesine yönelik önemli adımlardır. Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri Yönetmeliği’nde ise tıbbi bir zorunluluk olmadıkça cinsiyet belirlemeyi yasaklamış, genetik hastalıkların tanısı ve tedavisi ile ilgili düzenlemeler getirmiştir. Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri Yönetmeliği, Resmî Gazete 31004 (10.01.2020), m. 18. Bu, negatif öjeni uygulamalarının sınırlandırılmasını sağlamaktadır. Ayrıca, Kalıtsal Hastalıklarla Mücadele Kanunu (1993) ve Kalıtsal Kan Hastalıklarından Hemoglobinopati Kontrol Programı Yönetmeliği (2002), kalıtsal hastalıkların tanısı ve tedavisi konularında kapsamlı kurallar getirerek, genetik hastalıkların önlenmesine yönelik öjeni uygulamalarına sınırlar koymaktadır. 3960 Sayılı Kalıtsal Hastalıklarla Mücadele Kanunu. İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik ise kordon kanı ve doku bağışi konularında gönüllülük esasını vurgulamaktadır. İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete 27742 (27.10.2010), m. 14. Bu yönetmelik, genetik müdahalelerin etik kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlar. Bu yasal çerçeve, öjenik uygulamaların potansiyel etik sorunlarını ele alarak, bireylerin genetik müdahalelerden korunmasını ve üreme haklarının etik kurallara uygun olarak korunmasını sağlamaktadır. Türkiye’deki bu düzenlemeler, genetik bilginin ve teknolojilerin kullanımı konusunda sıkı denetimler getirerek öjeninin uygulamadaki sınırlarını belirlemektedir. Böylece, öjenik uygulamalar etik ve yasal çerçevede kontrol altına alınarak toplum sağlığı ve bireysel haklar korunmaktadır.

⁵⁵ Florian Neukart, "Towards sustainable horizons: A comprehensive blueprint for Mars colonization" (2024) 10(4) Helion Journal 1 <<https://doi.org/10.1016/j.helion.2024.e26180>> (Son Erişim Tarihi 20.03.2024).

⁵⁶ Neukart (n 55) 2.

⁵⁷ İbid 4

⁵⁸ İbid 6-9.

Zira uzay yolculuğunun insanı fiziksel anlamda etkileyen riskleri bulunmaktadır⁵⁹. Bu risklere örnek olarak yer çekimi, radyasyon ve izolasyon verilebilir. Bir başka gezegende koloniyel bir yaşam için de vücut yapılarının uzayın fiziksel etkilerine adapte edilmesi gerekmektedir⁶⁰. Ayrıca, teknolojik gelişmeler seçilmiş insanların uzay adaptasyonu için potansiyel olarak kullanılmasını da gündeme getirmektedir.

Gelecekte, bugünden farklı bir dünya düzeni insanlığı bekliyor olabilir. Yeni düzende toplumun belirli bir kısmı genetik olarak tasarlanmış ve seçilmiş bireylerden oluşabilir. Bu bireyler, uzayda koloniyel bir yaşam kurmak üzere gönderilebilirken, genetik müdahalelere tabi tutulmamış bireyler dünyada kalabilir. Bu senaryo, toplumda genetik çeşitliliğin azalmasına ve genetik özelliklere dayalı ayrımcılığın artmasına yol açabilir. Böyle bir durum, öjenik kavramının yeniden filizlenmesi anlamına gelmektedir.

Embriyo çalışmaları da bu tartışmalara önemli bir boyut kazandırmaktadır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, embriyo kültürleme ve genetik manipülasyon gibi teknolojilerin geliştirilmesi, insan embriyolarının genetik özelliklerinin değiştirilmesini mümkün kılmaktadır⁶¹. Bu durum, belirli genetik özelliklere sahip embriyoların tercih edilmesini ve seçilmesini beraberinde getirebilir. Nitekim embriyo kültürleme teknolojileri, genetik hastalıkların önlenmesi ve sağlıklı bireylerin doğması açısından büyük bir potansiyele sahip olmakla birlikte, kaçınılmaz olarak etik ve hukuki tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

II. EMBRİYO TANIMI

A. Genel Olarak

Doğadaki en olağanüstü olgulardan biri, tek hücreli insan embriyosunun milyarlarca hücreden oluşan bir yetişkine dönüşümüdür. Bu alandaki çalışmalar, bir kısmı yetişkinlik döneminde gerçekleşen vücut fonksiyonlarının doğumdan önce geliştiğini göstermektedir⁶². Diğer bir ifadeyle, doğum öncesinde, doğumdan sonraki hayatta kalmak için gerekli olan yapıların ve becerilerin kazanıldığı bir hazırlık sürecinden geçmektedir⁶³. Başlangıçta tek bir hücre olan zigot, ardından bir dizi bölünme ve farklılaşma süreciyle karmaşık bir organizma haline gelmektedir⁶⁴. Bu süreç, embriyonik gelişim olarak adlandırılan bir dizi aşamadan geçmektedir.

⁵⁹ Risklere ilişkin detaylı bilgi için bkz. <<https://www.nasa.gov/hhp/human-system-risks/>> (Son Erişim Tarihi 08.05.2024).

⁶⁰ <<https://www.nasa.gov/hrp/radiation/space-radiation-miniseries/>> (Son Erişim Tarihi 20.03.2024).

⁶¹ Sayfa 9 bkz.

⁶² Kara Calkins and Sherin U Devaskar, "Fetal origins of adult disease" (2011) 41(6) Current Problems in Pediatric and Adolescent Health Care 158 <doi:10.1016/j.cppeds.2011.01.001> (Son Erişim Tarihi: 20.03.2024).

⁶³ Bület Kara ve Neslihan Sucu, "Physical Education And Young Children in Terms of Motor Development" (2016) 1(2) The Journal of International Civilization Studies 82-83.

⁶⁴ Yusuf S. Khan and Kristin M. Ackerman, "Embryology, Week 1" (StatPearls Publishing, 2024) <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK554562/>> (Son Erişim Tarihi: 20.03.2024); The Editors of Encyclopaedia Britannica, "in vitro fertilization" Encyclopedia Britannica (2024) <<https://www.britannica.com/science/in-vitro-fertilization>> (Son Erişim Tarihi 23.03.2024).



Embriyo kelimesini duyduğumuzda ilk akla gelen şey, mikroskopla görüntülenmiş hücre kümesidir⁶⁵. Genel anlamda embriyo, döllenme anından başlayarak gebeliğin sekizinci haftasına kadar olan yeni oluşmuş canlıyı ifade etmektedir⁶⁶. Embriyo hücreleri başlangıçtan itibaren hızla çoğalmakta ve farklılaşmaktadır. Sekizinci haftanın sonunda ise cenin (fetüs) olarak adlandırılmaktadır⁶⁷. Bu noktadan itibaren, embriyonik evre sona erer ve cenin adı verilen bu yeni oluşum evresi başlamaktadır.

Embriyonun oluşumuna ilişkin açıklamalar, 1990’larda geliştirilen Somatik Hücre Nükleer Transferi (SCNT) tekniğiyle değişmiştir. Somatik Hücre Nükleer Transferi (SCNT)⁶⁸ tekniğinin geliştirilmesi, embriyo oluşturma sürecinde önemli bir dönüm noktası olmuştur⁶⁹. Bu teknik, embriyo kavramının yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır. Geleneksel olarak embriyo, döllenme sonucu oluşan hücre kümesi olarak kabul edilirken, SCNT gibi teknikler döllenme olmaksızın embriyo oluşturmaya mümkün kılarak bu tanıma sorgulatmıştır⁷⁰. Başka bir deyişle, SCNT, döllenme gerçekleşmeden embriyonun gelişimini başlatarak embriyo tanımına meydan okumuştur. SCNT tekniği, sperm olmaksızın embriyo oluşturma imkânı sağlamıştır⁷¹. Kanaatimizce, embriyo tanımı artık sadece döllenme ile sınırlı kalmamalı, SCNT gibi teknikler kullanılarak embriyo oluşturma farklı yollarını da içermelidir. Bu çerçevede, embriyo kavramını “sperm ve yumurta hücresinin döllenmesi sonucunda veya SCNT tekniği aracılığıyla döllenme gerçekleşmeden oluşan ve organ gelişimine kadar insanın en erken dönemi” şeklinde tanımlayabiliriz.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Embriyo Tanımı

Türk Hukuku’nda embriyo ve cenine dair açık bir tanım bulunmamakla birlikte, İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu’nda net bir çerçeve sunan düzenleme yer almaktadır. Söz konusu Kanunun 2. maddesinin (i) bendinde embriyo, çekirdek bölünmesinden

⁶⁵ Matteo A. Molè and Tim H. H. Coorens et al “A single cell characterisation of human embryogenesis identifies pluripotency transitions and putative anterior hypoblast centre” (2021) 12 Nat Commun 2 <<https://doi.org/10.1038/s41467-021-23758-w>> (Son Erişim Tarihi 23.03.2024).

⁶⁶ Khan (n 64); “Tıp Sözlüğü”, *Medicana Genel Sağlık Ansiklopedisi* (1993) 121.

⁶⁷ Tülay Aydın Ünver, *Cenin Hukuki Konumu* (XII Levha Yayıncılık 2011) 9; <<https://www.sign-lang.uni-hamburg.de/glex/konzepte/17549.html>> (Son Erişim Tarihi 23.03.2024).

⁶⁸ Bundan sonra SCNT olarak bahsedilecektir.

⁶⁹ Shogo Matoba and Yi Zhang, “Somatic Cell Nuclear Transfer Reprogramming: Mechanisms and Applications” (2018) 23(4) Cell stem cell 471 < <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30033121/>> (Son Erişim Tarihi 23.03.2024).

⁷⁰ Ly (n 44) .

⁷¹ Adrian Villalba, “Queering the genome: ethical challenges of epigenome editing in same-sex reproduction” (2024) Journal of Medical Ethics < <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/38408852/>> (Son Erişim Tarihi 23.03.2024).

organların gelişimine kadar olan süreçteki varlık olarak tanımlanmıştır⁷². Bu tanım, embriyonun zigot aşamasından başlayarak organ gelişimine kadar olan süreci kapsadığını ve dolayısıyla embriyonun gelişiminin erken aşamalarını içerdiğini ifade etmektedir. Benzer şekilde Kanunun 2. maddesinin (j) bendinde cenin, organların gelişiminden doğuma kadar geçen süreçteki varlık şeklinde tanımlanmıştır⁷³. Bahse konu tanım ise, embriyonun organ gelişimi tamamlandıktan sonra doğuma kadar olan süreci kapsadığını ve dolayısıyla ceninin insan hayatının daha ileri aşamalarını temsil ettiğini ifade etmektedir. Bu yasal düzenlemeler, üreme tıbbi alanında çalışanlar ve ilgili taraflar için önemli bir rehberlik sağlayacağı düşüncesindeyiz. Zira embriyo ve cenin arasındaki ayırımın net olarak belirlenmesi, tıbbi uygulamaların ve etik tartışmaların daha doğru bir şekilde yapılmasına yardımcı olmaktadır.

Rusya’da “İnsan Klonlamanın Geçici Olarak Yasaklanması Hakkında” Federal Kanun’un 2. maddesinin 2. fıkrasında embriyoya ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre embriyo, “*sekiz haftaya kadar gelişim aşamasında olan bir insan embriyosu*” anlamına gelmektedir⁷⁴. Diğer yandan, Çin Cumhuriyeti (Tayvan) Yardımla Üreme Kanunu’nda embriyo, “*sekiz haftadan daha kısa bir süre boyunca bölünmeye maruz kalan döllenmiş yumurta*” olarak tanımlanırken⁷⁵, Kanada’da embriyo, döllenme veya yaratılışın ardından gelişiminin ilk 56 günü boyunca devam eden insan organizmasını ve böyle bir organizmadan türetilen ve insan yaratmak amacıyla kullanılan her türlü hücreyi kapsamaktadır⁷⁶. Alman Hukuku’nda ise Embriyonun Korunması Hakkında Kanun’un 8/1 maddesinde de embriyoya ilişkin bir tanım yer almakta olup⁷⁷, yasa kapsamında embriyo, döllenmiş ve gelişme kapasitesine sahip insan yumurta hücresi olarak tanımlanmıştır⁷⁸.

⁷² “Embryo: die Frucht von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung” Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/554/de?manifestation=https:%2F%2Ffedlex.data.admin.ch%2Ffilestore%2Ffedlex.data.admin.ch%2Feli%2Fcc%2F2000%2F554%2F20230701%2Fde%2Fhtml%2Ffedlex-data-admin-ch-eli-cc-2000-554-20230701-de-html-1.html>> (Son Erişim Tarihi 23.03.2024).

⁷³ “Fötus: die Frucht vom Abschluss der Organentwicklung bis zur Geburt”. Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/554/de?manifestation=https:%2F%2Ffedlex.data.admin.ch%2Ffilestore%2Ffedlex.data.admin.ch%2Feli%2Fcc%2F2000%2F554%2F20230701%2Fde%2Fhtml%2Ffedlex-data-admin-ch-eli-cc-2000-554-20230701-de-html-1.html>> (Son Erişim Tarihi 23.03.2024).

⁷⁴ <<https://base.garant.ru/184467/741609f9002bd54a24e5c49cb5af953b/>> (Son Erişim Tarihi 30.04.2024).

⁷⁵ <<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=L0070024>> (Son Erişim Tarihi 30.04.2024).

⁷⁶ <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/fulltext.html>> (Son Erişim Tarihi 30.04.2024).

⁷⁷ “*Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag.*”. Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>> (Son Erişim Tarihi 30.04.2024).

⁷⁸ <<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>> (Son Erişim Tarihi 30.04.2024).



Bu düzenlemeye göre embriyo statüsü, sperm ve yumurta hücrelerinin çekirdeklerinin kaynaştığı andan itibaren kazanılmaktadır; bu da döllenmenin gerçekleştiği anı ifade etmektedir.

İngiltere’de 2008 tarihli İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu’nun 1. maddesi embriyo kavramını açıklamaktadır⁷⁹. Bu kanuna göre embriyo, sadece canlı insan embriyosunu kapsamakta ve insan karışımı embriyoyu içermemektedir⁸⁰. İnsan ve hayvan karışımı embriyolar⁸¹, potansiyel olarak bir dizi dejeneratif hastalığın tedavisinde ve kök hücrelerin araştırılmasında kullanılabilir⁸². 2008 tarihli Kanun, 1990 tarihli İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu’nda değişiklik yaparak; embriyoların oluşturulması, saklanması ve kullanımının İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Otoritesi (HFEA) tarafından düzenlenmesini sağlamıştır⁸³.

⁷⁹ Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/1>> (Son Erişim Tarihi 1.05.2024).

⁸⁰ Detaylı bilgi için bkz. <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP08-62/RP08-62.pdf>>(Son Erişim Tarihi 1.05.2024).

⁸¹ İnsan karışımı embriyolar, insan ve hayvan hücrelerinin veya genetik materyallerinin kombinasyonunu içeren biyolojik yapılar olarak tanımlanmaktadır. Bu embriyoların oluşturulmasındaki amaç, genellikle tıbbi ve bilimsel araştırmalarda kullanılmasını sağlamaktır. Her ne kadar insan ve hayvan hücreleri birleşse de bu embriyolar çoğunlukla insan hücrelerinden oluşur ve dolayısıyla ağırlıklı olarak insan özellikleri taşımaktadır. 2008 tarihli İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Yasası, insan karışımı embriyoların dört ana kategoride incelenmesine izin vermektedir. Bunlardan ilki Sitoplazmik Melezlerdir (Cybrids). İnsan hücre çekirdeğinin hayvan yumurta hücresine yerleştirilmesiyle oluşturulan bu embriyolar, sitoplazmanın hayvandan, çekirdek DNA’sının ise insandan gelmesi ile karakterizedir. Bu tür melezler, özellikle mitokondriyal hastalıkların araştırılmasında önemli rol oynamaktadır. İkinci kategoride ise Gerçek Melezler (True Hybrids) yer almaktadır. İnsan ve hayvan gametlerinin birleşmesiyle oluşturulan embriyolar, hem insan hem de hayvan genetik materyalini içermektedir. Bu embriyolar, türler arası genetik etkileşimlerin araştırılmasına olanak tanımaktadır. Üçüncü kategoride de Transgenik Embriyolar (Transgenic Embryos) bulunmaktadır. İnsan genetik materyalinin hayvan embriyolarına veya hayvan genetik materyalinin insan embriyolarına eklenmesiyle oluşmaktadır. Bu yöntem, genetik bozuklukların ve insan hastalıklarının incelenmesinde kullanılmaktadır.

Son kategoride ise Kimerik Embriyolar (Chimeric Embryos) yer almaktadır. İnsan ve hayvan hücrelerinin bir embriyoda birleştirilmesiyle oluşan bu embriyolar, farklı türlerden gelen hücre gruplarını içermektedir. Organ nakli ve hücre işlevlerin araştırılmasında kimerik embriyolar büyük bir potansiyele sahiptir. Bu embriyoların araştırılması, nükleer yeniden programlama ve embriyonik kök hücre teknolojisi gibi ileri bilimsel alanlarla yakından ilişkilidir. Bu araştırmalar, hastalıkların moleküler temellerini daha iyi anlamamıza ve yeni tedavi yöntemleri geliştirmemize olanak sağlamaktadır. Özellikle dejeneratif hastalıklar ve genetik bozukluklar konusunda umut vadeden çözümler sunmaktadır. Homer Hayden and Melanie Davies, “The science and ethics of human admixed embryos” (2009) 19(9) Obstetrics, Gynaecology & Reproductive Medicine 235-239 <https://www.researchgate.net/publication/222155658_The_science_and_ethics_of_human_admixed_embryos> (Son Erişim Tarihi 1.05.2024).

⁸² ...Detaylı bilgi için bkz. <[https://www.bbc.co.uk/ethics/animals/using/hybridembryos_1.shtml#:~:text=These%20are%20created%20by%20transferring,%25%20\(more%20detail%20below\)](https://www.bbc.co.uk/ethics/animals/using/hybridembryos_1.shtml#:~:text=These%20are%20created%20by%20transferring,%25%20(more%20detail%20below))> (Son Erişim Tarihi 1.05.2024).

⁸³ Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.gov.uk/government/publications/human-fertilisation-and-embryology-authority-hfea-review-report/independent-review-of-the-human-fertilisation-and-embryology-authority-hfea-final-report-and-recommendations>> (Son Erişim Tarihi 1.05.2024).

2008 tarihli İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu, yukarıda bahsedilen düzenlemelere ek olarak bilimsel araştırmalar ve üremeye yardımcı tedavi teknolojileri üzerinde önemli kısıtlamalar getirmiřtir⁸⁴. Bu kanuna göre, insan embriyoları laboratuvar ortamında en fazla 14 gün süreyle geliştirilebilir ve araştırmalarda kullanılabilir⁸⁵. Üreme amacıyla kullanılacak embriyoların veya üreme hücrelerinin çekirdek DNA'sına müdahale edilmesi ise yasaklanmıřtır⁸⁶. Ancak, son yıllarda kaydedilen bilimsel ilerlemeler ve yeni hücresele teknolojiler, bu mevcut kısıtlamaların yeniden değerlendirilmesini gündeme getirmektedir⁸⁷.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) ve Yardımcı Üreme Teknolojilerini Denetleme Uluslararası Komitesi (ICMART) tarafından 2009 yılında revize edilen Üreme Yardımcı Teknolojiler terimler sözlüğünde, embriyo ve cenin kavramlarına dair açıklamalar bulunmaktadır. Bu sözlüğe göre, embriyo, döllenmeden itibaren embriyonik evrenin sonuna kadar ki bölünme ürününü ifade etmektedir⁸⁸. Cenin ise, döllenmeden sonraki sekiz hafta içinde embriyonik gelişimin tamamlanmasından düşük veya doğuma kadar döllenmenin ürünü olarak kabul edilmektedir⁸⁹. Bu tanımlar üreme sürecinin farklı evrelerini ve gebelik sürecini anlamak için önemli bir çerçeve sunmaktadır.

Ulusal mevzuat düzenlemeleri ve WHO ile ICMART'ın birlikte revize ettiği terimler sözlüğündeki farklı embriyo tanımlarının, uluslararası işbirliğini zorlaştırdığını düşünmekteyiz. Kanaatimizce, embriyonun evrensel ve kabul görmüş bir hukuki tanıma kavuşturulması, araştırma alanındaki belirsizlikleri azaltacak ve uluslararası düzeyde uyum sağlanmasını kolaylaştıracaktır. Ayrıca ortaya çıkabilecek hukuki problemlere çözüm bulunmasına da katkı sağlayacaktır. Embriyonun tanımının daha anlaşılır hale gelmesi için embriyo çeşitlerine de değinmek yararlı olacaktır.

⁸⁴ <<https://www.hfea.gov.uk/about-us/modernising-the-regulation-of-fertility-treatment-and-research-involving-human-embryos/modernising-fertility-law/#footnote-9>> (Son Erişim Tarihi 1.05.2024).

⁸⁵ İnsan Üreme ve Embriyoloji Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasının 3 bendi. Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/>> (Son Erişim Tarihi 1.05.2024); Hakan Hakeri, *Tip Hukuku Cilt I Genel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2021) 164.

⁸⁶ Françoise Baylis and Marcy Darnovsky et al, "Human Germline, Heritable Genome Editing: The Global Policy Landscape" (2020) 3(5) CRISPR Journal 368 <<https://doi.org/10.1089/crispr.2020.0082>> (Son Erişim Tarihi 1.05.2024).

⁸⁷ Kirsty Horsey and Emily Jackson, "The Human Fertilisation and Embryology Act 1990 and non-traditional families" (2023)86(6) The Modern Law Review 1-17 <<https://doi.org/10.1111/1468-2230.12818>> (Son Erişim Tarihi 1.05.2024).

⁸⁸ Detaylı bilgi için bkz. F Zegers-Hochschild and GD Adamson and J de Mouzon et al "International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology" (2009) 24(11) Fertility and Sterility 2685. <<https://doi.org/10.1093/humrep/dep343>> (Son Erişim Tarihi 30.04.2024).

⁸⁹ Hochschild and Adamson and Mouzon vd. (n 79) 2685.

C. Embriyo Çeşitleri

Embriyoloji, insan üreme ve embriyonun gelişimiyle ilgilenen bir bilim dalıdır⁹⁰. Bu disiplin, üreme teknolojilerine ilişkin önemli ilerlemelere katkıda bulunmuştur. Özellikle tüp bebek yöntemi aracılığıyla embriyoların vücut dışında oluşturulabilmelerine imkân sağlamıştır. Yaşanan ilerlemeler, embriyoların çeşitli amaçlar için kullanılmasını mümkün kılmış ve embriyo çeşitlerini gündeme getirmiştir⁹¹.

Embriyo çeşitleri temelde üç ana başlıkta toplanabilmektedir. Birinci kategoride tüpteki embriyolar (In Vitro Embriyo) yer almaktadır⁹². Laboratuvar ortamında döllenmiş ve rahim dışında gelişmekte olan bu embriyolar, tüp bebek tedavisi veya araştırma amacıyla oluşturulmaktadır⁹³. İkinci kategoride de rahimdeki embriyo (In Utero Embriyo) bulunmaktadır. Bunlar, doğal yolla veya tıbbi müdahaleyle döllenmiş ve rahim içinde gelişen embriyolardır. Üçüncü kategoride ise araştırmalarda kullanılan embriyolar yer almaktadır⁹⁵. Araştırmalarda kullanılan embriyolar, genellikle vücut dışında döllendirme işlemi gerçekleştirilmiş ve incelemeler amacıyla kullanılan embriyolardır. Bu embriyolar, özellikle hücre kök araştırmalarda

⁹⁰ ...<<https://www.britannica.com/science/embryology>>(Son Erişim Tarihi 1.05.2024) ; <<https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095749303>> (Son Erişim Tarihi 1.05.2024).

⁹¹ Thomas Douglas and Julian Savulescu, “Destroying unwanted embryos in research. Talking Point on morality and human embryo research” (2009) 10 (4) EMBO Reports 308, <<https://doi:10.1038/embor.2009.54>> (Son Erişim Tarihi 1.05.2024).

⁹² Tacir (n 92)1309.

⁹³ Yardımcı üreme tekniklerinin kullanım alanları, kısırlık tedavisinin ötesinde genetik hastalıklardan kaçınma ve üreme sağlığını koruma gibi çeşitli durumlara da kapsamaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi), cinsiyetle ilgili ciddi kalıtsal hastalıklardan kaçınmak amacıyla embriyo seçimini düzenler. Ayrıca, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik’in Ek 12’sinde, gonad dokusu ve hücrelerinin saklanması olanak tanınırken, Ek 9-11’de fazla embriyoların dondurularak saklanması ve gerektiğinde kullanılmasıyla ilgili hükümler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin kısırlık tedavisi dışındaki kullanım alanları ifade etmektedir.

⁹⁴ Çoban (n 92) 205-210.

⁹⁵ Burada tüp bebek yöntemiyle oluşturulan embriyolardan özellikle sürecin dışında kalan embriyolara ilişkin terminolojik bir değerlendirmeye odaklanacağız. Günümüz teknolojisiyle embriyonun rahim duvarına tutunması garanti edilememektedir. Gebeliğin gerçekleşebilmesinden söz edebilmek için de embriyonun rahim duvarına tutunması gerekmektedir. Bununla birlikte, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri aracılığıyla gebelik olasılığı artırılabilir. Şöyle ki tüp bebek yönteminde, gebelik olasılığını artırmak amacıyla birden çok embriyo oluşturulmaktadır. Böylelikle, oluşturulan embriyolardan en az birinin rahim duvarına başarılı bir şekilde tutunma ve gebelik oluşturma şansı artırılmaktadır. Öte yandan, gebeliğin gerçekleşmesi halinde de süreç dışında birden çok embriyo kalmaktadır. Gebelik sürecinin dışında kalan embriyolar için literatürde “artık embriyo” terimi kullanılmaktadır. Hamide Tacir, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı” (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1309; Aykut Çoban, “Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları” (2009) 86 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 210; Emibe Şen, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Uygulanmasından Doğan Hukuki Sorunlar* (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, 2022) 48. Ancak, bu terimin embriyoların potansiyel değerleri ve gelecekteki konumları göz önüne alındığında olumsuz bir anlam taşıyabileceği kanaatindeyiz.

kullanılmaktadır⁹⁶.

III. EMBRİYONUN HUKUKİ STATÜSÜ

A. Genel Olarak Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı, insan hakları içinde en temel haklardan biri olup, bireyin fiziksel ve biyolojik bütünlüğünün korunmasını kapsamaktadır⁹⁷. Bu hakkın temel amacı, insan yaşamını korumaktır⁹⁸. Yaşama hakkını korumak ve ona saygı göstermek devletlerin temel yükümlülüklerinden bir tanesidir. Bahse konu hak yalnızca fiziksel varlığın korunmasıyla sınırlı değildir; aynı zamanda bireylerin onurlu bir yaşam sürdürmelerini de kapsamaktadır⁹⁹. Bu bağlamda, yaşama hakkının kapsamını geniş bir perspektiften değerlendirmek önemlidir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesi¹⁰⁰, bu hakkın geniş kapsamını açıkça ortaya koymaktadır. Anılan düzenleme, yaşama hakkının yalnızca fiziksel varlığı korumakla kalmayıp, bireylerin maddi ve manevi varlıklarının korunmasını ve geliştirilmesini de kapsadığını vurgulamaktadır. Bu da bireyin onur ve insanlık değerlerinin de korunduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, yaşama hakkı hem bireyin varlığını hem de onurlu bir yaşam sürdürmesini güvence altına almaktadır.

Gelişmiş tüp bebek yöntemi ile elde edilen embriyolar, yaşamın en erken evrelerini ve yeni bir yaşamın başlangıcını temsil etmektedir. Bu nedenle, onlara atfedilen isimlerin terminolojik açıdan bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bahse konu embriyolar, statü verilmesi tartışmalarının merkezinde bulunan insan türüne ait canlılardır. İnsan ya da kendine özgün yapısı olan statü verildiği bir olasılığı düşündüğümüzde onlar için "artık" terimi kullanmamız bir çelişki ortaya çıkacaktır. Bu çelişki, embriyoların sahip olduğu potansiyel değer ve gelecekteki kullanımları göz önüne alındığında, terminolojik açıdan uygun olmayan bir durum yaratmaktadır. Kanaatimizce, daha tarafsız ve uygun alternatif terimlerin kullanılması, embriyoların durumunu daha doğru tarif edebilecek ve etik bir çerçeve sunabilecektir. Alternatif terimler kapsamında "korunmuş embriyolar", "ikincil embriyolar", "süreç dışı embriyolar" ve "potansiyel embriyolar" terimlerinin kullanılmasının daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Bu terimler, embriyoların mevcut ve gelecekteki değerlerini daha iyi yansıtmaya imkânı sunacaktır. Özellikle "potansiyel embriyolar" ve "ikincil embriyolar" terimleri, embriyoların yaşamın başlangıcındaki potansiyelini ve gelecekteki kullanım olanaklarını olumlu bir şekilde ön plana çıkarmaktadır.

⁹⁶ İpek Sevda Söğüt, "Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları" (2018) 134 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 64.

⁹⁷ Sezgin M. Tanrıkulu, "AİHM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı" (2006) 66 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 51.

⁹⁸ Osman Doğru, "Yaşama Hakkı", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5" (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018) 4.

⁹⁹ Cengiz Topel Çiftçioğlu, "Yaşama Hakkı" (2012) 103 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 139; Durmuş Tezcan ve Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı (Seçkin Yayıncılık 2010) 91-92; Tacir (n 92) 1302.

¹⁰⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 17: "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*".



İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Biyotıp Sözleşmesi¹⁰¹ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası hukuk belgeleri, yaşama hakkını güvence altına alan temel metinlerdendir. Örneğin, İHEB'in 3. maddesi, “Herkesin yaşama, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı vardır” ifadesiyle yaşama hakkını vurgularken, AİHS'nin 2. maddesi bu hakkın yasalar çerçevesinde korunmasını öngörmektedir. Anılan hukuk metinleri, insan yaşamının dokunulmazlığını ve korunmasını temel almasına karşın, embriyonun hukuki statüsü ve yaşama hakkının başlangıcı konusunda açık bir çerçeve sunmamaktadır; embriyonun yaşama hakkının kapsamı ve tanımı belirsizliğini korumaktadır. Bu belirsizlik, hukuk sistemlerinde ve yargı kararlarında farklı yorumlara zemin hazırlamakta olup, yargı organlarının, özellikle uluslararası mahkemelerin bu konudaki yaklaşımları önemli bir perspektif sunmaktadır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları, embriyonun hukuki statüsü ve yaşama hakkı konularında önemli katkılar sağlamaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda *Vo v Fransa*¹⁰² davası ele alınacaktır.

¹⁰¹ İnsan Hakları ve Biyotıp olarak da bilinen bu sözleşme, özellikle embriyoların biyotıp alanındaki kullanımına yönelik koruma tedbirlerini içermektedir. Avrupa Konseyi çerçevesinde 1997 yılında imzaya açılmış olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 18. maddesi önemli bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu madde, vücut dışında meydana getirilen embriyolar üzerinde yapılan araştırmalara ilişkin hükümlere yer vermekte ve biyotıp alanında embriyoların kullanımıyla ilgili düzenlemeleri içermektedir. Sözleşmenin 18. maddesinin 1. fıkrasında, hukukun embriyoların tüp ortamında araştırma yapılmasına izin vermesi durumunda, bu araştırmalarda kullanılan embriyolar için uygun koruma sağlanmasının gerekliliği ifade edilmektedir. Bu hüküm, embriyoların bilimsel araştırmalarda kullanılmasına izin verilse dahi, bu süreçte embriyoların korunması için gerekli tedbirlerin alınmasının zorunlu olduğunu vurgulamaktadır. Bu çerçevede, araştırmaların etik ve hukuki standartlara uygun yürütülmesi sağlanarak, embriyoların insan haklarına saygı gösterilmesi amaçlanmaktadır. Maddenin 2. fıkrasında ise yalnızca araştırma amaçlarıyla insan embriyolarının üretilmesinin yasaklandığı belirtilmektedir. Bu düzenleme, embriyoların yalnızca üreme amacıyla oluşturulması gerektiğini ve araştırma amaçları için embriyo üretiminin yasaklandığını ortaya koymaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Hakeri (n 87) 164. Buna göre, embriyoların yalnızca üreme amaçlı olarak oluşturulmuş olmaları durumunda araştırmalarda kullanılmalara izin verilmekte, ancak sadece araştırma amacıyla embriyo üretimi yasaklanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Aykut Çoban, “Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları” (2009) 86 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 206. Böylelikle, embriyolar için sınırlı bir koruma sağlandığı görülmektedir. Bununla birlikte, embriyo çeşitlerinin göz önünde bulundurulması, mevcut düzenlemelerin yetersiz olduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle laboratuvar ortamındaki embriyolar, dondurulmuş embriyolar ve cenin evresinde olmayan ana rahmindeki embriyolar gibi farklı embriyo türleri, bu sınırlı koruma kapsamında yeterince ele alınmamaktadır. Bu durum, embriyonun hukuki statüsüne ilişkin belirsizlikleri artırmakta ve hukukun embriyoların korunması konusundaki yeterliliğini sorgulayan bir tartışma ortamı yaratmaktadır.

Kanaatimizce, Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 18. maddesi, embriyoların kullanımıyla ilgili bazı temel koruma ilkeleri ortaya koymakla birlikte, embriyonun hukuki durumuna ilişkin kapsamlı ve yeterli bir düzenleme sağlamaktan uzaktır. Bu durum, uluslararası hukukun yanı sıra ulusal düzeyde de embriyonun hukuki statüsüne ilişkin daha geniş ve kapsamlı düzenlemelerin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

¹⁰² Detaylı bilgi için bkz. AİHM, Thi-Nho *Vo v Fransa*, 08.07.2004, Başvuru no. 53924/00.

B. *Vo v Fransa* Davası Bağlamında Embriyonun Yaşama Hakkı

Embriyonun yaşama hakkına ilişkin tartışmalar, uluslararası hukukta farklı yaklaşımlarla ele alınan karmaşık bir konudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki düzenlemeler bu farklılıkları açıkça ortaya koymaktadır. AİHS'nin 2. maddesi, bireyin yaşama hakkını güvence altına almaktadır. Ancak bu hakkın ne zaman başladığına dair herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu durum, yaşama hakkının başlangıcı konusunda AİHS'nin kesin bir tutum belirlemediğini göstermektedir. Öte yandan, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesi¹⁰³, yaşama hakkının dölleme anından itibaren başladığını açıkça belirtmektedir¹⁰⁴. Bu düzenleme ise embriyo ve ceninin korunması konusunda daha kesin bir yaklaşım sunmaktadır. Bu maddelerin incelenmesi sonucunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin embriyo ve ceninin yaşam hakkını nasıl tanımlayacağı ve koruyacağı gibi çeşitli sorular ortaya çıkmaktadır. Bu soruları yanıtlamak amacıyla *Vo v Fransa* davasının incelenmesi yarar sağlayacaktır. Zira *Vo v Fransa* davası, AİHM'nin embriyonun yaşama hakkına ilişkin tutumunu yansıtmaktadır.

Vo v Fransa davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) “doğmamış yaşamın”¹⁰⁵ sözleşmenin 2. maddesi kapsamında korunup korunmayacağı hukuki problemini ele almıştır¹⁰⁶. Bu dava konusu ceninin kürtajıyla ilgilidir¹⁰⁷. Olay ilk başta bir kürtaj davası gibi görünse de farklı yönleri de bulunmaktadır. Zira bu davaya konu hukuki olayda hamileliğin sonlandırılması tıbbi bir gereklilikten ötürü veya kadının rızası çerçevesinde değil; üçüncü bir kişinin ihmali nedeniyle gerçekleştirilmiştir¹⁰⁸. *Vo v Fransa* davasındaki en temel konulardan biri de doğmamış yaşamın kadının isteği dışında ya da tıbbi gereklilik olmadan yapıldığı takdirde, AİHS'nin 2. maddesinin ihlali olarak kabul edilip edilmeyeceği konusudur¹⁰⁹. Bu bağlamda, yaşam hakkının ne zaman başladığı sorusu davanın en önemli tartışma noktasını

¹⁰³ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesi “*Her insan, yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hak, yasayla ve genel olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren korunur. Hiç kimse keyfi olarak yaşamından yoksun bırakılamaz...*”.

¹⁰⁴ Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>> (Son Erişim Tarihi 05.05.2024).

¹⁰⁵ Doğmamış yaşam, dölleme anından doğuma kadar embriyo ve fetüsün gelişimini kapsar. Karnein Anja J, *A theory of unborn life: from abortion to genetic manipulation* (OUP USA 2012) 3-13. Biyolojik olarak, dölleme ile başlayan süreçte zigot, hücre bölünmeleri ile embriyo ve ardından fetüs evrelerine geçer. Zigot, döllemiş tek hücreli bir yapıdır; embriyo ise, yaklaşık sekiz hafta boyunca gelişen çok hücreli yapı; fetüs ise sekiz haftadan doğuma kadar gelişen organizmadır. Bu süreç, genetik programlama ve çevresel etkileşimlerle yönlendirilir ve organizmanın organlarının oluşumunu ve gelişimini içerir. Miklavcic John Janez and Paul Flaman “Personhood status of the human zygote, embryo, fetus” (2017) 84(2) *The Linacre quarterly* 130-144 <<https://doi.org/10.1080/00243639.2017.1299896>> (Son Erişim Tarihi 05.05.2024).

¹⁰⁶ Detaylı bilgi için bkz. Thi-Nho *Vo v Fransa*, 08.07.2004, Başvuru No. 53924/00.

¹⁰⁷ *Vo v Fransa* (n 104) Prg. 46.

¹⁰⁸ *Vo v Fransa* (n 104) Prg. 15.

¹⁰⁹ *Vo v Fransa* (n 104) Prg. 74.



oluşturmuş ve davayı karmaşık hale getirmiştir¹¹⁰. Davanın arka planını daha iyi anlamak bakımından olayların kronolojik ve ayrıntılı bir incelemesi gerekmektedir.

1991 yılında Fransa’da gerçekleşen olayda¹¹¹, Thi-Nho Vo adlı kadın, hamileliğinin altıncı ayında rutin bir gebelik kontrolü için Lyons Genel Hastanesine başvurmuştur¹¹². Aynı gün, doğum kontrol bobininin çıkarılması gereken Thi Thanh Van’ın aynı hastahanedeki randevusu bulunmaktaydı¹¹³. Thi Thanh Van’ın bobinini çıkaracak olan doktorun “Bayan Vo” anonsuna cevap veren Thi-Nho Vo olmuştur. Doktor, Van’a yapılması gereken tıbbi müdahaleyi başvuru üzerinde gerçekleştirilmiş¹¹⁴ ve bu müdahale, Vo’nun hamileliğinin sonlandırılmasıyla sonuçlanmıştır¹¹⁵. Nitekim başvuru, doktorun ihmali sonucunda hamileliğinin sonlandırıldığı gerekçesine dayanarak ulusal mahkemelerde dava açmıştır¹¹⁶. Başvuru “*kasıtsız yaralanma ve çocuğunun kasıtsız öldürülmesi*” iddiasıyla doktordan şikayetçi olmuştur¹¹⁷. Ulusal mahkeme ise 20 ila 21 haftalık bir ceninin, ceza kanununun ilgili maddeleri kapsamında bir “insan” veya “başkası” olarak kabul edilmediğini ve dolayısıyla kasıtsız adam öldürme veya hayatına son verme suçu oluşmadığını belirtmiştir¹¹⁸. Bu kararın ardından Yüksek mahkemeye başvuran Vo, doktorun ihmali olduğunu ve kasıtsız cinayet suçlamasıyla yargılanması gerektiğini iddia etmiştir¹¹⁹. Mahkeme ise ceza kanununun katı bir biçimde yorumlanması ilkesi perpektifinden yola çıkarak, ceninin kasıtsız adam öldürme suçunun mağduru olamayacağına karar vermiştir¹²⁰. Vo, bu karara karşı çıkarak, Fransız hukuk sisteminde doğmamış çocuğun kasıtsız olarak yok edilmesinin cezai bir yaptırıma tabi olmasından ötürü Devletin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmek suretiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur¹²¹. Bu şikayetin merkezinde, Fransız ceza hukuku açısından doğmamış bir çocuğun yok edilmesinin kasıtsız adam öldürme suçu olarak kabul edilmemesi, devletin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesi kapsamındaki yükümlülüğünü ihlal ettiği

¹¹⁰ Douwe Korff, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap(Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya) (Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No. 8 2006) 9.

¹¹¹ Vo v Fransa (n 104) Prg. 9.

¹¹² Vo v Fransa (n 104) Prg. 11.

¹¹³ Vo v Fransa (n 104) Prg. 11.

¹¹⁴ Vo v Fransa (n 104) Prg. 11.

¹¹⁵ Vo v Fransa (n 104) Prg. 12.

¹¹⁶ Vo v Fransa (n 104) Prg. 13.

¹¹⁷ Vo v Fransa (n 104) Prg. 13.

¹¹⁸ Vo v Fransa (n 104) Prg. 19.

¹¹⁹ Korff (n108) 9.

¹²⁰ Vo v Fransa (n 104) Prg. 79.

¹²¹ Vo v Fransa (n 104) Prg. 79.

iddiası bulunmaktadır¹²². Somut olayın temel niteliği ise yeni bir sorunu ortaya koymaktadır. Başvurucu, hamileliğinin altınca ayında doktor ihmali sonucunda tedavi edici (terapötik) kürtaj yapmak zorunda kalmıştır¹²³. Bu bağlamda, temel sorun; annenin kürtaj talep etmediği durumlarda bir cenine zarar vermenin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi kapsamında bir ihlal teşkil edip etmediğidir. Bu durum, Mahkemenin, 2. maddenin “herkesin yaşam hakkının” korunması gerektiği ilkesine dayanarak, kişinin kim olduğu ve yaşamın ne zaman başladığı konularında yapacağı müdahalenin ön bir değerlendirmeye tabi tutulmasını zorunlu kılmıştır.

Bu zorunluluk karşısında, AİHM embriyo ve ceninin hukuki statüsü konusunda Avrupa genelinde bir fikir birliği bulunmadığını belirtmiştir¹²⁴. Ayrıca, ceninin yaşama hakkıyla ilgili olarak AİHS'nin 2. maddesi kapsamında bir kişi olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda kesin bir görüş bildirmekten kaçınmıştır¹²⁵. AİHM, embriyo ve ceninin tam anlamıyla bir birey olarak kabul edilmediğini ve bu nedenle doğrudan AİHS'nin 2. maddesi kapsamında korunamayacağını da ifade etmiştir¹²⁶. Bununla birlikte, mahkeme embriyo ve ceninin insan olma potansiyeline sahip olduğunu ve insan onuruna saygı çerçevesinde korunmasının önemini vurgulamıştır¹²⁷. Ayrıca, embriyo ve ceninin insan türüne ait olduğunun devletler arasında ortak bir anlayış olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir¹²⁸. *Vo v Fransa* davası, yaşam hakkının başlangıcının ne zaman kabul edileceği ve doğmamış yaşamın hukuki statüsünün belirlenmesi konusundaki belirsizlikleri ortaya koymuştur. Mahkeme, bu tür davalarda devletlerin kendi iç hukuk kurallarının birincil derecede önem teşkil ettiğini ve bu konuda takdir yetkisine sahip olduklarını ifade etmiştir¹²⁹. Bu çerçevede, sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir¹³⁰. *Vo v Fransa* davasıyla ilgili yapılan inceleme sonucunda, insan yaşamının başlangıcı konusunda net bir hukuksal çerçeve oluşturulmadığı tespit edilmiştir.

¹²² *Vo v Fransa* (n 104) Prg. 42.

¹²³ *Vo v Fransa* (n 104) Prg. 84.

¹²⁴ *Vo v Fransa* (n 104) Prg. 84.

¹²⁵ Mahkemenin bu noktadaki tavrı: “*Yukarıda belirtilenleri göz önünde bulunduran Mahkeme, doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesinin (Fransızca metinde “personne”) amaçları doğrultusunda bir kişi olup olmadığı sorusuna soyut olarak cevap vermenin ne arzu edilir ne de mümkün olduğuna ikna olmuştur*” ifadesinden anlaşılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. *Vo v Fransa* (n 104) Prg. 85; Korff (n 108) 9.

¹²⁶ *Vo v Fransa* davasında mahkeme bu hususu şu ifadeleriyle dile getirmiştir: “...onu 2. maddenin amaçları doğrultusunda ‘yaşam hakkı’ olan bir ‘kişi’ haline getirmeksizin, insan onuru adına korumayı gerektirmektedir...” Detaylı bilgi için bkz. *Vo v Fransa* (n 104) Prg. 84.

¹²⁷ *Vo v Fransa* (n 104) Prg. 84.

¹²⁸ *Vo v Fransa* (n 104) Prg. 84.

¹²⁹ *Vo v Fransa* (n 104) Prg.82.

¹³⁰ *ibid.*



Önemle belirtmek gerekir ki *Vo v Fransa* davasında alınan karar, oybirliğiyle değil, üçe karşı on dört oyla çoğunluk ile alınmıştır¹³¹. Bu durum, karara muhalif olan yargıçların bulunduğunu göstermektedir¹³². Muhalif yargıçlar, embriyo ve ceninin AİHS'nin 2. maddesi kapsamında korunmasıyla ilgili değerlendirmelerde bulunmuştur¹³³. Kanaatimizce, bu muhalif görüşlerin embriyo ve ceninin hukuki statüsü açısından dikkate alınması gerekmektedir¹³⁴. Bu bağlamda, çalışmamızın devamında, muhalif görüşte bulunan yargıçlardan özellikle Ress'in görüşleri hukuki problem bakımından incelendiğinde: Ress'in görüşü, doğmamış yaşamın 2. madde kapsamındaki değerlendirmesine dair önemli noktaları içermektedir¹³⁵. Yargıç Ress, doğmamış çocuğa ilişkin 2. madde kapsamında net bir kişilik tanımının yapılmasının zorluğuna değinmiştir¹³⁶. Ayrıca, embriyo ile doğmuş çocuk arasında koruma düzeyinde farklılıklar bulunduğunu kabul etmekle birlikte, doğmamış çocuğun sözleşmenin 2. maddesi kapsamında tam olarak bir kişi olup olmadığına dair kesin bir yanıt vermenin de güç olduğunu ifade etmiştir¹³⁷. Ress, yaşama hakkının değerlendirilmesinde Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin hükümlerinin, sözleşmenin amaçları ve şartları doğrultusunda yorumlanması gerektiğine de dikkat çekmiştir¹³⁸. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesine göre, "*Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır*". Bu hüküm çerçevesinde, Ress, "herkes" kavramının tarihsel olarak doğum öncesindeki insanı da kapsayacak şekilde genişletilmesi ve "yaşam" kavramının gebe kalmayla başlayan ve ölümle sona eren tüm insan yaşamını kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir¹³⁹. Doğumun Fransız ceza hukukunda benimsenen dar yorumunun aksine, yaşamın sadece bir aşaması olduğunu ve bu çerçevede doğmamış yaşamın da sözleşme kapsamında korunması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁰. Ress, doğmamış yaşamın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında korunabileceğini ve bu yaşamın haklarının dengelenmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁴¹. Ayrıca, Sözleşmenin

¹³¹ Detaylı bilgi için bkz. *Vo v Fransa* (n 104) Yargıç Ress'in Muhalif Görüşü; *Vo v Fransa*, Yargıç Mularoni'nin Muhalif Görüşü.

¹³² *Vo v Fransa* (n 104) Yargıç Ress'in Muhalif Görüşü; *Vo v Fransa*, Yargıç Mularoni'nin Muhalif Görüşü.

¹³³ *ibid.*

¹³⁴ Bay Ress, Bayan Mularoni ve Bayan Strážnická bu karara muhalif görüşte olan yargıçlardandır. Yargıçların görüş ve değerlendirmeleri için bkz. AİHM, *Thi-Nho Vo v Fransa* 08.07.2004, Başvuru no. 53924/00.

¹³⁵ Detaylı bilgi için bkz. *Vo v Fransa*, Yargıç Ress'in Muhalif Görüşü.

¹³⁶ *Vo v Fransa*, Yargıç Ress'in Muhalif Görüşü, Prg. 4.

¹³⁷ *ibid.*

¹³⁸ *ibid.*

¹³⁹ *ibid.*

¹⁴⁰ *ibid.*

¹⁴¹ *ibid.*

2. maddesinin uygulanabilirliği konusunda devletlerin takdir yetkisine sahip olmalarını gerektiğini ve insan hayatının doğum öncesinde de korunması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴². Bu bağlamda, devletlerin doğmamış çocuğun haklarını korumak amacıyla koruma önlemleri belirlemesi ve bu yükümlülükleri yerine getirmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁴³. Bu koruma önlemlerinin, katı disiplin tedbirleri veya ceza hukuku çerçevesinde sağlanabileceğini belirtmiştir¹⁴⁴.

C. Amerikan Perspektifinden Embriyonun Hukuki Durumu

Amerika Birleşik Devletleri'nde doğmamış yaşamın hukuki durumu karmaşık federal yasalarla düzenlenmektedir. Embriyonun hukuki statüsü, bu düzenlemeler ve yargı kararları tarafından şekillendirilmektedir. Bu bağlamda, embriyonun “çocuk” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusundaki tartışmalar önemli bir yer tutmaktadır. Bu tartışmaları örnekleyen önemli davalardan biri *Davis v Davis* davasıdır¹⁴⁵. Çift, Almanya'da tanışmış ve 1980 yılında evlenmiştir¹⁴⁶. Evlendikten altı ay sonra, Mary Sue dış gebelik geçirmiş ve sol fallop tüpünü kapattırmak zorunda kalmıştır¹⁴⁷. Bunun üzerine çift, tüp bebek tedavisi almaya karar vermiştir¹⁴⁸. Bu süreçte dokuz embriyo oluşturulmuş; ancak tedaviler birçok başarısız denemeye sonuçlanmıştır¹⁴⁹. Oluşturulan embriyolardan yedisi, daha sonra Mary Sue'nun rahmine nakledilmek üzere dondurulmuştur. Ebeveyn olma çabalarının başarısızlıkla sonuçlanmasının ardından çift boşanmaya karar vermiştir¹⁵⁰.

Davis v Davis davası, Junior Lewis Davis'in o zamanki eşi Mary Sue Davis'e karşı açtığı boşanma davası ile başlamıştır¹⁵¹. Boşanma sürecinde, Mary Sue Davis, dondurulmuş embriyoların kendi rahmine yerleştirilmesi için embriyoların kontrolünü mahkemeden talep etmiştir¹⁵². Junior Davis ise ebeveynlik sorumlulukları hakkında karar verinceye kadar embriyoların dondurulmasını istemiştir¹⁵³. Mahkeme, bu talepleri değerlendirirken Fransız genetikçi Jerome Lejeune'un görüşlerini dikkate almıştır. Lejeune'ye göre, insan yaşamının dölleme anında başlamakta ve

¹⁴² ibid.

¹⁴³ ibid.

¹⁴⁴ ibid.

¹⁴⁵ *Davis v Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992).

¹⁴⁶ Mark Zhang and Chapman Jennifer E, “*Davis v Davis* (1992)” Embryo Project Encyclopedia (2013) <<https://hdl.handle.net/10776/6320>> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁴⁷ ibid.

¹⁴⁸ ibid.

¹⁴⁹ ibid.

¹⁵⁰ <https://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁵¹ <<https://hdl.handle.net/10776/6320>> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁵² <https://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁵³ <<https://embryo.asu.edu/pages/davis-v-davis-1992>> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).



embriyoların bu nedenle insan olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹⁵⁴. Mary Sue'ya embriyoların kendi rahmine yerleştirilmesi amacıyla kullanılmak üzere dondurulmuş embriyoların velayetini vermiştir¹⁵⁵. Mahkeme, bu görüşü benimseyerek dondurulmuş embriyoları “çocukların yüksek yararı” çerçevesinde değerlendirmiştir¹⁵⁶. Mahkeme, embriyoların (çocukların) davacıya verilmesinin onları cezalandırmak anlamına geleceğini belirterek velayeti Junior Davis'e vermemiştir¹⁵⁷. Bir başka ifadeyle, mahkeme embriyoların (çocukların) menfaatini göz önünde bulundurarak, onları cezalandırmaya çalışmak anlamına gelmemesi gerektiğini belirterek velayeti Mary Sue'ya vermiştir¹⁵⁸.

Junior Davis, alt mahkemede verilen kararın, onun isteği dışında ebeveyn olma yükümlülüğünü dayattığı gerekçesiyle davayı Tennessee Temyiz Mahkemesi'ne taşımıştır¹⁵⁹. Temyiz Mahkemesi, alt mahkemenin kararını bozarak, Junior Davis'in ebeveyn olmama hakkının anayasal bir temele dayandığını kabul etmiştir¹⁶⁰. Temyiz Mahkemesi, dondurulmuş embriyoların ortak velayetini Mary Sue ve Junior Davis arasında paylaşılacak şekilde düzenlemiştir¹⁶¹. Ancak Mary Sue, Temyiz Mahkemesi'nin ortak velayet kararına itiraz ederek Tennessee Yüksek Mahkemesi'ne baş-

¹⁵⁴ Alabama Yüksek Mahkemesi'nin 16 Şubat 2024 tarihli kararı, in vitro fertilizasyon (IVF) yoluyla oluşturulan embriyoların hukuki statüsüne dair önemli bir yer edinmiştir. Mahkeme, bu embriyoların çocuk olarak kabul edilmesi gerektiğine ve dolayısıyla hukuki korunmaya layık olduklarına hükmetmiştir. Bu karar, embriyoların doğmamış yaşamın bir parçası olarak değerlendirilmesi ve belirli haklara sahip olmalarının gerekliliğini vurgulamaktadır. Mahkeme, embriyoların “çocukların yüksek yararı” çerçevesinde ele alınması gerektiğini belirterek, onların menfaatlerinin gözetilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bu karar, embriyoların doğum öncesi yaşamın bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bu nedenle belirli hukuki haklara sahip olmaları gerektiğini savunan bir anlayışı yansıtmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. <<https://publichealth.jhu.edu/2024/the-alabama-supreme-courts-ruling-on-frozen-embryos>> (Son Erişim Tarihi 16.05.2024). Öte yandan, bu konuda aksi yönde bir görüş, 1973 tarihli *Roe v Wade* davasında ortaya konmuştur. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, bu davada, ceninin yasal olarak bağımsız haklara sahip olduğunu kesin olarak reddetmiştir. Mahkeme, bu reddin temelinde, yaşamın başlangıcı konusunda genel hukuk ilkeleri ve bilimsel anlayış arasında bir fikir birliğinin bulunmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, “doğmamış kişilerin yasada tam anlamıyla kişi olarak kabul edilmediği” sonucuna varmıştır. Bu yaklaşım, doğmamış yaşamın hukuki statüsüne dair mevcut belirsizlikleri ve tartışmaları yansıtmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. *Roe v Wade*, 410 US 113 (1973) <<https://www.britannica.com/event/Roe-v-Wade>> (Son Erişim Tarihi 16.05.2024); The Editors of Encyclopaedia Britannica, “in vitro fertilization” *Encyclopedia Britannica* (2024) <<https://www.britannica.com/science/in-vitro-fertilization>> (Son Erişim Tarihi 20.03.2024).

¹⁵⁵ <<https://hdl.handle.net/10776/6320>> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁵⁶ <<https://embryo.asu.edu/pages/davis-v-davis-1992>> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁵⁷ <https://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁵⁸ <<https://embryo.asu.edu/pages/davis-v-davis-1992>> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁵⁹ <<https://law.justia.com/cases/tennessee/supreme-court/1992/842-s-w-2d-588-2.html>> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁶⁰ <https://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁶¹ <<https://law.justia.com/cases/tennessee/supreme-court/1992/842-s-w-2d-588-2.html>> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

vurmuştur¹⁶². Bu başvuruyu, Temyiz Mahkemesi'nin kararının anayasal geçerliliği bulunmadığı iddiasıyla gerekçelendirmiştir¹⁶³. Başvurunun ardından, tarafların her ikisi de yeni evlilikler yapmış ve önceki durumları ortadan kalkmıştır¹⁶⁴. Mary Sue, embriyoların bağışlanmasını, Junior Davis ise imha edilmesini talep etmiştir. ¹⁶⁵.

Tennessee Yüksek Mahkemesi, dondurulmuş embriyoların hukuki statüsünü değerlendirirken, onları nasıl nitelendireceklerine de odaklanmıştır¹⁶⁶. Mahkeme, geçerli eyalet ve federal yasaların cenini doğmuş bireylerle aynı derecede korumadığını vurgulamıştır¹⁶⁷. Özellikle, dört ila sekiz hücreli embriyoların eyalet yasaları çerçevesinde kişi olarak kabul edilmediği belirtilmiştir¹⁶⁸. Ancak mahkeme, dondurulmuş embriyoların insan yaşamı potansiyeline sahip olduklarından ötürü özel bir saygıyı hak ettiğini de ifade etmiştir¹⁶⁹. Bu bağlamda, mahkeme; doğmamış çocuklarla doğmuş bireylerin yasal haklarının aynı olamayacağını, fakat yaşam potansiyeli nedeniyle embriyoların insan dokularından daha fazla saygı görmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁷⁰. Mary Sue ve Junior'ın, embriyoların genetik materyal sağlayıcıları olarak bu konuda karar verme yetkisine sahip olduklarına hükmetmiştir¹⁷¹. Mahkeme, Junior Davis'in istenmeyen ebeveynlik yükünün Mary Sue'nun embriyoları başka bir çifte bağışlama yükünden daha ağır olduğunu değerlendirmiştir¹⁷². Junior'ın, biyolojik çocuğunun başka bir çifte doğması durumunda, hem üreme özerkliğini hem de çocuğunu yetiştirme yeteneğini kaybetme riskiyle karşılaşabileceğini belirtmiştir¹⁷³. Mahkeme, mevcut embriyolar yok edilse bile Mary Sue'nun gelecekte tüp bebek yöntemiyle genetik ebeveyn olma olasılığı nedeniyle üreme hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁷⁴.

Nitekim, *Davis v Davis* davası, embriyoların hukuki statüsü ve kişi kavramının kapsamı konusundaki tartışmalara önemli katkılar sağlamıştır. Alt mahkeme, embriyoları çocuk olarak kabul ederek, bu embriyoların velayet hakkına sahip ol-

¹⁶² <https://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁶³ ibid.

¹⁶⁴ <<https://law.justia.com/cases/tennessee/supreme-court/1992/842-s-w-2d-588-2.html>, (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁶⁵ ibid.

¹⁶⁶ Robinson Robbie, "The Legal Nature of the Cryo-preserved Embryo: Legal Subject or Legal Object?" (2018) 21 PER / PELJ < <https://www.saflii.org/za/journals/PER/2018/45.html>> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁶⁷ <https://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁶⁸ <<https://embryo.asu.edu/pages/davis-v-davis-1992>> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁶⁹ <https://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm> (Son Erişim Tarihi 20.05.2024).

¹⁷⁰ ibid.

¹⁷¹ ibid.

¹⁷² ibid.

¹⁷³ ibid.

¹⁷⁴ ibid.



malarını sağlamış ve bu karar, literatürde ilk kez embriyoların “çocuk” olarak değerlendirilmesi anlamında dikkat çekmiştir. Ancak, Tennessee Yüksek Mahkemesi, embriyoları doğmuş bireylerle aynı derecede hukuki koruma kapsamına almamış; bununla birlikte, embriyoların insan yaşamı potansiyeline sahip olmaları nedeniyle özel bir saygıyı hak ettiklerini ifade etmiştir. Bu değerlendirme, embriyoların kişi olarak değil, ayrı bir hukuki statü altında ele alınması gerektiğini ortaya koymuştur.

D. Türk Hukukunda Embriyonun Hukuki Durumu

1. Genel Olarak

Louise Brown'un¹⁷⁵ doğumundan bu yana, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerindeki ilerlemeler, insanın üreme sürecine müdahale etme kapasitesini köklü bir şekilde değiştirmiştir¹⁷⁶. Laboratuvar ortamında embriyonun döllenişi, genetik hastalıklar açısından embriyonun yerleşme öncesi genetik teşhis¹⁷⁷ ile test edilmesi ve seçici yerleşme¹⁷⁸ yapılabilmesi gibi yenilikler, hukukun yaşamın oluşumu ve korunması ile ilgili standartlarını yeniden değerlendirmesini gerektirmiştir. Embriyonik kök hücrelerin elde edilmesi ve kullanılması sürecinde embriyoların imha edilmesi gerekliliği ise embriyoların hukuki statüsü ve haklarını gündeme getirmiştir¹⁷⁹. Bu gelişmeler, embriyonun hukuki tanımı ve korunma düzeyi konusunda yeni düzenlemeler ve yargı kararlarını zorunlu kılmıştır.

Embriyonun hukuki statüsü, kişi kavramının kapsamı ile ilgili tartışmalı konular arasında önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle embriyonun korunması, hukuki statüsü ve insan yaşamının başlangıcı gibi meseleler, ulusal ve uluslararası düzeyde kapsamlı tartışmalara konu olmuştur.

¹⁷⁵ Louise Brown Tüp bebek yöntemiyle dünyaya gelen ilk çocuktur. Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.louisejoybrown.co.uk/>> (Son Erişim Tarihi 22.05.2024).

¹⁷⁶ Ashley M Eskew and Emily S Jungheim, “A History of Developments to Improve in vitro Fertilization” (2017) 114(3) Missouri Medicine 156.

¹⁷⁷ Preimplantasyon Genetik Tanı (PGT), in vitro fertilizasyon (IVF) süreci esnasında kullanılan bir tekniktir. Bu yöntem, embriyoların genetik olarak taranması işlemini içerir, böylece genetik hastalıklar veya düzensizlikler tespit edilerek sağlıklı gebelik şansı artırılır ve genetik hastalıkların aktarılmasının önüne geçilir. Detaylı bilgi için bkz. Turgut Aydın ve Burak Yücel, “Tek Gen Hastalıkları Nedeniyle Preimplantasyon Genetik Tanı Uygulanan Hastalarımızın Retrospektif Analizi: Üç Yıllık Deneyimiz” (2017) 7(4) Bozok Tıp Dergisi 42; Ekici (n17) 49.

¹⁷⁸ Tüp bebek tedavisinde embriyo seçimi, döllenmiş yumurtaların yani embriyoların kalitesini analiz eden bir süreçtir. Bu süreç, tedavi edilen hasta grubundaki en uygun embriyoları belirlemeyi ve onları gelecekteki transfer işlemleri veya kriyoprezervasyon için seçmeyi hedeflemektedir. Kalite değerlendirmesi, embriyoların genetik sağlığını, gelişim aşamasını ve diğer kritik özelliklerini içeren bir dizi kriteri kapsamaktadır. Bu seçim süreci, tedavi başarısını artırmak ve en iyi sonuçları elde etmek için büyük önem taşımaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Kragh, Mikkel Fly, and Henrik Karstoft, “Embryo selection with artificial intelligence: how to evaluate and compare methods?.”(2021) 38(7) Journal of assisted reproduction and genetics 1675-1689 <[hptt://doi:10.1007/s10815-021-02254-6](http://doi:10.1007/s10815-021-02254-6)>.

¹⁷⁹ Söğüt (n) 60.

Türk hukukunda embriyonun korunmasına dair açık ve kapsamlı bir düzenleme olmamakla birlikte, TMK'nın 28. maddesi gibi bazı yasal düzenlemeler embriyonun hukuki statüsüne dair dolaylı sonuçlar sunmaktadır. Bu bağlamda, TMK çerçevesinde embriyonun hukuki durumunu inceleyeceğiz.

2. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Embriyonun Durumu

Hukukta kişi kavramı, haklara ve borçlara sahip olabilen varlık anlamını taşımaktadır¹⁸⁰. Başka bir ifadeyle, hukuk alanında kişi, hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen varlık olarak tanımlanır, yani hakkın süjesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, kişi kavramı aynı zamanda hak ehliyetini (medeni haklardan yararlanma ehliyetini) de içermektedir¹⁸¹. Hak ehliyeti, TMK'nın 8. maddesinde düzenlenmiştir ve şu şekilde ifade edilmiştir: “*Her insanın hak ehliyeti vardır. Bütün insanlar haklara ve borçlara ehil olmada eşittir...*”. Bu düzenleme, herkesin hukuksal kişiliğe sahip olduğunu ve her bireyin hakların öznesi olduğunu ifade etmektedir. Hak ehliyeti, bireylerin hukuki ilişkilerden doğan hak ve yükümlülüklerin öznesi olabilme yeteneğidir. Dolayısıyla, hak ehliyeti ve hukuksal kişilik, bireylerin hem haklara sahip olma yeteneğini hem de borçları üstlenme kapasitesini ifade etmektedir. Önemle vurgulamak gerekir ki kişi kavramı doğal bir olgu değildir¹⁸²; zira bir varlığın kişi olarak kabul edilip edilmeyeceğine hukuk düzeni karar vermektedir. Hukuken kişiliğin ne zaman başlayacağı ise TMK'nın 28. maddesinde düzenlenmiştir.

TMK'nın 28. maddesine göre kişilik, “*çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar...*”. Bu çerçevede, Türk Hukuku açısından kişiliğin başlaması için tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁸³. Benzer bir düzenleme, Alman Medeni Kanunu'nun¹⁸⁴ § 1'inde de yer almaktadır¹⁸⁵: “*İnsanın hak ehliyeti doğumun tamamlanmasıyla başlar*”¹⁸⁶. Bu düzenleme, hukuken kişiliğin doğumla başladığını vurgulamaktadır. Bununla birlikte, TMK'nın 28. maddesinin 2. fıkrasında, hak ehliyetinin sağ doğmak şartıyla ana rahmine düşme anından itibaren

¹⁸⁰ Çağlar Özel, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler” (2002) 51(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 44 <https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000571> (Son Erişim Tarihi 22.05.2024); Mehmet Akçal, *Medeni Hukuk* (Yetkin Yayınları, 2022) 46; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku* (Onikilevha Yayınları 2017) 422.

¹⁸¹ Jale Akipek ve Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* (Beta Basım Yayınevi 2018) 229; Serozan (n 172) 422.

¹⁸² Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz Kitapevi 2022) 5.

¹⁸³ Ünver Aydın T, *Ceninin Hukuki Durumu* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 18; Dural ve Ögüz (n 174) 21; Kanadoğlu Korkut ve Kutluhan Bozkurt, *Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı* (Oniki Levha Yayınları 2021) 223.

¹⁸⁴ Bundan sonra BGB olarak bahsedilecektir.

¹⁸⁵ <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG000302377>> (Son Erişim Tarihi 21.05.2024).

¹⁸⁶ Dural ve Ögüz (n174) 17; Detaylı Bilgi için bkz. <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG000302377>> (Son Erişim Tarihi 21.05.2024).



başladığı belirtilmiştir. Bu hüküm, bireyin hukuki varlığının ve haklarının başlangıcını tanımlar. Ana rahmine düşme anı ile ilgili hâkim görüş, gebeliğin başladığı anın kabul edilmesi yönündedir¹⁸⁷. Baskın görüşün benimsendiğini varsayarsak, ana karnındaki embriyonun döllenme anından itibaren hukuk sistemi tarafından korunmaya başlandığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Baskın görüş içerisinde ayrıca embriyonun ana rahmine düşme anı ve dolayısıyla hak ehliyetinin başlangıcı konusunda öğretide farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Özellikle, TMK'nın belirli maddelerinin uygulanabilirliği konusunda farklı yorumlar bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasının lafzi yorumuna dayanılarak, "ana rahmine düşme anı" ifadesi cenin evresinin başlangıcı olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁸. Bu görüş doğrultusunda, henüz ana rahmine düşmemiş olanların, TMK'nın 583, 513 ve 348 münferit düzenlemelerinden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. TMK'nın 583. maddesi, mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kişiye artmirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak tereke veya tereke malı bırakılabileceğini düzenlemektedir. TMK madde 583'de yer alan "henüz var olmayan bir kimse" ifadesi, genellikle doğacak çocukları kapsamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre 28. maddenin ikinci fıkrasının lafzi yorumuna göre "ana rahmine düşme anı" ifadesinin cenin evresinin başlangıcı olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda henüz ana rahmine düşmemiş veya cenin evresine olmayalar, 583. madde kapsamında artmirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak kabul edilmeyecek ve dolayısıyla bu düzenlemeden yararlanamayacaklardır. Nitekim, embriyo TMK'nın 583. madde hükmü kapsamında değildir. Anılan görüşten yola çıktığımızda, TMK'nın 513. maddesi açısından da benzer bir sonuç doğmaktadır. TMK m. 513/I'e göre, bir mirasçının borçlarını ödeyememesi nedeniyle mirastan çıkarılması durumunda, miras bırakan, mirastan çıkarılan mirasçının saklı payının yarısını, doğmuş veya doğacak çocuklarına ayırmak zorundadır. Bu hükümde yer alan "doğmuş ve doğacak çocuklar" ifadesini cenin evresi olarak kabul ettiğimiz takdirde, embriyolar bu madde hükmü kapsamı dışında kalacaktır.

Benzer bir sonuç Türk Medeni Kanunu'nun 348. maddesinin ikinci fıkrasının son bendi açısından da doğmaktadır. Anılan görüşe göre, TMK'nın 348. madde hükmünde yer "mevcut ve doğacak çocuklar" ifadesi sadece ana rahmine düşmüş ve cenin evresine gelmiş olanları kapsamaktadır. Dolayısıyla, ana rahmine düşmemiş embriyolar bu düzenlemenin kapsamı dışında kalacak ve dolayısıyla velâyetin kaldırılması kararlarından etkilenmeyeceklerdir.

Başka bir görüş ise TMK'nın 583, 513 ve 348. maddelerinin henüz ana rahmine düşmemiş olanları da kapsayıcı nitelikte olduğunu öne sürmektedir¹⁸⁹. Bu görüşe

¹⁸⁷ Hakeri (n 87) 163.

¹⁸⁸ Aykut Çoban, "Türkiye'de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü" (A.Ü. Biyoteknoloji Enstitüsü Yayını, 2007) 100.

¹⁸⁹ Dural ve Ögüz (n174) 22; Akipek ve Akıntürk ve Ateş (n) 246; Akçaal (n172) 48.

göre, kanun koyucu embriyoları da koruma kapsamına almaktadır. Eğer bu görüş benimsenecek olursa, TMK'nın 583 . maddesi embriyolar bakımından da uygulanacaktır. Bu takdirde ana rahmine düşmemiş çocuklar artmirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak atanabilir. Bu görüş doğrultusunda TMK'nın 513. maddesi de embriyolar bakımından uygulanacaktır. Bu durumda, bir mirasçının borçlarını ödeyememesi nedeniyle mirastan çıkarılması halinde, miras bırakan, mirastan çıkarılan mirasçının saklı payının yarısını doğmuş veya doğacak çocuklara ayırmak zorunda olacaktır. Doğmamış çocuklar kapsamına embriyoların da dahil edilmesi gerektiği varsayıldığında, miras bırakan, mirastan çıkarılan mirasçının saklı payının yarısını embriyoya ayırmak zorunda kalacaktır. Benzer şekilde, TMK'nın 348. maddesi uyarınca velâyetin kaldırılması durumunda, bu kararın gelecekte doğacak çocukları da içerecek şekilde uygulanması öngörülmektedir; bu da embriyoların da korunması anlamına gelecektir.

Öğretideki diğer bir görüşe göre, TMK'nın 28. maddesi kapsamında tüpteki embriyolar ana rahmindeki ceninler kadar korunmamaktadır¹⁹⁰. Bu görüşe göre, tüpteki embriyolar ana rahmindeki ceninlerin sahip olduğu koruma düzeyine ulaşmamaktadır¹⁹¹; bu nedenle tüpteki embriyoların, gelecekte doğabilecek çocuklara ilişkin kurullarla korunan parasal çıkarlarla hak ehliyeti arasında fark bulunmakta¹⁹² ve bu durum koşullu kazandırma kavramıyla bağlantılı olarak ayrı bir konuyu teşkil etmektedir¹⁹³. Anılan görüşün temelinde ise kişilik kavramının, somut ve biyolojik bir varlık olan, eti, kanı ve kemiği bulunan canlı bir “homo sapiens” ile sınırlandırılması düşüncesi yer almaktadır¹⁹⁴.

Bir başka görüşe göre ise ceninin yaşama hakkının başladığı an, TMK'nın 28. maddesine göre, ancak tam ve sağ doğduğu durumda ana rahmine düştüğü andır¹⁹⁵. Bu durumda, cenin tam ve sağ olarak doğmadığı sürece, hak ehliyetine sahip olamaz. Bu görüşe göre, tüpte döllen embriyolar kişilik kazanmamakla birlikte, yaşama hakkı döllenme anıyla başlamalıdır.

Nitekim, tüp bebek yönteminin yaygınlaşmasıyla, TMK'nın 28. maddesindeki “ana rahmine düşmek” ifadesi, embriyonun hak ehliyeti konusunu daha karmaşık hale getirmiştir. Döllenmenin laboratuvar ortamında mı yoksa rahimde mi gerçekleşeceği sorusu, embriyonun hukuki statüsünü belirlemede önem taşımaktadır. Ayrıca, somatik hücre nükleer transferi gibi yeni üreme tekniklerinin gelişmesi, yasal düzenlemelerin bu bağlamda yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

¹⁹⁰ Serozan (n) 424.

¹⁹¹ İbid.

¹⁹² İbid.

¹⁹³ İbid.

¹⁹⁴ Rona Serozan, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler” (1997) 11(14) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 108.

¹⁹⁵ Eda Gülsüm Karasaç, “Cenin Yaşama Hakkı” (2022) 71 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1052.



3. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Embriyonun Durumu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda embriyonun korunmasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakta olup, bu durum yasal belirsizlikler ve uygulama sorunlarına yol açmaktadır. Embriyonun hukuki statüsü ve korunma gereklilikleri konusunda net bir çerçevenin olmaması, hem hukuki hem de etik açıdan çeşitli tartışmalara neden olmaktadır.

Özellikle, embriyonun “insan öldürme suçunun mağduru” olma bağlamında insan sıfatını ne zaman kazanacağı sorusu, bu tartışmaların merkezindedir. Bu konu, embriyonun hukuki statüsünün belirlenmesi açısından kritik bir öneme sahiptir. Embriyo, insan öldürme suçunun mağduru olarak kabul edilirse, kişi statüsüne sahip olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Aksi takdirde, embriyonun kişi statüsüne sahip olmadığı söylenebilecektir. Her iki durumda da embriyonun hukuki statüsü hakkında somut bir sonuca ulaşılamamaktadır. Bu bağlamda, öğretilerde farklı görüşler öne sürülmektedir ve bu görüşler, embriyonun statüsünün belirlenmesi açısından önemli katkılar sağlamaktadır¹⁹⁶.

Öğretilerdeki bir görüşe göre, doğumun başladığı andan itibaren embriyo, insan öldürme suçunun mağduru olabilecektir¹⁹⁷. Bu perspektife göre, bir kimsenin insan öldürme suçunun mağduru olabilmesi için en azından ana rahminden ayrılmaya başlamış olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, doğum süreci başladığı anda insan sıfatını kazanmakta ve bu nedenle korunması gereken bir varlık haline gelmektedir. Bu görüş çerçevesinde embriyonun insan öldürme suçunun mağduru olamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, embriyo doğmamış yaşamı ifade etmektedir.

Diğer bir görüşe göre, embriyonun insan öldürme suçunun mağduru olabilmesi için, ana rahminden tamamen ayrılmış ve bağımsız bir varlık haline gelmiş olması gerekmektedir¹⁹⁸. Bu yaklaşıma göre, embriyonun insan sıfatını kazanabilmesi için doğumun başlamış veya doğum sürecinin tamamlanmış olması şarttır. Bu görüş doğrultusunda yapılan değerlendirmelere göre, embriyo yalnızca ilk sekiz haftalık dönemi temsil etmekte olup, bu bağlamda insan öldürme suçunun mağduru olarak kabul edilmez¹⁹⁹. Benzer bir görüşe göre, embriyo üzerinde gerçekleştirilen bilimsel deneyler “insan üzerinde deney suçu” kapsamına girmemektedir. Bu görüş, embriyonun mağdur olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır; zira deney suçlarının mağduru olarak yalnızca tam ve sağ doğumu gerçekleştirmiş bireyler kabul edilmek-

¹⁹⁶ Tacir (n 92)1305.

¹⁹⁷ Ayhan Önder, Şahıslara ve mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (Filiz Kitapevi1994) 5-6.

¹⁹⁸ Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Dünya Yayıncılık 1994) 7; Nur Centel ve Hamide Zafer ve Özlem Çakmut Yenerer, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I* (Beta Yayınevi 2011) 27 vd.

¹⁹⁹ Sinan Bayındır, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)” (2018) 24(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 91.

tedir²⁰⁰. Bu bağlamda, embriyo veya cenin üzerinde yapılan deneylerde, kişi statüsü bulunmadığı için mağdur olarak değerlendirilmemektedir²⁰¹. Öğretideki bir başka görüş, tüpteki embriyonun rahme yerleştirilmesinden sonra suçun mağduru olabileceğini öne sürmektedir²⁰². Ayrıca, TCK'nın 99. ve 100. maddelerinin embriyo ve cenin için uygulanabilir olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır²⁰³. TCK'nın 99. maddesine göre, bir gebe kadının çocuğunu düşürtmesine neden olma fiili suç sayılmaktadır. Ancak, çocuğun ilk on haftalık sürecinde kadının rızasıyla gebeliğin sonlandırılması durumunda bu eylem suç olarak değerlendirilmemektedir. Bu düzenleme, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesine dayanmaktadır ve hukuk açısından yaşamın onuncu haftadan itibaren başladığını belirtmektedir²⁰⁴. Nitekim, bu madde hükmü, kadının beden ve üreme hakları ile embriyonun menfaatleri arasında potansiyel bir çatışma alanının varlığına işaret etmektedir ve embriyonun doğası gereği bu hüküm çerçevesinde korunamayacaktır²⁰⁵.

Nitekim, doğmamış çocuğun ceza hukuku çerçevesinde korunması meselesi sınırlı bir koruma sağlamaktadır. Laboratuvar ortamındaki embriyolar, dondurulmuş embriyolar ve cenin evresinde olmayan ana rahmindeki embriyolar bu sınırlı korumanın dışında kalmaktadır. Bu çerçevede, Türk Ceza Hukuku anlamında embriyonun hukuki durumu belirsizliğini korumaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda embriyonun hukuki statüsüyle ilgili belirsizlikler, uygulamada bazı sorunlara yol açabilmektedir. Bu belirsizlikleri ortadan kaldırmak ve daha açık bir hukuki çerçeve oluşturmak için embriyonun hukuki kişilik ve korunma gereklilikleri konusunda kapsamlı bir düzenleme yapılması önemlidir.²⁰⁶

²⁰⁰ Oğuz Bandır ve Can Eralp Elibol, "İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90/1)" (2021) 25(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 720 <http://10.34246/ahbvuhfd.1018880> (Son Erişim Tarihi 21.05.2024).

²⁰¹ Gülşah Güven, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. Maddesi İle Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza" (2016) 90(4) İstanbul Barosu Dergisi 224.

²⁰² Ezgi Cankurt, "Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası"(Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2018) 349.

²⁰³ Tacir (n 92) 1305; Ayşe D. Keskin, "Embriyonun Evlat Edinilmesi" (Selçuk Hukuk Kongresi 2020) 4.

²⁰⁴ Keskin (n 193) 4.

²⁰⁵ Bu noktada Yargıtay'ın doğmamış çocuğun kişiliğinin başlangıcına ilişkin yaklaşımlarını da göz önünde bulundurmak önemlidir. Yargıtay, bir davada sekiz aylık hamile olan bir kadının trafik kazasında çocuğunu kaybetmesi nedeniyle doğan tazminat talebini reddetmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Tacir (n 92) 1305; Ayşe D. Keskin, "Embriyonun Evlat Edinilmesi" (Selçuk Hukuk Kongresi 2020) 4. Yargıtay, çocuğun tam ve sağ doğumunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle kişiliğinin başlamadığını belirterek, çocuğun desteğinden yoksun kalma tazminatına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Detaylı bilgi için bkz. Keskin (n 193) 4.

²⁰⁶ Kanaatimizce Embriyonun, anne karnına yerleştirilmeden önce veya doğum sürecinin başlama aşamasında hukuki bir kimlik kazanıp kazanmadığı açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, embriyonun insan öldürme suçunun mağduru olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda belirli gelişim aşamaları ve kriterleri net bir şekilde belirtilmelidir. Bilimsel deneyler ve diğer uygulamalar açısından, embriyonun mağduriyet durumu, insan hakları ve etik standartlara uygun bir şekilde değerlendirilmelidir.



IV. EMBRİYONUN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN BELİRSİZLİKLER VE KENDİNE ÖZGÜ HUKUKİ STATÜ GEREKLİLİĞİ

A. Genel Olarak

Embriyonun hukuki statüsüne ilişkin değerlendirmemize, Jerome Lejeune'un şu sözüyle başlamak yerinde olacaktır: “*Bir toplumun gelişmişlik düzeyi, en savunmasız üyelerine gösterdiği saygıyla ölçülür*”²⁰⁷. Yardımcı üreme teknolojilerinde yaşanan gelişmeler, biyoteknolojik ve etik tartışmaları beraberinde getirmiştir²⁰⁸. Bu gelişmeler aynı zamanda hukuk kurallarının da kapsamlı bir incelemeye tabi tutulmasını gerektirmiştir. Özellikle genetik hastalıkların embriyo düzeyinde tespiti, preimplantasyon genetik tanı ve seçici embriyo transferi gibi uygulamalar, embriyonun hukuki statüsünün detaylı bir biçimde ele alınmasını gerekli kılmıştır. Ancak, Türk hukukunda bu konuda açık düzenlemelerin bulunmaması, hem kişi hakları hem de etik normlar açısından önemli bir boşluk yaratmaktadır. Mevcut düzenlemelerdeki gözlemlenen eksiklikler, hukukun etik ilkeler ve biyoteknolojik gelişmeler ışığında yeniden ele alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

B. Kendine Özgü Hukuki Statünün Gerekliliği

Bir varlığın hukuki statüsü, o varlığın hangi koruma mekanizmalarına tabi olduğu ve haklar ile yükümlülükler bakımından bulunduğu hukuki konumu açıklamaktadır²⁰⁹. Hukuk sisteminde genel olarak iki temel statü öne çıkmaktadır: hakkın süjesi ve hakkın objesi²¹⁰. Hakkın süjesi, bir varlığın hak sahibi olabilme kapasitesini ifade ederken; hakkın objesi, bu varlığın hukuki işlemler açısından konu teşkil etmesi anlamına gelmektedir²¹¹. Embriyonun hukuki statüsü de öğretilerde genel olarak bu iki kategori çerçevesinde ele alınmaktadır²¹².

²⁰⁷ <<https://www.fondationlejeune.org/la-fondation/jerome-lejeune/jerome-lejeune-declare-venerable/#:~:text=Pour%20Jean%2DMarie%20Le%20M%C3%A9n%C3%A9,faibles%20de%20ses%20membres%20%C2%BB.%20%C2%BB>> (Son Erişim Tarihi 20.09.2024).

²⁰⁸ Ido Alon & Jose Guimón et al, “Regulatory responses to assisted reproductive technology: a comparative analysis of Spain and Israel” (2019) 36(8) Journal of assisted reproduction and genetics 1665-1681. <doi:10.1007/s10815-019-01525-7> (Son Erişim Tarihi 20.09.2024).

²⁰⁹ Visa A. J. Kurki, “*Legal Personhood. of Elements in Philosophy of Law*” (Cambridge: Cambridge University Press 2023).

²¹⁰ Gökhan Antalya ve Murat Topuz, “*Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri*” (Legal 2018) 85-87.

²¹¹ Dural ve Ögüz (n174) 5-22.

²¹² Hakeri (n 87) 162-165; Dural ve Ögüz (n174) 5-20-22; Akçaal (n172)148. Kanadoğlu ve Bozkurt (n 181) 220-226; Tacir (n 92)1305-1307; Tansu Sayar Kanyış, Ezgi Arslan and Oğuzhan Kanyış, “Patentability of the Human Embryonic Stem Cell Lines: A Legal and Ethical Aspect” in Diana Kıtala and Ana Colette Maurício (ed), *Novel Perspectives of Stem Cell Manufacturing and Therapies* (IntechOpen 2021) <doi:10.5772/intechopen.82986> (Son Erişim Tarihi 22.09.2024); Robbie Robinson, “The Legal Nature of the Embryo: Legal Subject or Legal Object?” 2018 (21) 1 Potchefstroom Electronic Law Journal.

Embriyonun hak süjesi olarak kabulü, özellikle kadının üreme hakları ve beden bütünlüğü üzerinde doğuracağı kısıtlamalar nedeniyle tartışmalıdır²¹³. Kadının bedeni üzerinde karar verme yetkisinin sınırlandırılması, bedensel özerkliğin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır²¹⁴. Bu durum, kadının kendi bedeni üzerindeki iradesini etkileyebilecek nitelikte olup bireysel özgürlük açısından önemli bir sınırlama oluşturmaktadır²¹⁵. Dolayısıyla, embriyonun korunmasına yönelik yapılacak hukuki düzenlemelerin, kadının üreme hakkı ve bedensel özerkliği sınırlayabileceği hususu göz önünde bulundurularak ele alınması gerekmektedir. Embriyonun hak süjesi olarak kabul edilme meselesi, bilimsel çalışmalar üzerinde de önemli sınırlamalara yol açabilecek niteliktedir²¹⁶. Zira bu görüşün kabulü, embriyonun üzerinde gerçekleştirilecek olan deneyler ve tıbbi müdahalelerin, insan yaşamına ilişkin etik ilkeler çerçevesinde daha katı hukuki denetimlere tabi tutulmasına sebebiyet verecektir. Bu durum, bilimsel araştırmaların alanını daraltarak, özellikle biyoteknolojik ve tıbbi araştırmaların sınırlandırılmasına neden olabilecektir.

Diğer taraftan, embriyonun yalnızca hak objesi olarak kabul edilmesi, onun hukuki kişilik kazanamaması sonucu doğurmaktadır²¹⁷. Bu sonuç ise embriyonun hukuki koruma mekanizmalarından yararlanabilmesi engelleyici niteliktedir. Embriyonun salt hukuki işlemlerin konusu haline getirilmesi, insan yaşamının başlangıcını temsil ettiği gerçeğini göz ardı etmek anlamına gelecektir. Bu yaklaşım, embriyonun etik ve hukuki açıdan korunmasını imkânsız hale getirmektedir. Ancak Biyotıp sözleşmesinin 18. maddesinde, özellikle embriyo üzerinde araştırma yapılmasına sınırlamalar getirerek embriyonun belirli bir etik koruma altında olduğuna işaret etmektedir²¹⁸.

²¹³ Eva M. Dadlez and William L. Andrews, “Not Separate, But Not Equal: How Fetal Rights Deprive Women of Civil Rights” 2012 (26) 2 Public Affairs Quarterly 103–22 <<https://www.jstor.org/stable/41697902>> (Son Erişim Tarihi 25.09.2024); <<https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/its-not-just-embryos-even-the-dead-have-more-rights-than-women>> (Son Erişim Tarihi 25.09.2024).

²¹⁴ <<https://www.pwn-usa.org/bodily-autonomy-framework/>; <https://www.bmz.de/en/issues/bodily-autonomy-and-reproductive-health>; <https://www.weforum.org/agenda/2022/03/what-is-bodily-autonomy-and-why-does-it-matter-for-women/>> (Son Erişim Tarihi 25.09.2024).

²¹⁵ Rebecca Bennett, “Is Reproduction Women’s Business? How Should We Regulate Regarding Stored Embryos, Posthumous Pregnancy, Ectogenesis and Male Pregnancy?” 2008 (2)3 Studies in Ethics, Law, and Technology. <<https://doi.org/10.2202/1941-6008.1037>> (Son Erişim Tarihi 25.09.2024); Michele Goodwin, “If Embryos and Fetuses Have Rights” 2017 (11)2 The Law & Ethics of Human Rights 189-224 <<https://doi.org/10.1515/lehr-2017-0007>> (Son Erişim Tarihi 25.09.2024).

²¹⁶ Juan Pablo Beca et al, “Medical, ethical and legal issues in cryopreservation of human embryos” 2014 (142)7 Rev Méd Chile [online] 903-908. <<http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872014000700011>> (- Son Erişim Tarihi 25.09.2024); Corral García Eduardo “La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica” 2009 (20) 69 Cuadernos de bioética XX 183-200.

²¹⁷ Tacir (n 92)1305-1307.

²¹⁸ Biyotıp Sözleşmesinin 18. Maddesi “1. Hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacaktır.
2. Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır.”



Embriyonun hukuki statüsüne ilişkin değerlendirme, önemli bir ikilem ortaya koymaktadır. Hak süjesi olarak kabul edilmesi, kadının üreme haklarını kısıtlarken bilimsel araştırmaları daraltabilir; hak objesi olarak kabul edilmesi ise embriyonun potansiyel insan yaşamını temsil eden özelliklerini göz ardı ederek hukuki koruma dışında bırakabilir. Kanaatimizce, bu iki zıt yaklaşım arasında dengeli bir çözüm geliştirilmesi elzemdir. Bu durum ise embriyonun hukuki statüsünün belirlenmesi, klasik hak süjesi ve hak objesi ayrımının ötesinde bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır²¹⁹.

Embriyonun hukuki statüsünün belirlenmesinde, yaşamın başlangıç anının tespiti de büyük önem taşımaktadır. Bu konuda, ölüm anının tespitinde izlenen yaklaşımdan faydalanarak bir değerlendirme yapmak mümkündür. Türk Hukuku'nda kişinin ölümüyle birlikte kişilik sona ermektedir, bu da kişinin hakları bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin kişiye bağlı haklar ölümle birlikte sona ererken, geriye kalan haklar mirasçılara geçer²²⁰. Kişinin ölüm anının belirlenmesi hukuk alanının yanı sıra tıp alanını da ilgilendirir²²¹. Ülkemizde ölüm anının saptanmasına ilişkin olarak, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 11. maddesinde, ölüm anının tespitine yönelik bir düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre, tıbbi ölümün gerçekleştiğine dair karar, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanı olmak üzere iki hekim tarafından, kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile verilir. Bu madde incelendiğinde, ölüm anının belirlenmesinde kesin bir kriterin belirlenmekten kaçınıldığı ve bu konunun tıp bilimine havale edildiği görülmektedir²²². Öğretide kabul gören genel görüş de bu alanda kesin bir tespit yapmaktan kaçınılması ve bu sorumluluğun tıp bilimine bırakılması yönündedir²²³. Bu yaklaşımın, yaşamın başlangıç anının tespit edilmesinde de geçerli olması²²⁴; Fransız genetikçi Jerome Lejeune'nin "*İnsan yaşamının döllenme anında başladığı*" görüşünün benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Önemle belirtmek isteriz ki savduğumuz görüşün temelinde, kadının kürtaj hakkını etkileyecek veya bilimsel çalışmaları engelleyecek şekilde bir düzenleme getirilmesi yer almamaktadır. Görüşümüzün temel amacı, embriyoların bir nesne gibi üretilmesine ve laboratuvar ortamında herhangi bir araç-gereç muamelesi görmesine engel olmaktır. İnsan

²¹⁹ Robert L. Stenger, "Embryos, Fetuses, and Babies: Treated as Persons and Treated with Respect" 2006 (2)1 Journal of Health & Biomedical Law 33-67. <<https://bpb-us-e1.wpmucdn.com/sites.suffolk.edu/dist/e/1232/files/2016/12/Embryos-Babies-and-Fetuses-Treated-as-Persons-and-Treated-with-Respect.pdf>>(Son Erişim Tarihi 26.09.2024).

²²⁰ Detaylı bilgi için bkz. (Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesi).

²²¹ Dural ve Öğüz (n 174) 23.

²²² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özel (n 172) 44.

²²³ Dural ve Öğüz (n 174) 24.

²²⁴ Vera Lúcia Raposo and Zhe Ma, "The Juridical Status of the Unborn: A Person, an Object or a Tertium Genus?" 2017 (5)1 Peking University Law Journal 205-236 <doi:10.1080/20517483.2017.1330822>(-Son Erişim Tarihi 26.09.2024).

ırkına ait olan ve yaşama potansiyeli bulunan bir varlığa uygun ve o sürece özgü yeni bir statü verilmesi gerektiğini kanaatindeyiz.

V. TÜRK HUKUKU BAĞLAMINDA ELEŞTİREL NORMATİF BİR DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Embriyonun kendine özgü bir hukuki statü altında korunması, hukuki güvence sağlayarak embriyonun hem etik hem de biyolojik bir varlık olarak tanınmasını mümkün kılabilecektir. Ancak, bu statünün kabulü, Türk hukuk sistemi içinde birtakım hukuki sorunlar da beraberinde getirecektir. Özellikle Anayasa Hukuku, Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku bağlamında, embriyonun hukuki statüsü ile kadının bedensel özerkliği arasında bir menfaat çatışması ortaya çıkma ihtimali mevcuttur. Kadının üreme hakları ve bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi ile embriyonun korunması arasında doğabilecek bu çatışma, hem hukukun temel prensipleri hem de bireysel hak ve özgürlükler açısından bir incelemeyi zorunlu kılmaktadır. Bu doğrultuda çalışmamızın devamında, embriyonun kendine özgü bir hukuki statü çerçevesinde ele alınmasının anayasal düzenlemeler, Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu kapsamında doğurabileceği hukuki sorunlar değerlendirilecektir.

B. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Ortaya Çıkabilecek Hukuki Sorunlar

Embriyonun hukuki statü meselesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda güvence altına alınan temel haklar ve özgürlükler açısından önemli bir değerlendirme alanı oluşturmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, yaşam hakkı (m. 17), özel hayatın gizliliği (m. 20) ve bilim ve sanat hürriyeti (m. 27) gibi temel hakları güvence altına almakla birlikte, embriyonun korunmasına dair özel bir düzenleme içermektedir. Bu durum, Türk Hukukunda embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanınması halinde, embriyonun korunması ile anayasal hak ve özgürlükler arasında ortaya çıkabilecek hukuki sorunları gündeme getirmektedir.

Anayasa'nın 17. maddesi, kişinin yaşam hakkını güvence altına almaktadır²²⁵. Bu hak, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını içermekte olup devletin bu hakkı koruma yükümlülüğünü doğurur²²⁶. Yaşam hakkının ne

²²⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde 17: “ Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

(...)[12] meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...)[13] veya olağanüstü hallerde yetkili mercin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkraya hükmü dışındadır”.

²²⁶ Çiftçiöğlü (n 99) 137-166.



zaman başladığı ve hangi evreden itibaren hukuki koruma altına alınması gerektiği konusu, özellikle embriyo gibi doğum öncesi varlıklar açısından tartışmalıdır²²⁷. Anılan madde bu hakkın ne zaman başlayacağına ilişkin herhangi bir ibare içermemekle birlikte, öğretide yaşam hakkının doğumdan itibaren başladığını kabul eden görüş bulunmaktadır²²⁸. Yaşam hakkının başlangıcı hakkındaki belirsizlikler, doğum öncesi evreleri de kapsayıp kapsamayacağı sorusunu doğurur ve bu durum, embriyonun hukuki statüsünün belirlenmesi bakımından önemlidir. Bu görüşe karşın yaşam hakkının başlangıç anı, doğum öncesi evreleri kapsayacak şekilde genişletilmesi halinde embriyo da bu korumadan yararlanacaktır²²⁹. Ancak bu koruma, kadının bedeni üzerinde sahip olduğu anayasal haklar ile embriyonun yaşam hakkı arasında bir hukuki çatışma ortaya çıkarmaktadır.

Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği, bireylerin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkını kapsamakta ve kadının bedeni üzerindeki hakları bu anayasal çerçevede korunmaktadır²³⁰. Embriyonun kendine özgü bir statü kazanması, kadının bedensel özerkliği sınırlayabilir ve böylece anayasal düzeyde bireysel haklar arasında bir çatışma yaratabilir. Bu durumda, embriyonun korunması ile kadının bedenine ilişkin hakları arasında sağlanacak denge anayasa hükümleriyle uyumlu hale getirilmesi, önemli bir düzenleyici çerçeve ihtiyacını doğurmaktadır²³¹.

²²⁷ Tacir (n 92)1303.

²²⁸ Mark W. Janis, Rirchard S. Kay and Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law* (Oxford University Press 2008) 121; Dural ve Ögüz (n 174) 22; Çiftçioğlu (n 99) 143.

²²⁹ Stephen C. Hicks, "The Right to Life in Law: The Embryo and Fetus, The Body and Soul, The Family and Society" 1992 (19) 3 Florida State University Law Review 811- 813.

²³⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde 20: "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz... Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*

...Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

²³¹ Konunun daha açıklayıcı olabilmesi bakımından Anayasa Mahkemesi kararı incelemek yarar sağlayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin embriyoya ilişkin doğrudan bir değerlendirmesi olmamakla birlikte, cenine dair verdiği bir kararda, doğum öncesi varlıkların korunması gerekliliği ile kadının bedenine ilişkin hakları arasında bir denge kurulması gerektiğine işaret etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Anayasa Mahkemesi, 2017/31619, 23/7/2020. Bu kararda Mahkeme, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeleri değerlendirirken, ceninin korunmasının kamu düzenine dayalı ahlaki, etik ve dini değerler çerçevesinde bir gereklilik olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, 2017/31619, 23/7/2020 Prg. 93. Anılan kararda, gebeliğin sonlandırılması kararının salt kadının

Bununla birlikte, embriyonun kendine özgü statü ile tanınmasının, bilim ve sanat özgürlüğü açısından da sınırlayıcı bir etki doğurma niteliği bulunmaktadır. Anayasa'nın 27. maddesi bilimsel çalışma özgürlüğüne güvence teşkil etmektedir²³². Ancak embriyoya kendine özgü bir hukuki statüsü tanınması, üzerinde yapılacak genetik müdahaleler ve araştırmalar bakımından sınırlayıcı sonuçlar doğurabilir.

C. Türk Medeni Kanunu'nda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Türk Hukukunda embriyonun kendine özgü bir hukuki statü kapsamında değerlendirilmesi, Medeni Kanun bakımından çeşitli hukuki çatışmalara yol açabilecektir. Bir görüşe göre embriyo ne tam anlamıyla bir hak süjesi (kişi) ne de salt bir hak objesi olarak kabul edilmelidir²³³. Bunun yerine, embriyonun kendine özgün bir statü ile belirli haklar ve koruma mekanizmaları kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir²³⁴. Ancak, böyle bir statünün tanınması, Medeni Kanun'un temel ilkeleri ve mevcut hukuki kavramlarıyla uyumsuzluk teşkil edebilir; bu durum, hukuki belirsizliklere ve uyuşmazlıklara neden olabilir. Özellikle kişilik hakkı, soybağı ve miras hukuku alanlarında önemli tartışmalar gündeme gelebilir. Embriyonun hukuki statüsünün belirsizliği, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti gibi temel kavramların yeniden değerlendirilmesini de zorunlu kılabilir. Bu belirsizlik, embriyonun hangi haklara sahip olacağı ve bu hakların kapsamının nasıl belirleneceği konusunda hukuki ihtilaflara sebep olabilir. Ayrıca, embriyonun korunması amacıyla getirilecek düzenlemeler, muhtemel ebeveynlerin hakları ile de karşı karşıya kalabilir. Örneğin, embriyonun korunması amacıyla embriyo üzerinde genetik müdahaleleri kısıtlayan bir düzenleme, ebeveynlerin genetik hastalıkların önlenmesi veya sağlıklı bir embriyo elde edilmesi konusundaki talepleri ile çatışabilir. Dolayısıyla, embriyonun kendi-

maddi ve manevi varlığıyla sınırlı kalmadığı; cenin üzerinde de doğrudan bir etki yaratarak onun yaşamını sona erdirdiği ifade edilmiştir. Anayasa Mhakemesi, 2017/31619, 23/7/2020 Prg. 93. Mahkeme, bu bağlamda kanun koyucunun, ceninin korunması yönündeki menfaatlerle kadının bedensel ve kişisel özerkliği arasında adil bir denge sağlama amacını göz önünde bulundurarak bazı sınırlamalar getirmesini meşru bir müdahale olarak kabul etmiştir. Anayasa Mhakemesi, 2017/31619, 23/7/2020 Prg. 100 Anılan kararda, ceninin korunması amacının, kadının bedeni üzerindeki tasarruf hakkına sınır getiren meşru bir gerekçe olarak kabul edilebileceği, ancak bu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerektiği ifade edilmiştir. Böylelikle, Mahkeme cenin için doğrudan bir yaşama hakkı tanımlanmamış olsa da ceninin korunması gerektiğini ifade ederek, yaşam hakkının başlangıcına ilişkin tartışmalara dolaylı olarak katkı sunmuştur. Anayasa Mhakemesi, 2017/31619, 23/7/2020 Prg. 100

²³² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 27: “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz. Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir”.

²³³ Stephen C. Hicks, “The Right to Life in Law: The Embryo and Fetus, The Body and Soul, The Family and Society” 1992 (19) 3 Florida State University Law Review 805-850.

²³⁴ Robinson (n 212) 1729.



ne özgü bir hukuki statüye sahip kılınması yönündeki bu öneri, Medeni Kanun'un mevcut yapısıyla çelişebilir ve hukuki düzenlemelerde kapsamlı değişiklikler yapılmasını gerektirebilir.

1. Kişiler Hukuku Kapsamında Doğabilecek Hukuki Sorunlar

Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrası, kişiliğin yalnızca sağ ve tam doğumla kazanılacağını hükme bağlamaktadır. TMK'nın ilgili düzenlemesi, kişiliğin ancak doğumla kazanılabileceğini öngörmektedir. İlgili madde embriyo kapsamında değerlendirildiğinde, embriyonun hukuki anlamda bir kişi olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu doğrultuda, mevcut düzenleme çerçevesinde embriyonun kişilik hakkına sahip olması veya hukuki koruma altına alınması mümkün görünmemektedir. Ancak embriyoya kendine özgü bir statü tanınması, insanın doğum öncesi dönemde de belirli haklara ve koruma mekanizmalarına sahip olması sonucunu doğuracaktır. Bu özgün statü, embriyoya kişi statüsü kazandırmamakla birlikte, onun belirli haklardan yararlanmasını sağlayabilir. Özellikle genetik müdahalelere karşı koruma sağlanması mümkündür. Bu kapsamda, embriyonun genetik yapısına yönelik müdahaleler ile üreme teknolojileri çerçevesinde gerçekleştirilen işlemler, kendine özgü statü altında hukuki koruma kapsamına alınabilecektir. Böylelikle embriyo, kişilik haklarına benzer bir koruma altında değerlendirilecek ve sınırlı bir hukuki korumaya sahip olacaktır.

Öte yandan, embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanıma önerisi, TMK'nın 28. maddesinde öngörülen sağ ve tam doğum koşuluna dayalı kişilik kazanımı ilkesi ile normatif bir çatışma yaratacaktır. Zira, embriyonun belirli haklara sahip olması gerektiğine yönelik yaklaşım, doğum öncesi dönemde hukuki koruma mekanizmalarının gündeme gelmesini öngörmekte ve TMK'nın yalnızca sağ ve tam doğumla kişilik kazanılabileceğini belirten hükmü ile çelişmektedir. Bu çatışma, embriyonun hukuki olarak bir kişi statüsüne sahip olmadan korunmasını amaçlayan bir düzenleme ile kişilik kazanımını doğuma bağlayan mevcut hukuk anlayışı arasındaki temel farktan kaynaklanmaktadır.

2. Soybağı ve Aile Hukuku Kapsamında Doğacak Hukuki Sorunlar

Türk Medeni Kanunu'nun 282. maddesi, anne ile çocuk arasındaki soybağının doğumla kendiliğinden kurulduğunu, baba ile çocuk arasındaki soybağının ise evlilik, tanıma veya hâkim kararıyla tesis edilebileceğini öngörmektedir. Bu bağlamda, soybağı ilişkisi, çocuğun doğum olgusuna dayanan ve kişi statüsü kazanımıyla hukuki sonuç doğuran bir ilişki olarak kabul edilmektedir. Anılan düzenleme, soybağı ilişkisinin yalnızca doğum ile hukuki geçerlilik kazandığını ve kişinin statüsünü bu aşamadan itibaren elde ettiğini varsaymaktadır²³⁵. Ancak embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanınması durumunda, bir varlığın doğum öncesinde

²³⁵ Sirac Süleyman ve Mehtap İpek İşleten, "Türk Hukukunda Soybağının Kurulması" 2018 (4) 1 Hukuk Fakültesi Dergisi 107.

belirli haklardan yararlanması ve hukuki koruma altına alınması gerekecektir. Bu durum, soybağı ilişkisinin doğumla birlikte kurulmasını şart koşan mevcut hukuki düzenlemeler ile doğrudan bir çatışmaya neden olabilecektir. Zira embriyonun, hukuki anlamda soybağının kurulmasını da içeren bir statü kazanması, doğumla tesis edilen soybağı kavramını zorunlu olarak esnetmekte ve ebeveynlerin doğum öncesinde embriyoya ilişkin olarak sahip olabilecekleri bazı hak ve yükümlülükleri gündeme getirmektedir.

Embriyo üzerinde yapılacak genetik müdahalelerde karar yetkisine sahip olan bireylerin bu tasarrufları hangi hukuki sıfatla gerçekleştireceği, embriyonun hukuki statüsünün belirlenmesi açısından kritik bir önem taşımaktadır. Bu bağlamda iki temel yaklaşım ön plana çıkmaktadır. İlk olarak, embriyo üzerinde bir mülkiyet hakkı kapsamında tasarruf yetkisinin tanınması mümkündür. Ancak insan vücudu ve onun parçalarının mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerek ulusal gerekse uluslararası hukuki düzenlemelerle sınırlandırılmıştır²³⁶. Özellikle İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, insan vücudu ve parçalarının ticari bir kazanç kaynağı olmasını yasaklayarak bu tür mülkiyet ilişkilerini engellemektedir. Bu bağlamda embriyo, mülkiyet hakkının konusu olmaktan çok kendine özgü bir hukuki statüyü gerektiren bir varlık olarak kabul edilmelidir.

Alternatif bir yaklaşım olarak, embriyo üzerinde yapılacak işlemlerde ebeveyn sıfatıyla hareket edilmesi mümkündür. Bu durumda, embriyo üzerinde karar verme yetkisini bulunan kişilerin ebeveyn olarak kabul edilmeleri gerekecektir. Ancak bu yaklaşım, mevcut hukuki çerçevede önemli bir engelle karşılaşmaktadır: TMK'ya göre ebeveynlik sıfatı, doğum olgusuyla kazanılan bir statüdür ve soybağının doğumla birlikte kurulması esasına dayanır. Dolayısıyla, embriyo üzerinde ebeveyn sıfatıyla tasarrufta bulunulabilmesi için soybağının doğum öncesinde kurulması gerekmektedir. Bu ise soybağı ilişkisinin doğum ile kazanılan bir statü olmaktan çıkarılarak, doğum öncesi dönemi de kapsayacak şekilde genişletilmesini gerektirecektir. Böyle bir yaklaşım, ebeveynlik statüsünün yalnızca doğum ile kurulan bir ilişki olarak kabul edilmesine dayanan mevcut hukuki çerçeveye bir uyumsuzluk yaratacaktır. Embriyonun doğum öncesi statüsünün tanınması ise soybağı ilişkisinin geleneksel sınırlarını aşmasına yol açarak hukuki bir çatışmaya neden olabilecektir²³⁷.

²³⁶ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı* (3. Baskı, Filiz Kitapevi 2020) 1-5; Ulusal düzenlemelere örnek olarak 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 3 ve 4. madde gösterilebilir. Benzer bir düzenleme Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 3. maddesinde ve Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'un 21. Maddesinde yer almaktadır.

²³⁷ Bu tartışma baba bakımından da benzer sonuçlar doğurmaktadır. TMK 285. maddesi uyarınca, evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası, karine olarak koca kabul edilmektedir. Bu karine, çocuğun babası olarak evlilik birliği içindeki kocayı kabul etmekte ve soybağı ilişkisinin doğumla birlikte kurulmasını esas almaktadır. Ancak embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanınması durumunda, babalık ilişkisinin doğum öncesinde kurulması ihtimali gündeme gelecektir. Böyle



Benzer bir hukuki çatışma taşıyıcı annelik durumunda da ortaya çıkmaktadır. TMK'nın 282. maddesi, Roma hukukundan gelen “*mater semper certa est*”²³⁸ ilkesini benimsemiştir. Bu ilkeye göre, çocuğun annesi çocuğu doğuran kadındır. TMK'nın mevcut hükümleri, doğuran kadını yasal anne olarak kabul etmekte ve soybağı ilişkisinin doğumla birlikte kurulduğunu öngörmektedir. Taşıyıcı annelik, genellikle doğal yollarla çocuk sahibi olamayan bireylerin başvurduğu ve embriyonun başka bir kadının (taşıyıcı annenin) rahmine yerleştirildiği yardımcı üreme yöntemidir²³⁹. Bu yöntemde embriyo, biyolojik anne ve babanın üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında birleştirilmesiyle oluşturulmakta ve taşıyıcı annenin rahminde gelişimini tamamlamaktadır. Ancak bu durum, biyolojik anne ile doğumu gerçekleştiren taşıyıcı anne arasında, çocuğun yasal annesinin kim olacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu soruyu TMK'nın 282. maddesi kapsamında değerlendirdiğimizde, doğumu gerçekleştiren taşıyıcı annenin hukuken çocuğun annesi sayılacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu noktada, embriyonun kendine özgü bir hukuki statüye sahip olmasının gerekliliği tartışmaya açılmalıdır; zira böyle bir statü, biyolojik anne ve taşıyıcı anne arasında yaşanan hukuki çatışmaların çözümüne katkı sunabilir. Diğer bir ifadeyle embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanınarak biyolojik anne ile doğum öncesinde soybağı kurulursa, doğumla ortaya çıkacak olan soybağı çatışması önlenebilir²⁴⁰. Böyle bir durumda, embriyo, biyolojik anneyle doğum öncesinde ku-

bir durumda, embriyo henüz laboratuvar ortamındayken biyolojik baba ile soybağı kurabilecektir. Bu yaklaşım ise doğuma dayalı babalık karinesi ile normatif bir çatışma yaratma potansiyeline sahiptir. Türk Medeni Kanunu'nun 285. maddesi babalık karinesinin geçerliliğini doğum olgusuna bağlarken, embriyoya tanınacak kendine özgü bir hukuki statü, babalık ilişkisinin doğum öncesinde kurulmasını mümkün kılabilir.

²³⁸ Anılan ilke “*anne, daima apaçık ve aşikârdır*” anlamına gelmekte olup, detaylı bilgi için bkz. Yiğit İltaş, “Taşıyıcı Annelik ve Soybağı Meselesi” 2021 (16)201-202 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1037.

²³⁹ İlyas Gölcüklü, “Milletlerarası Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması Ve Tenfizi” 2021 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 838.

²⁴⁰ Soybağına ilişkin hukuki çatışmaları önlemek amacıyla, fetal dönemde evlat edinme uygulaması da bir seçenek olarak değerlendirilebilir. Bu uygulama, embriyonun doğum gerçekleşmeden önce biyolojik annesiyle hukuki bir bağ kurmasını sağlayarak taşıyıcı annelikte yaşanan soybağı sorunlarına çözüm sunabilir. Böyle bir düzenleme, embriyonun doğum öncesinde biyolojik annesiyle hukuki bağ kurmasını sağlayarak, taşıyıcı annenin yasal anne olarak tanınması gerekliliğini ortadan kaldıracaktır. Bu sistem, embriyo üzerindeki hak ve yükümlülüklerin biyolojik ebeveynlere intikalini sağlarken, taşıyıcı annenin hukuki sorumluluklarının kapsamını da sınırlandırmaktadır. Fetal dönemde evlat edinme uygulaması, Türk Medeni Kanunu'nun soybağı, kişilik hakları, evlat edinme şartları, velayet ve hukuki işlem ehliyeti gibi temel hükümleriyle normatif bir uyumsuzluk ihtimalini gündeme getirmektedir. Özellikle, soybağının doğumla kurulmasını düzenleyen (Madde 282), kişiliğin doğumla başlamasını esas alan (Madde 27) ve evlat edinme süreçlerini doğum sonrası bakım yükümlülüğüne bağlayan (Madde 305) hükümleri ile çatışma ihtimali, bu uygulamanın mevcut hukuk düzenine uyarlanmasını zorlaştırmaktadır. Bu durum, Medeni Kanun'un modern üreme tekniklerini ve taşıyıcı annelik gibi yenilikçi uygulamaları içerecek şekilde kapsamlı bir değişikliklerle yeniden düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Fetal dönemde evlat edinme uygulaması bakımından detaylı bilgi için bkz. Kanyış, Arslan and Kanyış, (n 212); Keskin (n 193) 1-21; <<https://www.rfreitas.com/Astro/FetalAdoption.htm>>(Son Erişim Tarihi 02.10.2024); Watson

ruhan hukuki bir bağa sahip olabilecek ve doğum sonrası taşıyıcı annenin yasal anne olarak kabul edilmesi zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Ancak, bu tür bir düzenleme mevcut TMK'nın 282. maddesi ile doğrudan bir çatışmaya neden olabilecektir²⁴¹.

3. Miras Hukuku Kapsamında Doğacak Hukuki Sorunlar

Embriyonun hukuki statüsünün kendine özgü olarak kabul edilmesi, Türk Medeni Kanunu'nun miras hükümleri açısından da önemli bir tartışma doğurmaktadır. TMK'nın 582. maddesi, mirasçının sağ olması gerektiğini hükme bağlamaktadır ve bu düzenleme, hukuki kişiliğin doğumla kazanıldığı ilkesine dayanarak, embriyonun doğumdan önce mirasçı olamayacağına işaret etmektedir. Dolayısıyla mevcut düzenlemeye göre, embriyo doğana kadar hukuki kişilik kazanmadığından miras hakkı talep etme imkânı bulunmamaktadır. Ancak, embriyoya doğum öncesinde kendine özgü bir hukuki statü tanınması halinde, miras hakkının nasıl belirleneceği sorusu gündeme gelecektir. Zira embriyoya özel bir hukuki statü tanınması, mirasçının sağ olma koşulunun bu yeni statü çerçevesinde yeniden değerlendirilmesini gerektirebilir. Bu kapsamda, embriyonun belirli koşullarda mirasçı olarak kabul edilmesi mümkün hale getirilebilir. Bu durumda, embriyonun hukuki statüsünün doğum öncesinde tanınması, TMK'nın 582. maddesinin bu yeni statüye uyumlu hale getirilmesini zorunlu kılacaktır.

D. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Doğacak Hukuki Sorunlar

Embriyonun hukuki statüsüne ilişkin tartışmalar, hukukun diğer dallarında olduğu gibi, ceza hukuku açısından da dikkate değer sonuçlar doğurabilir. Embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanınması, Türk Ceza Kanunu kapsamında özellikle "Kişilere Karşı Suçlar" başlığı altında yeni yorum ve düzenlemelere ihtiyaç duyulabilir. Bu doğrultuda, embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanınmasının, TCK'nın özellikle 81, 86, 90 ve 99. maddeleri kapsamında "kişilere karşı suçlar" başlığı altında doğurabileceği etkiler ve bu statünün beraberinde getirebileceği olası hukuki sorunlar incelenecektir.

Jennifer Kimball, "Prenatal Adoption as an Alternative to Abortion: Legal and Ethical Challenges" 2016 (5) Ave Maria International Law Journal 96-111 <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/aveminij5&div=7&id=&page=>>(Son Erişim Tarihi 02.10.2024).

²⁴¹ Benzer bir çatışma baba için de geçerli olabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 285. maddesi, evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası olarak kocayı kabul eden bir karine öngörmektedir. Bu düzenleme, babalık ilişkisinin evlilik birliği çerçevesinde ve doğum olgusuna dayalı olarak kendiliğinden kurulacağını varsayar. Ancak taşıyıcı annelik yöntemiyle dünyaya gelen çocuk açısından bu karinenin uygulanması, biyolojik baba ile hukuki baba arasındaki ilişkinin belirlenmesinde çeşitli hukuki sorunlara yol açabilir. Özellikle taşıyıcı annenin evli olması durumunda, Türk Medeni Kanunu'nun 285. maddesi uyarınca, doğan çocuğun babası evlilik birliğindeki koca olarak kabul edilecektir. Bu bağlamda, taşıyıcı annenin kocası hukuki babalık statüsüne sahip olurken, biyolojik baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi hukuki açıdan muğlak hale gelmektedir. Bu durum, babalık karinesinin taşıyıcı annelik özelinde yeniden değerlendirilmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Kanaatimizce, embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanınması, bu tür hukuki çatışmaları önleyebilir.



5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, hukuki kişiliğin başlangıcını TMK'nın 28. maddesinde öngörülen “tam ve sağ doğum” koşuluna dayandırmaktadır²⁴². Bu itibarla ceza hukukunda, kişiliğe karşı işlenen suçlar kapsamında korunanlar, yalnızca doğum ile hukuki kişilik kazanmış olan kimselerle sınırlıdır²⁴³. Bu düzenleme, ceza hukuku kapsamında “kişilere karşı suçlar” başlığı altında embriyo gibi doğum öncesi varlıkların koruma kapsamına alınmasının önünde yapısal bir engel teşkil etmektedir. Ancak, embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanınması durumunda, TCK'daki bazı düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerektirebilecektir. Bu durum ise normatif bir uyumsuzluğun ortaya çıkmasına yol açabilir. Özellikle TCK'nın 81. ve 86. maddelerinde düzenlenen “kasten öldürme” ve “kasten yaralama” suçları, mağdur bakımından hukuki kişilik kazanmış kimseleri esas almaktadır. Bu çerçevede, mevcut düzenlemelere göre embriyo bu suçların mağduru olarak kabul edilmemektedir²⁴⁴. Ancak, embriyonun kendine özgü bir statüyle hukuken korunan bir varlık olarak tanınması durumunda, bu suçlar kapsamında embriyonun korunmasının nasıl sağlanacağı önemli bir tartışma konusu haline gelecektir. Benzer bir sonuç “çocuk düşürme” suçu bakımından da ortaya çıkabilir. Şöyle ki TCK'nın 99. maddesi, gebeliğin onuncu haftaya kadar kadının rızası ile sonlandırılmasını suç kapsamında değerlendirmemektedir. Bu düzenleme, kadının beden bütünlüğü, kişisel özerkliği ve üreme haklarına öncelik tanımaktadır. Ancak, embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanınarak doğum öncesi dönemde korunmasının sağlanması, bu yasal düzenleme üzerinde önemli etkiler yaratabilir. Embriyonun korunmasına yönelik böyle bir değişiklik, on haftalık sürenin kadının iradesine tabi olmasını sınırlandırabilir ve embriyonun haklarının, kadının bedeni üzerindeki özerkliği karşısında hukuki bir uyumsuzluk doğurabilir.

Bunun yanı sıra, TCK'nın 90. maddesinde düzenlenen “insan üzerinde deney” suçu, yalnızca doğumla hukuki statü kazanmış bireyler için geçerli olup embriyoları kapsamamaktadır²⁴⁵. Ancak, embriyoya kendine özgü bir hukuki statü tanınması durumunda, onun üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar ve genetik müdahalelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekebilir. Bu durumda, embriyo üzerindeki araştırma ve müdahalelere yönelik etik sınırlar çerçevesinde yeni bir suç tipinin tanımlanması zorunlu hale gelebilir. Böyle bir değişiklik ise mevcut düzenleme ile hukuki çatışma yaratmasının yanı sıra ceza hukukunda “insan” kavramına dayalı koruma anlayışının yeniden ele alınması da gerektirebilecektir.

²⁴² Fulya Korkmaz, “Çocuk Düşürme Suçunda Mağdurun Kim Olduğu Sorunu ve Ceninin Hukuki Niteliği” 2024 (15)59 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 277.

²⁴³ Güneş Okuyucu Ergün, “Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler” (2015) II Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan içinde 822-829 <https://vergiyalgi.com/assets/catalogs/Nevzat_Torosluaya_Armagan_2.pdf>(Son Erişim Tarihi 02.10.2024).

²⁴⁴ Berrin Akbulut, “Kasten Öldürme Suçu (TCK M. 81)” 2020 (24)4 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279 <<https://Dergipark.Org.Tr/Tr/Download/Article-File/1354839>>(Son Erişim Tarihi 02.10.2024).

²⁴⁵ Güven, (n 199) 224.

SONUÇ

Üremeye yardımcı tekniklerde yaşanan gelişmeler, embriyoyu yaşamın en erken evresi olarak hem hukuki hem de etik açıdan tartışmalı bir konuma taşımıştır. Ayrıca, embriyonun potansiyel tedavi yöntemlerindeki rolünün yanı sıra, hukuki statüsünün belirlenmesi ve kadının hakları arasındaki dengenin sağlanması gibi sorunlar da önem kazanmaktadır. Embriyonun hukuki niteliği, uluslararası hukukta hala tartışmalı bir konu olup, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesi yaşama hakkını güvence altına alsın da bu hakkın başlangıcı konusunda açık bir tanım sunmamaktadır. *Vo v Fransa* davasında AİHM, embriyoların AİHS kapsamında, bir kişi olarak kabul edilemeyeceğini belirterek embriyonun statüsüne ilişkin açık bir tavır almaktan kaçınmıştır. Bu karar, devletlerin embriyonun korunmasına ilişkin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

Ancak bu durum, embriyonun insan hakları kapsamında daha güçlü bir korumaya alınması gerektiğini savunan görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıç Ress'in muhalif görüşü, doğmamış yaşamın da yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamakta ve embriyonun insan yaşamının bir parçası olarak korunması gerektiğini savunmaktadır. Uluslararası hukukun bu konudaki belirsizliği ve eksikliği, embriyonun özel bir statü ile korunması gerektiğine dair hukuki düzenlemelere olan ihtiyacı göstermektedir.

Embriyonun statüsüne dair Amerika'da görülen *Davis v Davis* davası da önemli bir örnek teşkil etmektedir. Mahkemenin embriyoyu çocuk olarak değerlendirmesi, embriyonun "kişi" olarak tanımlanması meselesini gündeme getirmiştir; ancak üst mahkeme, embriyoların doğmuş bireylerle aynı hukuki korumaya tabi tutulamayacağı, fakat yaşama potansiyeline sahip oldukları için özel bir saygı hak ettiklerini vurgulamıştır. Bu karar, embriyoların statüsünün yeniden değerlendirilmesi gerektiğini gösteren bir başka örnek olarak öne çıkmaktadır.

Türkiye'de ise TMK'nın 28. maddesi embriyoların ana rahmine düştükleri andan itibaren hak ehliyetine sahip olduklarını öngörse de laboratuvar ortamında döllemenin gerçekleşmesi bu statüyü daha karmaşık hale getirmektedir. Benzer şekilde, Türk Ceza Kanunu'nda embriyonun korunmasına yönelik açık bir düzenlemenin bulunmaması hukuki belirsizliği artırmaktadır. Özellikle, embriyonun insan öldürme suçunun mağduru olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır; bu da embriyonun hukuki koruma düzeyi konusunda ciddi bir boşluk yaratmaktadır.

Bu belirsizlik, uluslararası düzenlemelerde de görülmektedir. Avrupa Konseyi'nin Biyotıp Sözleşmesi, embriyoların araştırmalarda kullanımına belirli sınırlamalar getirmektedir. Ancak, embriyoların hukuki statüsüne ilişkin yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Anayasa ve uluslararası sözleşmeler yaşam hakkını güvence altına alsın da embriyonun hukuki statüsünü tanımlamamaktadır. Dolayısıyla, embriyo ile ilgili yapılacak yasal düzenlemeler, toplumsal ve ahlaki değerlere uygun, bilimsel ilerlemeyi destekleyen ve bireylerin haklarını koruyan bir yapıda olmalıdır.



Sonuç olarak, embriyonun doğasına uygun, kendine özgü bir hukuki statü tanımlanması, hem etik hem de hukuki açıdan korunmasını güçlendirecek, bilimsel araştırmalarda ise dengeli ve kapsamlı bir çerçeve sunacaktır. Bu statü, embriyonun korunmasını sağlarken bilimsel çalışmaların etik kurallar içinde sürdürülmesine olanak tanıyacaktır. Bu bağlamda, Türk Medeni Kanunu ve Ceza Kanunu başta olmak üzere ilgili yasal düzenlemelerin çağdaş üreme teknolojilerini ve embriyonun korunma gerekliliklerini kapsayacak şekilde kapsamlı biçimde gözden geçirilmesi elzemdir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

‘Tıp Sözlüğü’, Medicana Genel Sağlık Ansiklopedisi (1993).

Akbulut B, “Kasten Öldürme Suçu (TCK M. 81)” 2020 (24)4 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273-357 < <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1354839>>(Son Erişim Tarihi 02.10.2024).

Akcaal M, *Medeni Hukuk* (Yetkin Yayınları 2022) .

Akın Ö ve Şahin E, “Yardımcı Üreme Teknikleri Ve Hemşirelik Yaklaşımı” (2020) 3(1) Sakarya Üniversitesi Holistik Sağlık Dergisi 55-75.

Akipek J ve Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* (Beta Basım Yayınevi 2018).

Allison M and Lobo VG, “Fertility options for the transgender and gender nonbinary patient” (2020) 105(10) The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism 3335-3345.

Alon I & Guimón J et all, “Regulatory responses to assisted reproductive technology: a comparative analysis of Spain and Israel” (2019) 36(8) Journal of assisted reproduction and genetics 1665-1681. <doi:10.1007/s10815-019-01525-7> (Son Erişim Tarihi 22.05.2024).

Anja KJ, *A theory of unborn life: from abortion to genetic manipulation* (OUP USA 2012).

Antalya G. ve Topuz M, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri* (Legal 2018).

Arbağ E ve Aluş Tokat M, “İn Vitro Fertilizasyon Tedavisi Sırasında Kadınların Fiziksel Aktivite Durumları ve Etkileyen Faktörler” (2018) 11(4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Elektronik Dergisi 306-314.

Arpacıoğlu IT, “Yapay Döllenenin Soybağına Etkileri” (2013) 5(1) Hukuk Ve İktisat Araştırmaları Dergisi 11-20.

Aydın T ve Yücel B, “Tek Gen Hastalıkları Nedeniyle Preimplantasyon Genetik Tanı Uygulanan Hastalarımızın Retrospektif Analizi: Üç Yıllık Deneyimiz” (2017) 7(4) Bozok Tıp Dergisi 42-45.

Aydın ÜT, *Cenin Hukuki Konumu* (XII Levha Yayıncılık 2011).

Ayla Ş, “İn Vitro Fertilizasyon” Üreme: Toplantı Sunumları ve Tartışmalar (ed. Yücel Sayman, Çanakkale, 2015) 139-142<https://www.medipol.edu.tr/sites/default/files/2022-11/Kitap_6.pdf> (Son Erişim Tarihi: 14 .03. 2024).

Bandır O ve Eralp Elibol C, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90/1)” (2021) 25(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 705 - 747 <[hptt//10.34246/ahbvuhfd.1018880](http://10.34246/ahbvuhfd.1018880)>.

Bayındır S, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)” (2018) 24(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 77-121.

Baylis F and Darnovsky M et all, “Human Germline, Heritable Genome Editing: The Global Policy Landscape” (2020) 3(5) CRISPR Journal 365-377.

Beca JB et al, “Medical, ethical and legal issues in cryopreservation of human embryos” 2014 (142)7 Rev Méd Chile [online] 903-908. <<http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872014000700011>>(Son Erişim Tarihi 25.09.2024).

Bennett R, “Is Reproduction Women’s Business? How Should We Regulate Regarding Stored Embryos, Posthumous Pregnancy, Ectogenesis and Male Pregnancy?” 2008 (2)3 Studies in Ethics, Law, and Technology. <<https://doi.org/10.2202/1941-6008.1037>>(- Son Erişim Tarihi 25.09.2024).

Calkins K and Devaskar SU, “Fetal origins of adult disease” (2011) 41(6) Current Problems in Pediatric and Adolescent Health Care 158-176.

Cankurt E, “Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2018).

Centel N ve Zafer H ve Çakmut Yenerer Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I* (Beta Yayınevi 2011).

Cin MO, “Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar” (2003) 11(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125 - 138.

Clarke GN, “A.R.T. and History, 1678–1978” (2006) 21 (7) Human Reproduction 1645-1650.

Collins FS and Morgan M and Patrinos A, “The Human Genome Project: lessons from large-scale biology” (2003) Science 300 (5617) 287-290.

Çavuşoğlu EE, “İntrasitoplazmik Sperm Enjeksiyonu Uygulanan İnfertil Vakaların Tam Zamanlı İzleme Sisteminde (Time Lapse) Multinükleuslu Blastomer İçeren Embriyolarının Blastokist Aşamasına Ulaşma Oranlarının Retrospektif Olarak İncelenmesi” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018).

Çetin C ve Çetin TM, “Dünden Bugüne Yardımla Üreme Teknikleri” (2014) 23(1) Arşiv Kaynak Tarama Dergisi 148 – 155.

Çiftçi HA, “Distopya Edebiyatında Dini Fenomenler ve Referanslar - Aldous Huxley’nin Cesur Yeni Dünya’sına Fenomenolojik Bir Yaklaşım” (2023) 23 Rize İlahiyat Dergisi 95-108.



Çoban A, “Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü” (A.Ü. Biyoteknoloji Enstitüsü Yayını, 2007) .

Çoban A, “Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları” (2009) 86 Türkiye Barolar Birliği Dergisi ss. 204-248.

Dadlez E. M and Andrews W. L, “Not Separate, But Not Equal: How Fetal Rights Deprive Women of Civil Rights”2012 (26) 2 Public Affairs Quarterly 103–22<<https://www.jstor.org/stable/41697902>> (Son Erişim Tarihi 25.09.2024).

Doğru O, “Yaşama Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5” (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018).

Douglas T and Savulescu J, “Destroying unwanted embryos in research. Talking Point on morality and human embryo research” (2009) 10 (4) EMBO Reports 307-312 <<https://doi:10.1038/embor.2009.54>>.

Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz Kitapevi 2022) .

Eduardo C. G, “La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica” 2009 (20) 69 Cuadernos de bioética XX 183-200.

Ekici C, “Preimplantasyon Genetik Tanı” (2014) 3(2) İnönü Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi 49-53.

Erman S ve Özek Ç, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (Dünya Yayıncılık 1994).

Erol Y, *Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2011).

Eskew AM and Jungheim E S, “A History of Developments to Improve in vitro Fertilization” (2017) 114(3) Missouri Medicine156-159.

Fly M and Karstoft H, “Embryo selection with artificial intelligence: how to evaluate and compare methods?.”(2021) 38(7) Journal of assisted reproduction and genetics 1675-1689 <<http://doi:10.1007/s10815-021-02254-6>>.

Gibson G, *Son Sözü Genom; Modern Yaşam ile Genlerimiz Arasındaki Çatışma Bizi Nasıl Hasta Eder?* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2020).

Goodwin M, “If Embryos and Fetuses Have Rights” 2017 (11)2 The Law & Ethics of Human Rights 189-224 <<https://doi.org/10.1515/lehr-2017-0007>>(Son Erişim Tarihi 25.09.2024).

Gölcüklü İ, “Milletlerarası Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması Ve Tenfizi” 2021 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 835-865.

Güven G, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 90. Maddesi ile Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza” (2016) 90(4) İstanbul Barosu Dergisi 213-226.

Hakeri H, *Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2021).

Hayden H and Davies M, “The science and ethics of human admixed embryos” (2009) 19(9) *Obstetrics, Gynaecology & Reproductive Medicine* 235-239.

Hicks S. C, “The Right to Life in Law: The Embryo and Fetus, The Body and Soul, The Family and Society” 1992 (19) 3 *Florida State University Law Review* 805-850.

Hochschild FZ and Dickens BM et all, “Human rights to in vitro fertilization” (2003) 123(1) *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 86-89.

Horseley K and Jackson E, “The Human Fertilisation and Embryology Act 1990 and non-traditional families” (2023) 86(6) *The Modern Law Review* 1-17.

Hoşgör H ve Akyüz İ ve Cengiz E, “İnfertil Hastaların Tüp Bebek Tedavisini Bırakmasında Etkili Olan Faktörlerin Öncelik Sırasının Belirlenmesi: Bir Ahp Uygulaması” (2017) 9(19) *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 64 – 84.

Isaacson W, *Yaşamın Kodu: Jennifer Doudna Genetik Devrim ve İnsanın Geleceği* (Domingo Yayınevi 2023).

İltaş Y, “Taşyıcı Annelik ve Soybağı Meselesi” 2021 (16)201-202 *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1013-1054.

Janez MJ and Flaman P “Personhood status of the human zygote, embryo, fetus” (2017) 84(2) *The Linacre quarterly* 130-144 <<https://doi:10.1080/00243639.2017.1299896>.

Johnson MH, “Robert Edwards: the path to IVF”(2011) 23(2) *Reprod Biomed Online* 245–262.

Kahyaoğlu B, *Çağdaş Ütopyaların Yararılmasında Görsel Medyanın Gücü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015).*

Kanyış TS , Arslan E. and Kanyış O, “Patentability of the Human Embryonic Stem Cell Lines: A Legal and Ethical Aspect” in Diana Kitala and Ana Colette Maurício (ed), *Novel Perspectives of Stem Cell Manufacturing and Therapies* (IntechOpen 2021) <doi:10.5772/intechopen.82986> (Son Erişim Tarihi 22.05.2024).

Kara B ve Sucu N, “Physical Education And Young Children in Terms of Motor Development” (2016) 1(2) *The Journal of International Civilization Studies* 81-129.

Karasaç EG, “Ceninin Yaşama Hakkı” (2022) 71 (3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1051-1097.

Keklikoğlu N, “Somatik Hücre Nükleus Aktarımı - II: Uygulama Alanları” (2012) 41(3) *Journal of Istanbul University Faculty of Dentistry* 55 – 58.

Keskin AD, “Embriyonun Evlat Edinilmesi” (Selçuk Hukuk Kongresi 2020).

Kimball J, “Prenatal Adoption as an Alternative to Abortion: Legal and Ethical Challenges” 2016 (5) *Ave Maria International Law Journal* 96-111 <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/avemintj5&div=7&id=&page=>>(Son Erişim Tarihi 02.10.2024).



Korff D, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya) (Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No. 8 2006).

Korkmaz F, “Çocuk Düşürme Suçunda Mağdurun Kim Olduğu Sorunu ve Ceninin Hukuki Niteliği” 2024 (15)59 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 273-298.

Korkut K ve Bozkurt K, *Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AIHM İç-tihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı* (Oniki Levha Yayınları 2021).

Kuhnt AK and Wittig JP, “Families formed through assisted reproductive technology: Causes, experiences, and consequences in an international context” (2022) 14 Reproductive Biomedicine & Society 289-296.

Kurki VA. J, *Legal Personhood. of Elements in Philosophy of Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2023).

Küçük H, “Aldous Huxley (Brave New World) Cesur Yeni Dünya” (2019) 2(2) Türkiye Siyaset Bilimi Dergisi 143-151.

Londra L and Wallach E et all, “Assisted reproduction: Ethical and legal issues” (2014) 19(5) Seminars in Fetal and Neonatal Medicin 264 -271.

López A, Betancourt M et all, “The need for regulation in the practice of human assisted reproduction in Mexico. An overview of the regulations in the rest of the World” (2021) 18(41) Reprod Health 1-14.

Matoba S and Zhang Y, ‘Somatic Cell Nuclear Transfer Reprogramming: Mechanisms and Applications’ (2018) 23(4) Cell stem cell 471-485 < <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30033121/>>.

Molè MA and Coorens TM et all “A single cell characterisation of human embryogenesis identifies pluripotency transitions and putative anterior hypoblast centre” (2021) 12 Nat Commun 1-12.

Murat E, *Hukuki Ve Etik Yönleri İle Biyotıp Araştırmalarında Biyobankalar* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2013).

Neukart F, “Towards sustainable horizons: A comprehensive blueprint for Mars colonization” (2024) 10(4) Helion Journal 1-28.

Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı* (3. Baskı, Filiz Kitapevi 2020).

Okuyucu EG, “Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler” (2015) II Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan içinde 822-829 <https://vergi.igi.com/assets/catalogs/Nevzat_Torosluya_Armagan_2.pdf>(Son Erişim Tarihi 02.10.2024).

Oliveira BL and Ataman LM et all, “Restricted access to assisted reproductive technology and fertility preservation: legal and ethical issues”(2021) 43(3) Reproductive BioMedicine Online 571-576.

Ombet W and Robays JV, “Artificial Insemination History: Hurdles and Milestones” (2015) 7(2) Facts Views Vis 137–143.

Önder A, *Şahıslara ve mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar* (Filiz Kitapevi1994).

Özalp A, *Etik Açısından Genom Projesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007).

Özel Ç, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler” (2002) 51(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43 – 77 <https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000571>.

Paçacı İ, “Klonlama ve Kök Hücre Çalışmalarının İslâm Dini Açısından Değerlendirilmesi” (2007) 7(7) Usul İslam Araştırmaları 35 – 60.

Pekalski A, “Effect of eugenics on the evolution of populations” (2000) 17(2) The European Physical Journal 329-332.

Raposo VL and Ma Z, “The Juridical Status of the Unborn: A Person, an Object or a Tertium Genus?” 2017 (5)1 Peking University Law Journal 205–236 <doi:10.1080/20517483.2017.1330822>(Son Erişim Tarihi 26.09.2024).

Robbie R, “The Legal Nature of the Cryo-preserved Embryo: Legal Subject or Legal Object?” (2018) 21 PER / PELJ <<https://www.saflii.org/za/journals/PER/2018/45.html>>.

Robinson R, “The Legal Nature of the Embryo: Legal Subject or Legal Object?” 2018 (21) 1 Potchefstroom Electronic Law Journal.

Serozan R, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler” (1997) 11(14) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 93 – 112.

Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku* (Onikilevha Yayınları 2017) .

Sezen O, “İnsan Üzerinde Biyoteknolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu” (2015) 1(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 82-107.

Sharma SR and Saxena R and Singh R, “Infertility & assisted reproduction: A Historical & Modern Scientific Perspective” (2018) 148(1) The Indian Journal of Medical Research 10-14.

Söğüt İS, “Yasal Belirsizlik: Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları” (2018) 134 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 37-70.

Stenger RL, “Embryos, Fetuses, and Babies: Treated as Persons and Treated with Respect” 2006 (2)1 Journal of Health & Biomedical Law 33-67. <<https://bpb-us-e1.wpmucdn.com/sites.suffolk.edu/dist/e/1232/files/2016/12/Embryos-Babies-and-Fetuses-Treated-as-Persons-and-Treated-with-Respect.pdf>>.

Süleyman S. ve İşleten M İ, “Türk Hukukunda Soybağının Kurulması”2018 (4) 1 Hukuk Fakültesi Dergisi 105-120.

Şen E, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Uygulanmasından Doğan Hukuki Sorunlar* (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, 2022).



Tacir H, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı” (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1301 – 1320.

Tarıkcı SM, “AİHM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı” (2006) 66 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 51-94.

Tauscher S, “Genetik Teknolojisinin Siyasi ve Etik Sınırları: Genetiği Yönetmek” (2015) 1(1) International Journal of Political Studies 1-12.

Tezcan D ve Erdem MR ve Sancakdar O ve Önok RM, İnsan Hakları El Kitabı (Seçkin Yayıncılık 2010).

Tırhış Ö, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Neonatal Mortalite ve Morbidite Üzerine Etkisi* (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, 2012).

Topel ÇÇ, “Yaşama Hakkı”(2012) 103 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 137-168.

Woodruff TK, “Oncofertility: a grand collaboration between reproductive medicine and oncology” (2015) 150(3) Reproductio 1-10.

Yerdelen E, “Klonlamanın (kopyalama) ceza hukukundaki yeri” (2014) 63(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 643-685.

Çevrimiçi Kaynaklar

<<https://base.garant.ru/184467/741609f9002bd54a24e5c49cb5af953b/>>.

<https://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm>.

<<https://www.bmz.de/en/issues/bodily-autonomy-and-reproductive-health>; <https://www.weforum.org/agenda/2022/03/what-is-bodily-autonomy-and-why-does-it-matter-for-women/>>.

<https://clintonwhitehouse3.archives.gov/WH/EOP/OSTP/html/00628_2.html>.

<<https://doi.org/10.1093/humrep/dep343>>.

<<https://embryo.asu.edu/pages/davis-v-davis-1992>>.

<<https://law.justia.com/cases/tennessee/supreme-court/1992/842-s-w-2d-588-2.html>>.

<<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=L0070024>>.

<<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/fulltext.html>>.

<<https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/its-not-just-embryos-even-the-dead-have-more-rights-than-women>> .

<<https://publichealth.jhu.edu/2024/the-alabama-supreme-courts-ruling-on-frozen-embryos>> .

<<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP08-62/RP08-62.pdf>>.

<[https://www.bbc.co.uk/ethics/animals/using/hybridembryos_1.shtml#:~:text=These%20are%20created%20by%20transferring,%25%20\(more%20detail%20below\)](https://www.bbc.co.uk/ethics/animals/using/hybridembryos_1.shtml#:~:text=These%20are%20created%20by%20transferring,%25%20(more%20detail%20below))>.

<<https://www.britannica.com/event/Roe-v-Wade>>.

<<https://www.britannica.com/science/embryology>>.

<<https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>>.

<<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/554/de?manifestation=https:%2F%2F-fedlex.data.admin.ch%2Ffilestore%2Ffedlex.data.admin.ch%2Feli%2Fc-c%2F2000%2F554%2F20230701%2Fde%2Fhtml%2Ffedlex-data-admin-ch-eli-cc-2000-554-20230701-de-html-1.html>>.

<<https://www.fondationlejeune.org/la-fondation/jerome-lejeune/jerome-lejeune-declare-venérable/#:~:text=Pour%20Jean%2DMarie%20Le%20M%C3%A9n%C3%A9,faibles%20de%20ses%20membres%20%C2%BB.%20%C2%BB.>>.

<<https://www.genome.gov/about-genomics/fact-sheets/Eugenics-and-Scientific-Racism>>.

<<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG000302377>>.

<<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>>.

<<https://www.gov.uk/government/publications/human-fertilisation-and-embryology-authority-hfea-review-report/independent-review-of-the-human-fertilisation-and-embryology-authority-hfea-final-report-and-recommendations>>.

<<https://www.hfea.gov.uk/about-us/modernising-the-regulation-of-fertility-treatment-and-research-involving-human-embryos/modernising-fertility-law/#footnote-9>>.

<<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/>>.

<<https://www.louisejoybrown.co.uk>>.

<<https://www.nasa.gov/hhp/human-system-risks/>>.

<<https://www.nasa.gov/hrp/radiation/space-radiation-miniseries/>>.

<<https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095749303>>.

<https://www.researchgate.net/publication/222155658_The_science_and_ethics_of_human_admixed_embryos>.

<<https://www.sign-lang.uni-hamburg.de/glex/konzepte/17549.html>>.

<<https://www.who.int/news/item/04-04-2023-1-in-6-people-globally-affected-by-infertility>>.

<<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/endometriosis>>.

<<https://www.pwn-usa.org/bodily-autonomy-framework/>>.

Choe J and Shanks AL, 'In Vitro Fertilization' (StatPearls Publishing 2023) <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK562266>>.

Jain M and Singh M, 'Assisted Reproductive Technology (ART) Techniques' (StatPearls Publishing 2023) <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35015434/>>.

Khan Y S and Ackerman KM, 'Embryology, Week 1' (StatPearls Publishing 2024) <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK554562/>>.

Ly S, 'Ethics of Designer Babies' *Embryo Project Encyclopedia* (2011) <<https://hdl.handle.net/10776/2088>>.



The Editors of Encyclopaedia Britannica, 'in vitro fertilization' *Encyclopedia Britannica* (2024) <<https://www.britannica.com/science/in-vitro-fertilization>>.

Villalba A, 'Queering the genome: ethical challenges of epigenome editing in same-sex reproduction' (2024) *Journal of Medical Ethics* <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/38408852/>>.

Zhang M and Jennifer CE, 'Davis v. Davis (1992)' *Embryo Project Encyclopedia* (2013) <<https://hdl.handle.net/10776/6320>> .

KAMU HUKUKU

1. İSLAMOFOBİ İLE MÜCADELENİN HUKUKSAL BOYUTU

Legal Dimension of the Fight Against Islamophobia

Recai AKYEL; Mustafa Erdem ATLIHAN

2. KAMU ALACAKLARININ KORUNMASI VE CEBREN TAHSİLİ SÜRECİNDE MÜKELLEF HAKLARI

Taxpayer Rights in the Process of Protection and Forced Collection of Public Receivables

Ersan ÖZ; Tülay BARAN

3. SEYİRDEN YASAKLANANIN KOLLUK BİRİMİNE BAŞVURMAMASI SUÇU

The Crime of a Person Banned from Watching Sports not Contacting the Law Enforcement

Ahmet Hulusi AKKAŞ; Görkem YAMAN

4. İCRA MAHKEMESİNİN İCRA HUKUK VE İCRA CEZA MAHKEMESİ OLARAK AYRILAMAMASI

Nonseparation of the Court of Execution into Civil Court of Execution and Criminal Court of Execution

Uğur BULUT

5. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN FİİL UNSURU BAKIMINDAN "TASARRUF İŞLEMİ" VE TARTIŞMALI MESELELER

"Act of Disposal" in Terms of the Act Element of the Crime of Abuse of Trust and Controversial Issues

Fatih YURTLU

6. CEZA MUHAKEMESİNDE YARGILAMANIN YENİLENMESİNDE YETKİLİ MERCİ

Competent Authority for Retrial in Criminal Procedure

Yaprak ÖNTAN

7. MUKAYESELİ ANAYASALARDA DEĞİŞTİRİLEMEZ MADDELERİN HUKUKİ TAHLİLİ VE UYGULAMA BİÇİMLERİ: TÜRKİYE, FRANSA, İTALYA, YUNANISTAN, PORTEKİZ, İSPANYA VE ALMANYA ÖRNEĞİ

Legal Analysis and Implementation Methods of Unamendable Provisions in Comparative Constitutions: The Examples of Türkiye, France, Italy, Greece, Portugal, Spain, and Germany

Abdülazim İBRAHİM

8. DÜZENLEYİCİ ÜST KURULLARIN BAĞIMSIZLIĞI

The Independence of Regulatory Agencies

Serdar ATALAR

9. NİZAMİYE MAHKEMELERİ'NİN OSMANLI DEVLETİ'NİN SON DÖNEMİNDEKİ YAPISI VE GÖREVLERİ (1876-1924)

The Structure and Subject-Matter Jurisdiction of the Nizamiye Courts in the Last Period of the Ottoman Empire (1876-1924)

Mücahit CEYLAN

ÖZEL HUKUK

10. AB ONARIM HAKKI DİREKTİFİ VE TÜRK HUKUKUNDA ONARIM HAKKI

Right to Repair According to EU Right to Repair Directive and Turkish Law

Bilgehan ÇETİNER

11. İŞE İADE DAVASINDA YARGILAMAYA İLİŞKİN HUKUKİ ÇIKMAZLAR

Legal Dilemmas in the Proceedings of Reinstatement Lawsuits

Asiye ŞAHİN EMİR

12. YURT DIŞI DİL OKULU EĞİTİM HİZMET DANIŞMANLIĞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Legal Nature of Overseas Language School Education Service Consultancy Agreement

Selin SERT SÜTÇÜ

13. TÜRK HUKUKUNDA İŞÇİNİN İFŞA VE İHBAR HAKKI (WHISTLEBLOWING)

Worker's Right to Disclosure and Whistleblowing under Turkish Law

Cihan KIRPIK

14. KİRA BEDELİNİN TARAF ANLAŞMASIYLA ARTTIRILMASINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR VE SINIRLARI AŞAN ANLAŞMALARDA BEDELİN İADESİ

Limitations on Increasing the Rental Fee by Agreement of the Parties and Refund of Fees Exceeding These Limits

Meltem ERTUĞRUL

15. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE ARABULUCULUK SÜRECİ VE ANLAŞMA BELGESİNİN İCRA EDİLMESİ

Mediation Process in Dissolution of Partnership and Execution of The Agreement Document

Süleyman TOPAK

16. MİRASTAN YOKSUNLUĞUN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI VE TMK M. 578/B.1 UYARINCA YOKSUNLUĞUN TESPİTİNDE HUKUK VE CEZA YARGILAMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

The Scope of Disinheritance in Terms of the Person and the Relation Between Civil and Criminal Procedure in the Determination of Disinheritance Pursuant to TCC 578/b.1

Duygu KOÇAK DİKER

17. JAPONYA'DA GERÇEKLEŞTİRİLEN BİLDİRİME DAYALI BOŞANMALARIN (KYOUGI RIKON) 5490 SAYILI NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU M. 27/A KAPSAMINDA TESCİLE ELVERİŞSİZ OLDUKLARI TEZİ

An Argument for the Non-Registrable Character of Mutual Consent Divorces (Kyougi Rikon) Carried out in Japan When Submitted Under the Regime of Civil Registration Services Act No. 5490, Article 27(A)

Onur Can SAATCIOĞLU

18. ZORUNLU DEPREM SİGORTASINDA SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BİNA KİMLİK SERTİFİKASININ SÖZLEŞME ÖNCESİ BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE KULLANILMASI

Pre-Contractual Declaration Obligation in Compulsory Earthquake Insurance and Use of Building Identity Certificate in Pre-Contractual Declaration Obligation

Hamit ÇAVUŞ; Sefa ER

19. İNTERNET ALAN ADLARINA DAİR ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM SÜREÇLERİNDE KÖTÜ NİYET KRİTERİ: TÜRK HUKUKU VE İCANN SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

The Bad Faith Criterion in Alternative Dispute Resolution Processes Regarding Internet Domain Names: A Comparison of Turkish Law and ICANN Systems

Sena KONTOĞLU TAŞTAN

20. EBEVEYNLERİN SOSYAL MEDYADA ÇOCUKLARI ÜZERİNDEN ELDE ETTİKLERİ KAZANCI ÇOCUK MALLARI KAPSAMINDA İNCELENMESİ

An Examination of the Profits that Parents Earn Through their Children on Social Media within the Scope of Minors Properties

Nesli Beril ÖZEN ÇOLAK

21. TÜRK HUKUKUNDA MENKUL KIYMET KAVRAMININ YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Re-Evaluation of the Concept of Security in Turkish Law

Abdullah ALTINTAŞ

22. EMBRİYONUN HUKUKİ DURUMUNA GENEL BİR BAKIŞ

A General Overview of the Legal Status of the Embryo

Müslüm TURAN; Eda DURAN

