

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt/Volume : 27

Sayı/Number:1

Yıl/Year: 2025



e-ISSN: 2587-1870

İZMİR - 2025



DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 27

Sayı/Number: 1

Yıl / Year : 2025



e-ISSN: 2587-1870

İzmir - 2025

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 27 Sayı: 1 Yıl: 2025

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.025.089.1321

e-ISSN: 2587-1870

Derginin Sahibi : Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekan V.)

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

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

Yayının Türü : Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.

DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı (Mayıs-Kasım) olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

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

Editör Yardımcıları : Dr. Öğr. Üyesi Mehpere ÇAPTUĞ DİLEK (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Dr. Banu ATLI DARCAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. İlker TEPE (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Arda Doruk KÖSE (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. İsmail ATAŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Sena Berfin TUNÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. İzgi ÖNGÜNŞEN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Birim Yayın Komisyonu

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Dekan V.) (Asil Üye)

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Asil Üye)

Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Asil Üye)

Doç. Dr. Serkan MERAKLI (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Yedek Üye)

Doç. Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU (Dokuz Eylül Üniversitesi) (Yedek Üye)

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi) Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi) Prof. Dr. Mine AKKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Özge KARAEĞE (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi) Prof. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Danışmanlar Kurulu : Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi) (İstanbul)
Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi) (Ankara)
Prof. Dr. Melda SUR (İzmir Ekonomi Üniversitesi) (İzmir)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi) (İzmir)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi) (İstanbul)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi) (İzmir)

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

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

<https://hukuk.deu.edu.tr/>

Tasarım ve Mizanpaj : Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir. Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Yayın Tarihi : 29.05.2025

© Tüm Hakları Saklıdır.

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

Öz Değerleri

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

Temel Amacı

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

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

1. Dergimiz, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde olup yılda iki sayı (Mayıs, Kasım) olarak yayımlanır. Dergimiz ayrıca TR-Dizin, HeinOnline, Ulrich’s Periodicals Directory, Google Scholar, Academindex ve Asos Index veri tabanlarında taranmaktadır.
2. Hakem incelemesine tâbi tutulacak makalelerle birlikte; **İntihal Programı, Telif Hakkı Devir Formu, çeviriler için ayrıca FSEK ve gerekli mevzuat uyarınca gerekli onayların alındığına dair belge** DergiPark’a yüklenmesi gerekmektedir.
3. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
4. Yazarlar, **unvanlarını**, <https://orcid.org/signin> adresinden alınmış **ORCID numarasını** (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve **e-mail** adreslerini bildirmelidir. Bu bilgiler makale dosyasından ayrı bir dosyada yüklenmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek olan **bütün çalışmaların (çeviri hariç) ekinde intihal programının da yüklenmesi** gerekiyor. Kabul edilebilir benzerlik oranı, dipnotlar, alıntılar ve kaynakça hariç olmak üzere en fazla %15’tir.

Makaleler yayın ilkemizde öngörülen şekli ve maddi şartlara uygun olarak düzenlenmek zorundadır. Bu unsurlara uymayan makaleler yazara iade edilerek düzeltilmesi talep edilir. İkinci bir düzeltme verilmeyecek olup, editörlüğümüz tarafından reddedilecektir.

Ayrıca makalelerde, ilk dipnota şu cümlelerin eklenmesi gerekmektedir. *“Yazar, eserinin Dergimize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.”*

6. **ULAKBİM/HeinOnline**’ın kriterleri doğrultusunda dergimizde bilimsel yazılar türlerine göre araştırma makalesi, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalar (derleme vs) şeklinde sınıflandırılmaktadır. **Yazar, çalışmanın niteliğine dair kanaatini (araştırma makalesi, karar incelemesi, çeviri ve diğer çalışmalar (derleme vs.)) çalışma başlığının altında belirtmelidir.** Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakemler tarafından değerlendirilir. Hakemlerin yazının türü konusunda görüş farklılığına düşmesi halinde editörler kurulunun kararı esas alınır.

7. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının da gönderilmesi şarttır. Ayrıca çevirilerde, çeviri yapan yazarın, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olması ve bunun çeviri başlığına eklenecek bir dipnotta belirtilmesi gerekir.
8. Dergimizin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
9. Dergiye gönderilen yazılarda **hem İngilizce hem de Türkçe** olmak üzere yazı **başlığı** (*title*), **en az 100 en fazla 200 kelimeden oluşan öz** (*abstract*) ve **5 adet anahtar kelime** (*keywords*) belirtilmiş olmalıdır. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise, makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe öz eklenmelidir.
10. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto** (tek satır aralığında) olarak hazırlanması, kenar ve alt-üst boşluklarının 2,5 cm olması ve (kaynaklar dâhil) **50 sayfayı (çeviriler için en fazla 30 sayfa)** geçmemesi gerekmektedir.
11. Metin içerisinde başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aaa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Çeviri kitaplara atıfta bulunulması halinde çeviren çev. şeklinde kısaltılmalıdır.

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

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

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

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

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

Elektronik kaynaklarda erişim adresinin ve tarihinin de belirtilmesi gerekir.

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

VIII

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

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

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 27 Sayı: 1 Yıl: 2025****İÇİNDEKİLER****ARAŞTIRMA MAKALELERİ****Prof. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ****Arş. Gör. M. Halid KAVAK**

Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Fahrî Konsolos 1-50

Prof. Dr. Sibel SAFİMülteci Hukukunda Belli Bir Sosyal Gruba Aidiyet Kriteri ve
'Aile İçi Şiddet' Bağlamında AB Adalet Divanının WS Bulgaristan
Kararı (C-621/21, WS v. Intervyuirasht Organ na DAB pri MS)..... 51-99**Doç. Dr. İpek Sevdâ SÖĞÜT**Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemleri Antik Roma'sında
Kadınlık ve Erdem: Toplumsal Cinsiyet Perspektifinde
Bir Değerlendirme 101-139**Doç. Dr. Uğur TÛTÛNCÛBAŞI**Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Davalarında Türk
Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi 141-176**Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU**Türk Hukukunda Yürürlükten Kaldırılması Gereken Bir Hüküm
Olarak Evliliği Sona Eren Kadın İçin Bekleme Süresi
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 27.06.2023 Tarihli
Bayraktar-Türkiye Kararı 177-204**Dr. Öğr. Üyesi Duygu ÇELEBİ DEMİR**İş İlişkisinin Kurulmasında Robot İşe Alım ve
Yapay Zekâ Kullanımı..... 205-253

Dr. Öğr. Üyesi Halit Serhan ERCİVELEK

Uluslararası Suçların Yargılanmasında Bütünleşik Sistem ve
Türk Anayasal Sistemine Etkileri 255-289

Dr. Öğr. Üyesi Kemal ERDOĞAN

Kefilin Mirasçılarının Kefalet Borcundan Sorumluluğu 291-348

Dr. Öğr. Üyesi Ulaş GÜNDÜZLER

Avrupa Birliği Hukuku'nun Önceliği İlkesi ve Kurulacak
Birleşik Kıbrıs'ta Teminat Altına Alınması 349-391

Dr. Öğr. Üyesi Şahin Eray KIRDIM

Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması ve Uluslararası Hukuk:
Memul Bir Teamül Hukuku Kuralı Üzerine Meyus Bir İnceleme 393-444

Dr. Öğr. Üyesi Serra KOCAR

Karşılaştırmalı Olarak Miras Hukukunda Birlikte Hareket İlkesi ve
Her Bir Mirasçının Tek Başına Hareket Edebilirliğinin Özellikle
İvedilik Hali Bakımından İncelenmesi 445-480

Dr. Öğr. Üyesi Yücel ÖZDEMİR

Taşınmaz Mülkiyeti Üzerinde Kamu Hukukundan Kaynaklanan
Sınırlamalar.....481-510

Dr. Öğr. Üyesi İlknur ULUĞ CİCİM**Arş. Gör. İrem Banu BAŞER ÖCAL**

Türk Hukukuna Göre Otonom Gemi Uzaktan Kontrol Merkezi
Personelinin İş Sözleşmesine Uygulanacak Kanunun Belirlenmesi 511-540

Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi ÜNAL

7499 Sayılı Kanun Sonrası Hükmün Açıklanmasının Geri
Bırakılması Kararlarının Kanun Yolu Denetiminde
Gerçekleşen Değişimler 541-596

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz YOLAL

Azınlık Pay Sahibinin Anonim Şirket Genel Kurul Toplantısına
Bakanlık Temsilcisi Görevlendirilmesine Yönelik Talep Hakkına
İlişkin Bir Değerlendirme 597-647

Öğr. Gör. Dr. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT

Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu
(TCK m. 256).....649-696

Arş. Gör. Dr. Abdurrahim ALTUN

Dijital Ortamdaki İmzaların Yazılı Şekil Şartını Sağlayıp
Sağlamadıkları Üzerine Bir Değerlendirme.....697-725

Dr. Tayfur YUMUŞAK

Zaruret Hali Görüşü Bakımından Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin
Avrupa Birliği Üyeliğinin Değerlendirilmesi 727-767

Arş. Gör. Aliye AKGÜN TOKER

Tıbbi Cihaz Hukuku Bağlamında Teşhis ve Tedavide Kullanılan
Yapay Zekâ Sistemleri.....769-824

Sibel GÜZELDAĞ

Yargı Kararları Çerçevesinde Mobbing (Psikolojik Taciz) ve
İspat Sorunu 825-867

Av. Tuğba TATLI

Uyumlu Eylemlerden Kaynaklı Tazminat Davalarında İspat ve
Delillerin Gösterdiği Özellikler 869-918

DOKUZ EYLUL UNIVERSITY

Faculty of Law Review

Volume: 27 Number: 1 Year: 2025

CONTENTS

RESEARCH ARTICLES

Prof. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ

Research Assist. Halid KAVAK

The Honorary Consul in the Framework of International Law 1-50

Prof. Dr. Sibel SAFİ

Particular Social Group Criteria in Refugee Law and the EU Court of Justice's Decision on WS Bulgaria in the Context of 'Domestic Violence' (C-621/21, WS v. Intervyuirasht Organ na DAB pri MS) 51-99

Assoc. Prof. Dr. İpek Sevdâ SÖĞÜT

Femininity and Virtue in the Roman Republic and Early Empire:
An Evaluation from a Gendered Perspective.....101-139

Assoc. Prof. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI

International Jurisdiction of Turkish Courts in Individual
Employment Cases Involving Foreign Elements.....141-176

Assoc. Prof. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU

A Provision in Turkish Law Have to be Repealed That Waiting
Period for Woman Whose Marriage Has Dissolved
Judgment of the European Court of Human Rights Dated
27.06.2023 Bayraktar-Turkey.....177-204

Assist. Prof. Dr. Duygu ÇELEBİ DEMİR

Robot Recruitment and Use of Artificial Intelligence in
Establishing the Employment Relationship 205-253

Assist. Prof. Dr. Halit Serhan ERCİVELEK

Integrated System for the Prosecution of International Crimes
and Effects on the Turkish Constitutional System.....255-289

Assist. Prof. Dr. Kemal ERDOĞAN

The Liability of the Surety's Heirs for the Surety Debt.....291-348

Assist. Prof. Dr. Ulaş GÜNDÜZLER

Primacy of EU Law and Its Implementation in United Cyprus
to be Established 349-391

Assist. Prof. Dr. Şahin Eray KIRDIM

The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and
International Law: A Despondent Analysis of an Allegedly
Emerging Rule of Customary Law 393-444

Assist. Prof. Dr. Serra KOCAR

Comparative Examination of the Principle of Action Together in
Inheritance Law and the Ability of Each Heir to Act Alone,
Especially in terms of Urgency.....445-480

Assist. Prof. Dr. Yücel ÖZDEMİR

Limitations Arising from Public Law on Real Estate Ownership 481-510

Assist. Prof. Dr. İlknur ULUĞ CİCİM**Research Assist. İrem Banu BAŞER ÖCAL**

Determination of the Code Governing the Employment Contract of
Autonomous Ship Remote Control Center Personnel under
Turkish Law 511-540

Assist. Prof. Dr. Osman Gazi ÜNAL

Changes in the Legal Remedies Review of Decisions on the
Deferral of Judgment Pronouncement Following Law No. 7499 541-596

Assist. Prof. Dr. Oğuz YOLAL

An Evaluation of the Right of the Minority Shareholder to
Request the Appointment of a Ministry Representative to the
General Assembly Meeting of a Joint Stock Company 597-647

Lecturer Dr. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT

Exceeding Limits of Authorisation of use Force Crime
(Art. 256 TCC).....649-696

Research Assist. Dr. Abdurrahim ALTUN

An Evaluation on Whether Signatures in Digital Media Meet the
Requirement of Written Form.....697-725

Dr. Tayfur YUMUŞAK

Evaluation of the European Union Membership of the Greek
Cypriot Administration of Southern Cyprus from the
Perspective of State of Necessity 727-767

Research Assist. Aliye AKGÜN TOKER

Artificial Intelligence Systems Used for Diagnosis and
Treatment in the Context of Medical Device Law.....769-824

Sibel GÜZELDAĞ

Mobbing within the Framework of Judicial Decisions
(Psychological Harassment) and the Problem of Proof.....825-867

Lawyer Tuğba TATLI

Proof and Characteristics of Evidence in Compensation Lawsuits
Arising from Concerted Practices 869-918

ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE FAHRÎ KONSOLOS

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1589996>

Prof. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ*

Arş. Gör. M. Halid KAVAK**

Öz

Uluslararası hukukun en eski kurumlarından biri olan konsoloslar, devletlerin devamlılığında her zaman hayatî bir rol oynamıştır. Nitekim devletler siyaset dışındaki alanlarda iletişim kurarken konsoslardan yoğun şekilde yararlanma eğilimindedir. Konsolosların kökenleri antik çağlara kadar uzansa da modern kullanımı esasen Ortaçağda başlamıştır. Temelde iki ana konsolos kategorisi bulunmaktadır: “Kariyer konsolosları” (consules missi) ve “fahrî konsoloslar” (consules electi). Görünen odur ki, ikincisi özellikle 19’uncu yüzyılın sonlarında eleştirilmiş olsa da ehemmiyeti hiçbir zaman azalmamıştır. Önemi ve yaygın kullanımı ne olursa olsun, uluslararası hukukta fahrî konsolosluğun kesin bir tanımı bulunmamaktadır. Bu kadar yaygın bir müessesenin tanımının olmayışı büyük bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Ayrıca, yukarıda belirtilen konsolos kategorilerinin kendi hukukî statüleri bulunmaktadır. Bu nedenlerden ötürü fahrî konsolosların analizinin yapılması isâbetli bir yaklaşım olacaktır. Ayrıca, bu konuda yazılmış çok az risale ve makale bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla, bu makalenin temel amacı, sırasıyla, fahrî konsolos müessesini tanıtmak ve uluslararası hukuka göre fahrî konsolosların hukukî statülerini analiz etmektir.

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (anil.camyamac@bakircay.edu.tr) ORCID: 0000-0002-8476-9110 (Geliş Tarihi: 22.11.2024-Kabul Tarihi: 17.01.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

** İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İzmir (halid.kavak@bakircay.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7757-1555 (Geliş Tarihi: 22.11.2024-Kabul Tarihi: 17.01.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Fahrî Konsolos, Kariyer Konsolosu, Consules Electi, Consules Missi, Konsolosluk Ayrıcalık ve Bağışıklıkları

**THE HONORARY CONSUL IN THE FRAMEWORK OF
INTERNATIONAL LAW**

(Research Article)

Abstract

As one of the oldest institutions of international law, consuls have always played a vital role in the continuum of States. Indeed, when communicating in the fields other than politics, States tend to utilise consuls extensively. Although the origins of consuls can be traced back in antiquity, modern usage started in the Middle Ages. In essence, there are two main categories of consuls: career consuls (consules missi) and honorary consuls (consules electi). Despite the fact that the latter was criticised particularly in the late 19th Century, as it appears, its importance has never diminished. Regardless of its importance and wide usage, there is no exact definition for honorary consuls in international law. The lack of a definition for such a wide spread institution could be inferred as a major deficiency. Furthermore, the aforementioned categories of consuls have their own legal status. For these reasons, it would be an adequate approach to analyse honorary consuls. Additionally, there are very few treatises and essays that were written on the said subject. Hence, the main purpose of this article is to introduce the institution of honorary consuls, and to analyse their legal status according to international law, respectively.

Keywords

Honorary Consuls, Career Consuls, Consules Electi, Consules Missi, Consular Immunities and Privileges

GİRİŞ

Devletler arasında kurulan resmî ilişkileri, en basit hâliyle, iki temel gruba ayırmak mümkündür. Bunlar diplomatik ve konsüler ilişkilerdir. Diplomatik ilişkiler siyasî nitelikli ilişkileri ifade etmek için kullanılmaktadır. Konsolosluk ilişkileri ise ilke olarak siyaset dışı ilişkiler çerçevesinde kurulmaktadır¹. Siyaset dışı ilişkilerden kasıt ise temelde ekonomik, bilimsel ve kültürel ilişkiler olmaktadır². Her iki tür ilişki de devletin dışişleri bakanlığına bağlı olarak yürütülmektedir³. Ancak, her iki ilişki sistemine uygulanacak kuralların genel olarak farklı olduğuna işaret edilmelidir. Nitekim her iki

¹ İstisnâî hâllerde konsoloslara diplomatik görevler verilebilmektedir. “İşgüder konsolos” olarak da anılan diplomatik görevler üstlenmiş konsoloslar diplomat sayılmayacak ve diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıkları hâiz olamayacaklardır. İşgüder konsoloslarla alâkalı Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi (1963) (bkz. *infra* dipnot: 5) m. 17/1 şu şekilde kaleme alınmıştır: “Gönderen Devletin diplomatik temsilciliği bulunmayan ve üçüncü bir Devletin diplomatik temsilciliği tarafından da temsil olunmayan bir Devlette, konsolosluk memuru, kabul eden Devletin muvâfakatiyle ve kendi konsolosluk statüsüne hâle gelmeksizin diplomatik görevleri yerine getirmekle görevlendirilebilir. Bu görevlerin konsolosluk memuru tarafından yerine getirilmesi, ona hiçbir diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlık hakkı vermez”.

² Diplomatik ilişkiler kapsamına uluslararası örgütler nezdinde atanan temsilciliklerin de dâhil olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu itibarla, konsolosluk ilişkileri (statü ve işlevleri) uluslararası örgütler nezdinde atanan temsilcilerin işlevleri ve statüleriyle de bağdaşmamaktadır. Nitekim *Arcaya v. Pérez Dávila* (1956) sonrasında Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı tarafından ülkedeki yabancı misyon şeflerine bir bildirim gönderilmiştir. Bu bildirimde, konsolosluk memur ve çalışanlarının uluslararası hukuk, teâmül ve ikili anlaşmalarla belirlenmiş olan işlev ve statülerinin Birleşmiş Milletler Merkez Anlaşması uyarınca kendilerine diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlık tanınmış temel temsilciler ve temsilciliklerin üyelerinin işlev ve statüleriyle bağdaşmadığı belirtilmiştir. Bu yüzden de Birleşik Devletler’in, Merkez Anlaşması’nın 15’inci kısmı uyarınca diplomatik bağımsızlığı hâiz kişilerin aynı zamanda konsüler veya herhangi diplomatik niteliğe sahip olmayan bir işlevi hâiz olmalarını genel olarak tanımayacağı ilâve edilmiştir. Konuya ilişkin olarak bkz. **Henkin**, Louis/**Pugh**, Richard C./**Schachter**, Oscar/**Smit**, Hans (eds.): *International Law: Cases and Materials*, 3rd Edition, West Publishing, St. Paul 1998, s. 1208.

³ Her ne kadar diplomatik ilişkiler ağırlıklı olsa da, genel anlamda, diplomatik ilişkilerle birlikte, konsolosluk ilişkileri ve ötesinde uluslararası örgütlerle ilişkiler bir bütün olarak diploması hukukunu oluşturmaktadır. Meselâ *Maresca* diplomatik ilişkiler olmaksızın da konsolosluk ilişkilerinin varlığı hususuna değinirken iki sistem arasında farklar olduğunun altını çizmiş; ancak yine de iki sistem arasında birçok noktada temasın varlığına işaret etmeyi de ihmal etmemiştir. Bunun ötesinde, yazar, ana farkın düzenledikleri alanlar olduğunu, konsoloslukların, temelde iç hukukla ilgili faaliyetleri yürütürken, diploması temsilciliklerinin uluslararası düzlemdeki faaliyetleri yürüttüğünü ifade etmiştir. Bkz. **Maresca**, Adolfo: “Les relations consulaires et les fonctions du consul en matière de droit privé”, *Recueil des cours*, vol. 134, 1970-III, 1970, s. 115-116.

müessese için farklı evrensel sözleşmeler söz konusudur. Bununla beraber, diplomatik ve konsüler ilişkiler farklı sözleşmelerle düzenleniyor olsa da, bu Sözleşmelerdeki birçok hüküm birbirine koşut biçimde şekillendirilmiştir. Tabii ki, düzenlenen ilişkilerin nitelikleri, belirtildiği üzere farklılıklar taşımakta ve düzenlemeler her ne kadar koşut gibi görünse de, farklılıkları barındırmaktadır.

Konsolosluk uluslararası alanda devletler veya toplumlar arasında ilişkileri temsil eden, yöneten en eski müesseselerden biri konumundadır. Bu itibarla, konsoloslar tarihin çeşitli dönemlerinde farklı yetkilerle donatılmıştır. Konsolosluk müessesesi dâhilinde fahrî konsolosların ayrı ve önemli bir yeri bulunmaktadır⁴. Bu hususların nedenlerinin çalışmanın içerisinde mümkün olduğunca açıklanması amaçlanmaktadır. Böylelikle bu çalışmada Türk hukuk doktrinde fazlaca ele alınmayan bir konu, konsolosluk ilişkilerinde fahrî konsolosların kullanılması, mercek altına alınacaktır. Bunun için 1963 yılında bağtlanan Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi⁵ başta

⁴ Yazarların da dikkat çektiği üzere fahrî konsolosluklardan değil, fahrî konsoloslardan bahsedilmektedir. Bu konuda meselâ bkz. **Bratt**, Martin: “Status and Functions of Honorary Consuls”, *Annuaire de l’Association des auditeurs et anciens auditeurs de l’Academie de droit international de La Haye*, vol. 49/50, 1979/80, s. 96.

⁵ 24 Nisan 1963 tarihinde bağtlanan, 19 Mart 1967 tarihinde yürürlüğe giren ve günümüzde aralarında Türkiye’nin de bulunduğu (19 Şubat 1976) 182 tarafı olan Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesinin (1963) resmî metinleri için bkz. “Vienna Convention on Consular Relations”, *United Nations-Treaty Series*, vol. 596, no: 8638, 1967, s. 261-467. Sözleşmenin Türkçe resmî metni için bkz. Resmî Gazete 29.05.75 Sayı: 15249. Bundan sonra kısaca *Viyana Sözleşmesi (1963)* olarak anılacaktır. Ayrıca, Viyana Sözleşmesine (1963) dair ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Torres Bernardez**, Santiago: “La convention de Vienne sur les relations consulaires”, *Annuaire français de droit international*, vol. 9, 1963, s. 78-118; **do Nascimento e Silva**, Geraldo Eulalio: “The Vienna Conference on Consular Relations”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 13/4, 1964, s. 1214-1254 (Vienna Conference on Consular Relations); **Papas**, C. N.: “Brefs commentaires sur le convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires”, *Revue hellénique de droit international*, vol. 17/1, 1964, s. 88-97; **Lewis**, Charles J.: *State and Diplomatic Immunity*, 2nd Edition, Lloyd’s of London Press, London 1985, s. 196-206; **Lee**, Luke T.: *Consular Law and Practice*, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford 1991, özellikle s. 23 vd.; **Kussbach**, Erich: “Vienna Convention on Consular Relations (1963)”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV (R-Z), Edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier, Amsterdam 2000, s. 1289-1293; **Kadelbach**, Stefan: “Addendum”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV (R-Z), Edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier, Amsterdam 2000, s. 1293-1295; **Lee**, Luke T./**Quigley**, John B.: *Consular Law and Practice*, 3rd Edition, Oxford University Press, Oxford 2008, özellikle s. 21 vd.; **Richtsteig**, Michael: *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2010, s. 125-262; **Dienelt**, Anne: “Vienna Convention on Consular Relations (1963)”,

olmak üzere devletler arasındaki düzenlemeler kapsamında konuya yaklaşılabacaktır.⁶ Fahrî konsolosların kullanılması irdelenirken kilit nokta, konsolosluk müessesesinin özümzenmesi olmalıdır. Bu çerçevede, incelemelere öncelikle tanımlarla başlanılacak sonrasında fahrî konsolosların kullanımı başta olmak üzere genel olarak konsolosluk müessesesinin kısa bir tarihçesiyle devam edilecektir ki, bu yapılırken konsolosluk müessesesinin geldiği son nokta aşamalarıyla ortaya konulmuş olacaktır. Müteâkiben, fahrî konsolos ve meslekten konsolosluk çerçevesinde hukukî statülere ilişkin karşılaştırmalı olarak incelemelere devam edilecektir.

Bahsedilen bu değerlendirmeler yapılırken, hangi kaynakların gözetileceği de ortaya konulmalıdır. Konsolosluk ilişkileri açısından evrensel nitelikteki Viyana Sözleşmesi (1963) bu alandaki en temel düzenleme niteliğindedir. Bununla birlikte, konsolosluk müessesesinin tarihçesi ve Viyana Sözleşmesinin (1963) bir çatışma durumunda çatıştığı anlaşmaların üstün tutulmasına ilişkin hükmü gözetildiğinde⁷, genel olarak, fahrî konsolosluk düzen-

Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, April 2011 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1003> (son ziyâret tarihi: 22/11/24). Viyana Sözleşmesine (1963) dair Türk doktrininde ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Aybay**, Rona: Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Türkiye İşbankası Kültür Yayınları, İstanbul 2009, s. 89 vd.; **Reçber**, Kamuran: Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku, Dora Yayınları, Bursa 2011, s. 103-134; **Aybay**, Rona: Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş İkinci Baskı, Literatür, İstanbul 2020, s. 73 vd.

⁶ Viyana Sözleşmesi (1963), kuşkusuz, konuya ilişkin çok taraflı tek konsolosluk antlaşması konumunda değildir. Bu konudaki ilk çok taraflı antlaşma 20 Şubat 1928 tarihinde bağtlanan ve 3 Eylül 1929 tarihinde yürürlüğe giren “Havana Konsolosluk Ajanlarına İlişkin Sözleşme” olmaktadır. Sözleşmeye günümüzde Amerika Kıtası’ndaki 14 devlet taraftır. Sözleşmenin resmî İngilizce metni için bkz. “Convention on Consular Agents”, American Journal of International Law Supplement, vol. 22/3, 1928, s. 147-151. Bundan sonra kısaca *Havana Sözleşmesi (1928)* olarak anılacaktır. Bunun dışında, 1967 yılında Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen ve beşinci onayın ancak 2011 yılında gerçekleştiği ve böylelikle 9 Haziran 2011 tarihinde yürürlüğe giren “Konsolosluk İşlevlerine Dair Avrupa Sözleşmesi” hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Green**, N. A. Maryan: “European Convention on Consular Functions: A Contribution by the Council of Europe to the Development of International Law”, Revue belge de droit international, vol. 8/1, 1972, s. 176-188. Ayrıca, bkz. **Wiebringhaus**, Hans: “Nouvelles conventions multilatérales du Conseil de l’Europe”, Annuaire français de droit international, vol. 10, 1964, s. 566. Tüm bunlar bir yana, tabii ki konsolosluk ilişkilerinin nüvesinin yine de devletler arasındaki ikili anlaşmalarla belirlendiği göz ardı edilmemelidir.

⁷ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 73/1: “Bu Sözleşme hükümleri, yürürlükteki diğer uluslararası anlaşmalara taraf olan Devletler arasındaki ilişkilerde bu anlaşmaları haleldar etmeyecektir”.

lemelerinin devletler arasındaki ikili anlaşmalar mûcibince şekillendiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır⁸. Bunlara ilâve etmek gerekir ki, Viyana Sözleşmesi (1963) çerçevesinde fahrî konsoloslara dair “Fahrî Konsolosluk Memurlarına ve Bunlar Tarafından Yönetilen Konsolosluklara Uygulanacak Rejim” (*Regime Relating to Honorary Consular Officers and Consular Posts Headed by Such Officers*) başlığını taşıyan III. Bölümünde 58 ilâ 68’inci maddeler arasında toplam 11 maddede genel bir düzenleme de getirilmiştir. Böylelikle fahrî konsoloslukla ilgili çalışmada Viyana Sözleşmesinin (1963) ilgili hükümleri başta olmak üzere devletler arasında bağitlanmış olan ikili anlaşmalarla birlikte doktrinin konuya ilişkin analizleri göz önüne alınmak sûretiyle değerlendirmeler yapılmaya çalışılacaktır.

I. TEMEL KAVRAMLAR

Konsolos kelimesinin kökeni, “istişâre” (*counsel*) veya “danışma” (*advise*) anlamına gelen Latince “*consulere*” kelimesine dayandırılmaktadır.⁹ Daha önceleri yetkileri ağırlıklı olarak siyasî ve yargısal alanlarda yoğunlaşan konsolosluk müessesesinin, günümüze gelindiğinde, yetkiler konusunda oldukça geriye gittiği görülmektedir. Bu minvalde, yetkiler artık ağırlıklı olarak ticarî ve idarî alanlarla sınırlandırılmıştır¹⁰.

Konsolosluklar bünyesinde faaliyet gösteren görevliler özü itibariyle iki gruba ayrılarak incelenmektedir: Meslekten konsoloslar ve fahrî konsoloslar¹¹. Latince ilki *consules missi*¹² olarak anılırken, makalenin de konusunu

⁸ Hatta öyle ki, devletler kendi aralarında ikili konsolosluk anlaşmaları bağitlarken, birbirlerine diğer devletlere tanıdıklarından daha üstün haklar tanıyabilmektedir ki, bu üstün haklar üç temel kategoride sınıflandırılabilir: Konsolosluğun kurulması, konsolosluk ayrıcalık ve bağışıklıkları ve konsolosluk işlevleri. Konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için meselâ bkz. Ustor, Endre: “Hungary’s Consular Conventions and the Equality of Treatment”, Questions of International Law: Hungarian Perspective, vol. II, edited by Haraszti, translated by Decsényi & Simon, Akadémiai Kiadó/Sijthoff & Noordhoff, Budapest 1981, s. 217-229

⁹ Bkz. Tuson, E. W. A.: The British Consul’s Manual: Being a Practical Guide for Consuls as well as for the Merchant, the Shipowner and the Master Marine in All Their Consular Transactions, Longman and Co. Paternoster-Row, London 1856, s. 1; Evriviades, Euripides: “The Demands of Diplomacy: The Role of Career and Honorary Consuls”, Whitehead Journal of Diplomacy & International Relations, 2005, s. 23; Aybay, 2020, s. 3.

¹⁰ Bu konuya ilişkin meselâ bkz. Irizarry y Puente, Julius: The Foreign Consul. His Juridical Status in the United States, Burdette. J. Smith & Company, Chicago 1926, s. 37 (The Foreign Consul).

¹¹ Fahrî konsolos terimi yanında aynı zamanda ticaret yapan, tâcir veya tüccar konsolos (*trading* veya *merchant consul*) veya ödeme yapılmayan konsolos (*unpaid consul*) te-

teşkil eden fahrî konsoloslar ise *consules electi* olarak adlandırılmaktadır. Konsolosluk görevlilerine ilişkin bu iki temelli ayırımdaki esas sorun meslekten konsoloslarla fahrî konsoloslar arasındaki farkın tespit edilmesinde yatmaktadır. Bu farkın veya farkların belirlenmesi, kuşkusuz, fahrî konsolos tanımının da ortaya konulmasını sağlayacaktır.

Bu konuda Viyana Sözleşmesi (1963) irdelendiğinde, her ne kadar konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olduğu gözlenirse de, fahrî konsoloslara ilişkin bir tanım oluşturulmadığı fark edilmektedir¹³. Birleşmiş

rimlerinin de kullanılabildiği belirtilmektedir. Bkz. **Libera**, Casimir: “Le consul honoraire depuis les origines jusqu’à nos jours”, *Revue hellénique de droit international*, vol. 11/1, 1958, s. 248. Bununla birlikte, eski kullanımlarda konsüler ajanlar veya konsolosluk ajanları (*consular agents*) teriminin de fahrî konsolos anlamında kullanılabildiği fark edilmektedir. Meselâ bkz. **Stowell**, Ellery C.: *Consular Cases and Opinions from the Decisions of the English and American Courts and the Opinions of the Attorney General*, John Bryce & Co., Washington D.C. 1909, s. viii. Kitabında Fransız konsolosluk sistemini de aktaran *Warden*’in benzer şekilde (konsolosluk) ajanlarına ilişkin açıklamaları da bunun kanıtını oluşturmaktadır. Bkz. **Warden**, David Bailie: *On the Origin, Nature, Progress and Influence of Consular Establishments*, Smith, Paris 1813, s. 191-192. Bunun dışında, meselâ “Diplomatik Mali Muafiyetler ve Bağışıklıklar” başlığını taşıyan 17 Temmuz 1934 tarihinde kabul edilmiş ve 8 Mart 1935 tarihinde tādile uğramış Küba ulusal düzenlemesinin 30’uncu maddesinde de konsüler ajan ile fahrî konsolos terimlerinin birbiri yerine kullanıldığına işaret edilmelidir. Bkz. “Legislative Decree No. 347 of 17 July 1934, as Amended by Legislative Decree No. 910 of 8 March 1935 Diplomatic and Consular Privileges and Immunities”, in *Laws and Regulations Regarding Diplomatic and Consular Privileges and Immunities*, United Nations Legislative Series. Volume VII, New York 1958, s. 73-78 özellikle s. 76. Ayrıca bu konuya ilişkin bkz. **Whiteman**, Marjorie M.: *Digest of International Law*, vol. 7, United States Government Printing Office, Washington D.C. 1970, s. 564. Öte yandan, bazı eserlerde fahrî konsoloslar kadroya dâhil olmayan konsoloslar adıyla da anılabilmektedir. Bkz. **Sarsembayev**, Marat: *Diplomatik ve Konsolosluk Hukuku*, Yepa Ltd. Şti., Ankara 2000, s. 115 vd.

¹² Meslekten konsoloslara “*consules missi*” yerine bâzen “*consuls de carrière*” adı verilmektedir. Bkz. **Lee**, Luke T.: *Consular Law and Practice*, Frederick A. Praeger, New York 1961, s. 14; **Gamboa**, Melquiades J.: *A Dictionary of International Law and Diplomacy*, Central Lawbook Publishing Co., Inc., Quezon City 1973, s. 73. Ayrıca, bkz. **Meray**, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, Yeniden Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1965, s. 58 dipnot: 7. Gerek meslekten gerek fahrî konsoloslara ilişkin kullanılan farklı terimler için ilâveten bkz. **Irizarry y Puente**, *The Foreign Consul*, s. 13.

¹³ Meselâ belirtmelidir ki **Libera** 19’uncu yüzyılla birlikte iki sınıf arasındaki ayrımın belirgin şekilde ortaya konulabildiğini, ancak iki sınıfla ilgili hukukî statülerin hâlihazırda net olmadığını belirtmiş ve bu zamana kadar gerek iç düzenlemeler gerek devletlerin kendi aralarında bağışladıkları anlaşmalar çerçevesinde iki sınıfa dair tanımların arasında belirli farklar olduğuna işaret etmiştir. **LIBERA**, s. 248-249. *Scott-Smith* ise, genel ola-

Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunda konuyla ilgili süregelen tartışmaların olumlu sonuçlanmamıştır. Bunun nedeni, doktrinde, devletlerin bu konudaki farklılıklarının beslediği şekliyle onları meslekten memurlardan ayıracak belirgin ve kesin kriterin ortaya konulmaması olarak gösterilmektedir¹⁴. Bu minvalde, bir tanım oluşturulurken, öncelikle ulusal düzenlemeler göz önüne alınmalıdır. Bu konuda meselâ 1954 tarihli 69 sayılı Peru kararname-sine bakıldığında fahrî konsolosların Peru uyruğundan olmayabileceklerine ve resmî faaliyetlerinin yanı sıra gerçekte mesleği olup olmamasına bakılmaksızın Peru’da kazanç getiren bir faaliyeti sürdürebileceklerine açıkça yer verilmiştir¹⁵. 1955 yılında kabul edilen Belçika Kanununa göre meslekten olmayan konsolosların hizmet ettikleri devletin memuru olmadıkları ve diğer meslekleri icra edebilecekleri düzenlenmiştir. İlâveten atanacak kadar nitelikli uyruğun bulunmadığı durumlarda konsolos oldukları devlete yabancı olabileceklerine ve hatta işlevlerini gerçekleştirdikleri devletin bile vatandaşı olabileceklerine yer verilmiş olduğu takip edilmektedir¹⁶. Gözlen-diği üzere, ulusal düzenlemelerin, gerçekte, fahrî konsolos tanımına dair açık düzenlemeler getirmediği, onun yerine bazı özelliklerin sıralandığı görülmektedir. Nitekim ulusal mevzuatlardaki bu durum doktrinde de vurgulanmaktadır¹⁷.

Fahrî konsoloslara ilişkin tanımları, bu bağlamda, doktrindeki açıklamalar çerçevesinde tespit etmek daha isâbetli olacaktır.¹⁸ Bakıldığında, *Žourek* 1956 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu tartışmaları esnasında görev

rak, konsolosluk müessesesinin târifinin zor olduğuna ve “arada” bir kurum olarak nite-lendirilebileceğine işaret etmiştir. Bkz. **Scott-Smith**: Giles: “Edges of Diplomacy: Literary Representations of the (Honorary) Consul and the Public-Private Divide in Diplomatic Studies”, New Global Studies, 2017, s. 2.

¹⁴ Bkz. **Didat**, Maxime: “Le consul honoraire: parent pauvre du droit international?”, *Annuaire français de droit international*, vol. 56, 2010, s. 103.

¹⁵ Yabancı Diplomatik ve Konsüler Ajanlara ve Uluslararası Örgütler ve Kuruluşların Görevlerine Hükûmet Tarafından Tanınan Ayrıcalıklara İlişkin 18 Şubat 1954 tarih ve 69 sayılı Kararnâme m. 54(b). Bu Kararnâme için bkz. “Decree No. 69 and 18 February 1954 Concerning the Privileges Granted by the Government to Foreign Diplomatic and Consular Agents and to Officials of International Organizations and Agencies”, in *Laws and Regulations Regarding Diplomatic and Consular Privileges and Immunities*, United Nations Legislative Series, Volume VII, New York 1958, s. 228-235, özellikle s. 234.

¹⁶ Aktarım için bkz. **Libera**, s. 249.

¹⁷ Bkz. **Libera**, s. 249.

¹⁸ Tanım bir kenara *Heyking* fahrî konsoloslara dair açıklamalarına başlarken, onları fahrî doktora alan şahıslarla özdeşleştirmiş ve bu şekilde bir paralellik kurmuştur. Bkz. **Heyking**, Baron Alphonse: “La théorie et la pratique des services consulaires”, *Recueil des cours*, vol. 34, 1930-IV, 1930, s. 839-840.

yapacakları ülkede mukim kişiler arasından seçilecek fahrî konsolosların fahrî konsolosluk işlevleri dışında kazanç sağlayan faaliyetlerde bulunabileceklerini ve nihâyetinde gönderen, kabul eden ve hatta üçüncü bir devletin uyruğu olabileceklerini belirtmiştir¹⁹. Žourek'in konuya ilişkin daha sonraki eserlerinde de benzer ayırıcı noktalara değindiği fark edilmektedir. Böylelikle, konsüler misyon, gereğinin olduğu yerde mukim olan kişiler arasından seçilecek fahrî konsoloslar, tâcir, avukat ve banker gibi sayılı mesleklerle sahip olup genelde de kabul eden devletin vatandaşı konumundadır²⁰.

Lee de benzer şekilde açıklamalar yapmıştır. Bu itibarla, önce meslekten konsoloslarla alâkalı belirlemeler gerçekleştirmiş; memur statüsünde ve gönderen devletin uyruğunda olduklarını ve hiçbir biçimde kendilerine ait işlerinin olamayacağını belirtmiştir. Buna karşılık, fahrî konsolosların konsolosluk vazifelerinin yanı sıra kendi kazanç getiren işlerini sürdürdüklerine, kabul eden devletin mukimleri arasından yerel olarak seçildiklerine ve gönderen, kabul eden veya üçüncü bir devletin uyruğunda olmalarının önem arz etmediğine dikkat çekmiştir. Tüm bu açıklamaları müteâkiben meslekten ve fahrî konsolos sınıfları arasındaki farkları şu şekilde sıralamıştır: İstihkak hakları, hizmet sözleşmesine bağlı olmaları, özel bir eğitimin (meslekî eğitimin) olmaması, tâbiyetinde çeşitlilik, farklı bir mesleğin icra edilebilirliği, bağımsızlıkların kapsamının kısıtlılığı, sınırlı işlevleri oluşu ve en son bulunabilecekleri konsolosluk kademeleri²¹.

O'Connell de fahrî konsolosların meslekten konsoslardan ayrımının şu hususlar bakımından gerçekleştirileceğini belirtmiştir: Ücret almaları, geçici olmaları, konuya ilişkin eğitim almamaları, yarı-zamanlı olmaları ve genelde de kabul eden devletin uyruğundan olmaları²². Gamboa da meslekten olmayan konsoloslar olarak betimlediği fahrî konsolosları yabancı bir devlette genelde işadamları konumunda olan ve konsolosluk görevine yarı zamanlı devam edebilen kişiler olarak nitelemiştir. İlâveten yazar, temsil eden devletin vatandaşlığına sahip olabilecekleri gibi olmayabileceklerine de işaret etmeyi ihmâl etmemiştir. Gamboa fahrî konsolosların kariyer (meslekten) memurlar(ı)yla arasındaki tüm bu farklara ek olarak istihkaklarının olmadığını, kadrolarının geçici olduğunu, (meslekî) eğitimlerinin ve tecrübelerinin

¹⁹ Bkz. Yearbook of the International Law Commission, vol. I, 1956, s. 252 paragraf: 2.

²⁰ Bkz. Žourek, Jaroslav: "Le statut et les fonctions des consuls", Recueil des cours, vol. 106, 1962-II, 1962, s. 384 (Le statut et les fonctions des consuls).

²¹ Bkz. Lee, 1961, s. 14-16.

²² Bkz. O'Connell, Daniel Patrick: International Law, vol. II, 2nd Edition, Stevens & Sons, London 1970, s. 918.

bulunmadığını ve bağışlıklarının daha kısıtlı olduğunu belirtmiştir²³. Fox ise, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk sözlüğünde fahrî konsolosu tanım-larken, ilgili şahsın bir ülkenin yarı-zamanlı konsüler ajanı olarak hareket ettiğine; temsile ihtiyaç duyulan yerin sâkini konumunda olduğuna, aynı zamanda genelde gönderen devletin uyrukluğunu taşımadığına ve nihâyet çoğu zaman da temsil ettikleri hükûmetten maaş almadığına dikkat çekmiş-tir²⁴. Leh *Staszewski* ise meslekten konsolos ile fahrî konsolos arasındaki farkları dört temelde ele almıştır: “Vatandaşlık hususu”, “istihkak”, “temsil edilen ülke (devlet) ile ilişki”, “tasarruf, ayrıcalık ve bağışlıklar hakları”²⁵.

Didat fahrî konsolosların tanımlanmasında yedi unsurdan veya farktan hareket etmiştir. Yazar, her bir unsurun tek tek ele alındığında kariyer konsolos ile fahrî konsolos arasındaki ayrımı net şekilde ortaya koymasa da, bir bütün olarak ele alındıklarında mukayesenin ve farkın çok belirgin bir biçimde ortaya çıktığının altını çizmiştir. Bu minvalde, *Didat*’ın fahrî konsolosun tanımını verirken bir bütün olarak ele alınması gerektiğini belirttiği yedi unsur şu şekilde sıralanabilecektir: Ücret yokluğu, hizmet sözleşmesinin yokluğu, meslekî eğitim yokluğu, uyrukluğun farklı olabilirliliği, başka bir faaliyette bulunma serbestisi, daha kısıtlı bağışlıkların söz konusu olması, daha kısıtlı işlevlerin bulunması²⁶.

Türk doktrinde *Aybay* da meslekten konsoloslarla fahrî konsoloslar arasında yedi fark ortaya koyarak, bu farkları şu genel başlıklar altında sıralamıştır: Hizmet ilişkisi, ücret veya maaş, gönderen devlete bağlılık, uyruk-luk, yeterlilik koşulları, başka görev yasağı, görevin son bulması²⁷.

Fark edileceği üzere, fahrî konsolosluğun tanımına dair tüm yazarlar hemen hemen aynı noktalara değinirken ve aynı unsurlara yer verirken, mes-lekten konsoloslar ile aralarında mevcut benzer farkları sıralamışlardır²⁸.

²³ Bkz. **Gamboa**, s. 73.

²⁴ Bkz. **Fox**, James R.: Dictionary of International and Comparative Law, 3rd Edition, Oceana Publications, Inc., New York 2003, s. 149.

²⁵ Bkz. **Staszewski**, Wojciech Szczepan: “Historical Development of the Institution of the Honorary Consul”, Review of Comparative Law, vol. 7, 2002, s. 138 (Institution of the Honorary Consul).

²⁶ Bkz. **Didat**, s. 106-108.

²⁷ Bkz. **Aybay**, 2020, s. 273-278. Ayrıca bkz. **Aybay**, 2009, s. 297-302. Türk doktrinde ayrıntılı olmasa da fahrî konsoloslarla meslekten konsolosların arasındaki farkları sıralayan diğer bir eser için bkz. **Şimşek**, Sultan Şuanur: Cemal Kaşıkçı Olayı Bağlamında Konsüler Dokunulmazlık ve Bağışlıklar, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 39-40.

²⁸ Değinilen yazarlar dışında da diğer yazarlar özellikler ve farklar üzerinden fahrî konsolosluk kavramının içeriğini ortaya koymuşlardır. Bunlar arasında meselâ bkz. **Ernst**, Andrea: “Honorary Consuls”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law,

Ancak dikkat edilmesi gereken husus, gerek fahrî konsolosluğu tanımlarken kullanılan özellikler gerek tanımı tamamlayıcı şekilde yer verilen ve fahrî konsoloslar ile meslekten konsoloslar arasında sıralanan farklar açısından her dâim istisnâî durumların var olmasıdır. Yazarlar genel olarak devlet uygulamalarından yola çıkarak özellik ve farkları sıralarken, dikkat edilmesi gereken, devlet uygulamalarının bu konuda yeknesak olmayışı, bazı durumlarda bazı devletlerin veya müessesenin uygulamaları açısından birtakım ayrıksı uygulama ve durumların oluşu fahrî konsolos tanımının belirginliğini zedeleyebilmektedir.

Fahrî konsoloslara gönderen devlet tarafından maaş veya istihkak verilmemiş olması onları meslekten konsosolardan ayıran en önemli özelliklerden biri olarak ortaya konulmakta ve böylelikle tanımın oluşturulmasında kullanılan temel unsurlardan biri olmaktadır²⁹. Bununla beraber, *Žourek*, meslekten konsoloslar açısından gönderen devletin hiçbir ödeme yapmaması veya kısmî ödeme yapması durumunda dahi statülerini koruyacaklarını belirtmiş; bu görüşünü desteklemek için de 1925 yılında yayımlanmış Finlandiya Konsolosluk Kanunu'ndaki düzenlemeyi gündeme getirmiştir. Finlandiya'nın Konsolosluk Kanunu'nda (1925) meslekten ve fahrî olarak iki gruba ayrılan konsoloslar için meslekten olana ödeme yapılabileceği gibi yapılmayabileceği de açıkça düzenlenmiştir³⁰. Daha önceki tarihli bir uygulama da İngiltere'den verilebilir. Edward İngiltere'sinde, daha kesin olarak, 1903 yılında iki meslekten konsolosa ve altı konsolos muavinine ticaret yapma yetkisinin tanındığı belirtilmektedir³¹. Fahrî konsoloslara ödeme yapılmasına ilişkin olarak, belki de vurgulanması gereken son nokta, onlara ödeme yapılıp yapılmasına dair tartışma bir kenara, bazı durumda fahrî konsolos olan kişinin esasen kendi cebinden birçok masrafı karşılıyor oluşudur³².

on-line edition, edited by Wolfrum, January 2011 paragraflar: 1-6 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e946> (son ziyâret tarihi: 22/11/24); **Dienelt**, paragraflar: 51-54.

²⁹ Meselâ Şehbenderlik Nizamnâmesi'nin (bkz. *infra* dipnot: 109) I. Fasılda yer alan 4'üncü maddesi şu şekildedir: “*Mevzûf şehbenderlere belirli maaş ve mahal-ı memûriyetlerinin ehemmiyetine göre münasib mikdar alokasyon ita olunacaktır*”. İlâveten, aynı Nizamnâmenin 5'inci maddesine de bakılabilir.

³⁰ Bkz. Yearbook of the International Law Commission, vol. I, 1956, s. 252 paragraf: 2.

³¹ Bkz. **Platt**, Desmond Christopher Martin: Cinderella Service. British Consuls since 1825, Archon Books, Hamden 1971, s. 42.

³² Bu konuda meselâ bkz. **Bratt**, s. 99-100 (*Bratt*, tam tersine sadece denizcilikte güçlü devletler açısından kazancın çok olduğunu bildirmeyi de ihmal etmemiştir).

Kabul eden devlette mukim olması gereken fahrî konsolosların genelde de kabul eden devletin vatandaşları arasından seçildiği gözlenmektedir³³. Bununla birlikte, bazı durumlarda kabul eden devlette mukim gönderen devletin ve hatta üçüncü devlet vatandaşlarının dahi fahrî konsolos olabileceklerine işaret edilmelidir³⁴. Dolayısıyla, tanımda kabul eden devletin ülkesinde, hatta fahrî konsolosluk görevinin ifâ edileceği mahalde mukim olmak hususu tanımın temel unsurlarından birini teşkil ederken, fahrî konsolos olacak şahsın tâbiyeti konusunda kesin bir belirleme yapılması mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, uyrukluğa ilişkin varılabilecek kesin husus gönderen devlet vatandaşlığının zorunlu olmayışıdır³⁵. Meselâ Baron Heyking konuya

³³ Esasen bakıldığında, vatandaşlığın 19'uncu yüzyılın başlarına kadar çok da önemli bir unsur olarak nitelendirilmediğine, hatta diplomatların dahi yabancılar arasında seçilebildiğine doktrinde dikkat çekilmiştir. Bkz. **Staszewski**, Institution of the Honorary Consul, s. 133. Hakikaten de bir dönem diplomatların dahi vatandaşlığının dikkate alınmadığı gözlenmektedir. Meselâ *Grotius*'un bir dönem İsveç'in Paris büyükelçiliği görevini yürütmesi veya Fransa'nın bir dönem Osmanlı ve Venedik nezdinde atadığı büyükelçilerin Cenovalı ve İspanyol olduğu takip edilebilmektedir. Bkz. **Çamyamaç, Anıl/İnci**, Zekiye Özen: Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku Yönleriyle Diplomatik Bir Bağışıklık Olarak Ceza Yargısından Muafiyet, Seçkin, Ankara 2020, s. 86 dipnot: 150. Ayrıca, bkz. *infra* dipnot: 35.

³⁴ Belirtilmelidir ki "Konsolosluk Memurlarının Uyrugu" (*Nationality of Consular Officers*) başlıklı Viyana Sözleşmesi (1963) m. 22 şu şekildedir: "1. Konsolosluk memurları, esas olarak gönderilen Devletin uyrukluluğunu hâiz olacaklardır. 2. Konsolosluk memurları, kabul eden Devletin uyrukluluğu arasında, ancak bu Devletin her zaman geri alabileceği açık muvafakatiyle seçilebilir. 3. Kabul eden Devlet, kezâ, gönderen Devlet uyruğu olmayan üçüncü bir Devlet uyrukluluğu konusunda aynı hakkı mahfuz tutabilir". Nitekim *Ernst*, bir konsolosun kabul eden devlet veya üçüncü devlet vatandaşı olması durumunun fahrî konsoloslar için kullanıldığını ifade etmiştir. Bkz. **Ernst**, paragraf: 14.

³⁵ Fahrî konsolos için ulaşılabilecek bu sonuç karşısında, meslekten konsoloslar için tam tersi sonuca ulaşabilmek mümkün müdür? Bir başka deyişle, meslekten konsoloslar mutlaka gönderen devletin vatandaşı olmak zorunda mıdır? Bu minvalde, *Oppenheim consules missi* için gönderen devlet vatandaşı olmanın zorunluluğuna işaret etmiştir. Bkz. **Oppenheim**, Lassa: International Law. A Treatise, vol. I (*Peace*), 2nd Edition, Longmans, Green & Co., London 1912, s. 485. Oysa, Viyana Sözleşmesi (1963) kapsamındaki m. 22'yi bir kez daha hatırlatmakta yarar vardır (bkz. *supra* dipnot: 34). İlgili maddede de açıkça takip edilebileceği üzere, konsolosluk memurlarının genelde, gönderen devlet uyruğu olması öngörülmüşken, diğer hususlar kabul eden devletin de rızası mücibince olasılık olarak düzenlenmiştir. Hatırlanacağı üzere, diplomatik ajanlara ilişkin benzer bir düzenlemeye Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi (1961) m. 8'de de yer verilmiştir. Bu minvalde, Viyana Sözleşmesi (1961) m. 8 şu şekilde oluşturulmuştur: "1. Misyunun diplomatik kadro üyeleri prensip itibarıyla gönderen Devletin vatandaşı olmalıdır. 2. Misyunun diplomatik kadro üyeleri, kabul eden Devletin her zaman geri alınabilecek rızası olmadıkça, bu Devletin vatandaşları arasından tâyin edilemez. 3. Kabul eden Devlet, gönderen Devletin vatandaşı olmayan üçüncü bir Devletin

ilişkin eserinde Birinci Dünya Savaşı öncesinde İngiliz fahrî konsoloslarının yarısının yabancı uyruklu olduğunu, 330 Rus fahrî konsolosunun ise ancak çok küçük bir bölümünün Rus vatandaşlığını hâiz olduğunu belirtmiştir³⁶. Ötesinde, bazı yazarların vatansızların (*haymatlos*)³⁷ dahi kabul eden devlette mukim olması koşuluyla fahrî konsolos olabileceğini ileri sürdüğü dikkat çekmektedir³⁸. Ancak diğerlerinin yanı sıra fahrî konsolosun yerel makamlarla kurulacak ilişkide kilit rol oynaması ve özellikle konsolosluk masraflarını birçok durumda üstlenme durumunun hâsıl olması gibi nedenlerle vatansızların fahrî konsolos olarak atanması ve görev yapması gerek gönderecek devlet gerek kabul edecek devlet açısından tercih edilebilecek bir durum oluşturmayacaktır.

Fahrî konsolosları meslekten konsoloslardan ayıran en önemli özelliklerden biri de konsolosluk işlevleri dışında başka bir kazanç sağlayıcı faaliyette bulunabilmeleridir. Nitekim doktrinde de belirtildiği üzere, sâbit bir maaş ödenmeyen ve belki sadece konsolosluk işlevleri gereği alınan ücretlerin bir bölümünü elde edebilen bir kişiden, o kişinin ekonomik olarak hayatını idâme ettirmesini sağlayacak gündelik işini yapmamasını istemek mümkün olamayacaktır³⁹. Ancak, bu husus doğrudan bir fark teşkil edebilir mi?

vatandaşları için de aynı hakkı saklı tutabilir". Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Denza**, Eileen: *Diplomatic Law: A Commentary of Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 58-60. Ayrıca, bkz. *supra* dipnot: 33.

³⁶ Bkz. **Heyking**, s. 843.

³⁷ Vatansız terimi, en basit hâliyle, çeşitli nedenlerle hiçbir devletin uyrukluğunda bulunmayan kişileri ifade eder. Uluslararası hukuk açısından önemli sorunlardan birini teşkil eden vatansızlara dair düzenlemelerin önceleri mültecilere ilişkin Sözleşmelerde yer aldığı, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ise doğrudan konuyla ilişkili Sözleşmelerin bağitlandığı gözlenmektedir. Bu Sözleşmeler arasında Birleşmiş Milletler bünyesinde gerçekleştirilen "Uyruksuzların Statüsüne Dair Sözleşme" (1954) ile "Uyruksuzluğun Azaltılmasına Dair Sözleşme" (1961) ve ayrıca "Vatansızlık Hâllerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Sözleşme" (1973) yer almaktadır. Türkiye bu Sözleşmelerden ikisi ile bağlıdır. Öte yandan, vatansızlara ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Weis**, Paul: *Nationality and Statelessness in International Law*, 2nd Edition, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979; **Milbrandt**, Jay: "Stateless", *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, vol. 20/1, 2011, s. 75-103; **Göcke**, Katja: "Stateless Persons", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, August 2013 via <https://opil-ouplaw-com.peacepalace.idm.oclc.org/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e878> (son ziyâret tarihi: 22/11/24).

³⁸ Bkz. **Staszewski**, *Institution of the Honorary Consul*, s. 138 (Yazar, bu konuda *Sutor*'a atıfta bulunmaktadır).

³⁹ Bkz. **Libera**, s. 248.

Bu çerçevede, sayıları az da olsa bazı devletlerin alt seviyedeki konsoloslarına, bilhassa konsolos muâvinlerine ve konsolos ajanlarına kazanç sağlayıcı iş faaliyetlerinde bulunma hakkı verdiği, doktrinde altı çizilen bir durumdur.⁴⁰ Bilindiği üzere, benzer bir sınırlandırma diplomatik ajanlar açısından da hükme bağlanmıştır. Viyana Sözleşmesi (1961) m. 42’de diplomatik ajanların kazanç sağlayıcı ticarî faaliyetlerde bulunmaması gerektiği açıkça düzenlenmiştir⁴¹. Oysa Sözleşmenin farklı hükümlerinde bu düzenlemeyle çatışır birtakım maddeler bulunduğu fark edilmektedir⁴². Bu yönlü tartışmalara ilişkin *Denza* yaptığı değerlendirmede her şeyden evvel diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların diplomatik ajanlarla sınırlı olmadığına, daha geniş bir yelpazenin söz konusu olduğuna dikkat çekmiş; öte yandan bazı durumlarda gerek gönderen devletin gerek kabul eden devletin bu yönlü faaliyetlere izin verebileceğini belirtmiş; bu hususlarla birlikte bir yanda bazı faaliyetlerin kazanç sağlasa da ticarî sayılmadığına diğer yandaysa birçok durumda kabul eden devletin gönderen devlet temsilcilerinin ülkesinde yatırım yapması fikrine çok da kapalı olmadıklarına işaret etmiştir⁴³.

Fahrî konsolosların, meslekten konsoloslardan farklı olarak, konuya ilişkin veya görevlerine ilişkin bir eğitime tâbi kılınmadıkları bir başka ayırıcı unsur olarak ortaya konulmaktadır. Ancak bunun da birtakım istisnaları olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu çerçevede, İkinci Dünya Savaşı öncesinde fahrî konsolosluk müessesesinden ziyâdesiyle yararlandığı fark edilen Polonya’nın bu dönemde fahrî konsolos adaylarını Polonya Cumhuriyeti’nin Fahrî Konsolosluk Memurları Kurultayı adı altında düzenlenen toplantılara katılmaları için Polonya’ya, genelde de Varşova’ya davet ettiği ve

⁴⁰ Bkz. **von Glahn**, Gerhard: *Law among Nations: An Introduction to Public International Law*, 7th Edition, Longman, New York 1996, s. 448. Bununla beraber, *von Glahn* meslekten konsolosları şahsî kazanç sağlayan her türlü ticarî veya profesyonel faaliyetten men eden Viyana Sözleşmesi (1963) m. 57/1’i vurgulamaktan da kaçınmamıştır. Ayrıca bkz. *supra* dipnot: 31.

⁴¹ Viyana Sözleşmesi (1961) m. 42 şu şekildedir: “*Diplomatik ajan, kabul eden devlette şahsî kazanç maksadıyla herhangi bir meslekî veya ticarî faaliyette bulunamaz*”.

⁴² Viyana Sözleşmesi (1961) m. 31/1 (c) şöyle kaleme alınmıştır: “*1. Diplomatik ajan, kabul eden Devletin cezaî yargısından bağışıktır. Diplomatik ajan, aşağıdaki hususlar dışında, kabul eden Devletin medenî ve idarî yargısından da bağışıktır: ... c) Diplomatik ajanın kabul eden Devlet dâhilinde resmî görevleri dışında yaptığı herhangi bir meslekî veya ticarî faaliyet ile ilgili bir dâva*”. Yine Viyana Sözleşmesi (1961) m. 34/d ise şu şekilde oluşturulmuştur: “*Kaynağı kabul eden Devlette bulunan özel gelirden alınan vergi ve resimler ve kabul eden Devlet dâhilindeki ticarî teşebbüslere yapılan yatırımlardan alınan sermaye vergileri*”.

⁴³ Bkz. **Denza**, s. 387-388.

bu toplantılarda aday fahrî konsoloslara ülkenin dış ticaret sorunlarına ve yeni pazarlar ve ticaret ortakları bulma konusundaki vazifelerine dair brifing verildiği aktarılmaktadır⁴⁴. Benzer şekilde uygulamaların günümüzde de devam ettirildiği görülmektedir. Mesela Singapur beş altı yılda bir, ülke hakkında bilgilendirme yapmak için fahrî konsolosları misafir etmekteyken Malta ise fahrî konsolosları için eğitim programları düzenlemektedir. Bu tür uygulamalara Kenya da katılmıştır⁴⁵.

Bazı yazarlar tarafından vurgulanan fahrî konsolosların daha kısıtlı işlevleri olması da yine onların meslekten konsoloslardan ayrılmalarını sağlayacak temel unsurlardandır⁴⁶. Bakıldığında konuya ilişkin görüş sunan bazı

⁴⁴ Bkz. **Czubinski**, Zbigniew: “Polish New Consular Law—Selected Legal Problems”, Polish Yearbook of International Law, vol. 13, 1984, s. 121-122.

⁴⁵ **Rana**, Kishan S.: 21st Century Diplomacy. A Practitioner’s Guide, Continuum International Publishing Group, London 2011, s. 29.

⁴⁶ Genel olarak konsolosların işlevlerine dair Viyana Sözleşmesi (1963) 5’inci madde şu şekilde kaleme alınmıştır: “Konsolosluk görevleri aşağıdaki hususlardan oluşur: a) Devletler Hukukunca kabul edilen sınırlar çerçevesinde gönderen Devletin ve bu Devletin uyruğu bulunan gerçek ve tüzel kişilerin çıkarlarını kabul eden Devlette korumak; b) Bu Sözleşme hükümleri çerçevesinde, gönderen Devlet ile kabul eden Devlet arasında ticarî, ekonomik, kültürel ve bilimsel ilişkilerin gelişmesini kolaylaştırmak ve onlar arasındaki dostluk ilişkilerini teşvik etmek; c) Kabul eden Devletin ticarî, ekonomik, kültürel ve bilimsel hayat şartları ve gelişmeleri hakkında, her türlü kanunî yollarla bilgi edinmek ve bu hususlarda gönderen Devlet hükûmetine rapor ve ilgili kişilere bilgi vermek; d) Gönderen Devlet uyruklarına pasaport ve seyahat belgeleri ve kezâ bu Devlete gitmeyi arzu eden kişilere vize ve gerekli belgeleri vermek; e) Gönderen Devletin uyruğu bulunan gerçek ve tüzel kişilere yardım etmek; f) Noter ve kişi hâlleri memuru sıfatıyla hareket etmek ve benzeri görevleri ve kabul eden Devletin kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde bazı idarî mâhiyetteki görevleri yapmak; g) Kabul eden Devletin kanun ve düzenlemeleri uyarınca, gönderen Devletin uyruğu bulunan gerçek ve tüzel kişilerin bu Devlette mirasla ilgili çıkarlarını korumak; h) Özellikle haklarında bir velâyet veya kayıymlık söz konusu olduğunda gönderen Devletin uyruğu bulunan küçük ve gayrî mümeyyizlerin çıkarlarını, kabul eden Devletin kanun ve düzenlemeleriyle saptanmış sınırlar çerçevesinde korumak; i) Kabul eden Devlette yürürlükte bulunan uygulama ve usûller saklı kalmak üzere, gönderen Devlet uyrukları kabul eden Devlette bulunmadıkları veya tamamen başka bir nedenle zamanında hak ve çıkarlarını koruyamayacak durumda oldukları takdirde, bu uyrukların hak ve çıkarlarının korunması amacıyla, kabul eden Devlet kanun ve düzenlemeleri uyarınca, geçici tedbirlerin alınmasını talep etmek için söz konusu uyrukları kabul eden Devlet mahkemeleri veya başka makamlar önünde temsil etmek veya uygun şekilde temsil edilmelerini sağlamak üzere tertibat almak; j) Yürürlükteki uluslararası anlaşmalar uyarınca veya böyle anlaşmalar bulunmadığı takdirde kabul eden Devletin kanun ve düzenlemelerine uygun olacak şekilde, adli ve gayrî adli evrakı ulaştırmak veya istinâbeleri yerine getirmek; k) Gönderen Devletin uyruklugunu taşıyan deniz ve nehir gemileri ile bu Devlette kayıtlı uçaklar üzerinde ve kezâ bunların mürettebatı üzerinde gönderen Devletin kanun ve düzenlemelerinde öngörülen

yazarlar meslekten konsoloslar ile fahrî konsolosların işlevlerine ilişkin uluslararası hukuk açısından bir fark olmadığını vurgulamışlardır⁴⁷. Ancak esasta fahrî konsolosların işlevlerinin daha dar olduğu ifade edilmelidir. Nihâyetinde, birçok durumda fahrî konsolos gönderen devletin tâbiyetinde değildir. Her ne kadar fahrî konsolosluk ilişkisi güvene dayansa da bu durumun belirli konularda gönderen devletin daha dikkatli davranmasını gerektireceği aşîkârdır. Bunun neticesinde de gönderen devletin atadığı fahrî konsolosun işlevlerini kısıtlaması doğal olmaktadır. Nitekim *Bratt* fahrî konsolosun birçok durumda Viyana Sözleşmesi (1963) 5'inci maddede⁴⁸ yer verilen işlevleri yerine getiremediğinin, nihaî karar için ya meslekten konsolosluğa ya da diplomatik temsilciğe başvurmak durumunda olduğunun altını çizmiştir⁴⁹. *Gould* da açık bir biçimde fahrî konsolosların meslekten konsosolardan daha az salâhiyeti hâiz olduğuna dikkat çekmiştir⁵⁰. Devletlerin ayrıca bazı meslek ve işlevleri vatandaşlarına hasredebildikleri de yine bu minvalde gözden kaçırılmamalıdır⁵¹.

*kontrol ve teftiş haklarını kullanmak; 1) Bu maddenin (k) bendinde söz konusu gemi, vapur ve uçaklarla, bunların mürettebatına yardım etmek, bu gemi ve vapurların seyahati ile ilgili beyanları kabul etmek, geminin kâğıtlarını incelemek ve vize etmek ve kabul eden Devlet makamlarının yetkilerine hâlel getirmeksizin yolculuk sırasında vuku bulan olaylar hakkında soruşturma yapmak ve gönderen Devletin kanun ve düzenlemelerinin verdiği yetki ölçüsünde kaptan, gemi zâbitanı ve tayfalar arasında her çeşit anlaşmazlıkları çözümlmek; m) Gönderen Devlet tarafından bir konsolosluğa verilen ve kabul eden Devlet kanun ve düzenlemelerinin yasaklamadığı veya bu Devletin karşı çıkmadığı veya gönderen Devletle kabul eden Devlet arasında yürürlükte bulunan uluslararası anlaşmalarda belirtilen bütün diğer görevleri yapmak". Karşılaştırma için meselâ bkz. *infra* dipnotlar: 49 ve 51. Öte yandan, konsolosluk işlevlerine dair ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için meselâ bkz. *Aybay*, 2009, s. 165-247; *Aybay*, 2020, s. 141-215. Ayrıca konsolosluk işlevlerinin tarihî gelişimi için bkz. *Irizarry y Puente*, Julius: Functions and Powers of the Foreign Consulate—A Study in Medieval Legal History, Contemporary Law Pamphlets, 1944, özellikle s. 3-44 (Functions and Powers of the Foreign Consulate).*

⁴⁷ Meselâ bkz. *Oppenheim*, s. 485 (*Oppenheim*, her ne kadar uluslararası hukuk çerçevesinde genel duruş olarak iki müessese arasında bir fark olmadığını belirtmiş olsa da müteâkip cümlelerde meslekten konsolosların daha geniş yetkilere, daha önemli sosyal konuma ve bağitlanan anlaşmalarla sıklıkla daha fazla ayrıcalığa sahip kılınmış olduklarının altını çizmeyi de ihmal etmemiştir); *Libera*, s. 258; *Meray*, s. 59.

⁴⁸ Viyana Sözleşmesi (1963) 5'inci maddeye ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. *supra* dipnot: 46.

⁴⁹ Bkz. *Bratt*, s. 96. Ayrıca, bkz. *Didat*, s. 124.

⁵⁰ Bkz. *Gould*, Wesley L.: An Introduction to International Law, Harper & Brothers, New York 1957, s. 282.

⁵¹ Meselâ *Libera* noterlik mesleğinin veya noterlik işlevlerinin bazı devletler tarafından sadece vatandaşlarına hasredildiğini ifade etmiştir. Bkz. *Libera*, s. 261. Nitekim *Didat*,

Son olarak ele alınması gereken, fahrî konsolosların sınırlı bir ayrıcalığa sahip olmasının tanımın bir unsuru olarak değerlendirilip değerlendirilmemesidir. Esasen, meslekten konsoloslara göre fahrî konsolosların daha kısıtlı bağışıklıklara sahip olmasının tanımın bir unsuru olarak ele alınmasının isâbetliliğini, kanımızca, tartışmalı hale getirmektedir. Mûteâkip başlıklarda da ele alınacağı üzere, gerçekten de, fahrî konsolosların bağışıklıklarının meslekten konsoloslara göre çok daha dar olduğu bir gerçektir. Ancak, bunun tanımın bir unsuru olarak mütalâa edilmesi ne kadar doğru olacaktır? Kanımızca, bu durumu tanımın bir unsuru olarak nitelendirmektense fahrî konsolos olmanın bir sonucu olarak mütalâa etmek daha uygun olacaktır.

Toparlamak gerekirse, fahrî konsolos tanımlanırken yukarıda yer verilen unsurların, en azından büyük bir bölümünün, bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmesi zaruret teşkil etmektedir. Nihâyetinde bakıldığında her bir unsurun esasen istisnası olabildiği dikkat çekmektedir. Dolayısıyla herhangi bir karışıklığa veya eksik değerlendirmeye sebep olmamak ve doğru tanımlı oluşturabilmek adına unsurların bir bütün olarak ele alınması uygun olacaktır.

II. FAHRÎ KONSOLOSLUĞUN TARİHÎ GELİŞİMİ

Fahrî konsolosluk müessesesine ilişkin olarak tarihî gelişimi değerlendirmeye genel olarak konsolosluk müessesesinin ele alınarak başlanması daha isâbetli bir yaklaşım olacaktır. Bu itibarla, fahrî konsolosluk müessesesi bir kenara genel olarak konsolosluk müessesesinin tarihçesini oldukça gerilere götürmek mümkündür. Doktrinde özellikle kökeni M.Ö. 500'lere dayanan Antik Yunan'daki "*proxene*" müessesesi ile konsolosluk uygulamaları arasında paralellik kurulduğu fark edilmelidir⁵². Ancak ilgili müessesenin diplomatik temsil açısından da göz önüne alındığı bilinmektedir⁵³. Bu çerçe-

noterlik konusunda Almanya, Belçika, Japonya ve Peru'nun adlarını zikretmektedir. Bkz. **Didat**, s. 124. Benzer şekilde, Finlandiya'nın Konsolosluk Hizmetleri Kanunu (1999) 10'uncu fasıl (2014 tâdili) ile 33'üncü faslında (2019 tâdili) düzenlendiği üzere atanacak fahrî konsolosun atandığı havzada noterlik hizmetlerini görebilmesi Dışişleri Bakanlığının bu konuda şahsı açıkça yetkilendirmesine bağlanmıştır. İlâveten *Hofstadter* de normalde fahrî konsolosların vize verme yetkisinin bulunmadığını işaret etmektedir. **Hofstadter**, Cami Green: *Modern Consuls Local Communities and Globalization*, Palgrave MacMillan, Cham, 2020, s. 42.

⁵² Antik Yunan'daki "*proxene*" müessesesine dair ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için meselâ bkz. **Phillipson**, Coleman: *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, vol. I, MacMillan & Co. Limited, London 1911, s. 136-156.

⁵³ Bu konuda meselâ bkz. **do Nascimento e Silva**, Geraldo Eulalio: *Diplomacy in International Law*, A.W. Sijthoff, Leiden 1972, s. 18 (*Diplomacy in International Law*).

vede, ilgili müessese ile günümüz konsolosluk müesseseleri arasında bir bağlantı olduğu açıktır; ancak belirtildiği üzere, bazı yazarlarca bu bağlantının zayıf olduğunun ve esasen mevcut konsolosluk düzeni açısından bir köken oluşturmadağının ileri sürüldüğüne de rastlanılmaktadır⁵⁴.

Bununla birlikte, fahrî konsolosların kökenini esasta Ortaçağın ortalarında Akdeniz’de konumlanan İtalyan şehir devletlerinin oluşturdukları müesseselere dayandırmak daha uygun olacaktır⁵⁵. Bu çerçevede, önce Doğu Akdeniz’deki ticaret kolonilerinde rastlanılan bu uygulamalar, kısa bir müddette tüm Avrupa geneline yayılmıştır. Bakıldığında o dönemde tâcir konsolos veya denizci konsolosların ağırlıklı olduğu görülmektedir⁵⁶. Bu şahıslar, bulundukları kentlerde o kentte kendi devletlerinden olan ve ticaretle uğraşan kişilerin oluşturdukları müesseseler arasında çıkacak ihtilâfları çözmekle görevli kılınmışlardır. Zaman içerisinde, Batı’daki ülkelerde yargısal yetkilerini kaybetmeler de, kapitülasyonlar marifetiyle Doğu’daki ülkelerde bu yetkilerini artırarak sürdürmüşlerdir.

Örnekleri değerlendirmek gerekirse, 13’üncü yüzyılla birlikte başta İtalyan şehir devletleri olmak üzere ticarete üstün şehir devletlerinin diğer mahallerde kendi vatandaşları tarafından oluşturulan koloniler için yetkili bir kişiyi, genelde de o kolonilerin bünyesinde bulunan bir kişiyi seçmeye başladıkları dikkat çekmektedir. İlke olarak bu kişiler kolonideki kişiler arasındaki ihtilâfların çözümü ile bulunulan şehir devletindeki ilişkileri düzenlemekle görevli kılınmışlardır⁵⁷. Ancak önceleri seçilecek kişilerin koloniyi

⁵⁴ Bu konudaki açıklamalar için genel olarak meselâ bkz. Çamyamaç, Anıl: *Diplomasi Hukukunda Haberleşme Serbestisi, Yetkin* Yayınevi, Ankara 2024, s. 42-43 (Haberleşme Serbestisi).

⁵⁵ Bkz. Libera, s. 236; Didat, s. 109; Scott-Smith, s. 3. Ayrıca bkz. Kowalski, Michal: “Consuls”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, March 2013 paragraf: 8 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e932> (son ziyaret tarihi: 22/11/24). Bununla birlikte, 15’inci yüzyılda Uzakdoğu’da, bilhassa Çin açısından bu yönlü görevlilerin atandığına da dikkat çekilebilecektir. Bu konuda meselâ bkz. Chen, C. V.: “China’s Reception of the Institution of Consular Relations”, *Annals of Chinese Society of International Law*, vol. 8, 1971/2, s. 17-18.

⁵⁶ Bu terimler arasındaki farkın çok da belirgin olmadığı doktrinde de altı çizilmektedir. Meselâ bkz. Pasarín, Ana Mar Fernández: “Consulates and Consuls Diplomacy”, *The SAGE Handbook of Diplomacy*, Edited by Constantinou & Kerr & Sharp, Sage, London 2016, s. 162.

⁵⁷ Modern dönemde konsolosların etkinliğinin en önemli ayağı konsolosluk yargısı olmuş, zaman içerisinde bu yetki azalmış; son olarak kapitülasyonların sona ermesiyle de, ilke olarak, ortadan kalkmıştır. Ancak genel konsolosluk işlevlerinde konsolosluk yetkisinin minimum düzeyde kalıntılarına rastlanmaktadır. Konsolosluk yetkisine dair meselâ bkz.

oluşturan devletin uyruğu olması öngörülmüştür. Yâni Venedik kolonisine bir Venedikli veya Cenova kolonisine bir Cenovalı seçilebilecektir. Nitekim o dönemde düzenlemelerin de bu yönlü olduğu aktarılmıştır. Meselâ Aigues-Mortes şehrinin 1246 yılında getirdiği düzenleme veya Ancona'nın 1397'de kabul ettiği Denizcilik Tüzüğü'nde bu yönlü hükümlere yer verildiği görülmektedir⁵⁸. 1278 yılında Pisa'daki Narbonne'den gelen tüccarlar bir Pisa'lıyı konsolos olarak seçmişlerdir⁵⁹. 1422 yılında Katalanlar Floransa'nın yöneticisi *Cosimo de Medici*'yi Pisa'ya konsolosları olarak tayin etmiştir⁶⁰. Yine Gaeta şehrinin düzenlemelerine bakıldığında yabancı bir toplumun konsolosu ya o topluluğu oluşturanların geldiği şehir devletinin Gaeta'da mukim vatandaşlarınca ya da o şehrin yetkililerince atanabilecekken, her hâlükârda atanan kişinin Gaeta vatandaşı olması zorunluluğu aranmaktadır⁶¹. İngiltere'ye bakıldığında ise, 1485 yılında III. Richard'ın *Laurenzo Strozzi*'yi Pisa konsolosu olarak atadığı bilinmektedir⁶².

17'nci yüzyılda konsolosların atanmasında hükûmetlerin rolünün değiştiği ve tamamen gücün onlara geçtiği bir sürece girilmiştir. Bu minvalde, *XIV. Louis*'nin ticaret bakanı *Colbert*'in hazırlattığı denizcilik düzenlemesinde (1681) konsolosların atanmasında daha önceleri temel olarak ticarî işletmeler söz sahibiyken, bu yetki tamamen hükûmete aktarılmış; konsoloslar çok sıkı kurallarla hükûmete bağlı resmî yetkililer olarak düzenlenmiştir

Munch, Fritz: "Consular Jurisdiction", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (A-D), edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier, Amsterdam 1992, s. 763-765; **Czubik**, Pawel/**Szwedo** Piotr: "Consular Jurisdiction", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, August 2013 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e914> (son ziyâret tarihi: 22/11/24). Ayrıca, konsolosluk yetkisinin ayrıntılı bir tarihçesi ve hukukî içeriği için sırasıyla bkz. **Warden**, s. 33-80 ve s. 89-138.

⁵⁸ Ancona şehrinin Denizcilik Tüzüğü'nün 48'inci maddesine göre Ancona dışına seyahat eden Ancona yurttaşlarının bir mahalde sayıları altıyı geçerse kendi aralarında çıkacak ihtilâfları çözmek adına kendilerinden birini konsolos olarak seçecekleri düzenlenmiştir. Konu hakkında bkz. **Libera**, s. 237. Ayrıca, bkz. **Staszewski**, *Institution of the Honorary Consul*, s. 125, dipnot 21.

⁵⁹ Bkz. **Libera**, s. 239.

⁶⁰ Bkz. **Nussbaum**, Arthur: *A Concise History of the Law of Nations*, The MacMillan Company, New York 1962, s. 58.

⁶¹ Bkz. **Libera**, s. 240-241.

⁶² Bkz. **Nussbaum**, s. 58; **Libera**, s. 241; **Staszewski**, *Institution of the Honorary Consul*, s. 132 dipnot: 57. *VIII. Henry* ise, 1530 yılında Londralı tüccâr *Dionise Harrys*'i Girit'e konsolos olarak atamışken, birkaç yıl sonrasında, 1543'te bu defa Toskanalı tüccâr *Nikolas de Nikolay*'ı Girit konsolosluğuna getirmiştir. Bkz. **Libera**, s. 242. Ayrıca bkz. **Warden**, s. 74.

ki, sonradan diğer devletler de bu düzenlemeleri benimsemiştir⁶³. Daha sonraki yüzyıllarda bazı anlaşmalarda sadece meslekten konsolosluk memurlarına cevaz verilmiş ve özellikle konsolosun gönderen devlet uyruğunda olmasının altı çizilmiş olsa da birçok anlaşmanın bunun tersine hükümler içerdiği de doktrinde altı çizilen bir konudur⁶⁴.

Her ne kadar devletler gerçek anlamda Ortaçağdan beri fahrî konsolos kullansalar da doktrinde fahrî konsolosluk müessesesinin kabulü o denli hızlı olmamıştır. *Vattel* konsolosların egemenin ilişkilerinden sorumlu olduğu, ondan emirler aldığı düşüncesinden yola çıkarak ona karşı sorumlu da olduğunun altını çizmiş ve sonrasında konsolosların işlevlerinin de bir gereği olarak asla kabul eden devletin vatandaşı olamayacaklarını ifade etmiştir⁶⁵. *Phillimore*, her ne kadar fahrî konsolosluk müessesesinin varlığının olası olduğunu belirtse de uluslararası hukuk bağlamında bu müessesenin itiraz götürür olduğuna vurgu yapmayı ihmâl etmemiştir⁶⁶. 19'uncu yüzyılın sonlarında Uluslararası Hukuk Enstitüsüne sunduğu raporunda *Engelhardt* ise, ülkelerinin çıkarlarından doğrudan sorumlu olan meslekten konsoloslar karşısında ticarî faaliyette bulunan ve bu çerçevede kazanç peşinde olan fahrî konsolosların bir tutulmaması gerektiğini belirterek onları konsolos sınıfı dâhilinde bile değerlendirmemiştir⁶⁷.

Kodifikasyon hareketlerinin yoğunlaştığı 20'nci yüzyıla birlikte fahrî konsoloslara ilişkin tartışmaların da yoğunlaştığı görülmektedir. Milletler Cemiyeti bünyesinde uluslararası hukukun tedrici gelişimine dair süreç takip edildiğinde, özellikle II. Alt Komite Raporunda fahrî konsolosların kullanımının sonlandırılması teklif edilmiş olsa da, o dönem devletlerin buna karşı

⁶³ Bkz. *Nussbaum*, s. 125. Ayrıca bkz. *Staszewski*, Institution of the Honorary Consul, s. 132-133.

⁶⁴ Bkz. *Libera*, s. 246-247.

⁶⁵ Bkz. *Vattel* de Emmerich: The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conducts and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury, (translated by Nugent), Liberty Fund, Inc., Indianapolis 2008, s. 279 paragraf 34.

⁶⁶ Bkz. *Phillimore* Robert: Commentaries upon International Law, vol. II, T. & J.W. Johnson, Law Booksellers, Philadelphia 1855, s. 171 paragraf: CCLI.

⁶⁷ Bu konu hakkında bkz. *Didat*, s. 112. Esasen bakıldığında konsolosların ayrıcalık ve bağışıklıklarına dair 19'uncu yüzyılda yaşanan tartışmalarda bir grubun bu ayrıcalık ve bağışıklıklar tanımlanırken diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarla benzer kılınmaları gereğini savunduğu, tam da bu noktada diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardan ancak meslekten konsolosların yararlanabileceği, fahrî konsolosların bu duruma uygun olmadıkları görüşünün geliştiği; *Engelhardt*'ın da bunu müdafaa ettiği fark edilmektedir. Konu hakkında bkz. *Libera*, s. 252-253.

çıktığı fark edilmektedir.⁶⁸ Nitekim bunu müteâkip Amerika Kıtası devletleri arasında bağitlanan Havana Sözleşmesi (1928) düzenlemelerinde, her ne kadar açık bir sınıflandırmaya gidilip fahrî konsolos kavramına aşikâr bir biçimde yer verilmemiş olsa da, Sözleşme hükümlerindeki belirli ifadeler devletler arasında fahrî konsolos kullanımına cevaz verildiğini kanıtlamaktadır.⁶⁹ Bunu müteâkip olarak, 1932 yılında Harvard Üniversitesi bünyesinde hazırlanan “Konsolosların Hukukî Konumu ve İşlevleri” başlıklı taslakta da fahrî konsoloslara ilişkin düzenlemelerin söz konusu edildiği takip edilmektedir.⁷⁰ En son olarak, Viyana Sözleşmesi (1963) düzenlemeleri irdelendiğinde, daha önce de belirtildiği üzere, 11 maddeden müteşekkil ayrı bir bölümde fahrî konsoloslara ilişkin düzenlemelerin getirildiği gözlenmektedir. Devletlerin de kendi aralarında bağitladıkları konsolosluk anlaşmalarında fahrî konsoloslara ilişkin düzenlemelere yer verdikleri ve devlet uygulamalarında da fahrî konsoloslardan yararlandıkları rahatlıkla izlenebilmektedir. Dolayısıyla, fahrî konsolos görevlendirmelerinin günümüzde artarak sürmeye devam ettiği rahatlıkla mütalâa edilebilecektir.⁷¹

III. FAHRÎ KONSOLOSLARIN STATÜSÜ

A. Fahrî Konsolosların Kullanımının Nedenleri

Fahrî konsolosların statülerine dair değerlendirmeye öncelikle neden devletlerce fahrî konsolosa ihtiyaç duyulduğunun açıklanmasıyla başlamak

⁶⁸ Nitekim bu husus Uluslararası Hukuk Komisyonu bünyesinde “Konsüler İlişkiler ve Bağışıklıklar” konu başlığı kapsamında gerçekleştirilen kodifikasyon çalışmalarında özel raportör Zourek tarafından tekrar gündeme getirilmiştir. Zourek, uygulamada birçok devletin fahrî konsolos atamadığına ve fahrî konsolosluk müessesesinin (özellikle raporun düzenlendiği 1957 yılı itibarıyla) önemli sayıda devlet tarafından da reddedildiğine dikkat çekmiştir. Zourek’in raporu için bkz. “Report on Consular intercourse and immunities”, Mr. Jaroslav Zourek, Special Rapporteur, A/CN.4/108, in Yearbook of ILC, Volume II, 1957, s. 80, paragraf 75-79.

⁶⁹ Bu itibarla, meselâ 18’inci maddenin ikinci fıkrasında “*konsüler ajanların vazifelerini icra ettikleri devletlerin ülkesinde bir işle meşgûl oldukları durumda, konsolosluğun dosya ve dokümanları özel veya iş belgelerinin tutulduğu yerden ayrı bir yerde tutulacaktır*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yine Sözleşmenin 20’nci maddesinde düzenleme kapsamı açık bir biçimde atayan devlet uyuğunda olunmasına ilişkin gerçekleştirilmiştir. Diğer bir deyişle, üstü kapalı bir biçimde başta atayan devletin vatandaşı olmak üzere farklı uyrukların da atanabileceği anlamı çıkmaktadır.

⁷⁰ bkz. mesela 26. madde, “The Legal Position and Functions of Consuls”, American Journal of International Law Supplement, vol. 26/1, s. 193-375. Bundan sonra söz konusu bu taslak metin kısaca *Harvard Taslağı (1932)* şeklinde anılacaktır.

⁷¹ Günümüzde fahrî konsoloslardan yararlanılmasına dair açıklamalar için bkz. *infra* III. Başlık.

yararlı olacaktır⁷². Günümüzde ağırlık kazanan eğilimler göz önüne alındığında devletlerin bilhassa ekonomik mâliyetleri azaltma çabalarının dış temsile dair uygulamalara fazlasıyla yansıdığı gözlenmektedir. Siyasî temsilin, karşılaştırıldığında, konsolosluk müessesesi gibi yaygın olmamasına karşılık devletlerin mâlî kaygılarla bu müessesenin kullanımını sınırlandırmaya gitmesi⁷³, konsolosluk gibi daha yaygın bir temsil durumunda sınırlandırma ihtiyacını daha da belirgin kılmaktadır⁷⁴. Bu açıdan bakıldığında, fahrî konsolosların, bilhassa ticarî olarak güçlü ancak küçük devletlerin dünyanın her yanına yayılmış bir konsolosluk ağına sahip olabilmelerini sağladığı ve bu bakımdan onlar açısından avantaj teşkil ettiği mütalâa edilmelidir. Özellikle İskandinav devletlerinin⁷⁵ ve Latin Amerika devletlerinin⁷⁶ bu çerçevede konsolosluk ilişkilerini ağırlıklı olarak fahrî konsoloslar aracılığıyla sürdürdüğü takip edilmektedir⁷⁷. Daha da ötesinde fahrî konsoloslar meslekten

⁷² 21'inci yüzyıla birlikte fahrî konsoloslardan yararlanılması bir yana bazı devlet niteliği taşımayan aktörlerden yararlanılmaya başlandığı; meselâ turist vizelerinin edinilmesinde seyahat şirketleri veya tur operatörlerinin devreye girebildiğine işaret edilmektedir. Bkz. **Pasarın**, s. 169.

⁷³ Sadece küçük devletler değil, yeri geldiğinde büyük ve güçlü devletler bile ekonomik kaygılarla hareket edebilmektedir. Bu konuda meselâ tarihten verilebilecek bir örnek olarak İngiliz İmparatorluğu gösterilebilir. Böylelikle, konsolosluk kurumunda reform yapılmasına dair çalışmalarda 1858 yılında yayımlanan rapor mücibince konsolosların meslekten ve fahrî olarak ikiye ayrılması gündeme getirilmişken, bu fikre yoğun muhalefet sebebiyle fikir ancak 1872 raporuyla kabul edilerek birkaç sene sonrasında hayata geçirilebilmiştir. İngiltere'nin bu yönlü hareketinin sebebi ekonomiktir. Bkz. **Platt**, s. 42. Nitekim *Ernst* de müessesenin daha az maliyetli ve avantajlı olduğu için gönderen devletlerce tercih sebebi olduğuna işaret etmektedir. Bkz. **Ernst**, paragraflar: 1 ve 21.

⁷⁴ Meselâ *Sarsembayev* bu tür konsoloslukların açılma süreci ve işleminin basit olduğu kadar, aynı zamanda mâlî açıdan da avantajlı olduğunu ifade etmiş; hatta Kazakistan açısından konsolosluk mefhumuyla alâkalı mâlî yetersizlikleri aşmanın bir yolu olarak önermiştir. Bkz. **Sarsembayev**, s. 117-118.

⁷⁵ Bkz. **Bratt**, s. 96; **Sarsembayev**, s. 115.

⁷⁶ Bkz. **Libera**, s. 257; **Sarsembayev**, s. 115.

⁷⁷ *Didat* fahrî konsolos kullanımına başvurulurken küçük devletlerin bunu ekonomik sebeplerle tercih ettiğine, özellikle bazı devletlerin kırılgan ekonomiye sahip olduğu için fahrî konsoloslardan yararlanmaya çalıştığına dikkat çekmiştir. Bkz. **Didat**, s. 115. Ancak, fark edileceği üzere, ince bir ayırım olmasına karşılık, özünde her iki durum da, ekonomik temellere dayanmaktadır. Öte yandan belirtilmelidir ki, minyatür devletler de, bilhassa mâlî kaynakların ve insan kaynaklarının yeterli olmamasından ötürü fahrî konsolosları yoğun biçimde atayabilirken, diğer devletler de onların ülkelerindeki konsolosluk temsilcilerini tercihen fahrî konsolos olarak atayabilmektedir. Meselâ Liechtenstein nezdinde atanan tüm konsoloslar fahrî konsolosken, Liechtenstein'in diğer devletler nezdinde görevlendirdiği konsoloslar da bu niteliği hâizdir. Konu hakkında meselâ bkz. **Çamyamaç** Anıl: "Avrupa'daki Minyatür Devletlerin İkili Diplomatik İlişkilerine Dair

konsoloslarla mukayese edildiğinde görevli kılındıkları mahallere daha hâkim olacakları, oradaki ticarî gelenekleri daha özümsemiş olacakları için gönderen devlet açısından daha faydalı hizmetler sunabileceklerdir⁷⁸.

Fahrî konsoloslara olan ihtiyacın bir diğer nedeni olarak dünyada artan seyahat eğilimi gösterilmektedir. Artık turistler ülkelerde ücra köşelere dahi gidebilmekte, oralarda zor durumlara düşebilmekte, hasta olabilmektedir ki, böyle durumlarda devletlerin ulusal başkentlerinde konumlanan büyükelçilikler aracılığıyla onlara yardım sağlamak oldukça güç olabileceken, daha yaygın kullanılabilir fahrî konsoloslar eliyle bu yardım daha etkili, kolay ve çabuk bir şekilde sağlanabilecektir⁷⁹.

Fahrî konsoloslara ilişkin ihtiyacı doğuran nedenlerden bir diğeri ise, fahrî konsolostan yararlanacak devletlerin, yabancı bir devletin ülkesinde dil ve kültür bakımından kendilerine bağlı topluluklara sahip olmalarıdır. Bu durumda, doktrinde belirtildiği üzere, o toplum içerisinde atanmak suretiyle fahrî konsolos seçilmesi iki devlet arasındaki ilişkileri sıkılaştıracak ve güçlendirecektir⁸⁰.

Öte yandan, fahrî konsolosluğu eleştirenler de, fahrî konsolosluğun yukarıda belirtilen gerekliliği bir yana, birçok durumda kendilerini görevlendiren devletin dilini bilmedikleri veya hâkim olamadıkları, bunun ötesinde konsolosluk arma ve flâmasını taşıyan antetli kâğıtları kendi özel işlerinde de kullanabildikleri, bunun da yanlış anlamalara yol açabileceği gibi hususları gündeme getirmiştir⁸¹. *De Martens*'in ise, fahrî konsolosların yerel otoriteler gözünde meslekten konsoloslar kadar önemlerinin ve salâhiyetlerinin olmadığı şeklinde bir eleştiri getirdiği aktarılmaktadır⁸². Milletler Cemiyeti semsiyesinde uluslararası hukukun tedricî gelişimi için oluşturulan Uzmanlar

Uluslararası Hukuk Açısından Pragmatik Bir Değerlendirme", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2019/2, 2019, s. 107-108 (Minyatür Devletler).

⁷⁸ Bu konuda meselâ bkz. **Libera**, s. 247-248; **Staszewski**, Institution of the Honorary Consul, s. 135.

⁷⁹ Bkz. "A Booming Trade: Foreign Ministries Employ Ever More Amateurs to Do Their Bidding Abroad", The Economist, August 31 2013 via <https://www.economist.com/international/2013/08/31/a-booming-trade> (son ziyâret tarihi: 19/07/18). Fahrî konsoloslar bir yana, genel olarak, konsolosların âcil durumlarda ne kadar önemli olduğunun doktrinde belirtildiği dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Bu itibarla, terörist saldırılar (2001 terör olayları veya 2008 yılında Mumbai'deki otel baskını) ile doğal felâketler (2002 Güneydoğu Asya'daki tsunami) çerçevesinde konsolosların oynadıkları rolün fark edildiği ifade edilmektedir. Bkz. **Pasarın**, s. 166.

⁸⁰ Bkz. **Aybay**, 2009, s. 296; **Aybay**, 2020, s. 272.

⁸¹ Bkz. **Heyking**, s. 843.

⁸² Aktarım için bkz. **Libera**, s. 255.

Komitesine bağlı Alt-Komite raportörü *Guerrero* ise, fahrî konsolosların konsolosluk müessesesinin prestijini olumsuz yönde etkilediğini, özellikle kişisel çıkarları için hareket ettiklerini, kendilerinin ticaretle uğraştıklarını ve mahaldeki diğer tâcirlere zarar verdiklerini, ticarî faturalarının kendileri için avantajlı bilgiler sunduğu gibi hususları ileri sürmüş; güncel olarak Avrupa devletlerinin meslekten konsolosları kullandığını, diğer devletlerin de bu uygulamayı tercih edeceklerini umduğunu ifade etmiştir⁸³. Bu eleştirilerin haklılığı göz ardı edilemeyecek olsa da, fahrî konsolosların gerekliliği bunun ötesine geçmektedir. Nitekim fahrî konsolosluga karşı gündeme taşınan bu eleştirilere⁸⁴ karşılık müessesenin günümüzde hâlen varlığını güçlü bir şekilde sürdürdüğü dikkat çekmektedir. Nihâyetinde fahrî konsoloslara duyulan gereklilik ve onlara karşı getirilen eleştiriler bir tartıya konulduğunda ilkinin sonrakine göre açıkça ağır geldiği fark edilmektedir.

B. Muhtelif Devletlerin Uygulamaları

Fahrî konsolosluk müessesesinden yararlanmak her devletin kendi egemen irâdesiyle belirlenecek bir husustur. Nitekim Viyana Sözleşmesi (1963) bünyesinde açıkça “*her Devlet fahrî konsolosluk memurlarını atayıp atamamaya veya kabul edip etmemeye karar vermekte serbesttir*” şeklinde bir hükme yer verildiği takip edilmektedir⁸⁵. Bu çerçevede, devletler bu belirlemeyi ve içeriğini genelde ikili anlaşmalar mücibince gerçekleştirmektedir⁸⁶. Zîra, bu yönlü uygulamalar çok eskilere dayanmaktadır. Meselâ

⁸³ Bkz. “Annex to Questionnaire no. 9 Relating to Legal Position and Functions of Consuls”, in League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (1925-1928), vol. II (*Documents*), edited by Rosenne, Oceana Publications, Inc., New York 1972, s. 404-407, özellikle 406.

⁸⁴ Bu eleştiriler ve hatta bu eleştirilere sebep olan hâdiselerin sadece 1930’lu yıllarla sınırlanmadığı göz önüne alınmalıdır. Meselâ Güney Kore’nin Florida fahrî konsolosu olan *Jill Kelley* dört ay içerisinde görevinden alınmış; neden olarak da unvanını kötüye kullanması gösterilmiştir. Bkz. “A Booming Trade: Foreign Ministries Employ Ever More Amateurs to Do Their Bidding Abroad”, *supra* dipnot: 79. *Jill Kelley*’in sebebiyet verdiği skandala ilişkin daha ayrıntılı bilgi için meselâ bkz. **Shane**, Scott/**Savage**, Charlie: “Officials Say F.B.I. Knew of Petraeus Affair in the Summer”, *The New York Times*, 11 November 2012.

⁸⁵ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 68.

⁸⁶ Meselâ 1929 tarihli Almanya Türkiye Konsolosluk Sözleşmesi m. 2 (Bkz. “Consular Treaty between Germany and Turkey, signed at Ankara, 28 May 1929”, United Nations Legislative Series. Supplement to the Volume on Laws and Regulations Regarding Diplomatic and Consular Privileges and Immunities, United Nations, New York, 1963, s. 49-61); 28 Nisan 1972 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ve Belçika Krallığı Arasındaki Konsolosluk Sözleşmesi’nin eki konumundaki aynı tarihli 1’inci mektup teâtisi m. 1 (Bkz. *Resmî Gazete* 4.5.1975 Sayı, 15226, s. 158-182, özellikle s. 178); 7 Mayıs 1982

Sicilyateyn ve Felemenk Cumhuriyeti arasında 1853 yılında bağtlanan Anlaşmaya göre “... *eğer sözleşmecî taraflardan biri ötekinin uyruğunu konsolos olarak diğer devletin ülkesinde atarsa, sonraki bunu kabul edip etmeme serbestisini hâizdir*”.⁸⁷ Bu örnekte de görüldüğü üzere, fahrî konsolos atana-bilmesi için atayan devletin rızası bir yana atanan devletin de bunu kabul etmesi gerekmektedir.

Viyana Sözleşmesi (1963) çerçevesinde konsolosluk şefleri değerlendirildiğinde başkonsolos, konsolos, konsolos muavini ve konsolosluk ajanları şeklinde bir sınıflandırmaya gidildiği görülmektedir⁸⁸. Bu sınıflar fahrî konsoloslar için de kullanılabilir. Ancak devletler gerek ulusal düzenlemeleri mûcibince gerekse kendi aralarında bağtladıkları anlaşmalarla daha farklı belirlemelere de gidebilecektir.⁸⁹ Türkiye açısından bakıldığında, 10 Temmuz 2018 tarihinde yayınlanan Cumhurbaşkanlığı Teşkilâtı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnâmesi’nin⁹⁰ Dışişleri Bakanlığına ilişkin kısmının Yurtdışı Teşkilâtı başlıklı 159’uncu maddesinin ikinci fıkrasında fahrî başkonsolosluk ve fahrî konsolosluk şeklinde ikili bir sınıflandırmaya gidildiği fark edilmektedir⁹¹.

Fahrî konsolosların kullanımına göre devletlerin genel bir ayrımını gerçekleştiren *Aybay*, fahrî konsolos atayan ve kabul eden devletler, fahrî konsolos atamayan ancak kabul eden devletler ve son olarak hem fahrî konsolos

tarhli Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m. 1/7 ve V. Kısım m. 44 ilâ m. 54 (Bkz. *Resmî Gazete* 24.11.1982 Sayı 17878, s. 557-575, özellikle s. 558 ve s. 572-573).

⁸⁷ Aktarım için bkz. **Phillimore**, s. 171 paragraf: CCLII.

⁸⁸ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 9/1.

⁸⁹ Meselâ *Bratt* şu şekilde bir sınıflandırmaya yer vermektedir: Meslekten başkonsolos, fahrî başkonsolos, meslekten konsolos (havzanın başı), fahrî konsolos (havzanın başı), fahrî konsolos muâvini (havzanın başı), konsolos ajanları, meslekten konsoloslar, fahrî konsoloslar, meslekten konsolos muâvinleri, fahrî konsolos muâvinleri. Bkz. **Bratt**, s. 97. *Kowalski* ise, bu minvalde, konsolosluk şeflerine ilişkin ayrımın tamamen protokol yönlü olduğunu, hukuken bir anlam taşımadığını belirtmiş ve Viyana Sözleşmesinin (1963) konsolosluk sınıflarının belirlenmesinde meslekten konsolos ve fahrî konsolos arasında bir ayrıma gitmediğini, dolayısıyla fahrî konsoloslar açısından da konsolosluk şeflerine ilişkin sınıflandırmanın doğrudan uygulandığını belirtmiştir. Ancak yazar bazı devletlerin kendi ilişkilerinde fahrî konsolos ibâresini açıkça kullandıklarının ve gönderen devletlerden de bu yönlü bir uygulamayı talep ettiklerinin altını çizmiştir. Bkz. **Kowalski**, paragraf: 18.

⁹⁰ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnâmesi 10/7/2018 tarihli Resmî Gazete Sayı: 30474.

⁹¹ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnâmesinden evvelki düzenleme 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile gerçekleştirilmiştir. Konuya ilişkin 6004 sayılı Kanunun 9’uncu maddesi ikinci fıkrası aynı düzenlemeyi içermektedir. Bkz. Resmî Gazete 13 Temmuz 2010 (Salı) Sayı: 27640.

atamayan hem de kabul etmeyen devletler şeklinde bu ayrımı yapmıştır⁹². Bu yönlü sınıflandırma, bakıldığında, her devletin fahrî konsolosluk müessesesinden yararlanıp yararlanmayacağını belirlemek kendisine ait bir inisiyatif olduğuna göre, bunu kanıtlar niteliktedir. Fahrî konsolosu hem atayan hem kabul eden devletler arasında Almanya, Belçika, İngiltere gibi devletler sıralanırken, kendisi kullanmayan ancak ülkesinde fahrî konsolosluk kullanılmasına izin veren Amerika Birleşik Devletleri ikinci hususa örnek verilmiştir⁹³. Fahrî konsolosluk atamayan ve aynı zamanda kendisi nezdinde atanmasına izin vermeyen devletler arasında ise 1990 öncesindeki başta SSCB olmak üzere Komünist Bloku devletleri⁹⁴ gösterilmiştir⁹⁵. Sovyetlerin konsolosluk hizmetlerine ilişkin ilk yasal düzenlemesinin 1918 yılında yayımlanan yabancı uyrukların da fahrî konsolos olabileceği hususuna yer veren Kararnâme olduğu, müteâkiben 1921 yılındaki düzenlemede bu konuya ilişkin bir belirlemeye gidilmemişken, 1926 yılında çıkartılan Tüzükte artık fahrî konsolosluk uygulamasına yer verilmediği ifade edilmiştir⁹⁶. Öte yandan, Ko-

⁹² Bkz. **Aybay**, 2009, s. 297; **Aybay**, 2020, s. 273.

⁹³ Bkz. **Aybay**, 2009, s. 297; **Aybay**, 2020, s. 273. 2013 yılında konuya ilişkin hazırlanan bir dosyayı değerlendiren *Rana* ise Amerika Birleşik Devletleri'nde emekli bir meslektaşı ile yaptığı görüşme mücibince Birleşik Devletler'in 20'nci yüzyılın başında fahrî konsolos kullanırken, günümüzde fahrî konsolos atamadığını aktarmıştır. Bkz. **Rana**, Kishan S.: "Opinion: Honorary Consuls-A Booming Trade", DiploFoundation, September 30 2013 (last updated on 05/04/24) via <https://www.diplomacy.edu/blog/honorary-consuls-booming-trade/> (son ziyâret tarihi: 06/08/24). Öte yandan, Amerika Birleşik Devletleri gibi kendisi fahrî konsolos kullanmayan ancak kendi ülkesinde fahrî konsolos kullanımına izin veren Avustralya ve Yeni Zelanda da sayılmaktadır. Bkz. **Sen**, Biswanath: A Diplomat's Handbook of International Law and Practice, Martinus Nijhoff, The Hague, 1965, s. 218.

⁹⁴ Polonya'nın neden fahrî konsolos kullanımını terk ettiğini açıklarken *Staszewski* dış ticarete faaliyet gösterilmesi yetkisinin konsolosluk organlarının yetki alanından çıkarılmasına işaret etmiştir. Bkz. **Staszewski**, Wojciech Szczepan: "Historical Outline of the Institution of Honorary Consul in Poland", Review of Comparative Law, vol. 8, 2003, s. 240 (Honorary Consul in Poland).

⁹⁵ Bu uygulamanın istisnası olarak doktrinde sadece Yugoslavya'ya dikkat çekilmektedir. Bkz. **Czubinski**, s. 121 dipnot: 25; **Aybay**, 2009, s. 297 dipnot: 510; **Aybay**, 2020, s. 273 dipnot: 3. Ayrıca, bkz. **Sen**, s. 218.

⁹⁶ Bkz. **Grzybowski**, Kazimierz: Soviet Public International Law: Doctrines and Diplomatic Practice, A.W. Sijthoff, Leyden 1970, s. 321 ve s. 324-325. 1926 yılındaki Tüzüğün 9'uncu maddesinde temel olarak konsolosluk hizmetlerinin Dışişleri Bakanlığına bağlı bir kamu hizmeti olduğu, görevlilerin doğrudan veya dolaylı özel kuruluş ve teşebbüslerde çalışamayacakları düzenlenirken, müteâkip maddede ise konsolos ve konsolosluk ajanı olarak sadece SSCB uyrukluların atanabileceği hükmüne yer verilmiştir. Bkz. *ibid.*, s. 325. SSCB'nin 1979 yılına kadar bu yönlü uygulamayı sürdürdüğü aktarılmaktadır. Bkz. **Czubinski**, s. 121 dipnot: 25.

münist Bloku devletleri arasında zaman içerisinde bazı farklı düzenleme ve uygulamalara da rastlanıldığı gözlenmektedir. Meselâ 1949 yılından itibaren fahrî konsolostan yararlanmayan Polonya⁹⁷ 1984 yılında kabul ettiği Konso-sluluk Kanunu'nda fahrî konsolosluk müessesesini muhâfaza etmiş; bu çer-çevede, Kanunun 5'inci maddesinde Polonya Dışişleri Bakanına Kanunda belirtilen dört kategoride de fahrî konsolos atama yetkisi verilmiştir⁹⁸. Daha-sı Polonya her ne kadar belirtilen sürede kendisi fahrî konsolos atamasa da, bu sürede kendi ülkesinde fahrî konsolosluk atanmasına cevaz vermiş; Hindistan ve İtalya bu minvalde fahrî konsolos atamıştır⁹⁹. Yine 1979 yılında Demokratik Alman Cumhuriyeti tarafından çıkartılan Konsolosluk Kanunu çerçevesinde de fahrî konsolosluk müessesesine yer verildiği aktarılmakta-dır¹⁰⁰. Macaristan ise, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu dağıldıktan son-ra¹⁰¹ yaygın olmasa da fahrî konsolosluk müessesesinden yararlanmış, fakat SSCB etkisine girdikten sonra bu durum değişmiş; 1950 yılında çıkartılan ve dört maddeden teşkil Başkanlık Konseyi 8 sayılı Kararnâmesi ile fahrî kon-solosluk müessesesi Macaristan tarafından kullanılmaz hâle gelmiş ve ancak, her ne kadar açık düzenleme getirilmese de, 1988¹⁰² ilâ 2003¹⁰³ yılları ara-sında fahrî konsolosluk müessesesinden tekrar yararlanılmaya başlanılmış-tır¹⁰⁴. Görüldüğü üzere, zaman içerisinde konuya ilişkin devletlerin tutumu-nun değişebilmesi söz konusu olabilmektedir. Buna ilişkin bir diğer örnek Fransa olarak gösterilebilir. Meselâ geçtiğimiz yüzyılın başında Fransa'nın fahrî konsolos kullanmadığı ifade edilmekte iken¹⁰⁵ günümüzde Fransa fahrî

⁹⁷ İki Dünya Savaşı arasında Polonya'nın yoğun bir biçimde fahrî konsoloslardan yarar-landığı görülmektedir. Bu itibarla, 1929 yılında 104 konsolosluktan sadece 36'sı fahrî konsolosken, 1939 yılında oran 232 konsoloslukta 150'ye çıkmış; 1940 ilâ 1945 yılları arasında ise fahrî konsolos sayısı her dâim meslekten konsoloslardan fazla olmuştur. Bkz. **Staszewski**, Honorary Consul in Poland, s. 235-237.

⁹⁸ Bkz. **Czubinski**, s. 120. Ayrıca bkz. **Staszewski**, Honorary Consul in Poland, s. 243-244 (*Staszewski* düzenleme tarihi olarak 1986 yılını vermektedir).

⁹⁹ Bkz. **Czubinski**, s. 122.

¹⁰⁰ Bkz. **Czubinski**, s. 120 dipnot: 21.

¹⁰¹ Oldukça yaygın ve geniş bir konsolosluk ağına sahip olduğu ifade edilen Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun 1903 itibarıyla 492 konsolosluktan 392'sininin fahrî kon-solos olduğu belirtilmektedir.

¹⁰² Viyana Sözleşmesi (1963) bir yıl öncesinde Macaristan'da yürürlüğe girmiştir.

¹⁰³ 2003 yılında yayınlanan kararnâme ile fahrî konsolosluk müessesesinin düzenlendiği görülmektedir.

¹⁰⁴ Bkz. **Vincze**, Zoltán: "Honorary Consuls in Hungary: Their Legal Standing and Applicable Benefits", *Miskolc Journal of International Law*, vol. 2/2, 2005, s. 48.

¹⁰⁵ Bkz. **Oppenheim**, s. 485.

konsoloslardan yararlanmaktadır¹⁰⁶. Takip edildiğinde, fahrî konsolos tayin edilmesinin, her ne kadar eleştirilen tarafları olsa da, yararlanan devletler ve sayıları göz önüne alındığında devletler açısından bunun tercih edilen bir uygulama olduğu rahatlıkla mütalâa edilebilir. Nitekim 2013 yılında *The Economist* dergisi tarafından hazırlanan bir raporda dünyada 20.000'nin üzerinde fahrî konsolos bulunduğu aktarılmıştır¹⁰⁷.

Türkiye Cumhuriyeti'nin, öncesinde Osmanlı Devleti'nin¹⁰⁸, uygulamaları değerlendirildiğinde konsolosluk müessesesinden yaygın olarak yararlandığı gözlenmektedir. Ancak, her şeyden evvel belirtilmelidir ki, Türkiye Cumhuriyeti'nin ayrı bir konsolosluk kanunu bulunmamaktadır¹⁰⁹. Bu bağ-

¹⁰⁶ Örneğin günümüzde Fransa İzmir'de fahrî konsolosluk bulundurmaktadır. *Didat*, Fransa'da durumun 1976 yılında kabul edilen düzenleme ile değiştiğini aktarmaktadır. Bkz. *Didat*, s. 115.

¹⁰⁷ Bkz. "A Booming Trade: Foreign Ministries Employ Ever More Amateurs to Do Their Bidding Abroad", *supra* dipnot: 79. Ayrıca, bkz. *Scott-Smith*, s. 2; *Hofstadter*, s. 25-26. (Yazar Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan fahrî konsoloslara ilişkin yaptığı değerlendirmede sayının yıllara göre arttığını vurgulamıştır); *Şimşek*, s. 40. Benzer şekilde, *Sarsembayev* de fahrî konsolos sayısının 10.000'nin altına inmediğine işaret etmiştir. Bkz. *Sarsembayev*, s. 115. Ötesinde Ernst İspanya, Belçika, Hollanda ve İskandinav Devletlerinin her birinin yaklaşık 500'er fahrî konsolosu olduğunu aktarmaktadır. *Ernst*, paragraf: 9.

¹⁰⁸ Gönderen devlet olarak Osmanlı Devleti'nin konsolosluk müessesesinden yararlanması bir yana kendi ülkesinde bulunan yabancı konsoloslukların durumu ise farklı bir değerlendirmenin konusunu oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, 16'ncı yüzyıldan itibaren Avrupa Devletlerine tanınan kapitülasyonlar konsolosluklar açısından farklı bir durum yaratmış; hatta *Westlake*'nin ortaya koyduğu üzere, İstanbul'daki yabancı devletlerin konsolosları selâhiyet bakımından diplomatlardan dahi üstün olarak mütalâa edilmiştir. Bkz. *Westlake*, John: *International Law*, vol. I (*Peace*), 2nd Edition, Cambridge at the University Press, 1910, s. 287-289. Daha da ötesinde, Hristiyan Avrupa Devletleri bir yana Asya ve Afrika devletlerindeki konsolosların kapitülasyon rejimleriyle yetkilerinin genişlemiş olduğu gözlenmektedir. Türkiye açısından bakıldığında kapitülasyonlar Lozan Konferansı sonunda imzalanan Lozan Barış Antlaşması (1923) ile ortadan kaldırılmıştır. Bu çerçevede, Lozan Barış Antlaşması (1923) madde 28 şu şekildedir: "*Bağıtılı Yüksek Taraflar Türkiye'de kapitülasyonların tümü ile kaldırılmasını, her biri kendisi ile ilgili olarak, kabul ettiklerini açıklarlar*". Lozan Barış Antlaşması (1923) resmî metni için bkz. *Soysal*, İsmail (der.): *Tarihçeleri ve Açıklamaları ile Birlikte Türkiye'nin Siyasal Andlaşmaları*, Cilt I (1920-1945), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1983, s. 85-139 özellikle s. 93.

¹⁰⁹ Her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti'nin ayrı bir konsolosluk kanunu bulunmasa da Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren konsolosluk kanununa ilişkin hazırlıkların olduğu ve çeşitli taslak çalışmaların ortaya konulduğu belirtilmelidir. Hazırlıkları 1926-27 yılları arasında başlatılan ilk taslağın 1930 yılında ortaya konulduğu, en son taslak çalışmasının ise 1973 yılında oluşturulduğu takip edilmektedir. Cumhuriyet dönemindeki konsolosluk kanunu oluşturmaya ilişkin çabaların tarihçesi ve taslakların metinlerine dair ayrıntılı

lamda, fahrî konsolosluk ataması da dâhil bu konudaki yetkili birim, ilke olarak, Dışişleri Bakanlığı olmaktadır. Cumhuriyet döneminde ulaşılabilen listeler çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin fahrî konsoloslardan yararlandığı açıkça takip edilebilmektedir. Bu kapsamda, 1952 yılında oluşturulan listede 17 fahrî konsolosluk bulunurken¹¹⁰, 1964-65 yılları arasına denk gelen dönemi yansıtan listede sayı 48 olarak verilmiş ve nihâyet 1992 yılındaki listede fahrî konsolosluk sayısı 71'e¹¹¹ ulaşmıştır¹¹². Günümüzde ise, belirlenebildiği oranda, Türkiye Cumhuriyeti'nin fahrî konsolosları bulunmamaktadır¹¹³. Türkiye'de ise, birçok devletin çeşitli illerde fahrî konsoloslarının bulunduğu dikkat çekmektedir. Bu çerçevede örnek vermek gerekirse, İzmir'de üçü başkonsolosluk kademesinde 52 fahrî konsolosluk bulunmaktadır¹¹⁴.

açıklama ve bilgi için sırasıyla bkz. **Ökçün**, A. Gündüz: Konsolosluk Kanunu Hazırlık Çalışmaları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1973, s. 5-7 (genel kronolojik bilgi için), s. 9-201 (1968, 1969 ve 1973 taslak metin ve yorumları için) ve s. 202-267 (Ekler bölümü 1930 ilâ 1963 arasındaki taslaklara ilişkin metinler). Bu konudaki yorumlar için bkz. **Aybay**, 2009, s. 70-72; **Aybay**, 2020, s. 76-78. İlgili tüm taslak metinler incelendiğinde bu metinler dâhilinde fahrî konsoloslara ilişkin hükümlerin de mevcut olduğu, dahası Viyana Sözleşmesi (1963) sonrasındaki döneme denk gelen taslaklarda ilgili Sözleşmeye koşut fahrî konsoloslara dair ayrı bir kısımda düzenlemelere yer verildiği dikkat çekmektedir. Bununla birlikte, Osmanlı Devleti döneminde kabul edilmiş ve Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında da konuya ilişkin uygulamaları etkilediği belirtilen Şehbenderlik Nizamnâmesi de gözden kaçırılmamalıdır. Bu Nizamnâmenin 1900'lerdeki orijinal uslûplu metninin belirli temel hükümlerine ulaşmak için bkz. **Girgin**, Kemal: Osmanlı ve Cumhuriyet Dönemleri Hariciye Tarihimiz (Teşkilât ve Protokol), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1992, s. 48-51.

¹¹⁰ Konuya ilişkin 1958 yılında yazan *Libera*'nın Türkiye'yi fahrî konsolos uygulamasını terk eden devletlerden biri olarak yansıttığı dikkat çekmektedir. Bkz. **Libera**, s. 256-257.

¹¹¹ 71 sayısı verilen liste içerik olarak değerlendirilmeden doğrudan yansıtılmıştır. Ancak listede bazı tutarsızlıklar tespit edildiği için verilen bu sayının bir nebze daha düşük olabileceğine de dikkat çekilmelidir.

¹¹² Sırasıyla bkz. **Girgin**, s. 140-142, s. 147 ve s. 163-166.

¹¹³ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı sitesinin "yurtdışı teşkilâtı" başlığı altındaki sayfa incelendiğinde Türkiye Cumhuriyeti'ne ait mevcut bir fahrî konsolosa yer verilmediği görülmektedir. Bkz. via www.mfa.gov.tr/yurtdisi-teskilati.tr.mfa (son ziyaret tarihi: 22/11/24). Ancak bazı devletlerin resmî sitelerine bakıldığında Türkiye'nin fahrî konsoloslarının bulunduğu fark edilmektedir. Örneğin bkz: <https://foreign.govmu.org/Pages/Embassies%20and%20Consulates/Consulates%20based%20in%20Mauritius/HONORARY%20CONSULATES%20GENERAL/HONORARY-CONSULATE-GENERAL-OF-THE-REPUBLIC-OF-TURKEY.aspx>(son ziyaret tarihi: 27.12.2024) ; https://mzv.gov.cz/jnp/en/diplomatic_missions/foreign_missions_to_the_czech_republic/turkey_consulate_of_the_republic_of.html(son ziyaret tarihi: 27.12.2024).

¹¹⁴ Konuya ilişkin olarak bkz. via www.izmir.bel.tr/tr/Konsolosluklar/219 (son ziyaret tarihi: 22/11/24).

Bir devletin vatandaşlarına bir başka devletin ülkesinde üçüncü bir devlet tarafından konsolosluk işlevlerinin sağlandığı durumlarda üçüncü devletin konsolosluğunun sağladığı hizmetler bağlamındaki yetkisinin vatandaşlarına bu tür koruma sağlanan devletin fahrî konsoloslarının yetkisinden daha geniş olduğu mütalâa edilmektedir¹¹⁵. Lâkin fahrî konsolosların daha kısıtlı işlev ve yetkileri¹¹⁶ hâiz olduğu düşünüldüğünde bu savın ne kadar doğru olduğu rahatlıkla fark edilebilecektir. Tanınmayan devletlerin fahrî konsoloslardan yararlanarak, en azından içinde bulundukları zorlukları, bir nebze azaltabildiği belirtilmelidir. Bu çerçevede, Tayvan ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin¹¹⁷ fahrî konsoloslardan yararlandığı aktarılmaktadır¹¹⁸.

Atanan fahrî konsoloslar atayan devletin memuru konumunda değildir; ancak yine de ona ahlâkî olarak bağlı oldukları mütalâa edilebilecektir¹¹⁹. Bir devlet, hatırlanacağı üzere, fahrî konsolos atayıp atamayacağına kendisi karar vermektedir. Bunun ötesinde, fahrî konsolos kullanımı devletler arasında akdedilen konsolosluk anlaşmaları kapsamında belirlenecektir. Gönderen devlet atayacağı fahrî konsolosu seçerken kendisi için önemli gördüğü birtakım hususları göz önünde bulundurmalıdır. Meselâ bazı devletler üst yaş sınırı koyarken, bazı devletler üniversite eğitimi aramaktadır.¹²⁰ Yine, fahrî konsoloslara ilişkin ulusal düzenlemelere yer veren devletler birçok durumda atayacakları fahrî konsoloslarda ulusal dili iyi bilmesi koşu-

¹¹⁵ Bu yönlü görüş için meselâ bkz. **Palyga**, Edward: "Consular Protection with the Participation of a Third State in Polish Practice", *Polish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1972/3, s. 275.

¹¹⁶ Bkz. *supra* dipnot: 48. Türkiye açısından ele alındığında, büyükelçiliklere bağlı olarak kurulacak olan fahrî başkonsolosluk veya fahrî konsoloslukların vazifeleri 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnâmesi m. 159/7'de şu şekilde formüle edilmiştir: "Büyükelçiliklere bağlı olarak kurulan fahrî başkonsolosluk ve fahrî konsoloslukların görevleri şunlardır: a) Türkiye Cumhuriyetinin menfaatlerini korumak, geliştirmek ve tanıtımına katkıda bulunmak, b) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına ve uyrukluğunu taşıyan tüzel kişilere yönelik konsolosluk himâyesi sağlamak, c) Özel olarak yetkilendirildiği takdirde, konsolosluk işlemleri yapmak, ç) Büyükelçilik tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmek".

¹¹⁷ Bkz. "Turkish Cypriots Living Abroad", via <https://mfa.gov.ct.tr/foreign-policy/turkish-cypriot-citizens-living-abroad/> (son ziyâret tarihi: 22/11/24).

¹¹⁸ Bkz. **Didat**, s. 116-117.

¹¹⁹ Koşut biçimde meselâ *Aybay* da fahrî konsolosların atayan devletin çıkarlarını korumak konusunda ahlâkî ödevleri olduğunun altını çizmiştir. Bkz. **Aybay**, 2009, s. 306; **Aybay**, 2020, s. 282.

¹²⁰ Bu çerçevede, İspanya ulusal düzenlemesi ile atayacağı fahrî konsoloslardan üniversite diploması isterken, Almanya, Birleşik Krallık ve İsviçre gibi devletler 65 ilâ 70 yaş aralığını üst yaş sınırı olarak kabul etmektedir. Konuya ilişkin aktarım için **Didat**, s. 118.

lunu arayabilmekteyken, bazı devletlerin düzenlemelerinde ise atayacakları fahrî konsolosların belirli bir mesleği yerine getirmesi koşulu gözetilebilmektedir.¹²¹ Her devlet için ayrı ayrı değerlendirilebilecek spesifik koşullar bir yana, atanacak fahrî konsolosun kabul eden devletin ilgili kesiminde belirli bir yere gelmiş olması, orada belirli bir tanınırlığa sahip olması, özellikle bir yanda yerel yöneticilerle, diğer tarafta kendisini görevlendirecek devletle iyi ve yoğun ilişkilerinin mevcut olması ve genel olarak da dürüst ve ahlâklı olması gibi temel nitelikler aranabileceği ifade edilebilir. Bu koşulların sağlanıp sağlanmadığı, genel olarak, fahrî konsolosu atayacak devletin dışişleri bakanlığı tarafından sıkı bir biçimde araştırılarak etüt edilmelidir.

Fahrî konsolosun atanmasında atayacak devlet bu atamayı yaparken atanacak kişiden yemin etmesini isteyebilir¹²². Bunun dışında, kabul eden devlet de fahrî konsoloslardan *exequatur* (buyrultu)¹²³ isteyebilecektir¹²⁴. Nitekim Uluslararası Hukuk Enstitüsü Taslağı'nın (1896) 3'üncü maddesin-

¹²¹ Meselâ Almanya, İspanya, Norveç, Birleşik Krallık ve İsviçre kendi dillerinin bilinmesini isterken, Danimarka belirli bir mesleğin icrasını aramaktadır. Konuya ilişkin aktarım için bkz. **Didat**, s. 118.

¹²² Meselâ Almanya'nın kabul ettiği Konsolosluk Memurlarına, İşlevlerine ve Yetkilerine Dair Kanunun (1974) 21'inci maddesinde fahrî konsolos olarak atanacak yabancıların yapacağı yemine yer verildiği görülmektedir. Bunun ötesinde, Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı tarafından Londra'daki başkonsoloslukta geçici olarak boşalan konsolos muâvinlerinin yerine atanacak meslekten olmayan kişilerin bu geçici göreve gelirken yemin ederek göreve başlayacakları tâlimatı verildiği dikkat çekmektedir. Bkz. **Hackworth**, Green Haywood: Digest of International Law, vol. IV, United States Government Printing Office, Washington D.C. 1942, s. 662. *Didat* ise, günümüzde, Almanya dışında, fahrî konsoloslardan yemin isteyen devletler arasında Belçika, Estonya, Hollanda ve İtalya'yı sayarken; bunlar dışında bazı devletlerin (Danimarka) basit bir bildirimle yetindiğini, bazılarının (Norveç) ise gizlilik taahhüdünde bulunulmasını talep ettiğini aktarmıştır. Bkz. **Didat**, s. 118.

¹²³ Kabul eden devlet tarafından gönderilecek konsolosa ilişkin rızâya verilen ad olan *exequatur* terimi Latince "gerçekleştirmesine izin ver" anlamına gelmektedir. Bkz. **Boczek**, Boleslaw Adam: The A to Z of International Law, The Scarecrow Press, Inc., Lanham 2010, s. 44. Ayrıca belirtilmelidir ki, diplomatik ilişkilerde diplomatik misyon şefinin göreve başlayabilmesi için *agrément*ın verilmesi gerekliken, konsolosluk şefinde ise *exequatur*un beklenmesine gerek yoktur. Konsolos şefleri geçici yetkilendirmeyle de göreve başlayabilmektedir. Bkz. **do Nascimento e Silva**, Geraldo Eulalio: "Diplomatic and Consular Relations", International Law: Achievements and Prospects, edited by Bedajoui, Martinus Nijhoff Publishers, Paris 1991, s. 445 (Diplomatic and Consular Relations). Öte yandan, geçtiğimiz yüzyıllarda görev yapabileceklerine dair konsoloslara Osmanlı Devleti'nde verilen bu rızâya "berat" denildiği aktarılmaktadır. Bkz. **Warden**, s. 181; **Staszewski**, Institution of the Honorary Consul, s. 127.

¹²⁴ Meselâ bkz. **Bratt**, s. 97; **Staszewski**, Honorary Consul in Poland, s. 230; **Ernst**, paragraf: 13.

de kabul eden devletin fahrî konsoloslar için de *exequatur* vermesi gerektiği anlaşılmaktadır.¹²⁵ Benzer şekilde Türkiye Cumhuriyeti ve Almanya arasındaki Konsolosluk Antlaşması (1929) uyarınca fahrî konsoloslar da dâhil atanmalarından evvel diplomatik kanallar yoluyla kabul edecek devletin onayının alınması gereği açıkça düzenlemeye bağlanmıştır¹²⁶. Doktrinde de kabul eden devletin rızasına dair belirlemelere gidildiği görülmektedir¹²⁷.

C. Fahrî Konsolosların Ayrıcalık ve Bağışıklıkları

Fahrî konsolosların meslekten konsoloslardan daha kısıtlı ayrıcalık ve bağışıklıkları hâiz olduğu gerek doktrindeki belirlemelerden gerek Viyana Sözleşmesindeki (1963) düzenlemelerden takip edilebilmektedir¹²⁸. Fahrî konsolosların ayrıcalık ve bağışıklıklarına ilişkin düzenlemelere¹²⁹ yer verilmeden evvel genel olarak meslekten konsoslara ve onların bulunduğu konsolosluklara tanınan ayrıcalık ve bağışıklıkların da diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarla mukâyese edildiğinde daha dar olduğunun altı çizilmelidir¹³⁰.

¹²⁵ Bkz. *supra* dipnot: 11.

¹²⁶ 1929 tarihli Almanya Türkiye Konsolosluk Sözleşmesi m. 2. Bkz. *supra* dipnot: 86.

¹²⁷ Bkz. **Bratt**, s. 97. Ayrıca, bkz. *supra* dipnot: 87.

¹²⁸ Nadir de olsa fahrî konsoslara hiçbir ayrıcalık ve bağışıklığın tanınmayacağını düzenlendiği durumlara da rastlanılmaktadır. Meselâ Yabancı Konsolosların Ayrıcalıklarına Dair 27 Sayılı Kanunu'nun (1949) 5'inci maddesinde Irak'taki fahrî konsolosların hiçbir bağışıklık, ayrıcalık ve istisnayı hâiz olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Bkz. "Law no. 26 of 1949 for the Privileges of Foreign Consuls", in Laws and Regulations Regarding Diplomatic and Consular Privileges and Immunities, United Nations Legislative Series. Volume VII, New York, 1963, s. 167-168, özellikle s. 168. Bunun ötesinde, kabul eden devlette mukim veya gönderen devletin vatandaşı konumundaki fahrî konsolosların üçüncü devletlerde ayrıcalık ve bağışıklıkları hâiz olmadıklarının altı çizilmektedir. Bkz. **Sen**, s. 275.

¹²⁹ Bu konuda ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için meselâ bkz. **Irizarry y Puente**, The Foreign Consul, s. 32-54; **Stewart**, Irvin: Consular Privileges and Immunities, Columbia University Press, New York 1926, s. 35-167; **Economidès**, Constantin: "Consuls", Encyclopedia of Public International Law, vol. I (A-D), edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier, Amsterdam 1992, s. 774-775; **Ernest**, paragraflar: 18-20; **Boczek**, s. 43; **Dela**, Mirosław: "Legal Status of the Honorary Consul", Wrocław Review of Law, Administration & Economics, vol. 4/1, 2014, s. 72-74. Türk doktrinde konuya ilişkin bkz. **Pazarcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, III. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 136-145; **Reçber**, s. 131-133.

¹³⁰ Diplomatik ve konsolosluk ayrıcalık ve bağışıklıklarına dair mukâyeseli bir inceleme için meselâ bkz. **Dembinski**, Ludwik: The Modern Law of Diplomacy. External Missions of States and International Organizations, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, s. 163-221.

Viyana Sözleşmesi (1963) m. 58/1’de açıkça atıflandırıldığı üzere, kabul eden devletin, fahrî konsoloslara işlevlerinin yerine getirilmesi açısından her türlü kolaylığı sağlanacağını düzenlendiği görülmektedir¹³¹. Kolaylıklar açısından konsolosluga yakın park yerinin sağlanması ve özel plaka kullanımı ilk akla gelenler olmaktadır. Buna karşılık, *Bratt* özellikle park yeri sağlanmasını Sözleşme hükümleri bağlamında değil, ancak siyasî nezâket kural-ları çerçevesinde bahsedilen bir kolaylık olarak mütalâa etmiştir¹³². Türkiye’de görev yapan fahrî konsoloslar açısından bakıldığında, park yerine ilişkin taleplerin, karşılıklılık ilkesi, fizikî imkânlar ve kent trafiğinin negatif bir biçimde etkilenmemesi gibi koşullara bağlı kılındığı; bu konudaki ön değerlendirmenin Dışişleri Bakanlığı tarafından yapıldığı ve uygun görüldüğü takdirde bu görüşün nihaî karar için fahrî konsolosun bulunduğu yerdeki icracı yerel idâreye iletildiği görülmektedir. İlâve olarak, bir fahrî konsolos kendisi üzerine kayıtlı sadece tek bir aracına tescil plakasının yanı sıra CC panel plaka taktırabilme olanağına sahip kılınmıştır. Bu itibarla, Türkiye’de görev yapan fahrî konsolos Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından kendisine verilmiş resmî kimlik kartıyla yerel trafik şube müdürlüğüne mürâaat edecek ve kendisine bu yönlü plaka 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa bağlı Trafik Yönetmeliğinin ilgili hükümleri uyarınca verilebilecektir. CC panel taşıyan fahrî konsolos aracına geçiş üstünlüğü verilmeyeceği gibi, ışıklı veya sesli bir donanım da takılmayacaktır¹³³.

Bunun dışındaki kolaylıklar değerlendirildiğinde, öncelikle, sağlanacak kolaylıkların fahrî konsolos mefhumuyla uyumlu olmasına dikkat edilmelidir. Kabul eden devlette mukim şahıslar arasından seçilen fahrî konsolosların bu itibarla meskene ihtiyaçlarının olmayacağı düşünülebilir. Bu çerçevede de kabul eden devletin Viyana Sözleşmesi (1963) m. 30’da belirtilen bu yönlü yükümlülüğü fahrî konsoloslar açısından gözetmesine gerek olmadığı ifade edilebilecektir¹³⁴.

¹³¹ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 28 şu şekildedir: “Kabul eden Devlet, konsolosluğun görevlerinin yerine getirilmesi amacıyla bütün kolaylıkları bahşeder”.

¹³² Bkz. **Bratt**, s. 98.

¹³³ İlgili resmî açıklama için bkz: Türkiye’de Fahri Konsolosların Statüleri ve Yükümlülükleri, Dışişleri Bakanlığı, Diplomatic Portal, via [<https://cd.mfa.gov.tr/pages/list-content/47#>] (Son erişim Tarihi: 19.11.2024).

¹³⁴ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 30 şu şekilde kaleme alınmıştır: “1. Kabul eden Devlet, kendi kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde ve ülkesi içinde konsolosluga gerekli binaları gönderen Devletin iktisap etmesini kolaylaştırmalı veya binaların temini konusunda başka bir şekilde gönderen Devlete yardımda bulunmalıdır. 2. Kabul eden Devlet, kezâ gerektiğinde, konsolosluk mensuplarına uygun mesken temini hususunda konsolosluga yardımcı olmalıdır”.

Ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmelerde bulunulmadan evvel kabul eden devletin vatandaşı konumundaki fahrî konsoloslar açısından bu kişilerin kabul eden devletin kamusal yükümlülüklerine tâbi olup olmayacaklarının da mercek altına alınması yararlı olacaktır. Bu çerçevede, meselâ en azından bir dönem ilk akla gelen ve tartışılan, bilhassa erkek adaylar açısından askerlik görevinin âkîbeti olmuştur. Bu minvalde, bazı yazarların kabul eden devlet vatandaşı olan fahrî konsolosların askerlik yapmayacağını belirttikleri dikkat çekmektedir¹³⁵. Muhtemelen bunun dayanağı, o dönemde o kişinin başka bir devlete sunduğu kamu hizmeti sebebiyle kendi vatandaşlığının sorgulanabilir olması olarak gösterilebilir. Ancak, sonraki zamanlarda uygulama ve doktrinin farklı görüşlere sahip olduğu dikkat çekmektedir. Meselâ 1856 yılında konuya ilişkin görüş sunan Birleşik Devletler Başsavcısı kabul eden devlet uyruğunda olan fahrî konsolosların ulusal düzenlemeler kapsamında askerlik görevinden muaf olamayacağına işaret etmiştir¹³⁶. Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya arasında bağitlanan Konsolosluk Antlaşması'nın (1929) 7'inci maddesi uyarınca fahrî konsolosların askerlikten muaf tutulmayacakları düzenlenmiştir¹³⁷. Benzer şekilde, Hollanda Yeni Ginesi'nin ulusal düzenlemelerinde askerlik görevinden muaflığın Hollanda uyruğunda bulunan fahrî konsolosları içermeyeceği düzenlenmiştir¹³⁸. Koşut biçimde, Fransız Mahkemesi Rouen'deki Sardinya fahrî konsolosunun Fransız uyruğu olsa dahi ulusal muhafız birliği hizmetinden muaf olmadığı kararını vermiştir¹³⁹. Askerlik vazifesi bir yana, kabul eden devletin uyruğunda bulunan fahrî konsolosların kendi devletlerinde diğer kamu görevlerini yerine getirip getiremeyecekleri de değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, meselâ Amerika Birleşik Devletleri'nde konunun çeşitli vesilelerle gündeme taşındığı ve ele alındığı takip edilmektedir. Bu minvalde, Nikaragua'nın 1946 yılında *exequatur* alınmasından önce geçici olarak fahrî konsolosunun tanınması yönlü isteğini değerlendiren Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı Hukuk İşleri Bürosunun yaptığı değerlendirmede federal devlet bazında resmî görevi bulunan Amerikan uyruklu kişilerin Birleşik

¹³⁵ Konuya ilişkin meselâ bkz. **Phillimore**, s. 171 paragraf: CCLI.

¹³⁶ Bkz. **Stowell**, s. 573-574. Ayrıca, bkz. **Fenwick**, Charles G.: *International Law*, 4th Edition, Appleton-Century-Crofts, New York 1965, s. 583.

¹³⁷ Bkz. *supra* dipnot: 86.

¹³⁸ Bkz. "Text of the Legal Provisions and Regulations in Force in Netherlands New Guinea in Respect of Privileges and Immunities Granted to Consular Officers and Other Representatives of Foreign Powers", *Laws and Regulations Regarding Diplomatic and Consular Privileges and Immunities*, United Nations Legislative Series. Volume VII, New York 1958, s. 213-217, özellikle s. 216.

¹³⁹ Aktarım için bkz. "The Legal Position and Functions of Consuls", s. 356.

Devletler Anayasası'na göre bu görevleriyle fahrî konsolos görevlerinin bağdaşmayacağını ve aykırılık taşıyacağını, ancak aynı hususun yerel görevler için söz konusu edilemeyeceğini belirttiği fark edilmektedir¹⁴⁰. Nitekim Viyana Sözleşmesi (1963) m. 67'de kişisel yükümlülüklerle dair bağışıklık şu şekilde düzenlenmiştir: “*Kabul eden Devlet, fahrî konsolosluk memurlarını her türlü kişisel yükümlülük ve hangi neviden olursa olsun kamu yararı hizmetleriyle, istimval, yardım ve konaklama gibi askerlikle ilgili yükümlülüklerden muaf tutacaktır*”.

Konsolosluk ayrıcalık ve bağışıklıklarından biri¹⁴¹ gönderen devletin arma ve bayrağının kullanılmasıdır¹⁴². Viyana Sözleşmesinde (1963) düzenlendiği hâliyle bu ayrıcalığı fahrî konsoloslar da kullanabilmektedir¹⁴³. Vatanışlığı hâiz olmayan fahrî konsoloslar tarafından gönderen devletin arma ve bayrağının kullanımı, *prima facie* yadırganabilir bulunsa da¹⁴⁴, özünde

¹⁴⁰ Konuya ilişkin bkz. **Whiteman**, s. 564-565. Öte yandan, Birleşik Devletler bünyesinde önceki uygulamalara dair bkz. **Hackworth**, s. 665-666. Bunlara ilâveten, konsolosların kamu hizmetinden muaf olup olmadıklarını inceleyen *Irizarry y Puente* ise kamu hizmeti kavramıyla eserin sadece askerlik ve jüri görevlerini kastettiğini belirtmiş ve fahrî konsoloslara ilişkin açık bir belirlemeye gitmemiş olsa da, meslekten konsoloslar açısından bu yönlü muafiyetin bilhassa konuya ilişkin antlaşmalardaki sıklıkla düzenlenme oranı mücibince artık bir tartışma konusu olmaktan çıktığına işaret etmiştir. Bkz. **Irizarry y Puente**, *The Foreign Consul*, s. 49-50.

¹⁴¹ Gönderen devletin bayrak ve arma kullanmasına ilişkin ayrıcalık diplomatik ilişkileri düzenleyen Viyana Sözleşmesinden (1961) farklı olarak konsolosluk ilişkilerini düzenleyen Viyana Sözleşmesinde (1963) ayrıcalık ve bağışıklık üst başlığı altındaki bölümde yer almıştır. Viyana Sözleşmesinde (1961) ayrıcalık ve bağışıklıklara ilişkin ayrı bir bölüm ayrılmış olmamasına karşılık arma ve bayrak kullanımına en azından doktrinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklar ele alınırken yer verilmediği fark edilmektedir. Ancak, bayrak ve arma kullanımı sonuçta bir ayrıcalıktır. Konu hakkında meselâ bkz. **Çamyamaç**, *Haberleşme Serbestisi*, 2024, s. 84 dipnot: 243.

¹⁴² Viyana Sözleşmesi (1963) m. 29 şu şekilde kaleme alınmıştır: “1. Gönderen Devlet, bu madde hükümleri uyarınca, ulusal bayrağını ve Devlet armasını kabul eden Devlette kullanmak hakkına sahiptir. 2. Gönderen Devletin ulusal bayrağı ile Devlet arması, konsolosluk tarafından işgal edilen binanın üzerine, giriş kapısının üstüne ve kezâ konsolosluk şefinin ikametgâhı üzerine ve bir hizmetin görülmesi dolayısıyla kullanıldığında konsolosluk şefinin taşıt araçları üzerine çekilebilir ve konulabilir. 3. Bu madde ile tanınan hakkın kullanılmasında, kabul eden Devletin kanunları, düzenlemeleri ve teâmülleri göz önünde tutulur”.

¹⁴³ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 58/1 atfıyla.

¹⁴⁴ Diploması hukuku açısından ele alındığında bayrak ve arma kullanımına ilişkin kuralların diğer ayrıcalık ve bağışıklıklara nazaran çok daha yeni olduğuna işaret eden *Nahlik*, ilk olarak, Viyana'da Fransa Büyükelçisi konumundaki İsveçli General *Bernadotte*'nin Cumhuriyetin üç renkli bayrağını dalgalandırmasına Viyanalıların tepki gösterdiğini ve bayrağı aşağı indirerek yaktıklarını aktarmıştır. Bunun üzerine, Viyana'daki diğer dev-

bunun gönderen devlete ait bir ayrıcalık olmasından dolayı ve fahrî konsolos da gönderen devlet adına faaliyet gösterdiği için bu kullanım oldukça normal karşılanmalıdır¹⁴⁵.

En önemli ayrıcalık ve bağışıklıklardan biri konumundaki şahsî dokunulmazlık ve yargı bağışıklığı¹⁴⁶, kural olarak, konsoloslar açısından da tanınan bir ayrıcalık olmasına karşılık, fahrî konsoloslar için daha sınırlıdır. Bu itibarla, fahrî konsolosun işlediği bir suçla karşı ceza dâvası açılmışsa, fahrî konsolos mahkeme önüne çıkmakla yükümlüdür. Ötesinde, fahrî konsoloslar yine suç işlemleri durumunda tutuklanabilecek veya gözaltına alınabilecektir; ancak her hâlükârda şahıslarına gereken hürmetin gösterilmesi gerekmektedir¹⁴⁷. Bunun ötesinde, fahrî konsolosa resmî sıfatı sebebiyle de gereken koruma kabul eden devlet tarafından sağlanacaktır¹⁴⁸. Ancak bir dönem

letlerin büyükelçilerinin bir yandan Bernadotte'ye tepki gösterirken, diğer yandan Viyanalıların yaptıklarını da kinamış olduğu da yine nakledilmiştir. **Nahlik**, Stanisław E.: "Development of Diplomatic Law. Selected Problems", Recueil des cours, vol. 222, 1990-III, 1990, s. 278-279. Günümüzde ise, bayrak ve arma kullanımı gönderen devlet için kabul edilen bir ayrıcalıktır (Bkz. Viyana Sözleşmesi (1961) m. 20). Bu ayrıcalık, belirtildiği üzere, konsolosluklar için de geçerli kılınmıştır. Ne var ki, bâzen tepkiler devam edebilmektedir. Nitekim fahrî konsoloslar açısından da bayrak ve arma kullanımına ilişkin olumsuz tepkilere rastlanılabilmektedir. Meselâ henüz Viyana Sözleşmesi'nin (1963) yürürlüğe girmediği bir tarihte İsveç'in Uddevalla kasabasındaki Hollanda fahrî konsolosunun bulunduğu binanın ön kısmında Hollanda armasının kullanmasına ev sahibi estetik sebeplerle izin vermemiş; devreye giren yerel yönetim 1955 yılında Avusturya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir karara da atıfla meseleyi fahrî konsolos lehine çözümlenmiştir. Bkz. **Bratt**, s. 99.

¹⁴⁵ Ötesinde, fahrî konsoloslar da konsolosluk binası olarak kullanılan binanın dışında bu armayı kullanarak ilgili kişiler için konsolosluğun yerinin belirlenmesini kolaylaştırmaktadır. Bkz. **Sen**, s. 263.

¹⁴⁶ Konsoloslar açısından yargı bağışıklığının her zaman kolay bir biçimde belirlenmesi mümkün olmayabilir. Meselâ *Rissmann Dâvası* bunun bir göstergesi olarak ele alınabilir. Cenova'daki Alman konsolosu ebeveynlerinden biri Alman biri İtalyan olan ve İtalyan yargıçlar tarafından İtalyan ebeveyne velâyeti verilen yaşı küçük bir çocuğa pasaport vererek Almanya'daki ebeveynine gitmesini sağlamıştır. Alman Kanunlarına göre işlevi çerçevesinde hareket ettiği belirtilebilecek konsolosun, bulunduğu ülke devletinin yasalarına ise aykırı davrandığı iddia edilebilecektir. Her ne kadar İtalyan yargı organları Rissmann'ın görevleri dâhilinde hareket etmiş olduğunu kabul etseler de bazı İtalyan hukukçular özellikle Viyana Sözleşmesi (1963) 55'inci madde birinci fıkradan da hareketle Rissmann'ın yetkilerini aştığını ve suç işlediğini ileri sürmüşlerdir. Dâva hakkında bilgi ve söz konusu görüşlere ilişkin bkz. **Condorelli**, Luigi/**Gaja**, Giorgio (eds.), "Judicial Decisions. Consular Immunity: *Cassazione*, February 28, 1972, *re Rissmann*", Italian Yearbook of International Law, vol. 2, 1976, s. 339-343.

¹⁴⁷ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 63.

¹⁴⁸ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 64.

fahrî konsoloslara yargı bağışıklığı tanınmaması gerektiğinin en azından bazı çevreler tarafından savunulduğu da gözden kaçırılmamalıdır.¹⁴⁹ Buna karşılık, fahrî konsoloslara, meslekten konsoloslara sağlanan görevlerinden dolayı faaliyetleri çerçevesinde yargı bağışıklığından muaf tutulmaması anlayışının başta doktrinde olmak üzere ciddî eleştiriler aldığı belirtilmelidir. Bu minvalde, *Libera* yargıdan bağışıklığın fahrî konsolosları kapsamamasının onların işlevlerini görürken gerekli serbestiye sahip olamamalarına yol açacağına işaret ederek eleştirmiş ve fahrî konsolosların resmî işleri açısından bağışıklıklarının tanınmasını önermiştir¹⁵⁰.

Harvard Taslağında 21'inci maddede yer verilen kabul eden devletin yargı yetkisinden muafiyete ilişkin bir kısıtlamanın fahrî konsoloslar için özel olarak düzenlenmediği görülmektedir. Gerçekten de meslekten memurlardan farklı olarak muafiyetlerden yararlanmayacaklarının belirtildiği aynı metnin 26'ncı maddesinde 21'e bir atıfta bulunulmamıştır. Nitekim ilgili düzenlemenin resmî yorumunda yargı yetkisinden muafiyetin amacı, bir yanda konsolosluğun düzgün ve müdâhaleden uzak biçimde işlemesi iken, diğer yanda uluslararası hukukun temel bir yükümlülüğüne uyulması olarak gösterilmiştir. Bu haseple, müteâkip açıklamada bir kamu görevlisinin yabancı bir ülkede kendi devletinin orada o işlevi yapmaya kendisini yetkilendirme selâhiyetinin bulunduğu durumlarda gerçekleştirdiği ilgili icraî işlemlerden dolayı yerel hukuka göre sorumlu kılınamayacağına; bu gibi bir durumda bu hareketinin devletinin bir hareketini teşkil ettiği şeklinde kabul edilmesi ve çıkabilecek bir çekişmede sorunun diplomatik yollardan hâlle edilmesi gerektiğine veya uluslararası hukukun cevaz verdiği diğer yollarla çözülmesi gerekeceğine işaret edilmiştir¹⁵¹.

Fahrî konsolosluk binalarının ilke olarak kabul eden devlet yetkililerine karşı bir dokunulmazlığı bulunmamaktadır¹⁵². Ancak, kabul eden devletin bu

¹⁴⁹ Meselâ bkz. *supra* dipnot: 128. Hatta konuya ilişkin Milletler Cemiyeti Taslağında konsolosların (meslekten ve fahrî konsolosların) yargısal bağışıklıklarının hiçbir şekilde kabul edilmemesi önerilmiştir. Bkz. "Annex to Questionnaire no. 9 Relating to Legal Position and Functions of Consuls", s. 406-407. *Libera* da Uluslararası Hukuk Komisyonunun Taslağını bu yönde eleştirmiştir. Bkz. *Libera*, s. 258-259.

¹⁵⁰ Bkz. *Libera*, s. 259.

¹⁵¹ Bkz. "The Legal Position and Functions of Consuls", s. 355.

¹⁵² Meslekten konsolosların işlevlerini icra ettikleri konsolosluk binalarının dokunulmazlığına ilişkin Viyana Sözleşmesi (1963) m. 31 şu şekildedir: "1. Konsolosluk binalarının bu maddede öngörülen ölçüde dokunulmazlıkları vardır. 2. Kabul eden Devlet makamları, konsolosluk şefinin, onun tarafından tayin edilmiş kimsenin veya gönderen Devletin diplomatik temsilcilik şefinin muvâfakati dışında, konsolosluk binalarının münhasıran konsolosluk işleri için kullanılan kısmına giremezler. Bununla beraber, âcil koruma ted-

binaları koruma yükümlülüğü Viyana Sözleşmesinde (1963) açıkça düzenlenmiştir¹⁵³. Fahrî konsoloslukların arşiv ve belgelerinin dokunulmazlıktan yararlanmasi gerek konsolosluk şefinin gerek öteki çalışanların meslekî veya özel belge ve dokümanlarından ayrılmış olmasını gerektirmektedir¹⁵⁴. Fahrî

*birleri alınmasını gerektiren yangın vesâir felâket hâlinde konsolosluk şefinin zımnî rızası alınmış sayılabilir. 3. Bu maddenin 2'nci fıkrasındaki hükümler saklı kalmak üzere, kabul eden Devletin, konsolosluk binalarına müsaadesiz girilmesine veya binaların tahrip edilmesine ve kezâ konsolosluğun huzurunun bozulmasına veya konsolosluğun onurunun kırılmasına engel olmak amacıyla gerekli her türlü tedbirleri almak gibi özel yükümlülüğü vardır. 4. Konsolosluk binaları, mobilyaları, konsolosluk malları ve kezâ ulaşım araçları millî savunma veya kamu yararı amaçlarıyla hiçbir çeşit el koymaya konu teşkil edemezler. Bu amaçlarla istimlâk yapılması gerekli ise, konsolosluk görevlerinin yerine getirilmesinin sekteye uğramaması amacıyla uygun tedbirler alınır ve gönderen Devlete peşin, âdil ve yeterli bir tazminat ödenir". Ayrıca, konsolosluk binalarının dokunulmazlığına ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Bedi**, Satyadeva: "Inviolability of Consular Premises", Indian Journal of International Law, vol. 15/1, 1975, s. 93-112; **Sawicki**, Stefan, "Privilege of Inviolability of Consular Archives and Premises", Polish Yearbook of International Law, vol. 18, 1989/90, s. 73-86. Özellikle âcil koruma tedbirlerinin gerekli kılması durumunda konsolosluk binalarına girişe ilişkin konsolosluk şefinin rızasının varlığının kabul edilmesi, konsolosluk binalarını diplomatik temsilcilik binalarının dokunulmazlığından ayıran en önemli farklardan biridir. Bu konuda Viyana Sözleşmelerine (1961, 1963, 1969) ilişkin görüşmeler esnasında oldukça tartışmalı bir süreç yaşandığı belirtilmelidir. Bu konuya ilişkin meselâ bkz. **Çamyamaç**, Anıl: "50. Yılında Özel Misyonlar Sözleşmesi ve Diplomasi Hukuku", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5 Sayı: 1, 2020, s. 38-39 ve dipnot: 48 (Özel Misyonlar Sözleşmesi).*

¹⁵³ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 59 şu şekildedir: "*Kabul eden Devlet, bir fahrî konsolosluk memuru tarafından yönetilen bir konsolosluğa ait binaları korumak ve bu binaların işgal edilmesine veya hasara uğratılmasına ve konsolosluğun sükûnunun bozulmasına veya onuruna hâlel gelmesine engel olmak için gerekli tedbirleri alır*". Meselâ 28 Mayıs 1929 tarihli Almanya ve Türkiye Arasındaki Konsolosluk Antlaşması'nın 7'nci maddesinde de fahrî konsolosluk binalarına bağışıklık tanınmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

¹⁵⁴ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 61: "*Bir fahrî konsolosluk memuru tarafından yönetilen bir konsolosluğun arşiv ve belgelerinin, diğer kâğıt ve belgelerden ve özellikle konsolosluk şefinin ve kendisiyle beraber çalışan tüm kişilerin özel yazışmalarından ve kezâ meslekleri veya işleri ile ilgili eşyâ, kitaplar ve belgelerden ayrı tutulmaları şartıyla, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, her zaman dokunulmazlıkları vardır*". Konsoloslukların arşiv ve belgelerinin dokunulmazlığı önemli ayrıcalık ve bağışıklıklardan birini yansıtmaktadır. Bu çerçevede, meslekten konsoloslarca yönetilen konsolosluklar açısından bu ayrıcalıkla ilgili karşılaştırma için bkz. Viyana Sözleşmesi (1963) m. 33. Viyana Sözleşmesi (1963) öncesinde de hâkezâ arşiv ve belgelerin dokunulmazlığı devletler için hayati önem teşkil etmiştir. Bu itibarla, 1914 yılında Birleşik Devletler'in Saltillo'daki konsolosluğunda bulunan kayıtlara ve konsolosluk şifre defterine el konulması Amerika Birleşik Devletleri'nin yoğun protestosuyla karşılanmıştır. Buna karşılık, 1922 yılında New York'ta Meksika konsolosluğunda hareket eden bir kişiye karşı açılan ticarî dâvada kon-

konsoloslara sağlanan bu yönlü dokunulmazlık aynı zamanda kabul eden devletçe ilgili belge ve dokümanların korunması gereğini de beraberinde getirmektedir. Haberleşme serbestisine ilişkin olarak bakıldığında fahrî konsolosların da temelde bu serbestiyi hâiz oldukları mütalâa edilmelidir. Bu düzenlemeye ilâveten, haberleşme serbestisine ilişkin fahrî konsoloslarla alâkalı özel bir düzenlemeye yer verildiği de dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Bu minvalde, iki farklı devletin ülkesinde görev yapan fahrî konsoloslar arasında gönderilecek konsolosluk çantasının¹⁵⁵ haberleşme serbestisi çerçevesinde gönderilebilmesinin görev yapılan ülke devletlerinin rızasına tâbi kılındığı düzenlenmiştir.¹⁵⁶

Fahrî konsolosların, istisnalar hariç, temel olarak, vergi ve gümrük ayrıcalıklarından yararlanması kabul edilmemektedir. Aksi yönlü bir uygulamanın benimsenmesi, genelde kabul eden devletin vatandaşı konumunda olan ve gündelik kazanç getiren meslekî faaliyetlerini sürdürebilen fahrî konsolosların diğer vatandaşlardan ayrıcalıklı kılınmasına yol açacaktır. Nitekim bir yandan Havana Sözleşmesi (1928)¹⁵⁷ ile Viyana Sözleşmesi (1963)¹⁵⁸ ve ikili anlaşmalarda yer verilen düzenlemeler¹⁵⁹ diğer yandan doktrindeki görüşler bu yönlü uygulamanın kanıtlarını oluşturmaktadır.

solosluğun arşiv ve mülküne el konulması talebi, her ne kadar Birleşik Devletler tarafından o tarihte hiçbir Meksika Hükûmeti resmî olarak tanınmamışken ve ilgili şahıs *exequatur*'a sahip değilken, reddedilmiş ve sözde Meksika konsolosluğunun arşiv ve menkûlü böylece uluslararası hukuka uygun olarak korunmuştur. İlgili örnekler için bkz. **Stewart**, s. 53-54.

¹⁵⁵ İlgili terim Viyana Sözleşmesinin (1963) Türkçe resmî metninde “konsolosluk torbası” olarak çevrilmiş olsa da, “konsolosluk çantası” teriminin daha doğru bir tercih olacağı kanaati hâsıl olmaktadır. Konu hakkında meselâ bkz. **Çamyamaç**, Haberleşme Serbestisi, 2024, s. 160 ve dipnot 476.

¹⁵⁶ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 58/4.

¹⁵⁷ Havana Sözleşmesi (1928) m. 20.

¹⁵⁸ Viyana Sözleşmesi (1963) m. 39/2 (m. 58/1 atfıyla), m. 60, m. 62 ve m. 66.

¹⁵⁹ Sadece ikili düzenlemelerde değil, devletlerin kendi ulusal düzenlemelerinde de bu yönlü belirlemelere gittikleri fark edilmektedir. Meselâ 1913 yılındaki Norveç Kraliyet Kararnâmesi bağlamında fahrî konsolosların ancak resmî kapasiteleri bağlamında edindikleri maaşlarının vergiden muaf tutulacağı düzenlenmişken, gümrük muafiyetinden yararlanamayacakları belirtilmiştir. Bu düzenlemelere ilişkin bkz. **Rosenne**, Shabtai (ed.), League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, vol. II (*Documents*), Oceana Publications, Inc., New York 1972, s. 202-203.

SONUÇ

Fahrî konsoloslara ilişkin resmî bir tanım verilemese de bu kişilerin devletin resmî memuru olmadığı, maaş almadıkları, bu konuda spesifik bir eğitim görmedikleri ve kendi ticarî veya kazanç sağlayan faaliyetlerine devam edebildikleri ifade edilebilir. Bunun ötesinde, fahrî konsolos olacak kişinin kendisini atayan devletin vatandaşı olma zorunluluğu da yoktur. Bu çerçevede, fahrî konsolos olacak kişi kendisini gönderen devletin vatandaşı olabileceği gibi, nezdinde atanan devletin vatandaşı ve hatta üçüncü bir devletin vatandaşı dahi olabilecektir. Önemli olan atandığı yerde mukim olmasıdır. Bununla birlikte, devletler fahrî konsolos olarak atayacakları kişiler için birtakım özellikler arayabilmekte veya bazı şartlar öngörmektedir. Meselâ üniversite mezunu olunması, atayan devletin dil veya dillerinin iyi düzeyde bilinmesi, belirli bir mesleğin icrası, hatta bir üst yaş sınırlandırması, aranılan özellikler veya getirilen şartlar olarak ortaya çıkabilmektedir. Devletler fahrî konsolos atarken bu ve benzeri şartlardan biri veya birkaçını beraberce talep edebilecekleri gibi herhangi bir spesifik şart veya özellik aramayabilmektedir.

Bakıldığında, her devlet fahrî konsolosluk atamasında serbesttir. Yine her devlet kendi nezdinde fahrî konsolos atanmasını kabul edip etmeme konusunda da serbesttir. Atanırken, fahrî konsoloslar için, ilke olarak, tıpkı meslekten konsoloslar için de alındığı gibi, kabul eden devletten *exequatur* alınmalıdır. Fahrî konsoloslar kendilerini atayan devlet adına konsolosluk işlevlerini görmektedir. Ancak meslekten konsoloslarla mukayese edildiğinde bazı devletlerin belirli konsolosluk işlevlerini görmeleri konusunda fahrî konsoloslara kısıtlamalar getirebildiği görülmektedir. Fahrî konsolos olarak atanacak kişiden atayan devlet belirli bir düzeyde sadakat bekleyebilecektir. Görevi gereği düşünüldüğünde bu tür bir beklenti normal karşılanmalıdır. Bu beklentinin kaynağı ahde vefa ilkesine dayandırılabilir gibi salt ahlâkî sebeplere de dayandırılabilir. Ötesinde, fahrî konsolosların da ilke olarak ayrıcalık ve bağışıklara sahip olabileceği düzenlenmişken, konumlarının da bir gereği olarak bunların meslekten konsoslardan daha kısıtlı bir şekilde bu ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlandıkları görülmektedir.

Günümüzde çeşitli nedenlerle devletlerin harcamalar konusunda maliyetleri mümkün olduğunca kısma çabaları dikkat çekmektedir. Bilhassa devletler arasındaki siyasî ilişkilerin belkemiğini teşkil eden diplomatik misyonların bile bundan nasibini aldığı bir dönemde, diplomatik misyonlardan çok daha fazla ve yaygın kullanımı olan konsolosluk müessesesi için durumun daha da hassas hâle gelebileceği düşünülebilir. Bu çerçevede, daha ge-

niş kadrolu ve maaşlı memurlardan ziyâde fahrî konsolosların tercih edilmesi söz konusu olabilecektir. İlâveten bulunulan mahale ve dolayısıyla oradaki teâmüllere yabancı olmayan ancak aynı zamanda gönderen devletle de iyi ilişkiler içinde olan güvenilir bir kişinin bu yönlü kullanılması birçok avantajı da beraberinde getirecektir. Fahrî konsolosların bazı olumsuz yönleri gündeme getirilse ve bazı durumlarda bu yönlü örneklerle karşılaşılsa bile, avantajlarının daha ağır bastığı mütalâa edilebilir. Nitekim günümüzde birçok devletin fahrî konsoslardan yoğun bir şekilde yararlandığı yapılan araştırmalarla da ortaya çıkan bir gerçektir.

KAYNAKÇA

Uluslararası Antlaşmalar, Belgeler ve Mahkeme Kararları

Şehbenderlik Nizamnâmesi (1882).

Norveç Kraliyet Kararnâmesi (1913).

Lozan Barış Antlaşması (1923).

Havana Konsolosluk Ajanlarına Dair Sözleşme (1928).

Almanya ve Türkiye Arasındaki Konsolosluk Anlaşması (1929).

Konsolosların Hukukî Konum ve İşlevlerine Dair Harvard Taslağı (1932).

Yabancı Konsolosların Ayrıcalıklarına İlişkin 27 sayılı Irak Kanunu (1949).

Yabancı Diplomatik ve Konsüler Ajanlara ve Uluslararası Örgütler ve Kuruluşların Görevlerine Hükûmet Tarafından Tanınan Ayrıcalıklara İlişkin 69 sayılı Peru Kararnâmesi (1954).

Uyruksuzların Statüsüne Dair Sözleşme (1954).

Hollanda Yeni Ginesi'nin Birtakım Ulusal Düzenlemeleri (1958).

Uyruksuzluğun Azaltılmasına Dair Sözleşme (1961).

Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi (1961).

Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi (1963).

Konsolosluk İşlevlerine Dair Avrupa Sözleşmesi (1967).

Özel Misyonlar New York Sözleşmesi (1969).

Vatansızlık Hâllerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Sözleşme (1973).

Konsolosluk Memurlarına, İşlevlerine ve Yetkilerine Dair Alman Kanunu (1974).

Türkiye Cumhuriyeti ile Belçika Krallığı Arasında Konsolosluk Sözleşmesi ve Mektup Teâtisi (1975).

Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasındaki Konsolosluk Sözleşmesi (1982).

Finlandiya Konsolosluk Hizmetleri Kanunu (1999).

6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Kanun (2010).

1 no'lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilâtı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnâmesi (2018).

Kitaplar

- Aybay**, Rona: Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Türkiye İşbankası Kültür Yayınları, İstanbul 2009.
- Aybay**, Rona: Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş İkinci Baskı, Literatür, İstanbul 2020.
- Boczek**, Boleslaw Adam: The A to Z of International Law, The Scarecrow Press, Inc., Lanham 2010.
- Çamyamaç**, Anıl: Diplomasi Hukukunda Haberleşme Serbestisi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2024 (Haberleşme Serbestisi).
- Çamyamaç**, Anıl/**İnci**, Zekiye Özen: Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku Yönleriyle Diplomatik Bir Bağışıklık Olarak Ceza Yargısından Muafiyet, Seçkin, Ankara 2020.
- Dembinski**, Ludwik: The Modern Law of Diplomacy. External Missions of States and International Organizations, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1988.
- Denza**, Eileen: Diplomatic Law: A Commentary of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford 2016.
- do Nascimento e Silva**, Geraldo Eulalio: Diplomacy in International Law, A.W. Sijthoff, Leiden 1972 (Diplomacy in International Law).
- Fenwick**, Charles G.: International Law, 4th Edition, Appleton-Century-Crofts, New York 1965.
- Fox**, James R.: Dictionary of International and Comparative Law, 3rd Edition, Oceana Publications, Inc., New York 2003.
- Gamboa**, Melquiades J.: A Dictionary of International Law and Diplomacy, Central Lawbook Publishing Co., Inc., Quezon City 1973.
- Girgin**, Kemal: Osmanlı ve Cumhuriyet Dönemleri Hariciye Tarihimiz (Teşkilât ve Protokol), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1992.
- Gould**, Wesley L.: An Introduction to International Law, Harper & Brothers, New York, 1957.
- Grzybowski**, Kazimierz: Soviet Public International Law: Doctrines and Diplomatic Practice, A.W. Sijthoff, Leyden 1970.
- Hackworth**, Green Haywood: Digest of International Law, vol. IV, United States Government Printing Office, Washington D.C. 1942.

- Henkin**, Louis/**Pugh**, Richard C./**Schachter**, Oscar/**Smit**, Hans (eds.), International Law: Cases and Materials, 3rd Edition, West Publishing, St. Paul 1998.
- Hofstadter**, Cami Green: Modern Consuls Local Communities and Globalization, Palgrave MacMillan, Cham 2020.
- Irizarry y Puente**, Julius: The Foreign Consul. His Juridical Status in the United States, Burdette. J. Smith & Company, Chicago 1926 (The Foreign Consul).
- Irizarry y Puente**, Julius: Functions and Powers of the Foreign Consulate—A Study in Medieval Legal History, Contemporary Law Pamphlets, 1944 (Functions and Powers of the Foreign Consulate).
- “Laws and Regulations Regarding Diplomatic and Consular Privileges and Immunities”, United Nations Legislative Series. Volume VII, New York 1963.
- Lee**, Luke T.: **Consular Law and Practice**, Frederick A. Praeger, New York 1961.
- Lee**, Luke T.: **Consular Law and Practice**, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford 1991.
- Lee**, Luke T./**Quigley**, John B.: Consular Law and Practice, 3rd Edition, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Lewis**, Charles J.: State and Diplomatic Immunity, 2nd Edition, Lloyd’s of London Press, London 1985.
- Meray**, Seha L.: Devletler Hukukuna Giriş, İkinci Cilt, Yeniden Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1965.
- Nussbaum**, Arthur: A Concise History of the Law of Nations, The MacMillan Company, New York 1962.
- O’Connell**, Daniel Patrick: International Law, vol. II, 2nd Edition, Stevens & Sons, London 1970.
- Oppenheim**, Lassa: International Law. A Treatise, vol. I (Peace), 2nd Edition, Longmans, Green & Co., London 1912.
- Ökçün**, A. Gündüz: Konsolosluk Kanunu Hazırlık Çalışmaları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1973.
- Pazarcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, III. Kitap, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Phillimore**, Robert: Commentaries upon International Law, vol. II, T. & J.W. Johnson, Law Booksellers, Philadelphia 1855.

- Phillipson**, Coleman: The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome, vol. I, MacMillan & Co. Limited, London 1911.
- Platt**, Desmond: Christopher Martin: Cinderella Service. British Consuls since 1825, Archon Books, Hamden 1971.
- Rana**, Kishan S.: 21st Century Diplomacy. A Practitioner's Guide, Continuum International Publishing Group, London 2011.
- Reçber**, Kamuran: Diploması ve Konsolosluk Hukuku, Dora Yayınları, Bursa 2011.
- Richtsteig**, Michael, Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2010.
- Rosenne**, Shabtai (ed.): League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, vol. II (Documents), Oceana Publications, Inc., New York 1972.
- Sarsembayev**, Marat: Diplomatiik ve Konsolosluk Hukuku, Yepa Ltd. Şti., Ankara 2000.
- Sen**, Biswanath: A Diplomat's Handbook of International Law and Practice, Martinus Nijhoff, The Hague, 1965.
- Soysal**, İsmail (der.), Tarihçeleri ve Açıklamaları ile Birlikte Türkiye'nin Siyasal Andlaşmaları, Cilt I (1920-1945), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1983.
- Stewart**, Irvin, Consular Privileges and Immunities, Columbia University Press, New York 1926.
- Stowell**, Ellery C.: Consular Cases and Opinions from the Decisions of the English and American Courts and the Opinions of the Attorney General, John Bryce & Co., Washington D.C. 1909.
- Şimşek**, Sultan Şuanur: Cemal Kaşıkçı Olayı Bağlamında Konsüler Dokunulmazlık ve Bağışıklıklar, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Tuson**, E. W. A., The British Consul's Manual: Being a Practical Guide for Consuls as well as for the Merchant, Shipowner, and the Master Mariner in All Their Consular Transactions, Longman and Co. Paternoster-Row, London 1856.
- "United Nations Legislative Series. Supplement to the Volume on Laws and Regulations Regarding Diplomatic and Consular Privileges and Immunities", United Nations, New York 1963.

- Vattel**, de Emmerich: The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conducts and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury, (translated by Nugent), Liberty Fund, Inc., Indianapolis 2008 (from the edition of 1797).
- von Glahn**, Gerhard: Law among Nations: An Introduction to Public International Law, 7th Edition, Longman, New York 1996.
- Warden**, David Bailie: On the Origin, Nature, Progress and Influence of Consular Establishments, Smith, Paris 1813.
- Weis**, Paul: Nationality and Statelessness in International Law, 2nd Edition, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979.
- Westlake**, John: International Law, vol. I (*Peace*), 2nd Edition, Cambridge 1910.
- Whiteman**, Marjorie M.: Digest of International Law, vol. 7, United States Government Printing Office, Washington D.C. 1965.

Makaleler

- Bedi**, Satyadeva: "Inviolability of Consular Premises", Indian Journal of International Law, vol. 15/1, 1975, s. 93-112.
- Bratt**, Martin: "Status and Functions of Honorary Consuls", Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Academie de droit international de La Haye, vol. 49/50, 1979/80, s. 95-100.
- Chen**, C. V.: "China's Reception of the Institution of Consular Relations", *Annals of Chinese Society of International Law*, vol. 8, 1971/72, s. 1-98.
- Condorelli**, Luigi/**Gaja**, Giorgio (eds.): "Judicial Decisions. Consular Immunity: Cassazione, February 28, 1972, *re Rissmann*", Italian Yearbook of International Law, vol. 2, 1976, s. 339-343.
- Czubik**, Pawel/**Szwedo**, Piotr: "Consular Jurisdiction", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, August 2013 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e914> (son ziyâret tarihi: 22/11/24).
- Czubinski**, Zbigniew: "Polish New Consular Law- Selected Legal Problems", Polish Yearbook of International Law, vol. 13, 1984, s. 117-133.

- Çamyamaç**, Anıl: “Avrupa’daki Minyatür Devletlerin İkili Diplomatik İlişkilerine Dair Uluslararası Hukuk Açısından Pragmatik Bir Değerlendirme”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2019/2, 2019, s. 59-162 (Minyatür Devletler).
- Çamyamaç**, Anıl: “50. Yılında Özel Misyonlar Sözleşmesi ve Diploması Hukuku”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5 Sayı: 1, 2020, s. 27-51 (Özel Misyonlar Sözleşmesi).
- Dela**, Mirosław: “Legal Status of the Honorary Consul”, *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, vol. 4/1, 2014, s. 70-81.
- Didat**, Maxime, “Le consul honoraire: parent pauvre du droit international?”, *Annuaire français de droit international*, vol. 56, 2010, s. 101-138.
- Dienelt**, Anne: “Vienna Convention on Consular Relations (1963)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, April 2011 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1003> (son ziyaret tarihi: 22/11/17).
- do Nascimento e Silva**, Geraldo Eulalio: “The Vienna Conference on Consular Relations”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 13/4, 1964, s. 1214-1254 (Vienna Conference on Consular Relations).
- do Nascimento e Silva**, Geraldo Eulalio: “Diplomatic and Consular Relations”, *International Law: Achievements and Prospects*, edited by Bedajoui, Martinus Nijhoff Publishers, Paris 1991, s. 437-447 (Diplomatic and Consular Relations).
- Economidès**, Constantin: “Consuls”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (A-D), edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier, Amsterdam 1992, s. 770-776.
- Ernst**, Andrea: “Honorary Consuls”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, January 2011 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e946> (son ziyaret tarihi: 22/11/24).
- Evriviades**, Euripides: “The Demands of Diplomacy: The Role of Career and Honorary Consuls”, *Whitehead Journal of Diplomacy & International Relations*, 2005, s. 21-27.
- Göcke**, Katja: “Stateless Persons”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, August 2013 via <https://opil.ouplaw->

com.peacepalace.idm.oclc.org/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e878 (son ziyâret tarihi: 22/11/24).

- Green**, N. A. Maryan: "European Convention on Consular Functions: A Contribution by the Council of Europe to the Development of International Law", *Revue belge de droit international*, vol. 8/1, 1972, s. 176-188.
- Heyking**, Baron Alphonse: "La théorie et la pratique des services consulaires", *Recueil des cours*, vol. 34, 1930-IV, 1930, s. 811-912.
- Kowalski**, Michal: "Consuls", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, March 2013 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e932> (son ziyâret tarihi: 01/07/17).
- Kussbach**, Erich: "Vienna Convention on Consular Relations (1963)", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV (R-Z), edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier, Amsterdam 2000, s. 1289-1295.
- Libera**, Casimir: "Le consul honoraire depuis les origines jusqu'à nos jours", *Revue hellénique de droit international*, vol. 11/1, 1958, s. 236-263.
- Maresca**, Adolfo: "Les relations consulaires et les fonctions du consul en matière de droit privé", *Recueil des cours*, vol. 134, 1970-III, 1970, s. 105-162.
- Milbrandt**, Jay: "Stateless", *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, vol. 20/1, 2011, s. 75-103.
- Munch**, Fritz: "Consular Jurisdiction", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (A-D), edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier, Amsterdam 1992, s. 763-765.
- Nahlik**, Stanisław E.: "Development of Diplomatic Law. Selected Problems", *Recueil des cours*, vol. 222, 1990-III, 1990, s. 187-364.
- Palyga**, Edward: "Consular Protection with the Participation of a Third State in Polish Practice", *Polish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1972/73, s. 265-284.
- Papas**, C.N.: "Brefs commentaires sur le convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires", *Revue hellénique de droit international*, vol. 17/1, 1964, s. 88-97.
- Pasarín**, Ana Mar Fernández: "Consulates and Consuls Diplomacy", *The SAGE Handbook of Diplomacy*, Edited by Constantinou & Kerr & Sharp, Sage, London 2016, s. 161-170.

- Sawicki, Stefan:** “Privileges of Inviolability of Consular Archives and Premises”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 18, 1989/90, s. 73-86.
- Scott-Smith, Giles:** “Edges of Diplomacy: Literary Representations of the (Honorary) Consul and the Public-Private Divide in Diplomatic Studies”, *New Global Studies*, 2017, s. 1-18.
- Staszewski, Wojciech Szczepan:** “Historical Development of the Institution of the Honorary Consul”, *Review of Comparative Law*, vol. 7, 2002, s. 121-139 (Institution of the Honorary Consul).
- Staszewski, Wojciech Szczepan:** “Historical Outline of the Institution of Honorary Consul in Poland”, *Review of Comparative Law*, vol. 8, 2003, s. 227-244 (Honorary Consul in Poland).
- Torres Bernardez, Santiago:** “La convention de Vienne sur les relations consulaires”, *Annuaire français de droit international*, vol. 9, 1963, s. 78-118.
- Ustor, Endre:** “Hungary’s Consular Conventions and the Equality of Treatment”, *Questions of International Law: Hungarian Perspective*, vol. II, edited by Haraszti, translated by Decsényi & Simon, Akadémiai Kiadó/Sijthoff & Noordhoff, Budapest 1981, s. 217-229.
- Vincze, Zoltán:** “Honorary Consuls in Hungary: Their Legal Standing and Applicable Benefits”, *Miskolc Journal of International Law*, vol. 2/2, 2005, s. 45-51.
- Wiebringhaus, Hans:** “Nouvelles conventions multilatérale du Conseil de l’Europe”, *Annuaire français de droit international*, vol. 10, 1964, s. 563-568.
- Žourek, Jaroslav:** “Le statut et les fonctions des consuls”, *Recueil des cours*, vol. 106, 1962-II, 1957, s. 357-498 (Le statut et les fonctions des consuls).
- Žourek, Jaroslav:** “Report on Consular Intercourse and Immunities (A/CN/108)”, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1957, s. 71-103.

Medya (Gazete ve Internet) Kaynakları

- “A Booming Trade: Foreign Ministries Employ Ever More Amateurs to Do Their Bidding Abroad”, *The Economist*, August 31 2013 via <https://www.economist.com/international/2013/08/31/a-booming-trade> (son ziyaret tarihi: 22/11/24).

Rana, Kishan S.: “Opinion: Honorary Consuls-A Booming Trade”, DiploFoundation, September 30 2013 (last updated on 05/04/24) via <https://www.diplomacy.edu/blog/honorary-consuls-booming-trade/> (son ziyâret tarihi: 22/11/24).

Shane, Scott/**Savage**, Charlie: “Officials Say F.B.I. Knew of Petraeus Affair in the Summer”, The New York Times, November 11 2012.

**MÜLTECİ HUKUKUNDA BELLİ BİR SOSYAL GRUBA
AİDİYET KRİTERİ VE ‘AİLE İÇİ ŞİDDET’ BAĞLAMINDA
AB ADALET DİVANININ WS BULGARİSTAN KARARI
(C-621/21, WS v. Intervyuirasht organ na DAB pri MS)**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1639959>

Prof. Dr. Sibel SAFİ*

Öz

1951 BM Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesinin 1A maddesinde mülteciye dair basit bir tanım vardır ve Sözleşmede sayılan ‘belli bir sosyal gruba aidiyet’ kavramı için tek bir uygulama bulunmamakta olup farklı mahkeme kararları ile karşılaşılmaktadır. İltica başvurusunun yapıldığı devletler, ‘belirli bir grup’ kavramını belirlemek için farklı metodlar kullandıklarından, bu aile içi şiddet ve cinayeti potansiyel mağdurlarının uluslararası korumadan yararlanmaları noktasında önemli engeller oluşturmaktadır. Sonuç olarak sığınma taleplerinin yargılamasını olumsuz etkileyen ve adil olmayan farklılıklara yol açan bir içtihat birliğinin eksikliği ortaya çıkmaktadır. Bu cinayetler bir çok davada genellikle kültürel relativist yaklaşım da dahil olmak üzere özel ya da aile içi bir durum olarak görülmüştür ve mevcut tanımlar ile 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin yorumu içerisinde bu zulmün yapıldığı “Üçüncü Dünya” ülkelerinin kültürel farklılıkları olduğu görüşü ile açıklanıp iç hukukun sorunu olduğu iddiası ile uluslararası koruma talepleri reddedilmiştir. Faillerin ‘özel’ saiklerine orantısız bir şekilde odaklanmak, aile içi şiddetin beraberinde getirdiği ciddi zarar ile ilgili Sözleşme gerekçesi(leri) arasındaki bağlantıyı da belirsizleştirmiştir.

AB Adalet Divanının WS (C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS) davasında Büyük Daire tarafından verilen karar, mahkemenin aile içi şiddet mağduru kadınların mülteci statüsünün tanınması amacıyla belirli bir sosyal grubun üyeleri olarak kabul edilebileceği bulgusuyla önemli ölçüde dikkat çek-

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (ikbalsibel.safi@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-6689-4639 (Gönderim Tarihi: 14.02.2025-Kabul Tarihi: 01.04.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

miştir. Ayrıca, bu karar kadınların sığınma talepleri hakkındaki uluslararası yargı diyaloguna katkıda bulunacak ve ilgili yargı alanlarında emsaller oluşturacaktır.

Bu makale, uluslararası mülteci hukukunda aile içi şiddete ilişkin başvurularda belli bir sosyal gruba aidiyet kriterinin ne şekilde uygulandığını inceleyecek ve bu alandaki temel davaları analiz edecektir. Makale, öncelikle literatüre teorik bir katkıda bulunmayı, aile içi şiddete ilişkin çalışmalardan elde edilen içgörülerini mülteci hukukuna uygulamayı, ardından AB Adalet Divanının bu alanda önemli bir dönüm noktası potansiyeline sahip WS kararını da inceleyerek böylece ilkeli yargılama için bir temel sağlamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Aile İçi Şiddet, Mülteci Hukuku, Belli Bir Sosyal Gruba Aidiyet, AB Adalet Divanı, WS Bulgaristan Kararı

PARTICULAR SOCIAL GROUP CRITERIA IN REFUGEE LAW AND THE EU COURT OF JUSTICE'S DECISION ON WS BULGARIA IN THE CONTEXT OF 'DOMESTIC VIOLENCE' (C-621/21, WS v. Intervyuirasht organ na DAB pri MS)

(Research Article)

Abstract

1951 UN Geneva Convention Relating to the Status of Refugees provides a simple definition of refugee in Article 1A, and there is no single application for the concept of 'belonging to a particular social group' listed in the Convention, and different court decisions are encountered. Since the states where the asylum application is made use different methods to determine the criterion of 'particular group', this creates significant obstacles for potential victims of domestic violence and murder to benefit from international protection. As a result, there is a lack of jurisprudence that negatively affects the adjudication of asylum applications and leads to unfair differences. These murders have been seen as a private or family situation in many cases, usually including the cultural relativist approach, and within the existing definitions and the interpretation of the 1951 Geneva Convention, international protection requests have been rejected on the grounds that these atrocities are caused by cultural differences in the "Third World" countries where they occur, and that they are a problem of domestic law. The disproportionate focus on the 'specific' motives of the perpetrators has also obscured the link between the serious harm caused by domestic violence and the relevant Convention ground(s).

The decision of the Grand Chamber in the WS (C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS) case of the EU Court of Justice has attracted considerable attention due to the Court's finding that women victims of domestic violence can be considered members of a particular social group for the purposes of granting refugee status. Furthermore, this decision will contribute to the international judicial dialogue on women's asylum claims and set precedents in relevant jurisdictions.

This article will examine how the criterion of belonging to a particular social group is applied in applications concerning domestic violence in international refugee law and will analyse key cases in this area. The article aims first to make a theoretical contribution to the literature, applying insights from studies on domestic violence to refugee law, and then to examine the WS decision of the EU Court of Justice, which has the potential to be a significant landmark in this field, thus providing a basis for principled adjudication.

Keywords

Domestic Violence, Refugee Law, Membership of a Particular Social Group, EU Court of Justice, WS Bulgaria Decision

GİRİŞ

1951 Cenevre Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşmenin¹ 1(A) maddesinde mülteci tanımı şu şekilde yapılmıştır: ‘Ülkesinde meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba aidiyeti ve siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir.’

Sözleşmede sayılan belli bir sosyal gruba aidiyet kriteri dışındaki kriterler daha kesin sınırlara sahip olmalarına rağmen, sosyal grup kavramı yorumlara göre kimi zaman değişkenlik gösterebilmektedir. Aile içi şiddet, töre/onur cinayeti gibi sebeplerle iltica başvurusunda bulunan potansiyel mağdurlar, haklı nedenlere dayanan zulüm gerekçesiyle belli bir sosyal grubu oluşturabilecektir. Ancak sosyal gruba aidiyetin belirlenmesi noktasında mahkemelerin farklı metodlar uygulamaları sebebiyle farklı kararlar ile karşılaşmaktadır.

BMMYK belirli bir sosyal grup olgusunu ise şu şekilde tanımlar: “Geçmişine ait ve yaşadıkları, alışkanlıkları, kimlikleri gibi nedenlerle benzer bir geçmişi, alışkanlıkları ya da toplumsal statüleri ile toplumun geri kalan kısmından ayıran belli özellikler paylaşan ya da paylaştığı düşünülen kişi toplulukları sosyal gruptur.” Sosyal grup ifadesi, çok geniş bir kavramı barındırdığından bazen ırk, bazen din ve inanç olgusu çerçevesinde algılanıp yorumlanabilmektedir.² Belirli sosyal grupların ortaya konulması için Sözleşme’nin ilgili maddesi çerçevesinde söz konusu grubun sahip olduğu değiştirilemez nitelikler, söz konusu grubun onu toplumun geri kalanından ayırt etmeye yarayan veya toplum içerisinde bir grup olarak algılanmasına

¹ Cenevre’de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış ve Türkiye’de 05-09-1961 tarih ve 10898 sayılı ile Resmi Gazetede yayımlanan ‘Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme’. <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/files/multec%b1ler%b1n hukuk%b1statusune%b1l%b1sk%b1nsozlesme.pdf>. Bundan sonra kısaca Mülteci Sözleşmesi olarak metinde anılacaktır. (erişim: 12.03.2025) <https://www.unhcr.org/media/1951-refugee-convention-and-1967-protocol-relating-status-refugees>.

² **Akyürek**, İnayet Burcu: Mülteci Hukuku ve Türkiye Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2007, s. 61.

sebebiyet veren ortak niteliklere sahip olup olmadığının tespiti yapılabilir. Değiştirilemez veya değiştirilmeye zorlanamayacak özellikte olan nitelikler; cinsiyet, etnik köken gibi doğuştan kazanılmış olabileceği gibi geçmişe yönelik olaylar, meslek veya daha önceden kazanılmış olan statüler gibi başka sebeplere de dayanabilir. Belirli sosyal grupların tespitinde kullanılan yöntemlere bakıldığında *değiştirilemez nitelikler yöntemi* ve *sosyal algı yöntemi* olmak üzere iki yöntemin baskın şekilde kullanıldığını gözlemliyoruz. Değiştirilemez nitelikler yönteminde sosyal grubu oluşturan kişilerin kendi içsel, ortak özelliklerinden hareket edilir. Sosyal algı yönteminde ise sosyal grubun dışsal algılanmasından tespit yapılır. Değiştirilemez nitelikler yöntemi Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda gibi *common law* devletlerinde uygulanmakla birlikte ülkelerce oluşturulan, geliştirilen yöntemler zaman içerisinde değişiklik gösterebilmektedir³ ve bu yöntem Amerika Birleşik Devletleri'nde Göç İstinaf Mahkemesinin *Matter of Acosta* kararı ile oluşturulmuştur.⁴ Kurul değiştirilemez nitelikler yöntemini oluştururken *ejusdem generis* ilkesinden⁵ hareket etmiş, bu ilkeden yola çıkarak belirli bir sosyal grup kavramı ile ırk, din, milliyet ve politik görüş gibi değiştirilemez niteliklere sahip diğer dört sözleşmesel neden ile bağ kurmaya çalışmıştır.

Kanada'da görülen Ward davasında⁶ 'sosyal gruplar' üç kategoride tanımlanmıştır; "(1) doğuştan gelen veya değiştirilemez bir özellik ile tanımlanan gruplar; [cinsiyet, dilsel geçmiş, cinsel yönelim] (2) üyelerinin insan onurları için temel sebeplerden dolayı gönüllü olarak bir araya geldiği ve bu nedenle birliktelikten vazgeçmeye zorlanmaması gereken gruplar; [insan hakları aktivistleri gibi] ve (3) tarihi kalıcılığı nedeniyle değiştirilemeyen eski bir gönüllü statü ile ilişkilendirilen gruplar." Söz konusu yaklaşım incelendiğinde ilk kategoriyi oluşturan değiştirilemez veya doğuştan gelen nitelikleri ile belirlenen grupların, Amerika Birleşik Devletleri'nin değiştirilemez nitelikler yaklaşımı ile aynı olduğu söylenebilecektir.

³ Aydın, O. E.: Mülteci Statüsünün Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet Nedeniyle Tanınması, (2018), Yetkin, s. 44.

⁴ Board of Immigration Appeals, *Matter of Acosta*, 19 I&N Dec.211, 1985, s. 233. <https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2012/08/14/2986.pdf>

⁵ Bu ilkeye göre, belirli sayıda terimlerden oluşan genel terimler, kapsadıkları terimlerin genel anlamlarıyla sınırlı olarak yorumlanmalıdır.

⁶ <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1023/index.do>. Supreme Court of Canada: *Canada v. Ward*, (1993) 2S.C.R. 689.

Değiştirilemez nitelikler yöntemi içsel özelliklerden hareket eder, sosyal algı yöntemi ise dışsal özellikleri ifade eder, başka bir deyişle dışarıdan bir bakışla grubun nasıl görüldüğünden hareket eder. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *Applicant A*.⁷ kararı ile geliştirilen bu yaklaşımda, belirli bir sosyal grup 'kişileri birleştiren ve bu kişilerin toplumdan büyük oranda ayrılmasına yol açan belirli bir niteliği ya da unsuru paylaşan insan grubu anlamına gelecektir.' Bu geliştirilen yöntemle bakıldığında, değiştirilemez nitelikler yönteminden farklı olarak yöntemin esas noktasının paylaşılan nitelik ya da özellik olmadığı, bu niteliğin ya da özelliğin ilgili kişileri toplumun geri kalanından büyük oranda ayıran unsurlardan oluştuğu söylenebilecektir.

1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme'ye göre, kişilerin mülteci statülerinin tanınması (mülteci statüsünün verilmesi bildirici bir işlemdir, kurucu işlem değildir) için sahip olunması gereken koşulları şu şekilde sıralayabiliriz.

- Kişi, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkuyor olmalıdır.
- Zulüm korkusu; Sözleşme'de sayılan beş kriterden birisi sebebiyle varolmalıdır.
- Yabancılık unsuru; kişi ülkesinin sınırları dışında bulunmalıdır.
- Kişi, menşe ülkesinin korumasından yararlanamıyor ya da haklı sebeplerle sahip olduğu zulüm korkusuyla yararlanmak istemiyor olmalıdır.

Belirli bir sosyal gruba aidiyet dışındaki diğer sözleşmesel/kanuni nedenler olan ırk, din, milliyet, politik düşünce kavramlarına bakıldığında; bunların ortak özelliğinin, belirli ve daha somut sınırlar ihtiva etmesi olduğu görülmektedir⁸. Mahkeme kararlarında içtihat birliğinin olması için diğer sözleşmesel nedenler gibi belli bir sosyal gruba aidiyet kriterinin de belli sınırlarının bulunması gerekir ve bu sınırın nasıl belirleneceği konusunda devletler tarafından yukarıda anlatılan bazı yöntemler geliştirilmiştir. Bu çalışmada öncelikle aile içi şiddete dair mülteci statüsü tanınmasının koşulları incelenecek, aile içi şiddet sebebiyle iltica başvurularında görülen birtakım davalar analiz edilecek ve AB Adalet Divanının WS kararındaki yaklaşımının bu noktada önemine vurgu yapılacaktır.

⁷ A v Minister for Immigration & Ethnic Affairs. A v Minister for Immigration & Ethnic Affairs [1997] HCA 4; (1997) 190 CLR 225; (1997) 142 ALR 331 (24 February 1997) <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/aushc/1997/en/91726>

⁸ Blake, J.: Getting to Group Under U.S. Asylum Law, Notre Dame L.R., Vol.90, 2015, s. 167.

I. DEVLET KORUMASININ BAŞARISIZLIĞI

1951 tarihli Cenevre Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşmesi (Mülteci Sözleşmesi) sadece kişilerin içinde bulundukları ciddi tehlikelerden ve zararlardan kaçmalarını sağlamak için hazırlanmış bir sistemden ibaret değildir. Sözleşmenin asli amacı:

Kişinin vatandaşı olduğu devletten alması gereken korumanın başarısız olması durumunda bir ikinci plan olarak işlemektedir⁹. Daha spesifik bir şekilde anlatacak olursak; Sözleşme'nin genel amacı, belirlediği sebepler dahilinde zulüm görmeye karşı bireyin kendi devlet sınırları içinde korunmasını kaybetmesi durumunda uluslararası kuruluşlara ve devletlere sığınabilmesidir¹⁰.

Dolayısıyla, Mülteci Sözleşmesi öncelikli olarak kişi ve devlet arasındaki ilişkinin bozulması veya yıkımı halinde bir çare bulabilmekle alakalıdır¹¹. Başka bir deyişle, bu noktada misyonu “kendi ülkelerinde olmayan ve devletsel bir koruması bulunmayan” insanlar alt kümesine politik haklar; bahsedilen zorunlu göçmenlere hukuki bir konum ve kendilerine yeni veya yenilenmiş bir ulusal koruma bulana kadar belli bir devlete ait olmamanın getirebileceği engellere karşı koruma sağlamak olacaktır¹².

İltica başvurusunda bulunan bir kişi için ilk olarak, kişinin içinde bulunduğu haklı nedenlere dayalı zulüm riski ihtimalinin değerlendirilmesinde, ayrıldığı kendi ülkesinin bu zulüm karşısında cevapsız/hareketsiz durması ya da cevap/karşılık veremeyecek durumda olması ile “ciddi zulüm altında bulunma tehlikesi”nin dikkate alınması gerekir. Yalnızca bu gibi durumlarda, Mülteci Sözleşmesine olan ihtiyaçtan bahsedilebilir, çünkü sadece böyle bir sebepten kişinin geldiği devletin onun güvenliğini koruyabilecek durumda olmadığı söylenebilir. İkinci olasılık ise kişinin kendi yaşadığı bölgede haklı nedenlere dayalı zulüm riski altında bulunmasına rağmen güvenliğini yine aynı devletin hüküm sürdüğü başka bir bölgede güvence altına alması durumudur. Bu noktada, kişinin bağlı olduğu devletle arasındaki korumaya dayalı ilişki hala geçerli olduğu için, bu gibi koşullarda mülteci olma halinin verdiği korumaya ihtiyaçtan bahsedilemez.

⁹ Supreme Court of Canada: Canada v. Ward, (1993) 2S.C.R. 689. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1023/index.do>.

¹⁰ Horvath v. Secretary of State for the Home Department: (2001) 1 AC 489 UKHL, Jul. 6, 2000. <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000706/horv-1.htm>

¹¹ **Goodwin-Gill**, Gus S./**McAdam**, Jane: The Refugee in International Law, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 10.

¹² **Safi**, Sibel: Mülteci Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 69-80.

Koruma devlet kaynaklı bir korumadır, ancak yönetsel anlamda ülkenin önemli bölümünü kontrol eden bir kuruluş ya da organizasyonun varlığı durumuna Avrupa Birliği Vasıf Yönergesi¹³, şu şekilde açıklık getirmiştir:

“Zulme ve ciddi zarara karşı kişiye koruma ancak: (a) bir devlet ya da (b) uluslararası kurumları da içine alacak bir şekilde devleti ya da yönetsel anlamda ülkenin önemli kısmının azımsanmayacak miktarını kontrol eden bir organizasyon ya da kuruluş tarafından; eğer bu kurumsal yapıyı koruyacak durumda ise ve korumaya niyeti var, bu konuda istekli ise korumanın sağlandığından sözedilebilir”¹⁴.

Doğrusu, devlet dışı bir kurumsal yapının kişiye gerçekten de Yönergenin öngördüğü şekilde koruma sağlamasından bahsedildiğinde, “söz konusu bireyin maruz kaldığı zulüm ve ciddi zarar durumlarına karşı, yine bahsedilen bireyin ulaşabileceği zulmün bir tespitinin yapılması, adli takibatı ve yargılama neticesinde cezalandırılması üzerine kurulu bir sistemin oluşturulması”nın bahsi geçen organizasyonlarca sağlanması ve bu tip bir korumayı tasarlaması, uygulayabilmesi oldukça zordur.

Birleşik Krallık mahkemesinin silahlı çatışmalardan doğan riskler kategorisinde Dyli davasında belirlediği gibi, tarihsel gelişim içerisinde “vatan-daşı olunan ülke” kavramının coğrafi anlamından ötesinde incelenmemesi gerektiği vurgulanmıştır.¹⁵ Mülteci Sözleşmesi’nin “bölge” tanımlamasını coğrafi gösterimler, “ülke” tanımını ise kurumsal bir varlığı işaret etmek için kullanmasının da ötesinde, Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi’nin 2002 yılında Gardi v. Kraliyet Danışmanlığı davasında da belirttiği üzere:

“Sözleşmenin 1(A)(2) maddesinde belirtildiği üzere bir sığınmacının menşe devlet korumasından faydalanamaması ya da faydalanmak istememesi durumu, ‘uyruğunun bağlı olduğu ülke’ tanımıyla ilişkilidir. Bu, kişiye koruma sağlayacak kurumun veya tüzelliğin kişiye vatandaşlık sağlayabilecek kapasiteye sahip olup olmaması gerekliliği burada asıl tespit edilmesi gereken konu değildir”¹⁶. Bu mahkeme kararından da anlaşılacağı üzere

¹³ https://ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-The-Impact-of-the-EU-Qualification-Directive-on-International-Protection_October-2008.pdf

¹⁴ Council Directive 2011/95/EU, 2011. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/95/oj/eng>. AB Vasıf Yönergesi 7(2). Madde.

¹⁵ Dyli v. Secretary of State for the Home Department, (2000) Imm AR 652 (UKIAT, Aug.30, 2000).

¹⁶ Gardi v. Secretary of State for the Home Department, (2002) 1 WLR 2755 (Eng. CA, May 24, 2002).

kişiyi vatandaşlık temin edebilme erkine sahip olmayan bir kurumsal yapının koruması da kişinin koruma altında olduğuna delil teşkil eder şeklinde yorum yapılmıştır. Birleşik Krallık mahkeme kararlarında da vurgulandığı üzere koruma kabiliyetine sahip bir kabile, aynı zamanda vatandaşlık ihdas edemeyecek bir yapı olarak kişiyi koruyan süje olarak addedilebilir. Bu durumda mülteci statüsü değerlendirmesi yapılırken kişinin devlet korumasından yararlanamıyor, ancak bir erk ve ulus bütünlüğüne sahip bir yapı tarafından korunuyor olması korumanın sağlanıyor olması kriterinin karşılanmasına uygun kabul edilebilir. Diğer bir deyişle kişi korunmadan yararlanıyor olarak değerlendirilir ki, kanaatimizce bu Sözleşmenin lafzi yorumuna uygun değildir.

İkinci olarak, bu durum, mülteci tanımlaması kelimesi kelimesine incelendiğinde barındırdığı içerik tarafından da desteklenmiştir. “Uyruğu bulunan ülke” kavramının tanımlanması boyunca tekrar edilen referanslar, kişinin “uyruğu bulunan ülkenin dışında olması” zorunluluğu, göçmen iddiasını “vatandaş olduğu ülkelerin her biriyle” ilişkili olarak ortaya koyması, “bahsi geçen ülkenin korumalarından” yararlanmıyor ya da yararlanamıyor olması, “yeni vatandaşlığının ona getirdiği korumadan” memnun olması, ya da şartlardaki temel bir değişimden dolayı artık “vatandaş olduğu ülkenin korumasını reddedemiyor olması” göçmen statüsünün değerlendirilmesinde sadece devlet korumasının konuyla ilgili olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktır.

A. “Zulüm Görmenin” Bir Parçası Olarak Devlet Korumasının Başarısızlığı - Zulüm = Ciddi Zarar + Devlet Korumasından Yoksunluk

Mülteci Sözleşmesi, ancak ve ancak temel uluslararası insan hakları gözönünde tutularak, ulusal bir korumaya dair herhangi bir mantık dahili beklenti kalmadığında¹⁷ normalde vatandaşlığın kişiye vereceği ayrıcalıkların ortadan kaybolması veyahut eksilmesi halinde bir “vekil koruma” konumuna sahiptir¹⁸.

Bu, kişinin zulüm görüp görmediğine ya da böyle bir tehlike altında olup olmadığına dair kararın, söz konusu olası tehlikeyi tanımlamak kadar kişinin vatandaşı olduğu ülkenin bu tehlikeye cevap verecek yeterlilik veya

¹⁷ **Hathaway**, James C.: The Law of Refugee Status, 1. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 1991.

¹⁸ **Kahloo v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs**, (1997) FCA 1430 (Aus. FC, Dec. 1, 1997).

isteklilikte olup olmadığını da gözlemlemeyi kapsamaktadır¹⁹. Eğer söz konusu devletin yine söz konusu olan tehlikeye karşılık koruma verecek güce ve isteğe sahip olması gibi bir durum varsa, kişinin zulüm gördüğü ya da görmek üzere olduğu söylenemez. Bunun birçok sebebi vardır.

1. Birincil olarak, mülteci kavramının olağan anlayışı dikkate alınır, yasada kullanılan tanım direkt olarak bu kavramı kullanan kişinin “zararda olma” ya da “ciddi zararda olma” değil de “zulüm görme”²⁰ ifadesinin kullanılışına dikkat çeker²¹. Bir insanın zararda ya da ciddi zarar altında bulunduğu her anda zulüm gördüğü çıkarımını yapmak, lafzi yorumun kendi sınırlarına da zarar vermektir; çünkü zulüm görmek, beraberinde süreklilik, insafsızlık, ve ancak devletin koruma gücünün ya da isteğinin ortadan kalkması halinde söz konusu olabilecektir ve bu durum aynı zamanda kaçamamazlık gibi koşulları beraberinde getirir. Daha da ötesinde, “zulüm görme” ibaresi, içinde süreyi pasif tutan bir yapılandırma taşıdığı için, “hem zulmedenin hareket edışıyle hem de bu hareket edişin zulüm edilen üstündeki etkileriyle alakalı olan bir bileşeni, bir kanıyı aktarır”²². Başka bir deyişle, Mülteci Sözleşmesi bir koşul ya da çıkmaza dair koruma oluşturulmasıyla ilgili olduğundan, “zulüm görme” tanımının analizi de hem söz edilen zulüm görme riskinin doğası hem de, eğer ortada bir cevap varsa, devlet tarafından verilen cevabın doğasının incelenmesi dahilinde yapılmalıdır; çünkü başvuranın içinde bulunabileceği çıkmazı yaratan bu iki durumun karışımıdır²³.

2- İkinci olarak, yazılı kanun (sözleşme) üstünden yapılan anlamlandırılma, Mülteci Sözleşmesi’nin odağı, amacı ve bağlamına yapılan atıflarla güçlendirilmiştir²⁴. Kanada mahkemesinin Ward kararında açıklandığı üzere, Uluslararası korumanın varoluş ve kuruluş amacı zulmedilen için yerel korunma hakları elinden alındığında ulaşılabilecek ikinci bir ev, bir “vekil” yaratmaktır. Mülteci Sözleşmesi’nin arkasındaki sebeplendirme ise sadece

¹⁹ Sunarso v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, (2000) 99 FCR 125 (Aus. FC, Feb. 7, 2000).

²⁰ Mehmood v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, (2002) FCA 37 (Aus. FC, Jan. 31, 2002).

²¹ Singh v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, 2002, FCA 37 (Aus. FC, Jan.31, 2002).

²² Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v. Kord (2002) 125 FCR 68, Aus. FFC, Mar. 28, 2002).

²³ **Wilsher**, Daniel: “Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom Protection, Accountability or Culpability?”, International Journal of Refugee Law, Cilt 15, Sayı 1, 2003, s. 80.

²⁴ Sivakumaran, UKHL, 1987. <https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030320/sivak-1.htm>

kendi devletleri tarafından zulüm görenlere barınak sağlamak değil, kendi devletleri tarafından zulme karşı koruma görmeyenlere ya da göremeyenlere karşı da sığınma sağlamaktır²⁵.

3- Üçüncü olarak, “zulüm görmek” tanımının “uygun şekilde kullanımının iki ya da daha fazla etkenin birleşimi sonucu ortaya çıkan bir etkiyi”²⁶ açıkladığı anlayışı, Mülteci Sözleşmesi’nin modern zamanlarda, çoğunlukla devlet-dışı kaynaklardan/aktörlerden oluşan zararlardan kaçan mültecilere kalacak yer sağlayabilmesi noktasında mühim, hatta vazgeçilemez olmuştur²⁷.

Devlet dışı aktörler tarafından zulmün gerçekleştirilmesinde devletin önleme, önleyebilmek maksadıyla gerekli düzenlemeleri yapma veya buna istekli olması gerekli ve önemlidir. Devlet bu önlemlerin varlığını, caydırıcı yasalar, adil yargılama veya kolluk kuvvetinin yerinde kullanılması, yani pozitif yükümlülüklerini yerine getirme şeklinde de gösterebilir. Özetle, devleti tarafından korunmanın yoksunluğu, bahsedilen kişinin zulüm görme tehlikesi altında olup olmadığının anlaşılması konusunda gerekli bir parçadır. Burada, bir devletin koruyucu olmak istemeyişinin ya da koruyucu olmayışının sebepleri olabilecek koşullar kısaca incelenecektir. Netice olarak mülteci statüsünü tanıma konusunda karar vericinin burada devletin yapmadığını ya da istemediğini düşünmesi yeterlidir. Sonuçta, “hukuksuz” devlet yaptırımları üzerinden değerlendirmeler hem isteksizlik hem de yeterli olamayış alanları hakkında problemleri ortaya koymaktadır²⁸.

B. Devletin Vatandaşını Korumayı İstememesi

Devlet korumasının yoksunluğunun en direkt manifestosu, devletin korumak istememesi durumudur. Bu gibi durumlarda, devletin elindeki yetkileri zaten gerekli zamanlarda kullanmayı reddetmiş olması halinden dolayı, koruma yetersizliğinin kanıtlanması için fazladan bir araştırmaya ya da kanıta gerek yoktur. Bu isteksizliği açıkça ortaya koyabilecek üç farklı durum bulunmaktadır.

²⁵ Dillon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005) FC 381, Can. FC, Dec. 3, 2004. https://www.brijmohan.com/wp-content/uploads/2016/03/Dhillon_v._Canada_Minister_of_Citizenship_a.pdf

²⁶ Ortiz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2011) FC 726, Can. FC, Jun. 20, 2011. <https://ca.vlex.com/vid/ortiz-v-can-m-680918437>

²⁷ Shacknove, Andrew E.: Who Is a Refugee, Ethics, Vol.95, No. 2 (Jan., 1985), s. 277.

²⁸ Yeo, Colin: “Agents of the State: When is an Official of the State an Agent of the State?”, International Journal of Refugee Law, Cilt 14, Sayı 4, 2003, s. 515.

1- Bu durumlardan ilki, zulmün paradigmatic bir şekilde, devletin biza-tihi kendisi tarafından yapılması ve bu noktada yine aynı devletin zulme karşı koruma oluşturmamasıdır. Söz konusu hal, kendini önceden ortaya konulmuş zulmeden yaptırımların olması, ayrımcı yasaların yürürlüğe ko-nulması ya da genel yasaların ayrımcı bir şekilde yorumlanması ile kendini gösterebilir. Devletin bu zulüm gösterme şekli, onun temel organlarından birisi tarafından yani yasama, yürütme ya da yargı organları tarafından ger-çekleştirilmiş; ya da “devletin işleyişi içerisindeki aygıtları”, yani polis me-murları, memurlar, askerler ya da militarist, kolluk yapının herhangi bir par-çası²⁹ tarafından uygulanması suretiyle olabilir. Bu gibi hallerde, “birisinin devletin koruma gücünü sorgulamasına” gerek yoktur, “çünkü tanıma uygun şekilde, ortada devletin koruma gücüne dair bir şey yoktur”³⁰. Horvath dava-sında Birleşik Krallık mahkemesinin kararında belirtildiği gibi, “devletin bilinçli bir şekilde ortaya koyduğu zulüm, aslında ortaya koyması gereken koruma halinin tam zıttıdır”³¹. Devlet bizzat hukuksuz uygulamanın sorum-lusudur ve bunu bilinçli ve/veya sistematik bir şekilde yapmaya devam et-mektedir. Devlet yürürlüğe koyması gereken bir yasayı koymaktan kaçın-makla yasama organı vasıtasıyla kişinin zulme uğramasına sebebiyet verebi-lir. Ya da Uluslararası Sözleşmelerde bulunan temel hak ve hürriyetlere iliş-kin yasaları mevcuttur ancak yargı kararlarında bu yasaların bilinçli ihlali söz konusu olabilir ya da yürütme organının kendisi hukuksuz uygulamanın içerisinde olup zulmün aktörü olabilir.

2- İkinci olarak, merkezi hükümetin yerel yargı ve devlet adına işlem yapabilme yetkisi olan güçleri; polis kuvvetleri, kamu çalışanları tarafından ortaya konulan davranışlar ayrımcılığı cesaretlendiriyor ya da cesaretlendir-memek için bir şey yapmıyor olması halinde³², yine devletin vatandaşlarını söz konusu zulme karşı koruma isteğine dair bir sorgulama gerektirmektedir. Nitekim Avusturya’da görülen bir davada, mahkeme, Çin’in tek çocuk poli-tikası gözönüne alındığında, mesela, birçok yargı kurumu ve mahkeme konu hakkında “her ne kadar Merkezi Hükümet zorunlu kürtajı veya sterilizasyo-

²⁹ Boer-Sedano v. Attorney General, (2005) 418 F. 3d 1082 (USCA, 9th Cir., Aug. 12, 2005). <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/usaca9/2005/en/58380>

³⁰ Rodriguez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), (1996) FCJ 283 (Can. FCTD, Mar. 1, 1996). <https://ca.vlex.com/vid/rodriguez-v-can-m-681141069>

³¹ Zhuravlev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), (2000) 4 FC 3 (Can. FCTD, April 14, 2000). <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/canfc/2000/en/19243>

³² De Calles v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993) FCJ 478 (Can FCTD, May 4, 1993).

nu açıkça destekliyor olmasa da çocuk sayısının sınırlandırılmasına dair yasalarının neyi ima ettiği ve toplumda neyin kabullenilmesinin istendiği açıkça ortadadır,” gözleminde bulunmuştur³³. Kanada Yüksek Mahkemesi Chan davasında bu durumu şu şekilde açıklamıştır:

“Yerel görevliler sterilizasyon işlemi sonucunda ortaya koydukları şiddet sebebiyle çok nadiren cezalandırılmaktadırlar ve kendilerine doğum oranının çok yüksek olması halinde ekonomik yaptırım uygulama hakkı dahi tanınmaktadır. Bu da Çin hükümetinin, başka hiçbir şey yapmasa bile zulme bir katkı yarattığına kanıttır³⁴.”

3- Üçüncü olarak da devletin devlet-dışı yapılanmalar tarafından ortaya konulan haksızlıklara, bunu yapma hakkı ve gücü varken karşı çıkmıyor oluşu ve bu haksızlıkları tolere edişi, yine devletin vatandaşlarını korumak istemeyişi anlamına gelir ki bu da devletin korumada isteksizliğini gösterir.

Belirli bir nefret gören gruba karşı ayırımcı yasalar, ister sıkça uygulanıyor olsun ister olmasınlar, ayırımcılık yapan tarafın kimliği ne olursa olsun, yapılan ayırımcılığın devlet ve devletin yüksek kesimlerindeki isimler tarafından ayıplanmıyor olduğunu gösterir³⁵. Devletin bu tarzda ortaya koyduğu yaptırımlar, devletin popülasyonunun belirli bir kısmına karşı önyargı taşıdığını da gösterebilir; bu noktada, en önemli göstergelerden bir tanesi de, ceza yasalarının uygulanış biçimi ve halka yansıtılış biçimidir. Örneğin, Yeni Zelanda’da bir mahkemenin İranlı bir kadının eski kocasından şiddet gördüğüne dair korkusunun devlet tarafından korunmaya yönelik yansıyışı hakkındaki gözlemlerinde³⁶:

“Devletin kendisi, ‘özel’ ya da aile içi şiddeti, ki bu taraflar arasında rahatsız edici derecede büyük bir güç dengesizliğini de ortaya koyar, cesaretlendiriyor olmasa da eğer bunu önlemek için bir şey yapmıyorsa, bu devlet tarafından cesaretlendirildiğine karine teşkil eder. Her ne açıdan bakacak olursak olalım, devletin bahsi geçen kadını İran’a geri dönmesi durumunda eşinden gelecek şiddete karşı korumayacağı reddedilemez bir gerçektir ve geçmiş deneyimler ile de sabitlenmiştir³⁷,” sonucuna varmıştır.

³³ Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, (1997) 190 CLR 225 (Aus. HC, Feb. 24, 1997).

³⁴ Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1995) 3 SCR 593 (Can. SC, Oct. 19, 1995).

³⁵ Kimimwe v. Attorney General, (2005) para.431 F.3d 319 (USCA, 8th Cir., Dec. 13, 2005).

³⁶ Khawar (Aus. HC, 2002) para. 11-12 (25).

³⁷ Refugee Appeal No. 71427/99 (NZ RSAA, 2000) para. 572 (81).

Başka bir örnekte, Amerika Birleşik Devletleri Mahkemesinin Sarhan davasında, Ürdün’de “töre cinayeti” işleyen erkeklerin hapse atılması konusunda takınılan tavır hakkında ortaya koyduğu yorum, oldukça açıklayıcıdır: “Diğer tüm suç biçimleri töre cinayetlerinden daha ağır bir biçimde cezalandırılıyorsa, bu aslında bu pratiğin ve fiilin devlet tarafından ne kadar büyük oranda tolere edildiğine dair halka oldukça güçlü bir mesaj yollamaktadır³⁸”.

Bu gibi durumlar yasalara ya da bürokratik hareketlere yansımıyor olsa bile, devlet tarafından ortaya konulan toplumsal bilinç; yargılamanın caydırıcı olmaması ve söz seçimleri bile, karşımıza bir devletin özellikle de kendisi böyle bir gerilim yaratıyorsa asla gerçekten de ayrımcılığa ve zulme karşı olamayacağı problemini ortaya çıkartır. Özellikle de, bu gibi zulümlerin zaten devlete bağlı olan polis ya da askeri güçler tarafından halka karşı işleniyor olması halinde, ve en çok da bunun polis kuvvetleri ve asker tarafından yasalarca kendilerine tanınan hakların dışında gerçekleştiriliyor olması, ortada kesin ve doğrudan mı yoksa daha fark edilemez bir kurallar düzeni olduğu sorusunu yaratır³⁹. AB Vasıf Yönergesi, konu hakkında “eğer şiddet ve yargı zaten devlet ya da devlet organlarından birisi tarafından uygulanıyorsa, duruma karşı yine devlet veya devlet organları tarafından bu şiddete karşı koruma sağlanamayacağı ortadadır” hükmünde bulunur, bu da bizi değerlendirmeye esnasında uygulamadaki algının tespit edilmesi gerekliliği sonucuna ulaştırır⁴⁰. Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi bu ikileme karşı Svazas davasında, devlet-dışı aktörler ve devlet-içi güçlerin zulmünün incelenişi hakkında aslında o kadar da açık bir ayırım olmadığının tespitini yapmıştır⁴¹ ve görüşlerini şu şekilde ifade etmiştir:

“Bir uçta tamamen devlet-dışı güçler tarafından uygulanan şiddetin, öte yanda sadece devlet-içi tüzel kişiler tarafından ortaya konulan şiddetin bulunduğu bir zulüm spektrumu bulunmaktadır. Bu spektrum içindeyse, devletin konuya dair etkili bir koruma sağlayıp sağlamayacağı sorusuna cevap verilmesi gerekliliği önemli bir konudur”⁴².

³⁸ Sarhan v. Holder (2011) 658 F.3d 649 (USCA, 7th Cir. Sept. 2, 2011).

³⁹ **Mathew**, Penelope/**Hathaway** James. C./**Foster**, Michelle: “The Role of State Protection in Refugee Analysis, Discussion Paper No.2, Advanced Refugee Law Workshop, International Association of Refugee Law Judges, Auckland, New Zealand”, International Journal of Refugee Law, Cilt 15, Sayı 3, s. 454.

⁴⁰ Qualification Directive, para. 27.

⁴¹ Sedley L. J. SZDWR v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs (2006), 149 FCR 550 (Aus. FFC, Mar. 21, 2006).

⁴² Svazas v. Secretary of State for the Home Department, (2002) 1 WLR 1891(Eng.CA, Jan. 31, 2002).

Eğer devlet, birtakım söylemleriyle zulme sebebiyet verecek bir durumu cesaretlendiriyorsa tüzel kişiliklerin devletten aldıkları güç ile zulmü işlemeleri ve/veya zulmü tolere etmeleri halinde devletin zulmü engelleme ve/veya zulme uğrayan kişiyi korumaya çalışma arasındaki orantılılık göz önüne alınmalıdır ki bu iki durum aslında spektrumda iki uçtur. Özetle devlet bizzat bazı söylemleriyle bir gruba karşı ayrımcılığı cesaretlendirebilir. Örneğin kadının negatif ayrımcılığına yol açabilecek küçültücü konuşmaların bizzat devlet eliyle yapılması durumu, sistematik zulmü/şiddeti artıran ve kolluk kuvvetlerinin bunu tolere eden davranışlarına sebebiyet verebilir. Bu tolere etme sistematik ve yaygın bir hale dönüşebildiğinde zulme uğrayan kadın kimi zaman zulme uğradığını itiraf etmekte veya şikayet konusu yapmakta korku duyabilir. Devlet bu durumda hem zulmeden sistemi hem de bunu tolere eden devletin tüzel kişiliğini cesaretlendirmiştir. Böyle bir sistemde kimi zaman, zaten korunmayacağını öngören kişi zulmedenin zulmünün kayıt altına alınmasına dahi vesile olmayacaktır, diğer bir deyişle şikayette bulunmayacaktır.

Birleşik Krallık mahkemesi, Svazas davasında; “devlet organları tarafından ortaya konulan kanun dışı zulüm ve devletin kendi içerisinde cesaretlendirdiği zulüm arasındaki farkın büyüklüğüne ve önemine” vurgu yapmıştır⁴³: “Çünkü bu iki ucun arasında” bulunan boşlukta, Svazas gibi, polis kuvvetinin “sistematik ve sürekli bir biçimde yasaya ve hükümetin buna karşı çıkma isteğine rağmen kendi gücünü insanlara zorbalık yapmak için kullandığı” davalar bulunmaktadır. Bu noktadaki ayırım ise dava içinde “devlet organlarının ortaya koyduğu hareketlerin devletin üst ve belirleyici organları tarafından ne kadar hızlı ve ne kadar etkili bir şekilde engellendiği” halinden ve engellenme ihtimalinden belirlenir ve devlet korumasının düşüklüğü büyük oranda bu şekilde ortaya konulur. Aksi halde, devletin bir organı tarafından ortaya konulan davranış, ister anlık ister sürekli; ister bulaşıcı ister yerel olsun, devletin tamamının koruma yükümlülüğünün zayıflığını ortaya koyacaktır.

Özellikle de devletin kendi zulmünü içeren davalarda devletin koruma gücünün yeterliliğinin subjektifliği ve belirleyiciliği değerlendirilmesinde, “polislerin zulmü söz konusu ise daha güçlü ve yüksek bir koruma prensibinin gerekliliği” vurgulanmıştır⁴⁴. Çünkü devletin erkini kullanarak zulmün

⁴³ Svazas v. Secretary of State for the Home Department, (2002) 1 WLR 1891 (Eng.CA, Jan. 31, 2002).

⁴⁴ R (Bagdanavicious) v. Secretary of State for the Home Department, (2005) 2 AC 668 (UKHL, May 26, 2005).

yapılması zulüm gören kişinin kendini savunmada zorlanacağı bir durumdur. Devlet içerisinde polise karşı gelmek hem suçtur, hem de devletin kolluk kuvvetlerine ait silah ve devletin egemenlik yetkisini kullanan birimler olduğu için kişinin bu zulümden kurtulması oldukça güçtür. Bu durumda daha güçlü koruma prensibinden hareketle değerlendirilme yapılmalıdır. Devlet yetkililerinin devlet içerisinde bulundukları durumlar hakkındaki güçleri ne kadar fazlaysa, mülteci sıfatına sahip tarafa yapılan zulme etkileri de o kadar fazla olacaktır; bu etki ne kadar fazlaysa, kişinin menşe devletinin buna karşı kullanması gereken gücün ve karşı koyma biçiminin gerekliliği de o kadar artacak ve suçluları cezalandırması şekli de o kadar önem kazanacaktır; bu ne kadar önem kazanırsa ve gerçekliğe taşınırsa, sığınma arayan kişinin mülteci sıfatı kimliğinin belirlenmesi konusunda herhangi bir şüpheyeye yer kalmayacaktır⁴⁵.

Devletin kurallarına uymayan devlet aktörlerinin davranışlarının devletin erkine dayanarak uyguladıkları zulme bağlı olarak, gelecekte bu aktörlerin “yasadışı” eylemlerine engel olabilmek ve yine aynı durumun yaşanmasına dair bir davetiye çıkarmamak için, başka bir deyişle ileride muhtemel zulümlerin önlenbilmesi için üst makamlarca kontrol edilmeleri uygun olacaktır⁴⁶.

Devlete ait makamların ve devlet için çalışan bireylerin “görev sırasında olmadığı” ve olay esnasında sivil çalıştığına dair bir sınıflandırmaya meyilli olmasına ilişkin PS (Sri Lanka) davası önemlidir. Sri Lankalı askerlerin, iltica başvurusunda bulunan bir kişiye evinde defalarca tecavüz ettiği davada⁴⁷ mahkeme, başvuranın, aslında devletin askeri olarak çalışan ancak tecavüz sırasında sivil yaşam içerisinde bulunan üç kişi tarafından gerçekleştirildiği iddiasında devletin sorumluluğunun olmadığı iddiasını reddetmiştir⁴⁸. Yerel mahkemenin karar gerekçesinde bunun üç sivil tarafından tecavüz edilmekle bir farkı olmadığı belirtilmiştir. Burada askerlerin fiili işlediği sırada resmi görevlerinden kaynaklanan bir yetkiyi kullanmadıkları dikkate alınmıştır. Ancak askerlerin bu mesleklerinden dolayı kişi üzerinde sahip

⁴⁵ **Grahl-Madsen**, Atle: “Refugees and Refugee Law in a World in Transition”, Michigan Journal of International Law, Cilt 3, Sayı 1, s. 74.

⁴⁶ *Castro and Carranza-Fuentes v. Holder*, (2010) 597 F.3d 93 (USCA, 2nd Cir., Mar. 2, 2010).

⁴⁷ *PS (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, (2008) EWCA Civ 1213 (Eng. CA, Nov. 6, 2008).

⁴⁸ *Wierzbicki v. Secretary of State for the Home Department*, (2001) Imm AR 602 (Eng. CA, Mar. 15, 2001).

oldukları otoriteye ait olan erk, bu erke dayalı yaratabilecekleri otorite gücü/korkusu herhangi sıradan bir kişinin eyleminden farklılık gösterir. Askerlerin davranışları SriLankalı otoriteler tarafından devletin engelleyici bir tavrına sebep olabilecek tutumla birlikte tutulmadığından, kadının geri dönmesi halinde yine Sri Lankalı devlet yetkilileri tarafından koruma sağlanmayacaktır düşüncesine sahip olan İngiliz Temyiz mahkemesi kararı bozmuştur ve red gerekçesinde bu kararın nedenlerini şu şekilde açıklamıştır; “Askerlerin sivil sayılması her ne kadar kararda dikkate alınması gereken bir unsur olsa da, süreklilik sahibi olamayacak bir karardır. Çünkü buradaki önemli husus, normal suçluların aksine, askerlerin suçu, karşılığında ceza almayacak şekilde işlemiş olmalarıdır. Bu yetki, yasalar tarafından olmasa bile, yasaların altında yatan toplumsal bilinç tarafından onlara verilmiş bir ayrıcalıktır”⁴⁹. Burada esas olan, devletin konu hakkındaki tavrının ileride aynı şekilde davranmanın caydırıcı olmaktan uzak bizzat cesaretlendirici olmasıdır.

İngiliz Temyiz Mahkemesi’nin yorumunun bize sunduğu gerçek, otoritenin bir parçası olan gücün otoritenin dışındaki davranışlarının bile, otoritenin bir parçası olarak otoritenin uygulandığı taraflardan daha dokunulmaz olduğudur. Menşe devlet bunu onaylamıyor olsa bile, buna karşı güç kullanmaya çabılıyor olsa bile, mevcut sosyal yapı yüzünden devlet içindeki ilgili güçlerin yanlışlarına ve ayrıcalıklarına karşı; yani asker veya polis, ya da devletin ta kendisi⁵⁰; üstünde gücünün azaldığı, ya da en basitinden pratikte bunu sağlayabilecek kaynaklara sahip olmayışından dolayı gücün uygulanamayacağı gerçeği ortadadır. Daha da ötesinde, aşağıda da tartışılacağı üzere, devletin koruma sağlayıp sağlamayacağına dair bir tahmin; ister demokrasi ile hükümet edilir olsun ister olmasın devlet erkini kullanan devletin aktörlerinin cesaretlendirilmiş olması ile de bağlantılıdır. Söz konusu mülteci sıfatının bireye tanınıp tanınmaması olduğunda, zulmeden güçlerin devlet içinden geliyor olmaları, zulme karşı kişinin devletten yardım ve koruma isteyip istemediğinden daha büyük bir kanıttır.

Kısacası, devlet zararın kaynağı olduğunda; ya da bu zararı tolere ettiğinde veya devlet-dışı aktörlerin bunu sağlamasına izin verdiğinde, devletin konu hakkındaki korumaya olan isteksizliğine dair daha fazla araştırma yapılmasına gerek yoktur.

⁴⁹ PS (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department, (2008) EWCA Civ 1213 (Eng. CA, Nov. 6, 2008).

⁵⁰ AZ (Trafficked Women) Thailand CG, (2010) UKUT 118 (UKUT, Jan. 26, 2010).

C. Koruma Gücüne Sahip Olmamak

Yargı ve zulmün en saf hali, devletin kendi temelinden, merkezinden yayılmasıdır. Bu gibi durumlarda, devlet korumasının yoksunluğu çoğu zaman devletin koruma sağlamak istemeyişine bağlıdır, çünkü mantığın doğrusal düzlemi içerisinde vatandaşlarına zarar vermek isteyen bir devletin onları korumak istemeyeceği sonucu çıkar. Bu senaryo kendisini Mülteci Sözleşmesi'nin erken döneminde yoğun mülteci akımları ile karakterize etmiş olsa da; yakın zamanda mülteci kimliğinin kaynağı devlet kontrolünün dışındaki yapılardan, yasadışı gruplardan, aile içi şiddette olduğu gibi ailelerden, yerel suç gruplarından kısacası devlet-dışı aktörlerden oluşabilmektedir. Bu gibi durumların bazılarında devlet korumaya isteksiz olacaktır, çünkü devlet-dışı yapıyla arasında karşılıklı menfaate dayalı bir bağlantı bulunabilmektedir. Ancak öte yandan, daha çoğunlukta olan şekilde, isteksizlikten çok yapabilme gücüne sahip olmama problemi de karşımızda durmaktadır; ve bu durumun iki önemli altyapısı vardır. Bunlardan ilki ve ikincisi arasında da en temel olanı, devlet-dışı yapılar tarafından kaynaklanan ciddi zararların, Mülteci Sözleşmesi'nin amaçları ve tanımlarına uygun bir zulüm görme hali olup olmadığına dair sorgulamaya gidilmesidir. Tarihsel perspektif üstünden incelendiğinde, zararın kaynağı tekil açıdan yaklaşıldığında belirleyici bir faktör olmuştur, bunun sebebi ise Mülteci Sözleşmesi içinde bulunan “zulüm görme” halinin basit bir şekilde “devlet tarafından yargılanma” olarak algılanmış oluşudur. Bu, “*sorumlu tutulma teoremi*”⁵¹ olarak bilinen anlayış, çoğunlukla kamu hukuku içerisinde, Almanya ve Fransa'yı da kapsayan kararlar içerisinde kabul edilmiş ve sadece menşe devletin suçlu konumunda bulunduğu “zulüm görme” durumlarında mülteci sıfatının bireye tanınabileceğini ve uluslararası topluluk tarafından yardım edilebileceğini iddia ve ima etmiştir⁵². Buna uygun şekilde, yine mülteci sıfatının kişiye tanınmasına karar verilmesi noktasında bahsi geçen devletin uluslararası kurallar çerçevesinde; bahsi geçen “zulüm” noktasındaki sorumluluklarının incelenmesi de gerekli görülen bir durumdur⁵³.

“Sorumlu tutulma” yalnızca pratikte taşıdığı anlamlar yüzünden değil, aynı zamanda temel prensiplerini oturttuğu temellerinin Viyana Antlaşmalar Hukuku Konferansı sırasında ortaya konulan kurallar gözönüne alındığında

⁵¹ TI v. United Kingdom (2000) III Eur Court HR 435 (ECtHR, Mar. 7, 2000).

⁵² Ibid.

⁵³ **Tiberghien**, Frederic: Persecution by Non-Public Agents. Refugee and Asylum Law, Assessing the Scope for Judicial Protection, Nederland Centrum Buitanlanders, Utrecht 1997, s. 107-121.

ne kadar zor bir şekilde uygulamada dikkate alındığı sebebiyle de sürekli ve güçlü bir eleştiriye tabi tutulmuştur⁵⁴. Ne Konferans'ta alınan kararlar, ne de bu kararlar alınırken kayıt altında tutulan konuşmalar; zulüm görme halinde “bu zulmün devlet tarafından yapılması” gerekliliğini bu alandaki hukuk dilinin içine yerleştirememiştir. Kanada Federal Temyiz Mahkemesi Zalzali davasında bunu şu şekilde açıklamıştır:

“Mülteci tanımı, bunun devletten kaynaklı olup olmadığına değinmeden, sadece zulüm görme korkusunu referans konusu yapar. Anlamlandırma sırasında yaşanan bu kayıp ise oldukça belirgin ve mühimdir: ortada zulüm halinin belirli çevrelere ve kaynaklarla sınırlandırılması gerektiği düşüncesi hasıl olmamıştır”⁵⁵.

En temelde, günümüzde bu tutum tarihsel bir alan olarak kalmıştır; çünkü modern tanımda, ortada bir zulüm görme hali olduğu sürece bunun kaynağının devlet-içi ya da devlet-dışı olması değil, devletin bu zulüm görme haline karşı vatandaşı olan kişiye veya kişi gruplarına koruma sağlamak istemediği ya da istese bile sağlayamadığı gerçeği önem taşımaktadır⁵⁶. Başka bir deyişle, şu anki uluslararası toplum düzeninde, kamu yasalarına dair belirli bir anlayış birliği vardır ve bu da “*sorumlu tutma*” değil, “*koruma*” yaklaşımına dayalıdır. Özellikle de AB Vasıf Yönergesi, korumanın mümkün olmadığı koşullar içerisinde “devlet-dışı aktörleri ve etkenleri” de mülteci sıfatına sahip olmak durumunda bırakılan kişinin gördüğü zulmün sebepleri arasında sayar⁵⁷. Çağdaş çoğunluk yaklaşımının sonuçlarından birisi olarak, zulüm görme sebepleri ve onun tanımlanması, mülteci hakları ve hukuku söz konusu olduğunda artık zaman-dışı olarak kabul edilmesi gereken bir terim; yani bir anakronizm halini almıştır. Bir diğer şekilde anlatmak gerekirse, bu zulmün devlet tarafından uygulanıp uygulanmadığı, tolere edilip edilmediği, engellenip engellenmediği; tüm bunların istenilip istenilmediği, sağlanıp sağlanmadığı, sağlanmama sebebinin devletin başarısızlığı olup olmadığı, mülteci statüsünün kazanılması için cevaplanması gereken sorular olmaktan çıkarılmıştır⁵⁸. Bugünkü değerlendirmelerde cevap veril-

⁵⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, **Treaty Series**, Cilt: 1155, s. 331.

⁵⁵ Zalzali, Can. FCA, 1991. <https://irb-cisr.gc.ca/en/legal-policy/legal-concepts/Pages/RefDef06.aspx?undefined&wbdisable=true>.

⁵⁶ AII, Somalia (Sw. ARK/CRA (Swiss Asylum Appeal Commission) 2006.

⁵⁷ O'Sullivan, Maria: “Acting the Part: Can Non-State Entities Provide Protection under International Refugee Law?” *International Journal of Refugee Law*, Cilt 24, Sayı 1, 2012, s. 85-110.

⁵⁸ Avetova-Elisseva v. Immigration and Naturalization Service, (2000) 213 F.3d 1192 (USCA, 9th Cir., May 15, 2000).

mesi gereken tek soru ortada “zulüm görme” halinin olup olmadığıdır. Yalnızca, devletin bu korumayı isteyerek mi yapmadığı yoksa yapmaya muktedir olamadığı mı konusu, anlaşılması yararlı ve kanıtsal olacak bir haldir. Örneğin devlet birtakım yasalarla caydırıcı hükümler koyarken, bazı suçlarda indirim koşulları bulundurabilir. Suçun işlenişi sırasında bu unsurların varlığı ağırlaştırıcı değil hafifletici sebepler olarak hüküm altına alınabilir. Bu durumda bu suçun mağdurları caydırıcı yasalar ile devlet tarafından korunmaya alınmamıştır. Dolayısıyla mağdurlar değil failer bir şekilde korunmuştur. Belli bazı suç gruplarındaki bu yasal düzenleme devletin bu gruptaki mağduru korumaya istekli olmadığına işaret eder. Pakistan’da “töre cinayeti” sebebiyle öldürme suçunda, suçun işlenme saiki töre ise hafifletici sebeple ceza indirimine tabi tutulur. Bu durumda Pakistan yasalarındaki bu uygulama, devletin bu grup mağduru korumaya istekli olmayışı kanıtını ortaya çıkarır. Devlet bizzat zulmü yapan aktör değildir, ancak zulmeden devlet-dışı aktöre karşı mağduru yeterince korumayan, korumaya istekli olmayan süjedir. Bir başka örnekte Hindistan’da belli bölgelerinde var olan “dowry burnings” (gelin yakma)⁵⁹ adıyla anılan, az çeyiz getiren gelinin damadın ailesi tarafından bir şekilde “cezalandırılması”, bir kazaya kurban gitmesi ya da doğrudan öldürülmesine ilişkin fiillerle ilgili yaygın uygulamanın önlenmesi için devlet koruması ihtiyacına ilişkindir. Devlet eğer bu uygulamayı önlemek, yani bu grup kadının zulüm görmesine engel olmak için pozitif yükümlülüklerini yerine getirmezse bu grubun üyeleri korumasız kalacaktır. Aksi takdirde devlet-dışı aktörlerin zulmüne karşı vatandaşını korumayan, korumaya istekli olmayan veya korumaya muktedir olmayan devlet konumuna düşecektir. Devlet pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek için korumaya yönelik gerekli yasal rejimi oluşturur. Bu yasal rejim öyle bir ağırlıkta olmalıdır ki failer için caydırıcı olsun, yürütme gücü ile bu yasal rejimin ifasını gerçekleştirme ve ihlal halinde cezalandırma bu kapsamda yerine getirilmesi gereken icraatlerdir. Bunları yapmazsa, bizzat zulmü gerçekleştiren devlet değildir ancak zulmü gerçekleştiren devlet dışı aktörlere karşı koruma sağlamayan devlet olacaktır. Bu örnekte, Hindistan’da “*Dowry Burnings Act*” adı altında varolan yasal düzenleme ile evliliğin ilk yedi yılı içerisinde meydana gelecek ölümlerin ağırlaştırıcı cezalar ile hüküm bulması, devletin bu grubu korumaya istekli tavrını gösterir. Burada devlet, kültürel relativist yaklaşımlı bir kurumsallaşmış sosyal normun evrensel insan haklarını ihlal etmesine karşı koyduğu yasal rejim ile izin ver-

⁵⁹ Teays, Wanda: “The Burning Bride: The Dowry Problem in India”, *Journal of Feminist Studies in Religion*, Cilt 7, Sayı 2, 1991, s. 29-52.

memiştir. Dolayısıyla devlet korumasından yoksun olmak şeklinde değerlendirme kapsamına girmeyecektir.

Bir devletin vatandaşlarını söz konusu zulme karşı koruma konusunda isteksiz değil de başarısız olduğuna nasıl karar verebiliriz?

Menşe devletin koruma konusundaki başarısızlığını ya da koruma gücüne sahip olmadığını kabul ettiği nadir davalar, devlet korumasının başarısızlığının en direkt ve doğrudan örnekleri devletin ortada kalmadığı, devletin güçten düştüğü, merkezi otoritenin yok olduğu ya da devletin resmi olarak güçten düşürüldüğü zamanlarda karşımıza çıkar⁶⁰. Örneğin, Fransız Mülteciler Komisyonu devletin otoritesinin kaybolduğu kararını Howard-Dejo davasında aşağıdaki paragrafta verilen temeller üstünden açıklamıştır: “Somali devleti, ki aynı zamanda Geçici Federal Hükümet olarak da bilinir, Kasım 2004 yılında Kenya’da kurulmuştur ve şu anda kontrol ettiği kayıtlarla bilinen Somali bölgesinde organize güç kullanımı ve bu gücü gösterebilecek yeteneğe sahip değildir ve Ree Hamar kabilesinin üyelerine zulme karşı koruma sağlayabilecek durumda da değildir”⁶¹. Böyle bir dava içinde kişinin bir klan, kabile veya ülkenin büyük bir kısmını yöneten bir organizasyon, ya da daha yerel bir devlet-dışı taraf, örneğin başvurana ait bir aile üyesi tarafından zulme tabi tutulup tutulmadığı önemli değildir. Ortada bu bahsi geçen, olası tehlikeye ve zarara karşı bireye koruma sağlayacak bir devlet bütünlüğünün ya da gücünün bulunmuyor oluşu, söz konusu kişinin bir korumaya ihtiyaç duyduğunun açık kanıtıdır.

Tüm bunlara rağmen, böyle bir durumun gerçekleşmesi ve karşımıza çıkma olasılığı, oldukça nadirdir⁶².

Bu ilk ihtimalden çok daha yaygın bir durum ise menşe devletin işleyen bir hükümete sahip olduğu ve bu hükümetin bazı durumlarda direkt olarak tehlike altında bulunan gruplara yönelik olabilecek koruma girişimlerinde bulunması ancak buna rağmen sığınma başvurusunda bulunan bireyin, zulüm tehlikesi altında olduğunu iddia etmeye devam etmesidir. Bunun gibi bir durumun yaşanması halinde, söz konusu kişinin mülteci sıfatına sahip olup olamayacağına karar verilebilmesi için; özellikle de devletin ulusal ve uluslararası yasal yükümlülükleri söz konusu olduğunda; yine bu söz konusu kişinin korunmasının yeterliliği konusunda neye göre değerlendirme yapıl-

⁶⁰ **Hathaway**, s. 306.

⁶¹ Howard-Dejo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995) FCJ 176 (Can. FCTD, Feb.2, 1995).

⁶² Garcia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), (2007) 4 FCR 385 (Can. FC, Jan.24, 2007).

ması gerekmektedir? Bu soruya Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından, Horvath davası içerisinde⁶³, şu şekilde cevap verilmiştir: “bir devlet tarafından, hiçbir koşul altında, kusursuz ve tamamen etkili bir koruma sağlanmasının beklenmesi imkansızdır; bu sebeple, onun yerine ortaya bir ‘pratik standart’ konulması ve bu menşe devletin “kendi vatandaşlarına karşı ortaya konulabilecek zulüm ve tehlikeli durumlar karşısında, kendisine ait olan koruma sorumluluğunu yerine getirme ve bu korumaya yönelik davranışları harekete geçirme görevini gerçekleştirip gerçekleştirmediğini”⁶⁴ anlamak ve konu hakkında değerlendirmelerde bulunmak için bir pratik standardın kullanılması gerekmektedir”. Bahsi geçen bu pratik standart, “*durum tespit sürecine dayalı ilgi ve alaka*” üzerinden, Horvath davasında aşağıda anlatıldığı üzere belirlenebilir:

“Mülteci Sözleşmesi içerisinde belirlenmiş olan koruyucu karakterin ortaya konulması hakkındaki yükümlülüklerin içişleri düzeyinde ve kamusal, yasal alanlarda gerçekleştirilmesi ve zulmü hedef alacak korumaya yönelik davranışların belirlenmesi konusunda devletin bir iç sistemi bulunmalıdır ve bu sistemin varolup olmadığı değerlendirilmelidir. Daha da önemlisi, bu sistemin ve sistemin gerektirdiği emirlerin gerçekleştirilmesi konusunda devlete dair bir yeterlilik ve bu konuda devletin koruma konusunda istekli bulunması da şarttır”⁶⁵.

Bu sistem ve işlev, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesinin Horvath davasında belirtildiği üzere, “zulmeden tarafça ortaya koyulan ve özellikle de, psikolojik, duygusal, kimliksel ya da fiziksel nefret ve şiddet içeren hareketlerin; kendi ağırlıkları düzeyinde yargılama ve cezalandırmaya tabi tutulmasına fırsat tanıyan, cezalandırmanın infazını öngören ve hatta bu durumu emredici hale getiren ceza yasaları” tarafınca sağlanabilir. Bunun daha da ötesinde, gücü elinde bulunduran aktif ve etkin devletin, yukarıda da bahsedilen ve söz konusu zulmün kaynakları olan taraflar hakkında “inceleme, soruşturma, yargılama ve cezalandırma”yı gerçekleştirmesi konusunda “makul ve mantıksal bir istekliliğe” sahip olması şarttır⁶⁶.

Horvath davası içerisinde Romanlara karşı Nazi sempatisi olarak bilinen “dazlaklar” tarafından nefret suçları ve ırksal ayrımcılığa dayalı şiddet içerikli fiiller işlenmiş ve polislerin konu hakkındaki her dava hakkında düzenli incelemede bulunmadığına dair bilgileri içeren gerçek yaşantılarının

⁶³ Horvath, UKHL, 2000.

⁶⁴ Horvath, UKHL, 2000.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

varlığının ortaya çıkması hükümde etkili olmuştur⁶⁷. Tüm bu bulgulara karşı, “polis kuvvetlerinin koruma sağlama girişiminde bulunmuş olmaları” ve “bu ırka dayalı suçları işleyenlere katı cezaların verilmiş olması”⁶⁸ hali, en sonunda kararı kesinleştiren hal olmuştur⁶⁹. Devletin korumasına dair standardın tespiti, koruma yükümlülüğünü yerine getirmede devletin bizzat zulmünden kaynaklamasa da⁷⁰ ve devlet bünyesinde bulunan bireylerin hayata geçirdiği işlemlerden olmasa da, yani direkt olarak devletin otorite gücüne bağlı olmasa da, devlet bu zulme karşı koruma sağlanmaması durumuna bilinçli olarak dahil olmasa da; bunu etkin bir şekilde yapabilecek yetilere/güce sahip olmasa bile, vatandaşlarını korumaya niyetli olmaları gerekir⁷¹. İsviçre Sığınma Temyiz Mahkemesinin de gözlemlediği şekilde, “özellikle de Ceza Kanunu içerisinde karar verici kimliğin; hukukun felsefesine uygun bir şekilde, gerektiğinde ilerici yöntemlere de başvurarak, çağın gerisinde kalmış geleneksel pratiklerden kendisini uzaklaştırması gerekmektedir”⁷². Ancak hukukun temel felsefesi ile hareket ederek gerçeği bulmak yine de uzun bir süreçtir. Tüm bunlar dolayısı ile Kadın Sünnetlerinin (*FGM: Female Genital Mutilation*) yasaklanmasına dair yasal düzenlemenin olması dahi, Avusturya İdare Mahkemesi’nce Abankwah davasında karar verildiği üzere, Ganalı yöneticilerin konu hakkındaki istekliliğini gösterirken aynı zamanda kanıtlar da bu istekliliğin yine aynı devlet içerisinde yeterliliğe sahip olmadığını gözler önüne sermektedir⁷³. Bu gibi davalar ve durumlar “durum tespit sürecine dayalı ilgi ve alaka” standardının göçmen yasaları içerisinde bulunuşunun yarattığı problemleri gözler önüne sererken bile, devletin en sistemli eforu sarf etmiş olduğunun tespiti gerekir⁷⁴. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Opuz-Türkiye davasında aşağıdaki açıklama ile önemli tespitlerde bulunur:

“Devletler; kendi içişlerinde; kadına karşı şiddet söz konusu olduğunda “ilgi ve alakaları”nı ortaya koymak için kapsamlı ve detaylı hareketlerde

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Osman v. United Kingdom, (1998) VIII Eur. Court HR 3124 (EctHR, Oct. 28, 1998).

⁷⁰ **Hessbruegge**, Jan A.: “The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Dilligence in International Law.” New York University Journal of International Law and Politics, Cilt 36, Sayı 4, 2004, s. 265.

⁷¹ Ward (Can. SC, 1993).

⁷² SZONJ v. Minister for Immigration and Citizenship (2011) FMCA 1 (Aus. FMC, Jan. 28, 2011).

⁷³ Abankwah v. Immigration and Naturalization Service (1999)185 F.3d 18 (USCA, 2nd Cir., Jul. 9, 1999).

⁷⁴ Osman (ECtHR (GC) 1998).

bulunmalıdırlar. Özellikle de, ortaya konulan korumanın ne kadar etkili olduğuna dair yasa yapılandırması bulundurulmalı ve yine buna uygun bir şekilde, bu etkili korumanın gerçekleşmesine engel olan hareketler ve yasal düzenlemelere karşı da bir savunma mekanizması geliştirilmelidir. Bu engelleme stratejisi de yine aynı şekilde kapsamlı olmalı; yani, başka bir deyişle, tehlikelere karşı etkin bir cevap sağlayabilecek kurumları güçlendirmelidir. Daha da ötesinde, Devletin kendisi de, kadın ve kızların şiddet mağduru olabileceği spesifik davalara dair etkin yöntemleri hayata geçirmelidir”⁷⁵.

Yine Opuz davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “bir devletin asıl ve öncelikli görevinin kişinin yaşama hakkını, gerekli cezai yasal düzenlemelerini etkili bir şekilde ortaya koyarak ve harekete geçirilme sürecini de denetleyerek korumasının gerekliliği ve devletin kolluk kuvvetlerinin bu alandaki yükümlülüklerinin önemi ve ciddiyeti hakkında” bir vurguda bulunur⁷⁶. Bu yükümlülük, gerekli ve uygun koşullar içerisinde, “söz konusu bireyin korunması için spesifik ve engelleyici operasyonel adımların atılmasına” kadar genişleyebilir⁷⁷.

Tüm bu davalar ve görüşler ışığında “durum tespit sürecine ilişkin ilgi ve alaka standardı”nın tespiti şu şekilde yapılabilecektir: Bunlardan ilki ve belki de en temel ve merkezi olanı, “durum tespit sürecine dayalı ilgi ve alaka” standardının devletin yükümlülüklerini belirlemeyi amaçlayan birçok farklı uluslararası yasal altyapının birleşiminden türetilmiş olmasıdır⁷⁸. Burada sorulması gereken asıl soru menşe devletin herhangi bir standarta ulaşmış ulaşmadığı ya da ulaşmaya çalışıp çalışmadığı değil, menşe devletin sorumluluğunu denetlemeye tabi tutmaksızın, pratik hayat içerisinde bahsi geçen ciddi zarara karşı koruma sağlayıp sağlayamadığıdır⁷⁹.

II. MÜLTECİ HUKUKUNDA AİLE İÇİ ŞİDDET

Genel olarak, insan hakları hukuku, Devletlerin aile içi şiddete gereken özeni göstererek karşılık vermesini ve yargı makamları dahilindeki herkese ayrımcılık yapmadan etkili koruma sağlamasını gerektirir. Uluslararası hu-

⁷⁵ Opuz (ECtHR, 2009). [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-119583%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-119583%22]})

⁷⁶ Opuz (ECtHR) 2009).

⁷⁷ E v. United Kingdom (2003) 36 EHRR 31 (ECtHR, Nov. 26, 2002).

⁷⁸ **Crawley**, Heaven: Refugees and Gender, Law and Process, Jordan Publishing Limited, Bristol 2001, s. 48.

⁷⁹ **Bailliet**, Cecilia M.: “Persecution in the Home: Applying the Due Dilligence Standard to Harmful Traditional Practices within Human Rights and Refugee Law” Nordic Journal of Human Rights, Cilt 30, Sayı 1, 2012, s. 61.

kuk, tıpkı diğer hukuk dallarında olduğu gibi ve kaçınılmaz olarak, dinamik bir yapıya sahiptir. Bu çerçevede, uluslararası hukuk, doğal olarak, kendi içinde yenilenmekte ve değişim geçirmektedir⁸⁰.

Aile içi şiddet riski altında olan kadınlar, bazı durumlarda Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme (Mülteci Sözleşmesi) uyarınca mülteci olarak tanınmıştır.

Ancak birçok davada mahkemeler aşırı kısıtlayıcı “sosyal grupları” çizmiş ve Sözleşmeyi dar yorumlayarak karar vermiştir⁸¹. Faillerin “özel” saiklerine orantısız bir şekilde odaklanmak, aile içi şiddetin beraberinde getirdiği ciddi zarar ile ilgili Sözleşme gerekçesi(leri) arasındaki bağlantıyı da belirsizleştirmiştir.

Ancak WS kararı gibi davalar, kadınların uluslararası korumasına önemli bir katkıda bulunacak ve aile içi şiddete maruz kalmış bazı kişilerin, güvende oldukları veya daha güvende olacakları bir yargı alanında hak bahşeden bir statü elde etmelerini sağlayabilecektir. Ayrıca, kadınların sığınma talepleri hakkındaki uluslararası yargı içtihadına katkıda bulunabilecek ve ilgili yargı alanlarında emsaller oluşturabilecektir.

Bu bölümde, karar vericilerin aile içi şiddet sığınma taleplerine yaklaşımlarındaki farklılıkları ortaya koymak için farklı devletlerin mahkeme kararlarından seçilmiş davalar incelenecektir.

*Lazo-Majano*⁸² davasında davacı, fiziksel ve cinsel şiddetten kaçarak Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) sığınma talebinde bulunmuştur. Fail, El Salvador’daki silahlı kuvvetlerin bir üyesidir. ABD Dokuzuncu Daire, Bayan Lazo-Majano’ya, yaşadığı şiddetin “politik düşünce nedeniyle” zulüm oluşturduğu tespitinde bulunarak sığınma hakkı vermiştir⁸³. Kararda “aile içi şiddet” terimi kullanılmamış olsa da, dava bu terimlerle nitelendirilmiştir. Dava, aile içi şiddet ile politik düşünce arasında bağlantı kurulması nedeniyle dikkat çekicidir. Dava hakkında karar verilirken kullanılan felsefe şu şekildedir; Failin durumu; ülke genelinde erkeklerin egemen olma hakkı;

⁸⁰ **Çamyamaç**, Anıl: Uluslararası Hukuk Müessesesi Olarak Uluslararası Örgütler Arasında Ardıcılık, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2022) Cilt: 24, Sayı: 1, s. 3.

⁸¹ **Briddick**, Catherine: “Unprincipled and Unrealised: CEDAW and Discrimination Experienced in the Context of Migration Control” International Journal of Discrimination and the Law, Cilt 22, Sayı 3, s. 224-243.

⁸² *Olimpia Lazo-Majano v INS* 813 F 2d 1432 (9th Cir 1987). <https://case-law.vlex.com/vid/lazo-majano-v-i-893019723>.

⁸³ *Olimpia Lazo-Majano v INS* 813 F 2d 1432 (9th Cir 1987).

Lazo-Majano'nun durumu; erkek egemenliğini reddetme; ülkedeki mevcut durum; ordunun kanunsuzluk durumu ve gücü ve failin duruşunu destekleyen bir toplumsal yapı örgüsü, failin bu yürütme gücünün güçlü bir üyesi olması. Özetle kurumsallaşmış bir sosyal normu reddetme, mevcut devlet politikalarını reddetme ile eşdeğer bulunup, politik düşünce kriterine bağlanmıştır.

Lazo-Majano, davasında mahkeme, cinsiyete dayalı şiddetin mülteci koruması talebine yol açabileceğini kabul ederek ve bunu sağlamak için politik düşünce gerekçesini kullanarak ABD sığınma hukukunun seyrine etki etmesi beklenen bir karar vermiştir⁸⁴. Ancak Dokuzuncu Daire'nin yaklaşımı, ABD veya uluslararası alandaki daha sonraki davalarda benimsenmemiştir. Bir diğer etkili karar da Birleşik Krallık Lordlar Kamarası'nın İslam ve Shah kararıdır. Bayan İslam ve Bayan Shah, Pakistan'daki aile içi şiddetten farklı koşullar altında kaçmışlardır⁸⁵. Sığınma talepleri, Sözleşme'de belirtilen nedenler kapsamında zulümden korkmadıkları gerekçesiyle reddedilmiştir. Shah, belirli bir sosyal gruba (PSG) üye olduğu için zulüm gördüğünü savunurken, İslam hem belli bir sosyal grup kriterine hem de politik düşünce gerekçesine dayanmıştır. Ancak başvurunun yüksek mahkemeye getirilmesinden sonra, mahkeme iki alternatif grup belirlemiştir: "Pakistan'daki kadınlar"⁸⁶ ve "kocaları veya diğer erkek akrabaları tarafından korunmayan, toplumsal gelenekleri ihlal etmekle suçlanan Pakistan'daki kadınlar" grubu. Mahkeme daha sonra, ciddi zarar ile Devlet korumasının (eksikliği) arasında ayırım yapan, zulme karşı ikiye ayrılmış bir yaklaşım benimsemiştir. Aile içi şiddet "bireyler olarak kendilerine yöneltilmiş kişisel bir mesele" olduğundan, kadınlar Sözleşme gerekçesiyle ciddi bir zarar görme riskine dahil edilmemişlerdir. Ancak, Pakistan'ın onlara koruma sağlamamasıyla ilgili olarak, yani "kadınlara erkeklerin şiddetinden" koruma sağlamamasıyla ilgili olarak bağlantı Sözleşme koşullarında mülteci statüsü koşullarını karşılamıştır. Zira Pakistan'da "onur/şeref/töre" gerekçesiyle adam öldürmenin cezası hafifletici indirim koşullarıyla Ceza Kanununda düzenlenmiştir. Bu da Pakistan'daki yasa koyucunun, başka bir deyişle devletin bu grubu korumaya istekli olmadığını göstermektedir. Çünkü devlet bu grubu korumak için yeterince istekli olsaydı daha ağır cezalar ile oluşturduğu bir caydırıcı yasal

⁸⁴ Anker, Deborah: "Introduction to Noonan", Noonan, John T.: Lazo-Majano: "Alive, Well, and Thriving at Twenty-Seven", içinde. Harvard Human Rights Journal, Cilt 28, 2015, s. 1.

⁸⁵ İslam and Shah, 635D, 636F-637F, 1999, (Lord Steyn).

⁸⁶ İslam and Shah, 644D-645A (Lord Steyn), 654D (Lord Hoffmann), 658E-658H (Lord Hope).

rejim ihdas edecekti. Oysa burada devlet kurumsallaşmış toplumsal normları daha üstün görmüş, saygı göstermiş ve dolayısıyla evrensel insan hakları kuralları yerine kültürel relativist yaklaşımda yasal rejim oluşturmuştur. O halde pozitif yükümlülüklerini ihlal eden bir devlet vardır. İslam'ın, yaşadığı şiddetin (ayrıca) öğretmenlik yaptığı okulda bir kavgaya müdahale etmesiyle bağlantılı olduğu yönündeki politik düşünce argümanı reddedilmiştir⁸⁷.

Deborah Anker'a göre İslam ve Shah kararı tarihi bir karardır ve ulusal ve uluslararası yargı alanlarında emsal teşkil etmektedir⁸⁸. Lordlar Kamarası, Devlet koruma unsurunun başarısızlığını “zulüm görme” ile belli bir sosyal gruba aidiyet gerekçesiyle ilişkilendirerek, karar vericilere aile içi şiddet mağdurlarından bazılarını mülteci olarak tanımanın tartışmasız bir yolunu sağlamıştır. Ancak bunu aile içi şiddetin doğasına değinmeden yapmıştır.

Avustralya'da Yüksek Mahkeme, aile içi şiddete ilişkin önde gelen kararlarından biri olan Khawar kararında hem İslam ve Shah'a hem de Mülteci Temyiz mahkemesine başvurarak, aile içi şiddetin bir kez daha “kişisel olarak motive edildiğini” ve bu nedenle bir Sözleşme nedeni olmadığına karar vermiştir⁸⁹. ABD yargı kararlarına baktığımızda dar bir şekilde tanımlanmış devlet korumasındaki başarısızlık yoluyla sosyal grup içerisinde⁹⁰ Matter of R-A kararında olduğu gibi, konumlandığını gözlemliyoruz; “Bununla birlikte, bu tür şiddete karşı korumanın olmaması, Matter of A-R-C-G davasında olduğu gibi “kadınlara karşı sistematik ayrımcılık” söz konusu ise “Erkek bir akrabanın koruması olmadan... evli kadınlar” grubu gibi illiyet bağı gerekliliğini karşılayabilir”⁹¹.

Ulusal mahkemelerce verilen kararlara bakıldığında; sosyal gruplara ilişkin statü başvuruları karara bağlanırken, söz konusu gruplara ne kadar kişinin dahil olduğunun da göz önünde bulundurulduğu görülmektedir⁹². Gerçekten de Sanchez-Trujillo kararında Mahkeme, “askerlik çağında olan ve askerî hizmette bulunmamış ya da başka türlü hükûmete desteğini

⁸⁷ Islam and Shah (646H-647A (Lord Steyn).

⁸⁸ **Anker**, Deborah: “Refugee Status and Violence against Women in the ‘Domestic’ Sphere: The Non-State Actor Question”, Georgetown Immigration Law Journal, Cilt 15, Sayı 3, 2001, s. 391-393.

⁸⁹ Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Khawar [2002] HCA 14.

⁹⁰ Matter of R-A- 22 I&N Dec 906 (BIA 1999); Matter of R-A- 24 I&N Dec 629 (AG 2008).

⁹¹ (Matter of R-A- 22 I&N Dec 906 (BIA 1999); Matter of R-A- 24 I&N Dec 629 (AG 2008).

⁹² **Hathaway**, James C./**Foster**, Michelle: The Law of Refugee Status, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2014, s. 440.

belirtmemiş El Salvadorlu genç, şehirli, işçi sınıfı erkekler” sınıfını, mülteci tanımını anlamsız hale getirebilecek kadar geniş ve kapsayıcı olması nedeniyle belirli sosyal grup olarak kabul etmemiştir⁹³.

Nitekim diğer ulusal mahkeme kararlarında da “genç, çekici Arnavut kadınları”⁹⁴, “Gine-Bissau’lu kadınlar” gibi sosyal grup iddialarının fazla geniş ve kapsayıcı olduğu belirtilmiştir.

Öte yandan, belirli sosyal gruplar⁹⁵, NS Birleşik Krallık davası örneğinde olduğu gibi “Afganistan’daki kadınlar”⁹⁶ yalnızca kadın olma niteliği ile oluşabilecekse de Kanada yargı kararlarında olduğu gibi “hükümetin toplumsal cinsiyete özgü kanunlarına ve sosyal normlarına uymayı reddeden İran kadınları”, “Çin’de yaşayan, bir çocuğu olan ve kısırlaştırmaya zorlanan kadınlar”, “Müslüman kadınlar”, “batılı tarzı benimsemiş İran kadınları”, “ev içi şiddete uğrayan kadınlar”⁹⁷, “yaşam koşullarından kaçmaya teşebbüs eden insan ticareti mağduru olan Edo Eyaleti kökenli genç kadınlar”⁹⁸, “Tchamba-Kunsutu’nun sünnet olmayan genç kadınları”⁹⁹, gibi bazı alt nitelikleri haiz alt sosyal gruplara ayrılabilir¹⁰⁰.

Amerika Birleşik Devletleri’ndeki Yaylaçiçeği v. Gonzales davasında¹⁰¹, mahkeme aile kurallarına ters gelen hareketleri sonucunda erkek kardeşlerince bıçaklanan ve Türkiye’ye gönderilirse aile adına leke sürdüğü gerekçesiyle aile üyelerince öldürüleceği korkusuyla sığınma başvurusunda bulunan kişinin başvurusunu reddetmiştir¹⁰². Orta Doğu ilişkileri ve Türkiye’deki insan hakları konusunda uzman olan bilirkişi, Yaylaçiçeği’nin dönmeye zorlanması durumunda bir töre cinayeti kurbanı olacağını belirtmiş-

⁹³ Sanchez-Trujillo v. I.N.S. of U.S. D.O.J., 620 F. Supp. 1361 (W.D.N.C. 1985), par. 29.

⁹⁴ United States Court of Appeals, Sixth Circuit: Rreshpja v. Gonzales, 420 F. 3d 551, 2005, par. 15.

⁹⁵ United States Court of Appeals, Eleventh Circuit: Da Silva, 2012, s. 6.

⁹⁶ United Kingdom Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority: NS (Social Group - Women - Forced Marriage) Afghanistan v. Secretary of State for the Home Department, CG [2004] UKIAT 00328, 30 December 2004.

⁹⁷ The Federal Court of Canada: [1995] 2 F.C. 55 (T.D.), Narvaez v. M.C.I.; United Kingdom Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber): No. AA 12842 2015, 12 December 2016, par. 42.

⁹⁸ CNDA: 24 mars 2015, n° 10012810, Mlle J. E. F.

⁹⁹ United States Board of Immigration Appeals: In re Fauziya Kasinga, 3278, 1996.

¹⁰⁰ Lambert, Helene: Seeking Asylum: Comparative Law and Practice in Selected European Countries, Springer 1995, s. 174.

¹⁰¹ Yaylaçiçeği v. Gonzales, (US.175 F. App’x 33,34 - 7th Circuit 2006).

¹⁰² US.175 f. App’x 33-34 – 7th Circuit 2006.

tir¹⁰³. Buna rağmen Yaylaçiçeği'nin sığınma başvurusu reddedilmiştir, çünkü Türkiye'de belli bir toplumsal gruba mensubiyet kriterine ait olduğunu kanıtlayamamıştır. Zira Türkiye'de bu grubu korumaya yönelik gerekli yasal rejimin olması devletin korumaya istekli olmasına karine kabul edilmiş ve yeterli görülmüştür.

Belirli bir toplumsal/sosyal grup, zulüm görme riskinden başka değişmez karakteristik özellikler paylaşan yahut toplum tarafından grup olarak algılanan veya insan onuru açısından önemli nedenler yüzünden bir araya gelen insan topluluğudur. Bununla birlikte, Mülteci Sözleşmesi'ne göre, geniş bir grupla zulmü paylaşmaya dayalı bir iddianın ayrı tutulmasına yönelik bir belirleme yoktur. Ancak bir kadın, tek başına ya da aynı zulmü paylaşarak belli bir grup oluşturan insanlarla zulüm edilip edilmediğine bakılarak mülteci olarak değerlendirilmeye alınmaktadır.

28 Ekim 2002 tarihinde, Birleşik Krallık'a yapılan bir diğer sığınma başvurusunda, Türkiye'den Kırçiçek¹⁰⁴ rızasını almadan kendisinin evlenmesini ayarlayan babasından zulüm görme korkusunu taşıdığını ve aynı zamanda, aile adını lekelediği gerekçesiyle müstakbel eşinden de zulüm görme korkusu taşıdığını iddia etmiştir. Dava sırasında hakim; sosyal grubun, 'Türkiye'de toplumsal normları çiğneyen ve ailelerine utanç getiren kadınlar' olarak tanımlanması durumunda bu grubun zulümden bağımsız olarak var olup olamayacağının açık ve net olmadığını belirtmiştir. Başvuranın iki temel korkusu olan babasından ve müstakbel kocasından duyduğu korku, bireysel bir durum olarak değerlendirilmiştir.

47. paragrafta hakim, Lordlar Kamarası'nın İslam ve Shah kararına atıfta bulunarak Pakistan'daki kadınların belli bir toplumsal gruba üye olduğunu; hepsinin, cinsiyetlerinin getirdiği sabit karakteristiklere sahip olduğunu ve grup olarak yaşadıkları toplumda kendilerine karşı ayrımcılık yapıldığını ve yine grup olarak devlet korumasından yoksun olduklarını belirtmiştir. Hakime göre aynısı Türkiye için söz konusu değildir zira Türkiye'de bu grupları korumak için devlet gerekli yasal rejimi yürürlüğe koymakla pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek konusunda isteklidir. Başvuru Türkiye'de belli bir grup kadına karşı devlet tarafından göz yumulan veya onaylanan bir toplumsal ayrımcılık olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Hakim,

¹⁰³ **Prochazka**, Susanne J.: "There Is No Honour in Honour Killings: Why Women at Risk for Defying Socio-Sexual Norms Must Be Considered A 'Particular Social Group' Under Asylum Law", Thomas Jefferson Law Review, Cilt 34, Sayı 2, 2012, s. 445.

¹⁰⁴ Turkey CG (2002) UKIAT 55491- Kircicek.

başvuranın Türkiye'ye dönmesi halinde Türk otoritelerince sunulacak korumayı seçmesi gerektiğini belirterek sonuca varmıştır¹⁰⁵.

Bunlar, “belli bir toplumsal/sosyal grup” kriterini sunarak sığınma talepleri reddedilen kadınlar açısından davalarda bir yeknesaklık bulunmadığını gösteren örneklerdir. Mahkemeler sıklıkla, başvuranlardan belli bir toplumsal gruba aidiyetlerinden dolayı zulüm görme tehlikesini ortaya koymalarını beklemektedir.

Batılı bazı devlet mahkemelerinde dahi bazen sanığın dini ya da kültürel arka planı bir mazeret olarak dikkate alınabilmektedir. Örneğin, İsveç'te Elden A.¹⁰⁶ davasında, kızını töre sebebiyle öldüren babanın cezası kültürel geçmişi nedeniyle hafifletilmiş, kasten adam öldürme yerine taksirle adam öldürmeden mahkum olmuştur¹⁰⁷. Hakimler ve avukatlar belli suçlar için sanıkların cezalarını azaltmak adına kültürel, etnik ve dini geçmişlerine dayanmış; “kültürel faktörleri geleneksel savunmaya dahil ederek” kültürel farklılıkları sanığın akli durumunu değerlendirmek için kullanmıştır¹⁰⁸. *People v Chen* davasında mahkeme, kültürel savunmayı, kendisini aldattığı için karısını öldüren Çinli bir göçmenin cezasını azaltmak için kullanmıştır; çünkü mahkeme Chen'in şiddete yönelmesinin sebebinin onurunu kaybetmesiyle ilgili geleneksel Çin değerlerinin sebep olduğuna kanaat getirmiştir¹⁰⁹.

Kültürel relativizm ve universalizm/evrensellik tartışmasında, Jack Donnelly, bütün insanların insanlıklarından kaynaklanan hakları olduğunu ve bu hakların cinsiyet, milliyet, etnik köken gibi şartlara bağlanamayacağını ve evrensel bir şekilde en üst seviyede yer alan insan haklarının, başka bir insanın yahut kurumun emrine tabi kılınamayacağını ortaya koyarak güncel evrensel yaklaşım doktrinini en iyi şekilde özetleyen kişidir¹¹⁰.

¹⁰⁵ UKIAT 55491-Kircicek.

¹⁰⁶ Swedish v. 6 NORA 2 [1998]

¹⁰⁷ **Elden**, Asa: “‘The Killing seemed to be Necessary’: Arab Cultural Affiliation as an Extenuating circumstance in a Swedish Verdict, NORA - Nordic Journal of Feminist and Gender Research, Cilt 6, Sayı 2, 1998, s. 89-96.

¹⁰⁸ **Spatz**, Melissa: “A ‘Lesser’ Crime: A Comparative Study Of Legal Defences For Men Who Kill Their Wives”, Columbia Journal of Law And Social Problems, Cilt 24, 2001, s. 597.

¹⁰⁹ **Sikora**, Damien: “Differing Cultures, Differing Culpabilities?: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing”, Ohio State Law Journal, Cilt 62, 2001, s. 1695-1724.

¹¹⁰ **Donnelly**, Jack: International Human Rights, Westview Press, Boulder 1998.

1988 yılında, Inter-Amerikan Mahkemesi, Velasquez-Rodriguez davasındaki ifade burada önemlidir: “İnsan haklarını ihlal eden yasadışı bir fiil, başlangıçta devlete direkt olarak atfedilemese bile (örneğin bir bireyin fiili olması ya da sorumlu kişinin tespit edilememesi sebebiyle) o devletin uluslararası sorumluluğuna yol açabilir. Bunun sebebi sadece fiilin kendisinden değil, Sözleşme gereği bir ihlali önlemek ya da ona karşılık vermekle yükümlü devletin özen yükümlülüğünü (*due diligence*) yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır¹¹¹.

Mülteci Sözleşmesi'ne göre, sığınma başvurularında başvuranın, o zulmün kaynağının devlet olduğunu ya da devletin o kişiyi zulümden korumada aciz ya da isteksiz kaldığını ortaya koyması önemlidir.

III. WS BULGARİSTAN DAVASI

Avrupa Birliği Adalet Divanı Büyük Dairesi'nin (Intervyuirasht organ na DAB pri MS) WS davasındaki kararı, Mahkeme'nin, aile içi şiddet mağduru kadınlara mülteci statüsünün tanınması amacıyla belirli bir sosyal grubun üyeleri olarak kabul edilebileceği yönündeki bulgusu nedeniyle önemli ölçüde dikkat çekmiştir¹¹². Karar, hem aile içi şiddet mağduru kadınlara mülteci koruması sağlayan AB hukukunun cinsiyete duyarlı yorumu hem de AB ve Üye Devletlerin belirli uluslararası antlaşmalar uyarınca uluslararası insan hakları korumasına ilişkin anayasal taahhütleri ışığında AB sığınma hukukunun yorumlanması açısından öne çıkmaktadır¹¹³. AB sığınma ve göç politikasının yoğun eleştirilere maruz kaldığı, Üye Devletlerin sığınma erişimini daha da kısıtlamaya ve Ortak Avrupa Sığınma Sisteminin koruyucu unsurlarını zayıflatmaya çalıştığı bu dönemde karar, insan hakları odaklı sonucuyla öne çıkmaktadır ve şüphesiz AB sığınma hukukunun gelişimi için de önemli bir karar niteliğindedir. Ancak aynı zamanda, uluslararası insan hakları yükümlülüklerinin Mahkemenin içtihatlarında yer aldığı parçalı biçimde bazı tartışmalı noktalara dikkat çekilebilir. Mahkeme, mevcut kararda, uluslararası insan hakları yükümlülüklerine AB sığınma sisteminin doğal bir parçası olarak saygı gösterilmesinin altını çizerek, aile içi şiddet mağduru kadınlara sunulan korumayı genişletmiş olmaktadır.

¹¹¹ Velasquez Rodriguez Case, Judgment of July 29, 1988, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988).

¹¹² Case C621/21 Intervyuirashtorganna DAB pri MS (Women victims of domestic violence), EU:C:2024:47.

¹¹³ Altıparmak, Özlem: “Avrupa Birliği Adalet Divanının WS Kararı Işığında Devletin Aile İçi Şiddet Mağdurlarını Korumamasının Mülteci Hukuku Açısından Sonuçları”, İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2025, s. 25-42.

A. Davanın Arka Planı

Sofya İdare Mahkemesi tarafından yapılmış olan başvuru neticesinde, AB Adalet Divanının Intervyuirasht organ na DAB pri MS davasında verdiği ön karara ilişkin referans, Bulgaristan'da mülteci olarak tanınma talebinde bulunan Kürt kökenli bir Türk kadını, WS ile ilgilidir. WS, 2018 yılında Türkiye'den ayrılarak yasal yollardan Bulgaristan'a gitmiş ve ardından 2019 yılında Almanya'ya giderek burada iltica başvurusunda bulunmuştur. Almanya tarafından Bulgaristan'a iade edilen (ilk varış ülkesi Bulgaristan olması gerekçesiyle) WS'nin uluslararası koruma başvurusu Bulgaristan otoritelerince incelenmiş ve reddedilmiştir. WS, uluslararası koruma talebini, menşe ülkesinde aile içi şiddete maruz kalmış olması ve geri dönmesi durumunda eski kocasından, kocasının ailesinden ve biyolojik ailesinden daha fazla şiddete maruz kalma riski altında olmasına dayandırmıştır. Türkiye'den kaçtığını, kocasından boşandığını ve Türkiye'ye dönmesi halinde "namus" adı altında işlenen cinayet kurbanı olmaktan ya da öldürülmezse yeniden evlenmeye zorlanmaktan korktuğunu belirtmiştir. Bulgaristan Mülteciler Devlet Ajansı (DAB) ile yaptığı görüşmelerde WS, 16 yaşındayken üç çocuğunun babası olduğu kocasıyla da zorla evlendirildiğini belirtmiştir. Evliliği sırasında aile içi şiddet eylemlerine maruz kaldığını ve durumdan haberdar olan biyolojik ailesinden hiçbir yardım alamadığını ifade etmiştir. Ayrıca Türkiye'de bir dönem çeşitli şiddet önleme ve izleme merkezlerine yerleştirildiğini ve burada kendisini güvende hissetmediğini iddia etmiştir. Ayrıca, kocası, biyolojik ailesi ve kocasının ailesi hakkında kendisine şiddet uygulamalarını yetkili makamlara bildirerek şikayette bulunmuştur. Türkiye'ye geri gönderilmesi halinde potansiyel 'namus cinayeti' mağduru olmaktan korktuğunu ifade etmiştir. İlk koruma talebi Bulgar makamları tarafından kocası ve aile üyeleri tarafından uygulanan aile içi şiddet ve ölüm tehditlerinin Cenevre Sözleşmesi'nde belirtilen mülteci olma kriterleri ile ilişkilendirilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Ortak Avrupa Sığınma Sistemi (CEAS) kapsamında mülteci olarak kabul edilmek için, üçüncü ülke vatandaşı, ırkı, dini, milliyeti, siyasi görüşü veya belirli bir sosyal gruba üyeliği nedeniyle zulüm görme korkusu nedeniyle vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunmalı ve geri dönmek istememeli veya dönememelidir¹¹⁴.

¹¹⁴ Article 1A(2) Convention Relating to the Status of Refugees, UNTS vol. 189, p. 150, 28 July 1951 (Geneva Convention); Article 2(d) Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), [2011] OJ L 337/9 transposed in Article

DAB, WS'nin başvuru incelemesinde, maruz kaldığı şiddet eylemlerinin yukarıda belirtilen zulüm nedenlerinden hiçbirisiyle bağlantılı olmadığı sonucuna varmıştır. Bir sonraki adım, başvuranın ikincil koruma alma koşullarını yerine getirip getirmediğini incelemek olmuştur. Bu statü AB iltica yasası tarafından düzenlenmiş ve bir kişi mülteci olarak nitelendirilemiyorsa, ancak menşe ülkesine geri gönderildiğinde hala ciddi bir zarar görme riskiyle karşı karşıya ise verilebilir¹¹⁵. Bulgaristan ulusal yetkili makamı, başvuranın yetkililerden veya belirli gruplardan zulüm görmemiş olması nedeniyle ikincil koruma verme koşullarının karşılanmadığına karar vermiş, WS, karara itiraz etmiş ancak başarılı olamamıştır.

CEAS (Ortak Avrupa Sığınma Sistemi) uyarınca, bir başvuru sahibi, ilk başvurusu hakkında nihai bir karar verildikten sonra uluslararası koruma için sonraki bir başvuruda bulunabilir. Bu gibi durumlarda, başvurunun kabul edilebilir sayılması için başvuru sahibi tarafından yeni kanıtlar sunulmalıdır¹¹⁶. WS, Nisan 2021'de Türkiye'deki aile içi şiddet mağduru kadınların durumuyla ilgili yeni kanıtlar ileri sürdüğü uluslararası koruma için sonraki bir başvuruda bulunmuştur. WS, bu ikinci başvurusunda, belirli bir toplumsal/sosyal gruba mensup olması nedeniyle zulüm eylemlerinin mağduru olduğunu ileri sürmüştür. Türkiye'de yetkili makamların kendisini koruyamayacağı, 'aile içi şiddet mağduru kadınlar ve devlet dışı aktörler tarafından işlenen namus cinayetlerinin mağduru olma ihtimali bulunan kadınlar' grubunun bir parçası olarak potansiyel tehlike altında olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca Türkiye'ye dönmesi halinde eski kocası tarafından öldürülmekten veya "namus cinayeti" veya başka bir zorla evlilik mağduru olmaktan korktuğunu yinelemiştir. WS, yeni delil olarak, eski kocasına kendisini tehdit etme suçunu işlediği gerekçesiyle bir Türk mahkemesinin verdiği beş ay hapis cezasının erteleme kararını ve daha önceki mahkumiyetlerinin bulunmaması nedeniyle denetimli serbestliğe tabi tutulmasını ileri sürmüştür. Başvurusunda Türkiye'deki kadına yönelik şiddet suçlarıyla ilgili deliller sunmuş ve Türkiye'nin 2021'de İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmesini yeni bir

8(1) of the Bulgarian Law on Asylum and Refugees (Zakon za ubez- hishteto i bezhantsite)./ Mültecilerin Statüsü Hakkında Sözleşme, m. 1A(2); 13 Aralık 2011 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi 2011/95/EU, Madde 2(d).

¹¹⁵ Article 2(f) and Article 15 Directive 2011/95/EU./ 2011/95/EU sayılı Direktif, Madde 2(f) ve Madde 15.

¹¹⁶ Article 2(q) on the definition of subsequent application, Article 40 Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), [2013] OJ L 180/60/Bkz. Madde 2(q) – Ayrıca bkz., 26 Haziran 2013 tarihli 2013/32/EU sayılı Direktif'in 40. Maddesi.

durum olarak ileri sürmüştür. Alternatif olarak, WS, Türkiye'ye olası bir geri dönüşün kendisini AİHS'nin 2. ve 3. maddeleri uyarınca temel haklarının ihlaline maruz bırakacağı için ikincil koruma sağlama koşullarını yerine getirdiğini iddia etmiştir. Ancak ikinci başvurusu Bulgaristan makamları tarafından kişisel durumuyla ilgili yeni bir delil, olgu olmadığı ve Türk yetkililerin kendisine daha önce yardımcı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

WS'nin itirazı neticesinde uyuşmazlık, Sofya İdare mahkemesinin önüne gelmiştir. Sofya İdare mahkemesi ikinci başvuruyu kabul edilemez olarak reddetmesine rağmen, AB Vasıf Yönergesi uyarınca uluslararası koruma sağlamanın maddi koşullarının yorumlanmasını talep eden bir dizi ön soruyu AB Adalet Divanı'na göndermiştir. Sevk eden mahkeme, Vasıf Yönergesi'nin farklı hükümleri altında toplam beş soru sormuştur. İlk üç soru, Vasıf Yönergesinin 10(1)(d). maddesinin yorumlanmasıyla ilgili olarak cinsiyete dayalı şiddet ve mülteci korumasıyla ilgilidir. Özellikle, ilk soru AB sığınma hukukunun uygulanması amacıyla cinsiyete dayalı şiddetin tanımına odaklanmıştır. Bulgar Mahkemesi, kavramın AB hukuku uyarınca özerk bir anlamı olup olmadığını veya yorumunun Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme¹¹⁷ (CEDAW) ve İstanbul Sözleşmesi'ne atıfta bulunularak uluslararası insan hakları hukuku tarafından yönlendirilip yönlendirilemeyeceğini sormuştur. İkinci ve üçüncü sorular, Vasıf Yönergesi'nin 10(1)(d). maddesi uyarınca belirli bir sosyal gruba üyeliğin değerlendirilmesiyle ilgilidir. Bulgar Mahkemesi, özellikle kadınların cinsiyetleri nedeniyle kovuşturmaya uğrayabilecek belirli bir sosyal grup olarak kabul edilip edilemeyeceğini veya daha fazla koşulun gerekip gerekmediğini sormuştur. Dördüncü soru, zulüm nedeni ile zulüm eylemleri arasında nedensel bir bağın kurulması veya Vasıf Yönergesi'nin 9(3). maddesi uyarınca korumanın bulunmamasıyla ilgilidir. Hükmün ifadesi ve "veya" teriminin kullanımı, başvuranın kocası tarafından maruz kaldığı eylemler ile mülteci olarak tanınması için Türk makamları tarafından koruma sağlanamaması arasında bir bağ/illiyet kurma gereğinin talep edilip edilmediği sorusunu gündeme getirmiştir. Son olarak, beşinci soru, cinsiyete dayalı şiddetin, 2. ve 3. maddelere atıfta bulunularak Vasıf Yönergesi'nin 15. maddesi uyarınca ikincil koruma sağlanması amacıyla ciddi zarar olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı sorusudur.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, AB'nin yargı organı olarak Lüksemburg'da faaliyet göstermekte olup, divan çatısında Adalet divanı, Genel

¹¹⁷ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, UNTS vol. 1249, p. 13, 18 December 1979.

mahkeme ve Özel İhtisas Mahkemeleri olmak üzere üç ayrı yapı bulunmaktadır. Adalet Divanı, AB hukukunun supranasyonal (ulusüstü) yapısı içerisinde AB üye ülkeleri üzerinde aynı şekilde uygulanması ve yorumlanması amacıyla üye ülkelerin hukuk düzenleri ile AB hukuk düzeni arasında yorum, referans, uyuşmazlık çözme, hukuki denetim, hukuk yaratma ve boşluk doldurma gibi görevleri yerine getirir. AB hukukunun kaynakları ise kurucu sözleşmeler, tüzükler, yönergeler (direktifler) ve kararlardan oluşur. Yönergeler üye devletler için bağlayıcı olup, yönergeyle ilgili üye devletin kendi iç hukukunda düzenleme yapması gerekir. AB Adalet Divanı'nın WS kararında AB hukuku kaynağı olan 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesine atıf yapılmıştır. Avrupa Birliği üyesi devletlerin mahkemeleri, Avrupa Birliği hukukunun yorumu konusunda tereddüt ettiklerinde Adalet Divanı'na başvurabilirler. Yorum kararı almak için Adalet Divanı'na başvuru yapılması halinde Adalet Divanı kararını verinceye kadar üye devlet mahkemesi davayı bekletmektedir. ABİA (Avrupa Birliğinin İşleyişi Antlaşması)'nın 267. maddesinin metni şöyledir: Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir: “a) Antlaşmaların yorumu, b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir. Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür. Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.”¹¹⁸

Yargı mekanizması hakkında kısa bilgiden sonra, Sofya İdare Mahkemesinin AB Adalet divanına yönelttiği sorulara dönersek; İlk üç soruyu, başvuru menşe ülkedeki kadınların Vasıf Yönergesi'nin 10(1)(d) maddesi uyarınca mülteci tanınması amacıyla zulüm nedeni olarak “belirli bir sosyal gruba” ait olarak kabul edilip edilemeyeceği veya belirli bir gruba ait olmak için ek bir ortak özelliği paylaşmaları gerekip gerekmediği gibi tek bir konu etrafında dönen sorular olarak bir araya getirmiştir¹¹⁹. Mahkeme, özellikle,

¹¹⁸ <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>

The Treaty on the Functioning of the European Union <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>

¹¹⁹ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 35. <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ecj/2024/en/147094>.

Vasıf Yönergesi'nin yorumlanmasında 1951 Cenevre Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşmenin merkezi konumunu teyit etmiş ve aynı zamanda BMMYK belgelerinin AB hukukunun Sözleşme ile tutarlı bir şekilde yorumlanması için önemine atıf yapmıştır.

13 Aralık 2011 tarihli ve 2011/95/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi (yeniden düzenleme) 10(1)(d) maddesi, bir grubun “belirli bir sosyal grup” olarak kabul edilmesi için karşılanması gereken iki koşulu ortaya koymaktadır:

1. Bu grubun üyelerinin doğuştan gelen bir özelliği ya da değiştirilmesi mümkün olmayan ortak bir geçmişi paylaşması veya bir kişinin vazgeçmeye zorlanmaması gereken, kimlik veya vicdan için çok temel olan bir özelliği veya inancı paylaşması ve,

2. Söz konusu grubun, çevredeki toplum tarafından farklı olarak algılandığı için ilgili ülkede farklı bir kimliğe sahip olması¹²⁰.

Tarihsel olarak, bu ikisinin kümülatif mi yoksa alternatif mi olarak ele alınması gerektiği konusunda farklı görüşler olmuştur¹²¹. Mahkeme, kararında Direktifin 10(1)(d) maddesinde belirtilen koşulların gerçekten de kümülatif olduğunu doğrulamıştır. Bir grubun üyeleri aynı ortak tanımlayıcı özelliklere sahip olmalı (doğuştan gelen özellik, değiştirilemeyen ortak geçmiş, bir kişinin kimlik veya vicdanı için o kadar temel olan özellik veya inanç ki bundan vazgeçmeye zorlanmamalı) ve aynı zamanda, çevrelerindeki toplum tarafından farklı olarak algılandıkları için menşe ülkelerinde belirgin bir kimliğe sahip olmalıdırlar. Vasıf Yönergesine ve BMMYK'nin Uluslararası Korumaya İlişkin Kılavuz İlkelerine dayanarak Mahkeme, Direktifin 10(1)(d) maddesindeki “sosyal grup” kavramının yorumlanması amacıyla cinsiyet ve cinsiyete dayalı kovuşturmanın önemini teyit etmiştir¹²². Bu ön gözlemleri yaptıktan sonra Mahkeme, Sofya İdare Mahkemesi tarafından gündeme getirilen soruları aşağıdaki başlıklar bakımından ele almaya devam etmiştir.

B. Uluslararası İnsan Hakları Yükümlülükleri Bakımından Değerlendirme

AB özerk bir hukuk sistemi olarak faaliyet gösterirken, AB iltica hukuku alanında ilgili yasal çerçeve büyük ölçüde uluslararası insan hakları hu-

¹²⁰ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council, 2014.

¹²¹ **Spijkerboer**, Thomas: “Asylum Decision-Making, Gender and Sexuality”, **Tsourd**, Evangelina/**De Bruycker**, Philippe (Ed.), Research Handbook on EU Migration and Asylum Law içinde, Edward Elgar, 2022, s. 194-204.

¹²² Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, para. 41-42.

kukundan esinlenmiştir ve onunla ilişkilidir¹²³. İlgili yasal alanın gelişimi ve ayrıca çeşitli kavramların evrimi, Üye Devletlerin uluslararası insan hakları yükümlülüklerine gereken özen gösterilerek gerçekleştirilmelidir. Özellikle, CEAS'ın geliştirilmesinin yasal dayanağı olan ABİA'nın¹²⁴ 78(1). maddesi, AB iltica sisteminin geliştirilmesinin Mülteci Sözleşmesi ve diğer ilgili antlaşmalara uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır.

Benzer şekilde, Vasıf Yönergesi'nin 17. bölümü, yönergenin uygulanmasında Üye Devletlerin, taraf oldukları uluslararası hukuk araçları, özellikle ayrımcılığı yasaklayanlar kapsamındaki yükümlülüklerle bağlı olduğunu hükme bağlamaktadır.

Mevcut dava için ilgili belirli yasal araçlarla ilgili olarak aşağıdakiler not edilmelidir. CEDAW, kadınların karşılaştığı ayrımcılık ve şiddet biçimleriyle ilgili merkezi uluslararası araçtır. AB bu Sözleşmeye taraf değildir, ancak tüm Üye Devletler taraftır. İstanbul Sözleşmesi, tüm Üye Devletler tarafından onaylanmamıştır, Sözleşmeye Bulgaristan taraf değildir, 2017 yılında AB tarafından imzalanmış ve Ekim 2023'te onaylanmıştır. Mahkemenin gerekçesinde; İstanbul Sözleşmesi'nin 60. maddesi, taraf devletlerin, cinsiyete dayalı şiddetin Mülteci Sözleşmesi'nin uygulanması amacıyla bir zulüm biçimi ve ikincil koruma sağlanması amacıyla bir ciddi zarar biçimi olarak tanınmasını sağlamak için önlemler almaları gerektiği hükmüne vurgu yapılmıştır. Bulgaristan, iç hukukunda İstanbul Sözleşmesi ile doğrudan bağlı değildir; ancak dolaylı olarak, AB hukuku kapsamındaki yükümlülükleri gereği Sözleşmeye saygı göstermek durumundadır.

Bu arka plana karşı Mahkeme, kararında her iki sözleşmenin de Vasıf Yönergesi'nin yorumlanması amacıyla ilgili antlaşmalar olarak değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir. Mahkeme, AB'nin CEDAW'a taraf olmasına rağmen, tüm Üye Devletlerin bunu onayladığını ve dolayısıyla buna bağlı olduklarını hatırlatmıştır. Mahkeme, İstanbul Sözleşmesi'ne gelince, AB tarafından yakın zamanda onaylanması nedeniyle, ancak aynı zamanda konusu ve ABİA'nın 78(2). maddesi kapsamına giren yükümlülükler koyulması nedeniyle dava ile illiyet bağını doğrulamıştır¹²⁵. Mahkemeye göre, Bulgaristan gibi bazı Üye Devletlerin bunu onaylamamış olması, Vasıf Yö-

¹²³ Thym, Daniel: European Migration Law, Oxford University Press, Oxford 2023, s. 351-355.

¹²⁴ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (Treaty on the Functioning of the European Union), TFEU.

¹²⁵ par. 46 with reference also to Opinion 1/19 (Istanbul Convention), para. 294, 302 and 303.

nergisi'nin Sözleşmeye uygun olarak yorumlanması gerektiği gerçeğini etkilemez¹²⁶.

C. Belirli Bir Sosyal Grup Olarak “Aile İçi Şiddet Mağduru Kadınlar” Değerlendirmesi

Mahkeme, kadınların veya aile içi şiddet mağduru kadınların mülteci statüsünün tanınması amacıyla belirli bir sosyal grubun üyeleri olarak kabul edilip edilemeyeceğini incelemiş ve devlet uygulamalarına başvurmuştur. Bazı devletler cinsiyeti, zulme ve dolayısıyla kadınların belirli bir sosyal grup olarak korunmasına yol açabilecek bir özellik olarak ele alırken, diğerleri bunun yerine kadın gruplarını (örneğin kadın sünneti riski altında olan kadınlar) cinsiyetle ilgili sığınma talepleri için belirli bir sosyal grup olarak değerlendirmiştir¹²⁷. AB sığınma hukuku amaçları doğrultusunda konuyu açıklığa kavuşturmak ve Bulgaristan mahkemesinin sorduğu soruya yanıt vermek için Mahkeme, başlangıç noktası olarak İstanbul Sözleşmesi'nin 60. maddesini referans almıştır. Madde 60(1)'e göre cinsiyete dayalı şiddet, Sözleşme kapsamında bir zulüm biçimi olarak tanınmalı, Madde 60(2) ise Sözleşme'de yer alan zulüm nedenlerinin cinsiyete duyarlı bir şekilde yorumlanmasını gerektirmektedir. Bu hükümlerden yararlanarak ve bunları Vasıf Yönergesinin 10(1)(d) maddesine bağlayarak Mahkeme, kadın olmanın kadınları belirli bir sosyal grubun parçası yapan doğuştan gelen bir özellik oluşturduğunu tespit etmiştir¹²⁸.

Mahkeme ayrıca, zorla evlilikten kurtulan kadınların değiştirilemeyen ortak bir geçmişe sahip olarak görülebileceği tespitinde bulunmuştur¹²⁹. Belirli bir sosyal gruba üyeliğin dışarıdan algılanan farklı bir kimliğe ilişkin ikinci koşuluna gelince, Mahkeme, kadınların etraflarındaki toplum tarafından farklı olarak algılanabileceklerini ve dolayısıyla “özellikle kendi ülkelerindeki sosyal, ahlaki veya yasal normlar nedeniyle” farklı bir kimliğe sahip olabileceklerini belirlemiştir¹³⁰. Ayrıca Mahkeme, Yönergenin anlamı dahilinde belirli bir sosyal gruba üyeliğin belirlenmesinin, grubun üyelerinin Direktifin 9. maddesi uyarınca maruz kalabileceği kovuşturma eylemlerin-

¹²⁶ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 45.

¹²⁷ **Querton**, Christel: “Gender and the Boundaries of International Refugee Law: Beyond the Category of ‘Gender-Related Asylum Claims’”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Cilt 37, Sayı 4, 2019, s. 379.

¹²⁸ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 48-49.

¹²⁹ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 51.

¹³⁰ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 52.

den bağımsız olduğuna hükmetmiştir¹³¹. Esasen, Mahkeme, kadınların bir bütün olarak, ancak ek özellikleri paylaşan daha belirli kadın gruplarının da (örneğin, “aile içi şiddet mağduru kadınlar” veya “zorla evlendirmeyi reddeden kadınlar”) mülteci statüsünün tanınmasına yol açabilecek bir zulüm nedeni olarak belirli bir sosyal gruba ait olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu özel bulgu, Mahkemenin Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid¹³² davasında “Batı değerleriyle özdeşleşen kadınlar” davasındaki kadınların da mülteci statüsünün tanınması amacıyla zulümle tehdit edilen belirli bir sosyal grup olabileceği yönündeki bulgusunun temeliyle özdeş bir kararda da emsal olmuştur. Bu dava, Hollanda’da edindikleri kimlik ve yaşam tarzı nedeniyle menşe ülkeleri olan Irak’a geri gönderilmeleri halinde zulme uğrayacaklarından korkan “batılılaşmış kadınlar” grubuna aittir. Karar, 2015 yılında Irak’ı terk eden ve uluslararası koruma başvurusu olumsuz neticeleyen ve başvuru tarihinde beş yıldan uzun süredir Hollanda’da ikamet eden 10 ve 12 yaşlarında küçük kız kardeş hakkındadır. Başvuranlar, Hollanda’da uzun süre kalmaları nedeniyle batılı değerleri ve fiili davranışları benimzediklerini ve bu nedenle Irak’a geri gönderilmeleri halinde zulüm görmekten korktuklarını ileri sürmüşlerdir. Adalet Divanı, başvuru sahipleri “batılılaşmış kadınlar” sosyal grubuna mensup olarak yorumlamış ve WS kararındaki gerekçeleri bu kararda da tekrar etmiştir. Analiz edilen davadan sadece beş ay sonra yayınlanan Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid’de Mahkeme bulgusunu doğrulamış ve Batı değerleriyle özdeşleşen Iraklı kadınların da mülteci olarak tanınması amaçları için belirli bir sosyal grup olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir¹³³.

D. Devlet Dışı Aktörler Tarafından Zulüm ve Devlet Korumasının Olmaması Değerlendirmesi

Devlet dışı aktörler tarafından zulümle ilgili bir sonraki konuya geçildiğinde, Mahkeme Vasıf Yönergesi’nin 9(3). maddesinin koşullarını yorumlamıştır. 9(3). maddesi, bir sığınmacının zulüm görmesinin nedenleri ile zulüm eylemleri veya bu tür eylemlere karşı korumanın olmaması arasında bir illiyet bağı olması gerektiğini öngörmektedir. Hükmün “veya” teriminin kullanılmasıyla ifade edilmesi, başvuranın kocası tarafından maruz kaldığı eylemler ile Türk makamları tarafından korunmanın olmaması/olamaması

¹³¹ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 55-56.

¹³² (Kadınlar Cinsiyetler Arasındaki Eşitliğin Değerine Göre Tanımlanılar)

¹³³ Case C-646/21 Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Persons identifying with the values of the Union).

arasında bir illiyet bağının gerekli olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. Bunu daha da açmak gerekirse, 9(3). maddesinin hükmünü potansiyel olarak talep edilen farklı nedensel bağlantılarla okumanın üç farklı yolu vardır¹³⁴. İlk olarak, başvuran WS'nin cinsiyeti nedeniyle kovuşturulması ve maruz kaldığı aile içi şiddetin kadın olduğu için işlenmesi durumunda bu maddenin koşulları yerine getirilebilir. İkinci olarak, başvuru WS cinsiyeti nedeniyle kovuşturulmuşsa ve Türk makamları kadınlar tarafından yapılan şikâyetleri ihmal ettikleri için onu koruyamamışsa, bu maddenin koşulları yerine getirilebilir¹³⁵. Üçüncüsü, “veya”yı nedensellik için daha yüksek bir çıta oluşturmak olarak okumak mümkündür. Bu okuma çizgisi, WS'nin cinsiyeti nedeniyle kovuşturulduğunu, eski kocası tarafından maruz kaldığı şiddetin kadın olduğu için işlendiğini ve Türk makamlarının onu korumadaki başarısızlığının aynı zamanda kadın olmasıyla ilgili olduğunu, yani erkek olsaydı bu tür şiddetten korunacağını talep edecektir¹³⁶. Birinci ve ikinci senaryodaki bu alternatif yorum çizgilerini okuyarak, zulüm nedeni ile zulüm eylemi veya zulüm nedeni ile devlet makamları tarafından koruma sağlanamaması arasında nedensel bir bağ talep edilmektedir. Aksine, üçüncü senaryoda, zulüm nedeni, zulüm eylemi ve koruma sağlanamaması olmak üzere üç koşul arasında bağlantı talep edildiğinden, korumaya erişim çitası daha yükseğe çıkarılmıştır¹³⁷.

Intervyuirasht organ na DAB pri MS davasında, Mahkeme başvuru için daha koruyucu olan ve aynı zamanda BMMYK Uluslararası Koruma Rehberi ile uyumlu bir yorum tercih etmiştir. Mahkeme özellikle, devlet dışı aktörler tarafından işlenen zulüm eylemlerinin, yalnızca devletin Yönergenin 7. Maddesi uyarınca koruma sağlamaya isteksiz veya aciz olması durumunda Vasıf Yönergesi'nin 6(c) Maddesi kapsamına girebileceğini hatırlatmıştır. Dahası, koruma etkili olmalı ve geçici olmamalıdır¹³⁸. Nedensel bağlantı meselesine geçen Mahkeme, Madde 10(1)'de belirtilen zulüm nedenleri ile Madde 9 (1) ve (2) uyarınca zulüm eylemleri arasında veya alternatif olarak zulüm nedenleri ile devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen eylemlere

¹³⁴ **Loxa**, Alezini: “International Human Rights Commitments to Protect Victims of Domestic Violence: Refugee Recognition as the First Step for an Integrated Approach under EU Law in Case C-621/21, Intervyuirasht organ na DAB pri MS (women victims of domestic violence)”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Cilt 31, Sayı 4, 2024, s. 535-550.

¹³⁵ **Loxa**, s. 535-550.

¹³⁶ **Loxa**, s. 535-550.

¹³⁷ **Loxa**, s. 535-550.

¹³⁸ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 65.

karşı korumanın olmaması arasında bir bağlantı olması gerektiğine karar vermiş olup bu bulguyla, şiddet mağduru kadınların, cinsiyetleri ile maruz kaldıkları şiddet arasında nedensel bir bağlantı varsa mülteci olarak tanınabileceğini ileri sürmüştür¹³⁹. Devlet dışı aktörler tarafından maruz kalınan zulüm neticesinde Devlet yetkilileri tarafından korunma eksikliğinin cinsiyetlerinden değil, örneğin ulusal yargısal çözüm sistemindeki ya da yürütmedeki eksikliklerden kaynaklanması durumunda bile durum böyle olmaya devam etmektedir¹⁴⁰. Alternatif olarak, cinsiyetleri ile devlet yetkilileri tarafından korunma eksikliği arasında nedensel bir bağ varsa, “aile içi şiddet mağduru kadınlar” mülteci olarak tanınabilir¹⁴¹.

E. Devlet Dışı Aktörler Tarafından Verilen Ciddi Zarar Değerlendirmesi

Son olarak Mahkeme, Sofya İdare Mahkemesi tarafından Vasıf Yönergesi'nin 15(a) ve (b) maddeleri kapsamındaki ciddi zarar kavramı ve aile içi şiddet mağdurlarının bu kapsama girip giremeyeceği konusunda sunulan beşinci soruyu ele almıştır¹⁴². Vasıf Yönergesi'nin 2(f) maddesi uyarınca, mülteci koruması için uygun olmayan kişiler, Yönerge'nin 15. maddesi kapsamında ciddi bir zarar görme konusunda gerçek bir riskle karşı karşıya kalacaklarına inanmak için önemli gerekçeler varsa, ikincil koruma için uygun olabilir. Ciddi zarar olarak, Madde 15(a) infaz veya ölüm cezasına atıfta bulunurken, Madde 15(b) işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza eylemlerine atıfta bulunur, ancak hükümlerin metni zararın devlet veya devlet dışı aktörler tarafından verilmesi arasında bir ayırım yapmaz¹⁴³. Mahkeme, Madde 15(a)'nın koruma amacı ışığında, “infaz” teriminin devlet dışı aktörler tarafından verilen zararı da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir¹⁴⁴. Benzer şekilde, devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemlerinin ölümle sonuçlanması muhtemel değilse, bu eylemler devlet aktörleri tarafından işlenmemiş olsa bile işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak sınıflandırılmalıdır¹⁴⁵. Mahkeme bu konuda, ciddi zarar kavramının devlet dışı aktörler tarafından kadınlara uygulanan aile içi şiddet koşullarını kapsadığını tespit et-

¹³⁹ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 66.

¹⁴⁰ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 67.

¹⁴¹ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 67.

¹⁴² Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 75.

¹⁴³ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 75.

¹⁴⁴ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 76.

¹⁴⁵ Case C-621/21 Intervyuirasht organ na DAB pri MS, par. 77.

miştir¹⁴⁶. Ancak Mahkeme bu bulgusunda, ilgili soruda sevk eden Mahkeme tarafından Madde 15'in yorumlanmasına rehberlik etmek için öne sürülen AİHS'nin 2. ve 3. maddesine atıfta bulunmamıştır.

AİHS'nin 2. maddesi uyarınca yaşam hakkının korunmasını güvence altına almak için önlemler alma pozitif yükümlülüğü ve AİHS'nin 3. maddesi uyarınca işkence veya diğer insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelenin yasaklanması ile ilgili olan AİHM'nin ilgili içtihatlarına atıfta bulunulması kanımızca da uygun olurdu.

SONUÇ

Devletin, bir bireye karşı işlenen suçları önleme ve bastırma görevi bağlamında yaşam hakkını koruma pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği iddia edildiğinde, yetkililerin, bir veya birden fazla bireyin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir riskin varlığını o sırada bildikleri veya bilmeleri gerektiği ve makul bir şekilde değerlendirildiğinde bu riski önlemesi beklenebilecek yetkileri kapsamındaki tedbirleri almadıkları tatmin edici bir şekilde ortaya konulmalıdır. Yaşam hakkının insan hakları bağlamında en temel hak olduğu düşünüldüğünde, Devletin, kendisinin bildiği veya bilmesi gereken gerçek ve yakın bir yaşam riskini önlemek için kendisinden makul bir şekilde beklenebilecek her şeyi yapması gerekir.

Genel olarak, WS kararının, hem aile içi şiddet mağdurlarının korunmasını genişletecek sonucu hem de AB ve Üye Devletlerinin uluslararası insan hakları taahhütlerini yerine getirmede, uygulanmasında ve yorumlanmasında katkı yapacağını ve hukuku ileri taşıyacağını söylemek mümkündür. Ayrıca AB Adalet Divanı WS kararıyla, bir ülkedeki sayıca çok kadınların bir bütün olarak 'belirli bir sosyal grup' oluşturabileceği ve böylece grubun büyüklüğünün ve aynı türden olan üyelerinin sayıca çok oluşunun mülteci statüsü almada engel olmayacağına ilişkin bir örnek teşkil etmiştir.

WS kararı gibi davalar, kadınların uluslararası korumasına önemli bir katkıda bulunacak ve aile içi şiddete maruz kalmış bazı kişilerin, güvende oldukları veya daha güvende olacakları bir yargı alanında hak bahşeden bir statü elde etmelerini sağlayabilecektir. Ayrıca, kadınların sığınma talepleri hakkındaki uluslararası yargı içtihadına katkıda bulunabilecek ve ilgili yargı alanlarında emsaller oluşturabilecektir.

Steininger'e göre bu karar "feminist bir devrimden çok insan hakları standartlarını yakalama" olarak addedilmelidir¹⁴⁷. Gerçekten de, karar femi-

¹⁴⁶ Case C-621/21 Intervjuirasht organ na DAB pri MS, par. 80.

nist bir devrim olarak görülmemelidir. Sonuçta, aile içi şiddet nedeniyle mülteci statüsünün tanınması konusunda devlet uygulaması zaten mevcuttu, bu dava ile bu alandaki içtihat bozukluğunu önlemeye ve evrensel insan hakları standardı hedefine bir adım daha atılmıştır.

¹⁴⁷ **Steininger**, Silvia: “The CJEU’s Feminist Turn?: Gender-based Persecution as a Ground for Protection”, VerfBlog, 2024/2/20, <https://verfassungsblog.de/the-cjeus-feminist-turn/> (Erişim tarihi: 14.01.2025).

KAYNAKÇA

Makale ve Kitaplar

- Akyürek**, İnayet Burcu, Mülteci Hukuku ve Türkiye Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2007.
- Altıparmak**, Özlem: “Avrupa Birliği Adalet Divanının WS Kararı Işığında Devletin Aile İçi Şiddet Mağdurlarını Korumamasının Mülteci Hukuku Açısından Sonuçları”, İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2025, s. 25-42.
- Anker**, Deborah: “Introduction to Noonan”, **Noonan**, John T.: Lazo-Majano: “Alive, Well, and Thriving at Twenty-Seven”, Harvard Human Rights Journal, Cilt 28, 2015, s. 1-25.
- Anker**, Deborah: “Refugee Status and Violence against Women in the ‘Domestic’ Sphere: The Non-State Actor Question”, Georgetown Immigration Law Journal, Cilt 15, Sayı 3, 2001, s. 391-402.
- Bailliet**, Cecilia M.: “Persecution in the Home: Applying the Due Dilligence Standard to Harmful Traditional Practices within Human Rights and Refugee Law”, Nordic Journal of Human Rights, Cilt 30, Sayı 1, 2012, s. 36-62.
- Bridgick**, Catherine: “Unprincipled and Unrealised: CEDAW and Discrimination Experienced in the Context of Migration Control”, International Journal of Discrimination and the Law, Cilt 22, Sayı 3, s. 224-243.
- Chetail**, Vincent: “The Implementation of the Qualification Directive in France: One Step Forward and Two Steps Backwards”, **Zwaan**, K. (Ed.): The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States, Wolf Legal Publishing, Nijmegen 2007, s. 87-103.
- Copelon**, Rhonda: “Surfacing Gender; Re-engraving Crimes Against Women in Humanitarian Law”, Hastings Women’s Law Journal, Cilt 5, Sayı 2, 1994, s. 244-266.
- Crawley**, Heaven: Refugees and Gender, Law and Process, Jordan Publishing Limited, Bristol 2001.
- Çamyamaç**, Anıl: Uluslararası Hukuk Müessesesi Olarak Uluslararası Örgütler Arasında Ardılık, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2022), Cilt: 24, Sayı: 1, s. 1-37.

- Donnelly**, Jack: International Human Rights, Westview Press, Boulder 1998.
- Elden**, Asa: “‘The Killing seemed to be Necessary’: Arab Cultural Affiliation as an Extenuating circumstance in a Swedish Verdict, NORA - Nordic Journal of Feminist and Gender Research, Cilt 6, Sayı 2, 1998, s. 89-96.
- Fulu**, Emma/**Warner**, Xian/**Miedema**, Stephanie/**Jewkes**, Rachel/**Roselli**, Tim/**Lang**, James: Why Do Some Men Use Violence Against Women and How Can We Prevent It? Quantitative Findings from the United Nations Multi-Country Study on Men and Violence in Asia and the Pacific, UNDP, UNFPA, UN Women and UNV, Bangkok 2013.
- Grahl-Madsen**, Atle: “Refugees and Refugee Law in a World in Transition”, Michigan Journal of International Law, Cilt 3, Sayı 1, s. 65-88.
- Goodwin-Gill**, Guy S./**McAdam**, Jane: The Refugee in International Law, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Hathaway**, James C./**Foster**, Michelle: The Law of Refugee Status, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2014.
- Hathaway**, James C.: The Law of Refugee Status, 1. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 1991.
- Heise**, Lori L./**Kotsadam**, Andreas: “Cross-National and Multilevel Correlates of Partner Violence: An Analysis Of Data From Population-Based Surveys”, The Lancet Global Health, Cilt 3, Sayı 6, 2015, s. 332-340.
- Hessbruegge**, Jan A.: “The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Dilligence in International Law”, New York University Journal of International Law and Politics, Cilt 36, Sayı 4, 2004, s. 265-298.
- Kelly**, Liz/**Westmarland**, Nicole: “Naming and Defining ‘Domestic Violence’: Lessons from Research with Violent Men”, Feminist Review, Cilt 112, Sayı 1, 2016, s. 113-127.
- Lambert**, Helene: Seeking Asylum: Comparative Law and Practice in Selected European Countries, Springer 1995.
- Loxa**, Alezini: “International Human Rights Commitments to Protect Victims of Domestic Violence: Refugee Recognition as the First Step for an Integrated Approach under EU Law in Case C-621/21, Intervyuirasht organ na DAB pri MS (women victims of domestic

violence)”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Cilt 31, Sayı 4, 2024, s. 535-550.

Mathew, Penelope/**Hathaway**, James C./**Foster**, Michelle: “The Role of State Protection in Refugee Analysis, Discussion Paper No.2, Advanced Refugee Law Workshop, International Association of Refugee Law Judges, Auckland, New Zealand”, International Journal of Refugee Law, Cilt 15, Sayı 3, 2003, s. 444-460.

O’Sullivan, Maria: “Acting the Part: Can Non-State Entities Provide Protection under International Refugee Law?”, International Journal of Refugee Law, Cilt 24, Sayı 1, 2012, s. 85-110.

Özkan, Işıl: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin, Ankara 2013.

Prochazka, Susanne J.: “There Is No Honour in Honour Killings: Why Women at Risk for Defying Socio-Sexual Norms Must Be Considered A ‘Particular Social Group’ Under Asylum Law”, Thomas Jefferson Law Review, Cilt 34, Sayı 2, 2012, s. 445-503.

Querton, Christel: “Gender and the Boundaries of International Refugee Law: Beyond the Category of ‘Gender-Related Asylum Claims’”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Cilt 37, Sayı 4, 2019, s. 379-397.

Safi, Sibel: Mülteci Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2023.

Shacknove, Andrew E.: Who Is a Refugee, Ethicts, Vol.95, No. 2 (Jan., 1985), s. 274-284.

Sikora, Damien: “Differing Cultures, Differing Culpabilities?: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing”, Ohio State Law Journal, Cilt 62, 2001, s. 1695-1724.

Spatz, Melissa: “A ‘Lesser’ Crime: A Comparative Study Of Legal Defences For Men Who Kill Their Wives”, Columbia Journal of Law And Social Problems, Cilt 24, 2001, s. 597-638.

Spijkerboer, Thomas: “Asylum Decision-Making, Gender and Sexuality”, **Tsourd**i, Evangelina/**De Bruycker**, Philippe (Ed.) içinde, Research Handbook on EU Migration and Asylum Law, Edward Elgar, 2022, s. 194-204.

Steininger, Silvia: “The CJEU’s Feminist Turn?: Gender-based Persecution as a Ground for Protection”, VerfBlog, 20 Feb. 2024, <https://verfassungsblog.de/the-cjeus-feminist-turn/> (Erişim tarihi: 14.01.2025)

Teays, Wanda: “The Burning Bride: The Dowry Problem in India”, *Journal of Feminist Studies in Religion*, Cilt 7, Sayı 2, 1991, s. 29-52.

Thym, Daniel: *European Migration Law*, Oxford University Press, Oxford 2023.

Tiberghien, Frederic: *Persecution by Non-Public Agents. Refugee and Asylum Law, Assessing the Scope for Judicial Protection*, Nederland Centrum Buitanlanders, Utrecht 1997.

Wilsher, Daniel: “Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom Protection, Accountability or Culpability?”, *International Journal of Refugee Law*, Cilt 15, Sayı 1, 2003, s. 68-112.

Yeo, Colin: “Agents of the State: When is an Official of the State an Agent of the State?”, *International Journal of Refugee Law*, Cilt 14, Sayı 4, s. 509-533.

Kararlar

Abankwah v. Immigration and Naturalization Service, (1999) 185 F.3d 18 (USCA, 2nd Cir., Jul. 9, 1999)

Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, (1997) 190 CLR 225 (Aus. HC, Feb. 24, 1997)

Avetova-Elisseva v. Immigration and Naturalization Service, (2000) 213 F.3d 1192 (USCA, 9th Cir., May 15, 2000)

Baballah, (USCA, 9th Cir., 2003)

Canaj v. Secretary of State for the Home Department, (2001) INLR 342 (Eng. CA, May 24, 2001)

Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1995) 3 SCR 593 (Can. SC, Oct. 19, 1995)

CNDA, 24 Mar. 2015, n° 10012810, Mlle J. E. F

Compendium of Decisions: Canadian Guideline 4

Council Directive 2011/95/EU, 2011

Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, CETS No.210, 2011

Da Silva, (USCA, 11th Cir., 2012), s. 6

De Calles v. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1993) FCJ 478 (Can FCTD, May 4, 1993)

Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council, 2014

- Dyli v. Secretary of State for the Home Department**, (2000) Imm AR 652 (UKIAT, Aug. 30, 2000)
- E v. United Kingdom**, (2003) 36 EHRR 31 (ECtHR, Nov. 26, 2002)
- Elmi v. Australia**, Communication No. 120/1998, UN Doc. CAT/C/22/D/120/1998 (May 25, 1999)
- Garcia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)**, (2007) 4 FCR 385 (Can. FC, Jan. 24, 2007)
- Gardi v. Secretary of State for the Home Department**, (2002) 1 WLR 2755 (Eng. CA, May 24, 2002)
- Horvath v. Secretary of State for the Home Department**, (2001) 1 AC 489 (UKHL, Jul. 6, 2000)
- In re Fauziya Kasinga**, 3278 (USBIA, 1996)
- Kahloo v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs**, (1997) FCA 1430 (Aus. FC, Dec. 1, 1997)
- Khawar – Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar**, [2002] HCA 14 (Aus. HC, 2002)
- Kimimwe v. Attorney General**, (2005) 431 F.3d 319 (USCA, 8th Cir., Dec. 13, 2005)
- Mehmood v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs**, (2002) FCA 37 (Aus. FC, Jan. 31, 2002)
- Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v. Kord**, (2002) 125 FCR 68 (Aus. FFC, Mar. 28, 2002)
- Narvaez v. M.C.I.**, [1995] 2 F.C. 55 (Can. FC, T.D.)
- NS (Social Group – Women – Forced Marriage) Afghanistan v. Secretary of State for the Home Department**, [2004] UKIAT 00328 (Dec. 30, 2004)
- Opuz**, (ECtHR, 2009)
- Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship**, (2011) 244CLR 144 (Aus. HC, Aug. 31, 2011)
- PS (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department**, (2008) EWCA Civ 1213 (Eng. CA, Nov. 6, 2008)
- R (Bagdanavicius) v. Secretary of State for the Home Department**, (2005) 2 AC 668 (UKHL, May 26, 2005)
- R (Danilovas) v. Special Adjudicator**, (2002) EWHC 1471 (Eng. HC, Jul. 3, 2002)

- R v. Immigration Appeal Tribunal; Ex Parte Shah**, (1999) 2 AC 629 (UKHL, Mar. 25, 1999)
- R v. Secretary of State for the Home Department: Ex Parte Adan**, (2001) 2 AC 477 (UKHL, Dec. 19, 2000)
- Refugee Appeal No. 71427/99**, NZ RSAA, 2000, AT 572 (81)
- Refugee Appeal No. 76044**, New Zealand: Refugee Status Appeals Authority, 11 Sep. 2008
- Rodriguez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)**, (1996) FCJ 283 (Can. FCTD, Mar. 1, 1996)
- Rreshpja v. Gonzales**, (2005) 420 F.3d 551 (USCA, 6th Cir., 2005), par. 15
- Sarhan v. Holder**, (2011) 658 F.3d 649 (USCA, 7th Cir., Sept. 2, 2011)
- Sedley L. J. SZDWR v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs**, (2006) 149 FCR 550 (Aus. FFC, Mar. 21, 2006)
- Siaw v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs**, (2001) FCA 953 (Aus. FC, Jul. 23, 2001)
- Singh v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs**, (2002) FCA 37 (Aus. FC, Jan. 31, 2002)
- Sivakumaran**, UKHL, 1987
- Sufi and Elmi v. United Kingdom**, (2012) 54 EHRR 9 (ECtHR, Jun. 28, 2011)
- Sunarso v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs**, (2000) 99 FCR 125 (Aus. FC, Feb. 7, 2000)
- SZONJ v. Minister for Immigration and Citizenship**, (2011) FMCA 1 (Aus. FMC, Jan. 28, 2011)
- TI v. United Kingdom**, (2000) III Eur Court HR 435 (ECtHR, Mar. 7, 2000)
- Ward v. Canada (Attorney General)**, (1993) 2 SCR 689 (Can. SC, Jun. 30, 1993)
- Wierzbicki v. Secretary of State for the Home Department**, (2001) Imm AR 602 (Eng. CA, Mar. 15, 2001)
- Zalzali**, Can. FCA, 1991
- Zhuravlev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)**, (2000) 4 FC 3 (Can. FCTD, Apr. 14, 2000)

CUMHURİYET VE İLK İMPARATORLUK DÖNEMLERİ ANTİK ROMA’SINDA KADINLIK VE ERDEM: TOPLUMSAL CİNSİYET PERSPEKTİFİNDE BİR DEĞERLENDİRME

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1641135>

Doç. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT*

Öz

Antik Roma düşüncesinde kadınlık ve erdem kavramları, toplumsal yapı ve felsefi doktrinler çerçevesinde, erkek merkezli bir anlayışla ele alınmıştır. Kadınlar, erdemli bireyler olarak kabul edilmek yerine, erkek egemen sistemin içinde belirlenen toplumsal rollerle sınırlandırılmıştır. Roma Hukukunda pater familias otoritesinin mutlak gücü, kadınların bağımsız özne olmalarını engellemiş; kamusal alan erkeklerle, özel alan ise, kadınlara tahsis edilmiştir. Virtus, cesaret ve erdem kavramı olarak, doğrudan erkeklikle ilişkilendirilmiş; kadınların erdemi ise, daha çok iffet (pudicitia), utanma duygusu (verecundia) ve aile bağlılığı/dindarlık (pietas) gibi kavramlarla tanımlanmıştır. Augustus dönemi edebiyatı, kadınları hem imparatorluk ideolojisini destekleyen hem de ahlaki yozlaşmanın sembolü olarak resmetmiş; Seneca gibi düşünürler ise, kadınların erdemi konusunda çelişkili yaklaşımlar sergilemiştir. Roma tarih yazımında kadınların konumu, politik ve sosyal ideolojinin bir yansıması olarak ele alınmış, kadın figürleri ya ihanetin ya da erdemin taşıyıcısı olarak betimlenmiştir. Bu çalışma, Roma toplumunda kadının statüsünü, felsefi, edebi ve hukuki yaklaşımlar bağlamında ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler

Antik Roma, Kadınlık ve Erdem, Virtus ve Pudicitia, Seneca ve Stoacılık, Augustus Dönemi Edebiyatı

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (ipek.sogut@ozyegin.edu.tr) ORCID: 0000-0002-3501-6593 (Gönderim Tarihi: 17.02.2025-Kabul Tarihi: 19.03.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**FEMININITY AND VIRTUE IN THE ROMAN REPUBLIC AND
EARLY EMPIRE:
AN EVALUATION FROM A GENDERED PERSPECTIVE
(Research Article)**

Abstract

In ancient Roman thought, femininity and virtue were conceptualized within a male-centric framework, deeply embedded in the social structure and philosophical doctrines of the era. Rather than being recognized as autonomous moral agents, women were confined within predefined social roles dictated by the patriarchal order. Roman law reinforced the authority of the pater familias, limiting women's independence and restricting them to the private sphere, while the public domain remained under male control. Virtus, the Roman concept of courage and moral excellence, was inherently linked to masculinity, whereas female virtue was primarily defined through chastity (pudicitia), modesty (verecundia) and familial devotion/piety (pietas). Augustan literature portrayed women as both instruments of imperial ideology and symbols of moral decline, while thinkers like Seneca presented conflicting views on female virtue. In Roman historiography, women's roles were often depicted either as paragons of virtue or as agents of political betrayal. This study examines the status of women in Roman society through the lenses of law, philosophy, and literature, revealing the ideological constructs that shaped their representation.

Keywords

Ancient Rome, Femininity and Virtue, Virtus and Pudicitia, Seneca and Stoicism, Augustan Literature

GİRİŞ

Antik Roma toplumu, hukuki ve toplumsal yapısıyla katı bir cinsiyet hiyerarşisi üzerine inşa edilmiştir. Kadınlık ve erdem kavramları, dönemin siyasal ideolojisi ve felsefi gelenekleri çerçevesinde erkek merkezli bir anlayışla tanımlanmış, kadınların toplumsal rolleri sıkı ahlaki ve hukuki sınırlarla belirlenmiştir. *Virtus* kavramı, cesaret ve ahlaki mükemmeliyeti ifade eden erdem olarak doğrudan erkeklikle ilişkilendirilmiş, kadınların erdemi ise, daha çok iffet (*pudicitia*), utanma duygusu (*verecundia*) ve aileye bağlılık/dindarlık (*pietas*) gibi kavramlarla sınırlandırılmıştır. Augustus dönemi edebiyatı ve Roma tarih yazımında kadınlar hem imparatorluk ideolojisinin bir yansıması hem de toplumsal düzenin sembolik temsilleri olarak ele alınmıştır. Bu çalışma, Antik Roma’da kadınların toplumsal ve hukuki statüsünü, Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemleri felsefi yaklaşımları ve edebi temsilleri bağlamında ele alarak, kadınlık ve erdem arasındaki ilişkiyi toplumsal cinsiyet perspektifinde tartışmayı amaçlamaktadır.

I. CICERO VE SENECA’NIN METİNLERİNDE KADINLIK VE ERDEMİN KAVRAMSAL AYRIŞMASI

Antik Roma düşüncesinde kadınlık ve erdem konuları, genellikle erkek odaklı perspektiften ele alınırdı. Antik Roma toplumunda kadınlar, genellikle evin içindeki işlerle ilgilenmekle görevliydi. Erkekler ise, kamu yaşamında daha etkin roller üstlenir, siyasi, askeri ve toplumsal konularda söz sahibi olurlardı. Hukuk nazarında ailenin temsiliyeti, *pater familias* üzerinden sağlanır, hukukta ve siyasi hayatta muhatap olarak kabul edilen bu erkek aile babası olurdu¹. Hukuk babanın üstünlüğünü kabul ederdi, zira babanın ataer-

¹ **Doğancı, Kamil/Kocakuşak**, Fulya: “Eski Roma Ailesinde ‘Paterfamilias’ ve ‘Patria Potestas’ Kavramları”, U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 16, Sayı 27, 2014/2, s. 236; **Gözlü, Ahmet/Yılmazcan**, Defne: “Paternalizm ve Antik Roma’da Baba Figürü”, KAREFAD, ÇKÜ Edebiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, Ekim 2020, s. 232; **Söğüt, İpek** Sevdâ: “Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden Antik Roma Ev Halkına Kısa Bir Bakış”, KHAS Hukuk Bülteni (eds. **Baysal, Başak/Arat**, Nilay) 2020-2021 Akademik Yılı Derlemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 319 vd. (Toplumsal Cinsiyet). Roma Kamu Hukuku kadınları hiçbir şekilde tanımazdı. Kadınlar işlemiş olduğu suçlardan dolayı aile babasına ya da hakimiyeti altında olduğu kocasına karşı sorumlu tutulurdu. Aynı durumda erkekler devlet tarafından cezalandırılırlarken, kadınlar ailenin özel yargılamasına havale edilmek zorundaydı. Gaius da, kadınların kamu hukuku tarafından tamamen yok sayılışını şu şekilde tasvir etmektedir: “Şuna dikkat edilmelidir ki, adalet uğruna, hakimiyet altındaki kölelere, aile evlatlarına ve evli kadınlara hiç bir şey bahsedilemez. Bu kişilerin kendi malvarlıkları olmaması sebebi ile, hukuk nazarında herhangi bir şey iddia edebilmek bakımından ehliyetsiz olarak

kil durumu başka türlü mümkün olamazdı ve bu konumundan dolayı kendisine, Roma Hukukunda *patria potestas* olarak bilinen aile içerisinde kendi hakimiyetine tabi olanların (*alieni iuris*) üzerindeki mutlak hakimiyeti bahsedilmişti².

Antik Roma, erkeklerin kadınların üzerinde sistemli ve kurumsallaşmış bir tasarruf hakkına sahip olduğu, kadının aile içerisindeki rolünün buna göre belirlendiği, erkek egemen bir toplumdur. Kadının toplum hayatındaki yerine ilişkin günümüze ulaşan bilgi kaynaklarının ve bu bilgilere erişilebilen eserlerin, dönemin erkekleri tarafından yazılmış olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu kaynaklarda geçen kadınlar, daha çok Roma şehrinde yaşayan ve ailesi üst sınıfa mensup, varlıklı ailelerin kızlarıdır. Alt sınıfa mensup kadınların özellikle eğitimlerine dair bilgiler ise, son derece kısıtlıdır. Tarım toplumu olan Antik Roma’da kırsal kesimde yaşayan kadınlar ise, evin dışında üretime katıldıkları oranda sosyal yaşamın içerisinde bulunabiliyorlardı³.

Nitekim Roma tarihinde ismi geçen kadınların büyük bir kısmı, birey olarak değil, bir eş, kız kardeş ve özellikle anne rolü olarak toplum içinde yer bulmuşlardır. Romalı kadın için önemli olan, kadına ait hukuki bir hakimiyetten çok, bu hakimiyete ve güce sahip olan erkek üzerindeki gayri resmi güç ve dolaylı yoldan elde ettiği geçici iktidarının en güçlü ve inandırıcı gerekçesi olan çocuklarını koruyan anne rolüdür. Kadınlar kişilikleri el verdiği oranda kamusal alana etki edebiliyorlar, bir *senatus* üyesinin, *magistra*’nın ya da İmparatorun eşi ya da annesi olarak mevki ve önem kazanıyorlardı. Üst sınıfa mensup bir anne, eş olarak hatta bir dul olarak toplumsal yaşamda, o döneme göre saygın bir durumları vardı⁴. Ancak Romalı kadınların konumlarının bu şekilde, erkeklerle olan ilişkilerine göre tanımlayan geleneksel bakış açısı, mutlakiyet rejiminin kişinin hükümdarla olan ilişkisine göre tanımlamasının bir yansıması olarak, aynı zamanda siyasal sistemin toplumsal cinsiyete bakışının da yansımasıdır. Roma İmparatorluk Dönemi ve özellikle Bizans’ta durum böyledir⁵.

değerlendirilmeleri mantıklıdır”. Söğüt, İpek Sevda: “Roma’nın Eski Hukuk Döneminde Kadın”, [Couch, John Andrew: “Woman in Early Roman Law”, Harvard Law Review, Vol. 39, 1894-1895, pp. 39-50], Prof.Dr. Ali Güzel’e Armağan, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 1496, (Kadın).

² Söğüt, Kadın, s. 1493.

³ Dikyol Çığır, Derya/Şar İşbilen, Evren: “Antik Roma Toplumunda Kadın ve Eğitimi”, Kutadgubilig Felsefe-Bilim Araştırmaları, Mart 2018, Sayı 37, s. 461.

⁴ Gönenç, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Kadın, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 156.

⁵ Flannery, W. Harry: “Roman Women and the Vote”, The Classical Journal, Nov.1920, Vol. 16, No. 2, s. 105. 1970’te Carol Hanisch’in “The Personal is Political” başlıklı

Latince “güç”, “cesaret”, “erlik”, “erkeklik” ve “erdem” gibi anlamlara gelen *virtus* sözcüğü, Latince “yetişkin erkek kişi”, “adam” anlamına gelen *vir* sözcüğünden türemiştir. O sebeple kavram, en başından itibaren Romalıların erkeklik anlayışı ile sıkı bir ilişki içerisinde. Latince’de erkeklik kavramı, erkek (*vir*) kökünden türeyen *virtus* kelimesiyle ifade edilir ve *virtus*, türetildiği ismin faaliyetini ve ona atfedilen niteliği belirtir. Bu bağlamda *virtus*, bir erkeğin ideal davranışını tanımlar. Antik Roma değerlerine ilişkin tüm anlatılarda *virtus*, savaş, siyaset ve din alanlarında merkezi bir rol oynayan geleneksel bir nitelik olarak yüksek bir konuma sahiptir⁶.

Antik Roma’da erdem anlamındaki *virtus* ve cesaret, adalet, dürüstlük gibi nitelikler genellikle erkeklere özgü olarak addedilirdi. Roma felsefesi, kadınların özneleşmesine ve erdem kazanmasına çok yönlü tepkiler vermiştir. Roma yazarları kadınları *virtus*’tan yoksun olarak tanımlasa da, kadınlarla ilişkilendirilen erdemsellik, Roma erkeklerinin erkeksi erdem anlayışından doğası itibarıyla farklıdır. Antik Roma’nın başlıca felsefi okulu Stoacılıktır; Epikürcülük ise, son derece popüler olmasına rağmen, haz öğretisinin erdemli Roma yurttaşını ideale karşıt bir görüş oluşturduğu gerekçesiyle yoğun

1969 tarihli makalesi ile popüler olan “Kişisel Olan Politiktir” ataerkil yapıda güç ilişkilerinde, üretim, ekonomi ve demokratik alanda kadınların edilgen olarak konumlandırılışına karşı geliştirilen bu söylem, tüm bu sorunların toplumsal yapı ve siyasi erkten kaynaklandığına atıf yapmaktadır. Sloganın popülerleşmesine katkıda bulunan Carol Hanisch’in bu makalesi, aslında kadınların baskılanması sorununu bireysel yollarla çözmenin imkansız olduğunu savunan bir argümandır. **Behrent**, Megan: “The personal and the political, Literature and feminism”, International Socialist Review, Issue 92, <https://isreview.org/issue/92/personal-and-political/index.html>, (Erişim Tarihi: 02.02.2025) Burada bu slogana değinilmesinin sebebi, tarih boyunca kadınların toplumsal cinsiyet perspektifinde konumlandırılışlarının, mevcut siyasal iktidar ve yapı ile bağlantılı olduğunu, toplumda kadınlara olanlara bakış açısının politik olarak şekillendirildiğini tekrar hatırlatma ihtiyacıdır.

⁶ *Virtus* ile Roma arasındaki özdeşlik o denli güçlüdür ki, *virtus* devlet kültürüyle (Antik Roma’da devletin resmen kabul ettiği ve desteklediği tapınma biçimi anlamına gelen bu kültürler, sadece bireysel inançlar ya da halk arasında yaygın olan dini ritüeller değil, aynı zamanda devletin siyasi otoritesini ve ideolojisini güçlendiren resmi dini pratiklerdir) onurlandırıldığında, kült heykeli için seçilen figür, bizzat Roma tanrıçasının silahlı bir Amazon olarak tasvir edilen imgesiyle aynı olmuştur. *Virtus*, bir tanrı değilken bile, Roma’nın gücünü ve erkeksi erdem anlayışını simgeleyen bir kavram olarak devletin resmi kültürüne haline getirilmişti. O yüzden, “resmi kültür” aslında *virtus*’un sadece kişisel bir erdem değil, Roma’nın politik kimliğinin bir parçası olarak yüceltildiğini gösterir. Bu anlamda *virtus*, Roma’nın büyüklüğüyle ilişkilendirilen ve bu büyüklüğün temelinde yer aldığına inanılan bir nitelik olarak kabul edilmiştir ve antik Roma’nın öz-imağının inşasında merkezi bir yere sahiptir. **McDonnell**, Myles Anthony: Roman Manliness: Virtus and The Roman Republic, Cambridge University Press, NewYork 2006, s. 2.

eleştirilere maruz kalmıştır. Örneğin Cicero ve Seneca, Epikürcülüğü ve onun doktrinlerini eleştirerek, haz (*voluptas*) kavramının Roma *virtus*'u ile çeliştiğinden şikayet etmişlerdir. Bununla birlikte, Seneca'nın aksine Cicero, mektuplarında *voluptas* gibi kavramları herhangi bir pişmanlık duymadan kullanır ve erkeksi *virtus* ile erdemsiz *voluptas* arasındaki karşıtlığı somut bir sorun değil, teorik bir ikilem olarak ele alır⁷.

Roma erdemi olan *virtus*, kamusal, savaşta edinilen ve karakter itibarıyla cinsiyetsiz bir niteliğe sahiptir⁸. Bununla birlikte, genel olarak Antik Roma toplumunda, kadınların erdemli olmaları üzerine yapılan değerlendirmeler, erkeklerin erdem anlayışına göre şekillenirdi ve kadınların toplumdaki rolleri genellikle sınırlı kalırdı. Roma toplumunda, kadınların bu tür bir erdeme ulaşması teknik olarak imkansızdı; çünkü bir kadın hiçbir zaman kamusal bir figür değildi ve eylemleri ne kamusal alanda gerçekleşiyordu ne de kahramanca olarak değerlendiriliyordu⁹. Öte yandan, kadınların erişebileceği erdem doğrudan cinsellik, iffet ve aile kavramlarıyla ilişkilidir; zira bu bağlamda *virtus*, iffet (*pudicitia*), utanma duygusu (*verecundia*) ve aileye bağlılık/dindarlık (*pietas*) kavramlarıyla bağlantılıdır¹⁰.

Kadın erdemine sıklıkla verilen örneklerden biri, Livy'nin Lucretia tasviridir¹¹. Lucretia, örnek niteliğindeki erdemi nedeniyle tecavüze uğramış,

⁷ **Gordon**, Pamela: *The Invention and Gendering of Epicurus*, The University of Michigan Press, 2012, s. 112.

⁸ **Gordon**, s. 165-167.

⁹ **Fejfer**, Jane: *Roman Portraits in Context*, Walter de Gruyter, Berlin 2008, s. 17.

¹⁰ **Vierule**, Sofia: *Wicked Women of the Roman World, Women's Disability and Mental Illness in The Imperial Prose*, Master's Thesis, University of Helsinki, 2022, s. 24.

¹¹ **Tit. Liv. 1.57-58**: "... Sabahın alaca karanlığında oraya geldiler. Buradan Collatia'ya ilerlediler. Lucretia, orada kralın gelinine yakışacak bir durumdan çok, farklı bir biçimde bulundu. Onların gördüğü şey, Lucretia'nın dışında diğerlerinin hanımlarının göz kamaştırıcı bir ziyafet sofrasında, genç arkadaşlarıyla hoşça vakit geçirmesiydi. Fakat Lucretia, gecenin bir hayli ilerlemiş saatine rağmen, evinin salonunda oturmuş lamba ışığında çalışan hizmetçileriyle birlikte dokuduğu yünü ile son derece meşguldü. Bu müsabakanın mükafatı olan kadınlık erdemi Lucretia'nın payına düştü. Collatinus ve Tarquiniuslar gelirken hürmetle buyur edildiler. ... Orada zor kullanarak Lucretia'ya kötülük etmek arzusunda olan Sextus Tarquinius yakalandı. Yalnız onun güzelliği değil, fakat aynı zamanda doğruluğu kesinleşmiş iffeti de onu harekete geçirmeye yetmişti. Bununla beraber, onlar şimdilik geceleyin bu çocukça oyuna bir son vererek, ordugahlarına döndüler... Kocasının sorusu 'herşey yolunda mı?' ya Lucretia 'öyle olmaktan çok uzak' diye cevap verdi. 'Bir kadın iffetini kaybederse, herşey nasıl yolunda olabilir? Collatinus, yabancı bir adamın izi senin yatağında durmaktadır. Fakat benim sadece vücudumun kutsallığı bozulmuştur. Kalbim ve ruhum tertemizdir. Ölüm benim şahidim olacaktır. Fakat senin sağ elinin ve sözlerinin verdiği güven, bu kötü ve utanç verici suçu işleyen erkeği cezasız bırakmayacaktır...' 'Ben kendi hesabıma göre, suçsuz olmama

onurunu koruyabilmek için intihar etmiştir. Lucretia, Romalı erdemli kadın figürünün bir modeli haline gelmiş ve Seneca da onu *De Consolatione ad Marciam* (Cons. Marc.) (yaklaşık M.S. 40) adlı eserinde örnek olarak kullanmıştır¹².

Esasen Seneca’nın kadınlar hakkındaki sıklıkla küçümseyici ifadeler kullandığı ve bu anlayışın da Stoacı geleneğe uygun olduğu görülmektedir. Stoacılar her ne kadar kadınların erdeme ulaşma kapasitesinin erkeklerle eşit olduğunu savunmuş olsalar da, özellikle geç dönem Stoacılığı, tüm insanların eşit olduğu prensibini korumasına rağmen; bireysel yatkınlık, sosyal statü gibi farklılıkları kabul etmiştir. Romalı Stoacıların bu bakış açısı, kadının Roma toplumundaki ikincil konumunu belirleyen temel faktörlerden biri olmuştur. Dolayısıyla, Stoacı cinsiyet eşitliği anlayışının problemli olduğu ve “cinsiyet eşitliği” kavramının Stoa felsefesinde kullanımının doğru olmadığı ifade edilmektedir¹³.

Seneca, Aulus Cremutius Cordus’un kızı Marcia’ya yazdığı teselli yazılarında (Seneca’nın diyaloglar olarak adlandırılan incelemelerinin parçaları olan, bugün deneme türünde nitelendirebileceğimiz yazıları) *De Consolatione ad Marciam*’da kadınların erdemli olabileceklerini, zira güç ve acıya dayanma konularında, şayet bunlara alışkınlarsa, erkeklerle eşit olabileceklerini ifade etmektedir¹⁴:

rağmen, bu günahtan dolayı kendimi cezasız bırakmayacağım. Ne şimdi, ne de sonra Lucretia gibi iffetsiz bir kadın asla yaşamıyacak’. Elbisesi altına gizlediği hançerini alarak kalbine sapladı...”. **Livius**, Titus: Roma Tarihi, Ab Urbe Condita Şehrin Kuruluşundan İtibaren, (çev. **Şenbark**, Sabahat), İstanbul 1992, s. 109-112.

¹² İlgili eser Türkçe’ye “Marcia’ya Teselli Üzerine” şeklinde çevirebilir. *De Consolatione* (Teselli Üzerine) üç bölümden oluşmaktadır: Bunlardan biri, oğlunun ölümüne çok üzülen Marcia adında Romalı bir kadına, diğeri annesi Helvia’ya, üçüncüsü de İmparator Claudius’un dilekçe yazmanı azatlı köle Polybius’a yazılmıştır. **Gunhild**, Vidén: Women in Roman Literature: Attitudes of Authors Under Early Empire, Göteborg 1993, s. 114.

¹³ **Manning**, C. E.: “Seneca and the Stoics on the Equality of the Sexes”, (Equality), Mnemosyne, Fourth Series, Vol. 26, Fasc. 2 (1973), s. 170-177.

¹⁴ Seneca, Marcia’nın araya girerek bu *exempla*’ların (Seneca’nın, okuyucusuna bir düşünceyi kanıtlamak veya bir erdemi vurgulamak için geçmişten sunduğu örnekler) kendisi için uygun olmadığını, çünkü bir kadın olduğunu dile getirdiğini hayal eder: “*Unuttunuz ki teselli ettiğiniz kişi bir kadındır; erkeklere ait örnekler aktarıyorsunuz*” (Sen. Cons. Marc. 16.1). Stoacılığın feminist olarak değerlendirilebileceği ya da cinsiyetler arası eşitliği savunup savunmadığı üzerine düşünenler tarafından bu yanıt sıklıkla incelenmiştir. **Loretto**, Franz: “Das Bild der Frau in Senecas philosophischen Schriften”, Ziva Antica, Vol. 27 (1977), s. 123 vd.; **Manning**, C. E.: On Seneca’s “Ad Marciam”, (Marciam), Mnemosyne, Supplementum, Vol. 69, Leiden 1981, s. 12-20. Seneca’nın

Sen. Cons. Marc. (16.1-2)

“Scio quid dicas: oblitus es feminam te consolari, virorum refers exempla. Quis autem dixit naturam maligne cum mulierum ingeniis egisse et virtutes illarum in artum retraxisse? Par illis, mihi crede, vigor, par ad honesta, libeat, facultas est; dolorem laboremque ex aequo, si consuevere, patiuntur.

In qua istud urbe, di boni, loquimur? in qua regem Romanis capitibus Lucretia et Brutus deiecerunt: Bruto libertatem debemus, Lucretiae Brutum; in qua Cloeliam contempto et hoste et flumine ob insignem audaciam tantum non in uiros transcripsimus: equestri insidens statuae in sacra uia, celeberrimo loco, Cloelia exprobrat iuuenibus nostris puluinum escendentibus in ea illos urbe sic ingredi in qua etiam feminas equo donauimus.”

“Peki, kim doğanın kadınların yetilerini cimrice dağıttığını ve onların erdemini dar bir çerçeveye hapsettiğini iddia edebilir? Bana inanın, onların da aynı güce, aynı onurlu eylemleri gerçekleştirme yetisine sahip olduklarını göreceksiniz-yeter ki istemeye devam etsinler. Eğer alışkanlık kazanmışlarsa, acıya ve zorluklara erkeklerle eşit derecede dayanabilirler.

Tanrım, bu tartışmayı hangi şehirde yapıyoruz? Roma’da! Yani Lucretia ve Brutus’un, Romalıları ezen krala karşı başkaldırdığı şehirde. Biz özgürlüğümüzü Brutus’a borçluyuz, ancak Brutus’un eylemi de Lucretia’ya dayanır. Aynı zamanda, Cloelia’nın olağanüstü cesareti nedeniyle onu neredeyse kahramanlar listesine yazmış bir şehirdeyiz ki o ne düşmandan ne de nehirden korkmuştur. Roma’nın en işlek caddelerinden biri olan Via Sacra’da, atlı heykelinin üzerine oturmuş halde tasvir edilen Cloelia, genç Romalıları meydan okurcasına bir mesaj vermektedir: ‘Biz, kadınlara bile atlı heykeller armağan eden bir şehriz, siz hangi tavırla ilerliyorsunuz?’¹⁵.

Bu pasajda Seneca, Marcia’yı, şimdiye kadar sunduğu örnek figürlerin hepsinin erkek olması nedeniyle cesaretinin kırılmaması gerektiği konusunda inandırmaya çalışmaktadır. Marcia’nın bir kadın olarak bu figürlerin metanetini örnek almaya yeterince donanımlı olmadığı gibi bir varsayımda bulunmaması gerektiğini vurgular. İlk retorik sorusuyla, kadınların doğaları gereği

yanıtı, kadınların da erkekler kadar erdem kapasitesine sahip olduğunu ifade etmek ve bunu kanıtlamak için Lucretia ile Cloelia’nın örnek olaylarını sunmak olur. Bu anlatılar, Roma’da kadınların ahlaki gücünü tarihsel bağlamda vurgulayan örnekler olarak işlev görmektedir. **Laglands**, Rebecca: “A Woman’s Influence on a Roman Text, Marcia and Seneca” in *Women’s Influence on Classical Civilization* (Eds. **Marshall**, Eireann/**Mchardy** Fiona), London 2004, s. 123.

¹⁵ **Loretto**, s.123.

dezavantajlı olmadığını öne sürmekte ve devamında onların erkeklerle eşit potansiyele sahip olduğunu ifade etmektedir. Bir kadın olarak Marcia'nın, büyük erkek figürlerin sergilediği erdemleri taklit etmeye çalışması için, herhangi bir engel bulunmamaktadır. Lucretia ve Cloelia gibi Roma tarihinin ünlü kadın figürleri, kadınların geçmişte de büyük başarılar elde ettiklerini ve dolayısıyla Marcia'nın takip edebileceği birer model olarak görülebileceğini kanıtlamak amacıyla sunulmaktadır. Lucretia ve Cloelia'nın anlatıları, Seneca'nın Roma'nın, kendisinin ve Marcia'nın yaşadığı bu şehrin, kadın cesaretini özellikle besleyen ve tanıyan bir şehir olduğu yönündeki iddiasını desteklemektedir. Seneca bu pasajı, Marcia'nın bir kadın olarak kendi potansiyeline güven duymasını teşvik etmek ve kendisini, erkeklerin erdemlerini örnek alma konusunda cesaretlendirmek amacıyla kaleme almıştır. Seneca esasen, doğrudan erkeklerin ve kadınların yeteneklerini ve güçlerini karşılaştırmaktadır ve kadınların erkeklerle benzer dayanıklılığa ve erdeme sahip olabilecekleri sonucuna varmaktadır. Ancak bu sonuca varırken, kadınların özellikle, acıya alışkın olmaları gerektiğini belirtir ve bu erkeklerin ağrıya dayanıklılığına eş bir durumdur. Seneca bu fikrini, teselli yazısının daha önceki bölümlerinde, Marcia'nın büyük zorluklara dayanmış güçlü zihni ve erdemine atıfta bulunarak doğrulamaktadır. Ancak bu genel geçer olarak kabul gören bir yorum değildir¹⁶.

Cicero'nun, *Tusculanae Disputationes*¹⁷ (**Cic.Tusc**) adlı eserinin iyi bilinen bir pasajında cesareti esasen erkeklere özgü bir özellik olarak tanımlaması¹⁸ ve *Pro Sex. Roscio Amerino* (**Rosc. Am.**) 147'de Caecilia Metella

¹⁶ Laglands, s. 123.

¹⁷ *Tusculanae Disputationes*, Cicero tarafından yaklaşık M.Ö. 45 yılında yazılan, Antik Roma'da Yunan felsefesini, Stoacılığı da içeren, yaygınlaştırmayı amaçlayan beş kitap-tan oluşan bir seri kitaptır. Adını, iddia edildiğine göre Tusculum'daki villasında yazıldığından almıştır. Kızı yakın zamanda ölmüş ve yas sürecinde Cicero kendini felsefi çalışmalarla adanmıştır. Tusculan Disputations, her biri belirli bir tema üzerine beş kitaptan oluşur: Ölümün küçümsenmesi üzerine; Ağrı hakkında; Keder üzerine; Duygusal bozukluklar üzerine; ve Sadece Erdem'in mutlu bir yaşam için yeterli olup olmadığı. <https://www.britannica.com/topic/Tusculanae-disputationes>, (Erişim Tarihi: 11.02.2025).

¹⁸ **Cic. Tusc. 2.43:** "Erdem (*virtus*), erkeğin (*vir*) adından türetilmiştir ve cesaret (*fortitudo*), en çok erkeğe özgüdür; bunun en büyük iki işlevi ise, ölümden ve acıdan korkmamaktır". Cicero'nun *Tusculanae Disputationes*'in 2. kitabında cesareti yalnızca erkeklere özgü bir erdem olarak ele almasına ilişkin değerlendirme için bkz. **Nussbaum**, Martha C.: "The Incomplete Feminism of Musonius Rufus, Platonist, Stoic, and Roman" in *The Sleep of Reason: Erotic Experience and Sexual Ethics in Ancient Greece and Rome* (eds. **Nussbaum**, Martha C./**Sihvola**, Juha), Chicago 2002, s. 323; **Reydam-Schils**, Gretchen: *The Roman Stoics: Self, Responsibility, and Affection*, Chicago 2005, s. 120.

hakkında “bir kadın olmasına rağmen erdemi sayesinde başardı” demesi, oldukça tipik bir nitelendirmedir. Ancak, yalnızca *Rosc. Am. 275*’te değil, aynı zamanda mektuplarında da kadınların cesaretini övmekte ve hatta eşi Terentia ile kızı Tullia’ya yazdığı bir mektupta “sizleri, herhangi bir erkekten daha cesur olarak tanımasaydım...” ifadesini kullanmaktadır¹⁹.

Cicero, *Tusculanae Disputationes*’inde, ağrıdan kaçınmayı kadınsı bir özellik olarak nitelendirmektedir ve daha az ağrı duymalarına rağmen, kadınlar gibi çılgık atan erkeklerle alay etmektedir: *Cic. Tusc. 2.15*. “.. hanc enervatam muliebremque sententiam..”; *Cic. Tusc. 2.46*. “... exclamabis ut mulier...” Zira Cicero için, ağrıya dayanma yeteneği, temel bir erkek özelliğidir. Dolayısıyla, özel durumlarda, bir kadınında bir erkek gibi, benzer erdeme sahip olabileceğini kabul eder. Ancak buradaki kadın erdemi, kamusal erkek cesaretiyle farklılık gösterirdi²⁰.

Bu durumda da, Marcia’nın, *De Consolatione ad Marciam*’da erdemli olarak nitelendirilmesi, kahramanca cesaret sergilemesi veya kamusal eylemleri ile değil, oğlunun ölümü karşısındaki yasını aşmasıyla ilişkilendirilirdi.

Seneca, Marcia için yazdığı teselli metninde, onun bir kadın olmasını dikkate almanın kendisini engellemesine izin vermemektedir: *Sen. Cons. Marc. 1.5*: “Zihninin bu büyüklüğü, senin cinsiyetine ya da uzun yıllardır süregelen üzüntünün yüzüne yansıttığı ifadeye dikkat etmemi yasakladı...” Diğer yandan Seneca, *De Consolatione ad Marciam*’da Marcia’nın, kadın zihninin kusurlarından arınmadıkça, kendi kederiyle yüzleşmeye cesaret edemeyeceğini de belirtmektedir²¹.

Bu ifadede örtük olan düşünce, yas içindeki bir kadına yazmanın olağan dışı ve zor bir eylem olduğu fikridir. Onun kadınlığı ve kederi fazlasıyla görünürdür, zira bedeni, yüzüne yansıyan ifadeler bunu açıkça göstermektedir. Seneca’nın “yasakladı” (*vetuit*) fiilini Latince iki kez kullanması,

¹⁹ Cicero, Marcus Tullius: Pro Sexto Roscio Amerino Oratio ad Iudices, With An Introduction and Notes, edited, after Karl Halm, (ed. Halm, Donkin) London 1897, s. 88; 125.

²⁰ Tuomela, Liisa: Virtues of Man, Woman-Or Human Being? An Intellectual Historical Study on the Views of the Later Stoics Seneca the Younger, Musonius Rufus, Epictetus, Hierocles and Marcus Aurelius on the Sameness of the Virtues of Man and Woman, Dissertation, University of Helsinki 2014, s. 41.

²¹ *Sen. Cons. Marc. (6.1.)*: “Nisi te, Marcia, scirem tam longe ab infirmitate muliebris animi quam a ceteris vitiis recessisse et mores tuos velut aliquod antiquum exemplar aspici, non auderem obviam ire dolori tuo”. <https://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.consolatione2.shtml>, (Erişim Tarihi: 11.02.2025).

Marcia’nın cinsiyetini göz ardı etmenin kendisi için bir çaba gerektirdiğini ima etmektedir. Seneca, Marcia’yı bir paradoks olarak sunmakta ve durumu alışılmadık, hatta bir ikilem olarak resmetmektedir. Bu bağlamda, karşısında duran bazı gerçeklerden bilinçli olarak yüz çevirmesi gerektiğini vurgulamaktadır²².

Seneca, erdem (*virtus*) ile karşıtlık oluşturacak şekilde, birçok eserinde, kadınların erdem dışı davranışlarını ve genellikle kadınlara özgü kusurları detaylı bir şekilde betimlediği gibi, kadınlara sıklıkla “zayıflık ve yumuşaklık” gibi özelliklerin atfedildiğini de vurgulamaktadır. Zira kadınlar tarafından elde edilen *virtus* ve erdemlilik genellikle “iffet ve cinsel ahlakla” ilişkilendirilerek kabul edilmektedir²³.

Virtus, Antik Roma’da özel bir erdemdir. Erkeksi güçler olarak algılanan yiğitlik, erkeklik, mükemmellik, cesaret, karakter ve değer çağrışımları-

²² Laglands, s. 121.

²³ Tuomela, s. 48. Seneca’nın, en azından ilk bakışta, kadınları bu bağlamda erkeklerle kıyasladığı ve kadınların ancak “kadınsı zayıflıklarını” aşarak erdem (*virtus*) ve diğer erdemleri gösterebileceğini düşündüğü doğrudur. Bu durum, bazı araştırmacılar tarafından Sen. Cons. Marc. (16.5.)’e dayanarak, kadınların ancak “büyük erkeklerin seviyesine yükseldiklerinde” erdemli sayıldıkları veya hatta doğrudan “büyük erkekler” ya da sadece “erkekler” olarak görüldükleri şeklinde yorumlanmaktadır. Ancak bu noktada, aceleci bir şekilde kapsamlı sonuçlara varmamak gerekir. Zira, Seneca’nın ifadeleri büyük ölçüde geleneksel toplumsal cinsiyet dilinden ve kelime kullanımından kaynaklanmaktadır. Örneğin, erkeğe özgü (*virilis*) kelimesi genellikle olumlu bir anlam taşıırken, kadına özgü (*muliebris*) kelimesi olumsuz bir bağlamda kullanılmıştır. Loreto, s. 127. [Latince’de, en azından eğitilmiş erkekler tarafından üretilen yazılı metinlerde erişilebildiğimiz dil düzeyinde, ahlaki nitelikleri tanımlayan kelime dağarcığı, sıklıkla erkek ve kadın arasındaki farkları ve karşıtlıkları ifade eden kelime dağarcığıyla örtüşmektedir. Etik felsefenin temel terimleri, bu nedenle çarpıcı bir şekilde toplumsal cinsiyetle ilişkilidir. Mevcut kaynaklarda bulduğumuz Latince, erkekleri ayrıcalıklı kılmakta ve “erkekliği” her şeyin iyi olduğu anlamına getirmektedir] Laglands, s. 118. Ayrıca, Seneca’nın amacı, okuyucularını, özellikle “zayıf” kadınların üzerinde konumlandırarak onların güçlü ve erdemli olduklarına ikna etmektir. Marcia ve Helvia’ya yazarken, onları diğer “zayıf” kadınların üzerine çıkartmakta; erkek okuyuculara hitap ederken ise, genel olarak kadınları “zayıf” olarak konumlandırarak bu stratejiyi kullanmaktadır. Bunun yanı sıra, Sen. Cons. Marc. 16.5.’te asıl vurgunun erdem (*virtus*) olduğu unutulmamalıdır. Seneca burada özellikle bu erdeme odaklanmaktadır. Dolayısıyla, onun “*feminas quas conspecta virtus inter magnos viros posuit*” (görmeli erdemlin büyük erkekler arasına yerleştirdiği kadınlar) ifadesini kullanırken, kadınların sahip olduğu *virtus*’un, büyük erkeklerin *virtus*’uyla tamamen aynı (ya da en azından benzer) olduğunu vurgulamak istediği düşünülebilir. Bu durum, kadınların erkeksileştiği ya da doğrudan erkek gibi görüldüğü anlamına gelmemektedir. Williams, Craig A.: Roman Homosexuality: Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity, (Roman Homosexuality), New York 2010, s. 145-146.

nı taşır; ki terimin kökenini teşkil eden “*vir*” ifadesi “adam/erkek” anlamına gelmektedir. Bu nedenle *virtus*, Roma imparatorlarının da sıkça ifade edilen özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim *virtus*, muhtemelen *vir* ile olan ilişkisi nedeniyle de kadınlara nadiren atfedilirdi²⁴.

Antik Roma’da kadınlara özgü temel erdem *pudicitia*, yani “ıffet” veya “namus”tu²⁵. Cumhuriyet dönemi Latince’sinde *virtus* kelimesi kadınlara neredeyse hiç atfedilmemiştir; bu durum, büyük ihtimalle kelimenin köken itibarıyla erkek (*vir*) ile olan, yukarıda bahsi geçen etimolojik bağlantısından kaynaklanmaktadır²⁶.

Klasik Öncesi Latince’de *virtus* kelimesinin kadınlara atfedildiği nadir örneklerden biri yalnızca Plautus’un *Amphitruo* (*Amph.*)²⁷ eserinde yer almaktadır. Ancak bu kullanım, bağlam itibarıyla komik bir cinsel rol değişimini yansıtmaktadır. Eserde *Jupiter*, *Amphitruo* kılığına girerek, aldatıldığını düşünen ve haksız yere suçlanan eşi *Alcumena*’yı yatıştırmaya çalışır. Bunu yaparken, *Jupiter* itaatkar bir kadının rolünü üstlenir ve örneğin “*oro obsecro*” (yalvarırım, rica ederim) ifadesini kullanır (*Amph. 923*). Öte yandan, öfkeli *Alcumena* ise, agresif bir erkek rolüne büründürülmüştür. Burada *Alcumena*, kendisi için *virtus* iddiasında bulunarak, Roma’nın boşanma formülünü ilan eder. Böylece, Roma’da *virtus* kavramının kadınlarla ilişkilendirilmesinin, ancak toplumsal cinsiyet rollerinin ters yüz edildiği bir bağlamda mümkün olduğu görülmektedir²⁸.

Geç Cumhuriyet dönemi Latincesinde ise *virtus*, çok nadir durumlarda kadınlara atfedilmiştir. M.Ö. 80 yılında yaptığı bir konuşmada (*Rosc. Am.*

²⁴ Roma’da *virtus* kavramı geleneksel olarak ideal erkeklik ve kamusal cesaret ile ilişkilendirilmiştir. Bu nedenle, Roma tarihi boyunca bu kavramın kadınlara uygulanması oldukça karmaşık bir mesele olmuştur, zira birçok yazar, kadınların erdemli eylemlerde bulunabileceğini belirtse de, *virtus*’un esasen erkekliğe özgü olduğu kabul edilmiştir. Roma’daki kadınlık anlayışı, bir bakıma eksik ya da “bozulmuş” bir erkeklik olarak yorumlanabilir. *Vierule*, s. 3.

²⁵ *Pudicitia* için bkz. *Plaut. Amph. (839)*; *Stich. (99-101)*; *Ter. Adel. (345-346)*.

²⁶ *Laconi*, Sonia: *Virtus: Studio Semantico e Religioso dalle Origini al Basso Impero*, Cagliari 1988, s. 18-19.

²⁷ *Amphitryon* veya *Amphitruo*, oyun yazarı Titus Maccius Plautus tarafından erken Roma tiyatrosu için yazılmış bir Latince oyundur. Plautus’un mitolojik bir konu üzerine yazdığı tek oyundur. Oyun büyük ölçüde günümüze ulaşmıştır, ancak son bölümünde büyük bir eksik bölüm vardır. Oyunun konusu, *Amphitryon*’un *Jupiter* tarafından *Alcumena*’nın baştan çıkarılmasına karşı kıskanç ve şaşkın tepkisini içerir ve *Herkül*’ün doğumuyla sona erer. *Jupiter*’in oğlu *Merkür*’ün, babası içerideyken evin dışında nöbet tuttuğu ve önce *Amphitryon*’un hizmetkârı *Sosia*’yı, sonra da *Amphitryon*’un kendisini kızdırarak eğlendiği bir alt konu vardır. [https://en.wikipedia.org/wiki/Amphitryon_\(Plautus_play\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Amphitryon_(Plautus_play)), (Erişim Tarihi: 05.03.2025).

²⁸ *McDonnell*, s. 162.

27) Cicero, Caecilia Metella’nın erdem (*virtus*), sadakat (*fides*) ve özen (*diligentia*) sergilediğini belirtmektedir. Burada *virtus*’un “cesaret” anlamında kullanıldığı açıkça görülmektedir. Zira Metella, suikastçılar tarafından takip edilen bir adama yardım ederek bu erdemi sergilemiştir. Buna ek olarak, Cicero’nun iç savaş nedeniyle ailesinden ayrı kaldığı dönemde yazdığı iki mektupta, biri eşi Terentia’ya, diğeri ise, dostu Atticus’a hitaben kaleme alınan yazılarında, kızı Tullia’nın *virtus*’undan bahsettiği görülmektedir²⁹:

Epistulae ad Familiares (Fam. 14.11)

“*cuius summa virtute et singulari humanitate graviore etiam sum dolore adfectus nostra factum esse negligentia ut longe alia in fortuna esset atque eius pi etas ac dignitas postulabat.*”

“Onun üstün *virtus*’u ve eşsiz iyiliği nedeniyle, büyük bir üzüntü yaşadım; zira benim ihmalkarlığım yüzünden, kendisi evlatlık saygısı ve toplumsal konumu gereği layık olduğu koşullardan çok farklı bir durumda bulunuyor.”

Epistulae ad Atticum (Att. 10.8)

“*cuius quidem virtus nririfica. quo modo ilia fert publicam cladem, quo modo domestic as tricas!*”

“Onun *virtus*’u gerçekten hayranlık uyandırıcıdır; kamusal felaketleri ve özel zorlukları göğüsleme biçimi ise, son derece etkileyicidir!”

Her iki metinde de *virtus* büyük olasılıkla Cicero’nun yokluğunda ve siyasi rakiplerinin iktidarda olduğu dönemde Tullia’nın Roma’da sergilediği cesareti ifade etmektedir. Ancak ikinci metinde, *virtus*’un anlamı yalnızca kamusal alandaki cesaretle sınırlı kalmayıp, özel yaşama dair nitelikleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bununla birlikte, bu tür kesin ve koşulsuz *virtus* atıfları oldukça nadirdir. Bir kadına *virtus* atfedildiğinde, genellikle bu erdemin anlamı başka bir kelimeyle açıkça belirtilir. Örneğin, Cicero, M.Ö. 58’de sürgünden eşine yazdığı bir mektupta Terentia’nın *virtus*’unu överken, bu erdemin hangi bağlamda kullanıldığını vurgulamak için ek ifadeler kullanmaktadır³⁰:

Fam. 14.1

“*Et litteris multorum et sermone omnium perfertur ad me incredibilem tuam virtutem et fortitudinem esse teque nec anirni neque corporis laboribus defatigari. me nriserum! te ista virtute, fide, probitate, humanitate in tantas aerumnas propter me incidisse.*”

²⁹ McDonnell, s. 163.

³⁰ McDonnell, s. 163-164.

“Birçok mektuptan ve herkesin sözlerinden, senin *virtus*’unun ve cesaretinin inanılmaz olduğu ve ne ruhsal ne de bedensel zorluklar karşısında yılmadığını bana bildirilmektedir. Ne talihsizim ki! Sen, *virtus*’un, sadakatin, dürüstlüğü ve iyiliğinle, benim yüzümden böylesine büyük sıkıntılara düştün.”

Erken İmparatorluk Dönemi Latincesinde kadınların *virtus*’una yapılan diğer göndermelerde de genellikle cesaret anlamı ön plandadır. Öte yandan, *virtus* kelimesinin etik anlamı, kadınlara daha çok İmparatorluk Dönemi yazıtlarında atfedilmektedir³¹.

Seneca, kadınlara özgü ve en çok saygı gören başlıca erdemler arasında mahcubiyet/ edep/utanma duygusu/ alçakgönüllülük (*verecundia*) ve iffet/ cinsel erdem (*pudicitia*³²) gibi değerleri sayarken, tamamen kadim Roma geleneği içinde yer almaktadır; bu gelenek, özellikle Roma mezar yazıtlarında³³ son derece belirgin bir biçimde karşımıza çıkmaktadır³⁴.

Örneğin *De Matrimonio* adlı fragmanlara bakıldığında: “En bilge kişinin (yani Seneca’nın) sözü şudur: İffet (*pudicitia*) her şeyden önce korunmalıdır; çünkü iffetin kaybıyla tüm erdemler çöker. Kadınlara özgü erdemler içinde en üst sırada yer alan budur”. Bu ifadeyi takip eden bölümlerde de, konuya ilişkin çeşitli örnekler verilmektedir³⁵.

Bir kadının yüksek ahlaki değerlerini temsil etmesinin en temel yolu *pudicitia* idi. Bu terim öncelikli olarak cinsel namus veya erdem anlamında

³¹ İmparatorluk Dönemi yazıtları hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Laconi**, s. 20-21.

³² Bir kadının, kararlılık (*constantia*), sadakat (*fides*) ve özellikle iffetini/namusunu (*pudicitia*) korumak için elinden gelen her şeyi yapması beklenirdi. *Pudicitia*, zamanla imparatorluk sikkelerinde bile yer alan ilahi bir kişileştirme haline gelmiş olup, özellikle evli kadınlarla ilişkilendirilmiş ve onların doğurganlıkları (*fecunditas*) ile yakından bağlantılı görülmüştür. Dolayısıyla, bir kadının çocuklarını kusursuz bir erdem çerçevesinde dünyaya getirmesi gerektiği düşünülmekteydi. Bu anlayışın en güçlü şekilde yansıdığı iyi bilinen, yukarıda bahsi geçen Lucretia’nın iffetini korumak üzere intihar ettiği efsane sonrasında, Valerius Maximus, *Facta et Dicta Memorabilia* (6.1.1.)’de Lucretia’yı “Roma iffetinin öncüsü” (*dux Romanae pudicitiae*) olarak tanımlamış ve onun Roma kadınlarının erdem anlayışındaki merkezi rolünü vurgulamıştır. **De la Bédoyère**, Guy: *Domina: The Women Who Made Imperial Rome*, Yale 2018, s. 23.

³³ Örneğin, bir mezar yazıtında “Burada, Marcus’un en iyi ve en güzel eşi Amymone yatmaktadır; çalışkan (*lanifica*), dindar (*pia*), iffetli (*pudica*), tutumlu (*frugi*), erdemli (*casta*) ve evine bağlı (*domiseda*) bir kadındı.” (CIL VI 11602 = Dessau 8402). Burada, kadim Roma’da bir kadından (özellikle bir *matronadan*) beklenen tipik erdemler neredeyse eksiksiz bir şekilde sıralanmaktadır. **Loretto**, s. 120, dn. 9.

³⁴ **Loretto**, s. 120.

³⁵ **Trillitzsch**, Winfried: *Seneca im Literarischen Urteil der Antike* (2 Bände) Darstellung und Sammlung der Zeugnisse, Amsterdam 1971, s. 370-375.

kullanılmıştır. *Pudicitia* sıklıkla iffet veya alçakgönüllülük olarak da çevrilse de, bu çeviriler tam anlamıyla kavramı karşılamaya yeterli olmamaktadır. Çünkü Antik Roma'da bir kadını ahlaki kılan unsurlar yalnızca bu kavramlarla sınırlı değildi. *Pudicitia*'yı en iyi anlamının yolu, onu erkeklere özgü *virtus* kavramıyla karşılaştırmaktır. *Virtus*, doğrudan erkeksilik veya erkek gücü olarak çevrilir ve erkekler için, *pudicitia*'nın kadınlar için taşıdığı önemi temsil eder. *Virtus* doğası gereği açıkça gösterilmeliyken, *pudicitia* ise, daha incelikli bir şekilde ifade edilmeliydi. *Pudicitia* standartları, bir kadının bu erdemi gösterebilmesi için ince bir denge kurmasını gerektiriyordu; aşırı sergileme, onun aslında *pudicitia*'ya sahip olmadığını düşündürebilirdi. Sonuç olarak *pudicitia* ve *virtus*, Roma toplumunda cinsiyet rollerini belirleyen temel ahlaki ilkeler olarak görülmüştür³⁶.

Cicero, M.Ö. 52 yılında kaleme aldığı *De Legibus* adlı eserinde, erdemnin yalnızca erdemli olmak için aranması gerektiğini ve bireyin iyi davranışlardan elde edebileceği dışsal faydaların bu amaçtan bağımsız olması gerektiğini ifade etmektedir. *Pudicitia* da kadın erdeminin bir göstergesi olarak, açıkça Cicero'nun bu mantığına uymaktadır. Gerçek *pudicitia* sergileyen bir kadın, erdemli olduğunu göstermek için çaba sarf edemezdi; bunun yerine, bu erdemin doğal olarak onun kişiliğinde kendiliğinden ortaya çıkması beklenirdi. *Pudicitia* sadece bir karakter özelliği değil aynı zamanda fiziksel bir özellikti; bir kişinin görünüşü, ahlakının bir göstergesi olarak görülmüyordu. Bir erkeğin veya kadının, kendisini toplum içinde sunma şekli ve etkileşimde bulundukları kişiler, başkalarının kendi *pudicitia*'larını yargılamasına neden olurdu. Örneğin, bir kadının kocasından başka erkeklerle ilişki kurduğu görülürse, insanlar onun *pudicitia*'sı hakkında olumsuz bir yargıya varırdı³⁷.

Bir diğer yazar, Stoa felsefesinin önemli isimlerinden Genç Seneca (Seneca the Younger) da, *pudicitia*'nın özellikleri hakkında da yazmıştır. M.S. 41-49 yılları arasında Korsika'daki sürgünü sırasında annesi Helvia'ya hitaben kaleme aldığı mektuplarda, onun *pudicitia*'sını övmektedir.

³⁶ *Pudicitia*, bireyin davranışını sosyal olarak kabul edilebilir olarak düzenleyen, daha genel bir kelimedenden *pudor* yani utanç duygusundan türemiştir. *Pudicitia* çoğunlukla kadınların tanımlayıcı bir özelliği idi, ancak eril cinsel normlara uymayan erkeklerin de, dişi küstahlık, cinsel utanmazlık sergiledikleri durumları ifade etmek üzere de kullanılmaktaydı. **Joseph**, Kathryn: *Pudicitia: The Construction and Application of Female Morality in the Roman Republic and Early Empire*, Master's Thesis, Master of Arts in Ancient Greek and Roman Studies, Massachusetts 2018, s. 30.

³⁷ Cicero, *De Legibus* (Sec. XVIII), <https://topostext.org/work/752>, (Erişim Tarihi: 05.03.2025).

Seneca'nın annesi hakkında yazdıkları, Cicero ile arasındaki yaklaşık yüz yıllık zaman dilimine rağmen *pudicitia* kavramının büyük ölçüde değişmeden kaldığını göstermektedir³⁸.

Ancak Cicero ve Seneca arasındaki en temel fark, ahlaki yargılamaya tabi tutulan öznenin cinsiyetidir. Erkek erdemi, açıkça sergilenmeli ve siyasi ya da askeri kariyer gibi kamusal başarılar yoluyla kazanılmalıdır. Buna karşın, kadın erdemi, açıkça bastırılmış olmaktan doğar. *Pudicitia*'nın özünde, kadınlar üzerinde dışsal bir kontrol mekanizması kurulması ihtiyacı yatmaktadır. Ayrıca, kadınların kendi içsel "zayıflıklarını" kontrol etmesi gerektiği beklentisi de bu kavramın temel unsurlarından biridir³⁹.

Seneca, annesine yazdığı mektupta, kadına atfedilen sözde kusurlara göndermede bulunur, onun "kadınlığa özgü bahaneler" (*muliebris excusatio*) kullanmamasını ister ve şu ifadeyi kullanır:

Sen. Cons. Helv. 16.1

"...non potest muliebris excusatio contingere ei, a qua omnia muliebria vitia afuerunt."

"Kadınlığa özgü mazeretler, tüm kadınsal kusurlardan arınmış olan [Seneca'nın annesi] için geçerli olamaz."⁴⁰

Burada, kadınlara atfedilen olumsuz özellikler ele alınmakta ve Seneca, annesinden kadın olmasını bahane olarak kullanarak, sürgünü için uzun süre yas tutmamasını istemektedir. Seneca, Antik Roma'da atalarının kadınların yas tutma süresini on ay ile sınırlandıran bir karar aldığını belirterek, kadınlara yönelik sosyal beklentileri de vurgulamaktadır. Bu bakış açısı, kadınların duygusal tepkilerinin dahi denetlenmesi gerektiğine dair Roma'daki güçlü bir ahlaki ve toplumsal anlayışı yansıtmaktadır⁴¹.

Seneca, *impudicitia*'yı, iffetsizlik, ahlaki zayıflık, büyük bir kötülük olarak tanımlamaya devam ederken, annesinin bundan asla etkilenmediğini vurgulamaktadır. Ona göre, *impudicitia* sahibi olmak aynı zamanda gösteriş düşkünlüğü ve kibir taşımak anlamına gelir. Seneca, annesine hitaben yazdığı mektupta, onun diğer erdemsiz kadınlar gibi mücevher, makyaj veya teş-

³⁸ Joseph, s. 32.

³⁹ Antik Roma düşüncesinde, *impudicitia*'ya ek olarak, kadınlar kişilik ve cinsiyet özellikleri nedeniyle erdemli değillerdir. Kadınları, o zamanın düşüncesinde, erdemden normal olarak ayıran, kadınlara özgü bu özelliklerden biri, bir karakter kusuru olan "*muliebre vitium*" yani eksiklik/zayıflıktır. Bu özellikten kurtulan kadınlar büyük saygı görürlerdi. Joseph, s. 33.

⁴⁰ Sarılioğlu, Kenan (çev.): Seneca, Teselliler, Ankara 2021, s. 84-85.

⁴¹ Joseph, s. 33.

hir edici kıyafetlere asla ilgi duymadığını söyler. Ayrıca, hamileliklerini hiçbir zaman saklamadığını ve yaş göstergesi olarak görülebileceği için sahip olduğu çocuk sayısından dolayı hiçbir rahatsızlık duymadığını belirtir⁴².

Seneca, annesinin erdemli doğasını büyük bir değer olarak görmekte ve onun, kendi sürgünü sebebiyle yaşadığı üzüntüyü aşmasında bu erdemin belirleyici olacağına inanmaktadır. Ancak, mektubu incelediğimizde, annesinin yas sürecinde nasıl erdemli kalacağını bilemeyeceğini ve bunu ona kendisinin öğretmesinin gerekli olduğunu düşündüğü açıkça görülmektedir⁴³.

Bu mektubun gerçekten Helvia'ya gönderilmiş olup olmadığı ya da aynı zamanda bir felsefi söylem biçimi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği kesin olmamakla birlikte⁴⁴, Seneca'nın annesine hitaben bu ifadeleri kullanması oldukça anlamlıdır. Bu mektuptaki düşünceler ve duygular, dönemin toplumsal algılarını ve kadınlardan beklenen erdem anlayışını yansıtmaktadır. Seneca'nın annesine yönelik öğütleri, yalnızca bireysel bir mesaj olmanın ötesinde, dönemin genel ahlaki ve toplumsal değerleriyle örtüşen yaygın bir anlayışı temsil etmektedir.

Seneca'nın kadınlar hakkında yaptığı olumsuz yorumların, esas olarak onun felsefesine dayanmadığı, aksine başka düşüncelere dayandığının inandırıcı bir şekilde ortaya konulabileceği ifade edilmektedir. Erkeğe özgü (*virilis*) sıfatının övgüyle, kadına özgü (*muliebris*) sıfatının ise, çoğunlukla eleştirel bir anlamda kullanılması, her şeyden önce dönemin ortak kanaatine (*communis opinio*) uygundur; bu ortak kanaatte kadın, “zayıf cinsiyet” olarak görülmekteydi. Ayrıca, bu kullanım, Yunan-Roma toplumunda kadının ikincil konumunu yansıtmakta ve nihayetinde, Antik Çağ'da oldukça yaygın olan kadının aşağı konumda olduğu yönündeki inançla bağlantılı görünmektedir⁴⁵. Roma'da kadının, Yunan toplumuna kıyasla daha yüksek bir değere

⁴² Sarıalioğlu, s. 85.

⁴³ Sarıalioğlu, s. 85.

⁴⁴ Joseph, s. 34.

⁴⁵ Vergilius bile *Aeneis*'in (4.569 vd.) bir bölümünde “*Varium et mutabile semper femina*” (Kadın daima değişken ve kararsızdır) diyerek bu görüşü dile getirmiştir. Vergilius'un *Aeneis*'teki bu sözü, özellikle Dido'nun Aeneas'a karşı duygusal tepkilerini anlatırken kullanılmış ve dönemin yaygın kadın algısını yansıtan küçümseyici bir ton taşımaktadır. Bu ifade ile, opera severlerin yakından tanıdığı “La donna è mobile...” (Kadın değişkendir) sözleriyle ünlü Verdi'nin Rigoletto operasında da bir paralellik bulunabileceği söylenebilir. Kadınların değişken ve kararsız oluşuna ilişkin bu ifade, Antik Çağ'dan itibaren kadınların değişken, güvenilmez ve istikrarsız olarak görüldüğüne dair yaygın bir düşüncüyü yansıtır. Vergilius'un bu sözleri, *Aeneis* destanında Dido'nun değişen ruh ha-

sahip olduğu bilinse de, bu düşüncenin Antik Roma’da da izlerini sürmek mümkündür⁴⁶.

Sonuç olarak, Seneca’nın kadın imgesi, bir yandan Roma’nın geleneksel kadın anlayışına dayanırken, diğer yandan Stoacı felsefenin kadın ve erkek arasında zihinsel ve etik eşitlik öngören yönleriyle şekillenmiştir. Seneca, erkeklerin ve kadınların etik açıdan eşit olduğunu kabul ederken, toplumsal pratikte kadınların ikinci planda kaldığı gerçeğini de göz ardı etmemiştir. Bu bağlamda, onun kadın hakkındaki görüşleri çelişkili ve çok katmanlı bir yapı sergilemektedir⁴⁷.

Romalılar, Cicero ve Iulius Caesar’ın zamanına kadar, boşanmanın yaygın olmasına rağmen, tek erkekle evlenmiş bir kadın anlamına gelen *univira* diye anılan kadın kişiliğini idealleştirmişlerdir. *Univira* olma ideali, tamamen Roma’ya özgü bir kavram olup, Yunan dünyasında doğrudan bir karşılığı bulunmamaktadır. *Univira* kavramı başlangıçta dini ve ritüel bir anlam taşımaktaydı ve yalnızca üst sınıf kadınlara özgü bir nitelik olarak kabul ediliyordu. Ancak, zamanla bu kavram, belirli bir dini bağlam veya sosyal sınıfa bağlı olmaksızın, “iyi eş”in sıfatlarından biri haline gelmiştir. Bir *univira*, yalnızca bir kez evlenmiş ve eşinden önce ölmüş bir kadın olarak tanımlanıyordu⁴⁸.

Bununla birlikte, bu ideal, dul bir kadının vefat eden eşine duyduğu sevgi ve sadakat düşüncesiyle yakından bağlantılıydı. Burada ayrıca, Augustus’un evlilik yasalarının eski Roma ahlaki değerlerini teşvik etme amacı taşımasına rağmen, dul kadınları yeniden evlenmeye zorunlu kıldığına da değinmek gerekir. Bu durum, *univira* idealine doğrudan ters düşen bir uygulamaydı⁴⁹.

line atıfta bulunurken, Verdi’nin operasındaki benzer ifadede de benzer bir kadın imajını çağrıştırmaktadır. **Loretto**, s.120, dn.12.

⁴⁶ **Loretto**, s. 120-121.

⁴⁷ Seneca, kadınlar hakkında sadece eleştirel değil, övgü dolu yorumlar da yapmıştır. Özellikle eşi Paulina’ya derin bir sevgi beslediğini göstermektedir. Bkz. Seneca, *Epistulae Morales ad Lucilium (Epistulae)* (104.2). Ayrıca kadınların eşleri için teselli kaynağı olabileceğini, onların görevlerinin erkeklerinkinden aşağı kalmadığını ve eşlerini doğru yola sevk edebileceğini belirtmektedir. Ancak, bu ifadeler daha çok Roma toplumunun kadına attığı geleneksel rol çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, Seneca’nın *Epistulae* (94.26)’da savunduğu gibi, erkeğin eşinden sadakat beklerken kendisinin zina yapmasını meşrulaştırması ahlaki olarak kabul edilemez bir çifte standarttır. Bu, Roma toplumunda yaygın olan “çifte ahlak” anlayışına karşı Seneca’nın eleştirel bir duruş sergilediğini göstermektedir. **Loretto**, s. 120-121.

⁴⁸ **Lightman**, Marjorie/**Zeisel**, William: “Univira: An Example of Continuity and Change in Roman Society”, *Church History*, Vol. 46, No.1, 1977, s. 19-26.

⁴⁹ **Dixon**, Suzanne: *The Roman Mother* (Routledge Revivals), London 2014, s. 22.

Lucius Valerius Flaccus (M.Ö. 195’te *consul* olarak görev yapmış, Cumhuriyet Dönemi senatörlerinden, M.Ö. 3-M.Ö. 2.yy.)’a göre, kadınlar isteyerek erkeklere hizmet eder ve bir baba ya da eşin ölümüyle ortaya çıkan özgürlükten hoşlanmazlardı. Cumhuriyet Dönemi’nin başlarına ilişkin yapılan çalışmalar da Romalı kadınların kendilerini konumlandırmalarına dair benzer bir değerlendirme sunmaktadır⁵⁰.

Cumhuriyet Dönemi’nin başlarının *univira*’sı, hayatı boyunca babasının veya eşinin *auctoritası* altında yaşayan, yüksek sosyal statüye sahip bir kadın olarak tanımlanmaktadır. Aslında, *univira*, ideal *matrona* ile özdeşti ve yerine getirdiği törensel görevler ister dini ritüellerde ister evlilik törenlerinde eşlik eden onurlu kadın (*univira pronuba*) olarak, erken Roma toplumunun sosyal açıdan seçkin ve uygun şekilde evlenmiş kadınlar için öngördüğü rollerdi⁵¹.

Univira kavramı aynı zamanda iyi talihin varlığını da ima etmekteydi; çünkü bir kadının uzun ömürlü bir babaya ve eşe sahip olması, onun uğurlu olduğunun bir göstergesi olarak görülüyordu. Hayatında yetim ya da dul kalmasına neden olacak herhangi bir talihsizlik yaşamayan ve doğrudan babasından kocasına geçen bir kadın, iyi talihin ve uğurlu bir kaderin simgesi olarak değerlendirilmekteydi⁵².

Kadınlara atfedilen bir diğer özellik ise, sevinçli ve rahat bir yaşamın bir sonucu olan “*mollitia*” yani yumuşaklıktır. Latince metin geleneğini şekillendiren toplumsal cinsiyet perspektifinden önemli bir kavram olarak yumuşak (*mollis*) sıfatı ve bununla bağlantılı olarak yumuşak bir şekilde (*molliter*), *mollitia* veya yumuşaklık, gevşeklik (*mollities*) ve yumuşatmak, gevşetmek (*mollire*) terimleri karşımıza çıkmaktadır. Bu kelime grubu ile insanlara atıfta bulunulduğunda, kadınlıkla yakından ilişkilidir. Bir erkeğe *mollitia* atfedilmesi, Roma toplumsal normlarında, kadınsı olarak görülen, fiziksel olarak yumuşaklık ve hassasiyet, davranışsal olarak korkaklık, kendine aşırı düşkünlük ya da irade zayıflığı, kadınsı erotik bir tarzın benim-

⁵⁰ Lightman/Zeisel, s. 20.

⁵¹ Gagé, Jean: *Matronalia*. Essai sur les dévotions et les organisations culturelles des femmes dans l’ancienne Rome, Bruxelles 1963, s. 120-122.

⁵² Bir *matrona-univira* olarak dini ritüellere ya da evlilik törenlerine katıldığında, onun varlığının törenin kutsanmış bir evlilik ve bereket getirmesine katkıda bulunduğuna inanılıyordu. *Univira* kavramı, yalnızca tek bir evlilik yapmış olmayı değil, aynı zamanda kadının yaşamı boyunca dul kalmadan, doğrudan babasından kocasına geçmiş olmasını ve böylece iyi talih ile kutsanmış bir yaşam sürmesini de ifade ediyordu. Bu nedenle, bir *matrona-univira*’nın düğün veya dini törenlere katılımı, törene katılan diğer kadınlara da aynı iyi talihin ve uğurlu kaderin aktarılmasına vesile olacağı düşüncesiyle değerlendiriliyordu. Lightman/Zeisel, s. 20.

senmesi bir dizi özelliği ona yükler. Ayrıca cinsiyetinden bağımsız olarak bir kişi, sevinçli, rahat, hafif bir yaşam sürdürdüğünde, zihninin kadınsı hale geldiği, hatta bu şekilde yaşam süren erkeklerin de “erkeklikten saptığı” kabul edilmekteydi⁵³. Buradan anlaşılan, Roma toplumunda, toplumsal cinsiyet perspektifinde esasen kadınların bu sayılan özellikleri taşıdıklarını düşünmeleri sebebi ile, bu özellikleri tamamen cinsiyete dayalı olarak kadınlara atfederek, “*mollitia*” nitelendirmesi yaptıklarıdır.

Seneca, erkekleri ele alırken, kadınlara atfedilen zayıflıklara sık sık değinir. Özellikle öfke teması çerçevesinde, öfkeli erkekleri kadınlara ve çocuklara benzetir ve öfkenin özünde kadınsı ve çocuksu bir özellik olduğunu öne sürer⁵⁴.

Sen. *Ira*. 1.20.3

“Multum, inquam, interest inter sublimem animum et superbum. Iracundia nihil amplum decorumque molitur; contra mihi videtur veteris et infelicis animi, imbecillitatis sibi conscii, saepe indolescere, ut exulcerata et aegra corpora, quae ad tactus levissimos gemunt. Ita ira muliebre maxime ac puerile vitium est. ‘At incidit et in viros.’ Nam viris quoque puerilia ac muliebria ingenia sunt.”

“Yüce bir ruh ile kibirli bir ruh arasında büyük bir fark vardır. Öfke, ne yüce ne de saygın bir şey üretir; aksine, bana kalırsa, öfkelenmek, uyuşuk ve talihsiz bir ruhun, kendi zayıflığının farkında olan bir zihnin göstergesidir. Bu, tıpkı en hafif dokunuşta bile inleyen, iltihaplanmış ve hasta bedenler gibidir. Dolayısıyla, öfke en çok kadınsı ve çocuksu bir kusurdur. ‘Ama bazen erkeklerde de görülür.’ Evet, çünkü erkeklerin de çocuksu ve kadınsı doğaları olabilir.”

Bu pasajda Seneca, öfkenin bilgelik ve ruhsal güçle bağdaşmadığını vurgularken, onu kadınsı ve çocuksu bir zaaf olarak tanımlamaktadır. Aynı zamanda, öfkenin erkeklerde de görülebileceğini kabul etmekle birlikte, bu tür bir öfkeyi erkeklığe değil, erkeklerin içindeki çocuksu ve kadınsı eğilimlere bağlamaktadır. Bu ifade, Roma toplumundaki cinsiyet algılarını ve Stoacı düşüncede erkeklığe yüklenen erdemli bilgelik idealini yansıtmaktadır⁵⁵.

⁵³ Williams, Craig A.: “The Meanings of Softness: Some Remarks on the Semantics of *Mollitia*”, (Mollitia), N.S. *Sexe et genre: questions de dénomination*, No:3, January 2013, s. 210.

⁵⁴ Vierula, s. 27.

⁵⁵ Aynı bakış açısını, yeteneksizlik ve bilgisizlikle kadınları ve çocukları ilişkilendiren hukuki metinlerde de görmek mümkündür. Vierula, s. 27.

Seneca, *De Constantia Sapientis* 2.14.1’de, bir kadının zengin olup olmamasının önemli olmadığını, eğer eğitim almaz ve bilgi edinmezse, yalnızca içgüdülerine yenik düşen, akıldan yoksun bir varlık olarak kalacağını belirtmektedir. Bu ifade, Seneca’nın kadınların ancak eğitim alarak zihinsel ve ahlaki olarak gelişebileceğini düşündüğünü göstermektedir. Ona göre, eğitim almayan bir kadın mantıksız hareket eden ve tutkularına yenik düşen bir varlık olarak kalacaktır⁵⁶.

Matrona, ya da eş anlamı olarak *mater familias*⁵⁷, Roma’da evin idaresini üstlenen eş ve anne figürünü ifade eder. *Matrona*, bir arketip olarak varlığını sürdürmüş ve Roma toplumunda bir kadının sahip olabileceği en saygın rol olarak kabul edilmiştir. Bu kalıbın dışına çıkan kadınlar için toplumsal roller oldukça sınırlıdır. Kadın vatandaşlar açısından yurttaşlığın en önemli yönü, hukuken geçerli bir evlilik yapmak ve kocasının ailesine yasal erkek varisler doğurmaktır. Siyasal karar alma süreçlerine veya kamusal hayata doğrudan katılmaları mümkün olmasa da *matrona*, sosyal ve ekonomik açıdan önemli bir nüfuza ve görünmez bir güce sahip olabilirdi. Roma edebiyatı, etkisi imparatorlara kadar uzanan, otoritesi açıkça tanınmasa da son derece belirleyici olan güçlü *matronalar* ile doludur. Rahibeler sembolik bir otoriteye sahipken, *matrona*’nın gücü gerçekte, ancak resmi belgelerde çoğu zaman açık bir şekilde yer almıyordu⁵⁸.

Modern sözlükler, *mater familias* terimini genellikle “evin hanımı”, “saygın evli kadın” veya “*matron*” olarak tanımlamada tutarlı bir yaklaşım sergilemektedir. Ancak antik yazarlar, *mater familias* ile *uxor* veya *matrona* arasındaki farkın ne olduğu ve bu terimin kesin tanımını konusunda çeşitli tartışmalar yürütmüşlerdir. Antik metinlerdeki tanım farklılıkları, kısmen *mater familias* ve *pater familias* terimlerinin dilbilgisel simetrisinin, bu iki kavram arasındaki sosyo-hukuki asimetriyle çelişmesiyle açıklanabilir. *Pater familias* teriminin anlamı üzerine benzer bir antik tartışmaya rastlanmamaktadır. Muhtemelen bu durum, *pater familias*’ın Roma Özel Hukukunun olağanüstü mantıksal bir titizlikle şekillendiği temel kavramsal odak noktası olmasından kaynaklanmaktadır. Buna karşılık, *mater familias* hukuki bir kavram olarak aynı işleve sahip değildi ve Roma hukukçularının erkekleri

⁵⁶ Vierula, s. 27.

⁵⁷ *Matrona* ve *mater familias* gibi, saygın evli kadını ifade eden terimler, evlilik ve anneliğin bir arada düşünüldüğü varsayımına dayanarak *mater* kökünden türetilmiştir. Bkz. Aul. Gell. *Noctes Atticae* (18.6.8-9); Cic. *Topica* 14.

⁵⁸ McGinn, Thomas A. J.: *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, Oxford 2003, s. 150.

merkeze alan cinsiyet yanlılığı, kadınlarla ilgili olarak benzer bir kavramsal tutarlılığı zorunlu kılmamaktaydı⁵⁹.

Roma kadınlarının erdemleri arasında yer alan *pietas*⁶⁰, *verecundia* ve *pudicitia*, esasen *matrona* rolüyle ilişkilendirilmektedir; erdemli bir *matrona*, kendisini ailesine adar ve her zaman alçakgönüllülük ile ölçülü bir tevazu sergilerdi. Seneca, bu özellikleri yalnızca Helvia ve Marcia'da değil, aynı zamanda Helvia'nın kız kardeşinde de övgüyle anmaktadır. Helvia'nın erdemlerini tasvir ederken, onun iyi bir geleneksel Roma eğitimi aldığını belirtir ve *pudicitia* (iffet) erdemini en önemli erdem olarak görür. Ayrıca, doğurganlığı da vurgular; zira çocuk doğurma yetisi, Roma kadınlığına özgü temel bir unsur ve kadın erdemlerinin başlıcalarından biri olarak kabul edilmekteydi⁶¹:

⁵⁹ Saller, Richard P.: "Pater Familias, Mater Familias, and the Gendered Semantics of the Roman Household", *Classical Philology*, Vol. 94, No. 2 (Apr., 1999), s. 193.

⁶⁰ Augustus'un siyasi slogan olarak seçtiği "*pietas*" kavramı, klasik hukukçular tarafından adalet idealini gerçekleştirmek amacıyla diğer temel erdemler ve etik değerlerle birlikte kullanılmıştır. Roma yazınında da sıkça kullanılan "*pietas*" terimi Roma geleneğinde önemli bir yer tutar. Başlangıçta dini bir çağrışım içeren "*pietas*" kavramı cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren kültürel unsurları da ihtiva eden bir anlam içermeye başlamıştır. Roma hukuk metinlerinin çoğunda, "*pietas*" akrabalar arasında, özellikle de çocuk ile ebeveyn arasında, karşılıklı görev ve uygun davranışa işaret eder. Sözleşmeye dayanan ilişkilerde ise "*pietas*", bazen "sözüne bağlılığı" bazen de "dürüst bir şekilde hareket etmeyi" hedef almaktadır. İpek, Nurcan: "Roma Yazınında ve Hukukunda, Roma'nın Temel Erdemlerinden Biri: Pietas", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 27, S. 1, Haziran 2021, s. 566. Yunan yazınından Roma yazınına aktarılan Homeros'un *Odysseia*'sındaki Penelope karakteri; Troia Savaşına giden kocası Ithaca kralı Odysseus'u yirmi yıl boyunca sabır ve sadakatle beklemiş, bu arada çıkan taliplerini oyalayarak sabrının ve sadakatinin mükafatını kocasına kavuşarak almıştır. Homeros sonrasında Penelope'nin adı Yunan yazınında farklı eserlerde de geçmiştir. Bütün bu eserlerde, Homeros'taki Penelope karakter tasvirine (*pudicitia et pietas*) sadık kalınmıştır. Yunan destanından Latin yazınına aktarılan, "iffet ve sadakat" örneği olarak gösterilen Penelope'nin bu özelliği, M.Ö. 1.yy.da yaşamış Latin *elegeia* (aşk şiirleri) şairleri tarafından da benimsenmiştir. Augustus dönemi önemli ozanlarından biri olan Publius Ovidius Naso'nun (M.Ö.27- M.S. 14), Aşk Sanatı (*Ars Amatoria*) adlı eserinde; her kadının, kendi değer yargılarından sorumlu olduğunu düşünceleri öğütlenirken, iffetsizliği ile ünlünen kadınların yanında, yıllarca savaşan ve yıllarca da yollarda savrulan kocasına sadık kalan Penelope gibi kadınların da varlığı hatırlatılır. **Kalaycıoğulları**, Serap: "Klasik Dönem Yunan ve Roma Yazınında Penelope: Homeros'tan Ovidius'a Penelope Betimi ve Heroides", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 7, S.2, 2016, s. 96-100.

⁶¹ Seneca anneliği kadınsı yumuşaklık (*mollitia*) ile ilişkilendirmiştir. Wilcox, Amanda: "Exemplary Grief: Gender and Virtue in Seneca's Consolations to Women", *Helios*, Vol. 33, Issue 1, Spring 2006, s. 78.

Sen. Cons. Helv. 16

“Optimum inter pietatem et rationem temperamentum est et sentire desiderium et opprimere. -- bene in antiqua et severa institutam domo, --, numquam te fecunditatis tuae puduit, --, Unicum tibi ornamentum, pulcherrima et nulli obnoxia aetati forma, maximum decus visa est pudicitia.”

“Dindarlık/aileye bağlılık (*pietas*) ile akıl (*ratio*) arasında en iyi denge hem arzuyu hissetmek hem de onu bastırmaktır. -- Tarih boyunca ve ailelerin köklü geleneklerinde -- doğurganlığından hiçbir zaman utanç duymadın. -- Senin eşsiz ve en güzel süsün, zamana yenik düşmeyen güzelliğin değil, en büyük şeref olarak görülen iffetin (*pudicitia*) idi.”⁶²

Bu mektuplara göre, ideal bir Roma kadını evlidir, ailesine adanmıştır, mütevazı, iffetli ve çocuk sahibidir; ancak Seneca’nın bu bağlam dışında kadınlarla erdemi ne ölçüde ilişkilendirdiğini tahmin etmek zordur.

II. AUGUSTUS’UN GÖLGESİNDE KADIN: HUKUK VE EDEBİ TEMSİLLER

Roma’nın Augustus dönemi, uzun süre “altın çağ” olarak övülmüş ve incelenmiş olsa da sadece kırk yıl sürmüştür. Bu kırk yıllık dönemde Roma kadınlarının hukuki, siyasi ve toplumsal durumlarında, özellikle yüksek statülü kadınları etkileyen bir dizi önemli değişiklik yaşanmıştır. Bu kadınlar hem ailelerinin temsilcileri hem de bazı durumlarda kadın cinsiyetinin temsilcileri olarak toplumsal alanda ön plana çıkmışlardır.⁶³

Bu döneme ait sıkça tartışılan bir kaynak olan, yaklaşık M.Ö. 5 yılına tarihlenen ve aristokrat bir kocanın ölen eşine cenaze törenlerinde hitap ettiği bir konuşmaya dayandığı anlaşılan, Turia’nın Övgüsü (*Laudatio Turiae*) olarak bilinen mezar yazıtı, böylesi kadınlara odaklanmanın önemini ortaya koymaktadır.⁶⁴

⁶² Vierula, s. 29.

⁶³ Hallett, Judith P.: “Women in Augustan Rome” in A Companion to Women in the Ancient World, (eds. James, Sharon L./Dillon, Sheila), Oxford 2012, s. 372.

⁶⁴ *Laudatio Turiae*, yaklaşık M.Ö. 5 yılına tarihlenir. Bir aristokrat kocanın ölen eşine yazdığı bir övgü metni olarak bilinmektedir. Kadının erdemleri, sadakati, evlilik içindeki rolü ve toplumsal statüsü hakkında değerli bilgiler içerir. Augustus dönemi Roma’ında kadınların idealize edilmiş rollerini anlamak açısından önemli bir yazıt olarak kabul edilir. Bu yazıt, Roma toplumunda kadınların nasıl temsil edildiğini ve Augustus’un ahlaki reformlarının kadınlara nasıl yansıdığını incelemek açısından önemli bir kaynak olarak görülmektedir. Lawrence, Thea: “The *Laudatio Turiae*: A Source for Roman Political and Social History”, Berkeley Undergraduate Journal of Classics, Vol.3, Issue 1, 2014, s. 1.

Metnin anlatıcısı, merhum kadını yalnızca ayrıcalıklı ailesinin bir temsilcisi olarak değil (kız kardeşiyle birlikte öldürülen ebeveynlerinin intikamını alarak ailelerinin toplumsal statüsünü ve mali durumunu yeniden kazanmalarını sağlamıştır), aynı zamanda kendi cinsiyetinin övgüye değer bir örneği olarak da tasvir eder. Onu, statü açısından benzer diğer evli kadınlarla ortak erdemleri paylaşan biri olarak tanımlar; ancak ahlaki mükemmeliyet konusundaki üstünlüğüyle onları geride bıraktığını vurgular.

Ayrıca, anlatıcı onun davranışlarını Augustus döneminin evlilik sadakati ve kadın doğurganlığına verdiği önem doğrultusunda değerlendirir. Örneğin, çocuk sahibi olamayacağını anladığında, kocasına boşanmasını ve kendisinin seçtiği, ona evlat verebilecek başka bir kadınla evlenmesini önerdiği aktarılır. Dahası, bu çocukları kendi çocukları olarak kabul edeceğine, ortak mal varlıkları üzerinde herhangi bir hak iddia etmeyeceğine ve kocasına bir kız kardeş ya da kayınvalide gibi bağlılık göstereceğine dair söz verdiği belirtilir⁶⁵.

Bu metin, özellikle kadınların toplumsal rolleri, ahlaki idealler ve siyasi çalkantılar hakkında önemli bilgiler sunduğu için tarihçiler açısından kıymetli bir epigrafik kaynak olarak kabul edilir. Metnin en dikkat çekici özelliklerinden biri, Augustus'un ahlaki reformlarının kadınlar üzerindeki etkisini göstermesi ve Roma toplumunda ideal kadın figürünün nasıl inşa edildiğini yansıtmasıdır⁶⁶.

Laudatio Turiae'de Turia, sadık, itaatkar, çalışkan ve ölçülü bir kadın olarak tasvir edilir. Bu erdemler, daha önce ifade edildiği üzere, Roma'da bir kadının taşıması gereken ideal nitelikler olarak görülmekteydi. Kocasından övülen özellikler arasında sadakat (*fides*), alçakgönüllülük (*verecundia*), fedakarlık ve aileye bağlılık (*pietas*) ön plandadır. Metinde, bu geleneksel kadın erdemleri vurgulanırken, Turia'nın erkeklere özgü görülen cesaret (*virtus*) ve akıl gücü (*firmitas animi*) gibi niteliklere de sahip olduğu belirtilmektedir. Bu durum, kadınların idealize edilmiş rolleri ile gerçek hayattaki etkinlikleri arasındaki paradoksu gösteren önemli bir noktadır⁶⁷.

Metnin en dikkat çekici bölümlerinden biri, Turia'nın çocuk sahibi olamaması nedeniyle kocasına başka bir kadınla evlenmesi için boşanma teklif etmesidir. Augustus döneminde evliliğin birincil amacı neslin devamı

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Riess**, Werner: "Rari exempli femina: Female Virtues on Roman Funerary Inscriptions" in *A Companion to Women in the Ancient World*, (eds. **James**, Sharon L./**Dillon**, Sheila), Oxford 2012, s. 491-501.

⁶⁶ **Lawrence**, s. 1-2.

⁶⁷ **Lawrence**, s. 6-8.

nı sağlamak olduğu için, doğurganlık kadınlar açısından büyük bir toplumsal baskı unsuruydu. Ancak, kocası Turia'nın bu teklifini reddetmiş ve ona bağlı kalmayı tercih etmiştir. Bu durum, kişisel bağlılık ve Augustus dönemi evlilik ideallerinin çatışmasını göstermektedir. Bu anlatı, bir yandan kadının fedakarlığını ve aileye bağlılığını idealize ederken, diğer yandan kadınların doğurganlık üzerinden tanımlandığı toplumsal yapıyı gözler önüne sermektedir⁶⁸.

Laudatio Turiae'nin dili, Augustus dönemi ahlaki ve politik propagandası ile uyumludur. Turia'nın kişisel hikayesi, Augustus'un toplumda oluşturmak istediği "ideal kadın" modeline uygundur: Sadık ve iffetli bir eş, ailesine ve devletine bağlı bir kadın, gerekirse kişisel mutluluğunu feda edebilen bir figür⁶⁹.

Sonuç olarak *Laudatio Turiae*, Roma'da kadınların idealize edilmiş rolleri ile gerçek hayattaki toplumsal etkileri arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Turia, hem geleneksel kadın erdemlerini hem de Roma toplumunda güçlü bir aktör olabilen bir kadının rolünü temsil etmektedir. Ancak, metnin bir kocanın bakış açısından yazılmış olması, kadının gerçek sesini duyma imkânını kısıtlamaktadır. Augustus dönemi ideolojik bağlamı, metnin tamamen tarafsız bir anlatı olmadığını da düşündürmektedir. Ancak yine de, *Laudatio Turiae* Roma'daki toplumsal cinsiyet normlarını anlamak için önemli bir kaynak olmaya devam etmektedir.

Augustus'un kendi yasaları ve Roma'nın yönetim yapıları ile uygulamalarında gerçekleştirdiği dönüşümler, *Principatus* dönemi boyunca kadınların hukuki, siyasi ve toplumsal konumlarında meydana gelen önemli değişimlerin başlıca sebepleri arasında sayılabilir. Augustus Roma toplumunun ahlaki durumuna ve aile yaşamına ilişkin hedeflerini üç temel yasal düzenleme ile ortaya koymuştur: Bekarlığı ve çocuksuzluğu yaptırımlara bağlayarak evlilikleri düzenleyen *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, o güne kadar aile mahkemelerinin yetkisine bırakılmış cinsel suçları, kamu suçu haline getirerek verilecek cezaları belirleyen ve yargılama yetkisini özel bir mahkemeye devreden *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* ve *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*'un kurallarını değiştiren *Lex Papia Poppaea* ile devletin bireyler üzerindeki hakimiyeti pekiştirilmeye çalışılmıştır⁷⁰.

⁶⁸ Lawrence, s. 10-11.

⁶⁹ Lawrence, s. 11.

⁷⁰ Tamer, Diler: Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*, İstanbul 2007, s. 18.

Bu yasalar arasında yer alan “*Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*”, evlilik dışı cinsel ilişkiye dair daha önce var olan cezalardan çok daha ağır yaptırımlar öngörmekteydi. Saygın bir özgür kadının, zina⁷¹ yapması ya da böyle bir kadının zina ortağı olması artık sadece özel bir aile meselesi olmaktan çıkıp kamusal alanda yargılanması gereken bir suç haline gelmişti. Bu yasayla birlikte, zina vakaları da özel bir mahkemede görülmeye başlanmıştır⁷².

Dahası, ilgili yasa, belirli koşullar altında babaların ve kocaların⁷³ zina yapan kadınları ve onların sevgililerini öldürmelerine izin vermektedir⁷⁴. En hafif yaptırım olarak ise, bir kocanın eşinin zina yaptığını açık kanıtlarla tespit etmesi durumunda onu boşamasını zorunlu kılmakta, aksi halde bu suçu örtbas ettiği gerekçesiyle “fuhuş aracılığı” (*lenocinium*) ile suçlanabileceğini belirtmekteydi. Zina yapan erkek ve kadınlar, belirli adalara sürgün edilerek cezalandırılmakta, ayrıca mal varlıklarının ve çeyizlerinin bir kısmına devlet tarafından el konulmaktaydı⁷⁵.

Bu yasalar, kadınların evlilik seçeneklerini de önemli ölçüde kısıtlamaktaydı. *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*⁷⁶ ile Roma senatörleri ve onların doğrudan soyundan gelenler için azat edilmiş kölelerle evlenmek yasaklanmıştı. Aynı şekilde, sahne sanatları gibi itibarsız mesleklere mensup kişi-

⁷¹ Zina terimi Roma’da günümüzde olduğundan daha geniş bir anlamda kullanılmış, dar anlamda zina (*adulterium*) sayılmayan başka cinsel suçlar da bu kanun ile cezalandırılmıştır. Bu kanunda *adulterium* ve *stuprum* olmak üzere iki farklı durum söz konusuydu. *Adulterium* evli bir kadının kocasından başka bir kişi ile ilişkiye girmesi hali iken, *stuprum* evlenmemiş veya dul kalmış bir kadının ilişkisi ile ilgiliydi. **Tamer**, s. 173 vd. Augustus Dönemi ve Kanunları hakkında bkz. **Özbay**, Ümit Vefa: “Augustus Dönemine ve Augustus Kanunlarına Genel Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 172, 2024, s. 227-262.

⁷² **Hallett**, s. 373.

⁷³ Kocanın yasaya göre kural olarak karısını öldürme hakkı olmamakla birlikte, koca suçüstü yakalama halinde sadece kadının suç ortağını öldürebilirdi. **Gaudemet**, Jean: “Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu”, (çev. **Tahiroğlu**, Bülent), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 6, S.9, 1972, s. 215.

⁷⁴ Babanın kızını öldürebilmesi için: 1-Baba *paterfamilias* olmalı ve kızı öldürme anında *potestas*’ı altında olmalıdır; 2- Baba kızını suçüstü yakalamış olmalıdır; 3-Suçüstü hali önceden bilinmeyen ve sürpriz olarak karşılaşılan bir durum olmalıdır; 4- Zina ya babanın ya da kocanın evinde işlenmiş olmalıdır; 5-Baba tepkisini hemen ortaya koymuş ve ertelemeksizin kızı öldürmüş olmalıdır; 6-Kızını ve aşığını aynı anda öldürmüş olmalıdır. **Tamer**, s. 139.

⁷⁵ **Hallett**, s. 373.

⁷⁶ *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* evliliği ciddi şekilde teşvik eden, bekarlığı da son derece caydırıcı bir durum haline getiren fazlasıyla zorlayıcı bir kanundu. Söz konusu kanun üremeyi artırma hedefiyle aynı sosyal statüde bulunan insanlar arasında evliliği teşvik ediyordu. **Özbay**, s. 241.

lerle evlenmek de serbest doğan yurttaşlar için yasaklanmıştı. Bunun yanı sıra, zina suçundan hüküm giymiş bir kadınla evlenmek de yasalar tarafından engellenmişti. Bu düzenlemeler sonucunda, yalnızca yüksek ahlaki değerlere sahip ve Roma'nın en üst toplumsal sınıflarından gelen kadınlar, aynı derecede yüksek sosyal statüye sahip erkeklerle evlenmeye uygun görülmekteydi⁷⁷.

Buna ek olarak, Augustus'un yasaları, doğurgan kadınları teşvik eden ödüller de sunmaktaydı. Üç çocuk doğuran özgür doğan kadınlar ile dört çocuk doğuran azatlı kadınlar, Roma Hukukunun en başından beri tüm kadınlar ve reşit olmayan çocuklar için zorunlu kıldığı erkek vesayetinden (*tutela*) muaf tutuluyordu⁷⁸.

Bu yasalar, Augustus dönemi Roma'sındaki kadınlara ve erkeklere cinsel ahlak, evlilik ve üreme konularında kültürel beklentileri net bir şekilde ortaya koymaktaydı. Evlilik yapmamış kadınların cinsel namuslarına (*pudicitia*) titizlikle sahip çıkmaları, evli kadınların ise, mutlak sadakat göstermeleri zorunlu hale getirilmişti. Ayrıca, kadınlar çok sayıda çocuk doğurmaları için ciddi bir toplumsal baskı altına alınmıştı. Bununla birlikte, bu yasalar yalnızca kadınlara değil, üst sınıftaki erkeklere de kendi toplumsal sınıflarına uygun kadınlarla evlenmeleri konusunda baskı yapmaktaydı.

Augustus'un bu yasaları yürürlüğe koyma motivasyonları farklı şekillerde yorumlanmaktadır. M.Ö. 17 yılında, Roma'nın Beşinci Yüzyıl Şenlikleri (*Ludi Saeculares*) festivalini kamuoyunda büyük bir törenle kutlanmıştır. Bu etkinlikler, yeni bir çağ (*saeculum*) onuruna düzenlenen gösterilerdi ve şair Horatius, bu vesileyle Yüzyıl Şarkısı (*Carmen Saeculare*) adlı bir festival marşı bestelemişti. Bu ilahide, koroda yer alan kız ve erkek çocukların cinsel saflığına yapılan vurgu, doğurganlık ve evliliğin teşvik edilmesi, tarihçilerin bu yasa grubunu ahlaki bir yeniden yapılandırma aracı olarak yorumlamasına yol açmıştır. Pek çok araştırmacıya göre, Augustus bu yasalar aracılığıyla Roma'nın ahlaki değerlerini güçlendirmeyi ve toplumda geleneksel cinsiyet rollerini pekiştirmeyi amaçlamıştır⁷⁹.

⁷⁷ Hallett, s. 373.

⁷⁸ Tilson, Elizabeth Claire: Augustus and Law Making, Edinburgh 1986, s. 63.

⁷⁹ Hallett, s. 374. *Carmen Saeculare*'de, Palatinus tepesindeki Apollon tapınağına kabile halinde giden genç kız ve erkeklerden kurulu iki koro tarafından söylenecek bir tür dinsel şarkıydı. *Carmen Saeculare*'de Augustus reformlarından övgüyle söz edilmektedir. Şair tanrıçadan güçlü yeni nesiller için, kadınları evlerine bağlayan evlilik yasasının buyruklarının yaptırıcı hale gelmesini diler. Böyle bir konunun gerçekte yasa ile düzenlemeyeceğine inanan Horatius'un, yasanın etkinliği için umutsuz biçimde tanrıçadan yardım dilediği hissedilmektedir. Tamer, s. 36.

Augustus, Roma'yı temsili ve cumhuriyetçi bir yönetim biçiminden kalıtsal bir monarşiye dönüştürerek siyasi kontrolünü sağlamlaştırdı. Ancak, *Res Gestae Divi Augusti*⁸⁰'de, M.Ö. 28-27 yıllarında eski Roma Cumhuriyeti'ni yeniden tesis ettiğini iddia etmiştir. Siyasi gücün kalıcı olarak Augustus'un hanedanı içinde yoğunlaşması, yalnızca erkeklere değil, hanedana mensup kadınlara da daha fazla görünürlük ve nüfuz kazandırdı. Böylece hanedan temelli siyasi düzenlemelerde, erkeklerin kadınlarla olan bağları, doğum yoluyla veya evlilik aracılığıyla, siyasi yükselişlerini ve güçlü mevkilere geçişlerini belirleyen en önemli unsurlardan biri haline gelmiştir. Nitekim, Augustus'un kendi erkek varisini belirleme ve onu siyasi mirasına hazırlama çabaları, kadınlar üzerinden kurulan bu bağlantıların onun gözünde ne kadar değerli olduğunu açıkça göstermektedir⁸¹.

Augustus yönetimi altında Roma'nın kalıtsal bir monarşiye dönüşmesi, yalnızca hükümdar ailesindeki kadınların gücünü artırmakla kalmamış, aynı zamanda onların kamuoyundaki görünürlüğünü de artırmıştır. Bu dönüşümün bir diğer önemli sonucu, anne tarafından soy bağının babadan gelen soy kadar önemli hale gelmesi olmuştur. Bu dönemde, güçlü erkek figürlerle anneleri aracılığıyla bağlantılı olan çocukların, babalarının soyadını taşımak yerine annelerinin babalarının (büyükbabalarının) adını almaya başlaması dikkat çekici bir gelişmedir. Augustus'un kendi hanesi, bu sosyal ve kültürel değişimi yansıtan önemli bir örnektir. Augustus hanesiyle bağlantılı diğer aristokrat kadınlara dair çeşitli edebi temsiller de dikkatle incelenmeye değerdir. Bu tarihsel figürler arasında en öne çıkan kişi, Augustus'un tek çocuğu ve kızı Iulia'dır. Iulia'nın babası tarafından daha önce siyasi varis olarak seçilen üç farklı erkekle evlendirildiğini ve ikinci evliliğinden, Marcus

⁸⁰ Augustus kendi kişisel başarılarını anlattığı, otobiyografi niteliğindeki *Res Gestae*'yi Plutharkhos'tan öğrenilmektedir. İlk üçü kayıp olan belgelerden dördüncüsü, Ankara'da Augustus Tapınağı'nda tunçtan levhalar üzerine yazılmış olarak bulunmaktadır (*monumentum Ancyranum*-Ankara Anıtı). **Tamer**, s. 27.

⁸¹ Bir erkek evlada sahip olmayan Augustus, kendisine halef olarak seçtiği kişileri ailesindeki kadın akrabaları aracılığıyla belirledi ve yetiştirdi. İlk olarak, kız kardeşi Octavia'nın oğlu Marcellus'u siyasi varisi olarak görmüştü. Ancak Marcellus'un zamansız ölümü üzerine, bu kez kızı Julia'nın büyük oğulları Gaius ve Lucius Caesar'ı varis olarak konumlandırdı. Ne var ki, bu iki isim de genç yaşta hayatlarını kaybedince, nihayetinde üçüncü eşi Livia'nın oğlu Tiberius'u kendi yerine geçecek isim olarak belirledi. Buna ek olarak, Augustus kan bağı bulunmayan ancak uzun yıllar boyunca siyasi ve askeri anlamda güvendiği yakın dostu Marcus Vipsanius Agrippa'ya da önemli roller verdi. Ancak, onunla olan bağlarını daha da güçlendirmek için, kızı Julia'yı Agrippa ile evlendirdi. Daha önce Julia'yı Marcellus ile evlendirmiş olan Augustus, Agrippa'nın ölümü üzerine onu üvey kardeşi Tiberius ile evlendirdi. **Hallett**, s. 374.

Vipsanius Agrippa ile olan birlikteliğinden doğan çocuklarının baba soyadını değil, anne soyunu vurgulayan isimler alarak, Augustus'un hanedan kimliğini sürdürme politikasına doğrudan hizmet ettiği görülmektedir⁸².

Iulia'nın üçüncü eşi Tiberius ile evliyken ancak ondan fiilen ayrılmış olduğu dönemdeki davranışlarına dair kaynaklar, Augustus'un ahlak ve evlilikle ilgili yasalarının gerçek etkilerini ve bu yasaların taşıdığı ideolojik mesajları değerlendirmek açısından önemli bir bakış açısı sunmaktadır. Geç Antik Çağ yazarı Macrobius, *Saturnalia* 2.5.1-10'da Iulia'nın açık sözlü, kışkırtıcı ve sıklıkla cinsel sınırları aşan davranışlarıyla ünlü olduğunu aktarmaktadır. Hatta, çocuklarının babasının (Marcus Vipsanius Agrippa) yaşlı bir adam olmasına rağmen ona benzediğini, çünkü ancak hamile kaldıktan sonra sevgililer edindiğini şakayla dile getirdiğini yazmaktadır. Ancak Agrippa, Augustus'un M.Ö. 2 yılında Iulia'yı zina nedeniyle sürgüne göndermesinden on yıl önce ölmüştü. Bu da, Augustus'un kızının evlilik dışı ilişkileri hakkında uzun süre bilgi sahibi olduğu, ancak bunu yalnızca Iulia'nın Marcus Antonius'un oğlu Iullus Antonius ile ilişki yaşadığı ve babasına karşı bir siyasi komploya karıştığı şüphesi doğduğunda cezalandırdığı ihtimalini güçlendirmektedir⁸³.

Augustus dönemi şairlerinden Propertius, *Elegies* 4.11 adlı şiirinde, M.Ö. 16 yılında vefat eden Cornelia'yı anmaktadır. Cornelia, Büyük Iulia'nın üvey kız kardeşi ve Augustus'un üvey kızıydı⁸⁴. Propertius, onu

⁸² Hallett, s. 375.

⁸³ Hallett, s. 376.

⁸⁴ Hukukun gelenekler ve toplumsal kurallar çerçevesinde dinamik ve değişken bir yapıya sahip olduğu anlayışı, Augustus'un çıkardığı üç çocuk sahibi olmaya ilişkin (*ius trium liberorum*) somut yasal düzenlemelerle karşılaştığında belirli sınırlarla şekillenir. Cornelia'nın örnek figür (*exemplum*) olarak statüsünün temel noktalarından biri de, Augustus'un evlilik yasalarıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu yasalar, hukuku hem yazılı bir kural olarak hem de toplum içinde yaşanan bir norm olarak (toplumsal beklentiler) bir araya getiren özel bir örnektir. Hukuk tarihinde çığır açan bu yasalar, özellikle biyopolitikaya doğrudan müdahale etmeleriyle dikkat çekmektedir. Diğer bir ifade ile bireylerin özel hayatlarını, evliliklerini ve üreme pratiklerini yasal çerçevede şekillendirmeye çalışmıştır. Augustus'un, ailesinin en azından bir kadın üyesinin, üstelik eski üvey kızı Cornelia'nın, kendi koyduğu yasal standartlara tam olarak uyduğunu görmekten büyük memnuniyet duyduğu tahmin edilebilir. Sonunda, bir kadın, Augustus'un belirlediği anlatı kalıbına mükemmel şekilde uymuş ve hayatın beklenmedik olayları bu anlatıyı değiştirme fırsatı bulamadan vefat etmiştir. Cornelia, yaşarken Augustus'un biyopolitik yasalarını eksiksiz bir şekilde yerine getiren, ölümünden sonra ise, bu yasaların ideal bir örneği olarak anlatıya dönüştürülebilecek mükemmel bir adaydır. Lowrie, Michèle: "Cornelia's Exemplum, Form and Ideology in Propertius 4.11" in *Latin Elegy and Narratology: Fragments of Story* (eds. Genevieve, Lively/Mitchell, Patricia Salzman), Ohio 2008, s. 176.

tam da Augustus'un yasalarıyla teşvik ettiği elit kadınlara yönelik ahlak ve evlilik standartlarının ideal bir temsilcisi olarak betimlemektedir. Şiirde, yeni ölmüş olan Cornelia, öte dünyada yargıç konumundaki tanrılara dünya üzerindeki yaşamını nasıl geçirdiğini açıklamaya çalışmaktadır. Hayattayken elde ettiği başarıları sıralarken, ilk olarak ailesinin erkek üyelerinin askeri başarılarını vurgular. Ancak daha sonra, kendi bireysel rollerini öne çıkarır. Bunun yanı sıra, Cornelia özellikle “*univira*” (hayatı boyunca yalnızca bir kez evlenmiş kadın) olarak gösterdiği ahlaki mükemmellikle gurur duymaktadır. Bu özelliği sayesinde, annesiz kalan kızına ideal bir rol model sunduğunu ifade etmektedir⁸⁵.

Augustus'un ahlak ve evlilikle ilgili yasalarının hemen öncesinde eser veren aristokrat kadın şair Sulpicia'ya ait on bir aşk şiiri (Tib. 3.9, 11, 13-18) elit bir kadının Augustus dönemi Roma'sındaki toplumsal ve kültürel ortamına dair bakış açısını sunması bakımından dikkate değerdir. Propertius'un Cornelia'sı gibi, Sulpicia da soylu soy ağacıyla ve ona bu prestiji kazandıran erkek akrabalarıyla övünmektedir. Şiirlerinde, hem M.Ö. 51'de *consul* olan ünlü hukukçu babası Servius Sulpicius Rufus'a, hem de M.Ö. 31'de *consul* olmuş, aynı zamanda edebiyat ve sanat hamiliğiyle tanınan amcası ve vasisi Marcus Valerius Messalla Corvinus'a atıfta bulunmaktadır⁸⁶.

Augustus döneminde kadınları etkileyen konular, bu dönemin edebi metinlerinde daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmış, desteklenmiş ya da tartışılmıştır. Özellikle, Augustus'un imparatorluk ailesine mensup olmayan kadınları anlatan metinler, Roma'nın geçmişini yeniden şekillendirerek ya da farklı bir bakış açısıyla yeniden yazarak, kadınların davranışlarına dair dönemin toplumsal kaygılarını yansıtmak için bir arka plan olarak kullanılmıştır. Bu bağlamda, tarihçi Titius Livius'un *Ab Urbe Condita* adlı eserinde Roma'nın kuruluş yıllarına dair anlatıları oldukça önemli bir kaynak niteliğindedir. Titius Livius, M.Ö. 2. yüzyılın başlarından itibaren Roma'daki ahlaki çöküş ve bu çöküşte kadınların rolü üzerine yoğunlaşmıştır. Bu doğrultuda, bazı efsanevi kadınları, erdemli davranışları nedeniyle övmektedir. Ona göre erdem, evlilik dışı cinsel namusu korumayı, evlilik içinde ise, kesin bir sadakat göstermeyi ve Roma devletinin çıkarlarını kişisel bağlar ve duyguların önünde tutmayı gerektirir. Titius Livius'un erken Roma tarihine dair yazıları, Augustus'un ahlak ve evlilik yasalarını yürürlüğe koymasından

⁸⁵ **Hamilton JR**, Alexander: “Observations on the ‘Cornelia’Elegy”, *The Classical Quarterly*, Vol. 7, No. 3/4, Jul.-Oct. 1957, s. 134 vd.

⁸⁶ **Keith**, Alison: “Women in Augustan Literature” in *A Companion to Women in the Ancient World*, (eds. **James**, Sharon L./**Dillon**, Sheila), Oxford 2012, s. 392.

yıllar önce kaleme alınmıştır ve bu nedenle Augustus’un, Roma elitlerinin ahlaki değerleri ve evliliklerini devletin bir meselesi haline getirme kararını etkileyebileceği düşünülmektedir. Ayrıca, Titus Livius yazılarında önceki nesillere ait tarihçilerin anlatılarına dayansa da, eserine kurgusal unsurların yoğun şekilde nüfuz ettiği görülmektedir⁸⁷.

Titus Livius’un kitaplarında zina ile ilgili pek çok örnek bulunmaktadır. Ancak bunlar yaşanmış olaylar değildir. Virginia hikayelerinde ve özellikle Lucretia’da 1.58 idealize edilmiş bir iffet tanımı yapan Livius, Pön savaşlarının son bulmasıyla başlayan ahlaki çöküş sürecini anlatmış, Augustus’un çabalarının, Roma toplumuna gizlice musallat olan çürüme ve ahlaksızlığa karşı boş bir protesto olduğunu da vurgulamıştır⁸⁸.

Vergilius’un destanı *Aeneis* ise, yazarı M.Ö. 19’da öldüğünde hala tamamlanmamıştı. Eser, Roma’nın efsanevi kuruluş döneminde geçer ve büyük ölçüde kurgusal bir anlatıya sahiptir. Ancak, bu destan aynı zamanda Augustus döneminde kadınların cinsel ahlak ve siyasi olarak nasıl davranış sergilemesi gerektiği konusunda toplumsal kaygılara da değinmektedir⁸⁹.

Vergilius, Titus Livius’un yaptığı gibi okuyucularına itaatkar kız çocukları, sadık eşler ve doğurgan anneler olarak idealize edilmiş kadın figürleri sunmaz. Bunun sebebi, muhtemelen, bu tür kadınların Aeneas’ın annesi olan tanrıça Venüs ile kıyaslanmasını istememesidir. Venüs, anlatıda oğluna karşı güvenilmez ve hatta yanıltıcı bir karakter olarak tasvir edilir. Ayrıca, Vergilius, Lucretius ve Ovidius’un aksine, Venüs’ün savaş tanrısı Mars ile yasak ilişkisini ve bu nedenle kocası Vulcanus tarafından küçük düşürülmesini anlatmaz. Bunun yerine, *Aeneis*’in 8.370 ve devamında, Venüs ve Vulcanus’un sevgi dolu bir evlilik ilişkisi içinde olduklarını aktarır. Hatta

⁸⁷ İzzet, Vedia: “Etruscan Women: Towards a Reappraisal” in A Companion to Women in the Ancient World, (eds. James, Sharon L./Dillon, Sheila), Oxford 2012, s. 67 vd.; Henry, Madeleine M./James, Sharon L.: “Woman, City, State: Theories, Ideologies, and Concepts in the Archaic and Classical Periods” in A Companion to Women in the Ancient World, (eds. James, Sharon L./Dillon, Sheila), Oxford 2012, s. 90 vd.; Keith, s. 395 vd.

⁸⁸ Tamer, s. 29.

⁸⁹ Keith, s. 393. Vergilius, Augustus hakkında bir destan yazacağını söylemekle birlikte, büyük destanı Aeneis’te Latin ve Yunan kaynaklı söylencelerden yararlanarak, soyunun en uzak atası olan Aeneas’ı anlatmıştı. Ancak destanda kehanetlere yer vererek, Aeneas’ın ardından gelecek olanlardan birinin başının göğe ereceğini ve dünyaya barışın geleceğini, büyük Roma İmparator’u Augustus’un Roma’nın altın çağını getireceğini de müjdeledi. Ahlak düşüncesini de Augustus ile harmanlayan Vergilius evlilik kurumunu açıkça desteklemişti. Tamer, s. 32.

Vulcanus ve yardımcıları, Venüs'ün Aeneas için özel zırh yapma talebini hemen yerine getirirler⁹⁰.

Vergilius *Aeneis*'te en önemli kadın karakterlerinden biri olan Kartaca Kraliçesi Dido'yu, Aeneas ile Roma Hukukuna göre uygun olmayan bir evlilik bağı ile cinsel ilişkiye girerken tasvir eder. Üstelik, Dido'nun bu ilişkiye ilahi bir zorlamayla sürüklendiği de vurgulanır. Ancak bu tür bir davranış, Titius Livius'un eserlerinde açıkça onaylanmış olan ahlak ve evlilik normlarına ciddi şekilde aykırıdır ve daha sonra Augustus'un yasalarıyla resmi olarak düzenlenmiştir. Ancak Vergilius bu tür bir ilişkiyi sonuçları itibarıyla ele alır ve Dido'nun bundan büyük zarar gördüğünü gösterir. Aeneas tarafından terk edilen Dido, duygusal olarak mahvolur, itibarı ve şehrinin güvenliği konusunda endişeye kapılır ve nihayetinde intihar eder. Bunun yanı sıra, Vergilius yalnızca perişan haldeki Dido'yu değil, aynı zamanda duygularına hakim olamayan ve bu yüzden toplumsal düzeni tehdit eden diğer kadınları da anlayışla ele alır. Bu kadınlar arasında, Latin Kraliçesi Amata, Aeneas'ın yanında bulunan ve kontrolsüz davranışlarıyla dikkat çeken Truvalı kadınlar, özellikle de öldürülen Truvalı savaşçı Euryalus'un annesi yer alır. Ancak yine de, Vergilius bu kadınları toplumsal açıdan sorunlu figürler olarak betimler. Onları, çılgınlık, taşkınlık (*furor*) ile baş edemeyen, dolayısıyla siyasi ve kültürel istikrarı tehdit eden bireyler olarak tasvir eder. Tıpkı Titius Livius'un ahlaken yozlaşmış Tullia tasvirinde olduğu gibi, Vergilius da bu anlatıları güçlü bir ideolojik mesaj vermek için kullanır: Kadınların kontrol altına alınması gerektiği fikrini desteklemek ve pekiştirmek⁹¹.

İç savaş sırasında yaşamış olan şair Propertius (M.Ö. 50-M.Ö.15), Cynthia ile yaşadığı gerçek ilişkiyi anlattığı şiirleri ile çağının kadınlarının resmini çizmiştir. M.Ö. 23'ten önce yazdığı bir şiirinde, Cynthia'ya yasal

⁹⁰ Hallett, s. 380.

⁹¹ Keith, s. 393. Ancak, Augustus dönemi Roma edebiyatında bazı yazarlar, Augustus'un ahlak ve evlilik yasalarının kadınlardan beklediği davranış biçimlerine dair mesajlara karşı çıkar. Bu mesajlar, Titius Livius'un tarih anlatılarında desteklenmiş ve Vergilius'un ulusal destanında pekiştirilmiştir. Bu yazarlar, eserlerinde Roma'nın mitolojik geçmişini değil, kendi yaşadıkları dönemin Roma'sını konu alır. Roma toplumunu yeniden şekillendirerek, dramatik ve hatta erotik bir bakış açısıyla sunarlar. Üstelik, anlatılarında kendilerini ve aşk ilişkisi yaşadıkları kadınları merkeze koyarak edebi bir dünya kurarlar. Bu edebi yaklaşım, Tibullus, Propertius, Ovidius ve Sulpicia gibi aşk şiiri yazan şairler tarafından devam ettirilmiştir. Onlar, Cumhuriyet Dönemi sonu şairi Catullus'un başlattığı edebi geleneği sürdürerek, yaşadıkları dönemin Roma'sını anlatıyor gibi görünse de, aslında büyük ölçüde kurgusal bir dünya yaratmışlardır. Hallett, s. 380.

düzenlemelere karşı direnmeyi önermişti⁹². Propertius, sevgilisi Cynthia’nın hukuki statüsüne dair kesin bir bilgi vermez. Şiirlerinde ona hitap ettiği “Cynthia” ismi, gerçek adı yerine kullandığı bir takma addır ve muhtemelen şairin şiirlerinde kullanmak için seçtiği, ölçü ve ritme uygun bir isimdir. Ayrıca, bu isim onu, şairlerin ilham kaynağı olan tanrı Apollo’ya adanmış bir mekanla ilişkilendirmektedir. Propertius’un Cynthia’yı konu alan elegyalarından (Antik Roma ve Yunan edebiyatında duygusal, melankolik veya aşk temalı şiirler) anlaşıldığı kadarıyla, onun statüsü belirsizdir: Bir azatlı kadın olup Propertius’tan çok daha düşük bir toplumsal sınıfa mensup olabilir. Evli bir kadın ve dolayısıyla başka bir erkeğin eşi olabilir. Ya da bu şiirde olduğu gibi, Propertius’la aynı sosyal statüye sahip biriyle evlenebilecek durumda olmasına rağmen hala bekar olabilir. Ancak Propertius’un açıkça belirttiği bir şey vardır: İlişkileri, geleneksel bir Roma evliliğinden tamamen farklıdır. Ne Propertius ne de Cynthia, tutkulu ve sanatsal bağlarını, toplumsal olarak saygın ve hukuken kabul gören bir evlilikle değiştirmeye niyetlidir⁹³.

Propertius’un İkinci Elegya Kitabı, genellikle M.Ö. 20’lerin ortalarına tarihlendirilir. Bu durumda, Propertius 2.7, tıpkı Titius Livius’un tarih anlatıları ve Vergilius’un *Aeneis*’i gibi, Augustus’un ahlaki ve evlilik yasalarından birkaç yıl önce yazılmıştır. Ancak Livy ve Vergilius gibi, Propertius da bu şiirinde, bu yasalar yürürlüğe girmeden önce bile Roma’nın elit çevrelerinde kadınların toplumsal cinsiyet rolleri konusunda ciddi tartışmaların yaşandığını ortaya koymaktadır. Hatta Propertius, Augustus’un bu tür kısıtlamaları yasalaştırmaya çalıştığını, ancak en azından ilk girişimlerinden birinin başarısız olduğunu ima eder. Öte yandan, hem Propertius 2.7 hem de Augustus dönemi aşk şiirleri, Roma toplumunun kadınlara biçtiği geleneksel roller ve ahlaki kurallara meydan okunduğunu gösterir. Bu şiirler, kadınların nasıl yaşaması ve davranması gerektiğine dair toplumun dayattığı düşüncelere karşı popüler ve ısrarcı bir direnişin varlığına da işaret etmektedir⁹⁴.

Augustus dönemi, aşk şiirlerinde anlatılan kadınlarla, efsanevi geçmişin kadın karakterleri arasındaki sınırları belirsizleştirmekte ve bu şiirlerin ger-

⁹² Tamer, s. 34-35.

⁹³ Keith, s. 390.

⁹⁴ Hallett, s. 382. Bir aşık olarak Propertius, kadınların erkekleri ele geçirmelerine yönelik tavırlara karşı bir tutum sergiledi. “Süssüz güzelliği” tercih ettiğini söylerken, bunu erkek zevkine yönelik bir inança değil, Cynthia’nın başka erkekleri cezbetmek amacı ile süslenmesine karşı duyduğu kıskançlıkla yapmıştı. Propertius son şiirinde Paulus Aemilius Lepidus’un asil karısı Cornelia’yı mezarından konuşturarak, ideal kadının görevlerini anlattırır. Tamer, s. 35.

çek Roma kadınlarını yansıtmaya kapasitesine dair şüpheleri artırmaktadır. Bu nedenle bazı akademisyenler, Augustus dönemi aşk şiirlerinde yer alan kadın figürlerini “yazılmış kadınlar” olarak adlandırır. Bu bakış açısına göre, bu kadınlar tamamen şairin hayal gücünün ürünü olup, gerçek hayattaki kadınlarla doğrudan bir bağlantıya sahip değildir. Sonuç olarak, eğer Augustus dönemi aşk şairleri okurlarına “kurgusal kadın karakterler” sunuyorsa, aynı durum tarihi kaynaklarda anlatılan kadın figürleri için de geçerlidir. Augustus’un ailesindeki kadınlar hakkındaki anlatılar da, tıpkı Propertius’un Cynthia’sı gibi büyük ölçüde abartılmış ve kurgusal unsurlar içeren portrelerdir⁹⁵.

Sonuç olarak, Augustus’un yasaları ve çeşitli ideolojik amaçlarla yazılmış metinlerde sunulan “kadınlar için uygun davranış” tanımları, aslında toplumda gerçekten benimsenen kurallar değil, benimsenmesi beklenen kurallar niteliğindedir. Augustus’un kendi kızı Iulia ve torunu Agrippina hakkındaki anlatılardan ve Sulpicia’nın aşk şiirlerinden görüldüğü gibi, bazı Romalılar bu kurallara açıkça meydan okumuş ya da bunları görmezden gelmiştir. Bunun en çarpıcı örneklerinden biri, bizzat Augustus’un kendisidir. Kızının evlilik dışı ilişkilerini uzun yıllar boyunca görmezden gelmiş, ancak bu durum Roma yönetimi ve hatta kendi güvenliği için tehdit oluşturduğunda harekete geçmiştir. Ancak, bu tür bir başkaldırının da kaçınılmaz sonuçları olmuştur. Örneğin, Sulpicia’nın cesur ve kurallara aykırı aşk şiirleri, Augustus’un ahlak ve evlilik yasalarını yürürlüğe koyduğu dönemde sona ermiştir. Aynı şekilde, Titius Livius’un *Bacchanalia* skandalını anlatan tarihi metni, bu yasaların yürürlüğe girdiği dönemde kaleme alınmış olup, Sulpicia’nın şiirlerine ve yaşam tarzına üstü kapalı bir eleştiri içeriyor gibi görünmektedir⁹⁶.

SONUÇ

Antik Roma toplumu, patriyarkal yapısıyla bireylerin toplumsal konumlarını ve rollerini cinsiyet temelinde belirlemiş, kadınları kamusal alandan dışlayarak onlara özel alanı uygun görmüştür. Bu bağlamda, Roma’daki kadınların toplumsal statüsü, erdem kavramı çerçevesinde şekillendirilmiş, kadınlar çoğunlukla iffetin (*pudicitia*), sadakatin (*fides*), aileye bağlılığın, dindarlığın (*pietas*) ve ev içi sorumluluğun (*lanificium*) taşıyıcıları olarak konumlandırılmıştır. Erdem, erkekler için kamusal ve askeri cesaret ile öz-

⁹⁵ Hallett, s. 383 vd.

⁹⁶ Keith, s. 398; Hallett, s. 384.

deşleşmişken, *virtus* kadınlar için ailevi sorumluluk ve ahlaki saflıkla ilişkilendirilmiştir.

Antik metinler ve hukuki düzenlemeler incelendiğinde, kadınların erdem anlayışının erkeklerinkinden farklı bir çerçeveye oturtulduğu görülmektedir. Cicero, Seneca ve Titius Livius gibi yazarlar, kadınların erdemli kabul edilebilmesi için belirli toplumsal normlara sıkı sıkıya bağlı olmaları gerektiğini vurgulamışlardır. Seneca’nın yazılarında, kadınlar ancak “erkeklerin sahip olduğu” *virtus*’a benzer bir erdem anlayışını benimsediklerinde övülmüş, aksi takdirde “doğalarına uygun” olan duygusal kırılganlık ve zayıflıkla tanımlanmışlardır. Bu bağlamda, kadınların toplumsal cinsiyet rollerine bağlılığı, Roma siyasal ve kültürel kimliğiyle bütünleşmiş bir ideolojik yapının parçası olmuştur.

Öte yandan, Roma kadınlarının bireysel ve toplumsal yaşamlarındaki rolleri, statülerine göre değişkenlik göstermiştir. *Matrona* unvanına sahip evli kadınlar, ailenin ve erdemın taşıyıcıları olarak idealize edilirken, özgür doğmamış kadınlar, dul kadınlar ya da evlilik dışı ilişkilerde bulunan kadınlar farklı yasal düzenlemeler ve toplumsal yaptırımlarla karşılaşmıştır. Augustus’un evlilik ve aileye dair yasaları (*Lex Iulia de maritandis ordinibus* ve *Lex Iulia de adulteriis coercendis*) kadınların bireysel özerkliklerini sınırlandırarak, onların yalnızca doğurganlık ve evlilik bağlamında değer görmesini pekiştirmiştir.

Bu çalışma, Roma’da kadınların erdem anlayışının, toplumsal cinsiyet perspektifinden nasıl şekillendirildiğini ve bu anlayışın felsefi, edebi eserler ve hukuki düzenlemeler aracılığıyla nasıl pekiştirildiğini ortaya koymuştur. Roma toplumunda erdem, cinsiyet temelli bir kategori olarak değerlendirilmiş, kadınlar ancak belirli koşullar altında “erdemli” olarak kabul edilmiştir. Kadınlara dair bu yaklaşımlar, Roma’nın yalnızca hukuki ve siyasal yapısının değil, aynı zamanda toplumsal normlarının da erkek egemen bir düzen üzerine inşa edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla, Antik Roma’da kadınların erdem anlayışı, modern toplumsal cinsiyet teorileri bağlamında değerlendirildiğinde, onların bireysel öznelliklerinden çok, toplumsal düzenin sürdürülebilirliği için kurgulanmış bir ideolojik çerçeveye oturtulduğu anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Behrent**, Megan: “The personal and the political, Literature and feminism”, *International Socialist Review*, Issue 92, <https://isreview.org/issue/92/personal-and-political/index.html>, (ErişimTarihi: 02. 02.2025)
- Cicero**, Marcus Tullius: *Pro Sexto Roscio Amerino Oratio ad Judices*, With An Introduction and Notes, edited, after Karl Halm, (ed. **Halm**, Donkin) London 1897.
- De la Bédoyère**, Guy: *Domina: The Women Who Made Imperial Rome*, Yale 2018.
- Dikyol Çığır**, Derya/**Şar İşbilen**, Evren: “Antik Roma Toplumunda Kadın ve Eğitimi”, *Kutadgubilig Felsefe-Bilim Araştırmaları*, Mart 2018, Sayı 37, s. 459-479.
- Dixon**, Suzanne: *The Roman Mother (Routledge Revivals)*, London 2014.
- Doğancı**, Kamil/**Kocakuşak**, Fulya: “Eski Roma Ailesinde ‘Paterfamilias’ ve ‘Patria Potestas’ Kavramları”, *U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 16, Sayı 27, 2014/2, s. 233-250.
- Fejfer**, Jane: *Roman Potraits in Context*, Walter de Gruyter, Berlin 2008.
- Flannery**, W. Harry: “Roman Women and the Vote”, *The Classical Journal*, Nov.1920, Vol. 16, No. 2, s. 103-107.
- Gagé**, Jean: *Matronalia.Essai sur les dévotions et les organisations cultuelles des femmes dans l’ancienne Rome*, Bruxelles 1963.
- Gaudemet**, Jean: “Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu”, (çev. **Tahiroğlu**, Bülent), *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 6, S.9, 1972, s. 205-230.
- Gordon**, Pamela: *The Invention and Gendering of Epicurus*, The University of Michigan Press, 2012.
- Gönenç**, Fulya İlçin: *Roma Hukukunda Kadın*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Gözlü**, Ahmet/**Yılmazcan**, Defne: “Paternalizm ve Antik Roma’da Baba Figürü”, *KAREFAD, ÇKÜ Edebiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, Ekim 2020, s. 232-244.
- Gunhild**, Vidén: *Women in Roman Literature: Attitudes of Authors Under Early Empire*, Göteborg 1993.

- Hallett**, Judith P.: "Women in Augustan Rome" in *A Companion to Women in the Ancient World*, (eds. **James**, Sharon L./**Dillon**, Sheila), Oxford 2012, s. 372-384.
- Hamilton JR**, Alexander: "Observations on the 'Cornelia' Elegy", *The Classical Quarterly*, Vol. 7, No. 3/4, Jul.-Oct. 1957, s. 134-138.
- Henry**, Madeleine M./**James**, Sharon L.: "Woman, City, State: Theories, Ideologies, and Concepts in the Archaic and Classical Periods" in *A Companion to Women in the Ancient World*, (eds. **James**, Sharon L./**Dillon**, Sheila), Oxford 2012, s. 84-95.
- İpek**, Nurcan: "Roma Yazınında ve Hukukunda, Roma'nın Temel Erdemlerinden Biri: Pietas", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 27, S. 1, Haziran 2021, s. 566-592.
- İzzet**, Vedia: "Etruscan Women: Towards a Reappraisal" in *A Companion to Women in the Ancient World*, (eds. **James**, Sharon L./**Dillon**, Sheila), Oxford 2012, s. 66-77.
- Joseph**, Kathryn: *Pudicitia: The Construction and Application of Female Morality in the Roman Republic and Early Empire*, Master's Thesis, Master of Arts in Ancient Greek and Roman Studies, Massachusetts 2018.
- Kalaycıoğulları**, Serap: "Klasik Dönem Yunan ve Roma Yazınında Penelope: Homeros'tan Ovidius'a Penelope Betimi ve Heroides", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 7, S.2, 2016, s. 95-111.
- Keith**, Alison: "Women in Augustan Literature" in *A Companion to Women in the Ancient World*, (eds. **James**, Sharon L./**Dillon**, Sheila), Oxford 2012, s. 385-399.
- Laconi**, Sonia: *Virtus: Studio Semantico e Religioso dalle Origini al Basso Impero*, Cagliari 1988.
- Laglands**, Rebecca: "A Woman's Influence on a Roman Text, Marcia and Seneca" in *Women's Influence on Classical Civilization* (Eds. **Marshall**, Eireann/**Mchardy**, Fiona), London 2004, s. 115-127.
- Lawrence**, Thea: "The Laudatio Turiae: A Source for Roman Political and Social History", *Berkeley Undergraduate Journal of Classics*, Vol.3, Issue 1, 2014, s. 1-11.
- Lightman**, Marjorie/**Zeisel**, William: "Univira: An Example of Continuity and Change in Roman Society", *Church History*, Vol. 46, No.1, 1977, s. 19-32.

- Livius**, Titus: Roma Tarihi, Ab Urbe Condita Şehrin Kuruluşundan İtibaren, (çev. Şenbark, Sabahat), İstanbul 1992.
- Loretto**, Franz: “Das Bild der Frau in Senecas philosophischen Schriften”, Ziva Antica, Vol. 27 (1977), s.119-128.
- Lowrie**, Michèle: “Cornelia’s Exemplum, Form and Ideology in Propertius 4.11” in Latin Elegy and Narratology: Fragments of Story (eds. Genevieve, Lively/Mitchell, Patricia Salzman), Ohio 2008, s. 165-179.
- Manning**, C. E.: “Seneca and the Stoics on the Equality of the Sexes”, (Equality), Mnemosyne, Fourth Series, Vol. 26, Fasc. 2 (1973), s. 170-177.
- Manning**, C. E.: On Seneca’s “Ad Marciam”, (Marciam), Mnemosyne, Supplementum, Vol. 69, Leiden 1981.
- McDonnell**, Myles Anthony: Roman Manliness: Virtus and The Roman Republic, Cambridge University Press, New York 2006.
- McGinn**, Thomas A. J.: Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome, Oxford 2003.
- Nussbaum**, Martha C.: “The Incomplete Feminism of Musonius Rufus, Platonist, Stoic, and Roman” in The Sleep of Reason: Erotic Experience and Sexual Ethics in Ancient Greece and Rome (eds. Nussbaum, Martha C./Sihvola, Juha), Chicago 2002, s. 283-326.
- Özbay**, Ümit Vefa: “Augustus Dönemine ve Augustus Kanunlarına Genel Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 172, 2024, s. 227-262.
- Reydams-Schils**, Gretchen: The Roman Stoics: Self, Responsibility, and Affection, Chicago 2005.
- Riess**, Werner: “Rari exempli femina: Female Virtues on Roman Funerary Inscriptions” in A Companion to Women in the Ancient World, (eds. James, Sharon L./Dillon, Sheila), Oxford 2012, s. 491-501.
- Saller**, Richard P.: “Pater Familias, Mater Familias, and the Gendered Semantics of the Roman Household”, Classical Philology, Vol. 94, No. 2 (Apr., 1999), s. 182-197.
- Sarıalioğlu**, Kenan (çev.): Seneca, Teselliler, Ankara 2021.
- Söğüt**, İpek Sevdâ: “Roma’nın Eski Hukuk Döneminde Kadın”, [Couch, John Andrew: “Woman in Early Roman Law”, Harvard Law Review, Vol. 39, 1894-1895, pp. 39-50], Prof.Dr. Ali Güzel’e Armağan, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 1491-1504, (Kadın).

- Söğüt**, İpek Sevdâ: “Toplumsal Cinsiyet Perspektifinden Antik Roma Ev Halkına Kısa Bir Bakış”, KHAS Hukuk Bülteni (eds. **Baysal**, Başak/**Arat**, Nilay) 2020-2021 Akademik Yılı Derlemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 309-325, (Toplumsal Cinsiyet).
- Tamer**, Diler: Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia de Adulteriis Coercendis, İstanbul 2007.
- Tilson**, Elizabeth Claire: Augustus and Law Making, Edinburgh 1986.
- Trillitzsch**, Winfried: Seneca im Literarischen Urteil der Antike (2 Bände) Darstellung und Sammlung der Zeugnisse, Amsterdam 1971.
- Tuomela**, Liisa: Virtues of Man, Woman-Or Human Being? An Intellectual Historical Study on the Views of the Later Stoics Seneca the Younger, Musonius Rufus, Epictetus, Hierocles and Marcus Aurelius on the Sameness of the Virtues of Man and Woman, Dissertation, University of Helsinki 2014.
- Vierule**, Sofia: Wicked Women of the Roman World, Women's Disability and Mental İllness in The Imperial Prose, Master's Thesis, University of Helsinki, 2022.
- Wilcox**, Amanda: “Exemplary Grief: Gender and Virtue in Seneca's Consolations to Women”, Helios, Vol. 33, Issue 1, Spring 2006, s. 73-100.
- Williams**, Craig A.: Roman Homosexuality: Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity, (Roman Homosexuality), New York 2010.
- Williams**, Craig A.: “The Meanings of Softness: Some Remarks on the Semantics of Mollitia”, (Mollitia), N.S. Sexe et genre: questions de dénomination, No:3, January 2013, s. 210.
- <https://www.britannica.com/topic/Tusculanae-disputationes>, (Erişim Tarihi: 11.02.2025).
- <https://www.thelatinlibrary.com/sen/sen.consolatione2.shtml>, (Erişim Tarihi: 11.02.2025).
- [https://en.wikipedia.org/wiki/Amphitryon_\(Plautus_play\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Amphitryon_(Plautus_play)), (Erişim Tarihi: 05.03.2025).
- Cicero, De Legibus (Sec. XVIII), <https://topostext.org/work/752>, (Erişim Tarihi: 05.03.2025)

YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN BİREYSEL İŞ DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1595980>

Doç. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI*

Öz

Yetki kuralları bir davaya hangi yer mahkemesinin bakacağını düzenleyen kurallardır. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen başlıca düzenlemedir. İş sözleşmelerinden kaynaklanan davalar bakımından bu kanunda özel bir yetki kuralı getirilmiştir (m. 44). Ancak bu kural yalnızca işçinin mutad işyerinin Türkiye’de olduğu durumları düzenlemiştir. Kuralla beraber işçi tarafından açılacak davalarda işçi lehine olacak şekilde birden fazla yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Ancak işveren tarafından açılacak davalarda sadece işçinin Türkiye’de bulunan mutad işyerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilendirilmiştir. Çalışmamızda söz konusu kuralın yerindeliği ve iç hukukta yer alan yetki kuralının uygulanabilirliği ele alınacaktır. Ayrıca iş davalarına ilişkin yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların Türkiye’de tenfiz edilmesi konusunda münhasır yetki bakımından bir engelin bulunup bulunmadığı da çalışmamızda incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Yabancılık Unsuru, Bireysel İş Davaları, Milletlerarası Yetki, Münhasır Yetki, Tenfiz

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (ugur.tutuncubasi@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-7596-5865 (Gönderim Tarihi: 04.12.2024 -Kabul Tarihi: 13.01.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**INTERNATIONAL JURISDICTION OF TURKISH
COURTS IN INDIVIDUAL EMPLOYMENT CASES
INVOLVING FOREIGN ELEMENTS**

(Research Article)

Abstract

In disputes involving foreign elements, the international jurisdiction of Turkish courts will primarily be determined according to Law No. 5718 on Private International Law and Civil Procedure. The law provides a specific jurisdiction rule for employment-related disputes (Article 44). However, this rule only applies to cases where the employee's habitual workplace is in Turkey. Along with this rule, multiple competent courts have been established in favor of the employee. However, in cases brought by the employer, the court in the location of the employee's habitual workplace in Turkey will have jurisdiction. In our study, the appropriateness of the relevant rule and the applicability of the jurisdiction rule in domestic law will be addressed. Additionally, the study will examine whether there are any obstacles in terms of exclusive jurisdiction regarding the enforcement of foreign court decisions on individual employment disputes in Turkey.

Keywords

Foreign Element, Individual Employment Disputes, International Jurisdiction, Exclusive Jurisdiction, Enforcement

GİRİŞ

Günümüz hukuk sistemlerinde iş, tüketici, kira ve sigorta sözleşmeleri, zayıf tarafın korunduğu başlıca sözleşmeler olarak kabul edilmektedir. İş sözleşmelerinde, sözleşmenin güçlü tarafı olan işverenin kendi lehine olan şartları ekonomik açıdan ve müzakere gücü bakımından zayıf konumda olan işçi tarafa karşı kabul ettirebilmesi mümkündür. Zayıf konumda olan işçinin korunması gereken bu tür yabancı unsurlu bireysel iş sözleşmelerinin de sayısının küreselleşmeyle beraber arttığı görülmektedir¹.

Başta Anayasamızın 49 vd. maddelerinde olmak üzere birçok kanun hükmünde işçinin korunması gerektiği temel hukuk politikası olarak esas alınmıştır. Zira iş akitleri bir taraftan sahip olduğu özel hukuk ve kamu hukukuna dair farklı karakteri, diğer taraftan da işçinin, işveren karşısında hem ekonomik bakımdan hem de akdin müzakeresinde eşit koşullara sahip olmaması nedeniyle zayıf konumda bulunmasıyla nitelik itibarıyla diğer borç akitlerinden ayrılır. Bu bağlamda akdin zayıf tarafı konumunda olan işçi lehine bazı özel hükümlere yer verilmiş ve “sözleşme özgürlüğü” ilkesi de koruyucu emredici hükümlerle sınırlandırılmıştır².

2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunda (MÖHUK)³ da sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin 24. maddede yer alan kanunlar ihtilafı kuralından bağımsız olarak, yabancı unsurlu iş sözleşmeleri için işçiye

¹ Türkiye Mühendisler Birliği verilerine göre: “İnşaat sektörünün ilk kez 1972 yılında Libya ile yurt dışı pazara açılmasından bu yana ulaştığı uluslararası proje portföyü büyüklüğü, 135 ülkede üstlenilen 12 bin 71 projeye toplam 501 milyar 878 milyon ABD doları ile rekor düzeye ulaşmıştır”. Aynı rapor uyarınca, “sadece yurt içinde değil yurt dışında üstlenilen projeler için de istihdam sorunu yaşayan sektör, çözümünü yurtdışından eleman teminiyle bulmaya çalışmıştır”. TMB İnşaat Sektörü Analizi Ocak 2024, s. 20 ve 24. https://www.tmb.org.tr/uploads/publications/65a548f1afd98668b7951d25/17053308905_27-tmb-bulten-ocak-2024.pdf (E.T. 11.11.2024)

² **Nomer**, Ergin: Devletler Hukusu, 23. Bası, Beta, İstanbul 2021, s. 348; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta, İstanbul 2021, s. 426-427; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Baskı, Beta, İstanbul 2024, s. 364; **Doğan**, Vahit: “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, GÜHFD, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 147; **Uyanık Çavuşoğlu**, Ayfer: “Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s. 960; **Çörtoğlu Koca**, Sema: Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Yetkin, Ankara 2016, s. 29.

³ R.G. 12.12.2007-26728.

koruma gayesiyle⁴ ayrı bir hükme yer verilmiştir (m. 27). Bunun gibi MÖHUK'un milletlerarası usûl hukukuna ilişkin ikinci kısmında da iş sözleşmesi ve iş ilişkisinden kaynaklanan davalar için genel kuraldan ayrılan “özel” bir yetki hükmüne yer verilmiştir (m. 44).

Çalışmamızda yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda Türk mahkemelerinin hangi durumlarda milletlerarası yetkiye sahip olduğu açıklanacaktır. Bununla beraber iş davalarına ilişkin yabancı mahkemelerden alınan kararların Türkiye’de tenfiz edilmesi konusunda münhasır yetki bakımından bir engelin bulunup bulunmadığı da çalışmamızda incelenecaktır. Bu bağlamda mevzuatımızda yer alan ilgili yetki hükümleri ve bu hükümler arasındaki ilişki, öğretide yer alan bu husustaki farklı görüşler de ortaya konularak aktarılmaya ve değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Yetki kuralları bir davaya hangi yer mahkemesinin bakacağını düzenleyen kurallardır. Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerinden⁵ doğan çekişmeli veya çekişmesiz yargı işlem ve ilişkilerinden doğan dava (ve taleplerde) hangi devlet mahkemelerinin yetkili olacağı “milletlerarası yetki”

⁴ MÖHUK m. 27’nin birinci fıkrası “İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir” şeklinde kaleme alınmıştır. Ancak bu fıkra Anayasa Mahkemesinin 5/11/2024 Tarihli ve E: 2023/158, K: 2024/187 Sayılı Kararıyla iptal edilmiştir. Kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra (10/9/2025) yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

⁵ “Yabancı unsurlu özel hukuk ilişkisi” kavramıyla, mahkemesine başvurulacak ülke hukukundan başka, şahsi, coğrafi veya konu itibarıyla yabancı bir hukuk sistemi veya sistemleri ile bağlantılı olan özel hukuk ilişkileri ifade edilir. Örneğin iş sözleşmeleri bakımından işçi veya işverenin yabancı olması, işçinin mutad işyerinin yabancı ülkede olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunması gibi durumlar hukuki ilişkiye milletlerarası nitelik kazandıracaktır. **Nomer**, s. 5; **Çelikel/Erdem**, s. 10; **Doğan**, Vahit/**Yılmaz**, Alper Çağrı/**Ayhan İzmirli**, Lale: Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Baskı, Savaş, Ankara 2024, s. 6-10; **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 5-6; **Özel**, Sibel/**Erkan**, Mustafa/**Pürselim**, Hatice Selin/**Karaca**, Hüseyin Arif: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2023, s. 455; **Yüksel**, Ahmet Emre: Yabancılik Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ile Avrupa Birliği Düzenlemelerinin Karşılaştırılması, Yetkin, Ankara 2024, s. 67-89. “Yabancılik unsuru, bir hukuki işlemi veya ilişkiyi ya da olayı birden fazla devletin hukuku ile irtibatlı hâle getiren unsurdur. İşçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılması gibi hâllerde iş sözleşmesinde yabancılik unsurunun bulunduğu söz edilir”. Yargıtay 9. HD., E. 2020/5617, K. 2020/16556, T. 24.11.2020 (kazanci.com.tr).

kavramı ile ifade edilmektedir. Her devlet, yabancılık unsuru taşıyan davalarda kendi mahkemelerinin ne zaman ve hangi hukuki unsurlara göre milletlerarası yetkiye sahip olacağını kendi belirlediği kurallar vasıtasıyla tayin eder. Bu nedenle milletlerarası yetki kuralları millî nitelikte olup sadece ilgili devletin kendi mahkemelerinin yer itibariyle yetkisini tayin eder. Dolayısıyla milletlerarası alanda yabancı unsurlu davalarda birden fazla devletin mahkemesi veya mahkemeleri aynı anda yetkili olabilir ve davacı taraf bunlar arasında menfaatine en uygun olanını tercih edebilir⁶. Ancak belirli bir davayı görmekte birden fazla devlet mahkemesinin yetkili olabilmesi, davanın milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemesinde de görülmesine engel olmayacaktır⁷.

⁶ Nomer, s. 382-383; Çelikel/Erdem, s. 565-566; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, s. 50; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 466-468; Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta, İstanbul 2000, s. 17-23; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 575-576; Özkan, Işıl/Tütüncübaşı, Uğur: Uluslararası Usul Hukuku, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2020, s. 73; Avşar, Melis: Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi, Oniki Levha, İstanbul 2021, s. 15. Yabancılık unsuru taşıyan davalarda tarafların, menfaatlerine en uygun devletin mahkemesini seçmelerine, Anglo-Amerikan hukukunda *forum shopping* adı verilmektedir. *Forum shopping* hukuki ve kanunidir. Dürüstlük kuralını açıkça ihlal etmediği sürece davacının, kendisi için en uygun mahkemeye başvurması en doğal hakkıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, Yetki, s. 264-273; Akıncı, Ziya: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Seçkin, Ankara 2002, s. 33.

⁷ Milletlerarası yetki anlaşmalarına ilişkin MÖHUK'un 47. maddesinde, 44 ilâ 46. maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisinin, yetki anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceği ve böyle bir anlaşmanın varlığına rağmen Türk mahkemesinin yetkisinin devam edeceği düzenlenmiştir (m. 47/2). Dolayısıyla m. 47/2 uyarınca iş sözleşmelerinden kaynaklanan davalar m. 44'te belirtilen Türk mahkemelerinde açılabilir gibi, yetki anlaşmasında belirlenen yabancı mahkemede de açılabilirler. Böyle bir anlaşmaya dayanarak yetkilendirilen yabancı mahkemede dava görülmekteyken, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan dava m. 44 uyarınca yetkili Türk mahkemesinde de açılırsa milletlerarası derdestlik sorunu ortaya çıkacaktır. Ancak MÖHUK veya HMK'da milletlerarası derdestliğe ilişkin genel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda Ekşi'nin haklı olarak ifade ettiği üzere, işçinin Türk mahkemesinde açacağı veya işçiye karşı Türk mahkemesinde açılan davada, yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi sebebiyle Türk mahkemesinin yetkisiz olduğu itirazı yapılsa bile bu itiraz Türk mahkemesinin davaya bakmaya devam etmesine engel olmayacaktır. Ekşi, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2020, s. 225. Aynı yönde bkz. Demirkol, Berk: Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, Vedat, İstanbul 2018, s. 243. Davanın daha önce açıldığı yabancı devlet mahkemesince verilecek kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi ihtimalinin bulunması durumunda milletlerarası derdestliğin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Ekşi, Yetki, s. 204-205; Doğan, Vahit: "Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması", Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB C. 22, S. 2 (2002), s. 144-146; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 574-575. Aynı yönde bkz. Çörtoğlu Koca, s. 281;

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkisi genel ve özel yetki kuralları vasıtasıyla MÖHUK'ta düzenlenmiş olan milletlerarası yetki kurallarıyla belirlenmektedir. Milletlerarası yetki konusunda MÖHUK m. 40'ta genel bir yetki kuralı yer almakta ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre tayin edileceği ifade edilmiştir. Böylece iç hukukta düzenlenmiş olan yer itibariyle yetki kurallarına çift taraflı bir fonksiyon yüklenmiştir. İç hukukumuzda yer alan yer itibariyle yetki kurallarının milletlerarası nitelikli her durumda ihtiyaçlara cevap veremeyeceği düşüncesiyle⁸, MÖHUK m. 40'da yer alan bu genel yetki kuralı yanında, Türklerin ve yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarla (m.41 ve m.42), miras (m.43), iş (m.44), tüketici (m.45) ve sigorta davaları (m.46) bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini doğrudan tayin eden özel ve tamamlayıcı nitelikte yetki kurallarına da yer verilerek karma bir sistem benimsenmiştir. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren bir ihtilafta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olup olmadığının tespitinde öncelikle MÖHUK'ta yer alan özel yetki kurallarına bakılması gerekecektir⁹. Bununla birlikte, Türkiye'nin taraf olduğu iki veya çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde yer alan yetki kurallarının mevcut olması durumunda bu kurallar öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır (MÖHUK m. 1/2).

MÖHUK'un 40. maddesi uyarınca; "*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder*". Bu hüküm gereğince iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları aynı zamanda milletlerarası yetki kuralları olarak da görev gördüğünden, yabancı unsurlu bir davada Türkiye'de yetkili bir mahkeme varsa, Türk mahkemelerinin o dava bakımından milletlerarası yetkisi de mevcut demektir. İç hukukumuzda yer itibariyle yetki kuralları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu başta olmak üzere, özelliği olan bazı davalar bakımından diğer kanunlarda da düzenlenmiştir¹⁰. Bu durumda mevzuatımızda yer alan genel ve özel yetki hallerinin

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm: "Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini", AÜHFD, C. 63, S. 4, 2014, s. 869-870; **Tarman**, Zeynep Derya: "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", MHB C. 39, S. 1, 2019, s. 350-351.

⁸ **Çelikel/Erdem**, s. 567; **Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli**, s. 54;

⁹ **Çelikel/Erdem**, s. 567; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 472; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 578; **Ekşi**, Yetki, s. 44-45; **Uyanık-Çavuşoğlu**, s. 961. Krş. **Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli**, s. 54.

¹⁰ Örneğin, Türk Medeni Kanunu m. 168, İş Mahkemeleri Kanunu m. 6, Karayolları Trafik Kanunu m. 110, Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK m. 137; Markaların Ko-

bulunması halinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin var olduğu kabul edilecektir.

Bununla birlikte yabancılık unsuru taşıyan bir ihtilafta, yetkisiz bir Türk mahkemesinde dava açılması durumunda -kesin yetki söz konusu değilse- mahkemenin bunu re'sen dikkate alması söz konusu olmayıp, davalı tarafın bunu ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerekecektir. Davalının süresi içerisinde usulüne uygun bir ilk itirazda bulunmaması durumunda söz konusu davada, yetkisiz bir Türk mahkemesi de milletlerarası yetkili hale gelebilecektir. Zira usule *lex fori*'nin hâkim olması sebebiyle¹¹, yetki itirazı bakımından iç hukukta geçerli olan esaslar milletlerarası yetki bakımından da geçerlidir. Buna göre davalının, yetkinin kesin olmadığı davalarda yetki itirazını, en geç cevap dilekçesinde ileri sürmesi gerekecektir. Davalı süresi içerisinde yetki itirazında bulunmazsa, yetkisiz Türk mahkemesi yetkili hâle gelecektir (HMK m. 19). Buna karşın davalı tarafça zamanında yetki itirazında bulunulması durumunda -iç hukuktan farklı olarak- yetkisiz Türk mahkemesi yetkisizlik kararı vermekle yetinecek ve hangi yabancı devlet mahkemesinin yetkili olduğunu tespit etmeyecektir. Zira hiçbir devlet yabancı bir devlet mahkemesinin yetkisi hakkında karar verme hakkına sahip değildir.¹²

II. İŞ DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

4857 sayılı İş Kanunu'na göre; bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi; işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren; işçi ile işveren arasında kurulan iliş-

runması Hakkında KHK m. 63, Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK m. 25, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK m. 49. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 478, dn. 108; **Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli**, s. 55.

¹¹ **Çelikel/Erdem**, s. 503-505; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 506.

¹² **Nomer**, s. 482; **Çelikel/Erdem**, s. 614-617; **Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli**, s. 53; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 506-507; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 578; **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 74-75. "Bundan ayrı, yabancılık unsuru taşıyan yetkisizlik itirazı üzerine yapılacak değerlendirme sonucu verilecek kararda sadece "mahkemenin yetkisizliği nedeniyle" dava dilekçesinin reddine karar verilmesiyle yetinilmesi gerekirken "İngiltere adli makamlarının yetkili olduğunun tespitine" karar verilmesi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun amir hükümlerine uygun düşmediği gibi, Türkiye'nin de taraf olduğu ikili ve çok taraflı sözleşme hükümlerine de aykırı düşmektedir. Yerel mahkemelerin yabancı bir mahkemenin (adli makamlarının) herhangi bir konuda yetkili olduğuna karar veremez. Çünkü bu konuda yetki ve görevleri bulunmamaktadır". Yargıtay 8. HD., E. 2013/219, K. 2013/10820, T. 10.7.2013 (kazanci.com.tr).

kiye de iş ilişkisi denir (m. 2). İşçiler ile işverenler arasında kurulan iş ilişkisinden kaynaklanan ihtilaflar iş uyuşmazlıkları olup, tek işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinden (hizmet sözleşmesinden) kaynaklanan hukuki ihtilaflara da bireysel iş uyuşmazlığı denir¹³. İç hukukumuzda iş uyuşmazlıklarına ilişkin açılacak davalarda yetkili mahkeme 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda¹⁴ özel olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesi uyarınca; “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*”. Bu hüküm uyarınca Türkiye’de açılan ilgili davaların yabancılık unsuru içerip içermediği hususunda bir ayırım yapılmamıştır. Bu sebeple, yabancılık unsuru içeren bireysel iş akitlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından da arabulucuya başvurulması bir dava şartıdır¹⁵.

A. 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununa (İç Hukuka) Göre Yetki

İç hukukumuzda iş sözleşmesinden kaynaklanan davalara ilişkin yetki kuralı aslı olarak İş Mahkemeleri Kanununda düzenlenmiştir. Yetki başlığını taşıyan, Kanunun 6. maddesi uyarınca, İş mahkemelerinde açılacak davalarda, davanın açıldığı tarihteki davalı gerçek veya tüzel kişinin yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır¹⁶. Bu madde hükmüne aykırı yapılan yetki sözleşmeleri geçersizdir¹⁷. İşçiyi

¹³ Centel, Tankut: “Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Y. 1984, S. 33, s. 217; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 969.

¹⁴ R.G. 25.10.2017-30221.

¹⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 523; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 624; Yüksel, s. 194-201.

¹⁶ Bu maddede HMK m. 6 da düzenlenen -genel yetki kuralına göre davalı gerçek veya tüzel kişinin yerleşim yerinde dava açılacağına ilişkin- kural tekrarlanmış olmakla birlikte hükmün devamında, iş ilişkilerinin özelliği de dikkate alınarak düzenlemenin devamında “işin veya işlemin yapıldığı yer” mahkemesinin de yetkili olduğunu hükme bağlamıştır. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta, İstanbul 2023, s. 52-53; Süzek, Sarper/Başterzi, Süleyman: İş Hukuku, 24. Baskı, Beta, İstanbul 2024, s. 110.

¹⁷ Madde 6: “(1) İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir. (2) Davalı birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. (3) İş kazasından doğan tazminat davalarında, iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de

korumak ve kolaylık sağlamak amacıyla düzenlenen bu yetki kuralı uyarınca her iki taraf da seçimlik bir hakka sahip olup¹⁸, dava, davacı işçi veya işverenin tercihinine göre davalının yerleşim yerinde veya işçinin işini yaptığı işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde açılabilir¹⁹.

İş davalarında yetkili kabul edilen “işin yapıldığı yer” mahkemesi ifadesiyle, davanın açılacağı yerin şirket merkezinin bulunduğu yerin değil, işçinin fiilen çalıştığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesi olduğu kabul edilmektedir. Bu anlamda işçinin geçici olarak görevlendirildiği yer mahkemesi değil, daimî olarak çalıştığı son işyerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır²⁰.

İş mahkemelerine dair bu yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olup, taraflarca ileri sürülmesi dahi mahkeme bu hususu yargılamanın sonuna kadar re’sen göz önüne alıp yetkisizlik kararı verebilir (HMK m. 19). Ancak kamu düzenine ilişkin olan bu yetki kuralı seçimlik iki yetki kuralı öngördüğünden doğrudan kesin yetki kuralı niteliğinde olmasa da²¹ aynı etki ve sonuca sahiptir.

yetkilidir. (4) İş mahkemelerinin yetkilerine ilişkin olarak diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır. (5) Bu madde hükümlerine aykırı yetki sözleşmeleri geçersizdir”.

¹⁸ Yetkili mahkemeyi seçme hakkının işçide olduğuna ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yar. 7. HD, T. 14.11.2016, E. 2016/23571, K. 2016/19342; Yar. 22. HD, T. 16.03.2017, E. 2017/12372, K. 2017/5180 (www.kazanci.com.tr).

¹⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 54; Süzek/Başterzi, s. 110.

²⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 53. Ayrıca krş. Süzek/Başterzi, s. 111. Yargıtay 9. HD, E. 2004/25457, K. 2004/20759, T. 27.09.2004; Yargıtay 9. HD, E. 2008/1930, K. 2008/20759, T. 14.07.2008; Yargıtay 22. HD, E. 2015/30076, K. 2015/29878, T. 02.11.2015 (www.kazanci.com).

İşyeri kavramının tanımı İş Kanunu m. 2’de yapılmıştır. Buna göre: “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür”.

²¹ Süzek/Başterzi, s. 110. Aynı yönde bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 55-56; Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001, s. 5632-5633; Akkan, Mine: Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. I (Ed. Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya), 15. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2017, s. 300-301 ve dn. 386. “İş mahkemesinin yetkisini düzenleyen anılan maddede yer alan yetki kuralı kamu düzeni ilişkisi olup kesin niteliktedir. Söz konusu hükme göre davacı işçi, davayı işin yapıldığı yer mahkemesinde açabileceği gibi davalının ikametgâhi mahkemesinde de açabilir. Tercih hakkı her durumda dava açana

B. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanuna Göre Yetki

2675 sayılı mülga MÖHUK'ta bireysel iş uyuşmazlıklarına ilişkin özel bir yetki kuralı mevcut değildi. 5718 sayılı yürürlükteki MÖHUK'un gerekçesinde de ifade edildiği üzere, “iş sözleşmesi taşıdığı özellik sebebiyle gerek doktrin gerek uygulamada iç hukuktaki yetki hükümlerinden hareketle milletlerarası yetkinin belirlenmesi yetersiz kalmakta idi”²². Zira iş sözleşmelerinde, sözleşmenin koşullarının müzakeresinde işverenle eşit koşullara sahip olmayan ve ekonomik açıdan da daha zayıf konumda bulunan işçinin yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunda menfaatlerini gözetten bir düzenlemeye gerek vardı. Bu esastan hareketle 5718 sayılı MÖHUK'un 44. maddesinde bireysel iş sözleşmeleri ve iş ilişkileri için Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen özel bir yetki kuralı getirilmiştir²³.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin MÖHUK öncelikle m. 40'ta genel bir yetki kuralı getirmiş ve iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarının yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin edeceğini düzenlemiştir. Ancak MÖHUK iç hukukun yetki kuralları yanında tamamlayıcı nitelikte, milletlerarası yetkiye ilişkin iş (tüketici, sigorta gibi) sözleşmelerine dair özel yetki kuralları da belirleyerek karma nitelikli bir sistem kabul etmiştir. Bu durumda, uyuşmazlık konusunun öncelikle MÖHUK'un düzenlemiş olduğu söz konusu özel yetki kuralları kapsamında olup olmadığı tespit edilecektir. Bu bağlamda yabancılık unsuru taşıyan bireysel iş sözleşmeleri konusunda çıkan uyuşmazlıklarda öncelikle MÖHUK m. 44'te düzenlenmiş özel yetki kuralı uygulanacaktır.

MÖHUK'ta düzenlenmiş olan özel yetki kuralı uyarınca yabancı unsurlu “bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi

aittir”. Yargıtay HGK, E. 2013/22-186, K. 2013/1391, T. 25.9.2013. Aynı yönde bkz. Yargıtay 20. HD, E. 2018/594, K. 2018/1440, T. 26.2.2018 (kazanci.com.tr). Kamu düzenine ilişkin yetki kuralı ile kesin yetki kuralı arasındaki fark için ayrıca bkz. **Esen**, Emre: “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB C. 22, S. 2 (2002), s. 184-185; **Özel**, Sibel: “Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m.44”, BÜHFD 2019, C. 14, S. 179-180, s. 1369-1372.

²² Gerekçe için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c005/tbmm23005024 ss0047.pdf> (E.T. 29.11.2024)

²³ **Çelikel/Erdem**, s. 634-635; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 522; **Uyanık-Çavuşoğlu**, s. 970-972; **Çörtoğlu-Koca**, s. 205.

yetkilidir”. Bununla beraber işçi tarafından işverene karşı açılan davalarda “işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir” (m. 44).

Görüldüğü üzere 44. maddede, “işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi” hem işçi hem de işveren açısından asli yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. Bununla beraber hem ekonomik hem de müzakere gücü bakımından zayıf taraf olarak kabul edilen işçinin korunmasını esas alan düşünceden hareketle, işçinin işverene karşı dava açması durumunda sadece işçinin lehine bir seçimlik yetki kuralı getirilmiştir. Buna göre işçiye kolaylık sağlamak adına, işçi açacağı davada isterse işini mutaden yaptığı Türkiye’deki işyerinin yanında, işverenin yerleşim yeri veya kendi yerleşim yeri ya da mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açabilecektir. Bu sınırlı sayıda belirtilmiş olan yetkili mahkemelerin birini seçme hakkı sadece işçi tarafa verilmiştir. Böylece zayıf konumda olan işçi tarafın açacağı davalarda kendilerine yakın ve lehlerine olacaklarını düşündükleri Türk mahkemesini seçme hakkı tanınmıştır²⁴. Özellikle mutad işyerinin yurt dışında olduğu ve işverenin de yerleşim yeri, şube veya acentesinin Türkiye’de olmadığı durumlarda işçinin Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde işverene karşı dava açabilecek olması, işçi lehine getirilen en önemli yetki kuralıdır²⁵.

Milletlerarası usûl hukukunda 44. maddede düzenlenen bağlanma noktalarının sadece Türkiye’de tesis edilmiş olması durumunda Türk mahkemelerinin yetki kazanabilecekleri maddede açıkça ifade edilmiştir. Kanımızca, maddede yer alan “Türk mahkemesi” vurgusuyla bu hükmün sadece yabancılık unsuru içeren ihtilaflara ilişkin olduğunu netleştirmek amaçlanmıştır. Hükümde bu yönde bir vurgu olmasa dahi, sadece Türk mahkemelerinin yetkisi doğacaktır. Zira milletlerarası usûl hukukunda, hiçbir devletin diğer bir devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisini düzenleyemeyeceği ilkesi hâkimdir²⁶.

²⁴ Nomer, s. 482; Çelikel/Erdem, s. 634-635; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, s. 69; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 522; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 622-623; Özkan/Tütüncübaşı, s. 86-88; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 972-973; Çörtoğlu-Koca, s. 205, 209.

²⁵ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 623. Ayrıca ilgili düzenlemenin bir aşkın yetki oluşturduğu konusunda bkz. Demirkol, Berk: “Zayıf Taraflı Sözleşmesel İlişkilere İlişkin MÖHUK’taki Milletlerarası Yetki Kurallarının Yerindeliği ve Çözüm Önerileri”, Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar (Ed: Özel, Sibel/Pürselim Arning, Hatice Selin), Oniki Levha, İstanbul 2021, s. 21-44, s. 31.

²⁶ Ekşi, Yetki, s. 19-20; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 973; Özkan/Tütüncübaşı, s. 89.

Düzenlemede yer alan yerleşim yeri, mutad mesken ve işyeri bağlama noktalarının yorumu davaya bakan Mahkeme'nin hukukuna (*lex fori*'ye), yani Türk hukukuna göre yapılacaktır²⁷. Bu bağlamda gerçek kişi işverenin yerleşim yeri TMK m. 19 ve m. 20/2'ye göre tayin edilecektir²⁸. Aynı şekilde tüzel kişi işverenin yerleşim yeri de TMK m. 51 uyarınca, kuruluş belgesinde başka bir hüküm yoksa işlerinin yönetildiği yerdir. Bunun sonucunda Türkiye'de bir yerleşim yeri olmayan şirkete karşı Türkiye'de dava açılmayacak olması gerekirken Yargıtay'ın kararları aksi yöndedir²⁹. Ayrıca mutad işyeri yurt dışında olan bir işçi, merkezi yurt dışında olan bir şirketin şubesi veya acentesi ile sözleşme akdetmişse, işverene karşı MÖHUK m. 46 kıyasen uygulanarak³⁰, HMK m. 14/1 ve TTK m. 105/2 kapsamında³¹ ilgili şube

²⁷ Nomer, s. 414; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 976.

²⁸ TMK m. 19: "Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz. Bu kural ticarî ve sınaî kuruluşlar hakkında uygulanmaz". TMK m. 20/2: "Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır".

²⁹ Yargıtay, Rusya menşeli ve Moskova ticaret siciline kayıtlı olan yabancı şirket aleyhine açılan işe iade davasında Türk mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olduğu yönünde karar vermiştir. Kararda, "tarafklar arasında imzalanan ve Türkiye İş Kurumu tarafından onaylanan yurtdışı iş sözleşmesinin 16 ncı maddesinde İş Sözleşmesinde yer almayan hususlarla ilgili anlaşmazlıklarda Türk iş mevzuatının uygulanacağı ve işverenle işçi arasında iş ilişkisinden doğan ihtilafların giderilmesi işverenin Türkiye'deki yasal yerleşim biriminin bulunduğu şehir mahkemelerin yetkili olduğu, iş sözleşmesinde de davalı işveren Türkiye'deki adresinin Ankara" olarak belirlenmesi Türk mahkemesinin yetkisi için yeterli görülmüştür. Ancak kararda MÖHUK m. 44'e hiç değinilmediği gibi Türkiye'de ticaret siciline kayıtlı olmayan Rus şirketinin Türkiye'deki irtibat adresi yerleşim yeri olarak kabul edilmiştir. Böylece Yargıtay mutad işyerinin Rusya'da olduğu bir davada, yabancı işveren şirkete karşı Türkiye'de açılan davada yetkisizlik kararı vermesi gerekirken, işçi lehine bir karar vermiştir. Yargıtay 9. HD, E. 2009/42000, K. 2011/3964, T. 18.02.2011 (kazanci.com.tr). Kararın eleştirisi için bkz. Özel, s. 1364-1365. Aynı yönde bkz. Ankara BAM 29. HD, E. 2022/1491, K. 2024/994, T. 17.04.2024 (kazanci.com.tr).

³⁰ MÖHUK m. 46: "Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye'deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir".

³¹ HMK m. 14/1: "Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir". TTK m. 105/2: "Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir".

veya acentenin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesinde de dava açabileceği kabul edilmelidir³².

44. maddenin uygulanmasında hem işçi hem de işveren bakımından ortak bağlama noktasını oluşturan “mutad işyeri” kavramı ise iş hukukuna yabancı bir kavram olup milletlerarası özel hukuk tarafından geliştirilmiştir. Zira mutad işyeri kavramı hem yabancılık unsuru içeren ihtilaflar bakımından uygulanacak hukukun tayininde (MÖHUK m. 27) hem de mahkemenin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde kullanılan bir kavramdır. Ancak diğer bağlama noktaları gibi “mutad işyeri” kavramının da tanımı kanunda yapılmamıştır³³.

Öğretide işçinin işini mutaden yaptığı işyeri kavramıyla, işçinin mesleki faaliyetlerinin fiili ağırlık merkezi olarak belirlenmiş olan yerin ya da işçinin işverene karşı olan yükümlülüklerinin önemli bir kısmını fiilen yerine getirdiği yerin ifade edildiği kabul edilmektedir³⁴. Bu bağlamda mutad işyeri kavramı, tarafların iradesine göre belirlenir. İşçi işverenle anlaşmasına uygun olarak faaliyetlerini fiilen nerede icra ediyorsa mutad işyeri o yerdir. Eğer tarafların bu konudaki iradeleri tespit edilemiyorsa, yerine getirilecek hizmetin niteliği ve özelliği, onun ağırlık merkezini belirleyecektir³⁵. Ancak iş ilişkisinin sona ermesinden kısa bir süre önce işçinin işyerinin değiştirilmesi kural olarak dikkate alınmaz. Bunun gibi, başka bir ülkeye yapılan iş seyahatleri, montaj faaliyeti, fuar veya sergilerde hizmet ifası gibi geçici nitelikteki kısa süreli hizmetler, hizmetin ağırlık merkezini ve dolayısıyla da mutad işyerini değiştirmeyecektir³⁶. Ayrıca işçi, iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini birden çok devlette yerine getirmekteyse, her bir devlet, işçinin işini mutaden yaptığı işyeri olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda

³² Bkz. **Özel**, s. 1365-1366: “MÖHUK m.46 sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda özel olarak yetki kuralı belirlenirken, sigortacının sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentesinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesini kabul etmiştir. Benzer bir açıklık MÖHUK m.44’de yer almamaktadır. Ancak davalının yerleşim yeri kuralının Türkiye’de uygulanış biçimini ayrıca zikredilmese bile işverenin yerleşim yeri ni şube ve acente üzerinden belirleyen kurallar açısından da kabul etmek mümkündür. Bu yorum işçinin işverene karşı açtığı davalarda onun seçeneklerini artırmayı hedefleyen MÖHUK m.44’ün amacına da uygundur. Bu itibarla kanaatimizce yerleşim yeri yurt dışında bulunan bir şirketin Türkiye’deki bir şubesi veya acentesinin yaptığı iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda şube veya acentenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir”.

³³ **Uyanık-Çavuşoğlu**, s. 978.

³⁴ **Nomer**, s. 351; **Özel**, s. 1356.

³⁵ **Nomer**, s. 351; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 367.

³⁶ **Nomer**, s. 351-352; **Çelikel/Erdem**, 437.

işçinin iş akdinden doğan yükümlülüklerini belirli bir ölçüde fiilen Türkiye’de yerine getirmesi durumunda, işçinin “mutad işyeri”nin Türkiye’de olduğu kabul edilebilecektir³⁷.

C. MÖHUK m. 44’ün İş Mahkemeleri Kanunu m. 6 İle İlişkisi

2675 sayılı mülga MÖHUK’ta yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin özel bir yetki hükmü düzenlenmemiştir ve bu sebeple de bu tür davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi İş Mahkemeleri Kanununda yer alan yetki hükmüne (mülga m. 5) göre tayin edilmekteydi. Ancak 12.12.2007 tarihinden bu yana yürürlükteki MÖHUK’-ün 44. maddesinde bu hususta özel bir yetki hükmüne yer verilmesiyle beraber, söz konusu 44. maddenin yanında İş Mahkemeleri Kanununun³⁸ 6. maddesinin (mülga m. 5) de dikkate alınıp alınmayacağı sorunu doğmuştur. Zira MÖHUK m. 44 ile işverene sadece, işçinin işini mutaden yaptığı Türkiye’deki işyerinde dava açabilme hakkı veriliyorken, işçinin açacağı davada, mutad işyerinin yanında işverenin yerleşim yeri, işçinin kendi yerleşim yeri veya mutad meskeninde dava açabilmek konusunda seçimlik bir yetki verilmektedir. Bu hüküm İş Mah. K.’nun 6. maddesi ile kıyaslandığında zayıf konumda olan işçinin lehine gözükmektedir. Zira m. 6, işveren ve işçi için aynı yetki kuralını getirmekte ve davanın, davalının (hangi taraf olursa olsun) yerleşim yeri ya da işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesinde açılabileceğini düzenlemektedir. Bu açıdan bakıldığında işçiye 44. maddede dört seçimlik yer mahkemesinde dava açma imkânı tanınırken, 6. madde her iki tarafa da sadece iki seçimlik yer mahkemesinde dava açma olanağı tanımaktadır.

³⁷ Nomer, s. 351-353, 483; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 462-466; Doğan, Vahit: “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, GÜHFD, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 159-160; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 978; Çörtoğlu-Koca, s. 206-209.

“...mutad işyeri, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında ve doktrinde belirtildiği üzere, işçinin işini ifa faaliyetlerini veya ifa faaliyetlerinin çoğunluğunu gerçekleştirdiği yer, işçinin esas olarak işverene karşı yükümlülüklerini yerine getirdiği yer, işçinin işini ifa etmek üzere hangi ülkede daha çok zaman geçirdiği, işin organize edildiği yer, işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün yapıldığı yer gibi kriterlerden hareket edilebilir”. Yargıtay 9. HD, E. 2021/5065, K. 2021/9195, T. 18.5.2021; Yargıtay 22. HD, E. 2016/9339 K. 2019/16564, T. 18.09.2019 (kazanci.com.tr). Ayrıca bkz. Aygül, Musa/Çoban, Nazlı: “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti”, Terazi Hukuk Dergisi, 15(169), 2020, 1822-1829; Elçin, Doğa: Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet, Ankara 2012, s. 118-137; Sarıöz Büyükalp, A. İpek: “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f.3’ün Uygulanma Sorunu”, HHFD, 8 (2) 2018, s. 203-228.

³⁸ R.G. 25.10.2017-30221.

Öğretide yabancı unsurlu iş uyuşmazlıklarına ilişkin özel bir yetki kuralı getirmiş olan MÖHUK m. 44'ün varlığına karşın iç hukukumuzda konuya ilişkin yetkiyi düzenleyen İş Mah. K'nun 6. maddesinin de ikincil (tamamlayıcı) bir yetki kuralı olarak uygulanıp uygulanamayacağı hususunda farklı görüşler mevcuttur.

Öğretideki bir görüşe göre³⁹, “MÖHUK’un 41 ilâ 46. maddelerinde yer verilen özel milletlerarası yetki kurallarının düzenleniş biçimleri, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesi bulunup bulunmadığı belirlenirken, MÖHUK’taki özel milletlerarası yetki kurallarının kapsamına giren bir uyuşmazlık söz konusu ise öncelikle ve sadece ilgili özel kurala bakılmasını zorunlu kılmaktadır. Zira MÖHUK’taki özel milletlerarası yetki kurallarının düzenleniş biçimi, yerel yetki alanında genel yetki kuralının yanında ilâve yetkili mahkemeler tanzim eden özel yetki kurallarından farklı olarak, düzenleme getirdikleri konular bakımından milletlerarası yetki alanında tek başlarına belirleyici olduklarını ortaya koymaktadır. Bu itibarla, MÖHUK’taki özel milletlerarası yetki kurallarının kapsamına giren bir uyuşmazlıkta, ilgili özel yetki kuralı uyarınca yetkili bir Türk mahkemesi yoksa, o uyuşmazlık bakımından yetkili bir Türk mahkemesi bulunmadığı anlamına gelir”⁴⁰.

Öğretide benzer yöndeki başka bir görüşe göre de⁴¹, “...özelliliği olan bir kısım uyuşmazlıklar bakımından Kanun’da özel yetki hâllerine yer verilmiştir. Özel yetki hâllerinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinde dava açılabilmesi için, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre yetkili mahkemenin bulunmasına gerek olmadığı gibi, bu yönde bir araştırma yapılması da gereksizdir. Zira özel yetki kuralı çerçevesinde, yetkili mahkemelerde dava açılabilir”⁴². Bu görüşte özel yetki kuralının öncelikli olarak uygulanması gerektiği belirtilmiş olsa da, özel yetki kuralına

³⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 508, s. 473.

⁴⁰ Aynı yönde Çelikel/Erdem, s. 636; Ekşi, Tenfiz, s. 220-221, 224; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 975; Tiryakioğlu, Bilgin: “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 1141-1165, s. 1156-1158; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 838; Çörtoğlu Koca, s. 195-196; Tarman, s. 341-342; Demirkol, s. 24; Can, Hacı: Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2019, s. 282-284; Yüksel, s. 161. “İç hukukta, İş Mahkemeleri Kanunu’nun 6. maddesinde düzenlenen, ... hükmü ise, yabancılık unsuru içeren iş davalarında uygulanmayacaktır. Yabancılık unsuru içeren iş akdinden doğan bütün ihtilaflarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bu konuyu özel olarak düzenleyen MÖHUK hükümleri uyarınca tesis edilecektir”. Çelikel/Erdem, s. 636.

⁴¹ Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, s. 62.

göre Türk mahkemesinin yetkisinin bulunmaması durumunda iç hukukun yetki kurallarına bakılıp bakılamayacağı ifade edilmemiştir⁴².

Öğretide katıldığımız karşı görüşe göre⁴³ ise, “MÖHUK, işçiye karşı açılacak davalarda sadece işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesini esas aldığı için, mutad işyerinin yabancı ülke olduğu durumlarda MÖHUK m. 44 kapsamında Türkiye’de dava açılması mümkün olmayacaktır. Bu haliyle maddenin işçi lehine bir düzenleme olduğunu söylemek oldukça zordur. Kanaatimizce, MÖHUK m. 44’te, işçiye karşı açılacak davalarda mutad işyerinin Türkiye dışında olduğu uyuşmazlıklar için boşluk bulunmaktadır. Bu nedenle mutad işyerinin yurt dışında olduğu uyuşmazlıklarda işçiye karşı açılacak davalarda Türk mahkemelerinin yetkisi, m. 40 uyarınca iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenmelidir”. Bunun sonucu olarak da mutad işyeri yurt dışında olan işçiye karşı açılacak davalarda İş Mah. K. m. 6 uyarınca, işçinin Türkiye’deki yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olacaktır.

Kanunlarda düzenlenen kesin yetki kuralları hariç tutulduğunda kural olarak iç hukukta, özel yetki, genel yetkiyi kaldırmaz. Yani, özel yetki kuralları, genel yetki kuralının yanında alternatif yetkili mahkemeler düzenlemek ve ikisi birlikte uygulanmaktadır⁴⁴. Böylece davacı, isterse genel yetkili mahkemede isterse de özel olarak belirlenen mahkemede davasını açabilir. Kanımızca milletlerarası usul hukuku bakımından da MÖHUK’ta düzenlenen özel yetki kuralları uyarınca milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması durumunda, MÖHUK m. 40’ın atfıyla iç hukukumuzda düzenlenmiş olan genel yetki kurallarına başvurulabilmelidir. Yani milletlerarası yetkiye ilişkin MÖHUK’ta hakkında özel bir yetki kuralı düzenlenmiş

⁴² Nomer’e göre ise, “Milletlerarası özel yetkili mahkemeleri belirleyen bu düzenlemeler, aynı konularda iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarının da milletlerarası yetki kuralları olarak kullanılmasını ifade eder, genel milletlerarası yetki kuralının (m. 40) istisnası olarak değerlendirilemez”. Nomer, s. 482.

⁴³ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 621-622; Özel, s. 1360 vd.; Özkan/Tütüncübaşı, s. 87. Aynı yönde bkz. Süzen, Begüm: Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi, Oniki Levha, İstanbul 2016, s. 69, 77-78; Demirkol, s. 30; Akduman, Ebru: “Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, 15 (163), 2020, s. 479.

⁴⁴ Her ne kadar MÖHUK’ta yer alan özel yetki kuralı öğretide (bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 474-475; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 579) HMK da yer alan özel yetki ile genel yetki arasındaki ilişkiden farklı tutulsa da, iş davaları konusunda İş Mahkemeleri Kanunu m. 6’da düzenlenmiş yetki kuralının da m. 44 gibi işçi tarafın özel durumu düşünülerek düzenlendiği ve işçi aleyhine olmadığının dikkate alınması gerekecektir.

uyuşmazlıklar bakımından öncelikle bu kurallara bakılacaktır. Eğer MÖHUK'ta düzenlenen özel yetki kurallarına göre yetkili bir Türk mahkemesi bulunamıyorsa, MÖHUK m. 40 da yer alan “*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder*” şeklindeki genel yetki kuralına istinaden iç hukukumuzda konuyu düzenleyen yetki kurallarına başvurulabilmelidir⁴⁵.

Bu anlamda MÖHUK m. 44 gibi İş Mah. K. m. 6 da ekonomik anlamda zayıf konumda olan işçi tarafın lehine olacağı düşüncesiyle kaleme alınmıştır. Her iki yetki kuralı da işçinin özel durumunu dikkate almıştır. Bunun sonucu olarak, yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık durumunda, örneğin işçi aleyhine açılacak davada öncelikle MÖHUK m. 44 uyarınca milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesinin olup olmadığı tespit edilecektir. İşverenin işçi aleyhine açtığı davalarda 44. madde uyarınca “*işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir*”. Eğer işçinin mutad işyeri yurt dışındaysa, milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi bu madde kapsamında bulunamayacaktır. Bu durumda -öğretide katıldığımız görüşe uygun olarak⁴⁶- m. 44’te bir boşluk olduğunu kabul ederek bu boşluğun, MÖHUK m. 40 uyarınca iç hukuk yetki kurallarına göre Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesiyle doldurulması gerekecektir. Ancak bu durumda iç hukukumuzda konuyu düzenleyen İş Mahkemeleri Kanununun 6. maddesinin uygulanması yoluna gidilebilecektir. İş Mah. K. m. 6/1 uyarınca “*İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir*”. Bu durumda her ne kadar MÖHUK m. 44 kapsamında milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesi bulunmasa da işçinin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması durumunda o yer mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahip olacaktır. Ancak işçinin yerleşim yerinin de yurt dışında olması durumunda artık milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesinin mevcut olmadığı sonucuna varılacaktır.

Aksine olan görüşü savunmak her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar veremeyebilir. Zira, örneğin yurt dışında bir inşaat yapımını üstlenen Türk şirketinin yine Türkiye’de ikamet eden bir mühendisi bu inşaatla çalıştırmak üzere işe alması durumunda, aralarındaki iş akdinden kaynaklanan bir uyuş-

⁴⁵ Doğan’a göre de, “Milletlerarası unsur taşıyan iş davaları İşMK m. 5 (yeni m. 6) ve MÖHUK m. 44 kapsamında tespit edilmiş yer mahkemelerinden birisinde açılabilir”. Bkz. Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin, Ankara 2010, s. 84.

⁴⁶ Bkz. dipnot 43.

mazlık durumunda işçi taraf Türk şirketinin yerleşim yerinin bulunduğu Türkiye’de dava açabilecekken, işverenin Türkiye’de dava açabileceği yetkili bir mahkeme bulunmayacaktır. Bunun sonucunda da, muhtemelen Türkiye’ye dönmüş veya başka bir ülkede çalışmaya başlamış işçiye karşı, işçinin aleyhine olacak şekilde yurt dışında dava açılması gerekecektir. Bu durumun da ekonomik açıdan zayıf konumda olan işçinin ne kadar lehine olacağı tartışmalıdır. Zira, işverenin işçi aleyhine açacağı davalarda, mutad işyerinin Türkiye’de bulunmadığı durumlarda yetkili bir mahkemenin bulunmaması, işçiyi koruyan bir anlayış ile örtüşmemektedir. Bu sebeple, davalı tarafın yerleşim yerinin de Türkiye’de olduğu durumlarda, milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesinin hazır bulundurulması gerekecektir. Bu anlayıştan hareketle, MÖHUK m. 44 uyarınca yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması durumunda İş Mah. K.’nın 6. maddesine göre yetkili mahkemenin belirlenmesi amaca uygun olacaktır⁴⁷.

Bu bağlamda öğretide de özel yetki kurallarının varlığı durumunda iç hukuk yetki kurallarına gidilemeyeceği görüşünde olan bir kısım yazar tarafından, milletlerarası usul hukukunda 44. madde kapsamında, işverene de işçinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki Türk mahkemesinde dava açabilme hakkının tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁸.

Karşılaştırmalı hukuk açısından da işçinin mutad işyeri tek yetkili mahkeme olarak öngörülmemiştir. İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 115 uyarınca, iş sözleşmesinden kaynaklanan davalarda genel olarak davalının yerleşim yeri veya işçinin mutad işyerinin bulunduğu yer mahkemeleri yetkili sayılmıştır (m. 115/1). İşçinin davacı olduğu durumlarda ayrıca işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemeleri de yetkilidir (115/2). Ayrıca iş ve ücret koşullarına ilişkin davalar bakımından, işçinin, belirli bir süre için ve yalnızca işinin bir kısmını yapmak amacıyla yurt dışından gönderildiği yerdeki İsviçre mahkemeleri de yetkilidir (m. 115/3). Alman hukukunda ise milletlerarası yetkiyi düzenleyen özel hükümler bulunmayıp, başta Alman usul kanununda ve sair kanunlarda düzenlenmiş bulunan iç hukuka ilişkin yetki kuralları çifte etkiye sahip olup, Alman

⁴⁷ “Çünkü örneğin; Türk işveren, Libya’da inşaat sektöründe çalıştırdığı ve yerleşim yeri Türkiye’de bulunan Türk işçisine karşı işçinin işini mutaden yaptığı İşyerinin Türkiye’de bulunmaması nedeniyle Türk mahkemelerinde dava açamayacak, Türk işçi aleyhine, yabancı mahkemelerde dava açılması söz konusu olacaktır. Bu durumun da işçinin ne kadar lehine olduğu hususu tartışmalıdır”. Çörtoğlu Koca, s. 210-211. Aynı yönde Uyanık-Çavuşoğlu, s. 976; Demirkol, s. 25-30; Yüksel, s. 153-154.

⁴⁸ Çörtoğlu Koca, s. 210; Uyanık Çavuşoğlu, s. 976; Demirkol, s. 25-30; Yüksel, s. 153-154.

mahkemelerinin milletlerarası yetkilerini de tayin etmektedir. Bu bağlamda bireysel iş uyuşmazlıklarında öncelikle işçinin mutad işyerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili kabul edilmiştir. Bunun yanında Alman Medeni Usûl Kanununun ilgili hükümleri uyarınca, davalının yerleşim yeri (m. 13), mutad meskeni (m. 20) ve ilgili şubenin bulunduğu yer (m. 21) mahkemeleri de milletlerarası yetkili kabul edilmektedir⁴⁹.

Avrupa Birliği Mahkemelerinin Yetkisi ve İlamların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1215/2012 no'lu Brüksel I (*bis*) Tüzüğünde⁵⁰, bireysel iş uyuşmazlıkları konusunda birlik üyesi devlet mahkemelerinin yetkisini belirleyen kurallarda da ekonomik ve müzakere gücü bakımından zayıf konumda olan işçi lehine hükümler konularak işçinin işverene karşı açacağı davalarda yetkili mahkeme sayısı artırılmıştır. Bu bağlamda işçiye karşı açılacak davalarda tek yetkili mahkeme işçinin yerleşim yerinin bulunduğu birlik ülkesindeki yer mahkemesidir (m. 22/1). Buna karşın, işverene karşı açılacak davalarda; işverenin yerleşim yeri (m. 21/1-a), işçinin mutad işyeri (m. 21/1-b(i)) ve mutad işyeri yoksa (farklı ülkelerde çalışıyor ve mutad işyeri belirlenemiyorsa) işçiye işe alan şubenin bulunduğu yerdeki (m. 21/1-b(ii)) mahkemeler yetkili kabul edilmiştir⁵¹.

Yapılan bu açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kural olarak işveren yabancılık unsuru içeren iş sözleşmesinden kaynaklanan ihtilafta MÖHUK m. 44 uyarınca sadece bu mutad işyerinin Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesinde dava açabilecektir⁵². Eğer mutad işyeri Türkiye dışında bulunuyorsa da bu hüküm çerçevesinde Türkiye'de dava açabileceği yetkili bir mahkeme bulunmayacaktır. Bu düzenleme ilk başta işçinin dava edilebileceği bir Türk mahkemesinin bulunmaması bakımından işçinin lehine gö-

⁴⁹ **Geimer**, Reinhold/**Geimer**, Ewald/**Geimer**, Gregor: Internationales Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Köln: Ottoschmidt, 2024, kn. 946-949, 954, 1187; **Nagel**, Heinrich/**Gottwald**, Peter: Internationales Zivilprozessrecht, 8. Auflage, Ottoschmidt, Köln 2020, §3, kn. 519 vd.; **Schack**, Haimo: Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Auflage, C.H. Beck, München 2021, §8, kn. 347.

⁵⁰ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)-L351/1 (<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>)

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çörtoğlu Koca**, s. 103 vd.; **Esen**, Emre: "Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Üye Devlet Mahkemelerinin Yetkisi" in Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Ed. Özkan, Işıl/Süral, Ceyda/Tütüncübaşı, Uğur), Adalet, Ankara 2016, s. 175 vd.; **Yüksel**, s. 233 vd.; **Özel**, s. 1354-1355 ve s. 1357-1359.

⁵² Eğer işçi yabancıysa ve iş akdi sona erdikten sonra Türkiye'den ayrılmışsa, yeni yerleşim yeri, mutad meskeni veya yeni işyeri nerede olursa olsun, işveren yine de bu mutad işyerinde işçiye karşı dava açabilecektir. **Özel**, s. 1356.

züklen bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Ancak, işveren Türkiye’de dava açmadığı için yurt dışında dava açmak zorunda kalınca; özellikle yerleşim yeri Türkiye’de olan ve iş akdi sona erdikten sonra yurt dışındaki mutad işyerinden Türkiye’ye dönmüş olan bir işçiye karşı yurt dışında açılan davada işçinin kendini savunması çok zor ve masraflı olacaktır. Bu sebeple kanun koyucunun m. 44’te bunu amaçlamadığını düşünmek gerekir⁵³. Kanımızca, işçinin mutad işyerinin Türkiye’de bulunmadığı durumlarda iç hukukta iş davalarına ilişkin yetkiyi düzenleyen İş Mah. K. m. 6’ya göre işçinin yerleşim yeri mahkemesinde de dava açılabilmelidir. Bu durum işçinin aleyhine değil bilakis lehine bir sonuç yaratacaktır.

Zira yurt dışında (muhtemelen işçinin eski mutad işyerinin bulunduğu ülkede) dava açmak zorunda kalacak olan işverenin davasına karşı, işçi taraf artık yurt dışında bulunmadığı için kendisini ya çok külfetli bir şekilde savunabilecek ya da hiç savunamayacaktır. Süresi içerisinde yabancı mahkemede savunmasını yapamayan işçinin aleyhine alınacak bir kararı da işveren, MÖHUK m. 50 vd.’nda aranan şartları taşıyorsa Türkiye’de tenfiz edebilecektir⁵⁴. Bu aşamada artık işçi taraf, tenfiz şartları dışında yabancı mahkemede yapılan yargılamanın içeriği hakkında bir itiraz ve savunmada bulunamayacağı için karar işçi aleyhine etki doğurabilecektir. Hem bu açıdan işçinin aleyhine hem de diğer taraftan işverenin hem masraf hem de usul ekonomisi açısından aleyhine oluşabilecek bir durumu ortadan kaldırmak adına, işçiye karşı sadece Türkiye’de bulunan mutad işyerinin olduğu yer mahkemesinde değil, bunun yanında işçinin Türkiye’de bulunan yerleşim yerinde de dava açılmasının mümkün kılınması her iki taraf için de amaca hizmet eden bir çözüm olacaktır. Zira hukuki ilişkinin taraflarından biri bakımından Türk mahkemelerinde dava açabilme yetkisi tanınırken karşı tarafın bu hakkını kısıtlamak hak arama hürriyeti bakımından da ciddi bir engel teşkil etmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde m. 44’ün tek başına Türk mahkemesinin Milletlerarası yetkisini belirlemede mutlak olduğunu ve bu madde uyarınca yetkili mahkeme mevcut değilse Türkiye’de dava açılmasının kabul edilmesi durumunda işçiyi korumak adına, işveren cezalandırılmış olacaktır.

⁵³ Öğretide Özel, bu durumda m. 44’te bir boşluk olduğunu ve MÖHUK m. 40 uyarınca iç hukuk yetki kurallarına göre Türk mahkemesinin yetkisinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Özel, s. 1360-1363.

⁵⁴ Ancak yine de davanın taraflarından birini yabancı mahkemeye başvurmak zorunda bırakmak ve hakkını Türk yargısında aramasına engel olmak, yabancı mahkemece verilecek kararın da ileride Türk mahkemelerince tanınması ve tenfiz edilmesi hiçbir zaman kesin olmadığından, hukuken de doğru kabul edilemez.

Bu değerlendirme sonucunda olması gereken hukuk bakımından ya MÖHUK m. 44'ün birinci cümlesinin “*Bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin -veya yerleşim yerinin (mutad meskeninin)- Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir*” şeklinde tekrar kaleme alınması veya MÖHUK m. 44'ün milletlerarası yetki konusunda bir özel hüküm olmasından cihetle öncelikle uygulanması, ancak bu hüküm kapsamında yetkili mahkemenin bulunamaması durumunda iç hukukta yetkiyi düzenleyen İş Mah. K. m. 6’dan faydalanılarak işçinin yerleşim yerinde dava açılabilmesinin kabul edilmesi hak arama düşüncesi açısından yerinde olacaktır.

III. MÜNHASIR YETKİ KAVRAMI VE YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ETKİSİ

Yabancılık unsuru taşıyan bireysel iş uyuşmazlıklarından doğan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin “münhasır yetki” niteliği taşıyıp taşımadığı hem milletlerarası yetki anlaşmalarının yapılabilmesi hem de bu hususta verilen yabancı mahkeme kararlarının Türk hukukunda tenfizi konusunda önem taşımaktadır. Zira yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi için aranan asli şartları düzenleyen MÖHUK’un 54. maddesinin (b) fıkrası uyarınca yabancı ilamın “*Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması*” gerekir.

MÖHUK’ta “münhasır yetki” kavramının tanımı yapılmadığı gibi hangi yetki kurallarının milletlerarası yetki bakımından münhasır yetki kuralı niteliği taşıdığı belirtilmemiştir. İç hukuktaki ilişkiler için kabul edilen “kesin yetki” kurallarının amacı ve fonksiyonu, yabancı unsurlu davalara göre farklılık arz ettiğinden, iç hukuktaki kesin yetki kurallarının aynı zamanda milletlerarası hukuk bakımından da “münhasır yetki kuralı” oluşturduklarını kabul etmek mümkün değildir⁵⁵.

⁵⁵ Çelikel/Erdem, s. 608-609, 749; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 691-692; Esen, Münhasır Yetki, s. 186; Akduman, s. 468.

İç hukukta genel yetkili⁵⁶ ve özel yetkili⁵⁷ mahkemeler yanında mevzuatımızda bazı durumlara ilişkin kesin yetki kuralları da öngörülmüştür. Buna göre başta taşınmazın aynından doğan davalarda yetkiyi düzenleyen HMK m. 12 kesin yetki kuralıdır. Bunun gibi; mirastan doğan davalarda yetki (HMK m. 11), özel hukuk tüzel kişilerinin ortaklık veya üyelik ilişkilerinden doğan davalarda yetki (HMK m. 14/2), can sigortalarında yetki (HMK m. 15/2), iflas davalarında yetki (İİK m. 154) ve İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkiyi tayin eden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 6'da yer alan düzenleme iç hukukumuz bakımından kesin yetki kurallarıdır⁵⁸. Kesin yetkinin varlığı halinde, dava yer bakımından sadece kanunda öngörülen ilgili mahkeme veya mahkemelerde açılabilecektir. Kesin yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle yetkisizlik itirazı davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve bu davalara ilişkin yetki sözleşmesi de yapılamaz (HMK m. 17).

Ancak milletlerarası özel hukuk kapsamındaki ilişkilerin niteliği ve güttüğü amaçların farklı olması sebebiyle, mahkemelerimize iç hukuk yönünden kesin yetki veren yetki kurallarının tümünün, milletlerarası yetki alanında da münhasır yetki olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle iç hukukun kesin nitelikteki yetki kurallarıyla milletlerarası yetki anlamındaki münhasır yetkinin farklı amaçlar taşıdıkları kabul edilmektedir⁵⁹. Münhasır yetki kavramı kesin yetki kavramına göre daha dar bir niteliğe sahiptir. Bu bağlamda münhasır yetki, milletlerarası usul hukukunda söz konusu davanın sadece Türk mahkemelerinde görülebileceğini ifade eder ve yabancı mahkemenin verdiği kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizi bakımından engel oluşturmaktadır⁶⁰.

⁵⁶ HMK m. 6'da davalının, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir. HMK m.9'a göre de Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme davalının Türkiye'deki mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesi olarak kabul edilmiştir.

⁵⁷ Genel yetki kuralının yanında genel yetki kuralını ortadan kaldırmayan özel yetki kuralları arasında; boşanma ve ayrılık davalarında yetkiyi düzenleyen MK. m. 168, sözleşmeden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen HMK m. 10 veya haksız fiilden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen HMK m. 16 gösterilebilir.

⁵⁸ Öğretideki baskın görüşe göre İş Mahkemeleri Kanunun m. 6'da yer alan düzenleme kamu düzenine ilişkin olduğundan bu yetki kuralının da kesin yetki olarak kabul edilmesi gerekir. Bkz. Yukarıda II. A. no'lu başlık altındaki açıklamalar.

⁵⁹ Nomer, s. 525; Çelikel/Erdem, s. 609; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 691-692; Ekşi, Yetki, s. 214.

⁶⁰ Sakmar, Atâ: Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982, s. 98-100; Nomer, s. 527; Çelikel/Erdem, s. 749-750; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 691-692; Ekşi, Yetki, s. 214-215, 222; Tiryakioğlu, Bilgin: Yabancı Boşanma Kararlarının

Hangi davalarda, Türk mahkemelerinin münhasır yetkiye sahip olacağı -iç hukuktaki kesin yetkiden farklı olarak- MÖHUK'ta veya HMK'da açıkça ifade edilmemiştir. Öğretide, mahkemelerin yetkisini belirleyen kuralların hangi konularda münhasır yetki kuralı olduğunun, kuralın ifadesinden ve konuluş amacından hareketle belirlenebileceği ifade edilmiştir⁶¹. Milletlerarası usul hukuk alanında bir yetki kuralının münhasır yetki kuralı oluşturabilmesi için, bir davanın mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulmuş olması gerekir. Bu davalar açısından yetki sözleşmesi yoluyla da başka bir ülke mahkemesi yetkili kılınmaz. Bu sebeple MÖHUK m. 54/b anlamında bir milletlerarası münhasır yetki kuralından bahsedebilmek için bu yetki kuralının ifadesi ve konuluş amacı dikkate alınarak bu yetki kuralı ile getirilmek istenen düzenleme yoluyla, bu tür davaların mutlaka ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesinin amaçlanıp amaçlanmadığına bakılması gerekecektir⁶². Türk usûl hukukunun yetki kurallarına göre, Türkiye içerisinde bu tür davalarda yalnız bir yetkili mahkemenin kabul edilmiş olması veya birden çok mahkemenin yetkili kabul edilmiş olması önemli değildir⁶³.

Bu açıklamalar neticesinde hukukumuzda kamu düzenine ilişkin bir kesin yetki kuralının münhasır yetki olarak kabul edilebilmesi için ihtilaf konusunun her zaman ve sadece Türk mahkemeleri önünde çözümlenmesi isten-

Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, AÜHF Yayınları, Ankara 1996, s. 40, 65; **Sargın**, Fügen: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 151-152; **Esen**, Münhasır Yetki, s. 186; **Süral**, Ceyda: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi", TBB Dergisi, (100), 2012, s. 192.

"Türk hukukunda, kamu düzenine ilişkin yetki kurallarından bazıları münhasır yetki hükmüdür. Münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan Türk Hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir". Yargıtay HGK, E. 2013/18-1628, K. 2015/894, T. 4.3.2015 (kazanci.com.tr).

⁶¹ **Nomer**, s. 525; **Çelikel/Erdem**, s. 609; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 691-692; **Ekşi**, Yetki, s. 214.

⁶² **Sakmar**, s. 98-100; **Nomer**, s. 525-527; **Çelikel/Erdem**, s. 749-750; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 691-692; **Ekşi**, Yetki, s. 214-215, 222; **Tiryakioğlu**, s. 65; **Sargın**, s. 151-152; **Esen**, Münhasır Yetki, s. 186.

⁶³ **Nomer**, s. 490, 527-528; **Kuru**, C. VI, s. 5779; **Sakmar**, Yabancı İlâmlar, s. 98-100; **Çelikel/Erdem**, s. 750; **Ekşi**, Yetki, s. 212-216; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 691-692, 697; **Özel/Erkan/Pürselim/Karaca**, s. 630-631; **Esen**, Münhasır Yetki, s. 186-187.

miş olmalıdır. Bu ihtilaf hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş bir kararın var olması durumunda da bu yetki kuralı ile ilgili yabancı kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizinin engellenmesi amaçlanmış olmalıdır. Bu bağlamda örneğin HMK m.12 ile düzenlenen, Türkiye’de bulunan taşınmazların aynına ilişkin davalar hakkındaki yetki kuralı, münhasır yetki kuralı olarak kabul edilmektedir. Bu yetki kuralının münhasır yetki kuralı olarak kabul edilmesi sebebiyle, Türkiye’de bulunan taşınmazların aynına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de sonuç doğurması MÖHUK m. 54/b hükmü ile engellenmiştir⁶⁴.

Yabancılık unsuru taşıyan bireysel iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından MÖHUK m. 44’te yer alan ilgili yetki kuralının münhasır yetki kuralı olup olmadığı hususu hem iş uyuşmazlıklarına ilişkin yabancı mahkemelerden alınmış kararların Türk hukukunda tanınması ve tenfizi konusunda hem de ilgili uyuşmazlığa konu iş akitleri bakımından yetki sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı konusunda önem taşır ve birlikte irdelenmesi gerekir. Zira iş akitleri konusunda yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesinin mümkün olmadığı kabul edilirse, bu geçersiz yetki anlaşmasına rağmen yabancı mahkemeden alınan bir kararın Türkiye’de tenfiz edilmesi de mümkün olamayacaktır (m. 54/b).

MÖHUK’un 47. maddesinde milletlerarası yetki sözleşmelerinin geçerlilik şartları düzenlenmiştir⁶⁵. Bu düzenleme uyarınca; “*Yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde*

⁶⁴ Nomer, s. 527; Çelikel/Erdem, s. 750; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 692; Esen, Münhasır Yetki, s. 188; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 631.

Bunun gibi İflas davalarında yetki (İİK m. 154/3), Can sigortalarında yetki (HMK m. 15/2) ile Sınai ve Mülkiyet Kanununda yetki (m. 156/2) öğretide genel olarak milletlerarası usul hukuku açısından münhasır yetki oluşturdıkları kabul edilmektedir. Çelikel/Erdem, s. 750-752; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 693 vd.; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 733-734; Esen, Münhasır Yetki, s. 188-203; Cumalıoğlu, Emre: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, Erciyes Üniv. HFD, C. III, (2008), S. 2, s. 434-437; Akduman, s. 468-476.

⁶⁵ 5718 sayılı MÖHUK uyarınca milletlerarası yetki sözleşmelerinin geçerlilik şartları ve hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 642 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 538 vd.; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 629-642; Demirkol, Yetki, s. 132 vd.

yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür". Maddenin ikinci fıkrasında ise, yine zayıf tarafın korunması amacıyla iş (tüketici ve sigorta) sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda mahkemenin yetkisinin, bu konuda yetki anlaşması yapılarak bertaraf edilemeyeceği kabul edilmiştir. Böylece ekonomik ve müzakere gücü bakımından zayıf konumda olan işçinin bu zayıflığından istifade edilerek aleyhine bir yetki sözleşmesini kabul etmek zorunda kalmasının önüne geçilmiştir⁶⁶.

MÖHUK'un 44. maddesi, milletlerarası yetki sözleşmelerine ilişkin 47. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, m. 44'ün işçiyi koruma amacıyla düzenlenmiş özel bir yetki kuralı olmakla beraber mutlak bir münhasır yetki kuralı özelliğine sahip olmadığı kabul edilmektedir⁶⁷. Ancak öğretide, işçi (ve tüketici ile sigorta) sözleşmelerine ilişkin olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen özel yetki hükmünün (m. 44), zayıf tarafı korumakla sınırlı ve zayıf taraf lehine bir "sınırlı münhasır yetki" kuralı niteliğine sahip olduğu da ileri sürülmektedir⁶⁸. Madde 47/2'deki yetki sözleşmesine ilişkin yasak sebebiyle de, işçinin mutad işyerinin Türkiye'de bulunması hâlinde, davalı olan işçi aleyhine yabancı mahkemelerce verilen kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizinin mümkün olamayacağı; buna karşın işçinin kendi lehine yabancı bir mahkemeden almış olduğu kararın, Türkiye'de tanınması ve tenfizinin mümkün olması gerekeceği ifade edilmiştir. Zira MÖHUK'un 44. maddesinde düzenlenen Türk mahkemesinin yetkisi, zayıf konumda olan tarafı korumak amacıyla getirilen sınırlı bir münhasır yetki kuralı olup, zayıf tarafın lehine olan bir yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerince tanınması ve tenfizinin, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi ileri sürülerek engellenmemesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁹.

⁶⁶ Çelikel/Erdem, s. 752-753; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 551; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 642.

⁶⁷ Aksi yönde bkz, Güngör, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin, Ankara 2021, s. 250: "Nitekim MÖHUK m.47/2, 44. Maddede belirlenen mahkemelerin yetkisinin tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceğini bildirmektedir. Bu sebeple MÖHUK m. 44/1'in kesin ve aynı zamanda münhasır yetki tesis ettiğini değerlendirmiyoruz".

⁶⁸ Nomer, s. 526, dn. 267 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 551-552; Çelikel/Erdem, s. 635-636.

⁶⁹ Nomer, s. 528; Çelikel/Erdem, s. 656-657, 753; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 692-693. Aynı yönde, bkz. Çörtoğlu Koca, s. 276-279; Güven, Pelin: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yetkin, Ankara 2013, s. 105; Yüksel, s. 183 vd.; Can, s. 127; Akduman, s. 479.

Ayrıca bkz. Güngör, s. 257: "Türk hukukunda Türk mahkemelerinin yetkisi kanunla düzenlendiğinden yetki anlaşması ile yetki kuralında düzeltme yapılamayacağını düşünüy-

Kanımızca burada bir “münhasır yetki” veya “sınırlı münhasır yetki”den bahsetmek mümkün değildir⁷⁰. MÖHUK m. 44’te işçi lehine düzenlenen bu milletlerarası yetki kuralına zayıf tarafı koruyucu bir “özel milletlerarası yetki kuralından” öte anlam yüklememek gerekir⁷¹. MÖHUK’un 47. maddesinin her iki fıkrasında yer alan düzenleme birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun burada bir münhasır yetki veya sınırlı münhasır yetki tayin etme gayesi olmadığı anlaşılabilecektir. Zira 47. maddenin ilk fıkrasında yer itibarıyla yetkinin “*münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde*”, tarafların uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabileceklerini ve ikinci fıkra da “*44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez*” denmektedir.

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, m. 47/2 iş akitleri konusunda Türk mahkemelerine bir münhasır yetki tanımamıştır. Çünkü ilk fıkra, münhasır yetkili Türk mahkemesi mevcutsa yetki sözleşmesinin yapılamayacağını bildirdikten sonra ikinci fıkra iş (tüketici ve sigorta) sözleşmelerinde yetki sözleşmesinin yapılabileceği, ama bu yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Zira geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı durumunda kural olarak Türk mahkemesinin yetkisinin ortadan kalkması gerekir. Keza MÖHUK m. 47/1 kapsamındaki yetki anlaşmasının varlığı halinde bu yetki anlaşmasında belirlenen yabancı mahkeme ilgili borç ilişkisi için münhasır yetkili hâle gelir ve ancak yabancı mahkeme kendini yetkisiz sayarsa veya Türk mahkemesinde dava

yoruz. Ayrıca yetki anlaşmasının zayıf taraf lehine kullanılmasının düşünülmesi fikrimizce gereksiz iyimserliktir”.

⁷⁰ Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, s. 74-75; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 643; Özel, s. 1375-1378; Demirkol, Yetki, s. 242. Avşar, s. 382-382. Aynı yönde bkz. Eksi, Tenfiz, s. 222; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 866, 870; Tarmen, s. 352-353. Aksi yönde bkz. Güngör, s. 282.

“Doktrinde, Kanunda tespit edilen bu üç halde, Türk mahkemelerinin sınırlı münhasır yetkisinin olduğu ve Kanunun koruma amacına uygun olarak verilen yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Burada nazara alınması gereken Kanunun koruma amacından maksat, verilen yabancı mahkeme kararının maddi içerik olarak zayıf tarafın lehine olması değil, yargılamayı yapacak mahkemenin yetkili kılınması bağlamında zayıf tarafın lehine olmasıdır”. Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, s. 130-131.

⁷¹ Her ne kadar MÖHUK’ta yer alan özel yetki kuralı öğretide (Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 474-475; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 579) HMK da yer alan özel yetki ile genel yetki arasındaki ilişkiden farklı tutulsa da, iş davaları konusunda İş Mah. K. m. 6’da düzenlenmiş yetki kuralının da m. 44 gibi işçi tarafın özel durumu düşünülerek düzenlendiğinin ve işçi aleyhine olmadığının dikkate alınması gerekecektir.

açıldığında bir ilk itiraz olan yetki itirazında bulunulmazsa dava Türk mahkemesinde görülebilecektir⁷². Ancak m. 47/2 de zayıf tarafı korumak için Türk mahkemesinin de halen yetkili kalacağı, sadece -diğer borç ilişkilerinin aksine- yapılacak yetki anlaşmasıyla yetkisinin ortadan kalkmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır.

Bu açıklamaların ışığında 47/2 maddesi ile getirilen düzenlemede, yabancı mahkemeyi yetkili kılan bir yetki anlaşmasının Türk mahkemesinin de yetkisini ortadan kaldırmayacağı, sadece iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde m. 44’de düzenlenmiş olan yetkili Türk mahkemelerinin **yanında** yabancı mahkemenin de yetkili sayılacağı kabul edilmektedir⁷³.

Sonuç olarak, yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği bir borç ilişkisinde taraflar yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebilirler⁷⁴. Bu konuda, iki tacir arasında akdedilen bir satım akdi ile iş akitleri arasındaki yetki anlaşması bakımından esasında tek bir fark yer alır: Buna göre tacirler arasında yapılan bir satım sözleşmesi gibi diğer borç akitlerinde artık prensip olarak yetkilendirilen yabancı mahkeme münhasır yetkili hale gelir ve yetki itirazında bulunulursa Türk mahkemesinde dava görülemeyecektir. Buna karşılık, iş akitleri bakımından yetki anlaşması yapılmış olsa dahi milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemesinin yetkisi bertaraf edilemiyor ve bu yetki anlaşmasına rağmen Türk mahkemesinde de dava görülebilecektir⁷⁵.

Bu durumda taraflardan biri, ister işçi isterse de işveren taraf olsun, yetkili Türk mahkemesi yanında yetki anlaşmasıyla (ek) yetkili olarak belirlenen yabancı mahkemede dava açar ve dava sonuçlanırsa, bu karar

⁷² Nomer, s. 496; Çelikel/Erdem, s. 653; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 560; Özel/Erkan/Pürselim/ Karaca, s. 639.

⁷³ Çelikel/Erdem, s. 635; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 551.

⁷⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki, yabancılık unsuru içeren bir sözleşme hakkında yetkisiz bir Türk mahkemesinin yetkili kılınması MÖHUK m. 47 uyarınca değil, HMK m. 17-18’de yer alan düzenlemeye uygun olmak şartıyla yapılabilir. Ancak HMK m. 17’de yer alan; “Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler” hükmü gereğince yabancılık unsuru içeren iş akitlerinde taraflardan biri işçi olduğu için Türk mahkemelerini yetkilendiren yetki anlaşmasının yapılması mümkün değildir. Bkz. Çelikel/Erdem, s. 663; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 530; Özel/Erkan/Pürselim/ Karaca, s. 600; Süral, s. 193.

Ancak MÖHUK’da olmayan tacir ve kamu tüzel kişisi şartının, zayıf tarafın korunması ilkesi çerçevesinde olması gereken hukuk bakımından tartışmalı olduğu da açıktır. Bkz. Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 644.

⁷⁵ Aynı yönde bkz. Demirkol, Yetki, s. 243.

MÖHUK'da aranan diğer şartları da taşıyorsa Türkiye'de tanınmasına ve tenfiz edilmesine bir engel bulunmayacaktır. Bu konuda m. 54/b'deki "münhasır yetki" şartının da bir etkisi yoktur⁷⁶. Zira iş sözleşmeleri konusunda bir "münhasır veya sınırlı münhasır yetki" değil, bilakis, sadece bir "zayıf tarafı koruyucu özel yetki" kuralı söz konusudur.

Bununla birlikte "zayıf tarafı koruma amacıyla sınırlı münhasır yetki" anlayışı ile "özel yetki" farklı kavramlar olup usûl hukukuna ilişkindir. Maddî hukukta bazı zorunluluklar veya sosyal gerçekler sebebiyle özellikle ekonomik anlamda ve müzakere gücü bakımından zayıf olan taraf lehine kurallar konulmuş olsa da, usûl hukukunda maddî hukuktan farklı olarak zayıf tarafın korunması ilkesine yer verilmemiştir. Yargılama kuralları bakımından taraflar eşit kabul edilmiştir. Zira usûl hukuku açısından hakkaniyete uygun olarak "adil ve eşit yargılanma" ile buna bağlı olarak "silahların eşitliği" ilkesi geçerlidir⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi de 02.12.2004 tarihli kararında bu ilkeyi vurgulamıştır. Karar uyarınca: *"Hukuk davalarında, davacı veya davalı ister gerçek, ister tüzel kişi veya kamu tüzel kişisi ya da hazine olsun, netice itibariyle "taraf" sıfatını alır. "Taraflar" olma itibariyle davacı ya da davalının hukuki durumları aynıdır... Adil yargılanma hakkının ulusal üstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan "silahların eşitliği" ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır."*⁷⁸.

Aynı gerekçe ve ilkeye binaen öğretide, taraflarına eşit ölçüde haklar tanımayan asimetrik yetki anlaşmalarının da yapılamayacağı savunulmuştur: *"Usul hukukundaki silahların eşitliği prensibine aykırı olan ve taraf iradele-*

⁷⁶ Eksi, Tenfiz, s. 222; Özel, s. 1377-1378; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 870; Tarman, s. 352-353.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. Cumalıoğlu, s. 445: *"Bize göre taraflardan birine uygulanıp diğerine uygulanamayan münhasır yetki kuralı müessesenin özüne uygun düşmemektedir. Münhasır yetki mahkemenin yetkisini belirleyen nesnel bir durumdur; kişinin sıfatına göre değişiklik göstermesi mümkün değildir. Kaldı ki sınırlı münhasır yetki kavramıyla ulaşılmak istenen amaca yabancı mahkeme kararının kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının gözeterek de ulaşılabilir. İstisna olması gereken münhasır yetki hallerini genişletmekten kaçınmamız gerekir"*.

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 02.12.2004, E. 2001/216, K. 2004/120 (RG, 21. 10. 2005, S. 25973).

*rine tanınması gereken eşit değere ve güce uygun olarak yapılmayan, tarafların iradeleri arasında eşitsizlik getiren ve sadece tek bir tarafın davasını açarken yabancı mahkemeye gidebileceği ama diğer tarafın davasını yetkili Türk mahkemesinde açmasının zorunlu olduğu “asimetrik yetki sözleşmeleri” kanaatimizce geçerli değildir*⁷⁹.

Açıklanan bu nedenlerle yetki sözleşmesiyle yetkilendirilen yabancı bir mahkemeden alınan kararın “sınırlı münhasır yetki” kuralı gerekçesiyle sadece taraflardan biri (işçi, tüketici veya sigortalı) lehine Türkiye’de tanınıp tenfiz edilebileceği yorumu bu usûl ilkeleri ile çelişmektedir⁸⁰. Bu sebeple de yabancı mahkemeden alınan bir kararın, tanıma ve tenfiz şartlarından olan münhasır yetki engeline takılmadan -diğer şartları da taşıyorsa- tenfiz edilmesi gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir yabancı mahkeme kararının işçi lehine sonuçlar taşıyıp taşımadığını öğrenmek için, bu kararın içeriğini tetkik etmek gerekecektir ki, bu da tenfiz sisteminde geçerli olan revizyon yasağı engeline takılacaktır. Türk tenfiz hukuku sisteminde yabancı mahkeme kararlarının içeriğini tetkik yasağı (revizyon yasağı) kuralı geçerlidir⁸¹.

Son olarak karşılaştırmalı hukuk bakımından Avrupa Birliği üyesi Devlet mahkemelerinin yetkisine ilişkin Brüksel I (bis) Tüzüğünde de, iş sözleşmeleri kapsamında belirlenen yetki kurallarını daraltmayan ve belirli şart-

⁷⁹ Çelikel/Erdem, s. 649. Aynı yönde bkz. Nomer, s. 575, dn. 378; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 533. Ayrıntılı inceleme için bkz. Demir Gökyayla, Cemile: “Asimetrik Yetki Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniv. HFD, C. 11, 2016, S. 145-146, s. 417-458.

⁸⁰ “... maddî hukukta bazı zorunluluklar ya da sosyal gerçeklerle taraflardan biri lehine kurallar konulmuş olsa da, yargılama önünde, yargılama kuralları bakımından taraflar eşittir. Örneğin, işçi lehine yorum ilkesinin uygulandığı iş hukukuyla ilgili bir uyuşmazlıkta, maddî iş hukuku kuralları çerçevesinde işçi lehine ya da boşanmada kadını koruyan hükümler çerçevesinde bunları dikkate alarak hareket edilmesi mümkündür; ancak, bu işçinin veya kadının yararlandığı bir yargısal imkândan karşı tarafın yararlanamaması...vs. anlamına gelmemelidir. Aksinin kabulü, taraflardan birinin kendisini savunacak silahlar bakımından sınırlı imkânlarla sahip olması, diğer tarafın ise her türlü imkânı kullanması anlamına gelir ki, bu durumda sağlıklı ve doğru bir yargılama yapılamaz ve karar verilemez”. Erdönmez, Güray, Pekcanıtez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. I (Ed. Pekcanıtez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya), 15. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2017, s. 861. Aynı yönde, Çiftçi, Pınar: İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet, Ankara 2010, s. 71.

⁸¹ “Aksini kabul etmek; yani yabancı ülke mahkemesinin verdiği kararın maddi içerik olarak zayıf taraf lehine olmasını aramak, kararın esasına ilişkin herhangi bir değerlendirme veya inceleme yapma (revision au fond) yasağının ihlal edilmesi demek olur. Oysa Türk hukukunda yabancı kararın esasına ilişkin inceleme yapılamayacağı esası kabul edilmektedir”. Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, s. 131. Aynı yönde bkz. Özel, s. 1375, 1380; Özkan/Tütüncübaşı, s. 205, dn. 84; Cumahoğlu, s. 442.

lar kapsamında işçiye başka mahkemelerde dava açma hakkı tanıyan milletlerarası yetki anlaşmalarının yapılabileceği açık olarak düzenlenmiştir. Söz konusu şartlar uyarınca bu gibi bir yetki anlaşması hukuki ihtilâfin doğumundan sonra yapılmış olmalı (m. 23/1) veya tüzükte yer alan yetkili mahkemelerden başka işçi tarafın lehine ek yetkili mahkeme tayin etmiş olmalıdır (m. 23/2)⁸². Tüzüğün ilgili yetki kurallarına aykırı olarak kararın yetkisiz mahkeme tarafından verilmiş olması tanıma-tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir (m. 45/1-e). Ancak bu düzenlemede işçi tarafın lehine olacak bir istisnaya yer verilmemiş olup, her iki taraf eşit kabul edilmiştir.

Bu bağlamda MÖHUK m. 47/2’de aynı yönde bir değişiklik yapılması durumunda, kanun koyucunun zayıf tarafı koruma amacına uygun bir çözüm getirilmiş olur. Bunun için MÖHUK m. 47/2’nin; “44, 45 ve 46’ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi; 1- tarafların uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapacakları bir anlaşmayla; veya 2- işçi, tüketici ya da sigortalıya bu maddelerde belirlenen mahkemeler yanında başka mahkemelerde dava açma hakkı tanıyan bir anlaşmanın yapılmasıyla genişletilebilir” şeklinde tekrar kaleme alınması önerilebilir⁸³.

SONUÇ

Yabancılık unsuru taşıyan bireysel iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen hükümlerin değerlendirilmesinde öğretide ve Yargıtay uygulamasında farklılıklar mevcuttur. Bireysel iş sözleşmelerinde işçi tarafın ekonomik açıdan ve işverene karşı müzakere gücü bakımından zayıf konumda olduğu ve bu sebeple de hukuken korunması gerektiği bir gerçektir. Ancak konumuza ilişkin düzenlemeler değerlendirildiğinde bu korumanın mutlak olarak sağlanamadığı, yorum yoluyla işçinin lehine bazı sonuçlara ulaşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak maddî hukukta geçerli olan zayıf tarafın korunması hususu aynı şekilde ve etkide yargılama hukuku kurallarında yer almamaktadır. Özellikle kanunen açıkça bu yönde bir hüküm olmadıkça adil yargılanma hakkı ve bu bağlamda usul hukukunda geçerli olan silahların eşitliği ilkesi dikkate alındığında, yorum yoluyla işverene karşı işçinin tercih edilmesi söz konusu olamayacaktır. Bununla beraber yapılan kanunî düzenlemelerde de işçinin korunması amaçlanmış ancak milletlerarası usul hukuku bakımından bu konuda eksiksiz bir düzenleme yapılamamıştır.

⁸² Esen, s. 199 vd.; Demirkol, Yetki, s. 237-238; Schack, §8, kn. 348-349.

⁸³ Aynı yönde, Bayraktaroğlu Özçelik, s. 867. Ayrıca krş. Tarman, s. 350.

MÖHUK'un Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen hükümleri irdelendiğinde, önce m. 40 ile genel olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukukta yer alan yetki kurallarına göre tayin edileceği belirlenmiştir. Ardından özellik arz eden durumlar için ayrı ve özel bazı hükümler kabul edilmiştir. MÖHUK m. 44 de bunlardan biri olup yabancılık unsuru taşıyan bireysel iş uyuşmazlıklarında, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde öncelikli olarak uygulanacaktır. Ancak m. 44 Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenlemekte tek başına yeterli kapsama sahip değildir. Başka bir ifadeyle, söz konusu hükümde sadece işçinin mutad işyerinin Türkiye'de bulunduğu durumlar dikkate alınmış, mutad işyeri yabancı ülkede olan ve fakat Türkiye'de yerleşim yeri veya mutad meskeni bulunan işçinin durumu düzenlenmemiştir. Bu bağlamda yurt dışında çalışıp Türkiye'ye dönen bir işçi aleyhine dava açmak isteyen işverenin Türk mahkemesinde dava açması engellenmiştir. Bu engelleme işçi lehine gözükmese de işverenin yurt dışında dava açmasına ve bu yabancı mahkemeden aldığı kararı kural olarak Türkiye'de tenfiz edebilmesine engel değildir. Bu durum da işçinin lehine değil, aleyhine bir sonuç yaratacaktır. Zira ekonomik anlamda zayıf olan ve Türkiye'ye dönmüş olan işçinin aleyhine yabancı mahkemede açılan davada kendini savunabilmek için avukat tutması, belgeleri tercüme ettirmesi gibi işlemler çoğu zaman masraflı ve belki de imkânsız olacaktır. Böylece kanun koyucunun korumak istediği işçi-işverenin Türkiye'de dava açabileceği bir yetkili mahkeme bulunmadığı için- kendisini tam anlamıyla savunamayacaktır.

Söz konusu bu olumsuzluğu ortadan kaldırmak için ya mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta olduğu gibi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayininde iç hukukta yer alan yetki kurallarının da uygulanacağını ve bu bağlamda İş Mah. K. m. 6 kapsamında işçinin Türkiye'de bulunan yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğunu kabul etmek gerekecek ya da m. 44'ün içerisinde bir değişiklik yaparak, işçinin Türkiye'deki yerleşim yeri ve/veya mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olacağına ilişkin bir düzenleme yapılması gerekecektir. Kanun koyucunun tereddütleri ortadan kaldıracak bu yöndeki bir düzenleme yapması hem işveren hem de işçi lehine olacaktır.

Konuya ilişkin diğer bir tartışmalı husus ise MÖHUK m. 47'de düzenlenen milletlerarası yetki anlaşmaları kapsamında özellikle, m. 47/2 uyarınca iş akitleri bakımından yetki anlaşması yapıp yapılamayacağı ve bu anlaşmaların etkisidir. Öğretide m. 44 ve m. 47/2 birlikte değerlendirildiğinde bir münhasır yetkinin söz konusu olduğunu savunan görüş olduğu gibi burada işçi tarafı koruyucu nitelikte bir "sınırlı münhasır yetki" olduğunu savunan

görüşler de mevcuttur. Kanımızca öncelikle iş akitlerine ilişkin yetki anlaşmaları konusunda bir mutlak münhasır yetki söz konusu değildir. Zira m. 47/2'in lafından iş uyuşmazlıkları konusunda da yetki anlaşmalarının yapılmasının mümkün olduğu, ancak bu anlaşmayla m. 44'de belirlenen mahkemelerin yetkisinin bertaraf edilemeyeceği, yani ek yetkili mahkemelerin kararlaştırılabileceği anlamı çıkmaktadır.

MÖHUK m. 47/2 kapsamında yapılan yetki anlaşmasının sadece işçi lehine olabileceği ve bu bağlamda yabancı mahkemeden lehine karar alan işçinin bu kararı Türkiye'de tenfiz edebileceği, ama aleyhine alınan bir kararın -sınırlı münhasır yetkinin varlığı sebebiyle- Türkiye'de tenfiz edilemeyeceği de öğretide savunulmaktadır. Bu yönde kanunda açık bir hüküm bulunmadığı gibi, zayıf tarafın lehine yorum yapılması maddî hukuktan farklı olarak usûl hukukunda geçerli olan silahların eşitliği ilkesi sebebiyle kanımızca mümkün değildir. Bu bağlamda olması gereken hukuk açısından ya AB Brüksel I (*bis*) Tüzüğüne olduğu gibi yetki anlaşmasının yapılması işçi lehine kanunla sınırlandırılacak ya da HMK m. 17'de olduğu gibi tacir olmayanlar arasında yetki anlaşmasının yapılmasının tamamen yasaklanması icap edecektir. Zira işçi lehine yapılan yorumla sınırlı münhasır yetkinin varlığını kabul etmek, yabancı mahkemeden alınan kararın işçi lehine olup olmadığı hususunda yabancı kararın içeriğini tetkik etmek anlamına gelir ki, bu da tenfiz hukukunda geçerli olan revizyon yasağına aykırılık oluşturacaktır.

Sonuç olarak, mevzuatımızda yer alan düzenlemeler ve usûl hukuku ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde MÖHUK m. 44'ün koruyucu bir özel hükümdür ve öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Ancak işçinin mutad işyerinin yurt dışında olduğu durumlarda işçiye karşı İş Mah. K. m. 6 uyarınca (MÖHUK m. 40'ın göndermesiyle), işçinin yerleşim yerinde de dava açılabilmesi gerekecektir. Yetki anlaşmaları bakımından da m. 47'de yer alan düzenleme uyarınca uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce veya sonra işçi ve işveren arasında -milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemeleri yanında- yabancı mahkemeyi de yetkilendiren yetki anlaşması yapılabilir. Ayrıca taraflardan hangisinin lehine olduğu konusunda bir ayrım yapılmadan, iş uyuşmazlığına ilişkin yabancı mahkemeden alınan bir kararın, MÖHUK m. 50 ve devamında aranan şartları taşıması durumunda -özellikle de Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmiyorsa- Türkiye'de tenfiz edilebileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akduman**, Ebru: “Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15 (163), 2020, s. 466-480.
- Akıncı**, Ziya: *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Seçkin, Ankara 2002.
- Akkan**, Mine: *Pekcanıtez Usûl-Medenî Usûl Hukuku*, C. I (Ed. Pekcanıtez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya), 15. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2017.
- Avşar**, Melis: *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi*, Oniki Levha, İstanbul 2021.
- Aygül**, Musa/**Çoban**, Nazlı: “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(169), 2020, s. 1815-1832.
- Bayraktaroğlu Özçelik**, Gülüm: “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, *AÜHFD*, C. 63, S. 4, 2014, s. 833-878.
- Can**, Hacı: *Milletlerarası Usul Hukuku*, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2019.
- Centel**, Tankut: “Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, Y. 1984, S. 33, s. 215-237.
- Cumahoğlu**, Emre: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, *Erciyes Üniv. HFD*, C. III, (2008), S. 2, s. 431-448.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 36. Bası, Beta, İstanbul 2023.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Bası, İstanbul: Beta, 2021.
- Çiftçi**, Pınar: *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet, Ankara 2010.
- Çörtoğlu Koca**, Sema: *Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*, Yetkin, Ankara 2016.
- Demir Gökyayla**, Cemile: “Asimetrik Yetki Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, *Bahçeşehir Üniv. HFD*, C. 11, 2016, S. 145-146, s. 417-458.

- Demirkol**, Berk: “Zayıf Taraflı Sözleşmesel İlişkilere İlişkin MÖHUK’taki Milletlerarası Yetki Kurallarının Yerindeliği ve Çözüm Önerileri”, Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar (Ed: Özel, Sibel/Pürselim Arning, Hatice Selin), Oniki Levha, İstanbul 2021, s. 21-44.
- Demirkol**, Berk: Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, Vedat, İstanbul 2018. (Yetki)
- Doğan**, Vahit: “Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB C. 22, S. 2 (2002), s. 121-147.
- Doğan**, Vahit: “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, GÜHFD, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 147-163.
- Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin, Ankara 2010.
- Doğan**, Vahit/**Yılmaz**, Alper Çağrı/**Ayhan İzmirli**, Lale: Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Baskı, Savaş, Ankara 2024.
- Ekşi**, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta, İstanbul 2000. (Yetki)
- Ekşi**, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 2. Bası, Beta, İstanbul 2020. (Tenfiz)
- Elçin**, Doğa: Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet, Ankara 2012.
- Erdönmez**, Güray, Pekcanıtez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. I (Ed. Pekcanıtez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya), 15. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2017.
- Esen**, Emre: “Bireysel İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Üye Devlet Mahkemelerinin Yetkisi” in Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Ed. Özkan, Işıl/Süral, Ceyda/Tütüncübaşı, Uğur), Adalet, Ankara 2016.
- Esen**, Emre: “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB C. 22, S. 2 (2002), s. 183-206. (Münhasır Yetki)
- Geimer**, Reinhold/**Geimer**, Ewald/**Geimer**, Gregor: Internationales Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Ottoschmidt, Köln 2024.
- Güngör**, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin, Ankara 2021.
- Güven**, Pelin: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yetkin, Ankara 2013.

- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001.
- Nagel**, Heinrich/**Gottwald**, Peter: Internationales Zivilprozessrecht, 8. Auflage, Ottoschmidt, Köln 2020.
- Nomer**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 23. Bası, Beta, İstanbul 2021.
- Özel**, Sibel: “Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m.44”, BÜHFD 2019, C. 14, S. 179-180, s. 1351-1382,
- Özel**, Sibel/**Erkan**, Mustafa/**Pürselim**, Hatice Selin/**Karaca**, Hüseyin Arif: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2023.
- Özkan**, Işıl/**Tütüncübaşı**, Uğur: Uluslararası Usûl Hukuku, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2020.
- Sakmar**, Atâ: Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları, İstanbul 1982.
- Sargın**, Fügen: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996.
- Sarıöz Büyükalp**, A. İpek: “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f.3’ün Uygulanma Sorunu”, HHFD, 8 (2) 2018, s. 195-248.
- Schack**, Haimo: Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Auflage, C.H. Beck, München 2021.
- Süral**, Ceyda: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, TBB Dergisi, (100), 2012, s. 167-216.
- Süzek**, Sarper/**Başterzi**, Süleyman: İş Hukuku, 24. Baskı, Beta, İstanbul 2024.
- Süzen**, Begüm: Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi, Oniki Levha, İstanbul 2016.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Fıganmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Baskı, Beta, İstanbul 2024.
- Tarman**, Zeynep Derya: “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, MHB C. 39, S. 1 (2019), s. 325-356.
- Tiryakioğlu**, Bilgin: “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davâlarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 1141-1165.
- Tiryakioğlu**, Bilgin: Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, AÜHF Yayınları, Ankara 1996.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: “Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s. 959-990.

Yüksel, Ahmet Emre: Yabancılik Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ile Avrupa Birliği Düzenlemelerinin Karşılaştırılması, Yetkin, Ankara 2024.

**TÜRK HUKUKUNDA
YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI GEREKEN
BİR HÜKÜM OLARAK EVLİLİĞİ SONA EREN KADIN İÇİN
BEKLEME SÜRESİ
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN
27.06.2023 TARİHLİ BAYRAKTAR-TÜRKİYE KARARI**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1642053>

Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU*

Öz

Türk Medenî Kanunu m. 132 uyarınca evliliğin sona ermesinden sonra kadın, yeni bir evlilik yapmak için üçyüz gün beklemek zorundadır. Bekleme süresi içinde yeniden evlenmek isteyen kadın, doğum yaparsa, mahkemeye başvurarak gebe olmadığını ispatlarsa veyahut eski eşiyle evlenmek isterse beklemek zorunda değildir. Hükümün bugün sözde amacı soybağı karışıklığını engellemektir. Ancak hüküm, kadın bakımından ayrımcılık teşkil etmekte olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne ve Anayasa'ya aykırıdır. Avrupa Medenî Hukuklarında bu şekilde bir hükme rastlanmazken, İsviçre Medenî Kanunundan bu hüküm 2000 itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 27/06/2023 tarihli Bayraktar-Türkiye kararında TMK m. 132 hükmüne ilişkin Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiş ve hüküm nedeniyle sözleşmede düzenlenmiş olan özel ve aile hayatına saygı hakkının, evlenme hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği değerlendirmesini yapmıştır.

Çalışmanın yapıma amacı evliliği sona eren kadın için bekleme süresi öngören TMK m. 132 hükmünün yürürlükten kaldırılması gereğini bir defa daha ortaya koymaktadır. Çalışmada ilk önce TMK m. 132 hükmünün Roma ve İslam Hukuklarındaki görünüş şekli ele alınacak devamında hükmün şartları, sonuçla-

* İstanbul (gulshahvardar@gmail.com) ORCID: 0000-0001-8589-6296 (Gönderim Tarihi: 18.02.2025-Kabul Tarihi: 19.03.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

rı ve yürürlükten kaldırılması zorunluluğu irdelenecek, olması gereken hukuka atıfla kadın erkek eşitliği temelinde sonuca varılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kadın Erkek Eşitliği, Bekleme Süresi, Soybağı, Evlilik, Ayrımcılık

A PROVISION IN TURKISH LAW HAVE TO BE REPEALED THAT WAITING PERIOD FOR WOMAN WHOSE MARRIAGE HAS DISSOLVED JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DATED 27.06.2023 BAYRAKTAR-TURKEY

(Research Article)

Abstract

In accordance with Artikel 132 of Turkish Civil Code, after the dissolution of marriage, the woman has to wait three hundred days to remarry. A woman doesn't have to wait if she gives birth, proves at the court that she's not pregnant, or remarries with her ex-husband. Although the purpose of the provision seems to be to prevent confusion of paternity, it constitutes discrimination against women and is contrary to European Convention on Human Rights, United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and Turkish Constitution. Likewise, there is no such provision in European Civil codes, as of 2000 this provision was repealed from the Swiss Civil Code.

In Bayraktar-Turkey case dated 27/06/2023, the European Court of Human Rights found violation against Turkey in relation to Article 132 of Turkish Civil Code and assessed that the right to respect for private and family life, right to marry and prohibition of discrimination were violated.

The purpose of this study is to reveal one more time the necessity of repealing of Article 132 of Turkish Civil Code, which stipulates a waiting period for woman whose marriage has been dissolved. In study firstly the appearance of waiting period in Roman and Islamic Laws will be discussed, then the consequences and the justification for repeal of Article 132 of Turkish Civil Code will be examined, and a conclusion will be reached with de lege feranda on the basis of equality between women and men.

Keywords

Equality Between Men and Women, Waiting Period, Paternity, Marriage, Discrimination

GİRİŞ

Ataerkinin kaleme aldığı Medenî Kanunların ilk hallerinde kadın erkek arasında eşitliğin olmadığı somut bir gerçektir. İsviçre Medenî Kanunundan iktibas edilen ve ilk defa 1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (eMK)¹ de bu eşitliksizlikten nasibini almıştır. 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda (TMK)² ise köklü değişiklikle bu eşitsizliğin ortadan kaldırılması hedeflemiş olsa da ataerkinin kalıntıları bazı hükümlerde halâ varlığını sürdürmektedir. Bu hükümlerden biri de evliliği sona eren kadın için getirilmiş üçyüz günlük bekleme süresi düzenleyen TMK m. 132 hükmüdür. Hiçbir somut dayanağı kalmamasına rağmen hüküm halen varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Kadın için bekleme süresi öngören bu düzenleme İsviçre Medenî Kanunu'ndan -görece geç addedilebilecek bir tarihte- 1.1.2000 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 2023 yılında oldukça isabetli bir yaklaşımla bu hüküm nedeniyle Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiştir. Hükümün yürürlükten kaldırılması için muhalefet partisi 2016 yılından bu yana çeşitli tarihlerde kanun teklifi vermiş olsa da bu konuda henüz bir adım atılmış değildir. Bugün elde kalan tek umut, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS)⁴, Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine (CEDAW)⁵ ve Anayasa⁶ aykırı olan bu hükümün Anayasa Mahkemesi tarafından soyut veya somut norm denetimi sonucu iptal edilmesidir.

I. ROMA VE İSLAM HUKUKLARINDA KADIN İÇİN BEKLEME SÜRESİ

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 1926 yılında İsviçre Hukukundan iktibas edilmiş olup 1926 yılına kadar ise medenî hukuk sahasında İslam Hukuku kuralları uygulanagelmıştır. Bu nedenle gerek Roma Hukuku gerek İslam Hukuku kaynaklarında evliliği sona eren kadın için bekleme süresi

¹ Mülga Türk Kanunu Medenisi, RG. 4.4.1925/339.

² Türk Medenî Kanunu, RG. 8.11.2001/24607.

³ <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/1999/149/de> (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, RG.19.03.1954/8662.

⁵ Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, RG. 14.10.1985/18898.

⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG. 9.11.1982/17863.

öngören düzenlemeler, yürürlükteki hukukla karşılaştırma yapabilmek bakımından önem arz etmektedir.

A. Roma Hukukunda Bekleme Süresi

Roma Hukuku kaynaklarına baktığımızda evliliği sona eren kadın için bekleme süresinin varlığına rastlanmaktadır. Roma Hukukunda evliliğin ölümle sona ermesi halinde kadın için on aylık matem süresi (luctus) söz konusuydu ve bu kural daha sonraları soybağı karışıklığının engellenmesine de hizmet etmesi amacıyla bir yıla çıkarılmıştı⁷. Roma Hukukunda kadın bekleme süresi dolmadan evlenecek olursa evliliği geçersiz olmuyordu, ancak kadın şerefsiz (infamia) ilan ediliyordu⁸. Ölümünden sonraki bekleme süresi boşanma sonrası için de söz konusuydu⁹.

Bu kısa bilgiden anlaşılacağı üzere, Roma Hukukundaki bekleme süresi, TMK m. 132’de yer alan bekleme süresi düzenlemesi ile benzerlik göstermektedir. Yine Roma Hukukunda bekleme süresine uyulmadan yapılan yeni evliliğin geçersiz sayılamaması TMK m. 154’ün “*Kadının bekleme süresi bitmeden evlenmesi, evlenmenin butlanını gerektirmez.*” şeklindeki hükmü ile de paraleldir. Roma Hukukunda farklılık arz eden husus, hükmün amacıdır. Roma Hukukunda bekleme süresinin birincil amacı kadına matem, yas tutmak için süre tanımak, buna eklenen amacı ise soybağı karışıklığını engellemektir. TMK’da ise hükmün birincil amacının soybağı karışıklığını engellemek olduğu iddia edilmektedir ki aşağıda gerekçelendirileceği üzere bugün hükmün bu şekilde bir amacından bahsetmek mümkün değildir. Gerçi Roma Hukukunda kadının konumuna baktığımız zaman da ataerkinin bu hukuk sisteminde de kadın bedenini denetleme amacının olduğunu söylemek yanlış olmayacağından her iki hukuk sisteminde hükmün varlık sebebinin benzer olduğu görülmektedir.

⁷ **Domingo**, Rafael: “The Family in Ancient Roman Law”, SSRN Electronic Journal, 2017, s. 11; Matem süresinin Roma’nın eski dönemlerinde daha çok dini inanışlara dayandığı yönünde Bkz. **Gönenç**, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Kadın, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 99, 100.

⁸ **Sütken**, Elvan: “Roma Hukukunda Nişanlanma, Evlenme ve Evliliğin Sona Ermesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2024, s. 189. Evlilik geçersiz olmasa da bu kadının ikinci kocasına dos ya da miras yoluyla mallarının üçte birinden fazlasını veremiyor aynı zamanda bu kadına ölüme bağlı kazandırma yapılamıyordu (**Gönenç**, s. 100).

⁹ **Sütken**, s. 189.

B. İslam Hukukunda Bekleme Süresi

İslam hukukunda evliliği boşanma ile sona eren kadınlar için üç regl kanaması dönemi kadar bekleme süresi söz konusudur¹⁰. Evliliğin sona ermesinden sonra en az altmış gün geçmesiyle regl olan ve bu konuda yemin eden kadının beklemesi süresi yoktur¹¹. Doğurmakla kadının süresi sona ermektedir. Evliliğin ölümle sona ermesi halinde yas tutma amacıyla dört ay on günlük bekleme süresi vardır¹². İslam Hukukunda boşanan, eşi gaip olan, eşi ölen kadın bakımından bekleme süresi getirilmesinin amacı soybağı karışıklığını engellemek, kadının eksi kocasıyla tekrardan evlenme ihtimalini nazara almak, kadına başka bir erkek tarafından evlilik teklifi yapılmasını engellemek ve bu yolla kadının belirli bir süre yas tutmasına izin vermektir¹³.

İslam Hukukunda kadın için düzenlenen bekleme süresinin TMK m. 132 hükmünün ilerisinde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Çünkü üç regl dönemi yaklaşık doksan günlük bekleme süresine denk gelmekteyken, gebe olmadığı hususunda yemin eden kadın bekleme süresi ise en az altmış gündür¹⁴. Elbette İslam Hukukunda kadının bekleme süresinin Türk Hukukuna nazaran daha kısa olmasının asıl sebebi, kadına bir özgürlük alanı yaratmak değil, evli olmayan kadının bir başka erkekle evlenmesini daha kısa sürede mümkün hale getirmek ve bu yolla hukukun kadın bedeni ve cinselliği üzerindeki hakimiyetini pekiştirmektir¹⁵. Şu hususun altını da çizmek gerekir ki bugün modern tıp ve DNA teknolojisi karşında İslam Hukukunda da kadının

¹⁰ kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/235/228-ayet-tefsiri (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

¹¹ kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/241/234/235-ayet-tesfiri (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

¹² **Erdem**, Suat: “İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikahı”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2013, s. 83.

¹³ **Ebrahimi Boukani**, Naser/**Lofti**, Alireza/**Kiani**, Kamel/**Soltani**, Hatam/**Mozafari**, Fatemeh: “The Effect Of Scientific Progress On Waiting Period Legal Law, Cumhuriyet Üniversitesi Fen Fakültesi Fen Bilimleri Dergisi, Özel Sayı, 2015, s. 3161; Ayrıca bkz. **Tawfik**, Martina: Frauen im österreichischen und islamischen Eherecht: Ein Rechtsvergleich, Graz: 2024, s. 72 vd.; **Gayretli Aydın**, Seda: “Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 136, 2018, s. 266 vd.

¹⁴ Bir Yargıtay kararından anlaşıldığı üzere Suriye Hukukunda şeriat mahkemesinin boşanma halinde kadın için hükmettiği bekleme süresi kararın kesinleşmesinden itibaren üç aydır. Yarg. 2. HD.,T. 30.4.2023, E. 2024/1364, K. 2024/3013, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.02.2025).

¹⁵ **Berktaş**, Fatmagül: Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, 9. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2023, s. 139-140.

bekleme süresine ilişkin hükmün yeniden düzenlemesi gerektiği yönünde yenilikçi görüşlere rastlanmaktadır¹⁶.

II. RATIO LEGIS: HÜKMÜN (SÖZDE) AMACI

Hükmün konuluş amacı -modern hukuklarda yas tutma süresi gibi bir amaca rastlamak mümkün olmayacağından- elbette soybağı karışıklığını engellemek gibi görünmektedir¹⁷. Bekleme süresi düzenlemesi, kadının evliliğin son günü kocasıyla cinsel ilişkiye girmiş olması ihtimaline dayanır ve en uzun gebelik süresi olan üçyüz gün boyunca kadının bir başkası ile evlenmesini yasaklar. Böylece evliliğin son gününden sonra üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının eski koca olduğu varsayılabilecektir.

Tıp biliminde ise kadının gebelik süresi kırk hafta, en fazla kırkiki hafta olarak hesaplanır. Bu hesaplamada ise kadın ile erkeğin cinsel ilişkiye girdiği tarih değil kadının son aydaki reglinin ilk günü esas alınır. Eş söylemle kadının gebelik süresi yumurta ile spermin birleştiği günden değil, kadının regl döngüsündeki yumurtasına göre hesaplanır. Bu açıdan baktığımız zaman hukuk bilim ile tıp biliminin muhtemel gebelik süresi hesaplaması birbiri ile örtüşmemektedir.

Kadının son reglinin ilk günü 01.07.2024 ise, kırk haftanın sonu 06.04.2025, 42 haftanın sonu ise 20.04.2025'dir. Ancak kadın ve erkeğin cinsel ilişki tarihi 15.07.2024 ise (bu tarih evliliğin son günü olarak kabul edildiğinde) bekleme süresi hesabında bu tarihe 42 hafta 6 güne denk gelen üçyüz günlük ekleme yapılması gerekir ve süre 10.05.2025 olarak hesaplanır.

Kadının son regl tarihindeki yumurtasına göre değil de kadın ve erkek arasındaki cinsel ilişki tarihine göre yapılan bu hesaplama kadın rahminin tarlaya, erkek sperminin tohumu benzetildiği metaforun¹⁸ görünüş şekli gibi durmaktadır.

Tıp biliminin gebelik hesaplaması ile uyumlu olmayan bu hükümle soybağı karışıklığının engellenmesine aslında gerek de yoktur. Çünkü TMK. m. 285 ve m. 290 soybağı karışıklığını yeter derecede engelleyen hükümlerdir. TMK m. 285 uyarınca "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona erme-*

¹⁶ Örneğin bkz. **Boukani/Lotfi/Kiani/Soltani/Mozafari**, s. 3163.

¹⁷ Mülga hükmün konuluş amacının soybağı karışıklığını engellemek olduğu yönünde İsviçre Hukuku'nda bkz. **Stehlin**, Philipp: Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875-1954), Bern 2018, s. 116.

¹⁸ **Berktaş**, s. 66 vd.

sinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır". TBK m. 290 uyarınca "Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır."

Örnekle somutlaştırmak gerekirse E1 ile evli olan K'nın evlilikleri 01.07.2024 tarihinde E1'in ölümü ile sona ermiş, K üçyüz gün beklemeden 01.08.2024 tarihinde E2 ile evlenmiş ve 01.09.2024 tarihinde doğum yapmışsa çocuğun babası yeni evlilikteki koca E2 sayılacaktır (TMK m. 285). E2 ile çocuk arasındaki soybağı sona erecek olursa çocuğun babasının eski evlilikteki E1 olduğu varsayılacaktır.

Bu basit örnekten anlaşıldığı üzere kadın için üçyüz günlük bekleme süresi, daha iyi bir adlandırma ile evlenme yasağının amacı soybağı karışıklığını engellemek ve çocuğu bir babaya bağlamak değildir. Çünkü TMK m. 285 ve m. 290 zaten soybağı karışıklığını engelleme amacına hizmet eden, çocuğu biyolojik veya hukuki bir babaya bağlayan hükümlerdir. Bu iki hükümün varlığı karşısında bekleme süresini düzenleyen TMK m. 132'ye aslında ihtiyaç olmadığı kolaylıkla söylenebilir.

Kanun hükümlerinin de konuluş amaçlarının zaman içinde, toplumun değişen değerleri ile, gelişen teknoloji ile değişebileceği, hukukun yaşayan bir bilim olduğu unutulmamalıdır. 1926 yılında henüz DNA testlerinin bu derece yaygın olmadığı zamanlarda Medeni Kanunu iktibas ettiğimiz İsviçre Hukuku ve birçok Avrupa Hukuku çocuğun soybağını çeşitli karinelerle belirleme yolunu tercih etmiştir. Nitekim bunlardan ilki, evlilik içinde doğan çocuğun babasının koca sayılmasıdır. Bir başkası, evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca sayılmasıdır. Karine getiren bu hükümler aslında çocuğun biyolojik babasının kim olduğu ile pek de ilgilenmez, çocuk evlilik içinde doğmuşsa soybağı meselesini kolay yoldan halletmek ister ve ataerkinin kutsal addettiği aile birliğinin bozulmasını istemez. Çünkü tüm ataerkil hukuk sistemlerindeki etkisi hissedilen kural, ailede eşyanın mülkiyetinin, kadının ve çocuğun erkeğe ait olmasıdır ve aile birliğinin bir şekilde bozulması aile reisi erkeğin egemenliğinin sarılması anlamına gelecektir¹⁹.

Bugün esas alınması gereken, babanın kim sayılacağı değil babanın gerçekten kim olduğudur. Kutsal aile kavramına bu derece tutunmaya devam etmek ise çocuğun üstün menfaatinden uzaklaşılmasına neden olmaktadır.

¹⁹ **Walby**, Sylvia: Patriyarka Kuramı, Dipnot Yayınları, Ankara 2016, s. 255; **Engels**, Friedrich: Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Yordam Kitap, İstanbul 2019, s. 73 vd.

Bir taraftan çocuğun soybağını karine ile gerçekten babası olmasa da bir erkeğe bağlamak isteyen kanun hükümleri, diğer taraftan kadına biten evliliğin ardından üçyüz gün beklemesini, kimseyle evlenmemesini salık verir. “Biyolojik olmasa da bir çocuğun bir babası mutlaka olmalıdır”, “kadın kocası olmayan biriyle cinsel ilişkiye girmemelidir” mesajları hükmün çelişkisini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla mevcut kanun hükümlerinin çocuğun üstün menfaatini korumak gibi bir amacı zaten yoktur, hükümlerin amacı çocuğu mutlaka bir babaya bağlamak, kadının ise evlenme özgürlüğünü kısıtlamaya devam etmektir.

Bekleme süresine ilişkin TMK m. 132 hükmünün AİHS’ne aykırı olduğu sonucuna varan AİHM de kararında²⁰ önemli olanın soybağı karışıklığına mahal vermemek değil biyolojik babanın belirlenmesi olduğunu vurgulamış ve evliliği sona eren kadın bakımından bekleme süresi öngören düzenlemenin artık herhangi bir amaca hizmet etmediği sonucuna varmıştır²¹.

III. DE LEGE LATA: HÜKMÜN UYGULANIŞI

A. Evliliğin Sona Ermiş Olması

TMK m. 132²² uyarınca evliliğin sona ermesinden itibaren kadının yeniden evlenmesi için üçyüz gün beklemesi gerekmekte olup bekleme süresi evliliğin tüm sona erme halleri bakımından söz konusudur. Evlilik; boşanma, butlan kararı, ölüm karinesi veya gaiplik kararına dayalı evliliğin feshi hallerinden biriyle sona ermişse kadın yeniden evlenmeden önce üçyüz gün beklemek zorundadır.

²⁰ hudoc.echr.coe.int/eng (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

²¹ Anayasa Mahkemesi, 6.3.2024 T, E. 2023/135, K. 2024/18 kararında (RG. 6.3.2024/32481) biyolojik baba olduğunu iddia eden kişinin soybağının reddi davası açması şartlarını zorlaştıran TMK m 291 hükmünün Anayasaya aykırı olduğu sonucu varmış ve TMK m. 291’de yer alan “...baba olduğunu iddia eden kişi...” ibaresinin iptaline karar vermiştir. Burada Anayasa Mahkemesi aile birliğinin bütünlüğüne nazaran çocuğun üstün menfaatini tercih etmiştir. Ancak hükümdeki ibarenin iptalinden kısa bir süre sonra ve henüz iptal kararı yürürlüğe girmeden önce TMK m. 291’de değişiklik yapılarak (7531 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 14.11.2024/32722) TMK m. 291 eski hali ile benzer şekilde sadece cümle dizilimi değiştirilerek aynen yürürlüğe sokulmuştur. Bu süreç yasa koyucunun çocuğun üstün menfaatini esas alan Anayasa Mahkemesi yaklaşımı yerine, ataerkinin kutsal aile kavramını esas almaya devam ettiğini göstermektedir.

²² eMK. m. 95 uyarınca “Kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğin butlanına hükmedilen kadın; vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez./ Doğurmakla müddet biter./Kadının gebe kalması mümkün olmadığı veya boşanma ile ayrılmış olan karı ve koca tekrar birbirleriyle evlenmek istedikleri takdirde, hâkim bu müddeti kısaltabilir.”

1. Evliliğin Boşanma veya Butlan Kararı ile Sona Ermesi

Kadın için bekleme süresi düzenleyen TMK m. 132 uyarınca boşanma kararı sonrası kadının yeni bir evlilik yapmak için üçyüz gün beklemesi gerekmektedir. Ancak hükümden üçyüz günlük sürenin nasıl hesaplanacağını anlamak mümkün değildir. Bekleme süresi ölüm ihtimalinde kolayca hesaplanabilmektedir, ama evliliğin bir mahkeme kararı ile sona erdiği hallerde süre hesabı yapılırken kararın kesinleşmesinin gerekip gerekmediği TMK m. 132 hükmünden doğrudan anlaşılmamaktadır. Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK)²³ bu konuya açıklık getirmektedir. NHK m. 26 uyarınca kadının bekleme süresi, boşanma halinde mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanır²⁴. Dolayısıyla eşler hakkında boşanma kararı verilmiş olsa da karar kesinleşmedikçe kadın için bekleme süresi hesaplaması yapılmaz. Örneğin boşanmaya ilişkin karar tarihi 01.07.2020 olsa, karar istinaf ve temyiz aşamalarından geçse, karar en iyi ihtimalle yaklaşık 01.07.2023 tarihinde kesinleşmiş olsa, bekleme süresinin zaten dolduğu nazara alınmaksızın bekleme süresi 01.07.2023 tarihine eklenen üçyüz gün olarak hesaplanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki hükmün olumsuz etkileri en çok boşanma davalarında ortaya çıkar. Çünkü kötüye giden bir evlilikte eşler, dava açılmadan önce büyük ihtimalle ayrı yaşamaya başlamakta, davanın devam ettiği uzun süre boyunca bu durum devam etmekte, davanın 2-3 yıl sürmesi, kararın kesinleşmesinin beklenmesi ile sürecin 4-5 yıla kadar uzamasıyla kadının tekrar evlenip yeni bir hayat kurması hukuk eliyle engellenmektedir.

Evliliğin mutlak butlan veya nisbi butlan kararıyla sona erdiği hallerde de benzer şekilde kararın kesinleşmesinden itibaren üçyüz gün hesabı yapılmaktadır. Örneğin erkek, zaten evli olduğu sırada bir şekilde ikinci evlilik yapmışsa bu durum, TBK m. 145 uyarınca mutlak butlan sebebidir. Evliliğin butlanı davasında ise salt karar verilmesi kadının bekleme süresinin hesaplanması için yeterli olmayıp aynı zamanda bu kararın kesinleşmesi de gerekmektedir.

Sürenin kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren hesaplanıyor olması durumu tam bir kara mizaha çevirmektedir. Hüküm adeta yerel mahkemece boşanma kararı verilmiş olsa bile kadın ve erkeğin kararın kesinleştiği son gün cinsel ilişkiye girebileceği, kararın kesinleşmesi ile artık cinsel ilişkisinin

²³ Nüfus Hizmetleri Kanunu, RG. 25.04.2006/26153.

²⁴ İsviçre Medenî Kanunu m. 103 yürürlükte olduğu sırada bekleme süresinin kararın kesinleştiği tarihten başlayarak hesaplanması gerektiği yönünde **Götz**, Ernst: Berner Kommentar, Das Familienrecht, Das Eherecht, Art.90-136 ZGB, Verlag Stämpfli, Bern 1964, Art. 103, N. 5.

de son bulacağı ihtimaline tutunmaktadır. Zaten boşanma için zorluk çıkaran bir erkek ya da boşanma sebebini kendisi yaratan erkek, kadının yeni bir hayat kurmasını engellemek için, elinde somut bir sebep olmasa da boşanma kararının kesinleşmesini kolaylıkla uzatabilecektir. Aynı erkek boşanma kararının kesinleşmesiyle hemen evlenme hakkına sahip olacakken, kadının daha üçyüz gün beklemesi gerekecektir. Hukuk, herkes için eşit bir koruma sağlamalıdır. Kadın için var olan bekleme süresi bu dengeyi bozmakta ve kadını birçok alanda sınırlandıran ataerkiyi kuvvetlendirmektedir.

2. Evliliğin Ölüm veya Ölüm Karinesi ile Sona Ermesi

Evliliğin ölümle veya ölüm karinesi ile son bulduğu hallerde kadın için bekleme süresi hesabı ölüm veya ölüm karinesi tarihinden hesaplandığından boşanmada olduğu gibi bir durum yoktur. Ölüm veya ölüm karinesi hallerinde eşini kaybeden bir kadın kendi yasını tuttuğu süre boyunca evlenmeyi tercih etmeyecek dahi olsa ölüm ve ölüm karinesi hallerinde kadın için bekleme süresi düzenlemesine hiçbir şekilde gerek yoktur.

3. Evliliğin Gaiplik Nedeniyle Evliliğin Feshi Davası ile Sona Ermesi

Koca hakkında gaiplik kararı verilmişse bekleme süresine ilişkin hükmün uygulanması pek muhtemel değildir²⁵. Çünkü TMK m. 33 uyarınca gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir. TMK m. 131 uyarınca kişi hakkında gaiplik kararı verilmiş olsa da bu kişinin eşi mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez. TMK m. 131/II uyarınca evliliğin feshi davasının gaiplik başvurusuyla veya ayrıca açılacak bir dava ile istenmesi mümkündür²⁶.

²⁵ Götz, Art. 103, N. 13.

²⁶ Evliliğin feshi gaiplik kararı ile birlikte isteniyorsa yetkili mahkeme bakımından TMK m. 32/II hükmü uygulanır, görevli mahkeme ise yukarıda irdelendiği üzere sulh hukuk mahkemesidir. Buna karşılık evliliğin feshi gaiplik kararından sonra ayrı bir dava ile istenecek ise, yetkili mahkeme TMK m. 131/III uyarınca davacının yerleşim yeri mahkemesi, görevli mahkeme ise Aile Mahkemesidir. Gaiplik kararından sonra ikame edilen evliliğin feshi davasında görevli mahkeme Aile Mahkemesidir. Yargıtay gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshi talep edilmişse, tefrik kararı verilerek gaiplik davasının sulh hukuk mahkemesinde, evliliğin feshi davasının Aile Mahkemesinde görülmesi gerektiği yönünde karar vermiştir (Yarg. 17. HD., T. 30.10.2013, E. 2013/13577, K. 2013/14556 (legalbank.net, Erişim Tarihi: 19.01.2025)). Ancak kanımca bu karar isabetli değildir. Zira TMK m. 131'de açıkça evliliğin feshinin, gaiplik başvurusuyla birlikte istenebileceği düzenlenmişken, iki talebi birbirinden ayırmak mümkün olmadığı gibi mantıklı da değildir.

Kadın eş, gaiplik davası ile birlikte evliliğin feshini de istemişse TMK m. 35/II uyarınca gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğuracaktır. Ancak evliliğin feshi bakımından bu şekilde bir geriye etki söz konusu olmadığından evliliğin, fesih kararının kesinleşmesi ile sona erdiği ileri sürülebilir. Kanımca gaiplik kararının geçmişe etkili olduğu nazara alınarak feshin de geçmişe etkili olduğunun kabulü gerekmektedir. Aksi halde E ile evli olan K'nın açtığı gaiplik ve evliliğin feshi davasında, E 1.7.2020 tarihinde ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş ve gaipliğine 1.7.2024 tarihinde karar verilmişse, fesih kararının 1.7.2024 tarihinde kesinleştiğinden bahisle kadın için bekleme süresi hesaplanması gerekecektir. Feshin geçmişe etkili olmadığı kabul edilecek dahi olsa ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da hakkında uzun süreden beri haber alınmayan erkek ile kadının cinsel ilişkiye girmiş olması ihtimali söz konusu olmayacağından fesih kararı sonrası kadın için bekleme süresi hesabı yapılması abesle iştigal edecektir.

Kadın eşin gaiplik davası ile birlikte evliliğin feshini dava etmediği, bu davayı gaiplik kararından sonra ikame ettiği hallerde fesih kararı sonrası, konu tartışmalı²⁷ olmakla birlikte bekleme süresi söz konusu olmaz.

Evliğin feshine sonradan karar verilmiş olsa da kadın için bekleme süresine gerek yoktur. Zira zaten ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da hakkında uzun süreden beri haber alınmayan erkek ile kadının cinsel ilişkiye girmiş olması ihtimali olmayacağından fesih kararı sonradan verilmiş olsa bile bekleme süresi hesabı yapılması söz konusu olmamalıdır.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki gaiplik kararı sonrası evliliğin sona ermesi için evliliğin feshi davası açılması gereğini düzenleyen TMK m. 131 hükmü İsviçre Medenî Kanunu'nda 2000 yılı itibari ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla bu hukuk sisteminde artık gaiplik kararıyla birlikte evlilik de kendiliğinden sona ermekte olup TMK bakımından da benzer düzenlemenin yapılması en mantıklı yoldur²⁸.

²⁷ Bir görüşe göre bu durumda evliliğin feshi kararı ileriye etkili iken (**Sarı Fidan**, Özlem: "Depremde Kaybolanların Hukuki Durumlarının Gaiplik ve Ölüm Karinesi Yönünden Ele Alınması", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı, 2023, s. 224, aksi görüş fesih kararının gaiplik kararı gibi geçmişe olduğunu savunmaktadır (**Erdem**, Mehmet/**Makaracı Başak**, Aslı: Aile Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 60; **Yavuz Tanaydın**, Elif: "Gaiplik Kararının Sağ Kalan Eş Açısından Değerlendirilmesi -Evlilik, Yasal Mal Rejimi ve Mirasçılık-", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 17, 2023, s. 21).

²⁸ Bu konuda bkz. **Tokat**, Hüseyin: "Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2017, s. 523-575.

B. Bekleme Süresinin Sona Ermesi

Bekleme süresinin düzenleyen TMK m. 132’de bekleme süresinin henüz dolmadan sürenin sona erebileceği haller de düzenlenmiştir. Buna göre kadın üçyüz geçmeden doğum yaparsa bekleme süresi sona erer ki bu durumda zaten doğan çocuğun soybağı eski kocaya bağlanacağından kanun koyucunun korkulu rüyası sona ermiş olur. Yine kadın bekleme süresinin kaldırılması için dava açmak suretiyle gebe olmadığını ispatlarsa ya da dava açmak suretiyle eski kocasıyla evlenmek için izin isterse hâkim bekleme süresini kaldırabilmektedir²⁹.

Belirtelim ki TMK m. 132 hükmüne karşılık gelen eMK m. 95 hükmü *“Kadının gebe kalması mümkün olmadığı veya boşanma ile ayrılmış olan karı ve koca tekrar birbirleriyle evlenmek istedikleri takdirde, hâkim bu müddeti kısaltabilir”* şeklindeydi. Hükümdeki “kısaltabilir” ifadesi ise hâkimin süreyi kısaltıp kısaltmama bakımından takdir yetkisinin olduğu izlenimini uyandırmakta, hâkimin süreyi üçyüz gün yerine ikiyüz gün olarak belirlemesinin mümkün olduğunu düşündürmekteydi. Bu çelişkiyi ortadan kaldırmak için, hükmün yeni halinde sürenin kısaltılması değil kaldırılması ifadesi kullanılmış ve bu yolla hâkimin bu konuda takdir yetkisinin olmadığı vurgulanmıştır. Keza madde değişiklik gerekçesinde de durum *“...Maddenin son fıkrasında kadının önceki evliliğinden gebe olmadığının anlaşılması veya önceki eşiyle yeniden evlenmek istemesi hâlinde hâkime süreyi kısaltma yetkisi verilmemiş, hâkimin bu süreyi kaldırması öngörülmüştür. Zira bu iki hâlde de kadının evlenmesini engelleyen süreyi kısaltmanın bir anlamı yoktur. Bu gibi hâllerde mahkemece sürenin tamamen kaldırılması gerekir”* şeklinde ifade edilmiştir.

1. Kadının Doğum Yapması

Kadının bekleme süresi içinde doğum yaptığı hallerde yeni bir evlilik yapmak için dava açmasının gerekli olmadığını TMK m. 132 hükmünün ifadesinden anlamak mümkündür. Bu hükümde doğurmakla sürenin biteceği,

²⁹ Yargıtay kararına konu bir somut olayda kadın eş boşanma kararının kesinleşmesinden sonra bekleme süresinin kaldırılması davası ikame etmiş ve mahkemece bekleme süresinin kaldırılmasına karar verilmiş olmasına rağmen boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren doğan çocukların baba hanesine eski kocanın yazıldığı anlaşılmaktadır (Yarg. 2. HD., T. 19.12.2023, E. 2023/3409, K. 2023/6301 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 20.12.2024). Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra 369 gün içinde doğan çocuk ile eski koca arasında soybağı kurulduğu bir olay için bkz. Yarg. 2. HD., T. 24.09.2024, E. 2024/4294, K. 2024/6341 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 28.12.2024).

kadının gebe olmadığını ispatlamak ya da eski kocasıyla evlenmek için mahkemeye başvurmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Yine Evlendirme Yönetmeliğinden³⁰ de kadının bekleme süresi içinde doğum yaptığı hallerde sürenin sona ereceği ve dava açmaya gerek olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Yönetmeliğin 15/c maddesi uyarınca “... kadın üç yüz günlük süre dolmadan önce doğum yaptığı veya mahkemece bu sürenin kısaltılmasına veya kaldırılmasına karar verildiği takdirde, kadın için bekleme süresi ortadan kalkar...”

Hükümden anlaşıldığı üzere bekleme süresi içinde doğum yapan kadının uygulamada “bekleme süresinin kaldırılması davası” olarak adlandırılan davayı açmasına gerek yoktur. Kadın evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün dolmadan yeni bir evlilik başvurusu yapacak olursa, doğum yaptığını ispatlaması yeterli olmaktadır. Evlenme başvurusu TMK m. 134 uyarınca erkek ve kadın tarafından içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte yapılmaktadır. TMK m. 136 uyarınca “Erkek ve kadından her biri, nüfus cüzdanı ve nüfus kayıt örneğini, önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi, küçük veya kısıtlı ise ayrıca yasal temsilcisinin imzası onaylanmış yazılı izin belgesini ve evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporunu evlendirme memurluğuna vermek zorundadır”. Bu belgelerden nüfus kayıt örneğinde kadının doğum yapıp yapmadığı, yapmışsa ne zaman yaptığı bilgisi yer aldığından, evlenmek için başvuran kadının sona eren önceki evliliğine ilişkin belgeye göre henüz bekleme süresi dolmamış olsa da TMK m. 139 uyarınca evlendirme memurunun, evlenme koşullarının varlığını tespit ederek evleneceklerle evlenme gün ve saatini bildirmesi veya talep halinde evlenme izni belgesini vermesi gerekir.

Kadının doğum yaptığı nüfus kayıt örneğinden anlaşılıyor olsa bile, nüfus memuru evlenme iznini vermezse TMK m. 138 uyarınca evleneceklerden her birinin evlendirme memurunun ret kararına karşı mahkemeye başvurması ve ret kararının kaldırılmasını talep etmesi gerekir.

Kadın ölü doğum yapmışsa, düşük yapmışsa, kürtaj olmuşsa yine bekleme süresinin sona erdiği kabul edilmelidir³¹. Ancak kadının ölü doğum yaptığı, düşük yapmış olduğu ya da kürtaj olduğu evlendirme memuruna sunulan nüfus kayıt örneğinden anlaşılmayacağından kadının bekleme süresinin kaldırılması için yine dava açması gerekebilecektir. Bu durumda mahkemede kadın, gebe olmadığını ispatlayarak bekleme süresinin kaldırılması

³⁰ Evlendirme Yönetmeliği, RG. 7.11.1985/18921.

³¹ Götz, Art. 103, N. 10.

nı talep edecektir. Ancak kanımca bekleme süresi içinde düşük yapan, ölü doğum yapan ya da kürtaj olan kadın, bekleme süresi içinde tekrardan gebe kalacak olursa hâkim bekleme süresini kaldırmalıdır. Çünkü saydığımız bu hallerden sonra kadın bekleme süresi içinde tekrardan gebe kalmışsa, doğacak muhtemel çocuğun soybağını eski kocaya bağlamanın hiçbir temeli olmaz.

2. Kadının Gebe Olmadığını İspatlaması

Kadın eğer bekleme süresi içinde doğum yapmamışsa kadın yeni bir evlilik yapmak için mahkeme başvurmak ve izin almak zorundadır. “Bekleme süresinin kaldırılması davası” adlı dava Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun (AMKGYUK)³² 4. maddesi gereği Aile Mahkemesinde açılmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)³³ m. 382 uyarınca bu dava çekişmesiz olarak ikame edilir. Kadının, açacağı davada gebe olmadığını ispatlaması gerekir ve kadın mahkemeden sürenin tamamen kaldırılmasını talep eder.

Kadın eğer gebe değilse bunu doktor raporu ile ispatlamak zorundadır. Bekleme süresinin kaldırılması davasında kadının, gebe olmadığına ilişkin doktor raporunu da sunarak davayı aile mahkemesinde ikame etmesi gerekir. Hâkim kadının gebe olmadığını ispatlandığı kanaatine varacak olursa bekleme süresini kaldırır, kararın kesinleşmesi ile kadın yeni bir evlilik yapabilir hale gelir. Bu davanın açılması ve kararın verilmesi arasında yargılama sürelerinin uzun olması nedeniyle bekleme süresinin dolması muhtemeldir.

Belirtmek gerekir ki Mülga Medenî Kanununda TMK m. 132 hükmüne karşılık gelen eMK m. 95/III hükmünde kadının gebe kalması mümkün olmadığı takdirde hâkimin süreyi kısaltabileceği düzenlenmişti. TMK m. 132’de ise kadının önce evliliğinden gebe olmadığını anlaşılmaması ile sürenin kaldırılabilmesi düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu haliyle ve lafzî bir hukukçulukla evliliği sona eren kadının menopoza girmiş olduğu, örneğin 60 yaşında olduğu ihtimalde yine de gebe olmadığını ispatlaması gerekecektir³⁴.

Hiçbir somut gerekçe yokken, evlenmek için doktora gitmek zorunda kalan, gebe olmadığına ilişkin rapor almak zorunda bırakılan, eş söylemle tıbbî müdahaleye rıza vermek zorunda bırakılan kadının kişilik hakkının ihlal edildiği açıktır. Nitekim bu ihlalin varlığı AİHM kararıyla ortaya ko-

³² Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, RG. 18.1.2003/24997.

³³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, RG. 12.1.2011/27836.

³⁴ Doktor raporuna gerek olmaksızın sürenin kaldırılacağı yönünde **Götz**, Art. 103, N. 14.

nulmuştur³⁵. Kararda boşanmış bir kadının yeniden evlenebilme ehliyetini, bekleme süresine uyulmadan hamile olmadığı yönünde bir sağlık raporu sunmasına bağlı kılmanın mahremiyeti ihlal etme ve cinsel yaşamı da dahil olmak üzere özel hayatının mahremiyetini yetkililerin gözetimine sunma anlamına geleceği değerlendirilmesini yapmıştır.

3. Kadının Eski Kocasıyla Evlenmesi

Kadın, eski kocasıyla yeniden evlenmek istiyorsa yine bekleme süresinin kaldırılması adlı davayı açmak zorundadır. Bu ihtimalde dava açılması gerektiğini yine TMK m. 132 hükmünden ve Evlendirme Yönetmeliğinden anlamaktayız. Aslında TMK m. 134 uyarınca kadın için bekleme süresi devam ederken evlenme başvurusu yapan kadın ve erkeğin sunduğu nüfus kayıt örneğinden ya da bir önceki evliliğin sona erdiğini gösteren belgeden, kadının eski kocasıyla yeniden evlenmek istediği rahatça anlaşılabılır. Buna rağmen yine de uygulamada davanın ikame edilmesi gerekmekte olup bu defa hâkim, sınırlı bir evlenme izni verir ve bu izinle kadın sadece eski kocasıyla evlenebilir. Yani hâkim bu davada aslında bekleme süresinin kaldırılmasına değil, kadının eski kocasıyla evlenmesine izin vermektedir. Kadının eski kocasıyla evlenmek istemesi halinde de davanın yine Aile Mahkemesinde açılması gerekir ve HMK m. 382 uyarınca dava yine çekişmesizdir³⁶.

Kadının eski kocasıyla evlenmek istediği evlendirme başvurusu sırasında anlaşılabılır ve kayıtlardan doğrulanabilir olmasına rağmen, bunun için mahkemeden karar alınması zorunluluğu, ataerkinin hukukunun kadın üstündeki baskıcı elini bir türlü çekememesinin adeta görünüş şeklidir. Hukuk, kadına, parmağını sallayarak, bir taraftan “*Yeniden evlenmek istersen benden izin almalısın.*” derken, diğer taraftan “*Eski kocanla evlenecek olsan dahi yine benden izin almak zorundasın.*” demektedir.

C. Bekleme Süresine Uyulmadan Yapılan Evlilik

Kadın için bekleme süresi düzenlenmiş olmasına rağmen, bekleme süresine uymaksızın evlilik yapılmasının ise kanunda bir yaptırımı yoktur. Kadın, bekleme süresi içinde yeni evlilik başvurusu yapacak olursa ve evlenme izni için başvuruyu kabul eden memur bekleme süresini gözden kaçırarak olursa, yeni evliliğin butlanı söz konusu olmaz. TMK m. 154 uyarınca

³⁵ hudoc.echr.coe.int/eng (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

³⁶ Sadece eski koca ile evlenmek isteme hali için davanın çekişmesiz olmadığı ve evlenilmek istenen kocaya yöneltilmesi gerektiği yönünde Gençcan, Ömer Uğur: Aile Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 304.

kadının bekleme süresi bitmeden evlenmesi, evlenmenin butlanını gerektirmez. Eş söylemle bekleme süresine uyulmaması kesin olmayan evlenme engelidir. Bunun sonucu olarak bekleme süresi dolmadan evlenen kadının yeni evliliği geçerli olur. Dolayısıyla kadın bekleme süresi içinde evlenir ve doğum yaparsa TMK m. 285'in evlilik devam ederken doğan çocuğun babasının koca sayılacağına salık veren ve TMK m. 290'nın bekleme süresi dolmadan evlenen kadının bu sürede doğurduğu çocuğun babasının yeni koca sayılacağına salık veren ve devamında bu karinenin çürütülmesi halinde bu defa eski kocanın baba sayılacağına salık veren karineleri ayağa kalkar.

IV. DE LEGE FERANDA: HÜKMÜN YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI GEREĞİ

Medenî Kanun çocuğun menfaati ilkesinden hareketle çocuğun bir baba ile soybağı olmaksızın kalmasını arzu etmez ve kanun koyucu için soybağı karışıklığı adeta bir korkulu rüyadır. Bu nedenle birçok hükümde karineler düzenlenmiştir. TMK m. 285'de evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası koca sayılmıştır. Yine TMK m. 290'da çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılmış, bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılmıştır. Aslında bu iki hüküm çocuğun baba bakımından soybağı meselesini yeter derecede çözer ve soybağı karışıklığını engellemek için kadının evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün beklemesine gerek yoktur³⁷. Çünkü kadın, evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün geçmeden evlenecek olur ve doğum yapacak olursa ikinci evlilikteki koca zaten baba sayılmakta, eğer ikinci evlilikteki koca ile çocuk arasındaki soybağı çürütülürse bu defa ilk evlilikteki koca, baba sayılmaktadır. Her şeyden öte bu karineler tıptaki gelişmeler karşısında eskimiş hükümlerdir ve bir zamanlar çocuğun menfaatine hizmet etmiş olsalar da günümüzde biyolojik babanın belirlenmesi amacından uzaklaşılmasına neden olarak çocuğun üstün menfaati aleyhine sonuçlar doğurmaktadırlar. Baba bakımından hiçbir soybağı karinesinin DNA testinden daha doğru sonuç vermeyeceği bir gerçektir. Doğumun biyolojik bir olay olduğunun kabulü ile karinelerden çok tıp bilimine dayanmak aslında en doğru yoldur. Kadın bekleme süresi içinde yeni bir evlilik

³⁷ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, M. Alper: Aile Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, s. 61-62; Kılıçoğlu, Ahmet: Aile Hukuku, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2024, s. 60 vd.; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: Aile Hukuku, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2024, s. 47-48; Erdem/Makaracı Başak, s. 62-63.

yapsa da yapmasa da bu sürede doğan çocuğun biyolojik babası sadece ve sadece tıp bilimi tarafından ortaya konulabilir³⁸.

TMK m. 285 ve m. 290 hükümleri kanun koyucunun hiç istemediği “*çocuk babasız kalsın*” amacına halihazırda hizmet ederek sorunu zaten çözmektedir. Diğer taraftan bekleme süresine uyulmaksızın yapılan yeni evlilik geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurduğundan, kanun koyucu adeta kendi içinde çelişmektedir. Kanun kadına “*Yeni bir evlilik yapmadan önce beklemen lazım, beklemezsen de sorun olmaz.*” mesajını vermektedir. Bir hukuk kuralının yaptırımı yoksa bu kuralın sadece bir temenni kuralı olduğu söylenebilir. Bu temenni kuralı ise “*Yeni bir evlilik için beklemeni istiyorum, gerekçesi yok sadece istiyorum.*” şeklindeki altlığı ile kadını sebpsiz yere özgürlüğünden mahrum etmektedir.

Boşanma davasının çok uzun sürdüğü hallerde kadını yeni bir hayat kurmak için bu kadar bekletmenin somut hiçbir gerekçesi olmadığı gibi bekleme zorunluluğunun kendisi bugün soybağı karışıklığına neden olur hale gelmiştir³⁹. Çünkü boşanma davasının devam ettiği dönemde kadının halen evli olduğu kocasından değil de hayatına yeni girmiş olan kişiden gebe kalmış olması olasılığı daha yüksektir. Dolayısıyla gebe olan ve boşanma kararının kesinleşmesi ile yeni bir evlilik yapmak isteyen kadının tekrardan üçyüz gün bekletilmesi soybağı karışıklığına daha çok mahal vermektedir.

Avrupa Medenî Hukuklarına⁴⁰ baktığımız zaman kadın için bekleme süresi öngören hükmün 1.1.2000 tarihinde İsviçre Medenî Kanunu’ndan kaldırıldığı görülmektedir. İsviçre’de de babalık karinelerinin çatışması ha-

³⁸ Soybağının tespiti bakımında iki hüküm -isabetli olup olmadıkları tartışmalı olmakla birlikte- önem arz etmektedir. HMK m. 292 uyarınca “*Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir*”. Yine TMK m. 284 uyarınca “*Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir*”. Bkz. ayrıca **Fadıl Yıldırım**, Mustafa: “Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3-4, 2007, s. 383-402.

³⁹ **Yücel Aktürk**, İpek: “Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasası Sorunu”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2023, s. 205.

⁴⁰ Karş. **Pürselim**, Hatice Selim: “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 27, 2021, s. 521.

linde zaten kanunda yeterli çözüm olduğundan kadın bakımından bekleme süresine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Yine Alman Medenî Kanununda da kadın için on ay olarak düzenlenmiş bekleme süresi düzenlemesi 1998 yılında yürürlükten kaldırılmıştır⁴¹.

AIHM, 27.06.2023 tarihli Bayraktar-Türkiye (27094/20) kararında, başvurucuya uygulanan bekleme süresinin ve gebe olmadığını ispat etmek amacıyla tıbbî muayeneden geçme yükümlülüğünün AIHS m. 8 ile korunan özel hayata saygı hakkını kullanmasına yönelik müdahale niteliğinde olduğu, aynı zamanda hükmün cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil ettiği, AIHS m. 12 ve m. 14’te yer alan ayrımcılık yasağını ihlali niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır.

AIHS m. 8 uyarınca “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*”⁴². Konumuz bakımından önem arz eden özel yaşama saygı hakkı kapsamında ele alınması gereken alt kategori bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünün korunması ve tıbbî müdahaleyi red hakkıdır. Bir diğer alt kategori bireyin mahremiyetinin korunmasıdır. Mahremiyet hakkı ise bireyin kendisi hakkında bilgileri kontrol etmesi, herhangi bir bilginin rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, buna ilişkin belgelere başkalarının ulaşamaması şeklinde ortaya çıkar⁴³.

AIHM de başvuranın, boşanmasının ardından kadınlara uygulanan üçyüz günlük bekleme süresinin kaldırılmasına yönelik dava açmak durumunda kaldığını ve bu dava çerçevesinde ilgiliden, gebe olmadığına dair rapor istendiğini, bu durumun ise kadın olarak başvuranın özel hayatının en mahrem yönleriyle ilgili olması sebebiyle Sözleşme’nin 8. maddesinin uygulama alanına girdiğini, sürenin kaldırılması için başvuranın gebe olmadığını doğrulamak için tıbbî muayeneden geçme yükümlülüğünün olmasının özel

⁴¹ Bielefeld, Georg Rixe: “Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa”, Familie Partnerschaft Recht, Heft 5, 2008, s. 224.

⁴² AIHS m. 8/(2)’de bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesinin ancak yasayla olabileceği ve hakkın demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için sınırlanabileceği düzenlenmiştir. AIHS m. 8’de temelde dört hak düzenlenmiş olup bunlar özel yaşama saygı hakkı, aile yaşamına saygı hakkı, konuta saygı hakkı ve haberleşmeye saygı hakkıdır. Bu maddede düzenlenmiş olan hakların temel amacının bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerinden korumak olduğu belirtilmektedir. Bkz. Arslan Öncü, Gülay: “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 300.

⁴³ Arslan Öncü, s. 311.

hayatına saygı hakkının kullanılmasına yönelik müdahale teşkil ettiğini değerlendirmiştir.

Mahkeme kararın devamında sınırlamanın yasayla öngörülüp öngörülmediği ve meşru amaçlardan birinin demokratik toplumun gereklerinden olup olmadığı bakımından değerlendirme yapmıştır. Müdahale zaten kanun hükmünün kendisinden kaynakladığı için Mahkeme, yasallığı tartışmaya gerek olmadığına kanaat getirmiştir. Yine hükümet söz konusu müdahalenin başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzeninin sağlanması, özellikle doğması muhtemel çocuğun soybağının doğru şekilde belirlenmesi amacına hizmet ettiğini ileri sürdüğünden Mahkeme meşru amacı bu açılarından değerlendirmiştir. Mahkeme özetle; soybağı karışımını önlemenin, yani biyolojik babanın belirlenmesinin kadının bir süre evlenmesini engelleyerek sağlanmaya çalışılmasının modern toplumlarda gerçek dışı olduğunu, hukuk sistemlerinde babalığın belirlenmesi amacıyla başkaca hukukî araçların olduğunu, bekleme süresinin boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren başlatılması karşısında bekleme süresinin bu amaca hizmet etmesinin zaten mümkün olmadığına hükmetmiştir. Yine Mahkeme boşanmış bir kadının bekleme süresine uymadan evlenmesine ancak gebe olmadığını dair bir rapor sunmasına bağlanmasının mahremiyeti çiğnediği, cinsel hayat dahil olmak üzere özel mahrem hayatı yetkililerin kontrolü altına almakla eş değer olduğu sonucuna varmıştır.

Sonuçta Mahkeme, AİHS m. 8 bakımından yaptığı değerlendirmede bekleme süresi dayatmasının ve tıbbî müdahale dayatmasının zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşılamadığı, izlediği amaçla orantılı olmadığı ve başvuru-cunun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.

AİHS m. 12 uyarınca “*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir*”. Bu hükümde düzenlenmiş olan evlenme hakkı AİHS m. 8’de yer alan özel yaşam ve aile hakkına saygı hakkı ile yakın irtibat içinde olup, hüküm, evlenme hakkına engel teşkil eden ve hakkın özünü ortadan kaldıran ölçüsüz kısıtlamaların ortadan kaldırılmasını hedeflemektedir⁴⁴.

⁴⁴ **Karan**, Ulaş: “Evlenme ve Aile Kurma Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İncoğlu), Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 425. Sözleşmenin 12. Maddesi karşısında 8. Maddesinin özel hüküm (lex specialis) niteliğinde olup, aile yaşamına yönelik bir müdahale sözleşmenin 8/(2) kapsamında ihlali niteliğinde değilse 12. maddesinin de ihlal edilmediği değerlendirilmektedir. Ancak bir ihlalin hem 8. Maddeyi hem de 12. Maddeyi ihlal etmesi mümkündür. Bkz. **Karan**, s. 426. Ayrıca bkz.

Kararda, evlenme hakkının kullanılmasının sosyal, kişisel ve hukukî sonuçları bulunduğuna, bu hakkın ulusal hukukla düzenlenebileceğine, ancak hukuktan kaynaklanan sınırlamaların hakkını özünü etkileyecek şekilde kısıtlayıcı olmaması gerektiğine, devletlerin evlenme hakkını dilediği gibi kısıtlama yönünde takdir hakkının olmadığına işaret edilmiştir. Mahkeme aynı zamanda AİHS m. 12'nin boşanmış kişilerin makul olmayan kısıtlamalara maruz kalmadan yeniden evlenme haklarını güvence altına aldığına işaret etmiştir⁴⁵.

Ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS m. 14 uyarınca “*Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır*”⁴⁶. Bu hüküm bağlamında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının iç içe geçebilen kavramlar olduğu, eşitlik ilkesinin eşit durumda olanlara eşit, farklı durumda olanlara farklı muamele edilmesini gerektirdiği ve bunun nesnel ve makul bir gerekçe ile sağlanmadığı durumlarda ayrımcılığın söz konusu olduğu belirtilmektedir⁴⁷.

Nitekim AİHM ihlal konusunda iki hükmü birlikte değerlendirmiş, yasaklanmış olan muamelede farklılığının objektif ve makul bir gerekçeden yoksun olması hallerinde, meşru amaç gütmeye hallerde veya kullanılan yöntemle izlenen amaç arasında makul bir orantılılık bulunmadığı hallerde ayrımcı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme belirli bir ülkede hâkim olan geleneklerin, varsayımların ve çoğunluğun sosyal davranışlarının cinsiyete dayalı bir muamele farklılığını haklı çıkarmak için yeterli olmadığını, devletlerin erkeklerin ailede birincil, kadınların ikinci rol oynadığı fikrine daya-

Çakmak, Ufuk Ramazan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Evlenme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2017, s. 169.

⁴⁵ Ayrıca bkz. **Çakmak**, s. 181.

⁴⁶ Uluslararası insan hakları hukukundan ayrımcılık tanımının şu şekilde yapıldığı belirtilmektedir: “*Kamusal veya özel yaşamda, insan haklarının eşitlik temelinde tanınmasını, haklardan yararlanılmasını veya hakları kullanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla taşıyan veya böyle bir etki doğuran, herhangi bir ayrımcılık temeline dayanan, herhangi bir fark gözetme, dışlama, sınırlama veya kısıtlama ya da öncelik tanıma veya taciz ya da başkasına yönelik ayrımcılık yapılması talimatı veya örneğin engellilik veya din veya inanç temelinde herhangi bir kişinin ya da kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamasının beraberinde getirdiği dezavantajları kaldırmak için uygun tedbirlerin alınmaması*”. Bkz. Bkz. Ayrıca. **Karan**, Ulaş: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 461, (Ayrımcılık).

⁴⁷ **Karan**, Ayrımcılık, s. 460.

nan geleneklerinin dayatılmayacağını altını çizmiştir. Sonuçta Mahkeme, sadece kadınların gebelikleri nedeniyle farklı muameleye tabi tutulmasının cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık niteliğinde olduğunu değerlendirmiştir⁴⁸.

⁴⁸ AİHM'deki davada, Aile Mahkemesinin kararı ele alınmış ve bu kararda kullanılan ifadelerin oldukça düşündürücü olduğunun altı çizilmiştir. “Kadının boşanması halinde bir başka şahısla evlenmesi durumunda kadın yönünden gebe olup olmadığı açısından aldırılması istenilen raporun yalnızca kadının özgürlüğünü birebir ilgilendirmeyip bu hususun doğması muhtemel bir çocuğun ve evlenen tarafların da özgürlüğü ile toplumdaki durum, (...) ve geleceği ile ilgisinin bulunduğu, kadının evlenme esnasında hamile olmadığına yönelik almış olduğu raporun bu manada esasen kendisini ve (...) doğması muhtemel çocuğunu da güvence altına aldığı, ileride çocuğun soybağının reddi, tespiti gibi açılması muhtemel davaların belirtilen şahısları daha mağdur bir duruma getireceği, esasen bu tür dava süreçlerinin DNA testi, tıbbi incelemeler ile tarafların birbirlerine ithamları açısından daha yaralayıcı ve örseleyici mahiyette olduğu, kadın erkek arasındaki eşitliğin erdem ve hak eşitliği olarak algılanmasının doğal olduğu, ancak bu şahısların fitri özellikleri gereği doğum, annelik, babalık özelliği gibi özelliğini yok sayabilecek mahiyette bir eşitlik vurgusunun daha olağan bir tabirle “erkek muayene olmuyorsa ben hamile olup olmadığım yönünde niçin muayene olayım” bağlamında savunulmasına itibar edilemeyeceği neticesine varılmıştır.

Ayrıca bu durumun kadını ehliyetli kişi yahut da kısıtlı konumuna getirdiği iddiasına mahkememizce itibar edilmemiştir. Şöyle ki, kadın ve erkek (...) insan olmaları, hak ve talepleri açısından her yönüyle eşittir; ancak (...) bu eşitlik ve özgürlük anlayışı öncelikle tarafların ve doğması muhtemel çocuğun temel dinamiklerini, menfaatlerini, dinginliğini örseleyici mahiyette kabul edilemez, kadın ve erkeğin yukarıda belirtildiği manada eşitliği esas kabul edilmekle birlikte birbirlerine üstün birçok meziyetleri olduğu hususu da gözden ırak tutulmamalıdır; örneğin bir erkeğin gücü ile kadının gücünü bir tutamayacağımız gibi kadının anne rolünde çocuğa karşı hassasiyeti ve hissinin bir erkeğe göre çok güçlü olduğu, (...) doğurma özelliğinin de sırf kadına mahsus bir özellik olduğu da gözden ırak tutulmamalıdır (...)

Kadının gebe olduğunu açıklama zorunluluğu yoktur tezine ise mahkememizce itibar edilmemiştir. Şöyle ki, bazı kurumların mahiyeti gereği, bazı durumların ortaya konulma zorunluluğu (...) öncelikle bu işleme taraf olan şahısların ve dolayısıyla ileride bu işlemden etkilenmesi muhtemel öncelikle evlenen şahıslar ve doğacak çocuk açısından önem arz ettiğinden yine evlenecek bir şahsın evli misin sorunun yahut da bu yönde nüfus kaydının incelenmesine, evli olup olmadığını beyan etmek zorunda değilim yahut da bu manada kayıtların incelenmesinde muvafakatim yoktur beyanı ne kadar normal karşılanamıyor ise, bu bağlamda evlenecek kadının özetlenen nedenlerle bu eyleminin yalnız kendisini değil kendisi dışında birçok şahsı doğrudan ve daha tesirli etkileyeceği muhtemel olduğundan yasa koyucunun bu durumu göz önünde bulundurarak yaptığı ve bu düzenlemenin de yerinde olduğu kanaatine varılmıştır (...)

Nitekim AİHM, Aile Mahkemesinin, boşanmış kadınların, kadınlara özgü biyolojik özellikleri, özellikle de anne rolü ve doğurma özellikleri nedeniyle, yeniden evlenmeden önce gebeliklerini gözler önüne serme konusunda topluma karşı yükümlü olacakları ve doğması muhtemel bir çocuğun ve diğer ilgili kişilerin menfaatlerini korumak için bekleme süresinin dezavantajına katlanmak zorunda kalacakları sonucunun ima edilmesi

CEDAW m. 2 uyarınca taraf devletler kadınlara karşı her türlü ayrımı kınar, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldırıcı bir politika izlemeyi kabul eder. CEDAW m. 15'e göre taraf devletlerin kadınlara kanun önünde erkeklerle eşit haklar tanınması, medenî haklar bakımından kadınlara erkeklerinkiyle aynı hukukî ehliyet ve bu ehliyeti kullanmak için eşit fırsatlar tanınması gereğine işaret edilmiştir. Yine m. 16 uyarınca taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alması, özellikle kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara evlenmede erkeklerle eşit hak, özgür olarak eş seçme ve serbest ve tam rıza ile evlenme hakkı tanınması gereğine işaret edilmiştir. Nitekim AİHM de kararında CEDAW uygulamasında gerçekleşen ilerlemenin değerlendirilmesi amacıyla kurulan Komitenin 16.10.2010 tarihinde yayımladığı görüşlerinde taraf devleti kadının bekleme süresi düzenlemesinin sözleşmenin 2. ve 16. maddelerine aykırı olması nedeniyle gecikmeksizin gözden geçirmeye ve değiştirmeye teşvik ettiğine vurgu yapmıştır.

Türkiye CEDAW Sivil Toplum Yürütme Kurulunun CEDAW Komitesi'ne sunduğu Gölge Raporunda, bekleme süresine ilişkin kanunî düzenlemenin yürürlükten kaldırılması için uzun zamandır beklendiğine işaret edilmiştir⁴⁹.

Anayasa m. 5 uyarınca “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”. Anayasa m. 10 uyarınca “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz...”. Anayasa m. 20 uyarınca “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”.

konusunda endişe duyduğunu belirterek, bu varsayımın, -esasen kadının üreme işlevleriyle bağlantılı olan- kadın cinselliğine ilişkin geleneksel bir görüşü yansıttığını ve kadının birey olarak gelişimi için fiziksel ve psikolojik önemini göz ardı ettiğini belirtmiştir.

⁴⁹ <https://kadinininsanhaklari.org/wp-content/uploads/2022/02/8.-Golge-Raporu-2022-yilinda-guncellenmis-versiyonu.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2025).

Anayasa m. 90/son fıkra son cümle “...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” şeklinde olup insan haklarını koruyan sözleşmelere öncelik verildiğine işaret etmektedir⁵⁰. Bu hüküm ise hâkime yükümlülük getirmekte olup, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta uygulanacak kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme arasında bir çatışma tespit edecek olursa uluslararası sözleşmeyi uygulamak zorundadır⁵¹.

Dolayısıyla evliliği sona eren kadının bekleme süresi bakımından hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta TMK m. 132 hükmünü uygulamak yerine temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşma hükümlerini uygulayıp uygulamayacağı değerlendirilmelidir. Örneğin bekleme süresinin kaldırılması davasında hâkim, TMK. 132 gereği kadından doktor raporu talep etmeksizin bekleme süresini kaldırılabilir mi? Kanımca hâkimin bu şekilde bir uygulama yapmasının önünde bir engel yoktur. Zira kadının soyadına ilişkin “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” şeklindeki hükmün henüz Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmediği⁵² sırada TMK m. 187 bakımından bu şekilde bir değerlendirme yapılmaktaydı⁵³. Benzer değerlendirmenin TMK m. 132 için yapılmasının önünde bir engel yoktur. Böylece bekleme süresinin kaldırılması davasında mahkeme, doktor raporuna gerek duymayarak doğrudan bekleme süresini kaldırabilir.

Hükmün yürürlükten kaldırılması için 14.3.2016 tarihinde CHP grup başkanlığı kanun teklifi hazırlayarak TBMM’ye sunmuş, teklif en son 7.6.2023 tarihinde yenilenmiştir. Bu çalışmanın yapıldığı sırada kanun teklifinin akıbeti “Komisyonda” olarak görünmektedir.

⁵⁰ **İnceoğlu**, Sibel: “Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmesi İlişkisi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 8.

⁵¹ **İnceoğlu**, s. 9.

⁵² RG. 28.04.2023/32174.

⁵³ Bu yönde görüş için bkz. **Çakırca**, Seda İrem: “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 2, 2012, s. 157, (Soyadı); **Reyhani Yüksel**, Sera: “Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın Erkek Eşitliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2014, s. 185; **Öcal Apaydın**, Bahar: “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2015 s. 448. Ayrıca bkz. **Havutçu**, Ayşe/**Kalkancı**, Yasemin: “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2020, s. 135-180.

Sonuçta, AİHS, CEDAW ve Anayasamız nazara alındığında hiçbir amaca hizmet etmeyen TMK m. 132'nin yürürlükten kaldırılması gerektiği açık olup⁵⁴ AİHS'e ve AİHM kararlarına atıf yaparak hak ve özgürlüklere önem veren⁵⁵ Anayasa Mahkemesinin TMK m. 132'yi önüne gelmesi halinde yürürlükten kaldıracağı düşünülmekte, hüküm yürürlükten kaldırılana kadar yerel mahkeme hâkimlerinin TMK m. 132'yi uygulamak yerine, doktor rapor alınmasına gerek olmadan bekleme süresini doğrudan kaldırma yönünde karar vermesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Evliliği sona eren kadın için bekleme süresi getiren TMK m. 132 ataerkil düzenden kalma bir hüküm olarak halen yürürlüktedir. Bu hükmün, AİHS, CEDAW ve Anayasa'ya aykırı olduğu ortadadır. Çalışmada ortaya konulduğu üzere hüküm, bugün sözde konuluş amacı olan soybağı karışıklığını engellemek şeklindeki amaca hizmet etmemekte, tersine soybağı karışıklığına sebep olmaktadır.

Hüküm, yaptırımsız bir hüküm olarak sadece kadınlar bakımından “Yeniden evlenmeden önce beklemek zorundasın” altlığı ile hiçbir amaca hizmet etmemekte, toplumun ahlaklı kadının yeniden evlenmek için bir süre beklemesi gerektiği şeklindeki boş inancına, kadının nasıl yaşaması gerektiğini dayatan ataerkil düzene hizmet etmektedir.

AİHM kararından anlaşıldığı üzere bekleme süresine ilişkin karar veren Aile Mahkemesi kararında mealen kadının fitratı gereği doğuran taraf oldu-

⁵⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 61; Kılıçoğlu, s. 47-48; Akıntürk/Ateş, s. 80 vd; Erdem/Makaracı Başak, s. 62-63; Gençcan, s. 301; Çakırca, Seda İrem: “Turkish Civil Code and CEDAW: Never Shall the Twain Meet?”, Annales de la Facult. De Droit d'Istanbul, Sayı 45, 2013, s. 186; Gayretli Aydın, s. 290; Paksoy Erbaydar/Balseven Odabaşı, Nüket Aysun: “Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi” Fe Dergi Sayı, Sayı 10, 2018, s. 117; Pürselim, s. 539; Yücer Aktürk, s. 207; Yılmaz, Candan: “Remarriage Restriction For Woman Of 300 Days In Türkiye: Review Of The ECtHR's Nurcan Bayraktar v Türkiye Judgment”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3, 2024, s. 2112; Han, Işık Aslı: “TMK m. 132'de Öngörülen Bekleme Süresinin Soybağının Doğru Belirlenmesine Etkisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Nurcan Bayraktar/Türkiye Kararı Işığında Eleştirel Bir İnceleme”, Prof. Dr. Serap Helvacı'nın Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 1978; Hükmün eşitliğe aykırılık yaratmadığı, kadının biyolojik özelliklerinden kaynaklandığı yönünde Hatemi, Hüseyin: Aile Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 50-60; Reyhani Yüksel, s. 187.

⁵⁵ İncoğlu, 20.

ğunu, bu nedenle doğması muhtemel çocuğun gerçek babasının kim olduğunun anlaşılması için beklemesi zorunluluğunun ayrımcılık teşkil etmediğini, erkek gücüyle kadın gücü nasıl aynı değilse kadının annelik rolü gereği çocuğuna hassasiyet ve hissinin erkeğe göre çok güçlü olduğunu belirterek hükmün eşitliğe aykırı olmadığına kanaate getirmiştir. AİHM de Aile Mahkemesinin bu ifadelerinin endişe verici olduğunun altını çizmiştir. CEDAW m. 2’de taraf devletler, kadın haklarının erkeklerle eşit olarak yasal himayesini tesis etmeyi ve yetkili ulusal mahkemeler ve diğer kamu kuruluşları aracılığıyla kadınların her türlü ayırma karşı etkin himayesini sağlamayı taahhüt etmiştir. Aile mahkemesinin bu değerlendirmesi ise kadını, sırf kadın olduğu için topluma karşı özel hayatına ilişkin bir konuda açıklama yapmak zorunda olan taraf olarak ilan ettiğinden oldukça üzücü ve düşündürücüdür.

Yakın zamanlarda Anayasa Mahkemesi tarafından Medenî Kanunun birçok hükmü iptal edilmiştir. Kadın için ayrımcılık teşkil eden bu hükmün de en kısa sürede AYM tarafından iptal edilmesi veyahut kanun koyucu tarafından yürürlükten kaldırılması, yürürlükten kaldırılana kadar mahkemeler tarafından doktor raporu alınmasına gerek duyulmadan bekleme süresinin kaldırılması kararı verilmesi, ümit edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Aile Hukuku, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2024.
- Arslan Öncü**, Gülay: “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 301-333.
- Berktaş**, Fatmagül: Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, 9. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2023.
- Bielefeld**, Georg Rixe. “Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa”, Familie Partnerschaft Recht, Heft 5, 2008, s. 222-230.
- Çakırca**, Seda İrem: “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 2, 2012, s. 145-164.
- Çakırca**, Seda İrem: “Turkish Civil Code and CEDAW: Never Shall the Twain Meet?”, Annales de la Facult. De Droit d’İstanbul, Sayı 45, 2013, s. 145-192.
- Çakmak**, Ufuk Ramazan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Evlenme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2017, s. 163-184.
- Domingo**, Rafael: “The Family in Ancient Roman Law”, SSRN Electronic Journal, 2017, s. 1-15.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, M. Alper: Aile Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.
- Ebrahimi Boukani**, Naser/**Lofti**, Alireza/**Kiani**, Kamel/**Soltani**, Hatam/**Mozafari**, Fatemeh: “The Effect Of Scientific Progress On Waiting Period Legal Law, Cumhuriyet Üniversitesi Fen Fakültesi Fen Bilimleri Dergisi, Özel Sayı, 2015, s. 3159-3164.
- Engels**, Friedrich: Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Yordam Kitap, İstanbul 2019.
- Erbaydar**, Nüket Paksoy/**Balseven Odabaşı**, Aysun: “Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi”, Fe Dergi, Sayı 10, 2018, s. 112-119.
- Erdem**, Mehmet/**Makaracı Başak**, Aslı: Aile Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.

- Erdem**, Suat: “İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikahı”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2013, s. 71-95.
- Gayretli Aydın**, Seda: “Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 136, 2018, s. 263-292.
- Gençcan**, Ömer Uğur: Aile Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Gönenç**, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Kadın, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Götz**, Ernst: Berner Kommentar, Das Familienrecht, Das Eherecht, Art.90-136 ZGB, Verlag Stämpfli, Bern 1964.
- Han**, Işık Aslı: “TMK m. 132’de Öngörülen Bekleme Süresinin Soybağının Doğru Belirlenmesine Etkisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Nurcan Bayraktar/Türkiye Kararı Işığında Eleştirel Bir İnceleme”, Prof. Dr. Serap Helvacı’nın Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 1963-1979.
- Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Havutçu**, Ayşe/**Kalkancı**, Yasemin: “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2020, 135-180.
- İnceoğlu**, Sibel: “Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmesi İlişkisi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 7-23.
- Karan**, Ulaş: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 459-495, (Ayrımcılık).
- Karan**, Ulaş: “Evlenme ve Aile Kurma Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 425-439.
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Aile Hukuku, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2024.
- Öcal Apaydın**, Bahar: “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş Mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2015, s. 425-458.
- Pürselim**, Hatice Selim: “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkisi”, Marmara Üniversitesi

- Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 27, 2021, s. 513-542.
- Reyhani Yüksel**, Sera: “Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın Erkek Eşitliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2014, s. 175-200.
- Sarı Fidan**, Özlem: “Depremde Kaybolanların Hukuki Durumlarının Gaiplik ve Ölüm Karinesi Yönünden Ele Alınması”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2023, s. 219-236.
- Stehlin**, Philipp: Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875-1954), Bern, 2018.
- Sütken**, Elvan: “Roma Hukukunda Nişanlanma, Evlenme ve Evliliğin Sona Ermesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2024, s. 169-193.
- Tawfik**, Martina: Frauen im österreichischen und islamischen Eherecht: Ein Rechtsvergleich, Graz 2024.
- Tokat**, Hüseyin: “Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2017, s. 523-575.
- Walby**, Sylvia: Patriyarka Kuramı, Dipnot Yayınları, Ankara 2016.
- Yavuz Tanaydın**, Elif: “Gaiplik Kararının Sağ Kalan Eş Açısından Değerlendirilmesi -Evlilik, Yasal Mal Rejimi ve Mirasçılık-”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 17, 2023, s. 15-40.
- Yıldırım**, Mustafa Fadıl: “Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3-4, 2007, s. 383-402.
- Yılmaz**, Candan Yılmaz: “Remarriage Restriction For Woman Of 300 Days In Türkiye: Review Of The ECtHR’s Nurcan Bayraktar V. Türkiye Judgment”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 73, 2024, s. 2091-2117.
- Yücer Aktürk**, İpek: “Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yaşığı Sorunu”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2023, s. 195-208.
- Walby**, Sylvia: Patriyarka Kuramı, Dipnot Yayınları, Ankara 2016.

İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASINDA ROBOT İŞE ALIM VE YAPAY ZEKÂ KULLANIMI*

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1649913>

Dr. Öğr. Üyesi Duygu ÇELEBİ DEMİR**

Öz

Yapay zekâ son yıllarda diğer pek çok alanda olduğu gibi iş hukukunda da önemli bir konu haline gelmiştir. Yapay zekâ, makinelerin insan benzeri zekâ ve karar verme yeteneklerini taklit etmesini sağlayan bir bilgisayar bilimi alanını ifade etmektedir. Şirketlerin, işe alımda, personel istihdamı süresince ve işçileri işten çıkarırken yapay zekâ sistemlerini kullanımları giderek artış göstermektedir. Yapay zekâ kullanımı işe başvuru-işe alım sürecinin tüm aşamalarında mümkün olabilmektedir. İnsan kaynakları süreçlerinde nitelikli iş gücüne ulaşma açısından önemli faydalar sağlayabileceği düşünülen yapay zekânın, en yaygın işe alımda kullanıldığı ifade edilmektedir. Algoritmalara dayalı sistemler, işe alımlarda uygun adayları aramak, seçmek, başvuru belgelerini incelemek ve hatta ilk görüşmeleri yapmak için dahi kullanılabilir. Teknik olarak bir başvuru sahibinin işe alınıp alınmayacağına yapay zekânın karar vermesi dahi mümkün olabilmektedir. Ancak yapay zekâ, istihdam ilişkisinin kurulmasında olumlu etkilerinin yanında bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. İstihdam süreci açısından taşıdığı tüm avantajlara rağmen yapay zekâ sistemleri, ayrımcılık yasağı, kişisel verilerin korunması gibi konularda önemli sorunlara sebep olabilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İş İlişkisinin Kurulması, İşe Alım, Robot İşe Alım, Yapa Zekâ, Ayrımcılık

* Bu çalışma 17.05.2024-18.05.2024 tarihleri arasında gerçekleştirilen IV. Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan "İş İlişkisinin Kurulmasında Robot İşe Alım ve Yapay Zekâ Kullanımı" başlıklı özet bildirinin güncellenmiş ve genişletilmiş halidir.

** Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Çankırı (duygucelebi89@hotmail.com) ORCID: 0000-0002-6029-9564 (Gönderim Tarihi: 02.03.2025-Kabul Tarihi: 12.04.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**ROBOT RECRUITMENT AND USE OF ARTIFICIAL
INTELLIGENCE IN ESTABLISHING
THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP**

(Research Article)

Abstract

Artificial intelligence has become an important issue in labor law as in many other fields in recent years. Artificial intelligence refers to a field of computer science that enables machines to imitate human-like intelligence and decision-making abilities. The use of artificial intelligence systems by companies in recruitment, during the employment of personnel and when dismissing workers is increasing. The use of artificial intelligence is possible at all stages of the job application-recruitment process. It is stated that artificial intelligence, which is thought to provide significant benefits in terms of reaching qualified labor force in human resources processes, is most commonly used in recruitment. Algorithm-based systems can be used to search for and select suitable candidates, review application documents and even conduct initial interviews. Technically, it may even be possible for artificial intelligence to decide whether an applicant will be hired or not. However, artificial intelligence brings some problems along with its positive effects in establishing an employment relationship. Despite all the advantages it carries in terms of the employment process, artificial intelligence systems can cause significant problems in issues such as non-discrimination and protection of personal data.

Keywords

Establishment of Labour Relations, Recruitment, Robot Recruitment, Artificial Intelligence, Discrimination

GİRİŞ

Yapay zekâ son yıllarda diğer pek çok alanda olduğu gibi iş hukukunda da önemli bir konu haline gelmiştir. İşin özüne bakıldığında önceden tanımlanmış belirli faktörlere veya parametrelere göre belirli değerlendirmeler yapan istatistiksel-matematiksel prosedürler veya algoritmalar onlarca yıldır kullanılmaktadır¹. Bununla birlikte, yapay programların verilerden kalıplar çıkarmayı öğrendiği ve bunları yapay sinir ağları veya kural tabanlı sistemler yardımıyla birbirine bağladığı makine öğreniminin geliştirilmesi yapay zekanın gelişiminde bir dönüm noktası olmuştur. Makine öğreniminin bir alt alanı olan derin öğrenme ile sistem, kendi korelasyonlarını ve yapılarını değerlendirerek karar verme sürecinde daha fazla insan etkisine ihtiyaç duymadan bunları kendi sonuçlarına göre derleyebilmekte veya daha da geliştirebilmektedir².

Günümüzde şirketlerin, işe alımda, personel istihdamı süresince ve işçileri işten çıkarırken yapay zekâ sistemlerini kullanımları giderek artış göstermektedir. Teknolojinin gelişimiyle birlikte hızla ilerleyen, sosyal yaşantının yanında çalışma hayatında da önemli bir konuma gelen yapay zekâ; makinelerin, insan benzeri zekâ ve karar verme yeteneklerini taklit etmesini sağlayan bir bilgisayar bilimi alanıdır³. Yapay zekâ özünde, makinelere algılama, anlama, öğrenme ve hareket etme yeteneği kazandıran bir dizi teknoloji ve tekniği ifade etmektedir. Hukuk terminolojisinde yapay zekâ genellikle algoritmalara atıfta bulunmak için kullanılmaktadır. Algoritma ise, bilgilerin girilmesi ve işlenmesiyle sonucun üretildiği bir süreçtir.

Yapay zekâ kullanımı, işe alım sürecinin tüm aşamalarında mümkün olabilmektedir⁴. İş görüşmeleri, insan analitiğiyle desteklenirken, chatbotlar

¹ Kişilerin gelecekteki ödeme davranışlarını tahmin etmek için istatistiksel-matematiksel prosedürleri kullanan kredi değerlendirmelerinin bir parçası olarak kredi kuruluşları tarafından kullanılan puanlama prosedürleri bunun en basit örneğini oluşturmaktadır. **Joos**, Daniel: “Einsatz von künstlicher Intelligenz im Personalwesen unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG”, NZA 2020, s. 1216.

² **Joos**, s. 1216.

³ **Schneider**, Moritz: “Künstliche Intelligenz am Arbeitsplatz”, ARP 2023, s. 194.

⁴ **Malorny**, Friederike: “Datenschutz als Grenze KI-basierter Auswahlentscheidungen im Arbeitsrecht”, RdA 2022, s. 171; **Lochner**, Katharina/**Preuss**, Achim: “Digitales Recruiting – Die Evolution des Assessments mittels künstlicher Intelligenz”, Zeitschrift für Angewandte Organisationspsychologie (GIO), Y. 2018, S. 49, s. 198; **Ozan Özparlak**, Başak: Büyük Veri Çağında Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı: Hukuki Bir Değerlendirme, İstanbul 2021, s. 57; **Türe**, Gökhan: “Yapay Zekâ ve İş Hukuku: İşyerinde Algoritmik Yönetim”, Dijital İş Hukuku Uygulamaları, (Ed. Prof. Dr. Saim Ocak), Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 157.

tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Teknik olarak bir başvuru sahibinin işe alınıp alınmayacağına yapay zekânın karar vermesi dahi mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte, akıllı sistemler başvuru sürecinden sonra da kullanılabilir, önceki başvuru sürecindeki öğrenimler ve mevcut veriler gelecekteki iş alımlar için kalıp geliştirilmesinde dikkate alınabilmektedir⁵.

Kurumsal uygulamada, insan kaynakları yönetiminde yapay zekâ sistemleri için halihazırda şirketler tarafından kullanılan pek çok uygulama bulunmaktadır^{6,7}. İnsan kaynakları süreçlerinde nitelikli iş gücüne ulaşma açısından önemli faydalar sağlayabileceği düşünülen yapay zekânın, en yaygın işe alımda kullanıldığı ifade edilebilir⁸. Zira binlerce kişinin iş başvurusunda bulunduğu büyük şirketlerde insan kaynakları bölümünün iş yükünü hafifletmek, zamandan ve masraftan tasarruf ederek işe, işyerine en uygun kişinin alımını sağlamak zorlu bir süreçtir⁹. İşe alım sürecinde kullanılan yapay zekâ, işverenlerin zamandan ve paradan tasarruf etmesinin yanı sıra,

⁵ Freyler, Carmen: “Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht”, NZA 2020, s. 285.

⁶ Arnold, Christian/Winzer, Thomas: § 3: Flexibilisierung im individuellen Arbeitsrecht, in Hg. Arnold, Christian/Günther, Jens; Arbeitsrecht 4.0, Rn. 265 ff.; Freyler, s. 285; Hoffmann, Michel: “Möglichkeit und Zulässigkeit von Künstlicher Intelligenz und Algorithmen im Recruiting Personalsuche 4.0”, NZA 2022, s. 19; Höpfner, Clemens/Daum, Alexander: “Der “Robo-Boss” – Künstliche Intelligenz im Arbeitsverhältnis”, ZFA 2021, s. 472; Joos, Daniel/Meding, Kristofer: “Künstliche Intelligenz und Datenschutz im Human Resource Management”, CR 2020, s. 836; Meyer, Uwe: “Künstliche Intelligenz im Personalmanagement und Arbeitsrecht”, Neue Juristische Wochenschrift, 2023, s. 1842.

⁷ Anketler, Almanya’daki büyük şirketlerin önemli bir kısmının halihazırda insan kaynakları alanında yapay zekâ sistemleri kullandığını ve daha da büyük bir kısmının gelecekte bu tür sistemleri kullanmayı planladığını göstermektedir. ABD ve Çin’de, yapay zekâ sistemleri insan kaynakları yönetiminde çok yaygın kullanılmaktadır. Bkz. Höpfner/Daum, s. 472; Meyer, s. 1842. Türkiye’de faaliyet gösteren şirketlerin insan kaynaklarında işe alım süreçlerinde yapay zekâ teknolojilerinin kullanımına yönelik yapılan araştırmaların sonucuna göre, araştırmaya katılan ve işe alım sürecinde yapay zekâ sistemlerinden yararlanan şirketlerin özgeçmiş (CV) eleme, aday tespit etme, aday veri tabanı tarama, kişilik testlerinin yapılması ve ön mülakat aşamalarında bu sistemleri kullandığı ifade edilmiştir. Karaboğa, Uğur: İşe Alım Süreçlerinde Yapay Zekâ Teknolojilerinin Kullanımı, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Yönetimi Tezli Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2020, s. 77.

⁸ Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/Yakacak, Gülnihal Ahter: “Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72 (4), 2023, s. 1706.

⁹ Engin, Murat/Ozan Özparlak, Başak: “İşe Girişte Yapay Zekâ ve Ayrımcılık”, Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ (ed. Erdem Büyüksağış), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 245.

daha fazla başvuru sahibine ulaşma ve daha çeşitli bir işe alım havuzu sağlama potansiyelini de bünyesinde barındırmaktadır¹⁰.

Günümüzde birçok şirket, işe başvuru sürecinin büyük bir kısmını dijital ortamda gerçekleştirmektedir. Başvuru sahibi, gerekli bilgileri çevrimiçi olarak sağlayarak dijitalleştirilmiş referansları sisteme yükleyebildiği gibi bunları potansiyel işverene e-posta ile de gönderebilmektedir¹¹. Bu bağlamda şirketlerin, yapay zekâ sistemlerini kullanarak başvuru sürecinin otomatik olarak uygulanması için ideal ön koşul olan geniş veri setlerine sahip olduklarını ifade etmek mümkündür¹².

Her yeni teknoloji gibi, yapay zekâ sistemleri de sunduğu avantajların yanında hukuk sistemleri için bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Ayrımcılık ihlali, kişisel verilerin işlenmesi bu zorlukların başında gelmektedir. Yapay zekâ sistemleri ile otomatikleşen işe alımlarda, bireyler çoğunlukla hangi nedenle ayrımcılığa uğradığını bilmenin ötesinde, ayrımcılığa uğradığının dahi farkında olamamaktadır. Diğer taraftan işe alım sürecinde yapay zekâ sistemlerinin kullanımında analizlerin uygulanması için gerekli olan görüşmelerin sesli veya görüntülü olarak kaydedilmesi, veri sahibinin kişisel haklarını derinden ihlal etmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda yapay zekânın giderek yaygınlaşmasından kaynaklanan fırsatlara ve risklere ilişkin incelemelerle, ayrımcılık ihlali ve kişisel verilerin işlenmesi noktasında ortaya çıkardığı sorunlara değinilecektir.

I. YAPAY ZEKÂ VE ROBOT İŞE ALIM KAVRAMI

A. Yapay Zekâ Kavramı

Yapay zekâ, makinelerin insan benzeri zekâ ve karar verme yeteneklerini taklit etmesini sağlayan bir bilgisayar bilimi alanını ifade etmektedir¹³.

¹⁰ **Kammerer**, Brittany: “Hired by a Robot: The Legal Implications of Artificial Intelligence Video Interviews and Advocating for Greater Protection of Job Applicants”, Iowa Law Review, Vol 107, Issue 2, s. 822.

¹¹ **Waas**, Bernd: “KI und Arbeitsrecht”, RdA 2022, s. 125; **Freyler**, s. 285; **Alpagut**, Gülsevil/**Karaca Yağcı**, Aybüke: “İşyerinde Yapay Zekâ Uygulaması ve Ayrımcılık”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2023/II, S. 49, s. 12. Alman Personel Yöneticileri Birliği (BPM) tarafından Mart 2019’da yapılan bir anket, ankete katılan şirketlerin %15,9’unun İK çalışmalarında (örneğin işe alımda) halihazırda yapay zekâ uygulamaları kullanırken, yaklaşık %74’ü bu konuyu araştırdığı tespit edilmiştir. Katılımcıların sadece %26,5’i yapay zekâ kullanımını düşünmediklerini belirtmiştir. Yapay zekâ halihazırda çalışan arama (%20,9) ve çalışan seçme (%11,3) alanlarında kullanılmaktadır. **Freyler**, s. 285.

¹² **Freyler**, s. 285.

¹³ **Schneider**, s. 194.

Her ne kadar üzerinde uzlaşılmış teknik ve hukuki bir tanım bulunmasa¹⁴ da sözlük anlamı olarak yapay zekâ; “*insanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin yine insan eliyle suni şekilde taklit edilmesi*” olarak tanımlanmaktadır¹⁵. Yapay zekâ, örüntü ve kategorileri tespit edebilmek için yoğun veri kullanan ve kendi kendine öğrenebilen algoritmalara dayanmaktadır¹⁶. Yazılım, algoritmalara dayanan bir sistem olmakla birlikte; algoritma, belirli bir görevi çözmeye yönelik kesin bir spesifikasyonu ifade eder¹⁷. Başka bir ifadeyle bir programın, belirli görevleri nasıl yerine getireceğini veya belirli bir problemi nasıl çözeceğini “if/else” şablonu kullanarak gösteren şablonlar olarak tanımlana-

¹⁴ **Herberger**, Maximilian: “„Künstliche Intelligenz“ und Recht”, NJW 2018, s. 2825-2826; **Malorny**, Friederike: “Auswahlentscheidungen durch künstlich intelligente Systeme Datenschutzrechtliche Grenzen im Arbeitsrecht”, JuS 2022, s. 290; **Frank**, Justus/**Heine**, Maurice: “Das KI-basierte Arbeitsverhältnis”, NZA 2023, s. 935; **Damar**, Duygu: Chancen und Risiken von künstlicher Intelligenz und Algorithmen aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive, Stiftung Datenschutz”, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Gutachten-Studien/Stiftung-Datenschutz_Gutachten-Dr-Duygu-Damar-2021-12.pdf, (Erişim Tarihi: 08.09.2024), s. 3; **Alpagut/Karaca Yağcı**, s. 12; **Güzel**, Ali/**Ugan Çatalkaya**, Deniz/**Heper**, Hande: “İş Hukukunun Yapay Zeka ile Buluşması: İşverenin Algoritmik Yönetimi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2023, s. 31; **Mücahit Küçük**, Çolpan: “Yapay Zekâ Tarafından Gerçekleştirilen İdari İşlemlerde Sorumluluk”, BÜHFD, C. 10, S. 1, Ocak 2024, s. 181; **Mücahit Küçük**, Çolpan: “Yapay Zekânın Hukuk Sisteminde Kullanılması”, Bilişim Hukuku Dergisi, 2024/1, s. 28; **Demirci**, Serdar: “Yapay Zekâdan Doğan Sorumluluğun Sigortası”, Yapay Zekâ Hukuku, (Ed. Tamer BUDAK/Uğur AŞKIN), Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 240; **Türe**, Yapay Zekâ, s. 158.

¹⁵ **Güçlütürk**, Osman Gazi: Türk Hukukunda Makine Öğrenmesine Dayalı Yapay Zekada Verinin Hukuka Uygun Şekilde Kullanılması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2021, s. 29-30; **Aloisi**, Antonio/**Gramano**, Elena: “Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context”, Comparative Labor Law & Policy Journal, Y. 2019, 41, 1, s. 95; **Akburakcı**, Necip Fazıl: Kamu Düzeni Açısından Yapay Zekâ, Ankara 2023, s. 22-23; **Türe**, Yapay Zekâ, s. 159.

¹⁶ **Jordan**, Rita: “Nothing personal? Der Personenbezug von Daten in der DSGVO im Licht von künstlicher Intelligenz und Big Data” in Künstliche Intelligenz, Demokratie und Privatheit, Baden Baden 2022, s. 63; **Waas**, s. 125; **Aloisi/Gramano**, s. 95-96; **Türe**, Yapay Zekâ, s. 159.

¹⁷ **Bernhardt**, Annette/**Kresge**, Lisa/**Suleiman**, Reem: Data and Algorithms at Work, UC Berkeley Labor Center, November 2021, s. 5; **Witteler**, Micheal/**Moll**, Lucas: “Künstliche Intelligenz am Arbeitsplatz – Datenschutz und Rechte des Betriebsrats”, NZA 2023, s. 327; **Türe**, Yapay Zekâ, s. 159.

bilir¹⁸. Bir bilgisayar programının parçası olarak algoritmayla belirli bir girdi için her zaman aynı sonucun çıkmasını sağlanmaktadır¹⁹.

Yapay zekânın özünde, makinelere algılama, anlama, öğrenme ve hareket etme yeteneği kazandıran bir dizi teknoloji ve teknik yer almaktadır. Belirtilen teknolojilerin ortak noktası, tanımlanmış bir görevi çözmek için bir model biçiminde bilgi temsili oluşturabilmeleri ve uygulayabilmeleridir. Yapay zekanın önemli bir dalı olan makine öğrenimi, bilgisayarları, büyük miktarda verideki kalıpları tanıma ve bu kalıpları tahminler veya kararlar için kullanarak belirli bir görevi ağırlıklı olarak otomatik bir şekilde çözmek için bilgiyi temsil eden modeli oluşturma yeteneği ile donatmaktadır²⁰.

İnsan zekasını taklit etmeyi ve geliştirmeyi amaçlayan bir bilim modeli olan yapay zekâ, zekâ hesaplamalı davranış modelleriyle muhakeme geliştirerek ve öğrenerek karmaşık konuları çözümleyebilmektedir. Yapay zekâ, insanın fiziksel ve zihinsel emeğini hafifleterek ona yardımcı olmaya odaklanmaktadır²¹. Belirtilen fonksiyonu yerine getirirken veri ile beslenmekte ve verileri ancak belirlenen sınırlar dahilinde işleyerek sonuç üretmektedir²². Ancak, yapay zekâ sistemlerinde kullanılan makine öğrenim algoritmaları, kendi kendine verileri analiz edebilme, işleme ve bağımsız kolerasyonlar kurarak öğrenme yetisine sahiptir²³. Bu nedenle makine öğrenim algoritmaları yazılımcısı tarafından hesaplanmayan ve öngörülme sonuçlar da üretebilmektedir²⁴.

Avrupa Komisyonu tarafından 21 Nisan 2021 tarihinde sunulan ve yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arzı, hizmete sunulması ve bazı uygulamaların yasaklanmasına dair kuralları belirleyen “Yapay Zekâ Hakkında Uyumlaştırılmış Kurallar Getiren ve Bazı Birlik Yasama Tasarruflarını Değiştiren 2024/1689 sayılı Tüzük”, 12 Temmuz 2024 tarihinde Avrupa Birliği Resmî

¹⁸ Damar, s. 3; Güçlütürk, s. 19; Türe, Yapay Zekâ, s. 159.

¹⁹ Witteler/Moll, s. 327.

²⁰ Schneider, s. 194.

²¹ FraiJ, Jihad/László, Várallyai: “A Literature Review: Artificial Intelligence Impact on the Recruitment Process”, International Journal of Engineering and Management Sciences 6, no.1 (Mart 2021), s. 110; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1703.

²² Damar, s. 3; Türe, Yapay Zekâ, s. 160.

²³ Carsten, Orwat: Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, Baden Baden, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_diskriminierungsrisiken_durch_verwendung_von_algorithmen.pdf?__blob=publicationFile&v=3, Erişim Tarihi:10.09.2024); Freyler, s. 285; Damar, s. 3; Türe, Yapay Zekâ, s. 160.

²⁴ Güçlütürk, s. 38; Türe, Yapay Zekâ, s. 160.

Gazetesi'nde yayımlanmıştır. 2024/1689 sayılı Yapay Zekâ Yasası'nın 3. maddesinde ise, yapay zekâ, “*çeşitli seviyelerde otonomi ile çalışmak üzere tasarlanmış ve kullanıma alındıktan sonra uyarlanabilirlik gösterebilen ve açık veya örtük hedefler için, aldığı girdiden, fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilecek tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktıların nasıl üretilceğini çıkaran makine tabanlı bir sistem şeklinde*” tanımlanmıştır²⁵. Anılan tanım belirsiz ve geniş olduğu için eleştirilmektedir²⁶. Yapay Zekâ Yasası'nda yapay zekâ sistemleri, risk temelli bir yaklaşımla, kabul edilemez risk oluşturan, yüksek risk oluşturan, sınırlı risk oluşturan ve minimal risk oluşturan sistemler olarak dörde ayrılmıştır.

B. Robot İşe Alım Kavramı

Algoritmalara dayalı sistemler işe alımlarda uygun adayları aramak, seçmek, başvuru belgelerini incelemek ve hatta ilk görüşmeleri yapmak için dahi kullanılabilir²⁷. Kendi kendine öğrenme yeteneği olan algoritmalar verileri analiz ederek öğrenebilir, gelişebilir, yeni durumlara uyum sağlayabilir ve bağımsız olarak korelasyonlar kurabilir bir sistem kurmaktadır²⁸. Sözü edilen sistem, işe alınan başvuru sahiplerinin verileriyle beslenerek onları hangi özelliklerin karakterize ettiğinin tespitini yapabilmektedir. Belirlenen tespit gerçekleştirilirken, ilgili başvuru sahibinin karakter özellikleri hakkında sonuçlar çıkarmak amacıyla başvuru sahiplerinin dili, kelime seçimi, sesi ve tonlaması analiz edilmektedir. Söz konusu tespit neticesinde elde edilen bilgi ise, gelecekteki başvuru sahiplerinin seçiminde kullanılabilir²⁹. Yapay zekâ kullanan bu otomatik başvuru süreci, robot işe alım olarak adlandırılmaktadır²⁹. Robot işe alım, başvuru sürecinin daha verimli ve objektif bir şekilde yürütülebilmesini bir avantaj olarak sunmaktadır.

²⁵ https://efaidnbmnnnibpccjpcglclefindmkaj/https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689, (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

²⁶ **Seitz**, Claudia: “Grundrechtsschutz und Künstliche Intelligenz Das KI-Gesetz der EU und die KI-Konvention des Europarats”, EuZW 2024, s. 837-838.

²⁷ **Ginal**, Jens: Teil F. Der Beginn des operativen Geschäfts, in Wolfgang Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 7. Auflage 2022, Rn. 95; Freyler, s. 284.

²⁸ **Lewinski**, Kai von/**Fritz**, Raphael de Barros de Barros: “Arbeitgeberhaftung nach dem AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalentscheidungen”, NZA 2018, s. 620; **Freyler**, s. 285.

²⁹ **Freyler**, 285.

II. İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASINDA ROBOT İŞE ALIM VE YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNİN KULLANIM ALANLARI

A. Genel Olarak

İş ilişkisinin kurulması; iş ilanının hazırlanması, iş görüşmelerinin gerçekleştirilmesi, işe alınacak işçinin seçilmesini kapsayan uzun bir süreci ifade etmektedir³⁰. İşe alım sürecini, iş ilanının çeşitli mecralarda yayınlanmasıyla başlayan, ilanı görenler arasından bir ön değerlendirme sonucu iş görüşmesi yapılacak adayların belirlenmesiyle devam eden, iş görüşmelerinin yapılması ve görüşme sonuçlarının değerlendirilmesini de kapsamına alarak işe alınacak kişinin tespitini içeren bir süreç olarak tanımlamak mümkündür³¹. Sözü edilen tüm aşamalarda, işverenlere kısmi ve hatta kapsamlı destek sağlayan yapay zekâ destekli programlar bulunmaktadır³².

Yapay zekanın işe alım süreçlerinin tamamında kullanımı mümkündür³³. Bilindiği üzere başarılı personel seçimi, bir şirketin ekonomik başarısında kilit bir faktör teşkil etmektedir. Personel seçim sürecinin amacı, ilan edilen işe en uygun başvuru sahibini belirleyebilmektir. İşverenler, işe alımda mümkün olan en iyi seçim kararını vermek için, başvuru sahibinin becerileri ve kişiliği hakkında mümkün olduğunca fazla bilgi edinmek isterler. İşverenler belirtilen amaca ulaşmak maksadıyla yapay zekâ tabanlı çözümler kullanmaktadır. Bu kapsamda işe alım kararları vermek, doğru adayları bulmak, pozisyon gereksinimine uygun bir havuz oluşturmak yapay zekâ sistemlerinin kullanımında temel amaçları oluşturmaktadır³⁴.

Başvuru sürecinde, yapay zekâ sistemlerini kullanmanın şirketler için avantajları arasında zaman ve personel tasarrufu, vasıflı işgücü sıkıntısı çekilen zamanlarda uygun başvuru sahiplerinin daha hızlı bulunması, aynı zamanda daha objektif ve dolayısıyla daha iyi bir personel seçim kararı yer

³⁰ Lang, Flavia/Reinbach, Hubertus: “Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht”, NZA 2023, s. 1274; Engin/Ozan Özparlak, s. 236; Türe, Yapay Zekâ, s. 163.

³¹ Engin/Ozan Özparlak, s. 236.

³² Dzida, Boris/Groh, Naemi: “Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren”, NJW 2018, s. 1917; Freyler, s. 285; Grünberger, Michael: “Reformbedarf im AGG: Beweislastverteilung beim Einsatz von KI”, ZRP 2021, s. 232; Hoffmann, s. 19-20; Witteler/Moll, s. 327-328; Lang/Reinbach, s. 1274.

³³ Alpagut/Karaca Yağcı, s. 14-15; Engin/Ozan Özparlak, s. 236; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1708.

³⁴ Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1708.

almaktadır³⁵. Personel seçim süreci uzun zamandan beri bir iş ilanının yayınlanması, başvuru belgelerinin alınması ve incelenmesi, ardından mülakatların düzenlenmesi ile sınırlı olmaktan çıkmıştır. İşe alım sürecinin dijital bir devrim geçirmesiyle birlikte, dijitalleşme ve teknolojik ilerleme, işverenlere işe alım sürecini otomatikleştirmek ve optimize etmek için sayısız fırsat sunmaktadır³⁶.

B. İş İlanlarının Hazırlanması

İşe alım, kuruluşun ihtiyaç duyduğu işgücünün işe alınması ve işe yerleştirilmesi, yirmi yıldır oldukça dinamik bir gelişim göstermektedir. İş ilanları 20. yüzyılın sonuna kadar ağırlıklı olarak yazılı basında yayınlanırken, 1990'larda açık pozisyonlar için yeni bir bilgi kanalı yaratan çevrimiçi iş panolarının ortaya çıkmasıyla yeni bir dönem başlamış; 2000'li yıllarda ortaya çıkan sosyal ağlar da şirketlerin potansiyel başvuru sahiplerine ulaşma ve onların ilgisini çekme fırsatlarını genişletmiştir. 2010'larda, çeşitli iş arama programlarındaki iş ilanlarını bir araya getiren, iş arayanların ve kariyer değişikliği arayan çalışanların uygun boş pozisyonları bulmasını kolaylaştıran, konuya özel ek arama motorları geliştirilmiştir. 2010'ların sonunda, bu gelişme nihayetinde insan kaynaklarında bir değişim yaşanmasına yol açmış, klasik işe al ve terfi ettir modelinin yerini yeni bul ve elde tut yaklaşımı almıştır³⁷.

İş ilanının³⁸ hazırlanması, iş ilişkisinin kurulması aşamasının başlangıcını teşkil etmektedir. Günümüzde dijitalleşmenin yaygınlaşmasıyla birlikte, iş ilanlarının büyük ölçüde yapay zekâ sistemleri ile hazırlandığını ve dijital platformlarda yayınlandığını ifade etmek mümkündür³⁹. Bu noktada yapay zekâ sistemlerinin iş ilanlarının hazırlanmasında yarattığı temel sorun hedefli

³⁵ **Chen**, Zhisheng: "Collaboration among Recruiters and Artificial Intelligence: Removing Human Prejudices in Employment", *Cognition, Technology & Work* 25, 1, 2022, s. 4; **Geißler**, Karl: § 2 Individualarbeitsrecht, in Stefan Kramer, *IT-Arbeitsrecht*, C.H.Beck Verlag, München, 2023, Rn. 940.

³⁶ **Schepers**, Jannik: *Digitalisierte Personalauswahl*, Springer Wiesbaden, 2024, s. 1.

³⁷ **Peters**, Robert: "Robo-Recruiting – Einsatz künstlicher Intelligenz bei der Personalauswahl, TAB beim Deutschen Bundestag", *Themenkurzprofil* Nr. 40, April 2020, s. 1-2.

³⁸ İş ilanı, işverenin işyerindeki açık iş pozisyonu ve pozisyonu doldurmak için bir iş sözleşmesi yapmaya hazır olduğunu kamuya duyurması şeklinde tanımlanmaktadır. **Türe**, Gökhan: *İş Sözleşmesinin Kurulması: İşçinin İşe Alınması*, Lykeion Yayınları, Ankara 2021, s. 228.

³⁹ **Türe**, Yapay Zekâ, s. 164; **Çankaya**, Yiğitcan: *Yapay Zekanın İş İlişkilerine Etkisi*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 161.

reklamcılık (target advertising) olarak adlandırılan ve reklamların yalnızca reklam verenin belirlemiş olduğu kişiler tarafından görülmesinin sağlandığı reklamcılık faaliyetinde ortaya çıkmaktadır⁴⁰. Kadınlara hitap eden bir dergide yayımlanan reklamda, erkeklerin reklamın hedefi olmaktan çıkarıldığını ifade etmek mümkündür. Hedefli reklamcılığın yapay zekâ sistemleri aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda, reklamın milyarlarca kullanıcısı olan platformlarda hedef kitleye yayımlanmasıyla reklamın etki alanının genişletilmesi söz konusu olmaktadır.

Algoritmik platformlar aracılığıyla işe alım ilanlarının verildiği durumlarda, ilanı veren, daha ilanın oluşturulma aşamasında, kimlerin bu ilanı görebileceğini belirleme olanağına sahiptir⁴¹. Hedefli reklamcılık aracılığıyla, yapay zekâ sistemleri reklam ve ilanların hedef birey veya gruplara erişmesine olanak tanıyan profiller oluşturmaktadır. Bunu algoritmik profillemeye ile sağlamaktadır⁴². Algoritmik profillemeye, büyük veri setlerinden, algoritmaların kullanılmasıyla gelecekteki karar alma süreçlerine temel olacak profil oluşturulması amacıyla tahmini bilginin yaratılması, keşfedilmesi veya inşa edilmesi söz konusudur⁴³. Algoritmik profillemeye, ilgili kişi veya dahil olduğu gruptakilerle ilgili varsayımlarda bulunmak amacıyla kişisel veriler, sistematik olarak toplanıp sınıflandırılmakta ve mevcut veriler analiz edilerek bilginin üretimi sağlanmaktadır⁴⁴. İşe alım süreçlerinde kullanılan bir yöntem olan algoritmik profillemeye⁴⁵, özellikle çevrimiçi iş ilanlarında

⁴⁰ **Friedler, S. A./Wilson, C.:** “Potential for Discrimination in Online Targeted Advertising”, *Proceedings of Machine Learning Research* 81, 1-15, 2018, s. 2; **Türe, İş İlişkisinin Kurulması**, s. 248.

⁴¹ **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1708.

⁴² Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) m. 4/4 hükmünde profillemeye, “*bir gerçek kişinin işteki performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışları, konumu veya hareketlerine ilişkin hususların analiz edilmesi veya tahmin edilmesi başta olmak üzere söz konusu gerçek kişiye ilişkin belirli kişisel özelliklerin değerlendirilmesi için kişisel verilerin kullanımını içeren her türlü otomatik kişisel veri işleme biçimi*” olarak tanımlanmıştır.

⁴³ **Hildebrandt, Mireille:** “Defining Profiling: A New Type of Knowledge?”, in *Profiling the European Citizen* (Eds. Mireille Hildebrandt/Serge Gutwirth), Berlin 2008, s. 17; **Büchi, Moritz/Fosch-Villaronga, Eduard/Lutz, Christoph/Tamò-Larrieux, Aurelia/Velidi, Shruthi/Viljoen, Salome:** “The Chilling Effects of Algorithmic Profiling: Mapping the Issues”, *Computer Law & Security Review*, 36, 2020, s. 2; **Türe, Yapay Zekâ**, s. 165.

⁴⁴ **Waas, Bernd:** *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, Frankfurt am Main 2023, s. 145; **Özgül, Nurullah:** “İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesinde Yeni Bir Sorun Alanı: Algoritmik Profillemeye”, *TİHEK Akademik Dergi*, Y. 2022, C. 5, S. 9, s. 84; **Türe, Yapay Zekâ**, s. 165.

⁴⁵ **Aloisi/Gramano**, s. 106; **Türe, Yapay Zekâ**, s. 166.

yararlanılmaktadır⁴⁶. Veri sahibinin haberi olmaksızın işlediği verilerle nedenselliği dikkate almadan kolerasyonlar ve ihtimallere dayalı kişilik değerlendirmesi yapan algoritmik profillemeye⁴⁷, veri koruma hukuku ve ayrımcılık yasağı açısından ciddi sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Öte yandan algoritmik profillemeye dayalı bir iş ilanında ayrımcılık, hedef dışında kalan kişilerin iş ilanı ile temas etmemesi yoluyla gerçekleştiğinden; ayrımcılığa maruz kalan kişiler ayrımcılığı deneyimleyememektedir⁴⁸.

C. Aday Tarama ve Özgeçmiş Analizi

Web tabanlı aday tarama aşamasında yapay zekâ sistemlerinin kullanılması mümkündür. Akıllı bilgisayar sistemleri, uygun başvuru sahipleri için internette arama yapabilmekte veya daha fazla işlem için alınan başvuruları anonimleştirebilme ve başvuru sürecini kapsamlı bir şekilde belgeleyebilmektedir. Yapay zekâ, aday tarama aşamasında, sosyal medya ve işe alım platformları üzerinden adayların profillerini analiz edebilmekte, NLP teknikleri⁴⁹ kullanarak adayın paylaşımlarını değerlendirebilmektedir. Uygun adaylar toplanan veriler ve analiz sonuçları neticesinde otomatik puanlama yapılarak sıralanabilmektedir⁵⁰. Yapılan bu sıralama daha sonra işe alım yetkilileri tarafından kişisel mülakata davet veya işe alım kararlarının temeli olarak kullanılmaktadır⁵¹.

⁴⁶ Türe, Yapay Zekâ, s. 166.

⁴⁷ Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 145; Türe, Yapay Zekâ, s. 166.

⁴⁸ Ozan Özparlak, s. 1493; Güzel/Ugan Çatalkaya/Heper, s. 70; Türe, Yapay Zekâ, s. 166.

⁴⁹ Doğal dil işleme (NLP), bilgisayarlara insan dilini yorumlama, işleme ve anlama yeteneği veren makine öğrenimi teknolojisi. NLP, bilgisayarlara metinleri ve konuşulan kelimeleri insanların yapabildiği gibi anlama yeteneği vermekle ilgilenmektedir. NLP, insan dilinin kural tabanlı modellemesini istatistiksel, makine öğrenimi ve derin öğrenme modu ile birleştirir. Bkz. Mohanty, Saswat/Behera, Anshuman/Mishra, Sushruta/Alkhayyat, Ahmed/Gupta, Deepak/Sharma, Vandana: "Resumate: A Prototype to Enhance Recruitment Process with NLP based Resume Parsing", 2023 4th International Conference on Intelligent Engineering and Management (ICIEM), London, United Kingdom, 2023, s. 1-6.

⁵⁰ Chen, Zhisheng: "Ethics and Discrimination in Artificial Intelligence-Enabled Recruitment Practices", Humanities and Social Sciences Communications, 10, 1, Eylül 2023, s. 10; Jackson, Maya C.: "Artificial Intelligence & Algorithmic Bias Bias: The Issues With Technology Reflecting History & Humans", Journal of Business & Technology Law 16, 2, Ağustos 2021, s. 310; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1709.

⁵¹ Joos, s. 1216.

İşe alım sürecinde, yeni bir pozisyonun gereksinimlerinin yapay zekâ destekli bir arama motoruna girilebilmesi mümkündür. Bilgisayar sistemleri uygun çalışanları ararken, arama motoru, gereksinimlere dayanarak erişebildiği başvuru portallarını tarayarak uygun adayları filtreleyebilmekte ve bir iş değişikliği olasılığını belirleyebilmektedir. Başka bir ifadeyle arama sistemleri, web sitelerindeki bağlantıları tarayıp, buradaki bilgileri toplayıp (kazıma), analiz ederek (ayrıştırma); işverenlerin, potansiyel başvuru sahipleri için arama yazılımına girdikleri gereksinimleri dikkate alarak, örneğin sosyal ağlardaki (Xing ve LinkedIn) profillere erişerek uygun adayların bir listesini verebilmektedir⁵². Yapay zekâ sistemlerinin, şirket için doğru uyumu belirlemek amacıyla başvuru verilerinin, mevcut çalışanların verileriyle karşılaştırılabilme yeteneği de bulunmaktadır.

Yapay zekâ sistemlerinin desteklediği özgeçmiş taramasında ise, algoritmalar ve makine öğrenimi, özgeçmişleri verimli bir şekilde analiz etmek ve değerlendirmek için kullanılmaktadır⁵³. İşe alım uzmanlarının çok sayıda özgeçmiş ve başvuru formunu taraması, seçmesi oldukça güçlük arz ederken⁵⁴, algoritma yardımıyla çok kısa sürede yüzlerce özgeçmişin taranarak analizi yapılabilir⁵⁵. Sözü edilen analiz gerçekleştirilirken anahtar kelime yerleştirme⁵⁶, NLP, başvuru takip sistemi, makine öğrenim tabanlı eşleştirme gibi yöntemlere sıklıkla başvurulabilmektedir⁵⁷. Özgeçmiş ayrıştırıcı, makine öğrenimi algoritmalarını kullanarak bir adayın özgeçmişinden veya CV'sinden ilgili verileri çıkaran bir araçtır. İşe alım sürecini kolaylaştırmak ve iş başvurularını tarama sürecini otomatikleştirmek için kullanılır. Bir özgeçmiş ayrıştırıcı, başvuru sahibinin adı, iletişim bilgileri, eğitim geçmişi, mesleki deneyimi ve kimlik bilgileri gibi en önemli ayrıntıları belirle-

⁵² Bu noktada sonuçlar sadece belirtilen gerekliliklerle eşleşmeye dayanmamakta, aynı zamanda iş değiştirme ve yer değiştirme istekliliği de örneğin bir işin ne sıklıkta değiştirildiğine, profilin güncel tutulup tutulmadığına ve ikamet yeri ile iş yerinin ne kadar uzak olduğuna bağlı olarak hesaplanmaktadır. **Witteler/Moll**, s. 328.

⁵³ **Laurim**, Vanessa/**Arpacı**, Selin/**Prommegger**, Barbara/**Krcmar**, Helmut: "Computer, Whom Should I Hire? – Acceptance Criteria for Artificial Intelligence in the Recruitment Process", Proceedings of the Annual Hawaii International Conference on System Sciences, Ocak 2021, s. 5496; **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1711.

⁵⁴ **FraiJ/László**, s. 112; **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1711.

⁵⁵ **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1711.

⁵⁶ Anahtar kelime yerleştirme yönteminde ilk olarak algoritma yoluyla özgeçmişlerden önemli bilgiler seçilmektedir. Sistem, özgeçmişlerin içeriğiyle eşleştirmek için önceden tanımlanmış anahtar kelimeler ve ifadeleri kullanarak işin nitelikleriyle uygun adayların belirlenmesini sağlamaktadır. Bkz. **Laurim/Arpacı/Prommegger/Krcmar**, s. 5496; **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1712.

⁵⁷ **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1711.

mek için doğal dil işleme (NLP) tekniklerini kullanarak bir özgeçmiş metnini analiz eder ve ayrıştırıcıya çeşitli özgeçmiş formlarını tanımlaması ve makine öğrenimi teknikleri kullanılarak verilen malzemenin bağlamını anlaması öğretilir⁵⁸. Sistem, uygun adayları belirlemek için zaman içinde başarılı işe alımlardaki kalıplardan öğrenimler gerçekleştirerek kriterler geliştirmekte ve iş gereklilikleriyle eşleşme derecesine göre her özgeçmiş puanlanmaktadır. Özgeçmişlerin puanlanması neticesinde işe alım uzmanları adayları verimli bir şekilde değerlendirerek, puanı yüksek adaylara odaklanmaktadır⁵⁹.

D. Ön Değerlendirme

İş görüşmesi, öğretilde, işçi adayı ile işveren arasında iş sözleşmesinin kurulmasına yönelik ilk işlemsel temasla başlayıp, sözleşmenin kurulduğu veya taraflarca sözleşme görüşmelerinin kesildiği aşamaya kadar devam eden süreç olarak tanımlanmaktadır⁶⁰. Bir iş ilanı için başvuran işçi adaylarının tamamıyla iş görüşmesi yapmak mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir. Belirtilen sebeple iş görüşmesinde önce adayların bir ön değerlendirme-den geçirilmesi gerekmektedir. Bu noktada değerlendirme sürecinde, insan kaynakları uzmanlarının yerini yapay zekâ sistemlerinin almasıyla otomatik bir ön eleme sürecinin gerçekleştiğini söylemek mümkündür⁶¹. Ön eleme sürecinde yapay zekânın kullanılması, insan kaynakları departmanının başvuru belgelerini eleme zamanından tasarruf etmesine katkı sağladığı gibi, kazanılan zamanın, seçilen başvuru sahiplerini daha iyi tanımak için kullanılabilmesine imkân sağlayabilmektedir.

Adayların ön değerlendirilmesine yönelik yapay zekâ sistemleri genellikle mevcut dijital insan kaynakları sistemlerine dayanmaktadır. Başvuru yönetim sistemleri, birçok şirkette standart olmakla birlikte hem başvuru sahiplerine hem de işe alım şirketlerine, başvuru belgelerinin sunulduğu ve işlendiği, başvuru durumunun takip edilebildiği dijital bir kullanıcı arayüzü sunarlar. Sistem, işe alımda daha ileri dijital uygulamalar için önemli bir başlangıç noktası teşkil etmektedir.

Yapay zekâ sistemleri, alınan başvuru belgelerini standart bir şekilde hazırlayabilme ve sıralayabilme, belgelerin içeriğine göre pozisyon için tüm gerekliliklerin karşılanıp karşılanmadığını kontrol edebilme ve böylece baş-

⁵⁸ Mohanty/Behera/Mishra/Alkhayat/Gupta/Sharma, s. 1.

⁵⁹ Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1712.

⁶⁰ Türe, İş İlişkisinin Kurulması, s. 274.

⁶¹ Güzel/Ugan Çatalkaya/Heper, s. 40; Türe, Yapay Zekâ, s. 167.

vuru sahiplerini önceden seçebilme imkanına sahiptir. Özellikle birkaç başvurunun bulunduğu ihtimalde, insan analitiği uygulamaları kullanılarak bir ön seçim yapılabilmektedir⁶². Yapay zekâ destekli analiz araçları çok sayıda başvuruyu otomatik olarak tarayıp, bunları bir pozisyonun gerekliliklerine göre önceliklendirebilmektedir⁶³. Başvuru sahiplerinin kişilik yapısı ve kişilik özellikleri hakkında sonuçlar çıkarmak için metin, video ve konuşma analizi kullanan programlar da bireysel başvuruları değerlendirmek için kullanılabilmektedir. Bu kapsamda yapay zekâ sistemleri, başvuru evraklarını tarayarak belirli adayların ilgili pozisyon için uygun olmadığını belirleyerek uygun olmayan başvuruları eleyebilmektedir⁶⁴. Yapay zekâ sistemleri tarafından gerçekleştirilen otomatik eleme sürecinde elenen aday sayısı arttıkça işe alımın da o kadar hızlı gerçekleşmesi sağlanmaktadır⁶⁵. Bu noktada işverenlerin aynı yazılım programlarını kullandığı düşünüldüğünde, bir kez programın yaptığı filtrelemeyen elenen işçi adayı, aynı program tarafından yapılacak ön değerlendirme süreçlerinde de başarısız kabul edilecektir⁶⁶.

Ön değerlendirme sürecinde işverenlerin sıklıkla başvurduğu geçmiş araştırması (background check), yapay zekâ sistemlerinin kullanımıyla farklı boyutlara taşınmıştır. Yapay zekâ sistemleri, web kazıma (web scraping) yöntemiyle, web sitelerinde otomatik gezerek veri toplayabilmekte⁶⁷; Linked In veya Xing gibi sosyal ağlarda başvuru sahipleri hakkında kamuya açık tüm bilgileri analiz edebilmekte⁶⁸ ve önemli bir veri kaynağı elde edebilmektedir⁶⁹.

E. Sohbet Robotları (Chatbotlar)

Ön değerlendirme sürecinin ardından, bu süreçten geçen adaylarla iş mülakatı planlanmaktadır. İş mülakatlarında yapay zekâ sistemlerinden çeşitli şekillerde yararlanılmakla birlikte, çevrimiçi mülakatlarda adayların

⁶² Hoffmann, s. 20.

⁶³ Lang/Reinbach, s. 1274.

⁶⁴ Lang/Reinbach, s. 1274; Stöcklin, s. 2; Türe, Yapay Zekâ, s. 167.

⁶⁵ Başvuru evraklarının yaklaşık yüzde 72'sinin hiç insan eli değmeden ayıklandığı ifade edilmektedir. O'Neil, Cathy: Matematiksel İmha Silahları, Büyük Veri, Eşitsizliği Nasıl Artırıp Demokrasiyi Tehdit Ediyor?, (Çev. Akın Emre Pilgir), İstanbul 2020, s. 125.

⁶⁶ Ozan Özparlak, s. 167.

⁶⁷ Alpaydın, Ethem: Yapay Öğrenme, Yeni Yapay Zekâ, (çev. Aylin Ağar), İstanbul 2020, s. 116-117; Türe, Yapay Zekâ, s. 167.

⁶⁸ Hoffmann, s. 19; Meyer, s. 1842.

⁶⁹ Alpaydın, s. 23; Stefano, Valerio: "Negotiating the Algorithm; Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection", Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 41, No. 1, 2019, s. 13; Türe, Yapay Zekâ, s. 167-168.

sorularına cevap vermesi amacıyla sohbet robotları (chatbots) kullanılabilir-mektedir⁷⁰.

Chatbotlar, işe alım sürecinin ilk aşamalarında yapay zekâ ve NLP teknolojilerinden yararlanarak gerekli bilgileri toplayan, adayların sorularını yanıtlayan, adaylarla etkileşime giren, aday bulma ve seçme sürecinde fayda sağlayan sanal asistanlardır⁷¹. Chatbotlar, erişim tabanlı chatbotlar ve üretken chatbotlar olmak üzere iki şekilde sınıflandırılabilir. Erişim tabanlı chatbot modellerinde kullanıcı ile önceden oluşturulmuş formatlardan konuşma seçerek iletişim sağlanırken; üretken modellerde girdinin çıktıya dönüştürülmesi için makine çeviri teknikleri kullanılır ve kendini eğitmek için robot, geçmiş sohbetlerden öğrenim sağlayabilir⁷². İşe alım sürecinde chatbotların kullanımının, şirketlerin markalarıyla bağlantı kurma, sık sorulan soruların yanıtlanmasının otomatikleştirilerek zamandan tasarruf etme, başvuru sahipleri için hızlı bir yol sağlama, tekrar eden işleri azaltma ve yeni adaylara ulaşmalarına yardımcı olma gibi avantajları bulunmaktadır⁷³.

F. Video Mülakat Analizi

İşe alım sürecinin aşamalarından bir diğeri mülakat aşamasıdır. Mülakat sürecinin otomatik olarak planlanmasında, mülakata katılan adayların ifade ve tepkilerinin analiz edilmesinde yapay zekâ sistemlerinden yararlanılmaktadır⁷⁴. Yapay zekâ sistemleri ile gerçekleştirilen video mülakatları, daha çeşitli ve uzak adaylara ulaşarak işverenlere fayda sağlamaktadır⁷⁵. İnsanların yapmış olduğu mülakatları analiz etmesi için de çeşitli yapay zekâ uygulamalarına başvurulabilmektedir. Yapay zekâ sistemleri, başvuru sahipleriyle bağımsız olarak ilk telefon görüşmelerini yapabildiği gibi, konuşma analizine ve video görüşmeleri durumunda yüz ifadelerine dayalı karmaşık bir kişilik profili oluşturabilme özelliğini de barındırmaktadır⁷⁶.

⁷⁰ Türe, Yapay Zekâ, s. 168.

⁷¹ Koivunen, Sami/Ala-Luopa, Saara/Olsson, Thomas/Haapakorpi, Arja: “The March of Chatbots into Recruitment: Recruiters’ Experiences, Expectations, and Design Opportunities”, Computer Supported Cooperative Work, 31, 3, s. 490; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1712.

⁷² Kambur, Emine/Yıldırım, Tülay: “From Traditional to Smart Human Resources Management”, International Journal of Manpower 44, no. 3, Mayıs 2023, s. 431; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1713.

⁷³ Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1713.

⁷⁴ Chen, Collaboration among Recruiters and Artificial Intelligence, s. 10; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1715; Çankaya, Yapay Zekâ, s. 166-167.

⁷⁵ Kammerer, 820.

⁷⁶ Lang/Reinbach, s. 1274; Hoffmann, s. 19; Meyer, s. 1842; Freyler, s. 285. Örneğin Unilever, 45.000 başvuru arasından staj için toplam 300 finalist seçmek üzere iki aşı-

Uygulamada, yazılım sistemleri esas olarak metin ve konuşmayı analiz etmek için kullanılmaktadır. Bir iş görüşmesinin kaydedildiği veya görüşmenin bir yapay zekâ uygulaması tarafından gerçekleştirildiği durumda, ses analizi olarak adlandırılan bir prosedürle analizi gerçekleştirmek mümkündür. Bu süreçte, başvuru sahibinin dil kullanımı dijital yapı taşlarına ayrıl-makta ve veri setleriyle karşılaştırılarak psikolojik ve iletişimle ilgili özellik-lerin belirlenmesi mümkün hale gelmektedir. Tonlama, diyalektik, cümle yapısı, kelime dağarcığı veya sesin melodisi gibi özellikler dahi analiz edil-mektedir. Analizle başvuru sahibinin kişilik yapısı ve dışa dönüklük/içe dö-nüklük gibi kişilik özellikleri hakkında sonuçlar çıkarılmasını sağlanmakta-dır⁷⁷. Yapay zekâ, chatbot'larla yapılan veya kaydedilen video aracılığıyla iş görüşmelerini analiz ederek, hakimiyet çabası, statü bilinci, merak, uyumlu-luk, sosyallik, risk alma isteği, performans gösterme isteği, tanınma ihtiyacı, duygusal istikrar, azim ve kendi kendini organize etme gibi karakter özellik-leri hakkında dahi açıklamalar yapabilmektedir⁷⁸.

Video mülakatlarda yüz, ses, konuşma ve beden dili analizleri gerçek-leştirilmekle birlikte, son yıllarda duygu tanıma teknolojisinde önemli bir ilerleme kaydedildiği gözlenmektedir. Bu kapsamda güven, mutluluk, hayal kırıklığı ve gerginlik gibi duyguları tanımak için adayların yüz ifadelerini analiz eden çeşitli duygu tanıma sistemleri kullanılarak⁷⁹ adayın yüz ifadesi, ses tonu ve diğer biyometrik verilerini kullanarak duygusal durumunu değer-

malı bir ADM sistemi kullanmıştır. İlk aşamada, adayların üçüncü taraf bir platformda bir dizi “bilgisayar oyununu” kısa bir süre içinde çözmeleri gerekiyordu. Bu oyunlarda bilişsel ve duygusal özellikler, özellikle de risk iştahı veya riskten kaçınma ölçüldü. Amaç, ölçülen özellikleri (oyun becerileri ile gösterildiği gibi) şirketteki benzer risk alan ve başarılı çalışanların özellikleriyle en iyi korelasyona sahip adayları bulmaktır. Burada başarılı olanlar, farklı bir platformda ikinci aşama ADM tabanlı bir video mülakatına ta-bi tutuldu. Sistem tarafından sorulan sorular, şirketin başarılı ve daha az başarılı çalışan-larının veri analizine dayanıyordu. ADM sistemi, cevapların içeriğini, kelime seçimini, ses tonunu ve mikro yüz hareketlerini analiz ederek tüm unsurları başarılı çalışanlardan elde edilen verilerle ilişkilendirdi. Bu aşamayı da geçenler daha sonra kişisel bir seçim görüşmesine davet edildi. **Grünberger**, s. 232.

⁷⁷ **Hoffmann**, s. 20. Örneğin Precire Technologies GmbH, Precire yazılımının sadece 15 dakikalık bir (iş başvurusu) mülakatın ardından başvuru sahiplerinin doğru ve kapsamlı bir kişilik profilini oluşturabildiğini ifade ederken; Amerikan şirketi HireVue, konuşma analizini bir video işleviyle birleştirerek yüzdeki mikro ifadelerin analiz edilmesini de mümkün kılmakta ve böylece başvuru sahibinin ruh hali hakkında sonuçlara varılmasını sağlamaktadır. Finlandiyalı girişim DigitalMinds ise bir adım daha ileri giderek özel e-posta kutularını ve sosyal ağ hesaplarını otomatik olarak analiz ederek başvuru sürecini basitleştirmeyi amaçlamaktadır. **Hoffmann**, s. 20.

⁷⁸ **Geißler**, Rn. 972.

⁷⁹ **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1716.

lendirilmektedir⁸⁰. Yapay Zekâ Yasası m. 3 hükmü uyarınca ‘duygu tanıma sistemi’ kavramı, “*gerçek kişilerin biyometrik verilerine dayanarak duygularını veya niyetlerini tanımlamak veya çıkarmak amacıyla kullanılan bir yapay zekâ sistemi*” olarak tanımlanmaktadır. Yasaya göre bu kavram mutluluk, üzüntü, öfke, şaşkınlık, iğrenme, utanma, heyecan, utanç, küçümseme, memnuniyet ve eğlence gibi duyguları veya niyetleri ifade etmektedir. Yapay Zekâ Yasası (Artificial Intelligence Act) duygu tanıma için kullanılan yapay zekâ sistemlerini yüksek riskli yapay zekâ sistemleri kapsamında kabul etmiştir. Bu bağlamda Yasanın m. 50/3 hükmü uyarınca “*Bir duygu tanıma sistemi veya bir biyometrik kategorizasyon sisteminin dağıtıcıları, buna maruz kalan gerçek kişileri sistemin işleyişi hakkında bilgilendirecek ve kişisel verileri (AB) 2016/679 ve (AB) 2018/1725 sayılı Tüzükler ve (AB) 2016/680 sayılı Direktif uyarınca işleyecektir. Bu yükümlülük, üçüncü tarafların hak ve özgürlükleri için uygun güvencelere tabi olarak ve Birlik yasalarına uygun olarak, cezai suçları tespit etmek, önlemek veya araştırmak için yasalarca izin verilen biyometrik kategorizasyon ve duygu tanıma için kullanılan yapay zekâ sistemleri için geçerli olmayacaktır*”. Yapay Zekâ Yasası anılan düzenleme ile bu sisteme maruz kalan kişilerin bilgilendirilmeleri zorunluluğunu öngörmüştür⁸¹.

G. İşe Yerleştirme

Bugün şirketlerin büyük çoğunluğunun bunu istemediği düşünülse de bir yapay zekâ sistemi, en uygun başvuru sahibinin seçimi konusunda özerk bir karar verebilecek yeteneğe sahiptir. Ancak işe alım süreçlerinde her ne kadar yapay zekâ sistemlerinden yararlanılsa da günümüzde işe alım süreçleri tamamen yapay zekâ sistemlerinin etkisinde değildir. Yapay zekâ sistemlerinin temel olarak insan kararlarını destekleyici bir fonksiyon üstlendiğini ifade etmek uygun olacaktır⁸². Sözleşmenin imzalanması, en azından yasal resmi gerekliliklerin olduğu durumlarda genellikle insan etkisiyle gerçekleşmektedir⁸³. Bununla birlikte yakın bir gelecekte işe alım kararlarının yapay zekâ sistemleri tarafından verileceği öngörüsünde de bulunmaktadır⁸⁴.

⁸⁰ Doucet, Lorna/Shao, Bo/Wang, Lu/Oldham, Greg R.: “I Know How You Feel, But It Does Not Always Help: Integrating Emotion Recognition, Agreeableness, And Cognitive Ability In A Compensatory Model Of Service Performance”, Journal of Service Management 27, 3, 2016, s. 321; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1716.

⁸¹ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401689, (Erişim Tarihi:11.10.2024).

⁸² Lang/Reinbah, s. 1274; Türe, Yapay Zekâ, s. 169.

⁸³ Lang/Reinbach, s. 1274.

⁸⁴ Bernhardt/Kresge/Suleiman, s. 6; Stöcklin, Fabia: “Robot Recruiting”, Sui Generis Verlag, 2023, s. 3; Türe, Yapay Zekâ, s. 170.

Gerek başvuru sürecinde gerekse mevcut istihdam ilişkisinde hem başvuru sahiplerinden hem de çalışanlardan büyük miktarda veriye sahip olan yapay zekâ programları, başvuru sahiplerinin veya çalışanların belirli bir işe uygunluğu hakkında kapsamlı kişilik profilleri geliştirebilmektedir. İnsan analitiği (people analytics) olarak adlandırılan teknolojiler, işverenlerin başvuru havuzunda bulunan uygun adayları taramaları, yetenekli çalışanları iş almaları ve kişinin belirli bir işte başarılı olma olasılığını tahmin etme noktasında işverene yardımcı olmaktadır⁸⁵. Yapay zekâ sistemleri, geçmiş verileri analiz ederek, adayların belirli bir rolde başarılı olma olasılığını tahmin etmekte, şirketlerin işe alım süreçlerini optimize etmelerinde ve daha bilinçli kararlar almalarında rol oynamaktadır⁸⁶. Tahmine dayalı yapay zekâ sistem modelleri, adayları öngörülen başarı olasılıklarına göre puanlayarak seçim sürecinin kolaylaşmasına katkıda bulunmaktadır⁸⁷.

III. İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASINDA OTOMATİK İŞE ALIM VE YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNİN KULLANILMASININ SEBEP OLABİLECEĞİ HUKUKİ SORUNLAR

A. Ayrımcılık Yasağı İhlali

1. Genel Olarak

İş ilişkisi, iş sözleşmesinin kurulmasından önce başlayan ve işe alımı da kapsamına alan bir süreci ifade etmektedir. Kural olarak işveren, iş sözleşmesini kuracağı işçiyi seçme özgürlüğüne sahiptir. Ancak bu özgürlük sınırsız nitelik arz etmemekte, işçiyi seçme özgürlüğünün sınırları bulunmaktadır. Ayrımcılık yasağı da bu sınırlardan birini teşkil etmektedir⁸⁸. Bu bağ-

⁸⁵ Kim, Pauline: “Artificial Intelligence, Big Data, Algorithmic Management, and Labor Law”, SSRN Scholarly Paper, Haziran 2023, s. 861; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1706.

⁸⁶ Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1714.

⁸⁷ Albassam, Wael Abdulrahman: “The Power of Artificial Intelligence in Recruitment: An Analytical Review of Current AI-Based Recruitment Strategies”, International Journal of Professional Business Review Vol.8, No. 6, s. 7; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1714.

⁸⁸ İş hukukunda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982; Süzek, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.3, S. 12, s. 24 vd.; Doğan Yenisey, Kübra: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 11, 2006, s. 63-82; Doğan Yenisey, Kübra: “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş, C.6, S. 4/2002, s. 1-43; Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu Yetkin Yayınevi, Ankara 2008,

lamda işveren, ayrımcılık temeline dayanan bir sebep olmadıkça dilediği adayı işe alma serbestisine sahiptir⁸⁹.

Yapay zekâ sistemlerinde kullanılan algoritmaların bireylere veya gruplara yönelik haksız veya adaletsiz muameleye sebep olması ihtimal dahilindedir. Bu noktada algoritmik ayrımcılık⁹⁰ ve algoritmik ön yargı kavramları önem kazanmaktadır. Algoritmik ayrımcılık, “*algoritmaların bir sonucu olarak bireyler veya gruplar tarafından deneyimlenen her türlü farklı muameleyi veya etkiyi kapsamına alan; ırk, renk, cinsiyet, etnik köken veya sosyo-ekonomik statü gibi belirli özelliklere dayalı olarak fırsatlara, kaynaklara veya hizmetlere eşit olmayan erişim gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkan daha geniş bir terimi*” ifade etmektedir⁹¹. Algoritmalar tarafından verilen

s. 67; **Ertürk**, Şükran/**Gürsel**, İlke: “İş Hukuku’nda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 439; **Ulucan**, Devrim: “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Temmuz 2013, s. 369-384; **Aydınöz**, Gonca: “Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasası ve Ayrımcılığın İspatı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 22, 2009, s. 163-192; **Taşkent**, Savaş/**Kurt**, Dilek: “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 40, 2014/1, s. 29-50; **Kandemir**, Murat/**Yardımcıoğlu**, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 30-31, 2014, s. 1-44; **Manav**, A. Eda: “H2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Temmuz 2013, s. 731-780; **Ünal**, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 53 vd.

⁸⁹ **Yıldız**, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 169; **Türe**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s. 190-191; **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1703.

⁹⁰ 8 Nisan 2019 tarihinde, Yapay Zekâ Üst Düzey Uzman Grubu, Güvenilir Yapay Zekâ için Etik Kılavuz İlkeleri sunmuştur. Kılavuza göre, yapa zekanın güvenilir ve etik açıdan sağlam olmasını sağlamaya yardımcı olmak amacıyla yapay zekâ için bağlayıcı olmayan yedi etik ilke geliştirmiştir. Bu yedi ilke, insan aracılığı ve gözetimi; teknik sağlamlık ve güvenlik; gizlilik ve veri yönetimi; şeffaflık; çeşitlilik, ayrımcılık yapmama ve adalet; toplumsal ve çevresel refah ve hesap verebilirliği içermektedir. Yapay Zekâ Yasası’na göre, çeşitlilik, ayrımcılık yapmama ve adalet, yapay zekâ sistemlerinin farklı aktörleri içerecek ve eşit erişimi, cinsiyet eşitliğini ve kültürel çeşitliliği teşvik edecek şekilde geliştirildiği ve kullanıldığı, aynı zamanda Birlik veya ulusal hukuk tarafından yasaklanan ayrımcı etkilerden ve haksız önyargılardan kaçınıldığı anlamına gelmektedir. Kılavuz uyarınca, adil olmayan önyargılardan kaçınılmalıdır, çünkü savunmasız grupların marjinalleşmesinden önyargı ve ayrımcılığın şiddetlenmesine kadar birçok olumsuz etkisi olabilir. Çeşitliliği teşvik eden yapay zekâ sistemleri, herhangi bir engele bakılmaksızın herkes için erişilebilir olmalı ve tüm yaşam döngüsü boyunca ilgili paydaşları içermelidir. Bkz. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, (Erişim Tarihi: 10.10.2024)

⁹¹ **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1719.

kararlarda adil olmayan ve ön yargılı sonuçların varlığı ise algoritmik ön yargıyı ortaya çıkarmaktadır⁹². Algoritmik ön yargı, öğretilde, “*algoritma geliştiricilerinin algoritmaları eğitmek için verileri toplama, seçme, hazırlama ve kullanma şekli nedeniyle otomatik karar verme sistemlerinde meydana gelebilecek sistematik ayrımcılık*” olarak tanımlanmaktadır⁹³.

Yukarıdaki açıklamalarımızda ifade edildiği üzere işe alım sürecinde halihazırda birçok yapay zekâ sistemi bulunmaktadır. Bu kapsamda yapay zekânın, ayrımcı olmayan seçim için ideal bir çözüm olarak görüldüğü ifade edilebilir. Bir insanın seçim kararında sempatik veya sevimsiz gibi kriterler dikkate alınabilecekken, yapay zekâ bu tür dış etkenlerden arınmış bir karar verilmesine yardımcı olmayı taahhüt etmektedir⁹⁴. Zira, yapay zekâ sistemleri, işverenlere verimlilik ve özellikle insan önyargısının bir kısmını ortadan kaldırma konusunda birçok avantaj sağlamaktadır. İstihdam için adayların değerlendirilmesinde insanlara göre yapay zekâ kullanmanın en büyük avantajlarından biri, insanların açık ve örtük önyargılarının ortadan kaldırılmasıdır. Bu kapsamda başvuru sürecinde yapay zekâ sistemleri kullanılmasının, işe alım üzerindeki insan etkisini azaltarak nesnellik sağlayabileceği ve böylece ayrımcılık riskini kısmen azaltabileceği ifade edilebilir⁹⁵. Ancak, şu hususu belirtmek gerekir ki yapay zekâ yalnızca bir veri tabanı olması nedeniyle, önceden tanımlanmış kriterler temelinde karar verebilmektedir. İnsan unsurunun yapay zekâ sistemlerinden tamamen arındırıldığını ifade etmek mümkün değildir. Bu kapsamda işe alım sürecinde yapay zekanın kullanılma şekline göre algoritmik ayrımcılık, doğrudan⁹⁶ veya dolaylı ayrımcılık⁹⁷ biçiminde ortaya çıkabilir⁹⁸.

Bilindiği üzere yapay zekâ insanlar tarafından programlanmaktadır. Ayrıca ilk algoritmanın veri seti açısından önyargı potansiyeli bulunması da

⁹² Stinson, Catherine: “Algorithms Are Not Neutral”, AI and Ethics 2, no. 4, 2022, 764; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1720.

⁹³ Güzel/Ugan Çatalkaya/Heper, s. 54; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1720.

⁹⁴ Engin/Ozan Özparlak, s. 227.

⁹⁵ Kammerer, s. 826-827.

⁹⁶ 6701 sayılı Kanun’un 2. maddesinde doğrudan ayrımcılık “...Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele...” olarak tanımlanmıştır.

⁹⁷ 6701 sayılı Kanun’un 2. maddesi uyarınca dolaylı ayrımcılık ise, “...Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını...” ifade etmektedir.

⁹⁸ Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1739-170; Çankaya, Yapay Zekâ, s. 176.

olasıdır. Makine öğrenimi veri odaklı olduğundan, yapay zekâ kararının kalitesi de büyük ölçüde eğitim verilerinin kalitesine bağlı değişkenlik gösterecektir. Ancak veri setlerinin eski veya eksik olması da mümkündür. Belirtilen nedenlerle, veri tabanının ne kadar ayrımcı olmadığı ve hangi karar kriterlerinin belirlendiği önem arz etmektedir. Algoritmalara dayanan uygulamaların günümüzde hızla arttığı düşünüldüğünde, algoritmik ayrımcılığın toplumlar için önemli bir insan hakları riski taşıdığı ifade edilebilir⁹⁹. Bu nedenle çalışmamız kapsamında yer alan işe alım sürecinde, iş ilanlarının kimlere gösterileceğinden, iş mülakatlarının yapılmasına dek yapay zekâ sistemlerinin kullanımının yol açabileceği ayrımcılığın önlenmesine yönelik hukuki düzenlemeler, bireylerin temel haklarının korunmasının yanında, toplumsal ve ekonomik açıdan önem taşımaktadır¹⁰⁰.

2. İş Sözleşmesinin Kurulmasında Ayrımcılık Nedenleri ve Görünümleri

İş hukukunda ayrımcı yapay zekâ tartışmasının odak noktasını işe alım süreçlerinde yapay zekâ uygulamalarının kullanılması oluşturmaktadır. İşe alımlarda kullanılan yapay zekâ kontrollü konuşma analizi, otomatik kişilik testleri, chatbotlar tarafından yürütülen mülakatlarda veya görüşmelerde adayın engellilik, etnik köken veya başkaca sebeplerle ayrımcılığa uğrama ihtimalinin yüksek olduğu ifade edilmektedir¹⁰¹.

Her şeyden önce iş ilanlarının büyük ölçüde yapay zekâ sistemleri ile hazırlandığı düşünüldüğünde, hazırlanan iş ilanlarında yer alan ayrımcı kriterler, belirli bir grubun iş ilanına başvurmasını engelleyerek işçi adaylarının istihdam piyasasına erişimini engellemek veya kısıtlamak suretiyle ayrımcılık yaratabilecektir¹⁰². Benzer şekilde algoritmanın geliştirilmesi ve verinin

⁹⁹ Yılmaz, İlay/Sözer, Can /Elver, Ecem: “Yapay Zekâ İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme”, Adalet Dergisi, 2021/1, Sayı: 66, s. 450.

¹⁰⁰ Engin/Ozan Özparlak, s. 227.

¹⁰¹ Waas, s. 124; Alpagut/Karaca Yağcı, s. 22.

¹⁰² Türe, İş İlişkisinin Kurulması, s. 193; Türe, Yapay Zekâ, s. 164. Yapay Zekâ Yasası, yapay zeka sistemlerinin artan önemi ve kullanımı göz önüne alındığında, evrensel tasarım ilkelerinin tüm yeni teknolojilere ve hizmetlere uygulanmasını, engelliler de dahil olmak üzere yapay zeka teknolojilerinden potansiyel olarak etkilenen veya bunları kullanan herkes için, doğuştan gelen onurlarını ve farklılıklarını tam olarak dikkate alacak şekilde tam ve eşit erişim sağlaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, sağlayıcıların, Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin (AB) 2016/2102 sayılı Direktifi ve (AB) 2019/882 sayılı Direktifi dahil olmak üzere erişilebilirlik gerekliliklerine tam uyum sağlamalarının esas olduğu belirtilmiştir. Bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401689#anx_VII, (Erişim Tarihi: 01.10.2024).

işlenmesi aşamasında kullanılan yetersiz veya kalitesiz veri¹⁰³ de ayrımcılığa yol açabileceği gibi¹⁰⁴; geçmiş başvurulara ilişkin verilerin kullanımıyla oluşturulan sistemlerin ön yargılı işe alım kalıpları geliştirmesi de ayrımcılığa sebep olabilecektir¹⁰⁵.

İnsanların aksine, yapay zekâ sistemlerinin duygular olmadan yalnızca gerçeklere dayanarak karar verme yeteneğine sahip olduğu ifade edilmektedir. Ancak, bu durum sadece altta yatan algoritma tasarım ve çalışma biçiminin ayrımcı olmaması halinde geçerli olmaktadır. Yapay zekâ sisteminin altında yatan verinin ayrımcı içeriğe sahip olduğu ihtimalde, ayrımcı etkiler her zaman ortaya çıkabilecektir. Zira, algoritmalar grup olasılıkları ve grup atamalarının oluşturulmasıyla çalıştığından; algoritmaların yanlış veya zaten ayrımcı olan eğitim verileriyle beslenmesi neticesinde, algoritma kararları veya sonuçları bu veriler esas alınarak verilecektir. Yetersiz veya hatalı veri setlerinin kullanıldığı yapay zekâ sistemleri, iş sözleşmesinin kurulmasında geçmişte daha az temsil edilen grupları dışarıda bırakmaya eğilimli olabilecektir¹⁰⁶. Örneğin, bir şirketin geçmişte ağırlıklı olarak erkekleri işe alması durumunda, algoritma bu verileri eğitim amacıyla analiz ediyorsa, “erkek” faktörünü olumlu olarak dikkate alarak gelecekte erkek başvuru sahiplerini tercih edebilecektir¹⁰⁷. Dolaylı ayrımcılık için ise, algoritmaya ayrımcı de-

¹⁰³ Büyük miktarda veri gereksinimi duyan yapay zekâ uygulamalarının kullanımında bazen yüksek maliyetlerden kaçınmak adına kalite kontrolünden geçirilmemiş veriler satın alınabilmektedir. **Lauscher, Anne/Legner, Sarah**: “Künstliche Intelligenz und Diskriminierung”, ZfDR 2022, 4, s. 371.

¹⁰⁴ **Chen**, Ethics and Discrimination, s. 5; **Meyer**, s. 1846; **Jackson**, s. 309; **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1710. Yapay Zekâ Yasası’na göre, yüksek kaliteli veriler ve yüksek kaliteli verilere erişim, özellikle modellerin eğitimini içeren teknikler kullanıldığında, yüksek riskli yapay zekâ sisteminin amaçlandığı gibi ve güvenli bir şekilde çalışmasını ve Birlik hukuku tarafından yasaklanan bir ayrımcılık kaynağı haline gelmemesini sağlamak amacıyla, birçok yapay zekâ sisteminin yapısını ve performansını sağlamada hayati bir rol oynamaktadır. Eğitim, doğrulama ve test için yüksek kaliteli veri setleri, uygun veri yönetimi uygulamalarının uygulanmasını gerektirir. Eğitim, doğrulama ve test için veri setleri, etiketler de dahil olmak üzere, ilgili, yeterince temsil edici ve mümkün olan en iyi ölçüde hatasız ve sistemin hedeflenen amacı açısından eksiksiz olmalıdır. Bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401689#anx_VII, (Erişim Tarihi: 01.10.2024).

¹⁰⁵ **Alpagut/Karaca Yağcı**, s. 15; **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1710.

¹⁰⁶ **Chen**, Ethics and Discrimination, s. 3; **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1724.

¹⁰⁷ Nitekim Amazon tarafından işe alımda kullanılmak üzere geliştirilen, 10 yıllık bir süre boyunca şirkete gönderilen özgeçmişlerdeki kalıpları gözlemleyerek başvuru sahiplerini incelemek üzere eğitilmiş yapay zekâ, bu dönemde başvuran adayların çoğunluğunun erkek olması nedeniyle, erkek adayların tercih edilebilir olduğunu öğrenerek kadınlara yönelik algoritmik ayrımcılığa neden olmuştur. Bkz. <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G/>, (Erişim Tarihi: 10.11.2024).

ğişkenler verilmesi gerekmez. Algoritmanın, yasaklanmış bir kriter ile belirli bir grup üzerinde zararlı etkisi olan görünüşte tarafsız bir kriter arasında korelasyon kurması yeterlidir. Örneğin, göçmenlerin giderek daha fazla sosyal açıdan dezavantajlı mahallelerde yaşaması halinde, ikametgâh kriteri etnik kökeni dolaylı olarak etkileyebilmektedir¹⁰⁸.

Algoritmaları temelde iyi veya kötü şeklinde nitelendirmek mümkün değildir. Anılan nitelemeyi yapabilmek, algoritmanın hassas programlanmasına ve eğitildikleri verilere bağlı olarak gerçekleştirilebilecektir. Bu noktada hem programlamanın hem de kullanılan verilerin ayrımcılıktan arınmış olması ve ayrımcılığa aktif olarak karşı konulmasının sağlanması gerekmektedir¹⁰⁹. Şirketlerin, ilgili programın yapıları hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları ve ilgili veri setlerini oluştururken ayrımcılığa ilişkin etki olasılığını her zaman akılda tutmaları yapay zekâ sistemlerinin ayrımcılıktan arınmasında temel ön koşulları teşkil etmektedir¹¹⁰. Zira, yapay zekâ algoritmaları karar vermek için verilere dayandığından, verilerdeki çarpıklıkların ayrımcı sonuçlara yol açabilmesi olasıdır. Yapay zekâ sistemlerinde kullanılan algoritmalar, gelecekteki sonuçlar hakkında tahminlerde bulunmak için genellikle geçmiş verileri kullandığından, bu modelleri eğitmek için kullanılan veriler önyargılıysa, yapay zekâ sisteminin tahminleri de önyargılı olacaktır. Örneğin, bir yapay zekâ sistemi belirli bir insan grubunu veya belirli bir cinsiyeti destekleyen verilerle eğitilirse, bu gruba veya cinsiyete karşı ayrımcılık yapan kararlar verebilir. Bu nedenle, yapay zekâ sistemlerinde adalet, şeffaflık ve hesap verebilirlik gibi hususlar, önyargının yerleşik hale gelmesini önlemek ve çalışanlara adil muamele yapılmasını sağlamak için önem arz etmektedir¹¹¹. Öte yandan, algoritmaların, bilinçli veya bilinçsiz kendisini yaratan kişilerin ön yargılarını yansıtmaları da mümkündür¹¹².

¹⁰⁸ **Lauscher/Legner**, s. 375. Benzer şekilde olası bir dil analizi ile ilgili olarak, algoritma, konuşma alışkanlıklarını bilmediği veya kategorize edemediği için lehçeleri veya aksanları olan kişilerin olumsuz bir puan alma riski her zaman vardır. Görünüşte nötr olan duygusal ruh hali kriterinde bile, zihinsel engelli kişilerin daha sık duygusal açıdan dengesiz olarak derecelendirilmesi ve dolayısıyla dolaylı olarak ayrımcılığa uğraması mümkündür. **Hoffmann**, s. 21.

¹⁰⁹ **Holthausen**, Joachim: "Einsatz künstlicher Intelligenz im HR-Bereich und Anforderungen an die „schöne neue Arbeitswelt X.0", *Recht der Arbeit*, Heft. 6, 2023, s. 368-369; **Hoffmann**, s. 20-21.

¹¹⁰ **Hoffmann**, s. 20-21.

¹¹¹ **Schneider**, s. 196.

¹¹² **Jackson**, s. 305; **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1722; **Güzel/Ugan Çatalkaya/Heper**, s. 69.

Ayrımcılık risklerinin algoritmanın tasarımı yoluyla ortaya çıkması da olasıdır. Yapay zekâ sistemleri tarafından başvuru sahiplerinin seçiminde örneğin, geliştiricilerin cinsiyetin ilgili bir değişken olması gerektiğini belirtmeleri ayrımcılığın olası bir nedeni olabilecektir. Bu bağlamda yasaklanmış değişkenler seçilmese dahi, seçilen değişkenlerin yasaklanmış değişkenlerle ilişkili olması ayrımcılığı meydana getirebilecektir. Örneğin, bir şirkette terfilerle karar verecek olan bir yapay zekâ uygulamasının çalışanların cinsiyeti hakkında bilgi sahibi olmaması halinde, değerlendirme kriteri olarak ortalama çalışma saatlerini kullanması ve kadın çalışanların yarı zamanlı çalışma olasılığının daha yüksek olması halinde, yapay zekâ uygulamasının kararında cinsiyete karşı ayrımcılık söz konusu olabilecektir. Zira yapay zekâ, cinsiyet bir değişken olarak seçilmemesine karşın, yarı zamanlı çalışan kadınları çalışma saatlerinden dolayı eleyecektir. Bu durumda ortalama çalışma saatleri, cinsiyet için bir temsilci görevi görecektir¹¹³.

3. İş Sözleşmesinin Kurulmasında Ayrımcılığı Önleyici Tedbirler

Bilindiği üzere işe alım süreçlerinde yapay zekâ kullanımı nitelikli iş gücüne ulaşma açısından önemli faydalar sağlamaktadır. Ancak, yapay zekâ sistemlerinin sağladığı faydaların yanı sıra beraberinde getirdiği bazı sakıncalar da bulunmaktadır. Ayrımcılık yasağının ihlali bu sakıncalardan birini teşkil etmektedir. Yapay zekâ sistemlerinin iş sözleşmesinin kurulması aşamasında kullanılmasından kaynaklı ortaya çıkan ayrımcılığı önlemek için teknik ve yasal tedbirlerin varlığı gerekmektedir. Öte yandan şeffaflık ve hesap verilebilirliğin sağlanması, algoritmanın sürekli izlenmesi ve etik standartlar geliştirilmesi de ayrımcılığı önlemede başvurulabilecek tedbirlerdendir¹¹⁴.

Algoritmik ayrımcılığı önlemeye yönelik teknik tedbirlerin başında algoritmanın eğitiminde kullanılan verilerin güvenilirliğinin sağlanması, sürekli denetimden geçirilmesi, kullanıcıların geri bildirimlerine olanak sağlanmasının geldiği ifade edilebilir¹¹⁵. Öte yandan, işe alım sürecindeki ayrımcılığı ele almak için tasarlanmış ve diğer hususların yanı sıra başvuru belgelerinin otomatik olarak anonimleştirilmesini sağlayan uygulamalar da bulunmaktadır. Örneğin Taledo adlı start-up, başvuru fotoğraflarını otomatik olarak tanınmaz hale getiren ve başvuru sahibinin adını baş harflerine kadar

¹¹³ Lauscher/Legner, s. 372.

¹¹⁴ Chen, Ethics and Discrimination, s. 8; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1729.

¹¹⁵ Wang, Xiaomeng/Zhang, Yishi/Zhu, Ruilin: "A Brief Review on Algorithmic Fairness", Wang et al. Management System Engineering, Volume 1, article number 7, (2022), s. 2.

kısıltan bir dijital filtre sunmaktadır. Uygulama sayesinde cinsiyet, etnik köken ya da din gibi unsurlar dikkate alınmaksızın en iyi başvuru sahiplerinin seçilmesi mümkün olabilmektedir¹¹⁶.

Yapay zekâ sistemlerinin kullanımından kaynaklı ayrımcılığı önlemede tek başına teknik tedbirler yeterli değildir. Ayrımcılığın önlenmesinde, yapay zekâ uygulamalarının kullanımıyla gerçekleştirilen işe alım süreçlerine özel yasal düzenlemeler getirilmesi, kamusal denetim mekanizmalarının geliştirilmesi, bağımsız denetim mekanizmalarının öngörülmesi de gerekmektedir¹¹⁷. Özellikle işe alım süreçlerine özel yasal düzenlemeler getirilmesi önem arz etmektedir. Mevzuatımızda iş sözleşmesinin kurulmasında karşı tarafı seçme özgürlüğüne ayrımcılık temelinde sınırlama getiren yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda konuya ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun¹¹⁸ 5. maddesi, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun¹¹⁹ 25. maddesi¹²⁰, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un¹²¹ 14. maddesi¹²², 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun¹²³ 122. maddesi¹²⁴ ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun¹²⁵ 6. maddesinde¹²⁶ hukuki, idari ve cezai yaptırımlar öngören düzenlemeler yer almaktadır¹²⁷.

¹¹⁶ Hoffmann, s. 20.

¹¹⁷ Chen, Ethics and Discrimination, s. 10; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1729.

¹¹⁸ RG, 10.06.2003, S. 25134.

¹¹⁹ RG, 7.11.2012, S. 28460.

¹²⁰ 6356 sayılı Kanun'un m.25/1 uyarınca "İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz".

¹²¹ RG, 7.7.2005, S. 25868.

¹²² 5378 sayılı Engelliler hakkındaki Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, "İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz".

¹²³ RG, 12.10.2004, S. 25611.

¹²⁴ Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesine göre, "Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılması, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinliğe bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

¹²⁵ RG, 20.4.2016, S. 29690.

¹²⁶ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 6. maddesine göre, "(1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu

İş Kanunu'nun m.5/3 hükmü “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında... cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz” düzenlemesiyle, İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinde, iş sözleşmesinin yapılmasında cinsiyet temeline dayanan, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık biçimleri bakımından ayrımcılık yasağı öngörülmektedir. Ancak öğretide, her ne kadar maddede cinsiyet ve gebelik nedeniyle farklı işlem yapma borcu düzenlense de; dil, din ırk, siyasal düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı bir ayrımın da iş sözleşmesinin kurulması sırasında mümkün olamayacağı ifade edilmektedir¹²⁸. Düzenlemenin uygulanabilmesi için kimliği belirli veya belirlenebilir bir mağdurun söz konusu olması gerekmektedir¹²⁹; iş ilanlarındaki ifadelerle ilişkin düzenleme bir yasadır¹³⁰. Anılan düzenlemede hukuki yaptırım öngörülmesi de¹³¹, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanan tazminat talebinde bu-

amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilendirme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. (2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar. (3) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez. (4) Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz. (5) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır. (6) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir”.

¹²⁷ Türe, İş Sözleşmesinin Kurulması, s. 199; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1732.

¹²⁸ Süzek/Başterzi, s. 485; Çankaya, Yiğitcan: “Eşitlik İlkesi ve Sözleşme Özgürlüğü Sarkacında İşe Alımlarda Ayrımcılık Tazminatı”, Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa’nın Özel Hukuka Etkileri, C. 2, s. 1151; Doğan Yenisey, Kübra: “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2005/7, s. 67 vd.; Engin/Ozan Özparlak, s. 247-248; Çankaya, Yapay Zekâ, s. 173-174.

¹²⁹ Türe, İş Sözleşmesinin Kurulması, s. 197; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1733.

¹³⁰ Bakırcı, Kadriye: Country Report: Gender Equality : How Are EU Rules Transposed into National Law? : Turkey 2021, s. 41, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b199988f-ca5b-11eb-84ce-01aa75ed71a1/language-en>; Büyükcılık, Mürvet Ece: Dolaylı Ayrımcılık Yasağı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 296; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1733.

¹³¹ İş Kanunu’nun 5. maddesinin 5. fıkrasına göre, “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821

lunmak mümkündür¹³². Alman hukukunda ise bizim mevzuatımızdan farklı olarak Genel Eşit İşlem Yasası (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG) m.15/2 uyarınca ayrımcılık sebebiyle işe alınmayan işçinin, işe alınsaydı alacağı ücretin en fazla üç aylık tutarına kadar tazminat isteme hakkı bulunmaktadır¹³³. Benzer bir düzenlemeye mevzuatımızda da yer verilerek etkili bir yaptırım mekanizmasının oluşturulması önem arz etmektedir.

6701 sayılı Kanun'un 6. maddesinin uygulama bulabilmesi için ise, kimliği belirli veya belirlenebilir bir mağdurun varlığı aranmadığından, iş ilanı aşamasından itibaren belirli bir adayın işe başvuru yapmaksızın düzenlemenden yararlanması mümkündür¹³⁴. Yukarıdaki açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere algoritmik işe alım ilanlarının bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde belirli kimselere gösterilmemesi söz konusu olabilmektedir. Anılan düzenlemenin sözü edilen ihtimalde uygulama bulacağını ifade etmek gerekir. Ancak ilanı göremeyen adayların ihlalden haberdar olmamaları da ihtimal dahilinde olduğundan konuya ilişkin algoritmik ayrımcılığı önleyici hukuk kurallarına ihtiyaç bulunmaktadır¹³⁵.

Konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde Alman hukukunda Genel Eşit İşlem Yasası (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG) bu açıdan merkezi bir öneme sahiptir. Avrupa Birliği genelinde direktiflerle uyumlaştırılan AGG § 7 hükmünde istihdam bağlamında ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. Düzenleme ırk veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel kimlik temelinde ayrımcılığı yasaklamaktadır. Başka bir ifadeyle AGG § 1 ve § 7'ye göre, işe başvuranlara ve mevcut bir iş ilişkisinde çalışanlara karşı yaş, cinsiyet, din veya etnik köken gibi AGG § 1'de listelenen özellikler temelinde ayrımcılık yapılmasına izin verilmemektedir. AGG § 11 hükmüne göre ise, bir iş ilanının AGG § 7'i ihlal edecek

sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır". Düzenleme ile ayrımcılık tazminatı iş ilişkisinde ve sona ermesinde düzenlemenin ihlali için getirilmiş olup, işe alımda uğranılan ayrımcılık bakımından tazminat öngörülmemiştir.

¹³² **Tuncay**, A. Can: "Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta Yayınları, 2011, s. 726; **Ulucan**, s. 376; **Sur**, Melda: "İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı. 37, 2017, s. 40; **Çelik**, Kübra Deniz: Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 83 vd.; **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1735. Ancak öğretilde bunun güçlü bir koruma sağladığından söz etmenin güç olduğu ifade edilmektedir. **Doğan Yenisey**, Kübra: "İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Dergisi, C.4, S. 11, s. 77; **Süzek/Başterzi**, s. 485.

¹³³ https://www.gesetze-im-internet.de/agg/_15.html, (Erişim Tarihi: 10.01.2025).

¹³⁴ **Türe**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s. 197; **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1738.

¹³⁵ **Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak**, s. 1738-1739.

şekilde verilmesi mümkün değildir. Ayrımcılık yasağının ihlali halinde işveren, AGG § 15 maddesi uyarınca tazminat talepleri ve daha da önemlisi uygulamada tazminat ödemeleri ile karşı karşıya kalmaktadır¹³⁶. Yapay zekâ sistemlerini kullanan işverenler, bu tür sistemleri personel yönetiminde ve/veya başvuru sürecinde kullanırken, yapay zekâ sistemleri tarafından alınan kararların ayrımcılık yasağını ihlal etmemesini her zaman sağlamakla yükümlüdür. AGG'nin hükümleri, yapay zekâ sistemlerinin kullanımını genel olarak kabul edilemez kılmasa da, işveren tarafından uyulması gereken zorunlu çerçeve koşullarını temsil etmekte ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi durumunda, olası itibar kaybının yanı sıra işveren için olumsuz parasal sonuçlar da doğurabilmektedir. Karar alma sürecinin şeffaflığı ve izlenebilirliği de ispat yükünün dağılımında önemli bir rol oynamaktadır¹³⁷.

İlke olarak, ayrımcılığı göstermek ve kanıtlamak mağdurların sorumluluğundadır. AGG § 22'ye göre, işverenin ayrımcılık yapılmadığını kanıtlamaması halinde, AGG § 1'de listelenen bir özelliğe dayalı olarak ayrımcılık yapıldığını gösteren kanıtların olması tazminat talebi için yeterlidir. AGG § 22 hükmü, ispat standardının düşürülmesini ve ispat yükünün başvuru sahibi veya çalışan lehine tersine çevrilmesini öngörmektedir. Başvuru sahibi ya da çalışanın, ayrımcılık yapıldığına dair olasılığın daha yüksek olduğunu kanıtlayabildiği ihtimalde, işveren ayrımcılık yapılmadığını kanıtlamakla yükümlü olacaktır¹³⁸. Türk hukukunda ise İş Kanunu m.5/7'de "20 nci mad-

¹³⁶ AGG § 15'e göre, "(1) Ayrımcılık yasağının ihlali halinde, işveren ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. İşverenin görev ihlalinden sorumlu olmaması halinde bu hüküm uygulanmaz.

(2) Çalışan, maddi kayıp olmayan zararlar için uygun bir maddi tazminat talep edebilir. İşe alınmama durumunda, çalışan ayrımcılık yapılmaksızın seçilmiş olsa dahi işe alınmayacaksa, tazminat üç aylık maaş tutarını geçemez.

(3) Toplu sözleşmelerin uygulanmasında, işveren sadece kasten veya ağır ihmalle hareket etmesi halinde tazminat ödemekle yükümlüdür.

(4) 1. veya 2. fıkra kapsamındaki bir talep, toplu sözleşmenin tarafları aksini kararlaştırmamışsa, iki aylık bir süre içinde yazılı olarak ileri sürülmelidir. Bir iş başvurusu ya da kariyer ilerlemesi söz konusu olduğunda, süre red cevabının alınmasıyla, diğer ayrımcılık durumlarında ise çalışanın ayrımcılığın farkına vardığı andan itibaren başlar.

(5) Aksi takdirde, işverene karşı diğer yasal hükümlerden kaynaklanan talepler bundan etkilenmez.

(6) İşverenin madde 7 (1) uyarınca ayrımcılık yasağını ihlal etmesi, başka bir yasal dayanaktan kaynaklanmadığı sürece, bir iş ilişkisi, mesleki eğitim ilişkisi veya kariyer ilerlemesi kurulması talebine yol açmaz."

¹³⁷ Holthausen, s. 369.

¹³⁸ Holthausen, s. 368; Meyer, s. 1846. Yapay zekâ sistemlerinin yetersiz programlandığı veya kendi kendine öğrenme sürecinin bir parçası olarak yanlış mantıksal sonuçlar çı-

de hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur” düzenlemesi yer almaktadır. Anılan düzenleme ile Türk hukukunda da ayrımcılık yasağına aykırılığın ispatı noktasında bir kolaylık getirildiği ve ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin esasların benimsendiği ifade edilebilir¹³⁹. Diğer taraftan 6701 sayılı Kanun’un 21. maddesinde “*Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.*” düzenlemesi ile bu kanun kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin özel bir ispat kuralı getirilmiştir. Bu kapsamda işverenin işe alım sürecinde yapay zekâ sistemlerini kullanması, tek başına ayrımcı muameleye maruz kalındığının ispatı için yeterli değildir. İşçinin, engellilik, cinsiyet, yaş, etnik köken gibi özelliklerinin hesaplamaya dahil edildiği konusunda şüphe oluşturabilecek olguları ortaya koyması gerekmektedir. Bu noktada aday işçi, dolaylı ayrımcılık bağlamında düzenli ve aynı zamanda önemli ölçüde güçlü bir dolaylı ayrımcılığı kanıtlayan istatistiklere güvenebilmekle birlikte sözü edilen istatistiklerin ispat yükünün yer değiştirmesi için yeterli olup olmadığının da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁰.

Yapay zekâ algoritmalarının programlanması sırasında kullanılan verilerle programın belirli bir sonuca varması arasındaki süreçte neler olduğu bilinmemektedir. Bu durum yapay zekâ algoritmalarının kara kutu (black box) sorunu olarak nitelendirilmektedir¹⁴¹. Yapay zekâ sistemlerinin sözü edilen özelliği ayrımcılığın ispatı noktasında güçlükler yaratmaktadır. Bu noktada algoritmik ayrımcılığın tespitinde sistematik ayrımcılık yaklaşımının benimsenmesi bir öneri olarak ifade edilmektedir. Anılan yaklaşıma göre, yapay zekânın belirli bir temelde doğrudan veya dolaylı ayrımcılığının

kardığı yetersiz veya hatalı bir veri temeline sahip olduğu durum, kullanıcı tarafından amaçlanmamış olsa da, AGG § 1’de belirtilen bir özelliğe dayalı olarak bir başvuru sahibine veya çalışana karşı doğrudan veya dolaylı ayrımcılık olarak varsayılabilir. **Holthausen**, s. 369.

¹³⁹ **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 445; **Süzek**, Sarper/**Başterzi**, Süleyman: İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 503; **Alpagut/Karaca Yağcı**, s. 26.

¹⁴⁰ **Waas**, s. 131; **Alpagut/Karaca Yağcı**, s. 26.

¹⁴¹ **Alpaydın**, s. 122; **Engin/Ozan Özparlak**, s. 257-258; **Türe**, Yapay Zekâ, s. 186.

ispat edilemediği durumlarda, algoritmik yönetimin sürekli ve sistematik olarak belirli bir veya birçok sosyal gruba yönelik ayrımcılık yapıp yapmadığının tespitinde ayrımcılık örüntüsü olup olmadığına dikkat edilmektedir¹⁴². Ayrımcılık örüntüsünün bulunduğu durumda işverenin, bireysel iş başvurusunda bulunan adayın neden işe alınmadığını ispatlaması gerekecektir¹⁴³.

Kişilerin hukuki başvuru imkanlarını kullanabilmeleri için hukuken korunan bir hakkının ihlal edildiğinin farkında olmaları gerekmektedir. Oysa bireyler, işe alım kararının ortaya çıkmasında, ne zaman, kim tarafından, nasıl ve hangi amaçlarla, hangi verilerinin toplandığından, toplanan verilerin işe alım sürecine etkisinden haberdar olamamaktadır¹⁴⁴. Bu nedenle öğretide haklı olarak, yapay zekâ sistemlerinin kullanımıyla ortaya çıkan işe alımda ayrımcılığın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesiyle korunan etkili başvuru hakkının¹⁴⁵ da ihlal edilme riskini barındırdığı ifade edilmektedir¹⁴⁶.

İşe alım sürecinde ayrımcılığa ilişkin çözüm üretmeyi zorlaştıran etkenlerden biri de şeffaflık eksikliği olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴⁷. Zira yapay zekâ, şeffaf ve hesap verilebilir nitelikte tasarlanmaması durumunda eşitsizlik ve önyargılarla hareket etmektedir¹⁴⁸. Erişilebilirliği, açıklanabilirliği, adaleti ve gizliliği kapsayan bir kavram olan algoritmik şeffaflık, otomatik

¹⁴² Çankaya, Yapay Zekâ, s. 181-182.

¹⁴³ Sistematik ayrımcılığın dayandığı örüntü ilkesine ABD Yüksek Mahkemesinin verdiği *International Brotherhood of Teamsters v. United States* kararında yer verilmiştir. Örüntünün kanıtlanması, ayrımcı uygulamanın yürürlükte olduğu dönem boyunca herhangi bir istihdam kararının bu politika doğrultusunda verildiği çıkarımını desteklemektedir. Bu bağlamda tek yapılması gereken ayrımcılığa uğradığı iddia edilen bireyin iş başvurusunda başarısız olduğunu ve dolayısıyla kanıtlanan ayrımcılığın potansiyel mağduru olduğunun gösterilmesidir. Sonrasında, bireysel başvuru sahibinin yasal nedenlerle bir istihdam fırsatından mahrum bırakıldığını gösterme yükü işverene ait olacaktır. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/431/324>, (Erişim Tarihi: 12.01.2025).

¹⁴⁴ Engin/Ozan Özparlak, s. 240.

¹⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Etkili Başvuru Hakkı" başlıklı 13. maddesine göre, "Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir". Bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, (Erişim Tarihi: 05.01.2025).

¹⁴⁶ Engin/Ozan Özparlak, s. 240.

¹⁴⁷ AB Komisyonu, The European Pillar of Social Rights Action Plan, s. 19, çevrimiçi erişim: <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/downloads/KE0921008ENN.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.01.2025); Engin/Ozan Özparlak, s. 240.

¹⁴⁸ Alpagut/Karaca Yağcı, s. 23-24; Çankaya, Yapay Zekâ, s. 178.

karar verme sistemlerinde güvenin tesis edilebilmesi için oldukça önemlidir¹⁴⁹. Bu bağlamda, işe alım sürecinde ayrımcılıkla mücadelede önem arz eden algoritmik şeffaflığın, en başından itibaren dikkate alınması gereken bir hedef olduğu ifade edilmektedir. Algoritmaların planlanması, tasarlanması, test edilmesi, belgelenmesi, uygulamaya konulması, denetlenmesi ve değerlendirilmesi sürecinde belirli protokollerin benimsenmesi ve uygulanması gerekmektedir¹⁵⁰.

B. Veri Gizliliği ve Kişisel Verilerin İşlenmesi Yasağı İhlali

Algoritmalar, işlevlerini yerine getirebilmek için büyük miktarda ve nitelikli veriye ihtiyaç duyarlar¹⁵¹. Günümüzde bilgisayarlar, cep telefonları ve diğer pek çok dijital araçlarla bireylerin kişiliklerini ve alışkanlıklarını yansıtan veriler toplanmaktadır. Diğer taraftan bir web sitesini ziyaret eden bireylerin yapmış olduğu tüm eylemler, birer veri olarak saniyeler içinde arka planda veri pazarında satışa çıkarılabilmektedir¹⁵². Toplanan veriler farklı alanlarda faaliyet gösteren şirketler arasında doğrudan veya veri taciri şirketler aracılığıyla paylaşılabilmektedir. Ayrıca verilerin alınıp satıldığı, bilimsel araştırmaların yanında sosyal, siyasal ve ekonomik alanlarda kullanılacak otomatik sistemlerin geliştirilmesinde ve karar alma süreçlerinde kullanıldığı da bilinmektedir¹⁵³.

Yapay zekâ sistemleri hem fırsatlar hem de riskler barındıran çok sayıda veriyi işleyebilme imkânına sahiptir. Yapay zekâ, bir yandan iş süreçlerinin optimize edilmesine ve verimliliğin artırılmasına katkı sağlarken, öte yandan, çalışanların mahremiyetini ve kişisel haklarını da tehlikeye atabilme riskini barındırmaktadır¹⁵⁴. İşverenin hangi bilgileri elde etmeye yetkili olduğu veya başvuru sahibinin hangi bilgileri gizli tutmakta öncelikli menfaati olduğu esasen veri koruma hukukuna ilişkin bir sorundur. Bir iş sözleşmesindeki bilgi alışverişinin her zaman kişisel verilerin işlenmesini içerdiğini ifade etmek mümkündür. Öte yandan çalışanın ifa yükümlülüğünü, kişiliğinden ve buna bağlı bireysel beceri ve özelliklerinden ayrı tutulamaz¹⁵⁵. Başvu-

¹⁴⁹ Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1728.

¹⁵⁰ Kossow, Niklas/Windwehr, Svea/Jenkins, Matthew: "Algorithmic transparency and accountability", Transparency International (2021), s. 18, <https://www.jstor.org/stable/resrep30838>, (Erişim Tarihi: 2.01.2025).

¹⁵¹ Ozan Özparlak, s. 62; Güzel/Ugan Çatalkaya/Heper, s. 74.

¹⁵² Engin/Ozan Özparlak, s. 233-234.

¹⁵³ Engin/Ozan Özparlak, s. 235.

¹⁵⁴ Witteler/Moll, s. 327

¹⁵⁵ Schepers, s. 54.

ru belgelerinin yapay zekâ sistemleri tarafından kontrol edilmesi, chatbotların başvuru sahipleriyle mülakat yapması ve yapay zekâ sisteminin başvuruları değerlendirdiği durumlarda, verilerin toplanması ancak toplanan verilerin iş hukuku kapsamında izin verilen bilgiler olması ve doldurulacak pozisyon için gerekli olmayan kişilik analizleri yapılmaması şartıyla mümkün olmalıdır¹⁵⁶.

Bir başvuru sahibinin karakterinin ve kişiliğinin uygunluğunu, yalnızca niteliği, sertifikaları ve diğer geleneksel seçim kriterlerini karşılaştırarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu bağlamda sosyal becerilerin varlığını değerlendirebilmek ve başvuru sahiplerinin ön seçimini sağlamak adına, genel zekâ testleri, konuşma ve ses analizi gibi otomatik ve algoritma tabanlı yetenek değerlendirme prosedürlerinin kullanımı giderek artmaktadır. Ancak başvuru sürecinde her yetenek değerlendirme prosedürüne ve buna bağlı olarak her bilgi toplama işlemine izin verilmediği de unutulmamalıdır. Bu noktada işverenin bilgiye olan yoğun ilgisi ile kendisi hakkında mümkün olduğunca az bilgi ya da en azından sadece olumlu bilgi vermek isteyen başvuru sahibinin kişisel hakları çatışma içinde olacaktır. Bu nedenle, özellikle de bir yetenek değerlendirme prosedürünün amacı uzmanlık dışı bilgi toplamaksa, işverenin bilgiye olan ilgisinin hangi sınırlara tabi olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır¹⁵⁷. Öte yandan 2024/1689 sayılı Yapay Zekâ Yasası m. 50/3'e göre, bir duygu tanıma sistemi veya bir biyometrik kategorizasyon sisteminin dağıtıcılarının, buna maruz kalan gerçek kişileri sistemin işleyişi hakkında bilgilendirerek kişisel verileri (AB) 2016/679 ve (AB) 2018/1725 sayılı Tüzükler ve (AB) 2016/680 sayılı Direktif uyarınca işlemesi gerekmektedir. Bu kapsamda işe alım sürecinde yapay zekâ sistemlerinin duygu tanıma veya biyometrik sınıflandırma için kullanılması halinde aday işçilerin sistemin işleyişinden haberdar edilmeleri gerekmektedir¹⁵⁸.

Kişisel verilerin işlenmesi yasağından söz edebilmek için, her şeyden önce verinin kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ait olması gerekmektedir¹⁵⁹. Bu noktada kimliği belirlenebilir kişi kavramı önem kazanmaktadır. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) m.4/1 uyarınca, *“kimliği belirlenebilir bir gerçek kişi, doğrudan veya dolaylı olarak, özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrimiçi bir tanımlayıcı gibi bir tanımlayıcıya veya söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolo-*

¹⁵⁶ Meyer, s. 1846.

¹⁵⁷ Schepers, s. 1-2.

¹⁵⁸ Alpagut/Karaca Yağcı, s. 15.

¹⁵⁹ Türe, Yapay Zekâ, s. 191.

jik, genetik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özgü bir veya daha fazla faktöre atıfta bulunularak tanımlanabilen kişiyi” ifade etmektedir¹⁶⁰. Bu kapsamda kimliği belirlenebilir kabul edilme bakımından tüm bilgilerin tek bir kişinin elinde olması şart değilse de, esaslı bir çaba harcanmaksızın veri sahibinin kimliğinin tespit edilememesi durumunda kimliği belirlenebilir kişiden söz edilememektedir¹⁶¹. Kimliği belirlenemez kişiler, veri koruma hukukunun kapsamına girmemektedir¹⁶².

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü, kişisel verilerin hangi koşullar altında işlenebileceğini düzenlemektedir. GPDR m.9/1 uyarınca, “*İrk veya etnik köken, siyasi görüş, dini veya felsefi inanç veya sendika üyeliğini ortaya koyan kişisel verilerin işlenmesi ve genetik verilerin, bir gerçek kişiyi benzersiz bir şekilde tanımlamak amacıyla biyometrik verilerin, sağlıkla ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel yönelimi ile ilgili verilerin işlenmesi yasaktır.*”. Tüzüğün 22. maddesine göre ise, veri sahibinin, kendisiyle ilgili yasal etkiler doğuran veya benzer şekilde kendisini önemli ölçüde etkileyen profil oluşturma da dahil olmak üzere yalnızca otomatik işleme dayalı bir karara tabi olmama hakkı bulunmaktadır¹⁶³. Anılan düzenleme, bir kimsenin algoritma tabanlı bir otomasyonun nesnesi haline getirilmemesi gereğinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır¹⁶⁴. Düzenlemede yer alan yasal etki, kararın veri sahibinin yasal durumunu bir şekilde değiştirmesi, yani yasal bir pozisyon oluşturma, değiştirmesi veya iptal etmesi anlamına gelmektedir¹⁶⁵. Veri sahipleri için münhasıran lehe hukuki sonuçları olan kararlar, GDPR m. 22/I'deki yasağın kapsamına girmemektedir. Başka bir ifadeyle, alınan kararın çalışanlar için münhasıran olumlu olduğu ihtimalde, işverenler her zaman tam otomatik yapay zekâ kararlarını kullanabilmektedir. Diğer yandan farklı veya çalışan için açıkça olumsuz yasal sonuçlar söz konusu olduğunda, yapay zekanın bir insan karar vericiye da-

¹⁶⁰ <https://gdpr-info.eu/art-4-gdpr/>, (Erişim Tarihi: 15.01.2025).

¹⁶¹ Türe, Yapay Zekâ, s. 192.

¹⁶² Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 139; Jordan, s. 60-61; Türe, Yapay Zekâ, s. 192.

¹⁶³ Benzer bir hakka Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı Sözleşmesini güncelleştiren 108+ Protokolü'nde yer verilmiştir. Protokol m. 9/1(a)'da; “*Her bireyin, kendi görüşleri dikkate alınmaksızın yalnızca verilerin otomatik işlenmesine dayalı olarak kendisini önemli ölçüde etkileyen karara tabi olmama hakkı*” olarak yer almıştır. Türe, Yapay Zekâ, s. 201.

¹⁶⁴ Lauscher/Legner, s. 381-382; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Yakacak, s. 1740.

¹⁶⁵ Günther, Jens/Gerigk, Mark/Berger, Markus: “Von Algorithmen und Arbeitnehmern: Die europarechtliche Regulierung von KI im arbeitsrechtlichen Kontext”, NZA 2024, s. 235.

nışması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁶. GPDR m.22/2 ise, 1. fıkrada getirilen temel yasağın istisnalarına yer vermiştir. Düzenlemeye göre, “a) veri sahibi ile bir veri sorumlusu arasında bir sözleşmenin akdedilmesi veya ifası için gerekli olması; b) veri sorumlusunun, tabi olduğu ve aynı zamanda veri sahibinin hak ve özgürlükleri ile meşru menfaatlerinin korunmasına yönelik uygun tedbirleri ortaya koyan Birlik veya üye devlet hukuku tarafından yetkilendirilmiş olması; c) veri sahibinin açık rızasının bulunması” hallerinde Tüzük m.22/1 uygulama bulmamaktadır¹⁶⁷.

Kişisel verilerin korunması hakkı, hukukumuzda ise, 2010 yılında 5982 sayılı yasa ile Anayasa’nın m.20/3 hükmüne eklenen düzenleme ile temel bir hak olarak kabul edilmiştir. Anayasa m. 20/3’e göre, “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”. Anılan düzenleme ile yalnızca veri değil, kişinin temel hakları da korumaya alınmıştır¹⁶⁸. Kişisel veri ise, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun¹⁶⁹ 3. maddesinde, “...kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi..” olarak tanımlanırken; kişisel verilerin işlenmesi, “...kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem...” şeklinde tanımlanmıştır. 6698 sayılı Kanun’un 6. maddesi, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veri olarak kabul etmektedir. Söz konusu kişisel verilerin işlenmesi m.6/3 hükmü gereği yasaklanmıştır. Ancak, 6698 sayılı Kanun m.6/3

¹⁶⁶ Günther/Gerigk/Berger, s. 235.

¹⁶⁷ <https://gdpr-info.eu/art-22-gdpr/> (Erişim Tarihi: 25.12.2024)

¹⁶⁸ Büyüksağış, Erdem: “Yapay Zekâ Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı”, YÜHFD, C. XVIII, 2021/2, s. 531.

¹⁶⁹ RG, 2.4.2016, S. 2967.

hükmü gereği, “...a) ilgili kişinin açık rızasının olması, b) Kanunlarda açıkça öngörülmesi, c) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin, kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, ç) İlgili kişinin alenileştirdiği kişisel verilere ilişkin ve alenileştirme iradesine uygun olması, d) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması, e) Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması, f) İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması, g) Siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması halinde...” kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. 6698 sayılı Kanun incelendiğinde, kanun koyucunun insan katılımı olmadan yalnızca algoritmalar aracılığıyla alınan otomatik kararlar ile insan müdahalesini içeren kararlar arasında bir ayrım yapmadığı gözlenmektedir. Bu kapsamda 6698 sayılı Kanun, genel kişisel verilerin işlenmesi ile alınacak kararların algoritmalar aracılığıyla otomatik şekilde uygulanması ve insan denetiminden geçmemiş olmasına özel bir hukuki sonuç bağlamamıştır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, medeni hali, kişilerin ikametgahı, alışveriş alışkanlıkları, ekonomik durumu, iletişim bilgileri gibi genel nitelikteki verilerin işlenmesini yasaklamamıştır. Bu nedenle salt algoritmik kararlarla genel nitelikli kişisel veri işleme, kişisel verilere mantıksal ve aritmetik işlemlerin uygulanması, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, geri elde edilmesi veya aktarılması gibi işlemlerin yapay zekâ uygulamalarıyla gerçekleştirilmesinin Türk hukukunda serbest olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁰.

İş ilişkisi kişisel verilerin en yoğun işlendiği hukuki ilişkilerdendir. İşe alım sürecinde yapay zekâ sistemlerinin kullanılması neticesinde gerçekleşen analizlerin uygulanması için gerekli olan görüşmelerin sesli veya görüntülü olarak kaydedilmesi, veri sahibinin kişisel haklarını derinden ihlal etmektedir. Ancak 6698 sayılı Kanun’da iş ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesine özgü düzenlemeler yer almamaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 419. mad-

¹⁷⁰ Büyüksağış, s. 532.

desine göre, “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.”. Anılan düzenleme uyarınca iş ilişkisinde işçinin kişisel verilerinin işlenebilmesi için maddede belirtilen iki durumdan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁷¹. Bu kapsamda işverenin, hukukun kendisine verdiği açık ve meşru amaçlar dışında gerekenden fazla veriyi kullanması ve işlemesi hali, hükme aykırılık teşkil edecektir¹⁷². Öte yandan işveren tarafından işe alım sürecinde yapay zeka sistemlerinin kullanıldığı ihtimalde, aday işçi, 6698 sayılı Kanun’un 11. maddesi uyarınca, “...veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; a) kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, b) kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, c) kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, ç) yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, d) kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, e) 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, g) işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, ğ) kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme...” haklarına sahiptir.

Yapay zekaya dayalı seçim kararlarının bir parçası olarak işlenen veriler genellikle kişisel veriler olduğundan prensip olarak işlenemez kabul edilmekle birlikte istisnalara yalnızca GDPR'nin katı koşulları altında izin verilmektedir¹⁷³. İş ilişkisi için ise özel kurallar geçerlidir. GDPR m.88/1'e göre, üye Devletlerin, kanunla veya toplu sözleşmelerle, çalışanların kişisel verilerinin istihdam bağlamında işlenmesine ilişkin olarak hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak üzere, özellikle işe alım, iş sözleşmesinin ifası ve kanunla veya toplu sözleşmelerle belirlenen yükümlülüklerin yerine geti-

¹⁷¹ **Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 719; **Sevimli**, Ahmet: “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu m. 419”, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 24, s. 134; **Gürsel**, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 171; **Alp**, Mustafa/**Doğan**, Sevil: “Giyilebilir Teknolojiler ve İş İlişkisine Etkisi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2021/4, s. 2618.

¹⁷² **Dülger**, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul 2019, s. 196; **Alp/Doğan**, s. 2618.

¹⁷³ **Malorny, Datenschutz**, s. 173.

rilmesi amacıyla daha spesifik kurallar öngörebilmesine izin verilmektedir¹⁷⁴.

Konuya ilişkin Alman hukuku incelendiğinde Alman Federal Veri Koruma Yasası (BDSG) m.26/1'e göre, çalışanların kişisel verileri, işe alım kararları için veya işe alımdan sonra iş sözleşmesinin yürütülmesi veya feshedilmesi için veya kanunla veya toplu sözleşmelerle veya işveren ile personel konseyi arasındaki diğer anlaşmalarla belirlenen çalışan temsilciliği hak ve yükümlülüklerinin kullanılması veya yerine getirilmesi için gerekli olduğu durumlarda istihdamla ilgili amaçlarla işlenebilmektedir. BDSG m.26/8 uyarınca iş başvurusunda bulunanlar da çalışan olarak kabul edilmektedir¹⁷⁵. Başvuru sahibine ait verilerin işe alım prosedürünün ötesinde gelecekteki prosedürler için saklanacak olması hali veri koruma durumunun daha karmaşık hale getirmektedir. Bu bağlamda işverenin artık verileri kullanmasının beklenemeyeceği noktadan itibaren, yetenek havuzu, bir istihdam ilişkisinin kurulmasına dair karar için gerekli olmayan ve bu nedenle BDSG m.26/1 kapsamında gerekçelendirilemeyen bir saklama veri tabanı haline gelmektedir. İşe alım sürecinde toplanan verilerin, başka amaçlar için kullanılabilmesi için reddedilen başvuru sahibinin verilerinin kullanımına rıza göstermesi gerekmektedir. Bu onay, ancak başvuru sahibinin verilerinin başvuru sürecinin ötesinde hangi amaçla saklanacağı konusunda bilgilendirilmesi halinde verilebilecektir. Öte yandan işe alım süreci devam ederken başvuranın, işverenin psikolojik baskısı altında olduğu düşünüldüğünde bu rızanın en azından işverenin olumsuz bir kararından sonra gönüllü olarak verilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir¹⁷⁶. Nitekim Federal İş Mahkemesi'nin 25 yıldan uzun bir süre önce kabul ettiği üzere, bir kişinin, kişiliğinin herkesin ulaşabileceği bilginin ötesine geçen araçlarla aydınlatılmasını isteyip istemediğine ve buna ne ölçüde izin vereceğine özgürce karar vermesi, kendi kaderini tayin hakkının bir parçasıdır¹⁷⁷. Bu içtihadın soyut ilkelerinin aynı zamanda günümüzde robot işe alımın kabul edilebilir olup olmadığı sorusuna da cevap verdiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda potansiyel işverene bu tür bilişsel olasılıkları açıp açmayacağına özgürce karar vermesi gereken kişi başvuru sahibinin kendisidir. Robot işe alım uygulamaları, veri koruma kanununun gerekliliklerini de yerine getiren rıza gerektirmekte olduğundan her durumda ister telefon mülakatında ister çevrimiçi bir oyunda olsun, başvuru-

¹⁷⁴ <https://gdpr-info.eu/art-88-gdpr/>, (Erişim Tarihi: 02.02.2025)

¹⁷⁵ Geißler, Rn. 968.

¹⁷⁶ Geißler, Rn. 970.

¹⁷⁷ BAG 16.9.1982 – 2 AZR 228/80, NJW 1984, 446.

cunun müteakip değerlendirmeden önceden haberdar edilmediği uygulamalar bu nedenle kabul edilemez olmaktadır^{178, 179}.

SONUÇ

Yapay zekâ, yaşam ve çalışma şeklimizi değiştirmekle birlikte sağlık hizmetlerinden finans sektörüne ve ulaşım endüstrisine kadar her alanda etkin bir şekilde uygulama bulmaya başlamıştır. Günümüzde şirketlerin, işe alımda, personel istihdamı süresince ve işçileri işten çıkarırken yapay zekâ sistemlerini kullanımları giderek artış göstermektedir. Yapay zekâ sistemlerinin kullanımı özellikle istihdam ilişkisinin kurulması aşamasında önemli fırsatlar sunmaktadır. Başvuru sürecinde yapay zekâ sistemlerinin kullanımı bir yandan önemli ölçüde maliyet ve zaman tasarrufu sağlarken, diğer taraftan seçim kararlarının geçerliliğini artırmaktadır.

Her yeni teknoloji gibi, yapay zekâ sistemleri de sunduğu avantajların yanında hukuk sistemleri için bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Ayrımcılık ihlali de bu zorluklardan birini teşkil etmektedir. Yapay zekâ sistemleri ile otomatikleşen işe alımlarda, bireyler çoğunlukla hangi nedenle ayrımcılığa uğradığını bilmenin ötesinde, ayrımcılığa uğradığının dahi farkında olamamaktadır. Yapay zekâ sistemlerinin kullanımıyla ortaya çıkan ayrımcılık riskleri, yeni koruma gereksinimlerine yol açmaktadır. Geliştirme aşamasında, öğrenme algoritmalarının ve eğitim veri setlerinin ayrımcı olmadığından, yani algoritmaların ve eğitim veri setlerinin kişisel önyargılar veya önceki ayrımcılıklar nedeniyle herhangi bir çarpıtma sergilemediğinden emin olunması gerekmektedir. Buna ek olarak yapay zekâ sistemi tarafından üretilen kararların, sonuçların veya tekliflerin insan denetimine tabi tutulması da bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Zira Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası m.14/1 uyarınca yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin, kullanımda oldukları süre boyunca gerçek kişiler tarafından etkili bir şekilde denetlenebilecek biçimde tasarlanması ve geliştirilmesi gerekmektedir. Öte yandan, konuya ilişkin yapılan yasal düzenlemelerin, tazminat veya idari para cezası öngörme gibi telafi edici niteliğinin yanında ayrımcılık risklerini azaltmak veya ortadan kaldırmak adına önleyici nitelikte olması da önem arz edecektir. Konu açısından bir başka problem ise ayrımcılığa maruz kalan bireylerin,

¹⁷⁸ Geißler, Rn. 973.

¹⁷⁹ Almanya'da yakın geçmişte uygulanan para cezalarının miktarı da giderek artış göstermektedir. Kamuoyuna yansıyan münferit vakalarda yedi haneli rakamlara varan para cezaları uygulandığı görülmektedir. Veri sahiplerinin haklarının korunmasını sağlamak ve veri sorumlularını veri koruma gerekliliklerine uymaya teşvik etmek için düzenlemeler daha tutarlı bir şekilde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Hoffmann, s. 23.

ayrımcılığı nasıl ispat edebileceğidir. İspat konusundaki güçlük, ayrımcılığa maruz kalan aday işçinin hukuki başvuru olanaklarını kısıtlamaktadır. Bu noktada yapay zekanın kara kutu niteliği dikkate alındığında ayrımcılığın ispatı noktasında başvuru sahibine ispat kolaylığını sağlamaya yönelik yasal düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Bilindiği üzere yapay zekâ, istihdam ilişkisinin kurulmasında olumlu etkilerinin yanında bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Zira, algoritmalar tarafından yapılan veri analizinin, gruplar oluşturmak ve tipik olarak belirli özelliklere sahip kişileri atamak için kullanıldığı düşünüldüğünde, algoritmalar tarafından yapılan açıklamaların, ayrımcı etkilere yol açabilmesinden söz edilebilecektir. İş ilişkisinin kurulmasında ayrımcılıkla ilgili özelliklere (yaş, engellilik, dini aidiyet, hamilelik gibi) ilişkin sorular ayrımcılığa delil teşkil edebilmektedir. Yapay zekâ tarafından yürütülen süreçte ise ayrımcılıkla ilgili soruların kabul edilebilirliğinin nasıl değerlendirileceği tartışma yaratabilecek niteliktedir. Bu kapsamda chatbotların veya diğer otonom sistemlerin, iş ilişkisinin kurulmasında yetkisiz sorular sormayacak şekilde programlanması gerekmektedir. Robot işe alımında ayrımcılığa karşı korumanın programlama aşamasında başlaması tavsiye edilmektedir. Akıllı sistemlerin, ayrımcılığı önceden tanıyabilecek ve önleyebilecek şekilde tasarlanması gerekmektedir. Bununla birlikte gerekli verilerin özenle seçilmesi de önem arz etmektedir. İşverenlerin, ayrıca yapay zekayı dikkatle izlemeleri ve kapsamlı dokümantasyon sağlamaları da tavsiye edilebilir.

Yapay zekâ sistemleri hem fırsatlar hem de riskler barındıran çok sayıda veriyi işleyebilme imkânına sahip olduğundan; bir yandan iş süreçlerinin optimize edilmesine ve verimliliğin artırılmasına katkı sağlarken, öte yandan, çalışanların mahremiyetini ve kişisel haklarını da tehlikeye atabilme riskini barındırmaktadır. Yapay zekâ tabanlı uygulamalar kullanılırken, analiz yöntemine bağlı olarak, söz konusu işle ilgili olandan çok daha fazla verinin toplanması ve kullanılması riskinin her zaman mevcut olduğunu ifade etmek gerekir. Bu nedenle işe alımda kullanılan yapay zekâ tabanlı uygulamaların veri korumasına uygun kullanımını gerekçelendirmek genellikle zor olmaktadır.

İşe alım sürecinde yapay zekâ sistemlerinin kullanılması neticesinde gerçekleşen analizlerin uygulanması için gerekli olan görüşmelerin sesli veya görüntülü olarak kaydedilmesi, veri sahibinin kişisel haklarını derinden ihlal ederken, 6698 sayılı Kanun'da iş ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesine özgü düzenlemeler yer almamaktadır. Yasal mevzuatımızda kişisel verilerin korunmasına ilişkin yeterli korumanın sağlanmadığı söylenebilir. Bu kapsamda işe alım sürecinde yapay zekâ sistemlerinin kullanımına yönelik

denetleyici ve düzenleyici kurallara ihtiyaç bulunmaktadır. Konunun öneminin gelecekte de artarak devam edeceği düşünüldüğünde, gerek ayrımcılığı önlemeye yönelik caydırıcı yaptırımlar içeren gerekse kişisel verilerin daha fazla korunmasını temin eden uluslararası düzenlemelerle uyum sağlayan kapsamlı bir regülasyon ihtiyacı bulunduğu ifade edilebilecektir

Öte yandan işe alım sürecinde kullanılan yapay zekâ sistemlerinin işe alımda görevli insanlar yerine değil de insanlara yardımcı nitelikte kullanılmasının sağlanması, algoritmaların kullanımına bağlı ortaya çıkan ayrımcılık, verilerin işlenmesi ihlallerinin önlenmesinde bir çözüm yaratabilecektir. Bu bağlamda nihai kararların algoritmalar tarafından değil de insanlar tarafından alınması gerekmektedir. ILO'nun Çalışma Geleceği Raporu'nda ifade ettiği insan kontrollü yapay zekâ yaklaşımının benimsenmesi de bir çözüm önerisi olarak ifade edilebilir. Bunlara ek olarak kullanılan yapay zekâ sistemlerinin süreklilik arz edecek şekilde güvenlik, önyargı ve ayrımcılık denetiminden geçirilmesi de anılan ihlallerin gerçekleşmesini engelleyebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akburakcı**, Necip Fazıl: Kamu Düzeni Açısından Yapay Zekâ, Ankara 2023.
- Albassam**, Wael Abdulrahman: “The Power of Artificial Intelligence in Recruitment: An Analytical Review of Current AI-Based Recruitment Strategies”, *International Journal of Professional Business Review* Vol.8, No. 6, s. 1-25.
- Aloisi**, Antonio/**Gramano**, Elena: “Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Y. 2019, 41(1), s. 95-121.
- Alp**, Mustafa/**Doğan**, Sevil: “Giyilebilir Teknolojiler ve İş İlişisine Etkisi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2021/4, 2599-2632.
- Alpagut**, Gülsevil/**Karaca Yağcı**, Aybüke: “İşyerinde Yapay Zekâ Uygulaması ve Ayrımcılık”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2023/II, S. 49, s. 11-44.
- Alpaydın**, Ethem: Yapay Öğrenme, Yeni Yapay Zekâ, (çev. Aylin Ağar), İstanbul 2020.
- Aydınöz**, Gonca: “Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 22, 2009, s. 163-192.
- Bakırcı**, Kadriye: Country Report: Gender Equality : How Are EU Rules Transposed into National Law?:Turkey 2021, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b199988f-ca5b-11eb-84ce-01aa75ed71a1/language-en>.
- Bernhardt**, Annette/**Kresge**, Lisa: Reem Suleiman, Data and Algorithms at Work, UC Berkeley Labor Center, November 2021.
- Büchi**, Moritz/**Fosch-Villaronga**, Eduard/**Lutz**, Christoph/**Tamò-Larrieux**, Aurelia/**Velidi**, Shruthi/**Viljoen**, Salome: “The Chilling Effects of Algorithmic Profilin: Mapping the Issues”, *Computer Law & Security Review*, 36 (2020), s. 1-15.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz/**Yakacak**, Gülnihal Ahter: “Yapay Zekanın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72 (4), 2023, s. 1701-1757.
- Büyükcılık**, Mürvet Ece: Dolaylı Ayrımcılık Yasağı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2021.

- Büyüksağış**, Erdem: “Yapa Zekâ Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı”, YÜHFD, C. XVIII, 2021/2, s. 529-541.
- Carsten**, Orwat: Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, Baden Baden, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_diskriminierungsrisiken_durch_verwendung_von_algorithmen.pdf?__blob=publicationFile&v=3.
- Chen**, Zhisheng: “Collaboration among Recruiters and Artificial Intelligence: Removing Human Prejudices in Employment”, Cognition, Technology & Work 25, 1, 2022, s. 135-149, (Collaboration among Recruiters and Artificial Intelligence).
- Chen**, Zhisheng: “Ethics and Discrimination in Artificial Intelligence-Enabled Recruitment Practices”, Humanities and Social Sciences Communications, 10, 1, Eylül 2023, s. 1-12, (Ethics and Discrimination).
- Çankaya**, Yiğitcan: “Eşitlik İlkesi ve Sözleşme Özgürlüğü Sarkacında İşe Alımlarda Ayrımcılık Tazminatı”, Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasa’nın Özel Hukuka Etkileri, C. 2, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 1137-1174.
- Çankaya**, Yiğitcan: Yapay Zekanın İş İlişkilerine Etkisi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2024, (Yapay Zekâ).
- Çelik**, Kübra Deniz: Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioglu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Damar**, Duygu: Chancen und Risiken von künstlicher Intelligenz und Algorithmen aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive, Stiftung Datenschutz, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Gutachten-Studien/Stiftung-Datenschutz_Gutachten-Dr-Duygu-Damar-2021-12.pdf, (Erişim Tarihi: 08.09.2024).
- Demirci**, Serdar: “Yapay Zekâdan Doğan Sorumluluğun Sigortası”, Yapay Zekâ Hukuku, (Ed. Tamer BUDAK/Uğur AŞKIN), Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 233-284.
- Doğan Yenisey**, Kübra: “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş, C.6, S. 4/2002, s. 1-43.

- Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C.4, S. 11, s. 63-82.
- Doğan Yenisey**, Kübra: “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2005/7, s. 973-1003.
- Doucet**, Lorna/**Shao**, Bo/**Wang**, Lu/**Oldham**, Greg R.: “I Know How You Feel, But It Does Not Always Help: Integrating Emotion Recognition, Agreeableness, And Cognitive Ability In A Compensatory Model Of Service Performance”, Journal of Service Management 27, 3 (Ocak 2016), s. 320-338.
- Dzida**, Boris/**Groh**, Naemi: “Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren”, NJW 2018, s. 1917-1922.
- Engin**, Murat/**Ozan Özparlak**, Başak: “İşe Girişte Yapay Zekâ ve Ayrımcılık”, Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ (ed. Erdem Büyüksağış), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 227-280.
- Ertürk**, Şükran/**Gürsel**, İlke: “İş Hukuku’nda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 425-458.
- FraiJ**, Jihad/**László**, Várallyai: “A Literature Review: Artificial Intelligence Impact on the Recruitment Process”, International Journal of Engineering and Management Sciences 6, no.1, Martz 2021, s. 108-119.
- Frank**, Justus/**Maurice**, Heine: “Das KI-basierte Arbeitsverhaeltnis”, NZA 2023, s. 935-939.
- Freyler**, Carmen: “Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht”, NZA 2020, s. 284-290.
- Friedler**, S. A./**Wilson**, C.: “Potential for Discrimination in Online Targeted Advertising”, Proceedings of Machine Learning Research 81, 2018, s. 1-15.
- Geißler**, Karl: § 2 Individualarbeitsrecht, in (Hg. Stefan Kramer), IT-Arbeitsrecht, C.H.Beck Verlag, München 2023.
- Ginal**, Jens: Teil F. Der Beginn des operativen Geschäfts, in Wolfgang Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 7. Auflage 2022.
- Grünberger**, Michael: “Reformbedarf im AGG: Beweislastverteilung beim Einsatz von KI”, ZRP 2021, s. 232-235.

- Güçlütürk**, Osman Gazi: Türk Hukukunda Makine Öğrenmesine Dayalı Yapay Zekada Verinin Hukuka Uygun Şekilde Kullanılması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2021.
- Günther**, Jens/**Gerigk**, Mark/**Berger**, Markus: “Von Algorithmen und Arbeitnehmern: Die europarechtliche Regulierung von KI im arbeitsrechtlichen Kontext”, NZA 2024, s. 234-240.
- Gürsel**, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Güzel**, Ali/**Ugan Çatalkaya**, Deniz/**Heper**, Hande: “İş Hukukunun Yapay Zekâ ile Buluşması: İşverenin Algoritmik Yönetimi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2023, s. 25-109.
- Herberger**, Maximilian: “Künstliche Intelligenz” und Recht”, NJW 2018, s. 2825-2829.
- Hildebrandt**, Mireille: “Defining Profiling: A New Type of Knowledge?”, in Profiling the European Citizen (Eds. Mireille Hildebrandt/Serge Gutwirth), Berlin 2008.
- Hoffmann**, Michael: “Möglichkeit und Zulässigkeit von Künstlicher Intelligenz und Algorithmen im Recruiting Personalsuche 4.0”, NZA 2022, s. 19-24.
- Holthausen**, Joachim: “Einsatz künstlicher Intelligenz im HR-Bereich und Anforderungen an die “schöne neue Arbeitswelt X.0”, Recht der Arbeit, Heft. 6, 2023, 361-370.
- Höpfner**, Clemens/**Daum**, Alexsander: “Der “Robo-Boss” - Künstliche Intelligenz im Arbeitsverhältnis”, ZFA 2021, s. 467-501.
- Jackson**, Maya C.: “Artificial Intelligence & Algorithmic Bias Bias: The Issues With Technology Reflecting History & Humans”, Journal of Business & Technology Law, Volume 16, Issue 2, Ağustos 2021, s. 299-316.
- Jordan**, Rita: “Nothing personal? Der Personenbezug von Daten in der DSGVO im Licht von künstlicher Intelligenz und Big Data” in Künstliche Intelligenz, Demokratie und Privatheit, Baden Baden 2022, s. 59-76.
- Joos**, Daniel: “Einsatz von künstlicher Intelligenz im Personalwesen unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG”, NZA 2020, s. 1216-1221.
- Joos**, Daniel/**Meding**, Kristofer: “Künstliche Intelligenz und Datenschutz im Human Resource Management”, CR 2020, s. 834-840.

- Kambur, Emine/Yıldırım, Tülay:** “From Traditional to Smart Human Resources Management”, *International Journal of Manpower* 44, no. 3, Mayıs 2023, s. 422-452.
- Kammerer, Brittany:** “Hired by a Robot: The Legal Implications of Artificial Intelligence Video Interviews and Advocating for Greater Protection of Job Applicants”, *Iowa Law Review*, Vol 107, Issue 2, s. 817-849.
- Kandemir, Murat/Yardımcıoğlu, Didem:** “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 30-31, 2014, s. 1-44.
- Karaboğa, Uğur:** İşe Alım Süreçlerinde Yapay Zekâ Teknolojilerinin Kullanımı, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Yönetimi Tezli Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2020.
- Kim, Pauline:** “Artificial Intelligence, Big Data, Algorithmic Management, and Labor Law”, *SSRN Scholarly Paper*, Haziran 2023.
- Koivunen, Sami/Ala-Luopa, Saara/Olsson, Thomas/Haapakorpi, Arja:** “The March of Chatbots into Recruitment: Recruiters’ Experiences, Expectations, and Design Opportunities”, *Computer Supported Cooperative Work*, 31, 3, s. 487-516.
- Kossow, Niklas/Windwehr, Svea/Jenkins, Matthew:** “Algorithmic transparency and accountability”, *Transparency International* (2021), s. 1-23, <https://www.jstor.org/stable/resrep30838>.
- Lang, Flavia/Reinbach, Hubertus:** “Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht”, *NZA* 2023, s. 1-23.
- Laurim, Vanessa/Arpacı, Selin/Prommegger, Barbara/Krcmar, Helmut:** “Computer, Whom Should I Hire? – Acceptance Criteria for Artificial Intelligence in the Recruitment Process”, *Proceedings of the Annual Hawaii International Conference on System Sciences*, Ocak 2021, s. 5495-5504.
- Lauscher, Anne/Legner, Sarah:** “Künstliche Intelligenz und Diskriminierung”, *ZfDR* 2022, 4, s. 367-390.
- Lewinski, Kai von/Fritz, Raphael de Barros:** “Arbeitgeberhaftung nach dem AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalentscheidungen”, *NZA* 2018, s. 620-625.
- Lochner, Katharina/Preuss, Achim:** “Digitales Recruiting – Die Evolution des Assessments mittels künstlicher Intelligenz”, *Gruppe Interaktion*

Organisation, Zeitschrift für Angewandte Organisationspsychologie (GIO), Y. 2018, S. 49, s. 193-202.

Malorny, Friederike: “Datenschutz als Grenze KI-basierter Auswahlentscheidungen im Arbeitsrecht”, RdA 2022, s. 170-178, (Datenschutz).

Malorny, Friederike: “Auswahlentscheidungen durch künstlich intelligente Systeme Datenschutzrechtliche Grenzen im Arbeitsrecht”, JuS 2022, s. 289-296.

Manav, A. Eda: “H2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Temmuz 2013, s. 731-779.

Meyer, Uwe: “Künstliche Intelligenz im Personalmanagement und Arbeitsrecht”, Neue Juristische Wochenschrift, no. 26, 2023, s. 1841-1847.

Mollamahmutoglu, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

Mohanty, Saswat/**Behera**, Anshuman/**Mishra**, Sushruta/**Alkhayyat**, Ahmed/**Gupta**, Deepak/**Sharma**, Vandana: “Resumate: A Prototype to Enhance Recruitment Process with NLP based Resume Parsing”, 2023 4th International Conference on Intelligent Engineering and Management (ICIEM), London, United Kingdom, 2023, s. 1-6.

Mücahit Küçük, Çolpan: “Yapay Zekâ Tarafından Gerçekleştirilen İdari İşlemlerde Sorumluluk”, BÜHFD, C. 10, S. 1, Ocak 2024, s. 169-215.

Mücahit Küçük, Çolpan: “Yapay Zekânın Hukuk Sisteminde Kullanılması”, Bilişim Hukuku Dergisi, 2024/1, s. 24-79.

O’Neil, Cathy: Matematiksel İmha Silahları, Büyük Veri, Eşitsizliği Nasıl Artırıp Demokrasiyi Tehdit Ediyor?, (Çev. Akın Emre Pilgir), Tellekt, İstanbul 2020.

Ozan Özparlak, Başak: Büyük Veri Çağında Yapay Zekâ Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı: Hukuki Bir Değerlendirme, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Özgül, Nurullah: “İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesinde Yeni Bir Sorun Alanı: Algoritmik Profillemeye”, TİHEK Akademik Dergi, Y. 2022, C. 5, S. 9, s. 83-115.

- Peters**, Robert: “Robo-Recruiting – Einsatz künstlicher Intelligenz bei der Personalauswahl, TAB beim Deutschen Bundestag”, Themenkurzprofil Nr. 40, April 2020, s. 1-11.
- Schepers**, Jannik: Digitalisierte Personalauswahl, Springer Verlag, Wiesbaden, 2024.
- Schneider**, Moritz: “Künstliche Intelligenz am Arbeitsplatz”, ARP 2023, s. 194-197.
- Seitz**, Claudia: “Grundrechtsschutz und Künstliche Intelligenz Das KI-Gesetz der EU und die KI-Konvention des Europarats”, EuZW 2024, s. 836-846.
- Sevimli**, Ahmet: “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu m. 419”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, 2011/IV, s. 122-141.
- Stefano**, Valerio: “Negotiating the Algorithm; Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection”, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 41, No. 1, 2019, s. 1-32.
- Stinson**, Catherine: “Algorithms Are Not Neutral”, AI and Ethics 2, no. 4, 2022, 763-770.
- Stöcklin**, Fabia: “Robot Recruiting”, Sui Generis Verlag, 2023, 1-11.
- Sur**, Melda: “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı. 37, 2017, s. 33-51.
- Süzek**, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.3, S. 12, s. 24-38.
- Süzek**, Sarper/**Başterzi**, Süleyman: İş Hukuku, 24. Baskı, İstanbul 2024.
- Taşkent**, Savaş/**Kurt**, Dilek: “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 40, 2014/1, s. 29-50.
- Tuncay**, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- Tuncay**, A. Can: “Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 727-770.
- Türe**, Gökhan: İş Sözleşmesinin Kurulması: İşçinin İşe Alınması, Lykeion Yayınları, Ankara 2021.
- Türe**, Gökhan: “Yapay Zekâ ve İş Hukuku: İşyerinde Algoritmik Yönetim”, Dijital İş Hukuku Uygulamaları, (Ed. Prof. Dr. Saim Ocak), Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 157-206, (Yapay Zekâ).

- Ulucan**, Devrim: “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Temmuz 2013, s. 369-383.
- Ünal**, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Waas**, Bernd: “KI und Arbeitsrecht”, RdA 2022, s. 125-131.
- Waas**, Bernd: Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, Bund Verlag, Frankfurt am Main 2023, (Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht).
- Wang**, Xiaomeng/**Zhang**, Yishi/**Zhu**, Ruilin: “A Brief Review on Algorithmic Fairness”, Wang et al. Management System Engineering, Volume 1, article number 7, (2022), s. 1-13.
- Witteler**, Micheal/**Moll**, Lucas: “Künstliche Intelligenz am Arbeitsplatz – Datenschutz und Rechte des Betriebsrats”, NZA 2023, s. 327-333.
- Yıldız**, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Yılmaz**, İlay/**Sözer**, Can /**Elver**, Ecem: “Yapay Zekâ İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme”, Adalet Dergisi, 2021/1, Sayı: 66, s. 445-469.

ULUSLARARASI SUÇLARIN YARGILANMASINDA BÜTÜNLEŞİK SİSTEM VE TÜRK ANAYASAL SİSTEMİNE ETKİLERİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1649733>

Dr. Öğr. Üyesi Halit Serhan ERCİVELEK*

Öz

Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanı, İsrail - Filistin çatışmaları, İsrail'in Gazze saldırıları ve Ukrayna - Rusya savaşına dair aktif bir yargılama süreci yürütmektedir.

UAD ve UCM'nin aynı konu ve fiiller hakkında iki farklı davayı yürütmesi aynı konunun farklı iki mahkemede derdest olması bakımından dikkat çekici bir durumdur. Derdest olan davaların mahkemelerin yapı ve yetkilerinden kaynaklanan farklı nitelikleri vardır. Bu nitelikler, mahkemeler ve yargılamaların birini uluslararası kılarken diğerini devletler üstü haline getirmiştir. Türkiye'nin anayasal düzeninin uluslararası - devletler üstü mahkeme ve yargılama kavramına dair yaklaşımı ise somut olaylar örneğinden hareketle incelenmesi gereken bambaşka bir konudur.

Makalede İsrail - Filistin ve Ukrayna - Rusya ihtilafından kaynaklı UAD ve UCM yargılamaları örneğinde iki mahkemenin yetkileri, yapıları, yargılamalarının ve kararlarının nitelikleri incelenmiştir. Yukarıda değinildiği üzere devletler üstü niteliği haiz bu yargılamaların devletlerin egemenlik hakları ile çatışması kaçınılmaz bir durumdur. Bu çatışmanın uluslararası ve iç hukuktaki temelleri esas alınarak uluslararası ceza hukukuna dair yargılama sistematigi ve uygulamaları Türk Anayasal sistemi ile karşılaştırılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Suçlar, Devletler Üstü Mahkemeler, Egemenlik, Anayasa, Yargılama Yetkisi

* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (halit.ercivelek@izu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-6303-3008 (Gönderim Tarihi: 02.03.2025-Kabul Tarihi: 06.05.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**INTEGRATED SYSTEM FOR THE PROSECUTION OF
INTERNATIONAL CRIMES AND EFFECTS
ON THE TURKISH CONSTITUTIONAL SYSTEM**

(Research Article)

Abstract

International Courts, especially the International Criminal Court and the International Court of Justice are conducting an active trial process regarding the Israel-Palestine and Ukraine-Russia wars.

The fact that the ICJ and the ICC are conducting two different proceedings on the same subject matter and acts, cases have quite different characteristics arising from the structure and jurisdiction of the courts. These qualities make ICJ international court, while ICC a supranational court and.

The approach of Turkey's constitutional order to the concept of international and supranational courts and tribunals is a completely different issue that needs to be examined in light of these concrete cases.

The primary purpose of this analysis is not to analyze international criminal law proceedings, but rather to evaluate the fact that international criminal law proceedings and the powers exercised by the courts in the field of international criminal law conflict with the sovereign powers of states with a deductive methodology, is tried to be compared with the Turkish Constitutional system.

Keywords

Supranational Courts, International Crimes, Sovereignty, Constitution, Jurisdiction Authority

GİRİŞ

Uluslararası kamu düzenini ciddi şekilde bozan savaş, soykırım vb. olaylar insanlık ailesinin tamamını rahatsız ederek uluslararası suçları insanlığın gündemine taşır. 2023, 2024 yılları bu tip suçların çokça işlenmesi nedeniyle uluslararası suçları gündeme getiren yıllar oldu.

Ukrayna Rusya savaşı ve İsrail Filistin çatışmaları özellikle de 07 Ekim 2023'ten bu yana devam eden İsrail saldırıları uluslararası suçları tekrar gündeme getirdi.

Bu gelişmeler sadece siyasi, politik alanla sınırlı kalmadı. Güney Afrika Cumhuriyeti'nin İsrail aleyhine Uluslararası Adalet Divanına¹ yaptığı başvuru ve Filistin devletinin İsrail aleyhine, Ukrayna'nın ise -Roma Statüsüne taraf olmamasına rağmen- Rusya Federasyonu aleyhine Uluslararası Ceza Mahkemesine² yaptığı başvurular her iki mahkemenin de harekete geçerek yargılama yapmaya başlamasına sebep oldu.

İlk bakışta aynı olaylar (İsrail'in Gazze temelli Filistin saldırıları) ve aynı taraf (İsrail) için UAD ve UCM nezdinde iki ayrı hukuki sürecin işlenmesi dikkat çekicidir. Bu konu derinlemesine incelendiğinde ise UAD ve UCM'nin gerek yapılanma gerek yargılama alanı gerekse de karar nitelikleri bakımından çok farklı yargılama hukuku sistemine sahip olduğu anlaşılır.

Kamu hukukuna dair tüm hukuki olgularda olduğu gibi bu alanda da uluslararası hukukun ana süjesi olan devletlerin anayasal sistemlerinin uluslararası ceza hukuku ve yargılaması sistemleri ile yakın ve yoğun etkileşimi söz konusudur. Nitekim bahsedilen şikayet ve yargılamaların sanık koltuğunda bizzat devlet olarak kendisi veya devlet başkanı, başbakan sıfatı ile devletin üst yöneticileri oturtulan İsrail ve Rusya Federasyonu'nun mezkur yargılamalara dair ilk itirazları, bu yargılamaların egemenlik haklarını ihlal ettiği, özellikle UCM'nin kendi aleyhlerine yargılama yetkisini haiz olmadığı yönünde olmuştur.

Meselenin iç hukukumuzda yansıyan boyutunda Türk anayasal sisteminin UAD ve UCM yargı yetkisine karşı durduğu pozisyon önem taşır. Zira Türkiye, Birleşmiş Milletler Şartına taraf olmakla, BM'nin yargı organı olan UAD'nin yargılama yetkisini "ipso facto" olarak kabul etmiş durumdadır. UCM söz konusu olduğunda ise konu -mevcut düzenlemeler nazara alındığında- kafa karışıklığına sebep olacak şekildedir. Türkiye Roma statüsünü

¹ Metin içinde kısaca UAD olarak anılacaktır.

² Metin içinde kısaca UCM olarak anılacaktır.

imzalamamış dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisini tanımış değildir. Ancak Anayasasında UCM'ye atıf yapan bir düzenlemede bulunulmuştur.

Çalışmada ilk olarak uluslararası suçların tanımı yapılmaya çalışılmış, ardından UAD ve UCM'nin aynı içerikle iki farklı yargılama süreci yürütme-lerinin hukuki sebepleri ele alınmış, UAD ve UCM tarafından uluslararası suçların gerçek kişi faillerinin yargılanmaları, bu suçlara dair devletlerin sorumlulukları değerlendirilmeye çalışılmış, biri BM Soykırım Sözleşmesi ve BM Şartından diğeri ise Roma Statüsünden doğan iki ayrı hukuk sistema-tiği ortaya konmaya gayret edilmiştir.

Makalede temel mesele olarak; “uluslararası suçların yargılanmasına dair iki ayrı uluslararası mahkeme tarafından yürütülen yargılamalar aynı fiillerin farklı yargı organlarında ele alınması mıdır? Yoksa birbirlerini ta-mamlayıcı iki farklı yargılama evresini mi teşkil eder?” Sorunsalları ince-lenmeye çalışılmış, anayasal sistemimizin bu iki farklı hukuk sistemine dair yaklaşımı incelenmiştir.

I. ULUSLARARASI SUÇ KAVRAMI

İnsanların bir arada yaşayabilmeleri için konulan kurallar bütünü olan hukukun amaçlarından biri de insanların haklarını keyfilikten uzak bir içerik ve formda belirgin hale getirmek suretiyle koruma altına almaktır. Bu amaç hukuki literatürde “korunan hukuki değer “olarak ifade edilir. Hukuk sistem-leri korunan hukuki değerlerin zarar görmesine sebep olacak fiilleri hukuka aykırılık olarak kabul eder. Hukuka aykırılıkların bazıları çok önemli değere zarar verdiği için bu fiillerin karşılığı olarak cezai yaptırımlar öngörül-müştür. Bu tip hukuka aykırılıklar ise suç olarak belirlenir. Her suç, korunan bir hukuki değere zarar veren hareketlerin cezalandırılması suretiyle o huku-ki değer korunması amacıyla ihdas edilmiştir³.

Konuya girerken ele almak istediğimiz hukuki çerçeveyi net olarak or-taya koymak adına öncelikle “uluslararası suç “kavramını netleştirmek gere-kir. “Uluslararası suç” teriminin literatürde birden fazla karşılığı vardır. Bu karşılıklar uluslararası suç kavramının farklı içeriklere sahip türlerinin oluş-turduğu bir çeşitliliktir.

Ceza hukuku, hukuka aykırı davranışlardan suç olanların belirlenmesi, suçun unsurlarının tespit edildiği suç genel teorisi ve bu davranışlara uygu-lanacak ceza hukuku yaptırımları ile uygulanacak yaptırımları belirleyen

³ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet/Çakır, Kemal: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. bs., Adalet Yayınları, Ankara 2017, s. 195.

hukuk dalıdır⁴. Ceza hukukunun üç farklı kritere göre uluslararası nitelik kazandığını görülür. *i*) Suçun unsurlardan en az birisinin yabancı öge içermesi *ii*) suçun uluslararası şekilde takibatı ve kovuşturulabilmesi için uluslararası adli iş birliğinin gerekmesi *iii*) doğrudan uluslararası hukuku ihlal eden ve yaptırım olarak uluslararası hukuk normlarının uygulanması gereken uluslararası suçların varlığı⁵. Bu son halde uluslararası kamu hukukunca suç sayılan fiillerin ve bunların yargılanma usullerinin oluşturduğu bir hukuk sisteminden bahsetmek gerekir.

Makalede üzerinde durulan uluslararası ceza hukuku, uluslararası kamu düzenini bozduğu ve uluslararası kamuoyunu mağdur ettiği kabul edilen suçların tespiti, yargılanması ve yaptırımının uygulanması ile uğraşan uluslararası ceza hukukudur.

Uluslararası suçlar uluslararası kamu düzenini bozdukları için sadece iç hukuk otoritelerince değil, uluslararası örgütler organları tarafından da kovuşturulup yargılanır⁶. Uluslararası suçların ihdas sebebi, bu suçların işlenmesi halinde uluslararası düzenin bozulması ve genel olarak tüm insanlığın bu fiillerden etkilenmesi, zarar görmesidir⁷. Diğer bir anlatım ile, bu fiiller uluslararası kamu düzenini bozduğu için uluslararası suç haline gelmiştir⁸. Uluslararası suçlar, ülkelerin iç hukuklarında etkin egemenlik haklarının daha ötesinde uluslararası hukuk alanında etkiye sahip olmaları gerekliliğinin sonucu olarak uluslararası hukuk normu koymaya yetkili bir organ tarafından ihdas edilirler. Normun ihdasına dair bu özellik normun niteliğinden kaynaklanır. Zira uluslararası düzlemde takip ve kovuşturma transnational (sınırlar aşan) bir yargılama ve kovuşturma usulünü gerektirir.

Bir uluslararası ceza normunun ihdası ve onun ihlalinin uluslararası bir yargılama organınca kovuşturulması ancak bunu düzenleyen bir antlaşmanın varlığı ile gerçekleştirilebilir. Aksi takdirde bir suç “uluslararası” olarak

⁴ **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku, 13 bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2017, 41.

⁵ **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa R./**Önok**, R. Murat: Uluslararası Ceza Hukuku 5 bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 27-28-29; **Brottons**, Antonio Remiro/**Cortado**, Rosa Maria Riquelme/**Calatayud**, Esperanza Orihuela/**Hochleitner**, Javier Diez/**Durban**, Luis Pérez-Prat: Derecho Internacional, Triant Lo Blanch, Valencia 2010, s. 803.

⁶ **Bayraktar**, Köksal/**Evik**, Vesile Sonay/**Kurt**, Gülşah: Özel Ceza Hukuku, 2 bs., Cilt 1, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 8.

⁷ **Gül**, Yunus Emre: (2018, Bahar). “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve İnsan Haklarına Katkıları”, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi, 3(1), 2018 Bahar, s. 297.

⁸ **Tezcan**/**Erdem**/**Önok**, s. 39; **Gül**, s. 294; **Değirmenci**, Olgun: (2007). “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (70), 2007, s. 57.

nitelendirilse bile sadece iç hukuk düzenlemeleri seviyesinde kalırsa uluslararası düzlemde takibi ve kovuşturulması mümkün olmayacaktır.

II. ULUSLARARASI SUÇLARIN ÖNLENMESİ VE FAİLLERİNİN YARGILANMASINA DAİR ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

II. Dünya savaşı sonrasında II. Dünya savaşında Almanya ve Japonya'nın işlediği iddia edilen uluslararası suçların yargılanması için müttefik devletler tarafından hukuki süreç başlatılmıştır. Bu sürecin temeli, 30 Ekim 1943'te ABD, İngiltere, SSCB ve Fransa tarafından yayınlanan Moskova Deklarasyonu ile atılmış, anılan deklarasyonda özellikle Almanya'nın işlediği savaş suçlarının savaşı takiben yargılanması gerektiği vurgulanmıştır⁹.

II. Dünya savaşının sona ermesinde sonra, 8 Ağustos 1945'te ABD, İngiltere, SSCB ve Fransa arasında imzalanan Londra anlaşması ile Almanya'nın yargılanması için bir mahkeme kurulmasına karar verilmesi üzerine 31 Haziran 1946'da anlaşmaya ek olarak imzalanan ek statü ile Nurnberg Askeri Ceza Mahkemesi kurulmuştur.

Japonya'nın işlediği suçların yargılanması için ise müttefik kuvvetler komutanı General Douglas Mac Arthur tarafından çıkartılan 19 Ocak 1946 sayılı kararname ile Tokyo Uluslararası Uzakdoğu Askeri Mahkemesi (*International Military Tribunal for the Far East at Tokyo*¹⁰) oluşturulmuştur. Bu mahkeme Nürnberg mahkemesi aksine çok taraflı bir uluslararası anlaşma ile değil tek taraflı bir idari kararname ile kurulmuştur.

Her ikisi de Ad Hoc niteliği haiz bu mahkemelerin yargılamalarını müteakip, yargılamalarda oluşan ilke ve uygulamalarla belirlenen prensipler esas alınarak “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi”¹¹ imzalanmıştır. 1948 tarihli bu sözleşmede soykırım suçunu işleyenlerin “Sözleşmeciler Devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanacağı” düzenlenmişse de (6.md), sözleşmenin imzalanmasından sonra uzun bir süre bu konuda bir gelişme olmamıştır. Soykırım Sözleşmesinin imzalanmasından sonra bu suçları yargılamak için tesis edilen ilk mahkemeler “ad hoc” nitelikteki 25 Mayıs 1993 tarih, 827 Sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile kurulan Eski

⁹ https://www.cvce.eu/en/obj/moscow_declaration_on_atrocities_1_november_1943-en-699fc03f-19a1-47f0-aec0-73220489efcd.html. 30.12.2024

¹⁰ https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf. 30.12.2024

¹¹ https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf 30.12.2024

Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve 8 Kasım 1994 tarih, 955 sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile kurulan Ruanda Uluslararası Ceza mahkemele-ridir.

Devletlerin soykırım suçunun işlenmesini önleme ve işleyenlerin yargılanmasını sağlama taahhütlerini içeren bu sözleşme ile tesis edilmeye çalışılan uluslararası suçların ve yargılama usullerinin belirlenmesi rejimi 17.07.1998 tarihli Roma Statüsü¹² ile tamamlanmış ve Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur.

A. Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Uluslararası Adalet Divanı

Uluslararası suçlar ve kovuşturma usulleri iki temel hukuki düzenleme-ye konu olmuştur. Bunlar; BM nezdinde akdedilen “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi”¹³ diğeri ise Roma Konferansı neticesinde imzalanan Roma Statüsüdür. İki anlaşma da temel nitelikleri itibarıyla uluslararası suçları, yaptırımlarını ve uygulanacak kovuşturma usulünü belirlemek üzere akdedilmiştir. Bu nitelikleri ile uluslararası antlaşmaların genel nitelik ve özelliklerini haizdirler. Ancak gerek düzenledikleri suç tipleri gerek yargılama usulleri gerekse de suçların unsurları ve kovuşturma usulleri itibarıyla birbirlerinde farklı hükümler içerirler.

İki sözleşme ile kurulan hukuk rejimleri, birbirlerinden en çok yargılama ve kovuşturma usulünde farklılaşırlar. Aşağıda ayrıntısı ile inceleneceği üzere Soykırım Sözleşmesinde klasik bir ceza yargılama tekniği değil, uluslararası bir sözleşme ile verilen taahhütlerin ihlalinin tespiti ve bu ihlalden kaynaklı olarak taraf devletler arasında oluşan ihtilafların ne şekilde çözümleneceği düzenlenmiştir.

Uluslararası suç ihdas ederek unsurlarını belirleyen ve bu suçun işlenmesi halinde devletlerin sorumluluklarını düzenlenen ilk uluslararası hukuk metni BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1948 tarihli ve 260 A (III) sayılı kararıyla kabul edilip imzalaya açılan ve 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe giren Soykırım Sözleşmesidir¹⁴.

Soykırım suçunun konusu, unsurları ve suça karşı alınacak önlemleri düzenleyen¹⁵ Soykırım Sözleşmesinin temel hukuki dayanağı BM’nin soykı-

¹² <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf>. 30.12.2024

¹³ Metin içinde kısaca Soykırım Sözleşmesi olarak anılacaktır

¹⁴ https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf, 10.08.2024

¹⁵ **Kocaoglu**, Serhat Sinan: “Suçların Suçu: Soykırım”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 90, Eylül 2010, s. 143.

rımı suç olarak kabul eden 11 Aralık 1946 tarih, 96(I) sayılı karardır. Soykırım Sözleşmesinin yapılış amacı; *“tarihin her döneminde insanlık için büyük kayıplar meydana getiren, iğrenç bir musibet olan soykırımdan insanlığı kurtarmak için uluslararası iş birliğini tesis etmektir”* (başlangıç paragrafı).

1. Soykırım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Soykırım sözleşmesi BM çatısı altında yapılmış, BM üyesi devletler tarafından imzalanmış bir uluslararası sözleşmedir. Bu niteliğinin olağan sonucu olarak sadece taraf devletler için hüküm doğurur. *Uluslararası Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Konvansiyonu*’nun 26. maddesi uyarınca uluslararası andlaşmalar ona taraf olanları bağlar¹⁶ doğrudan taraf olmayan devletlere, gerçek kişilere, uluslararası hukukun devlet dışı diğer aktörlerine uygulanamaz. Sözleşme BM çatısı altında akteildiği için BM şartının genel hükümlerine tabidir. Bu nitelik, özellikle sözleşmeye aykırılığın müeyyideleri ve sözleşmeye aykırılığı tespit edip bu müeyyideleri uygulayacak otoritelerin belirlenmesinde önem taşır.

Soykırım Sözleşmesinde “sözleşmeci devletler, Soykırımın uluslararası hukuka göre suç olduğunu kabul ederek, ister barış zamanında isterse savaş zamanında işlensin, bu suçu önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt eder” (1.md). Bu hükümden de anlaşıldığı üzere Soykırım Sözleşmesinin amacı ve içeriği bizatihi sözleşme ile Soykırım suçunu cezalandırmak değil, akit devletlerin Soykırım suçunun işlenmesini önleyici tedbirler almasını temin (1., 8. md) ve işlenmesi halinde de cezalandırmalarını taahhüt ettirmektir. Bu yaklaşım sözleşmeye aykırılık halinde uygulanacak müeyyidelerin ve sözleşmeye aykırılığı tespit edecek mercinin tespitinde de önemli bir işlev görür.

2. Soykırım Suçu

Soykırım kelimesi için batı dillerinde kullanılan “Jenosid” kelimesi Latineden gelen Geno (soy) ve Cide (öldürme) kelimelerinden oluşur. Bu terimi ilk olarak II. Dünya savaşından sonra Polonya Yahudisi Avukat Raphael Lemkin tarafından “İşgal Altındaki Avrupa’da Mihver Hakimiyeti” isimli eserinde kullanılmıştır¹⁷. Hukuki anlamda ise Soykırım suçu, Uluslararası hukukta ilk olarak Soykırım Sözleşmesinde düzenlenmiştir. BM karar-

¹⁶ https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, 17.09.2024

¹⁷ **Lütem**, İlhan: Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik Yayınları, Ankara 1951, s. 176.

ları ile BM çatısı altında oluşturulan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Roma Statüsü Soykırım suçunu tanımlarken Soykırım Sözleşmesinin suç tanımına sadık kalmıştır.

Sözleşmeye göre; ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen **a)** Gruba mensup olanların öldürülmesi; **b)** Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; **c)** Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak, yaşam şartlarını kasten değiştirmek; **d)** Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; **e)** Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek fiillerinden birinin işlenmesi soykırım suçu işlenmiş olur (2. md). Tadat edilen fiillerden herhangi birinin işlenmesi ile oluşan Soykırım suçunu; **a)** Fiilen işlemek; **b)** işlenmesi için işbirliği yapmak; **c)** Soykırımda bulunulmasını doğrudan ve aleni surette kışkırtmak; **d)** Suçu işlemeye teşebbüs etmek; **e)** iştirak etmek; fiilleri de suç ile birlikte cezalandırılır (3.md).

Soykırım Sözleşmesi'nde yer alan "Soykırım" tanımının üç esaslı unsuru mevcuttur; **i)** diğerlerinden ayrılabilir ulusal, etnik, ırki ve dini bir grubun varlığı, **ii)** böyle bir grubu tamamen veya kısmen yok etmek kastı (mens rea), **iii)** söz konusu grup ile bağlantılı olarak, maddenin a-e bentlerinde belirtilen eylemlerin icrası (actus reus)¹⁸.

Soykırım suçunun işlenebilmesi için failin bazı nitelikleri taşıması veya herhangi bir kamusal yetki kullanan yetkili vb. olmak şartı aranmaz. Suç herkes tarafından işlenebilecek bir suç olarak tanımlanmıştır¹⁹ fail bakımından özgü suç²⁰ değildir. Bununla beraber failin tabiiyetinde bulunduğu devletin anayasasına göre yetkili kamu yöneticisi veya kamu görevlisi olması bir hukuka uygunluk veya cezalandırmama sebebi olamaz, suçu işleyen her kim olursa hangi görev ve makamda olursa olsun yargılanır (4.md). Failin sıfatı, görevi sorumluluğunu ortadan kaldırmaz²¹, failin sıfatı bir cezasızlık sebebi olmadığı gibi hukuka uygunluk sebebi de değildir. Uluslararası hukuktan

¹⁸ **Değirmenci**, s. 56.

¹⁹ **Değirmenci**, s. 79; **Bayraktar/Evik/Kurt**, s. 32.

²⁰ **İçel**, Kayıhan: (2017). Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4 bs., Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 303; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 291.

²¹ **Önok**, R. Murat: "Uluslararası Ceza Divanını Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor." Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, Almanya Büyükelçiliği, Ankara 2007, s. 53.

doğan²² ve kimi devlet ajanları için uygulanan yargılama bağıışıklıkları²³ bu suç tipi bakımından uygulanmaz²⁴.

3. Akit Devletlerin Taahhütleri

Soykırım sözleşmesini imzalayan devletler Soykırımı suç olarak kabul ederek (1.md), suçun işlenmemesi için gerekli tedbirleri almayı (1. md), suçun faillerini cezalandırmayı (1., 4., 6. md) iç hukuklarında bu taahhütlerini karşılayacak düzenlemelerde bulunmayı (5.md) ve bu suçu işleyen vatan-daşlarını iade etmeyi (7.md) taahhüt eder.

Soykırım sözleşmesi ile akit devletler, soykırım suçunu uluslararası bir suç olarak kabul edip gerek barış gerekse de savaş zamanında işlenen soykırım suçlarını önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt eder (1. md). Sözleşmeye uyarınca taraf devletler, Soykırım suçunu işleyenleri, devlet görevlileri veya özel kişiler de olsa cezalandırmayı taahhüt eder (4.md). Bu taahhüt sözleşmenin niteliğini belirlemede oldukça önem taşır. Soykırım sözleşmesi -aşağıda açıklanacağı üzere- Roma Antlaşması gibi, bizatihi soykırım suçunu yargılayacak bir mekanizma ihdas etmez. Sözleşme, uluslararası antlaşma sistematğine uygun olarak akit devletlere bazı edimler yükler ve tarafların bu taahhütlerine uymalarını bekler, ancak doğrudan sözleşmeye dayanarak bir devletin veya kişinin soykırım suçunu işlemek, teşebbüs etmek, iştirak etmekten yargılanması söz konusu değildir.

Taraf devletler, gerekli gördükleri takdirde, sözleşme hükümlerinin ihlalinin sona erdirilmesi için BM'nin devreye girmesini talep edebilir (8.md).

Sözleşme ile taraf devletler; Soykırım suçunun failinin -velev ki akit devletlerin anayasalarına göre yetkili kamu yöneticileri ve kamu görevlileri bile olsalar- yargılanmasına dair; *i)* Kendilerinin yargılama yapacağını, *ii)* Kendi vatandaşının, suçu bir başka devlet topraklarında işlemesi halinde suçun işlendiği devlet tarafından yargılanmasını, *iii)* Taraf devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanmasını kabul ve taahhüt eder. (6.md).

Soykırım Sözleşmesinin imzalanmasından sonra bu suçları yargılamak için tesis edilen ilk Uluslararası Ceza mahkemesi, 25 Mayıs 1993 tarih, 827

²² Show, Malcolm Nathan: International Law, 5. bs., Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 621.

²³ İçel, s. 210 vd.

²⁴ Schabas, William Anthony: An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, New York 2011, s. 78-79.

Sayıli Güvenlik Konseyi kararı ile kurulan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesidir.

Taraflar, soykırım suçunu işleyen, iş birliğı yapan, soykırımı doğrudan ve aleni surette kışkırtan, teşebbüs eden ve iştirak edenleri yargılayıp etkili cezalar verilmesini sağlamak kısıacası bu sözleşme ile taahhüt ettikleri engelleme ve yargılama edimini ifa edebilmek için, mevzuatlarını uyarlamayı taahhüt ederler (5.md). Bu taahhüdün ifası olacak şekilde 29.06.2004 gün, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İnsanlığa Karşı suçlar başliğı açılmış ve Soykırım Suçu düzenlenmiştir.

Uluslararası hukukta geçerli genel kural olarak siyasi suçluların iadesi yapılmaz²⁵. Ancak Soykırım Sözleşmesinde düzenlenen soykırım suçu suçluların iadesi bakımından siyasi suç olarak kabul edilmez²⁶. Sözleşmeciler devletler bu fiilleri işlediğı iddia edilen kişileri iade ile yükümlü olup suçluları iade etmeyi taahhüt ederler (7.md).

Soykırım Sözleşmesi, yukarıdaki taahhütleri üstlenen akit devletlere gerekli görmeleri halinde BM'in harekete geçmesini talep etme hakkını de tanımıştır. Buna göre; *Sözleşmeciler devletlerden biri, soykırım fiillerinin veya üçüncü maddede belirtilen bir fiilin önlenmesi ve sona erdirilmesi için, gerekli gördükleri takdirde, BM yetkili organlarından, Birleşmiş Milletler Şartı'na göre harekete geçmesini isteyebilir* (8.md).

Soykırım sözleşmesi ile kurulan hukuki rejimde, soykırım suçunu işleyen fail - failerin yargılanması düzenlenmemiştir. Taraf devletler soykırımı engellemeyi, mevzuatlarını uyarlayarak soykırımı suç olarak kabul etmeyi ve işleyenleri yargılamayı taahhüt ederler. Soykırım sözleşmesi hükümleri işletilerek herhangi bir kişi veya devletin soykırım suçundan dolayı yargılanması ve mahkum edilmesi mümkün değildir. Ancak taraf devletlerin sözleşmeye aykırı davrandıklarının tespiti halinde sözleşmede düzenlenen yaptırımlara tabi tutulması söz konusu olabilir. Sözleşmeye aykırılık iddiasını değerlendirecek ve ilgili yaptırımları belirleyecek yargılama organı ise Uluslararası Adalet Divanı'dır

4. Uluslararası Adalet Divanı ve Soykırım Sözleşmesi

Uluslararası örgütler, uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak, üye devletlerinin egemenlik yetkilerinin izin verdiği çerçevede devletlere benzer

²⁵ Ulutaş, Ahmet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, Türkiye Barolar Birliğı Yayınları, Ankara 2012, s. 155.

²⁶ İçel, s. 191-192.

bir şekilde yapılır. Bu şablon uyarınca, uluslararası örgütler; kuralların belirlendiği kararların alındığı yasama organları, alınan kararların uygulandığı yürütme organları ve üyeler arasında örgütün varlık nedeni ile ilgili olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıkların halli ile görevlendirilmiş yargı organlarına sahiplerdir.

Soykırım Sözleşmesini imzaya açan Birleşmiş Milletler bu şablona uygun olarak incelendiğinde; Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Vesayet Meclisi, UAD ve Sekreterlikten oluştuğu görülür. Bunlar BM'nin kurucu belgesi ile oluşturulan ana organlardır (BM Şartı 7.md)²⁷ bunlardan UAD Birleşmiş Milletler'in başlıca adli organı ve yargılama makamıdır (BM Şartı 7., 92 md.)²⁸. Üye devletler "ipso facto" olarak -ayrıca bir kabul veya katılım iradesi göstermelerine gerek olmaksızın- mahkemenin statü ve yargılama yetkisini kabul etmiş olur. (93/2). BM'nin tüm üyeleri UAD Statüsü'ne taraf ve UAD'nin kararları ile bağlıdırlar (94/1). Kararlara uymayan bir devlet hakkında diğer üye devletler, Güvenlik Konseyinin harekete geçmesini talep edebilir (94/2). BM'nin her üyesi, taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, UAD'nin kararlarına uymayı taahhüt etmiştir. UAD bu niteliği ile sadece bir yargı organı olup BM tarafından üretilen hukuku veya BM üyesi devletlerin kendi aralarında imzaladıkları uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan hukuku uygulamakla yetkilidir, ancak kendisi hukuk üretme kabiliyetine sahip değildir²⁹.

Bu yükümlülüğün gereği olarak, BM üyesi ülkeler, BM veya kendi aralarında haricen yaptıkları antlaşmalardan ya da uluslararası hukuktan kaynaklanan ihtilaflarda Divan'ın verdiği hükümlere uymak zorundadır. Devletlerden biri, UAD'nin verdiği hüküm gereği kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmezse diğer taraf Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir. Konsey gerekli görürse hükmün yerine getirilmesi için devletlere tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir. Güvenlik Konseyi, gerek genel kurulun aldığı düzenleyici kararların gerekse de UAD'nin verdiği yargısal kararların uygulama merciidir (BM Şartı 94). Bu genel yetki kabulünün sonucu olarak UAD, BM Şartının gereği üye ülkeler arasındaki tüm uluslararası hukuk ihtilaflarında yargılama yetkisine sahiptir (BM Şartı, 93/2, 94/2). Bununla birlikte BM tarafı olan veya olmayan iki devlet aralarındaki her-

²⁷ https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf
21.09.2024.

²⁸ https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/uncharter/ankara_charter_turkish.pdf 19.09.2024.

²⁹ **Show**, s. 967.

hangi bir sözleşmeye yetki şartı düşerek, sözleşmeden kaynaklanacak ihtilafların halli mercii olarak UAD'yi yetkilendirebilirler.

Soykırım Sözleşmesine bu tip yetki şartını içeren özel hüküm konulmuştur. Buna göre; Soykırım Sözleşmesinden kaynaklanacak ihtilafların halli ile görevli yargı organı UAD'dır. *Sözleşmeciler devletler arasında Soykırım Sözleşmesinin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca sözleşmede suç olarak tanımlanan fiillerden birisi ile ilgili olarak devletin sorumluluğu ile ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın taraflarından birinin talebi üzerine UAD önüne götürülür* (Soykırım Sözleşmesi 9. md.).

Soykırım Sözleşmesine taraf bir devletin Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlali, sözleşmede taahhüt ettiği fiiller uyarınca; *i)* öncelikle devlet iradesi ile organize bir şekilde soykırım suçunu işlemek fiilinden şiddetle kaçınmamak, *ii)* soykırım suçunun herhangi bir kişi veya örgüt tarafından işlenmesine, teşebbüs edilmesine, suça iştirak edilmesine engel olmamak, *iii)* soykırım suçunu ve 3. md'de belirtilen fiilleri işleyenlerin yargılamamak, *iv)* iç mevzuatlarını soykırım suçunu engelleyecek ve faillerini yargılayacak şekilde düzenlememek olarak sayılabilir.

Soykırım suçunun bir devlet tarafından işlenmesi halinde ilgili devlet veya yetkililerinin Soykırım Sözleşmesi uyarınca UAD tarafından yargılanması mümkün değildir. Soykırım Sözleşmesi her ne kadar devletlere bu suçu işlememeyi, suça engel olmayı ve failleri yargılayıp cezalandırma edimi yüklese de bu yükümlülükler aykırılık halinde uygulanacak bir cezai yaptırım düzenlenmemiştir. Soykırım Sözleşmesi, ceza ve karşılığı suç ihdas eden, bunun yargılama usullerini belirten bir devletler üstü sözleşme değil, taraf devletlere bazı taahhütler yükleyen klasik anlamda bir uluslararası hukuk sözleşmesidir. Bu niteliğinin bir yansıması olarak da ihtilafların hallinde görevli ve yetkili mahkeme olarak UAD belirlenmiş olsa da UAD'ye ceza yargılaması görevi verilmemiştir. UAD'nın bu Sözleşme kapsamındaki yetkisi ve görevi, taraf devletlerin sözleşmeye aykırılıklarını tespit edip bu ihlali önlemleri için gerekli tedbirleri bildirmektir. UAD'nın bu yöndeki kararlarının uygulama mercii ise Güvenlik Konseyidir. UAD tarafından verilen bir karar veya tedbirin yükümlü devlet tarafından uygulanmaması halinde devletlerden biri Güvenlik Konseyine başvurma hakkına sahiptir. Konsey UAD kararının icrası için devletlere tavsiyelerde bulunabilir ya da bizatihi kendisi önlemlere karar verebilir. BM'nin yürütme organı olması hasebiyle Güvenlik Konseyi gerek genel kurulun aldığı düzenleyici kararların gerekse de UAD'nin verdiği yargısal kararların uygulama merciidir (BM Şartı 94). Gü-

venlik Konseyi daimi üyelerinin veto hakkı burada da geçerlidir. Buna göre BM Güvenlik Konseyinin daimi üyesi olan ABD, Birleşik Krallık, Fransa, Rusya ve Çin'in UAD'ın verdiği mahkûmiyet kararının uygulanmasına dair Güvenlik Konseyi yönlendirmelerine bile mutlak katılımları gerekir, aksi takdirde Güvenlik Konseyi UAD kararının uygulanması için gerekli işlemleri yapamaz (BM Şartı 27. md). Daimi üyelerin katılmama kararları tüm üyelerin kararlarında olduğu gibi siyasi nitelikte düzenlenmiş olup, her hangi bir hukuki gerekçeye de dayanmak zorunda değildir.

Güvenlik Konseyi üyelerinin vetosunun UAD kararlarını uygulanamaz kılmasının somut örneği Nikaragua'nın ABD aleyhine UAD'da açtığı davada yaşanmıştır. Nikaragua'nın, ABD'nin ülkesindeki terörist faaliyetleri desteklediği iddiası ile UAD'ye açtığı dava neticesinde UAD 27 Nisan 1986 tarihli kararı³⁰ ile ABD'yi mahkûm etmiş ancak Güvenlik Konseyi daimi Üyesi olan ABD olumlu oy kullanmadığı için UAD'nin verdiği "Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı askeri ve paramiliter faaliyetler" kararının uygulanmasına dair Güvenlik Konseyi kararı alınamamıştır.

BM Soykırım Sözleşmesinde soykırım suçunun yargılanması hususunda akit devletlere yargılama edimi yüklenmiş ama bununla birlikte suçun uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanacağını da hüküm altına alınmış (6.md) ancak Soykırım Sözleşmesi ile bu tip bir mahkeme ihdas edilmemiştir. İlk bakışta paradoks gibi görülen bu düzenleme ileride açıklanacağı üzere UCM'nin yargılama yetkisinin ikinciliği - tamamlayıcılığı ilkesi ile bertaraf edilmeye çalışılmıştır.

UAD önündeki yargılamalarda sadece devletler taraf olabilir (UAD Statüsü 34/1. md)³¹. BM'ye üye olmakla başkaca bir işlem veya irade beyanına gerek olmaksızın, *Ipso Facto* şekilde UAD statüsünü kabul eden BM Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesine taraf devletler için UAD'nin Soykırım Sözleşmesini yorumlama, Sözleşmeye aykırı davranışların tespiti, bu aykırılıkların sebep olduğu -devletin ifasında veya engellenmesinde kusuru ile katıldığı- zararların tazmini dışında bir yetkisi yoktur (UAD Statüsü 36/2. md).

Bu sınırlı yetkilendirmenin sonucu olarak UAD'nin Soykırım Sözleşmesine aykırı olarak soykırım suçunu işlese bile bir devlet hakkında ceza yargılaması niteliğinde bir yargılama yapma yetkisi yoktur. Bu durum nede-

³⁰ <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf>, 10.10.2024

³¹ https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093041bm_02.pdf 21.09.2024

niyle Soykırım Sözleşmesinde özellikle soykırım suçunun yargılanmasının bir uluslararası ceza mahkemesinde yapılacağı düzenlenmiştir (6.md). Bu hususun özellikle vurgulanmasının nedeni UAD statüsüdür. Statü uyarınca herhangi bir sözleşmede ihtilafların hallinin UAD'de görüleceği düzenlenmiş olması halinde bu hükmün BM tarafları için bağlayıcı olacağı ve ilgili ihtilafın mutlak surette UAD önüne götürülmesi gerekir (UAD Statüsü 37. md).

Soykırım Sözleşmesine özel bir hüküm konularak Soykırım suçunun yargılanmasında uluslararası bir ceza mahkemesi yetkili kılınmasa idi, soykırım suçu iddiaları UAD önüne gittiğinde statüsü gereği sadece devletleri (34/1. md) sınırlı konularda (36/2. md) yargılayabilecek olan UAD bu suç için özellikle de gerçek kişi failleri yargılayamayacak idi.

Sözleşmeyi takip eden dönemlerde soykırım vb. uluslararası suçlar ilk kez Yugoslavya iç savaşı esnasında Müslüman Boşnak azınlığa karşı işlenmiştir. Soykırım Sözleşmesinin yönlendirmesi ile harekete geçen BM, 25 Mayıs 1993 tarih, 827 Sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesini tesis etmiştir. Mahkeme sadece Yugoslavya iç savaşında işlenen suçları kovuşturmak üzere kurulmuştur. Bu Ad Hoc niteliği ile özel bir mahkeme niteliğinde olsa da³² Soykırım Sözleşmesinden sonra tesis edilen ilk uluslararası ceza mahkemesidir. Soykırım suçunu yargılayacak bir mahkeme ihdas edememiş olması ve konuyu zayıf bir atıfla geçiştirmesi Soykırım sözleşmesinin eleştirilen yönlerinden birisi olmuştur³³.

B. Roma Statüsü ve Uluslararası Ceza Mahkemesi

Soykırım ve diğer insanlığa karşı suçları yargılamak üzere kurulmuş daimi ve özel mahkeme UCM'dir. Bu yönde ilk işaret BM Soykırım Sözleşmesinde yer alır. Sözleşmenin 6. maddesine göre; soykırım suçu tesis edilecek bir uluslararası ceza mahkemesi tarafından yargılanacaktır. Soykırım Sözleşmesinin bu açık yönlendirmesine rağmen 1950'lerde başlayan soğuk savaş uluslararası bir ceza mahkemesinin oluşturulmasını geciktirmiştir. Soğuk savaşın sona ermesini müteakip Yugoslavya Cumhuriyetinin dağılması ile sonuçlanan iç savaş sırasında Bosna'da ve Ruanda iç savaşında Ruanda'da yaşananlar BM'yi harekete geçirmiş, UCM oluşturulması için çalışmalarına başlanmıştır. İlginç bir şekilde BM'i uluslararası bir ceza mahkemesi tesisi yönünde harekete geçiren ilk talep insanlığa karşı suçlardan değil uluslararası nitelikteki adi suçlardan kaynaklı olarak gelmiştir. 1998

³² Tezcan/Erdem/Önok, s. 317.

³³ Kocaoğlu, s. 148.

yılında Trinidad Tobago devletinin uluslararası nitelikte uyuşturucu suçlarının yargılanması ile yetili olmak üzere bir uluslararası ceza mahkemesi kurulmasını gündeme getirmesi üzerine uzun bir süre akamete uğrayan uluslararası ceza mahkemesi kurulması faaliyetlerini tekrar canlanmış 25 Kasım 1992’de BM Genel Kurulunca Uluslararası Hukuk Komisyonundan uluslararası bir ceza mahkemesi kurulmasına dair çalışmaların başlatılması talep edilmiştir.

Anılan komisyonun çalışmaları neticesinde kurulacak bir uluslararası ceza mahkemesine dair 3 ana esas belirlenmiştir; *i)* Mahkemenin uluslararası bir antlaşma ile kurulması *ii)* Mahkemenin sadece gerçek kişileri yargılama yetkisini haiz olması ve *iii)* Mahkemenin yargı yetkisine sadece uluslararası nitelikteki suçların dahil edilmesi³⁴.

Roma’da toplanan konferans neticesinde 17 Temmuz 1998’de imzaya açılan ve 01 Temmuz 2002’de yürürlüğe giren Roma Statüsü³⁵ ile Hollanda’nın Lahey şehrinde Uluslararası Ceza Mahkemesi tesis edilmiştir.

UCM, uluslararası suçların yargılanması amacıyla Birleşmiş Milletler Sistemi ile ilişki içinde ancak bağımsız ve daimi bir mahkeme olarak tesis edilmiştir (Roma Statüsü Başlangıç Paragrafı). Mahkeme daimi çalışmak üzere tesis edilmiştir ve bu tüzükte sözü edilen, uluslararası toplumu yakından ilgilendiren çok ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde, yargı yetkisine sahiptir, devletlerin ulusal yargı yetkisini tamamlayıcıdır (1.md).

UCM’nin yargılama yetkisi Statüsüne taraf devletlerin toprakları üzerinde ve -Statüde belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde- taraf olmasa da diğer devletlerin toprakları üzerinde geçerlidir (4. md).

1. Roma Statüsünde Düzenlenen Suç Tipleri

Roma Statüsünde uluslararası suç tanımı ve çeşitleri genişletilmiş, “Soykırım” (6. md) suçuna ilaveten “İnsanlığa Karşı Suçlar” (7. md), “Savaş Suçları” (8. md) ve “Saldırı Suçu” başlığı altından üç adet yeni suç tipi ihdas edilmiştir.

Soykırım; ulusal, etnik, ırki ya da dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla **a)** grup üyelerini öldürmek; **b)** grup üyelerine ciddi bedensel ya da zihinsel zarar vermek; **c)** fiziksel olarak kısmen ya da tamamen yok etmek kastıyla, grubu ağır yaşam koşullarına maruz bırakmak; **d)** grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler koymak; **e)** grup içindeki

³⁴ **Karekehya**, Hakan: “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 2, 2008, s. 139.

³⁵ <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf>, 24.09.2024

çocukları zorla bir başka yere nakletmek fiillerinden herhangi birinin gerçekleştirilmesi suretiyle işlenen bir suç olarak düzenlenmiştir.

İnsanlığa Karşı Suç; herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen; **a)** öldürme **b)** toplu yok etme **c)** köleleştirme **d)** zorla nakil ve sürgün **e)** uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsedme **f)** işkence **g)** ırza geçme, cinsel kölelik veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri, **i)** zoraki kayıplar **j)** ırk ayrımcılığı (apartheid) **k)** kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler olarak tanımlanmıştır.

Savaş suçları ise Temel hukuki çerçeve olarak Cenevre Sözleşmesini alan muhtelif fiillerin ağırlıklı olarak asker kişiler tarafından asker kişilere karşı işlenen suçlar olarak sayılan fiillerden oluşmaktadır.

Saldırı suçu ise statüde tanımlanmamış ileride tanımlanacağına dair ucu açık bir atf hüküm tesis edilerek, 7 yıl sonra yapılacak gözden geçirme konferansında suçun tarifinin yapılmasına ve UCM'nin yargı yetkisini kullanabilmesinin şartlarının tespit edilmesine bağlı kılınmıştır (5.md).

2. UCM'nin Yargılama Yetkisi

UCM, diğer uluslararası mahkemelerden farklı olarak herhangi bir uluslararası kuruluşun yargılama organı ve özel yetkili mahkemesi statüsünde değil, müstakil ve bağımsız bir mahkemedir. Uluslararası bir mahkeme olan UCM'nin kurucu metni doğal olarak bir uluslararası antlaşmadır (Roma Statüsü).

UCM'nin statü kapsamındaki suçlardan birisini işlediği iddia edilen bir devletin vatandaşını yargılayabilmesinin üç yolu vardır; **i)** İlgili devletin statünün tarafı olması, **ii)** Failin tabiiyetinde olduğu devlet statüye taraf olmasa bile suçu statüye taraf bir devletin topraklarında işlemiş olması, **iii)** Failin veya suçun işlendiği yer devletin statüye taraf olmamasına rağmen suçun işlendiği yer devletin özel yetkilendirme ile UCM'nin yargılama yetkisini tanımış olması. Bu şartların birinin gerçekleşmesi halinde UCM'nin yargılama alanına giren bir suçu yargılama yetkisi doğmaktadır.

III. ULUSLARARASI SUÇLARIN YARGILANMASI REJİMİ VE İÇ HUKUK SİSTEMLERİ

Yargılama yetkisi devletin temel egemenlik yetkilerindendir. Yargılama yetkisi bu niteliğinin sonucu olarak devletin anayasal sistemi içerisinde vazgeçilmez ve paylaşılmaz bir yetki haline gelmiştir. Uluslararası mahkemeler

işte tam da bu alanda yetki kullanmak üzere tesis edilmiş uluslararası örgütlerdir. Yargılama yetkisi doğası gereği verilecek kararların bağlayıcı ve kesin olmasını gerektirir bu gereklilik devletin yargılama yetkisi ile uluslararası mahkemelerin yargılama yetkileri arasında bir yetki alan çatışması oluşturur. Bu çatışmanın hukuki bakımdan etkin ve kesin şekilde çözülmesi ancak iç hukuk sisteminin en tepedeki hukuku normu olan anayasalarda yapılacak düzenlemeler ile mümkün olabilir.

A. Devletler Üstü Örgütlerin Yetkileri İle Devletlerin Egemenlik Yetkileri Arası Çatışma

Devletlerin egemenlik yetkilerinin uluslararası hukuka yansıyan yönü olan eşitlik ve bağımsızlık³⁶ uluslararası mahkemeler ile devletler arasındaki yetki - görev ilişkisinin temel dinamiğidir. Bu ilişkisinin diğer dinamiği ise uluslararası mahkemelerin yetki ve görev alanlarını belirleyen hukuki çerçevedir. Uluslararası bir mahkemenin devletleri bağlayacak şekilde yargılama yapıp hüküm tesis edebilmesi ancak bu iki dinamiğin uyumlu bir şekilde çalışabildiği bir hukuki statünün tesisi ile mümkün olur.

Devletlerinin anayasal düzenlerinin temel niteliklerinden ve kırmızı çizgilerinden olan egemenlik hakları gereği bir devlet yetkilisinin veya vatandaşının uluslararası bir mahkemede yargılanması, hüküm giymesi ve bu hükmün infazı ilgili devlet tarafından kabul edilmedikçe mümkün olmayacaktır. Bu kabul devletlerin anayasalarında buna mümkün kılan genel veya özel bir düzenleme yapması, ya da devletin katılım iradesi ile uluslararası ceza mahkemesinin statü ve yetkisini tanıması ile mümkün olur. İkinci halde yürütme organı tarafından devletin bu tip bir statüye taraf olması, hatta bunun yasama organları tarafından uygun bulunmak suretiyle kanun niteliğinde genel bir işlem ile kabul edilmesi söz konusu olsa bile Anayasal egemenlik kurallarına aykırı bu tip tasarruf ve uygulamalar anayasaya aykırı olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bu aykırılık bir iç hukuk meselesidir. Zira bir uluslararası antlaşmaya katılarak onun kurumlarının yetki ve görevlerini kabul eden devlet, antlaşma ile bağlanma rızasının iç hukukunun antlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı bu nedenle geçersiz olduğunu ileri süremez³⁷ (Viyana Antlaşmalar hukuku Konvansiyonu 46. md)³⁸.

³⁶ **Anayurt**, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, 5.bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 289; **Brotons/Cortado/Calatyud/Hochleitner/Durban**, s. 93; **Show**, s. 189.

³⁷ **Önok**, s. 10.

³⁸ https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438, 10.10.2024

Devletin egemenlik yetkileri ve bunun uluslararası hukuka yansıyan şekli ile bağımsızlıkları, devletlerin kabul iradeleri olmaksızın devletin iç hukuk düzenine ait olmayan bir mahkemede yargılanmasına engeldir. Bu engel gerek devletin tüzel kişiliği gerekse de -kamu yetkisi kullansın kullanmasın- vatandaşları, evleviyetle de uluslararası hukuk nezdinde bağımsızlık³⁹ taşıyan başta devlet başkanı olmak üzere tüm diplomatik temsilcileri için geçerlidir. Uluslararası mahkemelerin statülere katılım yolu ile devletlerin serdettiği kabul iradeleri devletin egemenlik yetkisi ile uluslararası mahkemelerin yargılama işlevi arasında köprü işlevi görür.

Egemenlik asli, mutlak ve bunun sonucu olarak da devredilmez bir yetkidir⁴⁰. Buna karşın gelişen siyasi, ekonomik ve kültürel ilişkiler, devletler arasında karşılıklı ilişkileri de geliştirmiş bu ilişkileri organize etmek üzere uluslararası örgütler tesis edilmiştir. Bu örgütlerin bir kısmı, devletlerin egemenlik yetkisinin uluslararası hukuka yansıyan bağımsızlık boyutuna uyum sağlayacak şekilde uluslararası örgütler olarak oluşturulur ve bu esas üzerine faaliyetlerine devam eder.

Uluslararası örgütler faklı amaçlar ile oluşturulabilir, ekonomik, kültürel, siyasi, sportif, bilimsel vb. uluslararası örgütler amaç ve hedefleri kriter olmaksızın oluşum ve çalışma yapılarına göre uluslararası veya aşağıda nitelikleri açıklanacağı üzere devletler üstü olarak kurulur ve çalışırlar. Uluslararası örgütlerin onları devletler üstü örgütlerden ayıran temel özellikleri üye devletlerin egemenlik ve bağımsızlık yetkilerini kabul edip etmedikleridir. Uluslararası örgütlerin karar alma süreçlerinde üye devletlerin bağımsızlığı esas alındığı için bu örgütleri üyelerinin katılmadıkları bir kararı alıp onları bağlayabilmesi mümkün değildir. Uluslararası örgütler kararlarını tüm üyelerinin oy birliği ile almak durumundadır, bu yaklaşımın ikinci bir yansıması da uluslararası örgütün kararının üye devletin kabulü ve rızası olmaksızın üye devletle uygulanmamasıdır.

Uluslararası hukuk zemininde birden çok devletin bir araya gelmesi ile oluşan bir diğer organizasyon türü ise devletler üstü örgütlerdir. Devletler üstü örgütlerin temel özelliği kararlarını oy çokluğu ile alabilmeleri oy birliği aranmamasıdır. Devletler üstü örgütler kararlarını oy çokluğu ile alabilir ve karara katılamayan devletlere de uygulayabilirler⁴¹. Şüphesiz burada bah-

³⁹ **Schabas**, s. 78.

⁴⁰ **Anayurt**, s. 240.

⁴¹ **Ercivelek**, Halit Serhan: Devletler Üstü Hukukun Oluşumu ve Devletlerin Egemenlik Hakları - Avrupa Birliği Adalet Divanı Örneği, 1. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 98.

sedilen devletler üstü nitelik, devletlerin egemenlik haklarının tamamen yadsınması anlamına gelmez zira oy çokluğu ile bağlayıcı karar alabilme ilgili örgütün kuruluş belgesinde yer alan bir husustur. Kuruluş belgesi ise en başta örgüt kurulurken tüm devletlerin katılımı, diğer bir ifade ile şartlarını kabulü ile hazırlanır ve yürürlüğe girer. Bu süreç oluşan örgütün kararlarına katılmasa bile kendine uygulanacağını baştan kabul eden üye devletler için egemenlik yetkisinden en baştan kısmi de olsa bir feragat anlamına gelir. Egemenlik haklarından -kısmen de olsa- feragat ise yine bir egemenlik yetkisidir bu nedenle devletler üstü örgütlerin devlet ile egemenlik hakları arasında tam bir kopuş ön gördüğü ileri sürülemez, zira devletler üstülük niteliği en başta yine devletin kabulü ve iradesi ile oluşmaktadır.

Egemenlik yetkisinin temel özelliklerinden birisi ise vazgeçilmezlik ve devredilmezliktir. Bu nitelik devletin hukuki ve siyasi çerçevesinin belirlendiği temel hukuk normu olan anayasalarda vurgulanır. Egemenliğin türü, çerçevesi ve nitelikleri anayasalarda belirlenir. Egemenliğe ilişkin temel ilke onun mutlak ve devredilmez oluşudur. Ancak günümüzde özellikle devletler üstü örgütlerin sayılarındaki artış ve uluslararası siyasette kazandıkları etkinlik devletlerin bu örgütlere üye olma isteklerini artırmıştır.

B. Klasik Egemenlik Anlayışını Esneten Anayasal Düzenlemeler

Devletin devletler üstü bir örgüte üye olarak klasik egemenlik teorisi kabullerini zorlayacak şekilde, kendisinin katılımı olmaksızın oluşabilecek kararlarla bağlı olmayı kabullenebilmesi bu kararlar ile oluşan normların iç hukuklara etki etmelerine izin verebilmesi için klasik egemenlik anlayışında yumuşamalar içeren Anayasal düzenlemeler gerekmiştir.

Egemenlik yetkilerini esneten düzenlemelere dair önemli örnekler, Avrupa ülkelerinde karşımıza çıkar. Fransa, İtalya, Almanya ve Belçika Anayasalarında egemenlik yetkilerinin uluslararası hukuk ile sınırlanması, hatta uluslararası örgüt ve kurumlara devredilebileceğine dair düzenlemeler yapılmıştır.

Klasik egemenlik haklarında dönüşümü daha doğru bir ifade ile özellikle devredilmezlik ilkesinden kısmi olarak feragati içeren bu yaklaşım iki ana çerçevede belirginleşir. İlki egemenlik haklarının uluslararası hukuk kurumlarına devrini kabullenen radikal yaklaşım (Belçika ve Almanya modeli) diğeri ise egemenlik haklarının kullanımında barış ve güvenlik amaçlı uluslararası hukuk kuralları lehine kısmi feragati öngören yaklaşım (Fransa ve İtalya modeli). 1831 tarihli Belçika Anayasasına 1970 değişikliği ile eklenen 34. madde uyarınca; “Belirli yetkilerin kullanılması bir antlaşma ya da bir

kanunla devletler hukuku kurumlarına bırakılabilir” (34. md)⁴². Bu düzenleme ile Belçika hukuk sisteminde, devletin egemenlik yetkilerinin uluslararası hukuk örgütlerine devrine dair anayasal zemin tesis edilmiştir. Bu yaklaşım Federal Almanya Anayasası’nın 24/1. maddesinde; “Federasyon, egemenlik haklarını, devletlerarası kuruluşlara yasayla devredebilir” hükmü ile kendini gösterir.

Kısmi feragat esasını kabul eden Fransa 1946 Anayasası’nın başlangıç kısmı uyarınca⁴³; Fransa; uluslararası kamu hukuku kurallarına saygı gösterecektir (14. paragraf) ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için egemenlik haklarında sınırlamalarda bulunmayı kabul eder (15. paragraf)⁴⁴. Aynı anlayışı yansıtan 1948 tarihli İtalyan Anayasasında ise “İtalya başka halkların özgürlüklerine karşı bir saldırı aracı olarak ve uluslararası anlaşmazlıkları çözme aracı olarak savaşı reddeder; uluslar arasında barış ve adaleti koruyacak bir düzen için gerekli olan egemenliğin sınırlandırılmasını kabul eder. İtalya bu tip amaçları gerçekleştirmeye çalışan uluslararası kuruluşları teşvik eder”⁴⁵ hükmü yer alır.

Almanya ve Belçika Anayasaları egemenlik haklarının uluslararası hukuk kurumlarına devredilebileceğini, Fransa ve İtalya Anayasaları ise egemenlik haklarının uluslararası sistem için sınırlandırılmasını kabul etmiştir. Konuya uluslararası kuruluşlar ve uluslararası hukuk perspektifinden bakıldığında, iç hukuklardaki bu düzenlemelerin -özellikle egemenlik yetkilerinin devrini öngören Alman – Belçika modelinin- devletler üstü örgütler nazara alınarak benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeler ilgili devletler nezdinde devletler üstü örgütlere dahil olabilmenin anayasal zeminini oluşturur⁴⁶.

Uluslararası örgüt-devletler üstü örgüt ayrımı, uluslararası suçların yargılanması için tesis edilmiş yargılama sistemleri ile devletlerin anayasal sis-

⁴² <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/2778/201104868.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 110.

⁴³ 1958 Fransa Anayasası’nın başlangıç kısmında yapılan; “*Fransız halkı, 1789 Beyannamesinde tanımlanan, 1946 Anayasasının başlangıç kısmında teyit edilip tamamlanan insan haklarına ve milli egemenlik ilkelerine, aynı şekilde 2004 Çevre Şartında belirtilen hak ve ödevlere bağlılığını ihtişamlı ilân eder.*” <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dosya/ae3ee6b1-bf6b-480d2dff2201fa4b3.pdf> (03.10.2024) şeklindeki atıf nedeniyle 1946 Anayasası’nın başlangıç kısmı 1958 Anayasası döneminde de geçerliliğini korumaktadır.

⁴⁴ <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dosya/ae3ee6b1-bf6b-42cd-80d2-dff2201fa4b3.pdf>, 03.10.2024

⁴⁵ <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2778>, 25.01.2025

⁴⁶ **Ercivelek**, s. 126-127.

temlerinin ilişkileri bakımından önemlidir. Basit bir niyet okuma ile bu düzenlemelerin Avrupa Birliği düzeninin gereklerini yerine getirebilme amaçlı olarak gerçekleştiği ileri sürülebilir. Bu kanı doğrudur ancak yine de yukarıda bahsedilen anayasal düzenlemelerin sadece Avrupa Birliği için yapıldığını söylemek doğru olmaz. Nitekim 20. ve 21. yy'da kurulan ve anılan devletlerin dahil olduğu tek devletler üstü örgüt Avrupa Birliği değildir⁴⁷. Son çeyrek asırda karşımıza çıkan en etkin uluslararası hatta kimi yönleri ile devletler üstü örgüt bir mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesidir.

C. Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Niteliği

Uluslararası mahkemeler ya bir uluslararası örgütün yargı organı olarak ya da müstakil bir mahkeme olarak kurulur. Uluslararası mahkemelerin yargılama yetkilerinin uluslararası hukukun eşit ve bağımsız sükeleri olan devletler için geçerli – etkin olabilmesi ancak devletlerin, mahkemelerin kuruluş statülerini tanınması ile gerçekleşir. Bu tanıma bir uluslararası örgütün yargı organı niteliğini taşıyan mahkemelerde, genellikle devletin uluslararası örgüte üye olması ile “ipso facto” olarak - kendiliğinden – gerçekleşir.

UAD, BM'nin yargılama organı (BM Şartı 7/1.md) ve başlıca adli organıdır (92). Üye tüm devletler ipso facto olarak mahkemenin statü ve yargılama yetkisini kabul etmiş olur. (93/2). BM'nin tüm üyeleri, bu üyeliğin bir sonucu olarak, UAD Statüsü'ne taraftırlar. Üye devletler UAD'nin kararları ile bağlıdır (94/1). Kararlara uymayan bir devlet hakkında diğer üye devletler Güvenlik Konseyinin harekete geçmesini talep edebilir (94/2).

Uluslararası suçlar ile UAD arasındaki ilişki, diğer bir ifade ile UAD'nin uluslararası suçları yargılama yetkisi, onun BM'nin yargı organı olmasından kaynaklanır. Ancak öncelikle uluslararası suç ile UAD'nin yani BM hukuk rejiminin ilgisinin kurulabilmesi gerekir. BM Soykırım sözleşmesinde UAD'ye dair doğrudan bir yetkilendirme vardır. Soykırım Sözleşmesinin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesine dair Sözleşmeciler Devletler arasında ve ayrıca soykırım fiillerinden veya üçüncü maddede belirtilen fiillere dair bir devletin sorumluluğu ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın taraflarından birinin talebi üzerine uyuşmazlık UAD

⁴⁷ Kanaatimize göre Avrupa Birliği, özellikle Avrupa Adalet Divanı içtihatları ile günümüzde devletler üstü örgüte dönüşmüştür. Bu hususun, özellikle Divan içtihatları üzerinden açıklanması bu makalenin konusu olmadığı gibi makalenin kapsamını oldukça genişletip ana ekseninden ayrılmaya sebep olacaktır. Bu nedenlerle bu konudaki kanaatimiz belirtmekle yetinilip daha fazla ayrıntıya yer verilmemiştir.

önüne götürülür (BM Soykırım Sözleşmesi 9.md). Ancak bu yetkilendirme hükmü olmasa dahi BM hukuku altında imzalanan Soykırım Sözleşmesinden kaynaklanan ihtilafların hallinde UAD'nin BM şartından (94. md) kaynaklanan genel bir yargılama yetkisi vardır.

Sınırlı çerçevesi sebebiyle UAD'nin yargılama yetkisi taraflar bakımından sadece BM soykırım sözleşmesine taraf olan devletleri kapsar, suç tanımları olarak ise BM Soykırım sözleşmesinden kaynaklanan suçlar ile sınırlıdır. UAD Soykırım sözleşmesinde tanımlanan bir suç işlendiğinde failleri yargılama yetkisine haiz değildir. Böyle bir suç failini yargılamaya matuf ceza yargılaması yetkisi, Soykırım sözleşmesinin de açık yönlendirmesi ile bu konuda yetkili olarak tesis edilecek bir uluslararası ceza mahkemesine aittir. *Soykırım failini veya üçüncü maddede belirtilen fiillerden birini işlediğine dair hakkında suç isnadı bulunan kimseler, suçun işlendiği ülkedeki devletin yetkili bir mahkemesi veya yargılama yetkisini kabul etmiş olan Sözleşmeciler Devletler bakımından yargılama yetkisine sahip bulunan uluslararası bir ceza mahkemesi tarafından yargılanacaktır* (6. md). UAD'nin yargılama yetkisi ise Sözleşmeciler devletler arasında Sözleşmenin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fiillerinden veya üçüncü maddede belirtilen fiillerin birinden taraf devletin sorumluluğu ile ilgili olarak çıkan uyumsuzluklar ile sınırlıdır (9. md).

Yukarıda tarif edilen sınırlı yargılama yetkisi ile UAD uluslararası suçların faillerinin ceza yargılaması niteliğinde bir yargılanmasında değil Soykırım Sözleşmesine taraf devletlerin bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlüklerini ihlal başta olmak üzere sözleşmeye aykırılıklarında taraf devletler arasında çıkacak ihtilafların hallinde yargılanmasında yetkili bir mahkeme niteliğindedir. UAD bu çerçevede BM Şartı uyarınca taraf devletler tarafından yetkilendirilmiş uluslararası bir mahkeme niteliğindedir.

UCM Haziran - Temmuz 1998 yılında Roma'da toplanan konferans sonucunda imzaya açılıp, 1 Temmuz 2002'de yürürlük kazanan Roma Statüsü ile kurulmuş, daimî ve sadece Statüde tadat edilen suçları işleyen gerçek kişi failleri yargılamakla yetkili herhangi bir uluslararası örgütün yargı organı olmayan bağımsız bir uluslararası mahkemedir.

UCM'nin bir devletin vatandaşları, kurumları, yetkilileri hakkında yargılama yetkisi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekir. UCM'nin yetkilendirilmesi iki türlü olabilir (Roma, devletin Roma Statüsünü kabul ederek UCM'nin yetki ve statüsünü kabul etmesi veya Statüye taraf olmasa da devletin topraklarında işlenen ve Roma Statüsünde tadat edilen suçların yargılanması için özel çağrı ve müracaat ile UCM'yi yetkili kılması (Roma Statüsü 4/2. md., 12. md)).

Egemenlik yetkileri bakımından esas mesele Roma Statüsünde tadat edilen suçlardan birini işleyen failin Statüye taraf olmayan ve Statü 12. maddede uyarınca UCM'nin yargılama yetkisini haricen de olsa tanımış olmayan devletlerin vatandaşı olması halinde ortaya çıkacaktır. Bu halde Statüye taraf olan bir devlet kendi topraklarında veya bir başka ülkede kendi vatandaşlarına karşı Statüye taraf olmayan bir devletin vatandaşının yargılanması talebiyle UCM'ye müracaat edebilir. Bu durumda UCM statüsüne taraf olmayan bir devletin vatandaşının yargılanması gibi ilgili devlet bakımından egemenlik haklarının ihlali sonucunu doğurabilecek nitelikte bir yargılama gerçekleşecektir.

Bugünlerde İsrail ve Rusya Federasyonu için olan tam da budur. İsrail UCM'yi oluşturan Roma statüsüne taraf olmamıştır; buna karşılık Filistin 2014 yılında Statü'yü imzalamış ve UCM'nin yargılama yetkisini kabul etmiştir. Nitekim Mahkemenin 2021 yılında göreve gelen İngiliz Savcısı Kerim Khan liderliğindeki Savcılık makamı 1968 yılı Filistin topraklarını Filistin devletinin egemenlik alanı saymış, bu topraklarda İsrail'in gerçekleştirdiği fiillerin Filistin devletinin topraklarında işlenmiş uluslararası suçlar olduğuna kanaat getirerek İsrail devleti yetkilileri aleyhine ön soruşturma başlatmış ve İsrail Başbakanı, savunma bakanı ve diğer üst düzey kamu görevlileri hakkında tutuklama talebiyle mahkemeye başvurmuştur⁴⁸.

Benzer şekilde Rusya Federasyonu da Roma Statüsünü imzalamamış, UCM'nin yargılama yetkisini tanımamış olsa da Ukrayna'nın Rusya Federasyonu'nun aleyhine UCM'ye yaptığı müracaat üzerine UCM savcılığı Rusya Federasyonu aleyhine Ukrayna topraklarında gerçekleştirdiği askeri operasyonlar ile Roma Statüsü hükümlerini ihlal ettiği gerekçesi ile soruşturma başlatmış⁴⁹, devlet başkanı ve bazı üst düzey kamu görevlileri hakkında tutuklama kararı almıştır.

UCM'nin İsrail ve Rusya hakkında başlattığı soruşturmalar farklı hukuki zeminlere dayanır. Savcılık makamı İsrail aleyhine, Filistin devletinin müracaatı üzerine UCM'ye yargılama yetkisi veren Statünün 12. maddesi uyarınca, soruşturma başlatmıştır. Yani Statüye taraf devletin (Filistin) müracaatı söz konusudur. Oysa Rusya aleyhine başlatılan soruşturmada Ukrayna Roma Statüsünü imzalamamış olmasına rağmen, UCM'ye başvurarak Rusya Federasyonu'nun topraklarında işlediği fiillerin Statü kapsamındaki suçları teşkil ettiği iddiası ile yargılanmasını talep etmiştir. Bu talep

⁴⁸ <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state> , 10.10.2024

⁴⁹ <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>, 10.10.2024

ve yetkisinin kabul edilmesi gerekir⁵⁰. Mahkemenin tüm devletler için genel geçer zorunlu yargılama yetkisi yoktur⁵¹.

Uluslararası bir antlaşmaya taraf olmanın doğasından kaynaklanan yukarıdaki ilkelerden başka, Statüye taraf olan devletlerin yargılama hakları Statünün somut düzenlemeleri ile de korunmaya çalışılmıştır. “Tamamlayıcılık” ilkesi ile açıklanan bu yaklaşım neticesinde UCM yargılamasına asli nitelik tanınmamış, UCM ulusal yargı yetkisinin yerine ikame edilen bir yargı yetkisi ile donatılmamıştır⁵². UCM’nin yargılama yetkisi, vatandaş Statüdeki suçlardan birini işlediği iddia edilen devletin faili yargılamaması veya yargılayamaması halinde devreye girer. Roma Statüsünün 17. maddesine göre; devletin dava - şikayet konusu olayı soruşturması veya yargılaması halinde veya olayı soruşturduktan sonra ilgili şahsı yargılamaya gerek olmadığına karar verdiği hallerde davalar Mahkemece kabul edilemez bulunacaktır (17/1-a,b). Statü kapsamına giren suçların yargılanmasında esas ve öncelikli yetki devlete aittir. Bu öncelik ancak devletin yargılama yapmaya isteksiz olması veya yargılama imkanına sahip olamaması halinde geçerliliğini yitirecek ve devletin soruşturma, yargılama yapması beklenmeksizin UCM’nin yargılama yetkisi devreye girecektir (17/1-a,b).

Yargılama isteksizliği veya acziyeti olarak beliren bu durumun ne zaman gerçekleştiğinin tespitine dair Statünün hükmü, tamamlayıcılık ilkesi ile kurgulanmak istenen devletin egemenlik alanı korumasını boşa çıkartabilecek niteliktedir. Statüye göre devletin faili yargılamak istemediğinin veya yargılama iktidarına sahip olup olmadığının tespitini UCM yapacaktır (17/2 ve 17/3). Kısacası; Statüye üye devletlerin yargılama yetkilerine öncelik tanınmakla birlikte bu önceliğin geçersiz olduğunu iddia ve kabul yetkisi -belirli şartların oluşması ile- yine UCM’ye tanınmış ve üye devletin yargılama yetkisi adeta UCM’nin takdirine bırakılmış, Mahkemeye tamamlayıcı yargılama yetkisini kendi takdiri ile asli yargılama yetkisine dönüştürme imkanı tanınmıştır.

IV. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE ANAYASAL SİSTEMİMİZ

Egemenlik yetkilerinin kaynağı ve kullanımına dair Anayasal sistemimiz klasik egemenlik anlayışını yansıtan bir tavra sahiptir. *Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletine aittir, Millet egemenliği Anayasa’nın koyduğu*

⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 336.

⁵¹ Ercivelek, s. 108.

⁵² Tezcan/Erdem/Önok, s. 347.

esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz (AY 6. md). Anayasamızda yukarıda örneklediğimiz kimi Avrupa ülkelerinde olduğu gibi egemenlik hakkı devri veya feragati söz konusu değildir. Bu net düzenleme ışığında Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik haklarını kısmen de olsa devri sonucunu doğuracak şekilde bir devletler üstü örgüte katılımı söz konusu olamaz.

Katılım yoluyla dahil olunan bir uluslararası antlaşmanın hükümlerinin iç hukuka etkileri konusunda ise Türk hukuk sistemi iç hukukunu üstün tutan monist yaklaşımı benimsemiştir⁵³. Anayasamızda uluslararası antlaşmaların niteliği, iç hukukumuzda etkileri ve normlar hiyerarşisindeki konumuna dair kural 90. madde ile düzenlenmiştir. Düzenleme ile uluslararası sözleşmelerin kanunlar karşısındaki konumu ve kanunlar ile uluslararası sözleşmenin çatı-şarak norm ihtilafı oluşması halinde uygulamanın nasıl gerçekleşeceği belirlenmiştir. AY 90. maddesindeki sistematik uyarınca milletlerarası antlaşma yürütme organınca imzalanır, ancak iç hukuka dahil oluşu yasama organının antlaşmanın onaylanmasını bir kanun ile uygun bulması ile gerçekleşir. Böylelikle iç hukukun en üst seviyedeki organı olan TBMM iradesi antlaşma ile bağlanma iradesine katılmış olur⁵⁴. Anayasal sistemimiz uyarınca Türkiye Roma Statüsünü imzalasa bile Statü hükümlerinin doğrudan iç hukukumuzda girerek etki etmesi söz konusu olamaz⁵⁵.

Türkiye imzaya açılan Roma Statüsünü imzalamayarak UCM'nin yargılama yetkisini kabul etmemiş ancak hukuk sisteminde Roma Statüsüne paralel bazı düzenlemeler gerçekleştirmiştir. İç hukukta UCM etkisi ile yapılan ilk düzenleme 2004 yılı Anayasa değişikliğidir. Anılan değişiklikle tekrar düzenlenen 90. md'ye eklenen hüküm ile “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı*” kabul edilmiştir.

⁵³ Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 5 b., Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 765; Önok, s. 13.

⁵⁴ Asar Erson, Bilge: “Uluslararası Hukukta Andlaşma Akdetme Yetkisi ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 46 Kapsamında Andlaşmaların Geçersizliği.” Public and Private International Law Bulletin, Cilt 43, Sayı 2, 2023, s. 763 <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.2.1368013>, 06.05.2024

⁵⁵ Bozbayındır, Ali Emrah: (2013). Turkey and International Criminal Court, Nomos, Baden – Baden 2023, s. 140.

Aynı değişiklikte, Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38/son maddesine eklenen hüküm ile ise "*UCM'ye taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez*" ibaresi eklenerek henüz taraf olunmasa da vatandaşın iade edilmezliği kuralına UCM Statüsü çerçevesinde istisna getirilmiştir.

İç Hukukta yapılan değişikliklerden UCM ile ilişkilendirilebilecek en önemli değişiklik, 2004 yılında kabul edilen 5237 sayılı TCK'dır. Yeni TCK'nın UCM bakımından önemi, uluslararası suçlara dair barındırdığı ilklerde tecessüm eder. Uluslararası suçlar Türk hukuk sistemine ilk defa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile girmiş ve ikinci kitabın birinci kısmının birinci bölümünde Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar başlığında; Soykırım (md.76) ve İnsanlığa Karşı Suçlar (md.77) olarak düzenlenmiştir. Bu suçların sonuçlarının etkileri sadece kişilere veya dar mağdur gruplarına değil çok daha geniş kitlelere sirayet etme potansiyeline sahiptir. Hatta bu nitelikleri ile bu suçların devletler hukuku suçları olduğu ileri sürülür⁵⁶.

TCK'da Roma Statüsünde yer alan suçlardan soykırım ve insanlığa karşı suçlar düzenlenmiş savaş suçları ve saldırı suçu düzenlenmemiştir. Türkiye'nin Statü'ye taraf olması halinde bu eksiklik Anayasanın 90. maddesi hükmü sebebiyle önemini yitirecektir. Zira bu halde Statü, Anayasanın 90/5. maddesi çerçevesinde, Statü'de yer alan soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu, Türk mevzuatının parçası halinde gelecektir. Bununla birlikte Statünün kanun hükmü kazanmasını müteakiben TCK'da hali hazırda düzenlenmiş olan Soykırım (76. md.) ve İnsanlığa Karşı Suçlar (77. md.) ile bu suçların Statü'de yer alan tanımları arasındaki farklılıklarda TCK yerine AY 90/5 sebebiyle Statü hükümleri tatbik edilecektir. Zira Statü ile Türk Ceza Kanunu arasında, önceki kanun sonraki kanun ilişkisi geçerli olacağından, sonradan kanun niteliğini kazanacak olan Roma Statüsü hükümleri geçerli olacaktır⁵⁷.

BM Soykırım Sözleşmesi ve Roma Statüsü etkisi ile Anayasa'da gerçekleştirilen Anayasa'nın devletin egemenlik yetkilerine dair koruyucu yaklaşımına işaret eder. Düzenleme ile çok dar bir alanda istisna getirilmiş sadece iade hükümleri esnetilmiş, vatandaşın iade edilemeyeceği kuralı sadece UCM yargılamaları ile sınırlı olarak istisna kapsamına sokulmuştur. Gerçek-

⁵⁶ **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2017. s. 7; **Bayraktar/Evik/Kurt**, s. 9.

⁵⁷ **Bayılhoğlu**, Uğur: "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 1, 2007, s. 82.

te, “faillerin suçun işlendiği ülkede yargılanması zorunluluğu”, Roma Statüsünden çok önce, BM Soykırım Sözleşmesi ile getirilen bir düzenlemedir (6. md). Bu düzenleme ile “faillerin iadesi” (extradition) konusunun da düzenlenmesini gerektirmiştir⁵⁸. Soykırım suçunun failinin suçun işlendiği, kamu düzenin en ağır şekilde bozulduğu ülkede yargılanması en doğru tercihtir. Failin bu ülkeyi terk etmesinin yargılanmasını zorlaştırması hatta imkansız hale getirmesini engellemek için failin kaçarak sığındığı devlete, faili suçun işlendiği yere iade yükümlülüğü getirilmiştir (7/2. md). Türkiye bu yükümlülüğe dair iç hukuk düzenlemesini yıllar sonra, UCM Statüsü yürürlüğe girip, UCM tesis edildikten sonra yerine getirmiş ve Anayasasında düzenlemeye giderek vatandaşın iade edilmezliği kuralına UCM referanslı istisna getirmiştir.

Bu kadar uzun süre düzenleme yapılmayarak iade istisnasının ancak UCM kurulduktan sonra, UCM statüsüne açık bir atıf yapılarak düzenlenmesinin sebebi UCM yargılamasının tamamlayıcılığına duyulan güvendir. Bu düzenleme ile paralel olacak şekilde TCK’ya Roma Statüsündeki suçlar eklenmiş böylelikle UCM statüsü kapsamında suçlar ile isnat edilen vatandaşın Türk yargısı tarafından TCK uygulanarak yargılanmasının yolu açılmıştır. Bu mantık kurgusu uyarınca Statüyü ihlal ettiği iddia edilen vatandaş zaten TCK’ya göre Türk Yargı makamları tarafından yargılanacağı için UCM’nin devreye girerek yargılama yapması mümkün olmayacaktır.

Ancak yukarıda izah ettiğimiz üzere tamamlayıcılık ilkesi kendi içinde önemli bir tartışma alanı barındırır; “acziyet” ve “isteksizlik” halini tespit yetkisinin UCM’de olması. Failin vatandaşı olduğu devletin faili yargılamada acziyet içinde olduğu veya isteksiz olması halinde tamamlayıcılık kuralı ortadan kalkar ve UCM devleti beklemeksizin yargılama yetkisine sahip hale gelir.

Somutlaştıracak olursak bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşının Roma Statüsünde düzenlenen suçlardan birini işlediği iddiası halinde UCM, Türk devletin yargılama yapmakta acziyet içinde bulunduğu veya yargılamaya isteksiz olduğunu iddia -ve kabul- edip Türk mahkemelerinin yargılama yapmasını beklemeksizin yargılamaya başlama imkanına sahiptir.

⁵⁸ Değer, Ozan: (2009). “Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı’nın Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ Kararı” Uluslararası İlişkiler, Cilt 6, Sayı 22, 2009, s. 76.

SONUÇ

Uluslararası suçların yargılanmasında UAD ve UCM üzerinden gözlemlenen yargılama düalizmi aslında bir bütünün iki parçasını oluşturan ikili bir yapıdır. Gerçekte var olan ikiz bir sistem değil birbirini tamamlayan bütüncül bir yargılama sistemidir.

Uluslararası sistem, BM üzerinden, bir uluslararası antlaşma olan BM Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesi ile uluslararası suçların en vahşisi olan Soykırım suçunu tarif ederek, bu suça dair üye devletlerin sorumluluk ve yükümlülüklerini belirlemiştir. Anılan antlaşma ile oluşturulan sistemde antlaşmanın güvencesi olarak BM'nin yargılama organı olan UAD yetkilendirilmiştir. Bu yetkilendirme sadece taraf devletlerin sözleşme ile yükümlendiği edimlerin ifasızlığı veya devletlerin bu konudaki ihmali - eylemsizliğine dair bir yaptırım sistemi öngördü ki bu yaptırımlar uluslararası hukuk tekniği bakımında sadece antlaşmanın güvencesi boyutunda kalmıştır.

Sözleşme soykırım suçunu işleyen failin cezası ve yargılayacak mahkemenin belirlenmesini ise bir atıf ile geçiştirerek ileride daimi, özel yetkili bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına dönük işaret fişeği yakmakla yetinmiştir. Soykırım sözleşmesinin gereği -sebepleri bu makalenin boyutu ve konusunu aşmakla birlikte- ancak yarım asır kadar sonra 2002 yılında Roma Statüsü ile yerine getirilmiş ve uluslararası suçları yargılamak üzere daimi, özel yetkili bir Uluslararası Ceza Mahkemesi tesis edilmiştir. Böylelikle uluslararası suçların engellenmesi ve ifa edilmesi halinde faillerinin yargılanmasını temin edecek olan iki katmanlı sistem inşa edilmiştir.

Bu sistem uyarınca devletler öncelikle, BM Soykırım Sözleşmesi ile soykırımı suç olarak tanımış, işlenmemesi için gerekli önlemleri, işlenmesi halinde ise faillerinin yargılanması için gerekli tedbirleri almayı taahhüt etmiştir. Sözleşmenin yönlendirmesi ve uluslararası siyasetin de el vermesi ile Sözleşme'de belirtilen daimi, özel yetkili Uluslararası Ceza Mahkemesi tesis edilmiştir.

İsrail ve Rusya aleyhinde UAD'de süren yargılamalar, bu devletlerin BM Soykırım Sözleşmesi uyarınca verdikleri taahhütlere aykırı olarak Soykırım suçuna engel olmayıp, hatta bizatihi devlet politikası olarak soykırım suçunu işledikleri ithamı ile devam eden, uluslararası antlaşmalar hukukundan kaynaklı, "sözleşmenin ihlali" temeline dayanan yargılamalardır.

Her iki devlet aleyhine UCM'de devam eden yargılamalar ise Roma Statüsünde düzenlenen uluslararası suçların işlendiği iddiası ile yürüyen bizatihi faillerin somut cezai yaptırımları ile cezalandırılmasına dönük ceza hukuku temelli yargılamalardır en büyük tartışma da tam bu noktada Roma

Statüsüne taraf olmayan iki devletin en üst düzey devlet yetkililerinin yargılanması noktasında anayasal egemenlik haklarından doğmaktadır.

Gerçekten de ilk bakışta bağımsız bir devletin taraf olmadığı bir uluslararası antlaşmadan kaynaklı olarak vatandaşlarının devlet başkanı, başbakan ve milli savunma bakanı seviyesindeki kamu görevlilerinin yargılanması o devletin egemenlik haklarına aykırı bir durum gibi gözükmemektedir. Bu aykırılığı ortadan kaldıran husus ise her iki devletin de katıldıkları BM Soykırım Sözleşmesi ile bu tip bir mahkeme kurulmasına ve faileri yargılamasına başlangıçta onay vermiş olmalarıdır.

İsrail ve Rusya'nın BM Soykırım Sözleşmesine katılmasını bu tip bir ön onay olarak değerlendirmek klasik egemenlik hakları ve devletlerin anayasal yetkileri bakımından kolaylıkla kabul edilebilecek bir durum değildir. Ancak söz konusu ihlaller ve yargılanan fiiller de basit ve hafif hukuki ihlaller değil suçların suçu olarak takdim edilen soykırım ve insanlığa karşı suçlardır.

Bu suçların oluşturduğu tablonun tüm ağırlığına rağmen UCM ile yargılanan devletler arasındaki hukuki bağlantının daha net ve tartışmaya mahal vermeyecek hukuki kesinlikle kurulması gerekir. Bu hukuki bağlantı mağdur Filistin ve Ukrayna'nın beyanları, şikayetleri üzerinden değil BM Güvenlik Konseyi'nin kararı ile BM eliyle kurulmalıdır.

Türkiye BM üyesi olarak BM Soykırım sözleşmesine taraf olmuş buna mukabil kendince bazı hukuki ve siyasi mülahazalar etkisiyle Roma Statüsüne taraf olmamıştır. Buna rağmen Türk Ceza Kanunda değişiklik yapılarak Statü ile büyük oranda paralellik sağlayacak şekilde suç tipleri ve cezalar düzenlenmiştir. İlginç olan düzenleme ise doğrudan UCM'ye yapılan atıf ile Anayasa'da vatandaşın iade edilmezliği kuralına getirilen istisnadır. Bu düzenleme ile Türkiye, BM sözleşmesinde taahhüt ettiği failerin yargılanması ve suçluları iade taahhüdünü ifa etmeyi amaçlamıştır.

Fransız, Belçika, Almanya ve İtalya anayasaları aksine, anayasamızda kabul edilen mutlak egemenlik anlayışına rağmen uluslararası ceza mahkemesinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarını yargılama yetkisini kabul edilmesinde UCM statüsünde yer alan UCM yargılamasının, ilk yargılama yetki ve hakkını devletlere bırakması anlamına gelen tamamlayıcı - ikincil niteliği etkili olmuştur. Tamamlayıcılık niteliği ile UCM'nin devletler üstü değil, uluslararası bir ceza mahkemesi niteliğini taşıması amaçlanmıştır. Ancak UCM'ye, devletin öncelikli yargılama yetkisini atlama imkanı tanıyan açık kapı bırakılmıştır. Bu kapı devletlerin yargılamada isteksiz olması veya aciziyet halinde bulunması durumunun tespitinin UCM'ye bırakılmış olmasıdır.

UCM'nin bu tespit yetkisini kullanmak suretiyle Türkiye'nin anayasal egemenlik haklarını dikkate almayarak bir Türk vatandaşını yargılayabilmesi mümkündür. Bu ihtimalin açık bırakıldığı bir sözleşmeye doğrudan atıf yapılarak Türkiye Cumhuriyeti vatandaşının yargılanmak üzere iade edilmesinin düzenlenmesi anayasamızda yer alan mutlak egemenlik anlayışına ters düşer.

KAYNAKÇA

- Anayurt**, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, 5.bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet/**Çakır**, Kemal: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. bs., Adalet Yayınları, Ankara 2017.
- Asar Erson**, Bilge: “Uluslararası Hukukta Andlaşma Akdetme Yetkisi ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 46 Kapsamında Andlaşmaların Geçersizliği.” Public and Private International Law Bulletin, Cilt 43, Sayı 2, 2023, s. 715-771. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.2.1368013>, 06.05.2024.
- Bayılhoğlu**, Uğur: “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 1, 2007, s. 51-121.
- Bayraktar**, Köksal/**Evik**, Vesile Sonay/**Kurt**, Gülşah: Özel Ceza Hukuku, 2 bs., Cilt 1, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Bozbayındır**, Ali Emrah: (2013). Turkey and International Criminal Court, Nomos, Baden – Baden 2023.
- Brotons**, Antonio Remiro/**Cortado**, Rosa Riquelme/**Calatayud** Esperanza Orihuela/**Hochleitner**, Javier Diez/**Durban**, Luis Pérez-Prat: Derecho International, Triant Lo Blanch, Valencia 2010.
- Değer**, Ozan: (2009). “Soykırım Suçu ve Devletin Sorumluluğu: Uluslararası Adalet Divanı’nın Bosna Hersek v. Sırbistan Karadağ Kararı.” Uluslararası İlişkiler, Cilt 6, Sayı 22, 2009, s. 61-95.
- Değirmenci**, Olgun: (2007). “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (70), 2007, s. 50-111.
- Ercivelek**, Halit Serhan: Devletler Üstü Hukukun Oluşumu ve Devletlerin Egemenlik Hakları - Avrupa Birliği Adalet Divanı Örneği, 1. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.
- Eren**, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 5 b., Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Gül**, Yunus Emre: (2018, Bahar). “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve İnsan Haklarına Katkıları”, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi, 3(1), 2018 Bahar, s. 293-303.
- İçel**, Kayıhan: (2017). Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4 bs., Beta Yayınları, İstanbul 2017.

- Karekehya**, Hakan: “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 2, 2008, s. 133-163.
- Kocaoğlu**, Serhat Sinan: “Suçların Suçu: Soykırım”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 90, Eylül 2010, s. 139-163.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Lütem**, İlhan: Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik Yayınları, Ankara 1951.
- Önok**, R. Murat: “Uluslararası Ceza Divanını Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor.” Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, Almanya Büyükelçiliği, Ankara 2007.
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku, 13 bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Schabas**, William Anthony: An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, New York 2011.
- Show**, Malcolm Nathan: International Law, 5. bs., Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa R./**Önok**, R. Murat: Uluslararası Ceza Hukuku 5 bs., Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Ulutaş**, Ahmet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2012.
- https://www.cvce.eu/en/obj/moscow_declaration_on_atrocities_1_november_1943-en-699fc03f-19a1-47f0-aec0-73220489efcd.html. 30.12.2024
- https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf. 30.12.2024
- https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf 30.12.2024
- <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf>. 30.12.2024
- https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf, 10.08.2024
- https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, 17.09.2024
- https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf, 21.09.2024.

https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/uncharter/ankara_charter_turkish.pdf 19.09.2024.
<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf>, 10.10.2024
https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093041bm_02.pdf 21.09.2024
<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf>, 24.09.2024
https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438, 10.10.2024
<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/2778/201104868.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 10.07.2024
<https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dosya/ae3ee6b1-bf6b-480d2dff2201fa4b3.pdf> 03.10.2024
<https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dosya/ae3ee6b1-bf6b-42cd-80d2-dff2201fa4b3.pdf>, 03.10.2024
<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2778>. 25.01.2025
<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state> , 10.10.2024
<https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>, 10.10.2024

KEFİLİN MİRASÇILARININ KEFALET BORCUNDAN SORUMLULUĞU

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1603979>

Dr. Öğr. Üyesi Kemal ERDOĞAN*

Öz

Türk Borçlar Kanunu'nun 581 ilâ 603'üncü maddeleri arasında düzenlenen kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa (kefile) borç yükleyen bir sözleşmedir. Kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kefalet sözleşmesinde el yazısıyla belirttiği azami miktara kadar sorumludur. Kefilin ölümü hâlinde mirasçılar mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar (TMK m. 599/I). Diğer maddi edimler gibi kefalet borcu da kefilin ölümüyle birlikte sona ermemekte ve mirasçılara intikal etmektedir. Ne var ki cari hesap ve genel kredi sözleşmelerinde kefilin ölümünden sonra kullanılan kredilerden kefilin mirasçılarının sorumlu olup olmadığı hususu oldukça tartışmalıdır.

Bu çalışmada, kefilin mirasçılarının kefalet borcundan sorumluluğunun şartları ile bu sorumluluğun sınırlandırılması incelenmiştir. Özellikle kefilin mirasçılarının mirası tutulan resmî deftere göre kabul etmesi ve resmî tasfiye talep etmesinin kefalet borcuna etkisi ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kefalet Sözleşmesi, Kefilin Ölümü, Genel Kredi Sözleşmesi, Mirasın Tutulan Resmî Deftere Göre Kabulü, Mirasın Resmî Tasfiyesi

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Sakarya (kemalerdoganhukuk@gmail.com) ORCID: 0000-0001-8648-1623 (Gönderim Tarihi: 19.12.2024-Kabul Tarihi: 12.02.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

THE LIABILITY OF THE SURETY'S HEIRS FOR THE SURETY DEBT

(Research Article)

Abstract

The surety agreement regulated between Articles 581 and 603 of the Turkish Code of Obligations (TCO) is a contract that encumbers only the surety with debt. The surety is responsible for the legal results of the debtor's non-performance, up to the maximum limit scripted by his/her in the surety agreement. In the event of the surety's death, his/her heirs shall acquire the inheritance as a whole by operation of law (Art. 599, Para. 1, of the Turkish Civil Code: TCC). Like other pecuniary obligations, the surety obligation does not come to an end on to the death of the surety but is inherited by the heirs. However, it is quite controversial that the question of whether the surety's heirs are responsible for the loans made available after the death of the surety in current account and general loan agreements.

In this study, it is discussed that the conditions under which the surety's heirs may be held liable for the surety debt and the limitation of this liability. In particular, the effect of the heirs' acceptance of the inheritance according to the official inventory, and request for official liquidation on the surety debt is examined.

Keywords

Surety Agreement, Death of Surety, General Loan Agreement, The Acceptance of Inheritance According to the Official Inventory, The Request for Official Liquidation

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu¹ (TBK) m. 581 hükmüne göre, “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Diğer bir deyişle, alacaklı ile borçlu arasındaki bir borcun ifasını güvence altına almak amacıyla yapılan ve kefilin alacaklıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel ve fer’î olarak sorumlu olmayı taahhüt ettiği sözleşmeye, kefalet sözleşmesi denilmektedir².

¹ R.G. T. 04.02.2011, S. 27836.

² Kefalet sözleşmesinin benzer tanımları için bkz. **Emmerich**, Volker: BGB – Schuldrecht, Besonderer Teil, 14. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2015, § 14, N. 1; **Esser**, Josef/**Weyers**, Hans-Léo: Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 7. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 1991, s. 341; **Hirsh**, Christoph: Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2020, § 36, N. 1161; **Larenz**, Karl/**Canaris**, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München 1994, s. 2; **Medicus**, Dieter/**Lorenz**, Stephan: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2018, § 50, N. 3; **Schmid**, Jörg/**Stöckli**, Hubert: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Schulthess, Zürich 2010, N. 2276; **Akipek Öcal**, Şebnem: “Kefalet Sözleşmesi”, içinde: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ed. Turgut Öz, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 845; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 479; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 813; **Ayrancı**, Hasan: “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 2, 2004, s. 95; **Bağrıaçık**, Rıdvan: “Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, içinde: Teminat Hukuku, Ed. Bilgehan Çetiner/Abdullah Furkan **Korkmaz**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 1165; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, N. 2609; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt II, Eser, Vekâlet, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 321-322; **Kahraman**, Zafer: “Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2013, s. 151; **Kahraman**, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 124; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 661-662; **Özen**, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 57-59; **Özkan Şahin**, Gizem: “Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s. 1290; **Reisoğlu**, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 1-2; **Reisoğlu**, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 20-21; **Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 693; **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 1521-1524; **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 691.

Kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında yapılmaktadır. Kefalet sözleşmesinde kefil, borçlunun borcunu üstlenmemekte, bizzat kendisi borç altına girmektedir³. Buna karşılık, kefalet sözleşmesiyle alacaklı kural olarak⁴ kefile karşı herhangi bir borç altına girmemektedir. O hâlde kefalet sözleşmesi, çoğu zaman tek tarafa (kefile) borç yükleyen bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır⁵.

³ **Bucher**, Eugen: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1988, s. 287; **von Büren**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Schulthess, Zürich 1972, s. 285; **Akıpek Öcal**, s. 846; **Aral/Ayrancı**, s. 480; **Ayan**, Serkan: “Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2018, s. 41-42; **Bağcıoğlu**, Ahmet Erkal: “Tüketici Hukukunda Kefalet”, Bankacılar Dergisi, S. 67, 2008, s. 73; **Eren**, Özel Hükümler, N. 2617; **Gümüş**, II, s. 324; **Kılıçoğlu**, s. 661; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 65-66; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 694; **Taşdelen**, Nihat: “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 731.

⁴ Bununla beraber, bazı durumlarda alacaklının da kefile karşı bazı edimlerin ifasını taahhüt etmesi mümkündür. Bu durumda kefalet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Bkz. **Emmerich**, § 14, N. 8a; **Larenz/Canaris**, s. 3; **Ernst/Wolfgang/Zelger**, Ulrich: “Art. 492-512: Die Bürgschaft”, in: Kurzkommentar Obligationenrecht, Hrsg. Heinrich **Honsell**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art. 492, N. 2; **Pestalozzi**, Christoph M.: “Art. 492-512: Die Bürgschaft”, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, Hrsg. Heinrich **Honsell**/Nedim Peter **Vogt**/Wolfgang **Wiegand**, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, Art. 492, N. 1; **Acar Ünal**, Özlem/**Ural Çınar**, Nihal: “Kefalet Sözleşmesi Hükümlerinin Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2-1, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan’a Armağan, C. I, 2016, s. 45; **Akartepe**, Alpaslan: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 24; **Akıpek Öcal**, s. 847-848; **Ayan**, Serkan: Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 19-20; **Bağcıoğlu**, s. 73; **Barlas**, Nami: “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI, 9-10 Aralık 2005, Bankacılık Enstitüsü, Ankara 2006, s. 42; **Eren**, Özel Hükümler, N. 2614; **Gümüş**, II, s. 329-330; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 120; **Özkan Şahin**, s. 1293-1294; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 26; **Reisoğlu**, Seza: “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962, s. 333; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1531; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 695.

⁵ **Emmerich**, § 14, N. 8a; **Hirsh**, § 36, N. 1163; **Larenz/Canaris**, s. 2; **Bucher**, s. 287; **Ernst/Zelger**, KUKO OR, Vor Art. 492-512, N. 1; **Guhl**, Theo/**Schnyder**, Anton K.: “§ 57. Die Bürgschaft”, in: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Theo **Guhl**, Alfred **Koller**, Anton K. **Schnyder**, Jean Nicolas **Druey**, 9. Auflage, Schulthess, Zürich 2000, N. 1; **Honsell**, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017, s. 429; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2012, N. 3554; **Krauskopf**, Frédéric/**Stuber**, Jonas: “Art. 492-512 OR: Die Bürgschaft”, in: OFK - Orell Füssli Kommentar, Kommentar

TBK m. 589/I hükmünde belirtildiği üzere, kefilin sorumluluğunun kapsamı, kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadardır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında kefilin sorumlu olduğu alacaklar sayılmıştır. Ancak kefil, bu alacakların toplamının kefalet sözleşmesinde belirtilen miktarı aşan kısmından sorumlu değildir. Şu hâlde TBK m. 581 ve m. 589/I hükmü bir şart cümlesine uyarlanacak olursa şöyle bir formül ortaya çıkmaktadır: Geçerli bir kefalet sözleşmesi mevcutsa alacaklı bu sözleşmeye dayanarak borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarını kefilden talep edebilir. Kefilin ölümü hâlinde, alacaklının kefilin mirasçılarının kefalet borcunun ifasını talep edip edemeyeceği hususu, teoride ve uygulamada önem taşımaktadır.

Bu çalışmanın konusu, kefilin ölümü hâlinde kefalet borcundan mirasçılarının sorumluluğudur. Öncelikle kefilin mirasçılarının kefalet borcundan sorumlu olmasının şartları tek tek incelenmiştir. Daha sonra, kefilin mirasçılarının kefalet borcundan sınırlı sorumluluğu ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Buna karşılık, asıl borçlunun ölümünün kefalet sözleşmesine etkisi, çalışmanın kapsamına alınmamıştır⁶.

I. KEFİLİN MİRASÇILARININ KEFALET BORCUNDAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A. Muris ile Alacaklı Arasında Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Bulunması

Kefilin mirasçılarının kefalet borcundan sorumlu olup olmadıklarının tespitinde ilk olarak araştırılması gereken husus, muris ile alacaklı arasında

zum Schweizerischen Obligationenrecht, Hrsg. Jolanta Kren **Kostkiewicz**, Stephan **Wolf**, Marc **Amstutz**, Roland **Fankhauser**, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2023, Art. 492, N. 2; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 492, N. 1; **Schmid/Stöckli**, N. 2295; **Acar Ünal/Ural Çınar**, s. 45; **Akartepe**, s. 23; **Akipek Öcal**, s. 847-848, 854-855; **Aral/Ayrancı**, s. 483; **Ayan**, Kefalet, s. 19; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 817; **Ayrancı**, Hasan: “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 108-109; **Bağcıoğlu**, s. 73; **Barlas**, s. 42; **Eren**, Özel Hükümler, N. 2614; **Gümüş**, II, s. 329; **Kahraman**, Borca Katılma, s. 152; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 119-120; **Özkan Şahin**, s. 1293-1294; **Reisoğlu**, Kefalet Kavramı, s. 333; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 25-26; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 694; **Taşdelen**, s. 731; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1531; **Yıldız Portakal**, Seda: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Katılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 79; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 694.

⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Kartal**, Dilşah Büşra., Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 118-121.

akdedilmiş geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunup bulunmadığıdır. Zira muris ile alacaklı arasında akdedilmiş geçerli bir kefalet sözleşmesi bulunmuyorsa, muris adına kefalet borcu doğmadığından, onun ölümü üzerine mirasçılarının da sorumluluğu gündeme gelmez. O hâlde, mirasçılarının kefalet borcundan sorumluluğunun ilk şartı, murisin kefalet borcunun bulunmasıdır⁷.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, kefilin kefalet ehliyetine sahip olması şarttır. Bu bakımdan tam ehliyetli kişiler, kefalet sözleşmesini bizzat yapabilirler⁸. Türk Medenî Kanunu⁹ (TMK) m. 429, b.9 hükmünde, sınırlı ehliyetlilerin kefil olmaları, yasal danışmanlarının rızasına bağlanmış-

⁷ İstanbul Anadolu 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, genel kredi sözleşmesine istinaden kullanılan kredi nedeniyle mirasçılarının sorumluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin bir uyuşmazlıkta, öncelikle muris ile alacaklı (banka) arasındaki kefalet sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, TBK m. 584/III hükmünün 11.04.2013 tarihinde yürürlüğe girdiğini ve bu sebeple kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte olduğunu belirterek dava konusu olayda kefilin eşinin rızasının gerekli olmadığına hükmetmiştir. Bkz. İstanbul Anadolu 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 15.12.2021, E. 2017/335, K. 2021/954, (Lexpera). Kanaatimizce mahkemenin her şeyden önce kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmadığını değerlendirmesi oldukça yerindedir. Ankara BAM. 21. HD., T. 10.11.2022, E. 2021/2007, K. 2022/1428, “*Dava konusu kefaletin yer aldığı genel kredi sözleşmesinin davalı banka ile dava dışı asıl borçlu arasındaki imza tarihi 17/03/2014 olup, kefalet tarihi de aynı tarihtir. Anılan tarihte yürürlükte bulunan TBK’nun 583. vd. maddesi uyarınca davacının kefaletin geçerli olup olmadığı incelenmelidir. Kefaletin geçerliliğine ilişkin hükümler emredici hüküm niteliğinde olup, yargılamanın her aşamasında şekle ilişkin koşulun yerine getirilip getirilmediği re’sen dikkate alınacaktır*” (Lexpera). Ankara Bölge Adliye Mahkemesi’nin önüne gelen bir olayda banka ile borçlu arasında çeşitli tarihlerde (13.04.2010, 19.08.2010, 20.04.2011, 27.03.2012, 05.04.2012) farklı limitlerde genel kredi sözleşmeleri yapılmış, bu sözleşmelerden ilk üçünde murisin müteselsil kefil sıfatıyla imzası bulunmaktayken; 2012 yılında yapılan iki sözleşmede murisin imzasının yer almadığı tespit edilmiştir. Nitekim dava konusu olayda kefil, 22.12.2012 tarihinde vefat etmiştir. İlk derece mahkemesi, murisin kefil sıfatıyla imzalamadığı sözleşmelere istinaden kullanılan krediler nedeniyle kefilin mirasçılarının sorumlu olmadıklarına hükmetmiştir. İlk derece mahkemesinin bu yöndeki kararı, istinaf mahkemesi tarafından da yerinde görülmüştür. Bkz. Ankara BAM. 21. HD., T. 28.09.2023, E. 2021/924, K. 2023/1267, (Lexpera).

⁸ Pestalozzi, BSK OR I, Art. 492, N. 4; Schmid/Stöckli, N. 2303; Akartepe, s. 35; Ayan, Kefalet, s. 105; Aydoğdu/Kahveci, s. 820; Eren, Özel Hükümler, N. 2640; Gümüş, II, s. 340; Kılıçoğlu, s. 668; Özkan Şahin, s. 1296; Reisoğlu, Kefalet Kavramı, s. 350; Seçer, Öz: “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Kefalet”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 139-140, 2016, s. 99; Taşdelen, s. 732; Yavuz/Acar/Özen, s. 1538; Yıldız Portakal, s. 67; Zevkliler/Gökyayla, s. 702.

⁹ R.G. T. 08.12.2001, S. 24607.

tır¹⁰. Buna karşılık, tam ehliyetlilerin bizzat kefalet sözleşmesi yapması mümkün olmadığı gibi, onlar adına kanunî temsilcilerinin de bu sözleşmeye taraf olması mümkün değildir (TMK m. 14)¹¹. Sınırlı ehliyetliler de yasak işlemler arasında yer alan kefalet sözleşmesini bizzat yapamayacakları gibi; onlar adına kanunî temsilcileri de bu sözleşmeyi yapamaz (TMK m. 449, TMK m. 342/III; Art. 304 Abs. 3 ZGB)¹².

Evli kimseler ise kural olarak ancak diğer eşin yazılı olarak rıza vermesiyle kefil olabilirler (TBK m. 584/I)¹³. Diğer eş, rızasını kefalet sözleşmesi-

¹⁰ Akartepe, s. 38-39; Ayan, Kefalet, s. 107; Aydoğdu/Kahveci, s. 820; Eren, Özel Hükümler, N. 2641; Gümüş, II, s. 341; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 183; Özkan Şahin, s. 1296; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 58; Reisoğlu, Kefalet Kavramı, s. 353-354; Seçer, s. 100; Taşdelen, s. 732; Yavuz/Acar/Özen, s. 1538; Zevkililer/Gökyayla, s. 702. Yargıtay kararına konu olan bir olayda kemoterapi tedavisi gören 77 yaşındaki kanser hastası, kendisinden alınan vekâletnamede bu yönde bir yetki olmamasına rağmen vekil borçlunun çektiği krediler için kefil olarak gösterilmiştir. Yargıtay bu kararında kefilin ayırt etme gücüne ilişkin bir değerlendirme yapmamış, sadece vekâlet sözleşmesinde yetki olmaması nedeniyle ipoteğin geçersiz olduğunun banka tarafından bilinmesi gerektiğini belirtmiştir. Kararda kefilin mirasçılarının kefalet borcundan sorumlu olmadıklarına hükmedilmiş ve buna gerekçe olarak, kredilerin kefilin ölümünden sonra kullanılması gösterilmiştir. Her ne kadar karar metninden olayın detayı tam olarak anlaşılamasa da şayet kefil ayırt etme gücüne sahip değilse ya da vekil borçlunun bu sözleşmeyi akdetme yetkisi bulunmuyorsa, kefalet sözleşmesi geçersizdir. Bu hâlde, kefilin mirasçılarının sorumluluğu bakımından kredinin kefilin ölümünden önce mi yoksa sonra mı kullanıldığı önem taşımamaktadır. Karar için bkz. Yarg. 19. HD., T. 30.03.2015, E. 2014/7071, K. 2015/4468, (Lexpera).

¹¹ Eren, Özel Hükümler, N. 2640; Gümüş, II, s. 340; Kılıçoğlu, s. 662; Özkan Şahin, s. 1296; Seçer, s. 99-100; Zevkililer/Gökyayla, s. 702. Yarg. 19. HD., T. 11.04.2016, E. 2016/817, K. 2016/6214, "... 13.11.2014 tarihli rapora göre icra takibine konu edilen borcun dayandığı kredi sözleşmesinin davalı ... tarafından imzalandığı 14.05.2010 tarihinde davalının akıl rahatsızlığı nedeniyle fiil ehliyetine haiz olmadığı, bu durumda davalının kefil sıfatıyla sözleşmeyi imzalamış bulunmasının davalıyı sorumluluk altına sokmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, ..." (Lexpera). Yargıtay bu kararında muris ile alacaklı arasındaki kefalet sözleşmesinin geçerli olmadığını gerekçe göstererek, mirasçıların kefalet borcundan sorumlu olmadığına hükmetmiştir.

¹² Ernst/Zelger, KUKO OR, Art. 492, N. 1; Guhl/Schnyder, N. 19; Pestalozzi, BSK OR I, Art. 492, N. 5; Schmid/Stöckli, N. 2303; Akartepe, s. 35-38; Ayan, Kefalet, s. 109; Aydoğdu/Kahveci, s. 820; Eren, Özel Hükümler, N. 2640; Gümüş, II, s. 340; Kılıçoğlu, s. 668; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 177-182; Özkan Şahin, s. 1296; Reisoğlu, Bankacılık Uygulaması, s. 29-31; Reisoğlu, Kefalet Kavramı, s. 354-356; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 59-60; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 726-727; Taşdelen, s. 732; Yavuz/Acar/Özen, s. 1538; Zevkililer/Gökyayla, s. 702.

¹³ Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmadığı dönemde evli kişilerin eşlerinin haberi olmadan kefil olmaları ve alacaklının başvurusu üzerine ödeme yapmak zorunda kalmaları, eşler arasında ciddi anlaşmazlıkların çıkmasına sebep olmuştur. Bu durumu göz

nin kurulmasından önce veya en geç kurulması anında açıklmalıdır¹⁴. Kefilin eşinin rızasının hiç alınmaması veya sözleşmenin kurulmasından sonra alınması, kefalet sözleşmesini geçersiz kılar¹⁵. Ayrıca, eşten alınan genel bir rıza beyanı yeterli olmayıp, eşin rızasının ferdileştirilmiş bir borç ilişkisine ilişkin olması gerekmektedir¹⁶. Buna karşılık söz konusu kural, mutlak bir nitelik taşımamakta ve kanunda diğer eşin rızasının gerekli olmadığı durumlara da (TBK m. 584/I, II ve III) yer verilmektedir.

önünde bulunduran kanun koyucu, evli kişilerin kural olarak ancak eşlerinin yazılı rızasıyla kefil olabileceklerini düzenlemiştir (TBK m. 584/I). Böylelikle ailenin korunması ile kefaletin ağır ekonomik sonuçlarının aile huzurunu bozmasına ve hatır kefaletlerine engel olunması amaçlanmıştır. Bkz. **Bucher**, s. 293; **Ernst/Zelger**, KUKO OR, Art. 494, N. 1; **Honsell**, s. 435; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 494, N. 1; **Acar Ünal/Ural Çınar**, s. 54, dn. 38; **Akıpek Öcal**, s. 866-867; **Gümüş**, II, s. 341-342; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 189; **Şeker**, Muzaffer: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Avalde Eşin Rızasının Aranmayacağına Dair Vermiş Olduğu Karar Kapsamında Kefalet ve Avalde Eşin Rızası”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2017, s. 151; **Şeker**, Muzaffer: Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 16-17; **Yıldız Portakal**, s. 67-68; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 708.

¹⁴ Bu nedenle hükümde “rıza” teriminin kullanılması yerinde olmamıştır. Zira rıza, gerek hukuki işlemin yapılmasından önce verilen izni gerek hukuki işlemin yapılmasından sonra yapılan onayı (icazeti) kapsamaktadır. Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra diğer eşin bu sözleşmeye icazet vermesi mümkün olmadığına göre, hükümde “izin” teriminin kullanılması daha yerinde olurdu. Aynı yönde bkz. **Acar Ünal/Ural Çınar**, s. 54, dn. 40; **Kırca**, İsmail, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Kefalet Eşin İzni”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 435, dn. 2.

¹⁵ **Bucher**, s. 291; **Ernst/Zelger**, KUKO OR, Art. 494, N. 6; **Krauskopf/Stuber**, in: OFK OR, Art. 494, N. 5; **Acar Ünal/Ural Çınar**, s. 54-55; **Akartepe**, s. 47; **Akıpek Öcal**, s. 866; **Aral/Ayrancı**, s. 492; **Ayan**, Kefalet, s. 169; **Barlas**, s. 55; **Kılıçoğlu**, s. 673; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 200; **Seçer**, s. 102; **Şeker**, HGK, s. 154; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 709. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi, önünde gelen bir uyuşmazlıkta, kefilin eşi, genel kredi sözleşmesinde eş imzası olarak gözüken imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, bu imzanın kimin el ürünü olduğuna ilişkin ispat külfetinin kefile ya da kefilin mirasçılara değil, alacaklı bankaya ait olduğunu belirtmiştir. Alacaklı banka tarafından kefalet sözleşmesinde eş imzası olarak gözüken imzanın geçekten kefilin eşine ait olduğu ispatlanamamıştır. Sonuç olarak istinaf mahkemesi, kefalet sözleşmesinde eşin imzasının mevcut olduğunun kabul edilemeyeceğine ve bu sebeple kefalet sözleşmesinin şekil koşullarına aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. Ankara BAM. 21. HD., T. 10.11.2022, E. 2021/2007, K. 2022/1428, (Lexpera).

¹⁶ **Ernst/Zelger**, KUKO OR, Art. 494, N. 4; **Vischer**, Markus, “Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft”, in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg. Claire **Huguenin**, Markus **Müller-Chen**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2016, Art. 492, N. 2; **Akıpek Öcal**, s. 866; **Gümüş**, II, s. 347; **Seçer**, s. 102; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1545; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 709.

Öte yandan, TBK m. 583/I hükmüne göre kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olduğu azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Buna ek olarak kefil, müteselsil kefil olunması hâlinde bu sıfatla ya da bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini el yazısıyla belirtmek zorundadır¹⁷. Kefalet sözleşmesiyle sadece kefil borç altına girdiği için, sözleşmede sadece onun imzasının bulunması yeterlidir¹⁸. Buna karşılık, sözleşmede alacaklının adının ve imzasının bulunması şart değildir¹⁹. TBK m. 583/III hükmünde kefalet sözleşmesinden sonra yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin kanunda öngörülen bu nitelikli şekle uyulmadıkça geçerli olmayacağı öngörülmüştür. Buna karşılık, kefilin sorumluluğunu hafifleten değişiklikler için, anılan hükmün birinci fıkrasında öngörülen nitelikli yazılı şekle uyulması zorunlu değildir²⁰. TBK m. 583 hükmünde düzenlenen şekil şartı, geçerlilik şeklidir. Bu nedenle, hükümde yer alan şekil şartına aykırı olan kefalet sözleşmesi, öğretide kabul edilen hâkim görüşe göre kesin hükümsüzdür²¹.

¹⁷ Ankara BAM. 21. HD., T. 30.06.2022, E. 2020/1290, K. 2022/940, “Davalılar vekilinin istinaf itirazı incelendiğinde, yukarıda açıklandığı üzere davacı vekili tarafından dava dilekçesinde takibe konu alacağın banka ile dava dışı ... Grup ... Ltd. Şti. arasında akdedilen genel kredi sözleşmesinden kaynaklandığı açıkça belirtilmiştir. Anılan 10/09/2009 tarihli 250.000,00 TL limitli genel kredi sözleşmesinde davalılar murisi müteselsil kefilidir. Kefalet tarihinde TBK yürürlükte bulunmadığından kefalet tarihi, kefalet miktarı, müteselsil kefil olması halinde müteselsil ibaresini kefilin el yazısı ile yazmasına ilişkin şekil koşulu aranmayacaktır. Kefalet tarihinde yürürlükte bulunan mülga BK’nun 484. vd. maddeleri uyarınca murisin müteselsil kefaleti yasanın aradığı şekil koşullarına uygundur.” (Lexpera); Ankara BAM. 21. HD., T. 09.06.2022, E. 2020/982, K. 2022/787, “...davalılar murisinin 13/11/2009 ve 26/09/2003 tarihli sözleşmelerdeki kefaletinin sözleşme tarihlerinde yürürlükte bulunan mülga BK’nun 484 vd. maddelerinde yer alan şekil koşullarına uygun olduğu dosya içeriğiyle sabittir” (Lexpera).

¹⁸ Bucher, s. 291; Ernst/Zelger, KUKO OR, Art. 492, N. 4; Akipek Öcal, s. 863; Ayan, Kefalet, s. 195; Aydoğdu/Kahveci, s. 822; Barlas, s. 45; Eren, Özel Hükümler, N. 2659; Gümüş, II, s. 361; Özkan Şahin, s. 1297; Reisoğlu, Kefalet Kavramı, s. 379; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 748; Uyumaz, Alper/Demirbaş, Feride: “Kefalet Sözleşmesine İlişkin Şekil Kuralları Açısından Kefilin Sorumluluğunun Sınırı ve Kap-samı”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2014, s. 40.

¹⁹ Akipek Öcal, s. 863; Ayan, Kefalet, s. 195; Aydoğdu/Kahveci, s. 821-822; Barlas, s. 45; Eren, Özel Hükümler, N. 2659; Gümüş, II, s. 326, 359, 361; Seçer, s. 105; Reisoğlu, Kefalet Kavramı, s. 380; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 37; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 748; Uyumaz/Demirbaş, s. 42; Yavuz/Acar/Özen, s. 1549; Zevkliler/Gökyayla, s. 706-707.

²⁰ Akipek Öcal, s. 863; Aral/Ayrancı, s. 492-493; Gümüş, II, s. 359; Zevkliler/Gökyayla, s. 708.

²¹ Looschelders, Dirk: Schuldrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2013, N. 949; Bucher, s. 292; Ernst/Zelger, KUKO OR, Art. 493, N. 11;

Kefalet borcunun bağımlı bir yan (fer'i) borç olmasının²² genel kredi sözleşmesine kefil olunmasıyla ilişkisi, burada değinilmesi gereken bir diğer husustur. Şöyle ki, kefaletin fer'iliği (bağımlılığı) ilkesi gereğince kefilin borcu; doğumu, devamı, ifa mecburiyeti ve kapsamı açısından asıl borca

Honsell, s. 436; **Vischer**, CHK OR, Art. 493, N. 3; **Acar Ünal/Ural Çınar**, s. 49; **Akipek Öcal**, s. 863-864; **Aral/Ayrancı**, s. 492; **Ayan**, Kefalet, s. 184; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 821; **Eren**, Özel Hükümler, N. 2653; **Gümüş**, II, s. 365-368; **Kılıçoğlu**, s. 670; **Özkan Şahin**, s. 1297; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulaması, s. 44; **Reisoğlu**, Kefalet Kavramı, s. 373; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 93; **Seçer**, s. 106; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 740-741; **Taşdelen**, s. 732; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1553; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 703.

²² Bkz. **Emmerich**, § 14, N. 16; **Esser/Weyers**, s. 341, 346-347; **Hirsh**, § 38, N. 1201; **Larenz/Canaris**, s. 3; **Looschelders**, N. 966; **Medicus/Lorenz**, § 50, N. 16; **Prütting**, Jens, “§§ 765 bis 778 BGB”, in: juris Praxiskommentar BGB, Gesamthrg. Maximilian **Herberger**/Michael **Martinek**/Helmut **Rüßmann**/Stephan **Weth**/Markus **Würdinger**, Band 2-Schuldrecht, Bandhrsg. Markus **Junker**/Roland Michael **Beckmann**/Helmut **Rüßmann**, 9. Auflage, juris GmbH, Saarbrücken, 2020, § 765, N. 27; **Koziol**, Helmut/**Welser**, Rudolf/**Zöchling-Jud**, Brigitta: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 14. Auflage, MANZ'sche Verlag, Wien 2015, N. 663; **Ernst/Zelger**, KUKO OR, Art. 492, N. 8; **Guhl/Schnyder**, N. 1; **Honsell**, s. 436-437; **Huguenin**, N. 3555, 3587; **Krauskopf/Stuber**, OFK OR, Art. 492, N. 6; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 492, N. 13; **Schmid/Stöckli**, N. 2282, 2306 ff.; **Vischer**, CHK OR, Art. 494, N. 5; **von Büren**, s. 286; **Acar Ünal/Ural Çınar**, s. 45; **Akartepe**, s. 18; **Akipek Öcal**, s. 848, 857; **Aral/Ayrancı**, s. 480-482; **Ayan**, Kefalet, s. 29, 667; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 815; **Ayrancı**, Cari Hesaba Kefalet, s. 109; **Ayrancı**, Şekil Şartı, s. 97; **Barlas**, s. 44; **Başıyigit**, Özgür: “Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 33, 2005, s. 3318; **Develioğlu**, Hüseyin Murat: (ICC'in URDG 758 Hükümleri ile İlgili Açıklamalarla Beraber) Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 110; **Eren**, Özel Hükümler, N. 2623; **Erlüle**, Fulya: “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1-2, 2003, s. 632, 635-642; **Ertaş**, Şeref: “Garanti, Kefalet, İpotek Sözleşmeleri ve İİK m. 45 Uygulaması”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 187, 2022, s. 124; **Gümüş**, II, s. 322-323; **Kahraman**, Borca Katılma, s. 151; **Kahraman**, Saf Garanti, s. 125; **Kılıçoğlu**, s. 663-664, 674; **Küçük**, Damla: “Kefilin Halefiyet Hakkı Kapsamında Sigorta Alacağını Talep Hakkı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2014, s. 92; **Oğuz**, Cemal: “Türk Borçlar Kanununa Göre Kefaletin Sona Ermesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2022, s. 31; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 88; **Özkan Şahin**, s. 1291; **Reisoğlu**, Kefalet Kavramı, s. 329; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 22; **Seçer**, s. 97; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 695; **Taşatan**, Caner: “Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2021, s. 343; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altıp**, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 322; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1529; **Yıldız Portakal**, s. 65, 72; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 693.

bağlıdır. Diğer bir deyişle, kefalet sözleşmesinin mevcut ve geçerli olabilmesi için, aslî borcun mevcut ve geçerli olması gerekmektedir. Kanun koyucu bu hususu “*Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir*” (TBK m. 582/I-c.1) şeklinde düzenlemiştir. Teminat altına alınan bir borç mevcut değilse, kefalet borcu da doğmamakta; asıl borç herhangi bir sebeple sona ererse, kefalet borcu da sona ermektedir²³. Diğer bir deyişle, kefalet borcu, asıl borcun kaderine tabidir²⁴. Nitekim, TBK m. 589/IV hükmünde asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan veya ceza koşulundan kefilin sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar, kesin olarak hükümsüz sayılmıştır.

Genel kredi sözleşmeleri, bankalar ile kredi kullananlar arasında akdedilmektedir. Özellikle ticarî faaliyet yürüten kişiler, genel kredi sözleşmesi akdederek ihtiyaç duydukları anda sözleşmede kararlaştırılan üst limite kadar hızlı ve kolay bir şekilde kredi elde etmeyi amaçlamaktadırlar. Kredi alan, genel kredi sözleşmesine istinaden bankadan sözleşmede kararlaştırılan limite kadar kredi talep edebilir. Kullanılan kredinin geri ödenmesi hâlinde boşalan limit oranında tekrar kredi kullanılabilen ve kefilin yeni kullanılan bu kredi için de sorumluluğu devam etmektedir. Diğer bir deyişle, bu durumda borcun ifa ile sona ermesi, kefilin kefalet borcundan kurtarmamaktadır. Hatta genel kredi sözleşmesinden doğan tüm borçlar ifa edilmiş olsa bile, kefilin sözleşmeyle bağlılığı devam etmektedir²⁵. Bankalar, genel kredi sözleşmesi akdedilirken kredi alacak olan kişi hakkında detaylı bir araştırma yaptığı için, sonradan talep edilen krediyi daha hızlı bir şekilde tahsis edebilmektedir. Kredi alan kişi ise, genel kredi sözleşmesi sayesinde ihtiyaç duyduğu sermayeyi hızlı bir şekilde elde etme imkânına kavuşmaktadır.

Genel kredi sözleşmesine istinaden alınan krediyi geri ödeme borcuna kanunda öngörülen şartlar dahilinde geçerli bir şekilde kefil olunması müm-

²³ **Bucher**, s. 308; **Esser/Weyers**, s. 346; **Looschelders**, N. 966; **Medicus/Lorenz**, § 50, N. 17-24; **Prütting**, jurisPK BGB, § 765, N. 27, 55; **Koziol/Welser/Zöchling-Jud**, N. 663; **Ernst/Zelger**, KUKO OR, Art. 509, N. 2; **Honsell**, s. 436; **Huguenin**, N. 3587, 3605; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 492, N. 16; **Schmid/Stöckli**, N. 2307-2312, **Acar Ünal/Ural Çınar**, s. 45-46; **Akıpek Öcal**, s. 848-849; **Aral/Ayrancı**, s. 480, 488; **Ayan**, Görevli ve Yetkili Mahkeme, s. 668-669; **Ayan**, Kefalet, s. 29-30; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 815; **Bağcıoğlu**, s. 73; **Barlas**, s. 44; **Develioğlu**, s. 110; **Eren**, Özel Hükümler, N. 2623; **Erlüle**, s. 635-637; **Gümüş**, II, s. 322; **Oğuz**, s. 31-32; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 89-90; **Özkan Şahin**, s. 1292; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 22; **Seçer**, s. 97; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 695-696; **Taşatan**, s. 343; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1529-1530; **Yıldız Portakal**, s. 65; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 693.

²⁴ **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 492, N. 13.

²⁵ **Barlas**, s. 46.

kündür. Ne var ki, genel kredi sözleşmesine istinaden münferit bir kredi kullanılmamışsa, borçlunun geri ödeme borcu henüz doğmamıştır. O hâlde kefil, bu durumda gelecekte doğacak olan bir borca teminat vermiştir. TBK m. 582/I hükmünde gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesinin yapılabileceği öngörülmüştür. Hükümde yer alan “*gelecekte doğacak*” ifadesinden maksat, kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut olmamakla birlikte, ileride kurulacak borç ilişkisinden doğacak borçtur²⁶. O hâlde, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, asıl borcun kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut olması şart olmayıp; kefalet borcunun ifasının talep edildiği (muaccel olduğu) anda mevcut olması da yeterlidir²⁷. Gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için yapılan kefalet sözleşmesi, anılan borcun doğduğu veya geciktirici koşulun gerçekleştiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır²⁸. Ancak bunun için kefaletle teminat altına alınan asıl borç, yeter derecede belirtilmiş olmalıdır. Buna “*belirlilik ilkesi*” adı verilmektedir. Bu ilke uyarınca, ileride doğacak borcun hangi borç ilişkisinden kaynaklanacağı ve ne gibi bir borç olduğu kefalet sözleşmesinden saptanabilmelidir. Diğer bir deyişle, kefaletin bireyselleştirilmesi (ferdileştirilmesi) zorunludur²⁹. Buna karşılık, asıl borç belirli

²⁶ Aral/Ayrancı, s. 488-489; Reisoğlu, Kefalet Kavramı, s. 346; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 720; Tandoğan, Halük: “Kefaletin Geçerlik Şartları”, BATİDER, C. 9, 1977, s. 19-20.

²⁷ Bucher, s. 288; Ernst/Zelger, KUKO OR, Art. 492, N. 11; Pestalozzi, BSK OR I, Art. 492, N. 23; Schmid/Stöckli, N. 2314; Akartepe, s. 30; Akipek Öcal, s. 858; Aral/Ayrancı, s. 488; Ayrancı, Cari Hesaba Kefalet, s. 113; Kılıçoğlu, s. 666; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 154; Özkan Şahin, s. 1291; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 719; Taşatan, s. 348; Yavuz/Acar/Özen, s. 1537-1538; Zevkliler/Gökyayla, s. 699.

²⁸ Hirsh, § 37, N. 1190; Looschelders, N. 966; Medicus/Lorenz, § 50, N. 17; Akartepe, s. 31; Akipek Öcal, s. 858; Aral/Ayrancı, s. 489; Barlas, s. 44; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 154; Reisoğlu, Kefalet Kavramı, s. 346; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 47.

²⁹ Bkz. Hirsh, § 37, N. 1189-1190; Larenz/Canaris, s. 6-8; Ernst/Zelger, KUKO OR, Art. 492, N. 13; Guhl/Schnyder, N. 18; Honsell, s. 437; Huguenin, N. 3589; Krauskopf/Stuber, OFK OR, Art. 492, N. 6; Pestalozzi, BSK OR I, Art. 492, N. 19; Schmid/Stöckli, N. 2308, 2315; Vischer, CHK OR, Art. 492, N. 6; Akartepe, s. 31; Akipek Öcal, s. 859; Akkanat, Halil: Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 288; Ayrancı, Cari Hesaba Kefalet, s. 110; Ayrancı, Şekil Şartı, s. 97; Barlas, s. 45; Eren, Özel Hükümler, N. 2621, 2637; Gümüş, II, s. 326-328, 335; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 233-236; Reisoğlu, Bankacılık Uygulaması, s. 11-15; Reisoğlu, Kefalet Kavramı, s. 339; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 36 vd.; Seçer, s. 97-98; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 752-753; Taşatan, s. 349; Uyumaz/Demirbaş, s. 42-44; Yavuz/Acar/Özen, s. 1545, 1554-1555; Zevkliler/Gökyayla, s. 699-700.

veya belirlenebilir nitelikte değilse, kefalet sözleşmesi hüküm ifade etmez³⁰. Meselâ, bir banka ileride kredi vereceği müşterisinden kendisine bir kefil bulmasını talep eder. Müşteri, kredi borcuna kefil olacak bir arkadaşını bankaya getirir. Banka ile kefil arasında ileride kurulacak kredi sözleşmesi yeter derecede belirtilerek kefalet sözleşmesi imzalanır. Kefalet sözleşmesinin imzalanmasından birkaç gün sonra da kredi sözleşmesi imzalanır. Bu olayda, dikkat edilecek olursa kefalet sözleşmesinin akdedildiği anda henüz kredi sözleşmesi kurulmamıştır, yani hukuken varlık kazanmamıştır. Bu durumda kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda teminat altına alınan herhangi bir asıl borcun mevcut olmadığı gerekçe gösterilerek kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. İleride doğacak olan borç, kefalet sözleşmesinde yeter derecede belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, somut olayda belirlilik kıstası sağlanmıştır. Kefalet sözleşmesinden doğan borcun ifasının talep edildiği anda, zaten kredi sözleşmesi hukuken varlık kazanmış olacaktır. Sonuç olarak, henüz münferit kredi çekilmemiş olsa bile, genel kredi sözleşmesinden doğan borca kefil olunması mümkündür³¹.

Öte yandan, asıl borç ilişkisinin sadece mevcut olması yeterli olmayıp, aynı zamanda geçerli olması da gerekmektedir. Bu nedenle, asıl borcun hukuka, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılık, başlangıçtaki objektif imkânsızlık, muvazaa veya şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olması, kefalet sözleşmesinin de geçersiz olmasına yol açmaktadır³². Asıl borç ilişkisinin yanılma veya aşırı yararlanma gibi bir sebeple iptal edilebilir olması veya asıl borçlunun sınırlı ehliyetsiz olması hâlinde kefalet borcunun geçerliliği, iptal hakkının veya icazet yetkisinin kullanılıp kullanılmamasına

³⁰ Pestalozzi, BSK OR I, Art. 492, N. 21; Gümüş, II, s. 326; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 234; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 37-38; Seçer, s. 98; Zevkliler/Gökyayla, s. 702.

³¹ Bkz. Akipek Öcal, s. 858-859; Akkanat, s. 280; Aral/Ayrancı, s. 489; Ayan, Kefalet, s. 542; Ayrancı, Cari Hesaba Kefalet, s. 117; Barlas, s. 46; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 720. Ancak bunun için kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kredi limitinden bağımsız olarak ayrıca belirtilmiş olması gerekmektedir. Bkz. Gümüş, II, s. 328.

³² Koziol/Welser/Zöchling-Jud, N. 663; Bucher, s. 287; Ernst/Zelger, KUKO OR, Art. 492, N. 11; Honsell, s. 436; Schmid/Stöckli, N. 2307; von Büren, s. 286-287; Akartepe, s. 29; Akipek Öcal, s. 857; Aral/Ayrancı, s. 488; Aydoğdu/Kahveci, s. 819; Develioğlu, s. 110; Gümüş, II, s. 335; Kılıçoğlu, s. 665; Küçük, s. 92-93; Özkan Şahin, s. 1295; Reisoğlu, Bankacılık Uygulaması, s. 15; Reisoğlu, Kefalet Kavramı, s. 345; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 45; Seçer, s. 97; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 721; Taşatan, s. 355; Taşdelen, s. 732; Yavuz/Acar/Özen, s. 1534; Yıldız Portakal, s. 65; Zevkliler/Gökyayla, s. 700.

bağlıdır³³. Asıl borcun geçersiz olması hâlinde kefalet sözleşmesinin de geçersiz olacağı yönündeki kurala, TBK m. 582/II hükmüyle bir istisna getirilmiştir. Buna göre, kişisel güvence veren kişi, asıl borcun ehliyetsizlik³⁴ veya yanılma nedeniyle geçersiz olduğunu bilerek yükümlülük altına girmişse, her ne kadar asıl borç ilişkisi geçersiz olsa da sorumlu tutulmuştur³⁵.

Kefilin mirasçılarının sorumluluğuna gidilebilmesi için, kefalet sözleşmesinin sona ermemiş olması, diğer bir deyişle, varlığını sürdürüyor olması da gerekmektedir. Hangi sebeple olursa olsun, kefalet sözleşmesi sona ermişse, artık hem kefilden hem de kefilin mirasçılarından kefalet sözleşmesine dayanılarak talepte bulunulamaz. Bu bakımdan, kefalet borcunun esas borca bağlı olarak sona ermesi ile kendisine ilişkin bir sebeple sona ermesi arasında herhangi bir farklılık yoktur. Ancak sona erme sebeplerinden kefalet süresinin dolmasına ayrıca değinilmelidir. Kefilin belirli bir süreyle sorumluluk üstlendiği kefalet sözleşmesine, “*sürelî kefalet sözleşmesi*” denilmektedir³⁶. Kefalet süresinin tamamlanmasıyla birlikte, kefilin sorumluluğu kendiliğinden sona erer (TBK m. 600)³⁷. Taraflar kefalet süresini, gerçek

³³ Pestalozzi, BSK OR I, Art. 492, N. 22; Akipek Öcal, s. 860; Aral/Ayrancı, s. 489; Aydoğdu/Kahveci, s. 819; Develioğlu, s. 110; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 721-722; Yavuz/Acar/Özen, s. 1534-1535.

³⁴ Öğretide hükümde geçen ehliyetsizlikten sınırlı ehliyetsizliği anlamak gerektiği, zira tam ehliyetsizlik hâlinde kefil bu durumu bilse bile tam ehliyetsiz aleyhine borç doğmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Eren, Özel Hükümler, N. 2636; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 114; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 722. Hükümün kendisine yasal danışman atanan kişinin akdettiği kefalet sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Seçer, s. 100.

³⁵ Bkz. Schmid/Stöckli, N. 2316; Akipek Öcal, s. 859-861; Aral/Ayrancı, s. 490; Ayan, Kefalet, s. 38; Aydoğdu/Kahveci, s. 819; Eren, Özel Hükümler, N. 2636; Gümüş, II, s. 337-340; Kılıçoğlu, s. 666-667; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 107-118; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 48-52; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 722-723; Yavuz/Acar/Özen, s. 1535; Zevkliler/Gökyayla, s. 700-701.

³⁶ Çınar, Ömer, “Kıracı Lehine Yapılan Kefalet Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nun Sürelî ve Sürelî Olmayan Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2018, s. 147; Gümüş, II, s. 436; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 579-580.

³⁷ Akartepe, s. 143; Akipek Öcal, s. 877; Aral/Ayrancı, s. 518; Ayan, Kefalet, s. 644; Aydoğdu/Kahveci, s. 848; Bağrıaçık, 1176; Başyigit, s. 3332; Erbayraktar, Burcu, “Kefalet Süresinin Belirlenmesinde İrade Özgürlüğünün Sınırları”, BATİDER, C. 32, S. 4, 2016, s. 149-150; Gümüş, II, s. 436; Kılıçoğlu, s. 707; Oğuz, s. 47; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 581; Özen, Burak, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, Makaleler-Tebliğler (2001-2020), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 331; Özkan Şahin, s. 1311; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 297; Yavuz/Acar/Özen, s. 1608; Zevkliler/

kişiler için TBK m. 598/III hükmünde öngörülen on yıllık azami süreyi geçmemek şartıyla serbestçe kararlaştırabilirler. Kefalet süresinin belirli bir şekilde kararlaştırılması mümkündür. Meselâ, kefilin sorumluluğunun kefalet sözleşmesinin akdedilmesinden itibaren üç yıl süreyle ya da belirli bir tarihe kadar devam edeceği kararlaştırılmışsa, kefalet süresi belirlidir³⁸. Bunun yanında, kefalet süresinin objektif olarak belirlenebilir bir şekilde kararlaştırılması yoluna da gidilebilir³⁹. Kefalet sözleşmesinin süreli olup olmadığı, kefalet senedi ve somut olayın koşulları dikkate alınarak tespit edilmelidir⁴⁰. Öğretide⁴¹ kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğun hayatı boyunca devam edeceğinin ya da ölümüyle son bulacağının kararlaştırılması hâlinde, kefalet sözleşmesinin belirli süreli olduğu kabul edilmektedir. Kefalet sözleşmesinde bu yönde bir hükmün mevcut olması hâlinde, kefalet sözleşmesi kefilin ölümüyle birlikte son bulmakta ve kefilin mirasçılarının sorumluluğu gündeme gelmemektedir⁴².

Kefilin ölümü üzerine asıl borçlu ile kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi mümkündür. Bu durumda kefalet borcunun sona erip ermediği, TBK m.

Gökyayla, s. 732. Alman (BGB § 777) ve Avusturya (ABGB § 1363) hukukunda da durum böyledir. Bkz. **Looschelders**, N. 975; **Koziol/Welser/Zöchling-Jud**, N. 679.

³⁸ **Akartepe**, s. 137; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 848; **Bağrıaçık**, 1175; **Çınar**, Kiracı Lehine Kefalet, s. 148; **Çınar**, Ömer: Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 51; **Erbayraktar**, s. 137-138; **Gümüş**, II, s. 437; **Oğuz**, s. 47-48; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 584; **Özen**, Sona Erme, s. 333; **Özkan Şahin**, s. 1310; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 298; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1608.

³⁹ **Acar**, Özlem: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 390; **Bağrıaçık**, 1177; **Çınar**, Kefilin Sorumluluğu, s. 51; **Erbayraktar**, s. 138; **Gümüş**, II, s. 437; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 584; **Özen**, Sona Erme, s. 333; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 298; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 800.

⁴⁰ **Akipek Öcal**, s. 877; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 848; **Gümüş**, II, s. 437; **Oğuz**, s. 47; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 581; **Özkan Şahin**, s. 1310; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1608.

⁴¹ **Acar**, s. 390; **Akartepe**, s. 140; **Çınar**, Kefilin Sorumluluğu, s. 52-53; **Çınar**, Kiracı Lehine Kefalet, s. 150-151; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 333, 584. Ölüm gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olan bir olay olmayıp, ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan, ancak gerçekleşeceği kesin olan bir olaydır. O hâlde ölüm olayının şart olarak kabul edilmesi, mümkün değildir. Bu nedenle, kefilin ölümüne kadar sorumlu olmayı taahhüt ettiği kefalet sözleşmesi, şarta bağlı bir sözleşme olarak değerlendirilmemelidir; süreli bir sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Bkz. **Acar**, s. 390; **Çınar**, Kefilin Sorumluluğu, s. 52, dn. 31. Tüzel kişi kefilin, tüzel kişiliğinin sona ermesine veya tasfiyesine kadar sorumlu olacağının kararlaştırılması hâlinde de süreli kefalet söz konusudur. Ne var ki kefalet sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren on yılın geçmesi, tüzel kişi kefilin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bkz. **Çınar**, Kefilin Sorumluluğu, s. 53.

⁴² **Acar**, s. 390; **Akartepe**, s. 140; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 584.

598/II hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır*”. Asıl borçlu ile kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi hâlinde kefaletin sona erip ermediği, hükmün lafzından tam olarak anlaşılamamaktadır. Ancak alacaklının kefalet sözleşmesinden doğan kefile kefalet ve kefilin borcu için verilen rehin gibi özel yararlarının kefalet sona ermiş olsa bile varlığını sürdüreceği açıktır⁴³.

B. Kefilin Mirasının Açılmış Olması

Kefilin mirasçılarının kefalet borcundan sorumlu olmasının diğer bir şartı, kefilin mirasının açılmış olmasıdır. TMK m. 575/I-c.1 hükmüne göre, “*Miras, mirasbırakanın ölümüyle açılır*”⁴⁴. Kefilin ölümünü ispat yükü,

⁴³ Acar, s. 376-377; Akipek Öcal, s. 853-854; Başıyigit, s. 3326-3327; Çınar, Kefilin Sorumluluğu, s. 21-22; Eren, Özel Hükümler, N. 2745; Kılıçoğlu, s. 705; Oğuz, s. 37; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 286; Taşatan, s. 365; Zevkliler/Gökyayla, s. 729. Bir görüşe göre, kefalet sözleşmesi kefaletten doğan özel yararların mevcut olmaması hâlinde sona ermektedir. Diğer bir deyişle, kefaletten doğan özel imkânlar varsa kefalet sözleşmesi sona ermemekte ve varlığını devam ettirmektedir. Bkz. Akartepe, s. 123-124; Ayan, Kefalet, s. 599-600; Gümüş, II, s. 432; Gümüş, M. Alper: “Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi (BK m. 116)”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2008, s. 28-29.

⁴⁴ Birlikte kefalette kefillerden birinin ölümünün diğer kefillerin sorumluluğunu etkileyip etkilemediği önem arz etmektedir. Kısaca açıklamak gerekirse, bir ve aynı borç için birden çok kişinin kefil olmasına “*toplu kefalet*” denilmektedir. Toplu kefalet, öğretide genellikle “*kısmi kefalet*”, “*(gerçek) birlikte kefalet*”, “*bağımsız (gerçek olmayan birlikte) kefalet*” ve “*kefile kefalet*” olmak üzere dört ayrı gruba ayrılmaktadır. Kısmi kefalette, her bir kefil asıl borcun belirli bir kısmından sorumlu olmaktadır. Burada kefiller arasında herhangi bir ilişki olmadığından, kefillerden birinin ölümü, diğer kefilleri zaten ilgilendirmemektedir. Aynı ve bölünebilir tek bir asıl borç için, birden çok kişinin birlikte kefil olmasına, “*(gerçek) birlikte kefalet*” denilmektedir. (Gerçek) birlikte kefaletin varlığı için, aynı borç için kefil olan kişilerin, kendisinin yanında başka kişilerin de kefil olacağını bilerek ya da en azından böyle varsayarak taahhütte bulunması gerekmektedir. Kefilin başka kişilerin de kefil olacağı varsayımıyla kefalet taahhüdü altına girdiğini alacaklının bilmesine rağmen, bu varsayım sonradan gerçekleşmemişse kefilin borcundan kurtulacağı öngörülmüştür (TBK m. 587/III). Öğretide kefillerden birinin ölümü hâlinde, varsayım sahibi diğer kefillerin TBK m. 587/III hükmüne dayanmalarının mümkün olmadığı, bu ihtimalde diğer kefillerin ölen kefilin mirasçılarıyla birlikte sorumlu olmaya devam edeceği ifade edilmektedir. Bkz. Çınar, Kefilin Sorumluluğu, s. 274, dn. 9; Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 199. Bağımsız (gerçek olmayan birlikte) kefalette ise, birden çok kişi aynı borç için birbirinden habersiz ve bağımsız olarak kefil olmaktadır. Bu tür kefalette, kefillerden her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumludur. Ne var ki aksine anlaşma olmadıkça, borcu ödeyen kefilin diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir (TBK m. 587/IV). Kefilin ölümü hâlinde kefalet borcu, kural olarak mirasçılara intikal eder. O

bunu iddia edene düşmektedir (TMK m. 29/I). O hâlde kefalet borcundan artık kefilin mirasçılarının sorumlu olduğunu iddia eden alacaklı, kefilin ölümünü ispat etmiş olmalıdır. Alacaklı, kefilin ölümünü nüfus kayıtlarıyla ispat edebileceği gibi, ölümün nüfus kayıtlarına işlenmemesi hâlinde her türlü delile de başvurabilir (TMK m. 30/II). Kefil açısından ölüm karinesinin şartlarının oluşması da ölüm gibi sonuç doğurmaktadır (TMK m. 31).

Kefilin gaipliğine karar verilmesi de mirasın açılmasına neden olmaktadır. Ne var ki ölümden farklı olarak gaibin hayatta olması veya üstün hak sahibi bir mirasçının ortaya çıkması muhtemeldir. Bu nedenle, hakkında gaiplik kararı verilmiş kimsenin mirasçılarının veya mirasında hak sahibi olan kişilerin tereke malları kendilerine teslim edilmeden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence göstermeleri zorunlu kılınmıştır (TMK m. 584/I).

C. Kefalet Borcundan Sorumlu Tutulacak Kişinin Mirasçı Sifatını Kazanmış Olması

Bir kişinin mirasçı sıfatını kazanabilmesi için, “hak ehliyetine sahip olması”, “mirasbırakanın ölümü anında hayatta olması” ve “mirasçı sıfatını (mirastan feragat, mirasçılıktan çıkarma, mirası ret veya mirastan yoksunluk gibi bir sebeple) kaybetmemiş olması” gerekmektedir.

Çalışmanın kapsamını gereğinden fazla genişletmemek amacıyla, bu şarta ilişkin detaylı bir açıklama yapılmamıştır. Gerek duyulması hâlinde ilgili konulara ilişkin akademik çalışmalardan istifade edilebilir.

hâlde, rücu ilişkisi de kural olarak bağımsız kefillerden birinin ölümünden etkilenmemektedir. Kefile kefalet hakkında yukarıda açıklama yapıldığından burada ayrıca değerlendirme yapılmamıştır. Bkz. I. A. Yargıtay müteselsil (gerçek) birlikte kefaletin bulunduğu bir olayda kefillerden birinin ölümü hâlinde bu kefilin mirasçılarıyla diğer kefillerin birlikte sorumlu olacaklarını isabetli bir şekilde belirtmiş; ancak müteselsil kefilin diğer kefile rücu bakımından (gerçek) birlikte kefalette rücuya ilişkin TBK m. 587/II-c.4 hükmünü değil, bağımsız (gerçek olmayan birlikte) kefalette rücuya ilişkin TBK m. 587/IV-c.2’yi uygulamıştır. Diğer bir deyişle, Yargıtay bu kararında diğer kefillerin nitelikli varsayımının muris kefil bakımından söz konusu olduğunu, birlikte kefil olma sıfatının ölen kefilin mirasçılara intikal etmediğini ve bu nedenle onların bağımsız (gerçek olmayan birlikte) kefil olabileceklerini düşünmüştür. Bu karar için bkz. Yarg. 11. HD., T. 11.10.2016, E. 2016/9958, K. 2016/8014 (Lexpera). Ne var ki bu karar öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Zira kararda geçen görüş, miras hukukundaki külli halefiyet ilkesine aykırı olduğu gibi, kefilin mirasçılarını kefinden daha ağır bir duruma soktuğu için hakkaniyete de aykırıdır. Netice olarak ölen kefilin mirasçıları da birlikte kefil olarak değerlendirilmeli ve murislerinin savunmalarından onlar da faydalanabilmelidir. Bkz. Çınar, Kefilin Sorumluluğu, s. 186, dn. 80.

D. Kefilin Mirasının Mirasçıları Tarafından Kazanılmış Olması

1. Genel Olarak

Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü üzerine mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar (TMK m. 599/I). Kanunî ve atanmış mirasçıların mirası kazanması hakkında geçerli olan bu ilkeye, “*külli halefiyet ilkesi*” denilmektedir. Buna göre mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanmakta ve tereke borçlarından da şahsî olarak sorumlu olmaktadır (TMK m. 599/II).

Kanun koyucu, TMK m. 599/II hükmünde külli halefiyet ilkesinin bazı istisnalarını da düzenlemektedir. Gerçekten bazı hak ve borçlar mirasbırakanın ölümüyle birlikte son bulmaktadır. Meselâ, mirasbırakanın sağlığında ileri sürmediği manevî tazminat talebi, mirasbırakan lehine tesis edilen intifa hakkı ve mirasbırakanın yerine getirmekle yükümlü olduğu şahsî edimler, mirasçılara intikal etmez. Kefalet borcunun mirasçılara intikal edip etmediği hususunda, alacaklı için kefilin kişisel özelliklerinin (bedenî ve fikrî gücünün, yeteneklerinin, almış olduğu eğitimin vb.) birinci derece önem taşıyıp taşımadığı, diğer bir deyişle kefilin borcunun şahsî edim mi yoksa maddî edim mi olduğu önem taşımaktadır. Zira şahsî edimler, borçlunun ölmesi hâlinde mirasçılarına intikal etmemekte iken; maddî edimler, borçlu öldüğünde mirasçılarına intikal etmektedir. Kefalet borcu, para borcu⁴⁵ olması hasebiyle maddî edim niteliğindedir. Gerçekten TBK m. 583’te “*Kefalet sözleşmesi, ... kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ... belirtilmedikçe geçerli olmaz*” denilerek, kefalet borcunun para borcu olduğuna işaret edilmiştir. Bu açıdan kefil olunan borcun bir kredi borcu veya bir cari hesap borcu olması da önem taşımaz. Zira kefalet borcunun belirli bir borç olması genel kuraldır⁴⁶. Bu nedenle, diğer maddî edimler gibi kefalet borcu da kefilin ölümüyle birlikte sona ermemekte ve mirasçılara intikal etmektedir⁴⁷. Diğer

⁴⁵ Akipek Öcal, s. 855-856; Eren, Özel Hükümler, N. 2619; Gümüş, II, s. 324; Kahraman, Saf Garanti, s. 125; Kılıçoğlu, s. 664.

⁴⁶ Eren, Özel Hükümler, N. 2621; Gümüş, II, s. 328; Zevkliler/Gökyayla, s. 706-707.

⁴⁷ Bkz. Ernst/Zelger, KUKO OR, Art. 509, N. 7; Guhl/Schnyder, N. 69; Krauskopf/Stuber, in: OFK OR, Art. 509, N. 1; Pestalozzi, BSK OR I, Art. 509, N. 9; Schäfer, Karl-Josef: Bankkontokorrent und Bürgschaft, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1971, s. 175; Acar, s. 378; Ayan, Kefalet, s. 759-760; Bağrıaçık, s. 1174; Eren, Özel Hükümler, N. 2751; Gümüş, II, s. 433; Haznedar, İbrahim Murat/Gürses, Özay Şule: Bankacılar İçin Kefalet Sözleşmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 93; İmre/Erman, s. 394; Kartal, s. 121; Oğuz, s. 40; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 64, 577; Reisoğlu, Bankacılık Uygulaması, s. 167; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 798; Yavuz/Acar/Özen, s. 1615; Zevkliler/Gökyayla, s. 733. Yarg. 19. HD., T. 13.12.1994, E. 1994/367, K.

bir deyişle, kefilin ölümü hâlinde ne kefalet sözleşmesi ne de asıl borç ilişkisi sona erer⁴⁸. Kefalet sözleşmesi, kefalet borcunun mirasçılara geçişinden kural olarak etkilenmez⁴⁹. Mesela, vadesi gelmemiş bir kefalet borcu, kefilin ölümü sebebiyle muaccel hâle gelmez⁵⁰. Benzer şekilde kefilin ölümü, asıl borç ilişkisini de kural olarak etkilemez⁵¹.

1994/12458, "... Miras reddedilmediğine ve mirasçılar tarafından M.K. 'nın 570. maddesi uyarınca, mirasın tutulan defter uyarınca kabul edildiği iddianın ispatlanmadığına göre, mirasçılar ölenin kefalet sebebiyle, borcundan mutlak surette sorumludur. ..." (Legalbank); Yarg. 11. HD., T. 13.02.2006, E. 2006/312, K. 2006/1299, (Lexpera); Yarg. 11. HD., T. 04.07.2023, E. 2022/1004, K. 2023/4119, "...kefilin ölümünün onun kefalet borcunu ortadan kaldırmayacağı, külli halefiyet prensipleri çerçevesinde murisin tüm hak ve alacaklarının mirasçılara intikal edeceği, somut olayda, ...'ın, kredi sözleşmesini sağlığında müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatı ile imzaladığı, ölümünden sonra davacı mirasçıların murisleri kefilin öldüğünü bankaya bildirmediği gibi mirası da reddetmedikleri, çerçeve anlaşması niteliğindeki genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan kefalet borcundan dolayı mirasçı davacıların sorumlu olduğu gerekçesiyle..." (Lexpera); Gaziantep BAM. 11. HD., T. 12.11.2020, E. 2018/1809, K. 2020/1065, "Külli halefiyet prensibi gereğince kefalet borcunun murisin ölüm tarihi itibarıyla mirasçılara intikal edeceği tartışmasızdır" (Lexpera). Bu kapsamda, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. HD'nin bir kararında "kefalet ise ölümle son bulur" ifadesine yer verilmesi, isabetli olmamıştır. Her ne kadar mahkeme bu cümlesini, "Başka bir anlatımla kefilin ölüm tarihinden sonra kullandırılan kredilerden ve yapılan kredi harcamalarından sorumlu olduğu ileri sürülemeyecektir" şeklinde şerh etse de kanaatimizce kefalet borcu ölümle son bulmaz ve her hâlükârda mirasçılara intikal eder. Zira murisin terekesinde kefalet borcu varsa mirasçılara intikal eder; yoksa intikal etmez. Mahkeme bu cümle yerine, "kefilin ölümünden sonra kullandırılan krediler bakımından kefilin mirasçılarının kefalet borcu bulunmamaktadır" şeklinde bir ifade kullanabilirdi. Bkz. Ankara BAM. 21. HD., T. 28.09.2023, E. 2021/924, K. 2023/1267, (Lexpera); aynı yönde bkz. Ankara BAM. 21. HD., T. 30.06.2022, E. 2020/1290, K. 2022/940, (Lexpera); Ankara BAM. 21. HD., T. 09.06.2022, E. 2020/982, K. 2022/787, (Lexpera). Kefalet borcu Roma hukukunda da kefilin ölümü hâlinde mirasçılara intikal etmekteydi. Bkz. Savaş, Abdurrahman: "Roma Hukukunda Kefalet Sözleşmesinin Gelişimi ve Türk Borçlar Hukukuna Etkisi", Prof. Dr. Türkân Rado'nun Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 663. Roma hukukunda ve ortak hukukta kefilin sorumluluğunun ölümle birlikte sona erdiği ve kefalet borcunun kefilin mirasçılara intikal etmediği ifade edilmektedir. Bunun sebebi, o dönemde kefilin malvarlığıyla değil, kişivarlığıyla sorumlu tutulmasıydı. Bkz. Ayan, Kefalet, s. 760, dn. 2209.

⁴⁸ Ayan, Kefalet, s. 759; Baççioğlu, s. 80; Gümüş, II, s. 433; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 577; Zevkliler/Gökyayla, s. 733. Modern hukuktaki kefalet sözleşmesi, kaynağını Roma hukukunda şekillen "fideiussio"dan almaktadır. Fideiussio'da da kefilin ölümü hâlinde kefalet borcu mirasçılara intikal etmekteydi. Bkz. Savaş, s. 662-663.

⁴⁹ Kefilin ölümü, alacaklı ve kefil sıfatının aynı kişide birleşmesine yol açabilir. Bu durumda alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide birleşmiş olacağından TBK m. 135 hükmü uyarınca kefalet borcu sona erecektir. Bkz. Acar, s. 376.

⁵⁰ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 64.

⁵¹ Kefilin ölümünün asıl borç ilişkisini etkilememesi, kuraldır. Ne var ki asıl borç ilişkisinde belirli bir kişinin bu sözleşmeden doğan borca kefil olması, şart koşulmuş olabilir. Bu

Kefalet borcunun mirasçılara intikal etmesinin bir sonucu olarak, kefile ait olan savunma sebepleri kefilin mirasçıları tarafından da kullanılabilir. Ancak kefilin mirasçıları, bunlara ek olarak terekenin resmî defterinin tutulmasını talep ederek sorumluluklarını sınırlama imkânına da sahiptirler (TMK m. 630)⁵².

2. Genel Kredi Sözleşmelerinde Durum

a. Genel Olarak

Asıl borcun mevcut ve geçerli olması durumunda, kefalet borcunun mirasçılara intikali bakımından pek problemle karşılaşılmaz. Buna karşılık, genel kredi sözleşmesinden⁵³ doğan kefalet borcunun mirasçılara intikali,

ihhtimalde henüz kefalet sözleşmesi kurulmadan kefil olması kararlaştırılan kişinin ölmesi, şartın gerçekleşmesinin imkânsızlaşması sonucunu doğurmaktadır. Şartın imkânsızlaşmasının asıl sözleşmeye etkisi, şartın geciktirici veya bozucu nitelikte olmasına göre farklılaşmaktadır. Nitekim geciktirici şarta bağlı hukukî işlem hiç yapılmamış sayılmaktadır; bozucu şarta bağlı hukukî işlem, şartsız olarak yapılmış sayılmaktadır. Bkz. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 1179; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 996; **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 511. Öğretide, kredi sözleşmesinin ileride belirli bir kişinin kefil olması şartına bağlı olarak yapılması ve kefilin henüz kefalet sözleşmesi imzalanmadan ölmesi hâlinde, kredi sözleşmesinin imkânsızlık nedeniyle sona ereceği de belirtilmektedir. Bkz. **Yılmaz**, Abdulhamit: Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 286, dn. 904. Kanaatimizce bu sonuç mutlak değildir. Zira kefilin ölümü, asıl borç ilişkisindeki edimin de imkânsızlaştığı anlamına gelmemektedir. Yazar, kefilin ölümü hâlinde sanki asıl borç ilişkisindeki edim imkânsızlaşmış gibi, TBK m. 136 hükmü uyarınca asıl borç ilişkisinin sona erdiğini ifade etmektedir. Ancak asıl borç ilişkisinde belirli bir kişinin kefil olması şart kılınmışsa, kefilin henüz kefalet sözleşmesi kurulmadan ölümü şartın türüne göre asıl borç ilişkisini farklı şekilde etkilemektedir. Söz gelimi, kredi sözleşmesinde belirli bir kişinin kefil olması geciktirici şart olarak kararlaştırılmışsa, şartın sonradan imkânsızlaşması kredi sözleşmesini ortadan kaldırır. Ancak bu durum, TBK m. 136'nın bir sonucu olmayıp, şartın özelliğinden ve hukukî işleme etkisinden kaynaklanmaktadır.

⁵² Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında açıklanmıştır. Bkz. II, B, 1.

⁵³ Genel kredi sözleşmesinin çerçeve sözleşme niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, genel kredi sözleşmesi, çerçeve sözleşme değildir. Zira genel kredi sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte, taraflar bağlanmış olmaktadır. Bu sözleşme uyarınca kredi veren, müşteri ister kullanmış olsun ister olmasın belirli bir miktardaki likiditeyi müşterisinin emrine hazır bulundurmayı taahhüt etmektedir. Bu yükümlülüğü karşılığında kredi veren, "hazır bulundurma komisyonu"na hak kazanmaktadır. Müşteri genel kredi sözleşmesi bağlamında kredi kullanmak isterse, bunun için bankaya tek taraflı talimatını iletmesi yeterli olmakta ve banka bu talimat üzerine müşterisine krediyi sağlamaktadır. Diğer bir deyişle, genel kredi sözleşmesinde ileride münferit kredi sözleşmele-

bazı uyuşmazlıklara sebebiyet verebilmektedir. Gerçekten uygulamada kefilin mirasçılarının, kefilin ölümü tarihinde mevcut olan borçlardan mı yoksa genel kredi sözleşmesi devam ettiği sürece ortaya çıkan borçlardan mı sorumlu olduğu hususunda pek çok uyuşmazlık çıkmaktadır. Uyuşmazlıkların ortaya çıkış sebebini, bir örnekle açıklamak konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. Meselâ, yeni yatırımlar yaparak kendisine ait olan (B) Limited Şirketi'ni büyütmek isteyen (K), sermaye elde etmek amacıyla kredi çekmeye karar verir. Bu amaçla, (A) Bankası ile görüşen (K) ihtiyaç duyduğu anda hızlı bir şekilde kredi alabilmek amacıyla 5 yıl süreli 10 milyon TL limitli bir genel kredi sözleşmesi akdetmeyi mantıklı bulur. Genel kredi sözleşmesi, (A) Bankası ile (B) Limited Şirketi arasında akdedilir ve (K) ise bu sözleşmeyi müteselsil kefil sıfatıyla imza eder⁵⁴. Bu genel kredi sözleşmesine istinaden (K) hayatta iken (B) Limited Şirketi 10 milyon TL kredi kullanır. Bu andan itibaren olay, iki alternatif üzerinden devam ettirilmelidir. İlk alternatifte, (B) Limited Şirketi 10 milyon TL kredinin tamamını geri öder ve henüz 5 yıl dolmadığından aynı genel kredi sözleşmesine istinaden bu kez 5 milyon TL tutarında ikinci bir kredi kullanır. Bu ihtimalde (B) Limited Şirketi'nin kullandığı bu yeni krediden (5 milyon TL) kefil (K)'nin sorumlu olup olmadığı akla gelmektedir. Genel kredi sözleşmelerinde kredinin tamamının veya bir kısmının ödenmiş olması, kefilin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Diğer bir deyişle, hesap sıfırlanmış olsa bile, genel kredi sözleşmesinden doğan hukukî ilişki devam ettiği sürece kefil, sözleşmede belirtilen limitle sınırlı olmak üzere sorumludur⁵⁵. Dolayısıyla, uygulamada sıklıkla kredi limitinin sıfırlanmasından sonra bankaya gönderilen *“bundan sonra kredi kullandırmayınız, aksi hâlde benim herhangi bir sorumluluğum olmayacaktır”* şeklindeki bildirimlerin herhangi bir hukukî değeri bulunmamak-

ri akdedilmesine gerek yoktur. Bkz. **Akkanat**, s. 278. Diğer bir görüşe göre, genel kredi sözleşmesi çerçeve sözleşme niteliğindedir. Bkz. **Akyol**, Şener: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, I. Fasikül, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, s. 64; **Ayan**, Kefalet, s. 541-542; **Barlas**, s. 46; **Başıyigit**, s. 3319; **Gümüş**, II, s. 328; **Haznedar/Gürses**, s. 95; **Tekinalp**, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 479, N. 39-09.

⁵⁴ Bankacılık uygulamasında kefil ile banka arasında ayrı bir sözleşme imzalanmamakta; kefile asıl kredi borçlusunun imzaladığı genel kredi sözleşmesi imza ettirilmektedir. Bkz. **Akkanat**, s. 275. Bununla birlikte, kefillerin imzalamadıkları genel kredi sözleşmesine istinaden kullanılan kredilerden sorumluluğu bulunmamaktadır. Bkz. **Akkanat**, s. 283.

⁵⁵ Bkz. **Bucher**, s. 288; **Honsell**, s. 437; **Vischer**, CHK OR, Art. 509, N. 3; **Akkanat**, s. 281-282; **Ayan**, Kefalet, s. 543-544; **Barlas**, s. 46; **Başıyigit**, s. 3319; **Gümüş**, II, s. 327; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 38.

tadır. Ancak Yargıtay kefil veya mirasçılar tarafından yapılan bu bildirimden sonra bankanın kredi kullandırmasını hakkın kötüye kullanılması saymış ve bu bildirimden sonra kullandırılan krediler açısından kefile gidilemeyeceğine hükmetmiştir⁵⁶. Ne var ki Yargıtay'ın salt kredinin böyle bir bildirimden sonra kullandırılmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmesi, öğretide eleştirilmektedir. Öğretiye göre TMK m. 2'nin uygulama alanı bulması, sadece müşterinin ödeme gücünün zayıflaması sebebiyle krediyi ödeyemeyecek duruma gelmesine karşın, bankanın nasıl olsa kefileden tahsil ederim düşüncesiyle kredi kullandırmaya devam etmesi gibi istisnai durumlarda mümkündür. Ayrıca böyle bir yaklaşım, kefile kanunda ve sözleşmede dayanağı olmayan bir dönme hakkının tanınması, anlamına gelmektedir⁵⁷. Nitekim Yargıtay'ın sorumsuzluk bildirimden sonra kullandırılan krediler açısından kefile gidilemeyeceğine ilişkin yukarıda anılan kararı, karar düzeltme yoluyla tekrar Yargıtay'ın önüne gelmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu ilk kararı kaldırmıştır⁵⁸.

İkinci alternatifte, (B) Limited Şirketinin kullandığı ilk kredinin (10 milyon TL) ödemeleri devam ederken (K) ölür ve geride (K)'nın eşi (E) ve oğlu (O) kalır. (E) ise bir müddet sonra şirketteki payını diğer mirasçı (O)'ya devreder. Payın devrinden sonra (B) Limited şirketi aynı genel kredi sözleşmesine istinaden 1 milyon TL daha kredi kullanır. Ancak her iki kredinin de taksitleri (B) Limited Şirketi tarafından ödenmemeye başlayınca, (A) Bankası hesabı kat ederek (B) Limited Şirketine ve (K)'nin yasal mirasçıları olan (E) ve (O)'ya ihtarname gönderir. Borcun (B) Limited şirketi tarafından ihtara rağmen ödenmemesi üzerine (A) Bankası, (E) ve (O)'ya karşı icra takibi başlatır. (E) ise şirket hisselerini oğlu (O)'ya devrettiğini, 500.000 TL'lik kredinin taksitlerinin tamamının ödendiğini, 1 milyon TL'lik kredinin ise eşinin (kefil olan murisin) ölümünden sonra kullanıldığını, bu tarihte kendisinin şirkette hissesinin bulunmadığını, eşinin ölümünden sonra çekilen kredi nedeniyle murisin ölümü tarihinde kefalet borcunun bulunmadığını ve külli halefiyet ilkesi uyarınca ölüm tarihinde mevcut olmayan bir borcun kendisine intikal etmeyeceğini ileri sürmektedir. Buna karşılık, (A) Bankası her ne kadar 1 milyon TL'lik kredi muris kefilin ölümünden sonra kullandırılmış olsa da murisin müteselsil kefil sıfatıyla imza ettiği kefalet sözleşme-

⁵⁶ Bkz. Yarg. HGK, T. 12.06.2002, E. 2002/19-426, K. 2002/513, (LegalBank).

⁵⁷ Bkz. **Ayan**, Kefalet, s. 662-663; **Barlas**, s. 46-47; **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 292; aksi yönde bkz. **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulaması, s. 168.

⁵⁸ Bkz. Yarg. HGK, T. 23.10.2002, E. 2002/19-886, K. 2002/845, (Türk Hukuk Sitesi, Erişim Tarihi: 23.11.2024).

sinin onun ölümüyle sona ermediğini, bu sözleşmeye istinaden tüm nakdi ve gayrinakdi kredilerden kefilin mirasçılarının sorumlu olduğunu, krediyi kullanan şirkette (E)'nin hissesinin bulunup bulunmamasının kefalet borcuyla ilgisinin olmadığını, kefilin ölümünün ve bundan sonra kullandırılan kredilerden sorumlu olunmayacağını kefilin mirasçıları tarafından bankaya bildirilmediğini, bankanın kefilin ölümünden haberdar olmadığını ileri sürmektedir. Bu olayda, kefilin ölümünden önce kullanılan 500.000 TL'lik krediden kefilin her iki mirasçısının da kefil sıfatıyla sorumlu olduğu aşikârdır⁵⁹. Tartışmalı olan husus, kefilin ölümünden sonra kullanılan krediden kefilin mirasçılarının kefil sıfatıyla sorumlu olup olmadıklarıdır.

b. Kefilin Mirasçılarının Kefilin Ölümü Tarihinde Mevcut Olan Borçtan Sorumlu Tutulması Görüşü

Bir görüşe göre⁶⁰, TMK m. 599 hükmüne göre, mirasçılar mirasın açılmasıyla birlikte terekeye bir bütün olarak kendiliğinden sahip olmaktadır. Kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında mirasbırakanın zilyetlikleri, aynî hakları, alacak hakları, ekonomik değeri bulunan diğer hakları mirasçılara intikal etmekte ve mirasçılar tereke borçlarından şahsen sorumlu olmaktadır (TMK m. 599/II). Hükümden de anlaşılacağı üzere, mirasçıların mirası kazandıkları an, mirasbırakanın ölümü anıdır. O hâlde mirasbırakanın ölümü tarihinde mevcut olmayan bir borcu teminat altına alan kefalet borcu, mirasbırakanın ölümü tarihinde henüz varlık kazanamamıştır. Dolayısıyla, mirasçılar sonradan doğan bu borçtan şahsen sorumlu olmamalıdır. Buna karşılık, mirasbırakanın ölümü anında asıl borç mevcut ve geçerli ise kefalet borcu da doğmuş bulunmaktadır. Mirasbırakanın malvarlığının pasifinde doğan ve ölümü üzerine terekesinde yer alan kefalet borcu, kefilin ölümüyle mirasçılara intikal eder. Ne var ki sonradan doğan asıl borcu teminat altına alan kefalet borcunun doğrudan mirasçılarının malvarlığında doğması mümkün değildir. Zira bu durum, külli halefiyet ve kendiliğinden intikal ilkeleriyle bağdaşmaz. Külli halefiyet prensibi uyarınca borcun öncelikle mirasbırakanın malvarlığında varlık kazanması ve onun ölümüyle birlikte külli halef olan mirasçılara intikal etmesi gerekmektedir. Ne var ki asıl borcun doğumu anında mirasbırakan hayatta değilse, artık mirasbırakanın kişiliğinden ve malvarlığından bahsedilemeyeceği için, kefalet borcunun külli halefiyet ilkesi uyarınca mirasçılara intikal ettiğinden söz edilemez.

⁵⁹ Ayan, Kefalet, s. 761.

⁶⁰ Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 228-229.

Kefilin mirasçılarının kefilin ölümünden sonra kullandırılan kredilerden sorumlu olmamak için, bankaya kefilin ölümünü ve bu tarihten itibaren kullandırılacak olan kredilerden sorumluluklarının bulunmadığını bildirmelerinin gerekli olduğu da ileri sürülmüştür⁶¹. Yargıtay'ın bazı kararlarında da bu görüş dikkate alınarak, kefilin mirasçılarının sorumlu olmamak için alacaklıya bildirim yapıp yapmadığı araştırılmıştır⁶². Ne var ki yukarıda açıklandığı üzere⁶³, bu sorumsuzluk bildiriminin tek başına kefilin mirasçılarının sorumluluğunu ortadan kaldırması teorik açıdan eleştiriye açıktır.

Yargıtay, 1994 yılında verdiği ve sonraki tarihli kararlarında da atıfta bulunduğu bir kararında⁶⁴ TMK m. 599/II hükmü uyarınca kefalet borcunun mirasbırakan kefilin ölümü tarihi itibarıyla mirasçılara intikal ettiğini gerekçe göstererek, kefilin mirasçıların ancak kefilin ölümü tarihindeki borcundan sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Zira Yargıtay'a göre, aksi yönde bir kabul, miras hukukuna hâkim olan külli halefiyet ve kendiliğinden iktisap ilkeleriyle

⁶¹ **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 228-229.

⁶² Yarg. 19. HD., T. 19.05.2003, E. 2003/1826, K. 2003/4991, (**Ayan**, Kefalet, s. 761).

⁶³ Bkz. I, D, 2, a.

⁶⁴ Yarg. 19. HD., T. 13.12.1994, E. 1994/367, K. 1994/12458, "*Bir kısım davalıların murisi Mustafa S. Aydın, 1.08.1988 tarihli kredi sözleşmesinin kefil olup, takibe itirazda bu kefilin 16.01.1988 tarihinde vefat ettiği bildirilmiştir. ... Kefalet borcu da anılan yasa hükmüne göre, kefilin ölüm tarihi itibarıyla, mirasçılara ihtikal edeceğinden, mirasçılar kefilin ölüm tarihindeki borcundan sorumlu olurlar. Aksi durumun kabulü, yani mirasçıların hesabın katedildiği tarihe kadarki borçtan sorumlu tutulması, miras hukukundaki külli halefiyet ve kendiliğinden iktisap prensibi ile kefaletin kişisel teminat olma prensibine de aykırı bulunmaktadır. Bu durumda mahkemece, kefilin ölüm tarihindeki banka alacağının saptanması yönünden, önceki bilirkişi kurulundan ek rapor alınarak, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekmektedir.*" (Legalbank); Ankara BAM. 21. HD., T. 30.06.2022, E. 2020/1290, K. 2022/940, "*Anılan rapor ekinde yer alan hesap hareketlerinden dava dışı asıl borçlunun kullandığı kredinin artı para kredisi olduğu görülmüştür. Hesap hareketlerinde ölüm tarihinden sonra, 06/01/2017 tarihinden itibaren hesap dökümü görülmektedir. Buna göre 06/01/2017 tarihinde artı para kredi borcu 14.944,07 TL'dir. Anılan tarihten itibaren hesap hareketlerinin sonu olan 21/12/2017 tarihine kadar asıl borçlu şirketin hesabına 14.944,07 TL artı para kredi borcunu aşacak şekilde para yatırıldığı anlaşıldığından muris olan kefilin artı para kredi borcu sıfırlanmıştır. Bu tarih aralığında yeniden artı para kredisi kullanılması nedeniyle asıl borçlunun hesap bakiyesi (-) bakiyede ise de, murisin ölüm tarihinden sonra asıl borçlu tarafından kullanılan artı para kredisinden sorumlu tutulamayacaktır.*" (Lexpera); aynı yönde bkz. Yarg. 19. HD., T. 1.4.2014, E. 2014/2185, K. 2014/6210, (Lexpera); Antalya BAM. 11. HD., T. 12.02.2024, E. 2021/762, K. 2024/276, (Lexpera); İstanbul Anadolu 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 15.12.2021, E. 2017/335, K. 2021/954, (Lexpera); Gaziantep BAM. 11. HD., T. 12.11.2020, E. 2018/1809, K. 2020/1065, (Lexpera). Yargıtay'ın 1994/367 E. ve 1994/12458 K. sayılı, 13.12.1994 tarihli kararının hatalı olduğu yönünde bkz. **Ayan**, Kefalet, s. 761-762, dn. 2212.

le ve kefaletin kişisel teminatın bir türü olmasıyla bağdaşmamaktadır. O hâlde mahkemece bilirkişi atanarak kefilin ölümü tarihindeki alacağın saptanması ve buna göre karar verilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle kefilin mirasçıları, kefilin ölümü günündeki mevcut borç ve fer'ilerinden sorumlu tutulmalıdır⁶⁵. Kefilin ölümü tarihi itibarıyla mevcut olmayan bir borcun halefiyet yoluyla mirasçılara intikal etmesi mümkün değildir⁶⁶. Nitekim Yargıtay bir kararında⁶⁷ kefilin mirasçılarının kefilin ölümünden sonra doğan borçlardan sorumlu olmadığını belirtmiştir.

Genel kredi sözleşmesinden doğan borca kefil olan kişi, bu sözleşmeye istinaden borçluya kredi kullandırılmasından sonra da ölebilir. Bu ihtimalde kefilin ölümü tarihinde kefalet borcu doğmuş olduğundan, kefilin ölümüyle birlikte bu borç da mirasçılara intikal etmektedir. Ne var ki bu noktada kefilin mirasçılarının sorumluluğu bakımından akla sadece münferit kredinin kefil hayatında iken çekilmiş olmasının yeterli olup olmadığı, kefalet sözleşmesi kefil hayatta iken imzalanmış olsa bile, mirasçıların kefilin ölümünden sonra muaccel olacak olan taksit, faiz vb. ödemelerden sorumlu olup olmadıkları ve kredinin ödenmemesi üzerine banka tarafından hesabın kesildiği tarihin göz önünde tutulup tutulamayacağı gibi sorular gelmektedir.

⁶⁵ Bkz. Yarg. 19. HD., T. 13.12.1994, E. 2003/5817, K. 1994/12458, (Legalbank).

⁶⁶ Yarg. 19. HD., T. 01.03.2018, E. 2016/16000, K. 2018/1069, (Lexpera); İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 06.07.2023, E. 2022/238, K. 2023/510, “dosyasındaki mirasçılık belgesine göre ...’ın mirasçılarıdır. ... asıl borçlu şirkete müteselsil kefil olmuş ise de 19/10/2018 tarihinde vefat etmiş olması nedeniyle bu tarihte kefalet sözleşmesi sona ermiş olup, bu tarihten önceki borçlardan sorumludur. Bu nedenle mirasçıları da mirası reddetmedikleri takdirde vefattan önceki borçlardan murislerinin kefaleti kapsamında sorumludur. Vefat tarihinden sonraki borçlardan muris ve mirasçıları sorumlu değildir. Dava konusu icra takibindeki borçlar ... ve ... numaralı doğrudan tahsilat sistemi adı altında kullanılan kredili mevduat hesaplarından kaynaklanmaktadır. Dosyada mevcut banka ve asıl borçlu şirket yetkilisince imza altına alınan yetki belgesine göre de 13/05/2019 ve 19/06/2019 tarihlerinden sonra oluşmuştur. Bu tarihlerde vefat tarihinde sonra olduğundan mirasçı davalıların takip konusu borçlardan sorumlu olmadıkları kanaati ile davacının davalılar ...Ve ... hakkındaki davalarının reddine karar verilmiştir” (Lexpera).

⁶⁷ Yarg. 11. HD., T. 26.04.2023, E. 2021/5606, K. 2023/2469, (Lexpera); aynı yönde bkz. Ankara BAM. 21. HD., T. 09.06.2022, E. 2020/982, K. 2022/787, “Hal böyle olunca, mahkemece yargılama aşamasında alınan ikinci bilirkişi kök ve ek raporu ile davalılar murisi olan kefilin vefat ettiği tarihte davacı bankanın dava dışı asıl borçludan herhangi bir alacağı bulunmadığı, kefil olan murisin vefat tarihinden sonra doğacak borçlardan herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı, davalıların icra takibine itirazlarının haklı olduğu gözetilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik görülmemiştir” (Lexpera).

Yargıtay'ın bir kararında⁶⁸, banka ile borçlu arasında genel kredi sözleşmesi imzalanmış, davalıların murisi 12.09.2007 tarihli sözleşmeyle genel kredi sözleşmesinden doğan borca kefil olmuş, kefil yaklaşık bir ay sonra 13.10.2007 tarihinde ölmüş, ne var ki banka 23.01.2009 tarihinde kesilen hesabı kefilin mirasçılarından talep etmiştir. Yerel Mahkeme, kefilin ölüm tarihinde borçlunun kredi ödemelerine devam ettiğini, bu nedenle de bankanın muristen bir alacağının bulunmadığını gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. Bu hükmün temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, hesabın banka tarafından mirasbırakanın ölümünden sonra kesilmesinin tek başına murisin kefalet borcunun bulunmadığı anlamına gelmeyeceğini, mahkemece kefilin ölüm tarihi itibarıyla borcunun bulunup bulunmadığı tespit edildikten sonra ortaya çıkan sonuca göre bir karar verilmesi gerektiği belirterek, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bu karardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay yerinde olarak banka tarafından hesabın kesildiği tarihi, temel ölçüt olarak dikkate almamıştır. Her ne kadar hesap kefilin ölümünden sonra kesilmiş olsa bile, mahkeme, kefilin ölümü tarihinde kefalet borcunun bulunup bulunmadığını araştırmalıdır.

Yargıtay'ın bir başka kararında⁶⁹ münferit kredinin kefilin ölümünden önce mi yoksa sonra mı kullanıldığı temel alınmıştır. Kararda “... *borcun kefilin ölümünden sonra imzalanan ve kullanılan kredilerden kaynaklandığı, ölümünden önce imzalanan sözleşmeler dönemindeki borçların kapatıldığı ...*” şeklinde bir ifade kullanılarak, kredi sözleşmesinin kefilin ölümünden önce mi yoksa sonra mı imzalandığı temel alınmıştır. Benzer şekilde Yargıtay kararına konu olan bir başka olayda⁷⁰, banka ile borçlu arasında 09.03.2005 tarihinde imzalanan genel kredi sözleşmesine istinaden borçluya kredi kullanılmış, kredinin geri ödenmemesi üzerine hesap kat edilerek borçluya ihtarname gönderilmiş, borçlunun bu borcu ödememesi üzerine kefilin mirasçıları aleyhine icra takibi başlatılmıştır. Yargıtay, kefilin 13.12.2006 tarihinde öldüğünü ve takibe konu kredilerin ise kefilin ölümünden sonra kullanıldığının tespit edildiğini belirterek, kefilin mirasçıları aleyhine takip yapılamayacağına hükmetmiştir.

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda⁷¹ kefilin ölümünden (04.09.2011) önce (26.11.2010 tarihinde) akdedilen genel

⁶⁸ Yarg. 19. HD., T. 09.12.2015, E. 2015/5386, K. 2015/16506, (Legalbank); aynı yönde bkz. Gaziantep BAM. 11. HD., T. 12.11.2020, E. 2018/1809, K. 2020/1065, (Lexpera).

⁶⁹ Yarg. 11. HD., T. 06.10.2022, E. 2021/4821, K. 2022/6737, (Lexpera).

⁷⁰ Yarg. 19. HD., T. 01.04.2014, E. 2014/2185, K. 2014/6210, (Lexpera); aynı yönde bkz. Antalya BAM. 11. HD., T. 12.02.2024, E. 2021/762, K. 2024/276, (Lexpera).

⁷¹ Antalya BAM. 11. HD., T. 02.03.2020, E. 2019/1183, K. 2020/334, (Lexpera).

kredi sözleşmesine istinaden kullandırılan kredinin ilk taksiti kefilin ölümünden sonra muaccel hale gelecek olmasına rağmen, kefilin mirasçıları murisin banka lehine verdiği ipoteği kaldırmak amacıyla henüz muaccel hâle gelmemiş olan⁷² kredi borcunu ödemişler ve borçluya rücu etmişlerdir. Davalı borçlu ise kefilin mirasçılarının kefil sıfatları olmamasına rağmen, henüz muaccel hâle gelmeyen krediyi ödediklerini ve bu nedenle davacıların yaptıkları ödemeyi kendisinden talep edemeyeceklerini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi, ilk taksitin 26.03.2012 tarihinde yani kefilin ölümünden sonra muaccel hâle geldiğini, kefilin mirasçılarının bu borçtan sorumlu olmadığını, bu sebeple ancak kendilerini borçlu sanarak bu ödemeyi gerçekleştirdiklerini ispat ederlerse ödedikleri tutarı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceklerini belirtmiş ve dosya kapsamından davacıların (kefilin mirasçıları) kendilerini borçlu sanarak ödeme yaptıkları anlaşılmadığından, açılan itirazın iptali davasını reddetmiştir. Ne var ki Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, kefalet borcunun kefilin ölümü tarihiyle mirasçılara intikal ettiğini, somut olayda mirasçının kefilin ölümünden önce kullanılan kredinin taksitlerini ödediğini, dosya kapsamına atıf yapılan Yargıtay kararının kefilin ölümünden sonra kullandırılan kredilere ilişkin olduğunu, her ne kadar kefil sırf ipoteği kaldırmak amacıyla banka alacağını ödemiş olsa da borçluya rücu edebileceğine karar vermiştir. Diğer bir deyişle, kefil genel kredi sözleşmesi kapsamında borçluya kredi kullandırılmasından sonra ölmüşse kefilin mirasçıları müaccel borçlulardan da sorumludurlar⁷³.

⁷² Nitekim kefilin ölümü, kefalet borcunun muaccel hâle gelmesine sebep olmamaktadır. Bkz. **Abt/Blattner**, CHK ZGB, Art. 591, N. 6. Meselâ, banka ile yakın arkadaşı (B) arasındaki kredi sözleşmesine (K) kefil olmuş ve bu kredi sözleşmesi çerçevesinde (B)'ye 100.000 TL'lik kredi 10 taksitle tahsis edilmiştir. Ne var ki (B) 6'ncı taksiti ödedikten sonra (K) ölmüştür. Bu durum henüz ödenmemiş olan 4 taksiti muaccel hâle getirmeyeceği gibi, alacaklının doğrudan kefile başvurmasını da gerektirmez. Diğer bir deyişle, alacaklı henüz vadesi gelmeyen dört taksit ödenmemiş gibi, kefilin mirasçılarına başvuramaz. Bununla birlikte, kefalet borcu kefilin mirasçılarına geçmektedir. Bkz. **Ayan**, Kefalet, s. 760.

⁷³ Bkz. Yarg. 19. HD., T. 15.02.2012, E. 2011/8789, K. 2012/2125, (Lexpera); Yarg. 19. HD., T. 01.11.2017, E. 2016/13393, K. 2017/7515, (Lexpera). Ne var ki Yargıtay bu kararında, mirasçıların kefilin ölümünden sonra kullandırılan krediden sorumlu olmamalarına "kefalet iradesinin vefat ile son bulduğu"nu gerekçe göstermiştir. Kanaatimizce bu gerekçe yerinde değildir. Zira kefilin mirasçılarının söz konusu borçtan sorumlu tutulmalarının gerekçesi, kefilin iradesinin son bulması değil, kefalet borcunun mirasbırakanın ölümü anında malvarlığında, yani terekesinde yer almamasıdır. Şayet mirasbırakanın iradesi onun ölümüyle sona erseydi, mirasbırakanın tarafı olduğu kira sözleşmesinden doğan alacak hakkının da mirasçılara intikal etmemesi gerekirdi. Ne var ki sözleşme ilişkisinin doğumu bakımından mirasbırakanın hayatta iken tek seferlik irade açıklaması (öneri veya kabul şeklinde) yeterli olup, sözleşmenin kurulması ve hüküm ve

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi'nin bu kararı, kefilin kefil olduğu genel kredi sözleşmesine istinaden onun ölümünden önce kullandırılan kredi borcunun gerek muaccel gerek müeccel taksitlerinden kefilin mirasçılarının sorumlu oldukları sonucu çıkmaktadır. Mahkemenin bu yaklaşımı Yargıtay kararları ile de uyumludur. Zira Yargıtay, yukarıda verilen kararlarda görüldüğü üzere, kefilin mirasçılarının kefilin ölümü anında mevcut olan borçlardan sorumlu olduğuna karar vermektedir. Genel kredi sözleşmesine istinaden kullanılan münferit krediden doğan geri ödeme borcu, kredinin kullanıldığı anda doğmakta; ancak her bir taksit vadesi geldiğinde muaccel olmaktadır. Diğer bir deyişle, kefilin ölümü tarihinde her ne kadar vadeleri gelmemiş olsa da kredi taksitleri, hukuken varlık kazanmış durumdadırlar.

Banka ile akdedilen genel kredi sözleşmesine istinaden borçluya teminat mektubu verilebilmektedir. Banka teminat mektubunun borçluya verilmesinden sonra kefil vefat etmiş olabilir. Bu durumda kefilin mirasçılarının banka teminat mektubu bedelinin deposu ile komisyon alacağından sorumlu olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir. Uyuşmazlık bir Yargıtay kararına konu olmuş olup⁷⁴, kararda teminat mektubunun hesabın kesildiği tarihte henüz iade edilmemiş olduğu, teminat mektubu bedelinin kefiliden talep edilebilmesi için, sözleşmede kefiller yönünden ayrıca hüküm bulunması gerektiği⁷⁵; buna karşılık, kefilin ölüm tarihine kadar doğmuş bulunan komisyon bedeli alacaklarının alacaklı banka tarafından talep edilebileceği ve uzman bilirkişi vasıtasıyla bankanın alacağının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Diğer taraftan, banka ile borçlu arasında imzalanan sözleşme uyarınca borçluya çek verilmesi ve borçlu tarafından üçüncü kişilere verilen çeklerin nakde dönüşmesi de mümkündür. Bu durumda banka ile borçlu arasındaki sözleşmeye kefil olan kişinin mirasçıları bakımından da mirasbı-

sonuçlarını doğurması bakımından, iradenin sürekli olarak açıklanması gerekmez. Genel kredi sözleşmesine ilişkin kefalet sözleşmesi akdedilirken, kefilin açıkladığı irade beyanı, bu sözleşme ilişkisinin kurulması bakımından yeterlidir. Sonradan bu genel kredi sözleşmesine istinaden çekilen münferit krediden doğan borçtan kefilin sorumlu tutulabilmesi için, yeniden bir irade açıklanmasına gerek yoktur.

⁷⁴ Yarg. 19. HD., T. 05.04.2016, E. 2015/16676, K. 2016/5885, (Legalbank). Aynı yönde bkz. Yarg. 19. HD., T. 01.03.2018, E. 2016/16000, K. 2018/1069, (Lexpera).

⁷⁵ Gaziantep BAM. 11. HD., T. 12.11.2020, E. 2018/1809, K. 2020/1065, "Gayrinakdi alacağın depo edilmesi talebinde bulunulabilmesi için taraflar arasındaki sözleşmede bu konuda açık bir hüküm bulunması gerekmektedir. (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2014/442 Esas, 2014/2643 Karar sayılı kararı) Aynı şekilde kefiliden gayrinakdi alacağın depo edilmesi talebinde bulunulabilmesi için de taraflar arasında düzenlenen sözleşmede kefilin sorumluluğuna dair açık hüküm bulunması gerekir." (Lexpera).

rakanın ölüm anında kefalet borcunun mevcut olup olmadığı dikkate alınmaktadır⁷⁶.

Genel kredi sözleşmesinin belirli süreli olması hâlinde, bu sürenin sonuna kadar kullandırılan kredilerden kefilin mirasçılarının sorumlu olup olmadıkları önem arz etmektedir. Yargıtay'ın bir kararında⁷⁷ 10.10.2012 tarihinde yapılan on yıl süreli genel kredi sözleşmesinin 10.10.2022 tarihine kadar devam edeceği belirtilmiş, ne var ki kefilin 31.12.2013 tarihinde ölmesi ve murisin ölümünden sonra kullandırılan kredilerin ödenmemesi nedeniyle kefilin mirasçılarının sorumluluklarının bulunmadığına hükmedilmiştir.

c. Kefilin Mirasçılarının Genel Kredi Sözleşmesi Devam Ettiği Sürece Ortaya Çıkan Borçtan Sorumlu Tutulması Görüşü

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁷⁸, genel kredi sözleşmesine kefil olan kişinin mirasçılarının kefilin ölümünden sonra kullandırılan kredilerden sorumlu olmamasının hiçbir yasal dayanağı bulunmamaktadır. Zira genel kredi sözleşmesine istinaden yapılan her kredi tahsisinde, yeni bir sözleşme imzalanmasına gerek bulunmamaktadır. Bankanın imzalanan genel kredi sözleşmesine istinaden bu sözleşmede kararlaştırılan limite kadar farklı tarihlerde kredi kullandırması mümkündür. Kanun koyucu kefilin ölümünü, kefalet sözleşmesini ve genel kredi sözleşmesini sona erdiren bir sebep olarak düzenlememiştir. Bu nedenle, kefalet borcunun kefilin ölümü üzerine sona ermediği ve mirası reddetmemiş olan mirasçılara kanun gereği intikal ettiği sonucuna ulaşılmalıdır. Bu açıdan kredinin kefilin ölümünden sonra kullandırılmış olması da önem arz etmemektedir. Zira TBK m. 582/I hükmüne göre, gelecekte doğacak borç için, bu borç doğduğunda hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulması mümkündür. Genel kredi sözleşmesine kefil olan kişi, bu sözleşmeye istinaden doğacak bütün borçlara, yani belli bir borca değil de bir borç ilişkisine kefil olmaktadır. Diğer bir deyişle, genel kredi sözleşmesi taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğurmaktadır. TBK m. 599 hükmü uyarınca gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya malî durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil, alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak borç doğmadığı süre-

⁷⁶ Yarg. 11. HD., T. 06.10.2022, E. 2021/4821, K. 2022/6737, (Lexpera); Ankara BAM. 21. HD., T. 28.09.2023, E. 2021/924, K. 2023/1267, (Lexpera).

⁷⁷ Yarg. 11. HD., T. 26.04.2023, E. 2021/5605, K. 2023/2469, (Lexpera).

⁷⁸ Bkz. Ayan, Kefalet, s. 760-762; Gümüş, II, s. 433; Haznedar/Gürses, s. 95.

ce her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir⁷⁹. Şayet kefil veya kefilin mirasçıları⁸⁰ tarafından alacaklıya karşı kefaletten dönmeye ilişkin yazılı bir bildirimde bulunulmamışsa, mirasçıların kefilin ölümünden sonra da kefalet nedeniyle sorumlulukları devam etmektedir. Bu kabul, külli halefiyet ilkesiyle de çelişmemektedir. Zira mirasçılar kefilin ölümüyle birlikte artık külli halef olarak onun taraf olduğu borç ilişkisinin tarafı hâline gelmiş olmaktadır. Kefilin mirasçılarının kefalet borcundan sorumluluğu açısından, bankanın krediyi kefilin öldüğünü bir şekilde öğrendikten sonra kullandırmış olması da önem taşımamaktadır⁸¹.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 43. Hukuk Dairesi'nin bir kararına⁸² konu olan olayda 25.01.2010 tarihinde banka ile bir limited şirket genel kredi sözleşmesi imzalamış, banka bu genel kredi sözleşmesine istinaden limited şirketin bir anonim şirkete olan borcu için 2014 tanzim tarihli iki adet banka teminat mektubunu nakde çevirerek ödemiş, ancak kat edilen hesabın ödenmemesi üzerine genel kredi sözleşmesine kefil olan ve 06.04.2013 tarihinde vefat eden kefilin mirasçılarına karşı icra takibi başlatılmıştır. İstinaf mahkemesi, icra takibi nedeniyle borçlu olmadıklarının tespitini isteyen kefilin mirasçılarının açtıkları menfi tespit davasının reddini yerinde görmüştür. Benzer bir olay⁸³, Yargıtay'ın da önüne gelmiştir. Dava konusu olayda yerel mahkeme, kefilin ölümü tarihinden (05.09.1992) sonra düzenlenen teminat mektuplarının depo edilmesine ilişkin keşide edilen ihtarnamenin sonuçsuz kalması üzerine, kefilin mirasçılarından teminat mektubu bedellerinin faiz getirmeyen bir hesapta depo etmelerinin istenemeyeceğine karar vermiştir. Ne var ki Yargıtay, her ne kadar teminat mektupları kefilin ölümünden sonra düzenlenmiş olsa da genel kredi sözleşmesine kefalet borcunun kefilin ölümü üzerine onun mirasçılarına intikal ettiğine karar vermiştir.

⁷⁹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Acar Ünal/Ural Çınar**, s. 71-74; **Akipek Öcal**, s. 859, 880; **Aral/Ayrancı**, s. 519; **Ayan**, Kefalet, s. 661-680; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 850; **Çelik**, Yiğit: "Kredi Açma Sözleşmesine İlişkin Kefaletten Dönme ve Dönmenin Hukuki Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 1, 2022, s. 105-128; **Eren**, Özel Hükümler, N. 2752-2765; **Gümüş**, II, s. 449-454; **Kılıçoğlu**, s. 706-707; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 610-619; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 720; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1613-1614; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 730-731.

⁸⁰ TBK m. 599 hükmünde düzenlenen kefaletten dönme kurumuna kefilin mirasçılarının da başvurabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, s. 295.

⁸¹ **Haznedar/Gürses**, s. 95.

⁸² İstanbul BAM. 43. HD., T. 25.11.2021, E. 2020/545, K. 2021/1432, (Lexpera).

⁸³ Yarg. 11. HD., T. 13.02.2006, E. 2006/312, K. 2006/1299, (Lexpera); aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD., T. 04.07.2023, E. 2022/1004, K. 2023/4119, (Lexpera).

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin 21. Hukuk Dairesi'nin bir kararı-na konu olan uyuşmazlıkta⁸⁴ ise, ilk derece mahkemesi banka ile borçlu arasında imzalanan genel kredi sözleşmesine istinaden kullanılan kredi borcunun tamamen tahsil edildiğini, kat riskinin devam etmediğini, bu nedenle de kefilin mirasçısının menfi tespit talebine ilişkin davasının konusuz kaldığını gerekçe göstererek davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Ne var ki Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi, "*Kredi borcunun ödenerek borcun sıfırlanmış olması genel kredi sözleşmesindeki kefalet nedeniyle 10 yıllık kefalet süresince sorumluluğu devam edecek olan davacı muris kefilin sorumluluğunu sona erdirmeyecektir. Bu durumda mahkemenin, kredi borcunun yargılama aşamasında ödenmediğinden davanın konusuz kaldığı gerekçesi isabetli değildir*" gerekçesiyle kefilin on yıl boyunca kat riski altında olduğunu belirtmiştir.

d. Görüşümüz

Kanaatimizce genel kredi sözleşmesine kefil olan kişinin mirasçıları, murislerinin ölümünden sonra borçluya kullanılan kredilerden sorumlu olmalıdırlar. Zira kefil, münferit bir borca değil de belirli bir borç ilişkisine kefil olmuştur. Bu sonucun külli halefiyet ilkesiyle çeliştiği de ileri sürülemez. Nitekim kefil, bu borç ilişkisine ölümü anında taraftır ve onun ölümüyle birlikte taraf sıfatı mirasçılara intikal etmektedir.

Kefilin ölümünden sonra doğacak borçlardan mirasçıların sorumlu tutulması teorik olarak isabetli olsa da, kanaatimizce kefilin mirasçıları, onun ölümünden sonra kullanılan kredilerden hiçbir sınırlama olmaksızın sorumlu tutulmamalıdır. Kanun koyucu kefilin mirasçılarına aşağıda açıklandığı üzere⁸⁵ mirasın resmî defterinin tutulmasını veya resmî tasfiye yapılmasını talep etme imkânı tanımıştır. Bunun yanında, kefilin mirasçılarının TBK m. 599 hükmüne istinaden kefaletten dönmesi de mümkündür. Ancak kefilin mirasçılarına yürürlükteki hukukta tanınan bu imkânlar yeterli değildir. Şöyle ki, resmî tasfiyede terekedeki malların değerinin altında paraya çevrilmesi ihtimal dahilindedir. TMK m. 630 hükmü de tüm durumlarda uygulama alanı bulmamakta ve kefilin mirasçılarının sorumluluklarını tamamıyla ortadan kaldırmamaktadır. Zira kefilin mirası kayıtsız şartsız veya tutulan resmî deftere göre kabul eden mirasçıları, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi hâlinde alacaklılara düşecek orandan hem tereke mallarıyla hem de şahsî mallarıyla sorumlu tutulmuştur. TBK m. 599 hükmü uyarınca kefaletten

⁸⁴ Ankara BAM. 21. HD., T. 10.11.2022, E. 2021/2007, K. 2022/1428, (Lexpera).

⁸⁵ Bkz. Aşağıda II.

dönebilmek içinse, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulması veya bunun kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması gerekmektedir.

Kefilin ölümü hâlinde ona ait olan kefalet borcunun sona ermediği ve mirasçılara intikal ettiği, Alman hukukunda da kabul edilmektedir. Hatta cari hesap ilişkilerinde borç gelecekte, yani kefilin ölümünden sonra doğsa bile, kefilin mirasçılarının bundan sorumlu olduğu ifade edilmektedir. Bu ihtimalde BGB § 1975 ve devamı hükümlerine göre kefilin mirasçılarının sorumluluğunun sınırlanması da mümkündür⁸⁶. Ayrıca kefilin mirasçılarının kefalet sözleşmesini feshedebilecekleri bir sebep mevcutsa, fesih gerçekleşmemiş olsa bile, kefilin mirasçılarının bu borçtan sorumlu olmadığı kabul edilmektedir⁸⁷.

Kefilin ölümü hâlinde mirasçılarının sorumluluğu meselesi, bazı ülkelerde kanunî düzenlemeye kavuşturulmuştur. Söz gelimi, Avusturya Medenî Kanunu'nun 1367'nci maddesinde ise, alacaklı tarafından kefilin ölümünden itibaren üç yıl içinde kefilin mirasçılarının muaccel borçları için bir bildirimde bulunulmazsa, kefilin borcu için rehin verilmemiş olması kaydıyla, kefaletin sona ereceği düzenlenmiştir. Şayet kefilin borcu, ölümünden daha sonra muaccel olacaksa, üç yıllık süre muacceliyetten itibaren başlamaktadır⁸⁸. Görüldüğü üzere, Avusturya hukukunda kefilin ölümünden sonra muaccel olan borçlar için üç yıl içinde kefilin mirasçılarının bildirimde bulunmak, bir külfet olarak düzenlenmiştir. Şayet alacaklı bu külfeti yerine getirirse, kefalet sözleşmesinin sona ermesine engel olur. O hâlde bu düzenleme gereğince kefilin mirasçılarının kefilin ölümünden sonra muaccel olacak olan borçlardan da kural olarak sorumlu olduğu sonucu çıkmaktadır.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hukukunda da kefalet sözleşmesinin hem tek bir edim hem de sürekli borç ilişkisi için yapılabileceği belirtilmektedir. Sürekli borç ilişkisi için yapılan kefalet sözleşmesine, "sürekli kefillik" denilmektedir. Sürekli kefilliğin varlığı hâlinde, önceden yazılı olarak bildirimde bulunmak suretiyle kefile gelecek borçlar bakımından kefalet sözleşmesini iptal etme hakkı tanınmıştır. Sürekli kefalet ilişkisinde kefilin ölümü, ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, kefilin ölümünden sonra muaccel olacak olan borçlar bakımından sürekli kefalet uygulanmamaktadır. Diğer bir deyişle, kefilin ölümü tarihindeki müaccel borçlar (ileriki işlemler) bakımından,

⁸⁶ Bkz. Schäfer, s. 175.

⁸⁷ Bkz. Ayan, Kefalet, s. 762, dn. 2213.

⁸⁸ Bkz. Koziol/Welser/Zöchling-Jud, N. 679; Ayan, Kefalet, s. 759, dn. 2208.

kefillik iptal edilmiş gibi sonuç doğurmaktadır. Ancak kefalet sözleşmesinde bu ilkenin aksine bir anlaşma yapılmasına da izin verilmiştir. Diğer bir deyişle, kefilin mirasçılarının kefilin ölümünden sonraki işlemler bakımından sorumlu olduğu da kararlaştırılabilir⁸⁹.

Kanaatimizce Türk hukukunda da kefilin ölümü mevzuatta özel olarak düzenlenmelidir. Bu açıdan, kefilin ölümünün müeccel borçlar bakımından kefalet sözleşmesini kendiliğinden sona erdirdiği yönünde bir düzenleme yapılmamalıdır. Zira bu yöndeki bir düzenleme, alacaklının menfaatlerinin göz ardı edilmesi ve kefilin mirasçılarının gereğinden fazla korunması, anlamına gelmektedir. Kanun koyucunun Avusturya Medenî Kanunu'ndaki düzenlemeyi esas alması önerilebilir. Buna göre, olması gereken hukuk bakımından, alacaklının belirli bir süre içinde kefilin mirasçılarına bildirim yapmaması hâlinde, kefaletin sona ereceği öngörülebilir. Benzer şekilde kefilin borcu için rehin verilmesi ihtimalinde, temel kurala istisna getirilebilir. Hatta yapılacak kanunî düzenlemede, kefilin mirasçılarına özel bir dönme hakkı da tanınabilir. Böylece kefilin mirasçıları, kefilin ölümünden sonra alacaklıya karşı genel kredi sözleşmesine istinaden kredi kullandırmaması, aksi hâlde bu krediden sorumluluğunun olmadığı yönünde bir bildirimde bulunarak, kefaletten dönebilirler.

II. KEFİLİN MİRASÇILARININ KEFALET BORCUNDAN SINIRLI SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Türk miras hukukunda mirasçılar sadece mirasbırakanın mal ve haklarına sahip olmamaktalar, aynı zamanda borçlarından da sorumlu olmaktadır. TMK m. 599/I hükmü uyarınca, mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kanun gereğince kazanmaktadır. Hükümde geçen “mirası” kelimesiyle kastedilen, tereke-dir. Tereke ise, mirasbırakanın mirasçılara intikale elverişli olan, malvarlığının aktif ve pasif değerlerinden oluşan bir bütündür⁹⁰.

TMK m. 641/I hükmünde mirasçıların tereke borçlarından müteselsilen sorumlu oldukları öngörülmüştür. Mirasçılar tereke borçlarından sadece kendilerine miras yoluyla intikal eden malvarlığı değerleriyle sınırlı olarak değil, aynı zamanda kendi kişisel malvarlıklarıyla da sınırsız olarak sorumlu

⁸⁹ **Külahçı**, Şölen: KKTC Özel Hukuku, Cilt 3, Sözleşmeler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 104.

⁹⁰ Bkz. **Ayan**, Miras, s. 33-35; **Dural/Öz**, N. 55-71; **Eren/Yücer Aktürk**, N. 76-78; **İmre/Erman**, s. 10; **Öztan**, s. 16-18; **Serozan/Engin**, § 1, N. 148;

tutulmuşlardır (TMK m. 599/II)⁹¹. Kanun koyucunun bu hükmü düzenlemesinin arka planında, mirasbırakanın alacaklılarının korunması fikri bulunmaktadır⁹². Buna göre kefilin mirasçıları da kural olarak kefalet borcunun tamamından bütün malvarlıklarıyla şahsen sorumludurlar.

Mirasçıların tereke borçlarından (böylece kefalet borcundan) kendi kişisel malvarlıklarıyla sınırsız olarak sorumlu tutulmaları, oldukça ağırdır. Bu nedenle kanun koyucu mirasçıların bu ağır sorumluluklarını bir nebze hafifletmek amacıyla, onlara bazı imkânlar tanımıştır. Nitekim mirasçıların tereke borçlarından sorumlulukları, bazı hâllerde tamamıyla ortadan kaldırılmış ve bazı hâllerde de sınırlandırılmıştır. Gerçekten kefilin mirasçısının tek taraflı bir irade açıklamasında bulunarak (gerçek ret) külli halefiyet ilkesini etkisiz bırakması mümkündür. Bazı hâllerde de kefilin mirasçısı herhangi bir irade açıklamasında bulunmuş olmasa bile, kanun koyucu tarafından mirası reddetmiş sayılmaktadır (hükmi ret). Hangi türü olursa olsun mirasın reddi, kanun hükmü gereğince murisin ölümü anında kendiliğinden gerçekleşen kazanmayı, geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaktadır⁹³. Bunun yanında

⁹¹ **Ayan**, Miras, s. 46; **Ayanoğlu Morali**, Ahu: “Mirasın Açılmasından Önce Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğunda Geçerli Temel İlkeler ve Bu Sorumluluğun Sınırlandığı Haller”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 11, S. 145-146, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, 2016, s. 563-566; **Dural/Öz**, N. 84; **Eren/Yücer Aktürk**, N. 68; **İmre/Erman**, s. 454-455; **Maraşlı Dinç**, Yasemin: Miras Hukukunda Külli Halefiyet İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 27-28, 107; **Öztan**, s. 446; **Serozan/Engin**, § 1, N. 83 vd.; **Turan Başara**, Gamze: “Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğu Bağlamında Mirasbırakanın Kefalet Borcundan Sınırlı Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 3, 2022, s. 1100, 1102, 1104-1106.

⁹² **Ayalp**, Ridade Tuba: Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 125.

⁹³ **Breitschmid**, Peter/**Eggel**, Martin/**Eitel**, Paul/**Fankhauser**, Roland/**Geiser**, Thomas/**Jungo**, Alexandra: Erbrecht, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2023, 5. Kapitel: Erbgang, N. 66; **Druey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2002, § 15, N. 42; **Göksu**, Tarkan: “Art. 457-466, 560-579, 598-601, 634-640 ZGB”, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg. Ruth **Arnet**/Peter **Breitschmid**/Alexandra **Jungo**, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2023, Art. 566, N. 1; **Müller**, Franz/**Stamm**, Johannes, “Art. 551-579 ZGB”, in: Orell Füssli Kommentar, ZGB-Kommentar, Hrsg. Jolanta Kren **Kostkiewicz**/Stephan **Wolf**/Marc **Amstutz**/Roland **Fankhauser**, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2021, Art. 566, N. 1; **Schwander**, Ivo: “Art. 566-579 ZGB”, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1- 61 SchlIT ZGB, Hrsg. Thomas **Geiser**/Stephan **Wolf**, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2019, Art. 566, N. 1; **Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Marmara Hukuk Yorumu, Cilt: III, Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, N. 1855-1856; **Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 323, 331-332; **Aybay**, Aydın: Miras Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Maltepe Üniversitesi

mirasın resmî tasfiyesinin yapılması hâlinde de mirasçılarının mirasbırakanın borçlarından kişisel sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık, mirası reddetmeye hakkı olan her mirasçının terekenin resmî defterinin tutulmasını talep etmesi de mümkündür. Mirasın tutulan resmî deftere göre kabul edilmesi, mirasçılarının tereke borçlarından şahsen sorumluluklarını duruma göre tamamen veya kısmen ortadan kaldırmaktadır.

B. Kefilin Mirasçılarının Kefalet Borcundan Sınırlı Sorumluluğunun Bulunduğu Hâller

1. Mirasın Tutulan Resmî Deftere Göre Kabulü

a. Genel Olarak

Kefilin mirası reddetmeye hakkı olan her mirasçısı, mirası ret için öngörülen sürenin işlemeye başlamasından itibaren bir ay içinde terekenin durumunun mahkeme tarafından tutulacak bir defterle tespit edilmesini talep edebilir (TMK m. 619/I). Mahkeme tarafından yapılan tespit, mirasçılara terekenin gerçek durumu hakkında bir fikir vermekte ve mirasçılarının mirası ret, kabul veya resmî tasfiye talebinde bulunmaları bakımından doğru bir karar vermelerine yardımcı olmaktadır.

Terekenin resmî defterinin tutulması hâlinde mirasçılar, diğer üç imkân (mirası kayıtsız şartsız kabul etme, mirası tümüyle reddetme ve resmî tasfiye talep etme) yanında mirası tutulan resmî deftere göre kabul etme olanağı da elde etmektedir⁹⁴. Ne var ki resmî tasfiyenin talep edilebilmesi için hiçbir

Yayınları, İstanbul 2002, s. 93; **Çabri**, Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639), Cilt II, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, N. 769, 779; **Dural**, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, N. 1728; **Eren**, Fikret/Yücer-Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, N. 1454; **Helvacı**, İlhan, Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605- MK. m. 618), Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 141 vd.; **İmre**, Zahit/Erman, Hasan, Miras Hukuku, 11. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 367-368; **İnan**, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, N. 1625; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Miras Hukuku, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 600; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Miras Hukuku, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 280-281; **Maraşlı Dinç**, s. 108-109, 112; **Oğuzman**, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 296; **Öztan**, Bilge, Miras Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 394; **Serozan**, Rona/Engin, Baki İlkey, Miras Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, § 6, N. 46, 79; **Yılmaz**, Süleyman, Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 234.

⁹⁴ **Druey**, § 15, N. 62; **Tuor**, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-

mirasçının mirası kayıtsız şartsız veya tutulan resmî deftere göre kabul etmemiş olması gerekmektedir⁹⁵. Süresi içinde⁹⁶ herhangi bir beyanda bulunulmaması hâlinde, miras tutulan resmî deftere göre kabul edilmiş sayılmaktadır (TMK m. 627/II: Hukukî faraziye)⁹⁷.

b. Mirası Tutulan Resmî Deftere Göre Kabul Eden Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğu

Kefilin terekesi, mirasın açıldığı anda resmî defterde yazılı olan borçlarla birlikte mirasçılara intikal etmektedir (TMK m. 628/I-II). Miras tutulan resmî deftere göre kabul edilmişse, mirasbırakanın resmî defterde yer almayan malları da dahil olmak üzere tüm malları ve hakları, külli halefiyet ilkesi uyarınca mirasçılara geçmektedir⁹⁸. Buna karşılık, mirasbırakanın borçlarının intikali açısından durum farklıdır. Şöyle ki, mirasçılar resmî deftere yazılı olan borçlardan hem tereke malları hem de kendi malları ile sorumludurlar (TBK m. 628/III)⁹⁹. Ne var ki bu ihtimalde kefilin mirasçılarının kefa-

Genf 2002, s. 657; **Arık**, K. Fikret, “Resmi Defter Tutma Müessesesi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 9, S. 2, 1954, s. 278-279; **Çabri**, N. 1064; **Turan Başara**, s. 1113-1114, 1116; **Yakuppur**, Sendi, Resmi Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 135-136.

⁹⁵ **Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo**, 5. Kapitel: Erbgang, N. 76; **Arık**, s. 279; **Ayan**, Miras, s. 339-340; **Birinci Uzun**, Tuba, Mirasın Resmi Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 46; **Çabri**, N. 1162; **Dural/Öz**, N. 1751, 1778; **Eren/Yücer-Aktürk**, N. 1496; **Serozan/Engin**, § 6, N. 91; **Yakuppur**, s. 139.

⁹⁶ Bu süre, defter tutma işlemlerinin tamamlanması ve inceleme süresinin bitiminden itibaren bir aydır (TMK m. 626/I).

⁹⁷ **Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo**, 5. Kapitel: Erbgang, N. 76; **Antalya/Sağlam**, N. 1908; **Arık**, s. 280; **Çabri**, N. 1163; **Dural/Öz**, N. 1776; **Eren/Yücer-Aktürk**, N. 1495; **İmre/Erman**, s. 389; **İnan/Ertaş/Albaş**, N. 1729; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 641; **Oğuzman**, s. 303.

⁹⁸ **Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo**, 5. Kapitel: Erbgang, N. 77; **Bürgi**, Urs, “Art. 560-592 ZGB”, in: Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2018, Art. 589, N. 2; **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 589, N. 1; **Vogt**, Nedim Peter/**Leu**, Daniel, “Art. 580-592 ZGB”, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1- 61 SchIT ZGB, Hrsg. Thomas **Geiser**/Stephan **Wolf**, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2019, Art. 589, N. 1; **Arık**, s. 250, 281; **Çabri**, N. 1167; **Yakuppur**, s. 179-181.

⁹⁹ **Abt**, Daniel/**Blattner**, Julia, “Art. 467-469, 580-597 ZGB”, in: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg. Ruth **Arnet**/Peter **Breitschmid**/Alexandra **Jungo**, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2023, Art. 589, N. 2-5; **Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo**, 5. Kapitel: Erbgang, N. 78; **Bürgi**, KUKO ZGB, Art. 589, N. 3; **Druey**, § 15, N. 66; **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 589, N. 1, 4; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 657; **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 589, N. 3; **Antalya/Sağlam**, N. 1910-1911; **Arık**, s. 250-251, 282; **Ayalp**, s. 136; **Ayan**, Miras, s. 340; **Ayanoğlu Morali**, s. 577-578; **Aybay**, s. 97; **Birinci Uzun**, s. 47; **Çabri**, N. 1166,

let borcundan sorumluluğu, aşağıda incelenecek olan¹⁰⁰ TMK m. 630 hükmü uyarınca sınırlandırılmıştır¹⁰¹.

Mirasçılardan süresi içinde resmî deftere yazdırılmayan alacaklardan sorumluluğu bakımından ikili bir ayırım yapılmalıdır. Süreyi kaçırarak alacaklının haklı bir sebebi yoksa, mirası tutulan resmî deftere göre kabul eden mirasçı, bu borçtan kendi kişisel mallarıyla sorumlu olmadığı gibi, tereke mallarıyla da sorumluluğu değildir¹⁰². Kefalet sözleşmesinde alacağı yazdırma görevinin kefilin mirasçılara yüklenmesi ya da resmî deftere yazdırılmasa bile kefalet alacağından mirasçılardan sorumlu olduğunun kararlaştırılması, tek başına kefilin mirasçılarının sorumlu olmasına neden olmaz. Zira bu gibi kayıtların geçersiz olduğu, kabul edilmektedir¹⁰³. Buna karşılık, süreyi kaçırarak alacaklının bu konuda haklı bir mazereti varsa ya da yapmış olduğu kayıt talebi her nasılsa resmî deftere geçirilmemiş ise mirasçı bu borçtan zenginleşmesi oranında sorumlu tutulmuştur¹⁰⁴. Şayet terekeden herhangi bir şey

1172, 1175; Çınar, Kefilin Sorumluluğu, s. 182; Dural/Öz, N. 1780-1781; Eren/Yücer-Aktürk, N. 1473, 1498; İmre/Erman, s. 391; İnan/Ertaş/Albaş, N. 1733; İsgüzar, Hasan, Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 116; Kılıçoğlu, s. 300-301; Maraşlı Dinç, s. 113; Oğuzman, s. 304; Öztan, s. 408, 416; Serozan/Engin, § 6, N. 92; Yakuppur, s. 156-157; Yılmaz, s. 252. Ölen borçlunun mirasçılarının, mirası tutulan resmî deftere göre kabul etmeleri de mümkündür. Bu durumda asıl borçlunun sorumluluğunun tamamen veya kısmen ortadan kalkması mümkündür. Asıl borçlunun mirasçılarının sorumluluğunun tamamen ortadan kalkması veya kısmen azalması, kefilin sorumluluğunu da aynı oranda etkiler. Bkz. Çınar, Kefilin Sorumluluğu, s. 182-183.

¹⁰⁰ Bkz. II, B, c.

¹⁰¹ Ayan, Kefalet, s. 764, dn. 2217.

¹⁰² Abt/Blattner, CHK ZGB, Art. 590, N. 1; Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo, 5. Kapitel: Erbgang, N. 78; Bürgi, KUKO ZGB, Art. 590, N. 3; Müller/Stamm, OFK ZGB, Art. 590, N. 1; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 658, Vogt/Leu, BSK ZGB II, Art. 590, N. 1; Antalya/Sağlam, N. 1912; Arık, s. 281-282; Ayalp, s. 137; Ayan, Kefalet, s. 764; Ayan, Miras, s. 340; Ayanoglu Morali, s. 578; Aybay, s. 97; Birinci Uzun, s. 47; Çabri, N. 1180; Çınar, Kefilin Sorumluluğu, s. 182-183; Dural/Öz, N. 1782; Eren/Yücer-Aktürk, N. 1499; İmre/Erman, s. 392; İnan/Ertaş/Albaş, N. 1734; Kocayusufpaşaoğlu, s. 641; Maraşlı Dinç, s. 113; Oğuzman, s. 304; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 64, 571; Öztan, s. 416; Serozan/Engin, § 6, N. 92; Yakuppur, s. 159; Yavuz/Acar/Özen, s. 1615; Yılmaz, Miras Hukuku, s. 252.

¹⁰³ Ayan, Kefalet, s. 764, dn. 2218; krş. Schäfer, s. 175.

¹⁰⁴ Abt/Blattner, CHK ZGB, Art. 590, N. 4-5; Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo, 5. Kapitel: Erbgang, N. 78; Bürgi, KUKO ZGB, Art. 590, N. 4-5; Druey, § 15, N. 67; Müller/Stamm, OFK ZGB, Art. 590, N. 2-8; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 658; Vogt/Leu, BSK ZGB II, Art. 590, N. 5-10; Antalya/Sağlam, N. 1913; Arık, s. 282-283; Ayalp, s. 137; Ayan, Kefalet, s. 764; Ayan, Miras, s. 340; Ayanoglu Morali, s. 578; Aybay, s. 97; Birinci Uzun, s. 47; Çabri, N. 1181;

elde edememişlerse, kefilin mirasçılarının sorumlulukları söz konusu olmamaktadır. Mirasçıların tüm mirasın tamamına ilişkin zenginleşmeden diğer mirasçılarla birlikte müteselsilen sorumlu olmadığı; her bir mirasçının sadece kendi zenginleşmesi oranında sorumlu olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵. Bununla birlikte alacağını tereke mallarıyla güvence altına almış olan alacaklılara, resmî deftere geçirilmemiş olsa bile alacağını bu güvenceden alabilme imkânı tanınmıştır (TMK m. 629).

c. Mirasın Resmî Defterinin Tutulması Hâlinde Mirasçıların Kefalet Borçlarından Sınırlı Sorumluluğu

aa. Genel Olarak

TMK m. 630 hükmünde şahsî teminat türü olan kefaletle ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Hükme göre, “*Mirasbırakanın kefaletten doğan borçları defterde ayrı bir yere yazılır ve mirasçılar, mirası kayıtsız ve şartsız kabul etmiş olsalar bile, bu borçlardan terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesi hâlinde kefalet sebebiyle alacaklı olanlara ne düşecek idiyse ancak o miktarla sorumlu olurlar*”. Görüldüğü üzere, kefilin mirasçıları resmî defter tutulmasını talep etmişlerse, öncelikle kefilin diğer borçları ile kefaletten doğan borçlarının ayrı ayrı yazılması gerekmektedir¹⁰⁶. Kefilin mirasçıları,

Çınar, Kefilin Sorumluluğu, s. 183; **Dural/Öz**, N. 1783; **Eren/Yücer-Aktürk**, N. 1499; **İmre/Erman**, s. 393; **İnan/Ertas/Albaş**, N. 1735; **İşgüzar**, s. 117; **Kılıçoğlu**, s. 300-301; **Maraslı Dinç**, s. 113; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 64, 571; **Öztan**, s. 416; **Serozan/Engin**, § 6, N. 92; **Yakuppur**, s. 164-170; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1516; **Yılmaz**, Miras Hukuku, s. 252-253. Mirasçıların sorumluluğunun bu şekilde sınırlandırılması, sadece mirası tutulan resmî deftere göre kabul eden mirasçılar açısından geçerlidir. Bkz. **Dural/Öz**, N. 1783. Mülga Türk Kanunu Medenîsi’ndeki düzenlemeden (eMK m. 569) farklı olarak, TMK m. 629/II’ye göre mirasçılar sadece terekeden kendilerine intikal eden mallarla değil, bütün malvarlıklarıyla ancak miktar itibarıyla sınırlı bir şekilde (zenginleştiği oranda) sorumlu tutulmuştur. Bkz. **Antalya/Sağlam**, N. 1914; **Ayan**, Miras, s. 340, dn. 60; **Ayanoğlu Morali**, s. 578; **İnan/Ertas/Albaş**, N. 1735; **Öztan**, s. 416; **Yakuppur**, s. 164-165. Mülga Türk Kanunu Medenîsi’ne göre de anılan sorumluluğun konu itibarıyla sınırlı bir sorumluluk olmadığı, buna karşılık miktar itibarıyla sınırlı bir sorumluluk olduğu yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 642. Bu ihtimalde mirasçının deftere yazılmayan borçlardan sorumluluğu sebepsiz zenginleşme kurallarına, yani iyiniyetli olup olmamasına, göre belirlenmektedir. Bkz. **Ayanoğlu Morali**, s. 578; **İşgüzar**, s. 117; **Yılmaz**, Miras Hukuku, s. 253. Ne var ki öğretide, bu durumda mirasçının sorumluluğunun terekeden kendisine intikal eden mallarla sınırlı olduğu görüşü de bulunmaktadır. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 300-301.

¹⁰⁵ **Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo**, 5. Kapitel: Erbgang, N. 78.

¹⁰⁶ Zira kefaletten doğan borçların ayrı bir yere yazılması, kefilin diğer borçları ve kefalet borçları arasında bir netlik sağlayacaktır. Bkz. **Abt/Blattner**, CHK ZGB, Art. 591, N. 3; **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 591, N. 10; **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 591, N. 6.

kefilin diğer borçlarından farklı olarak¹⁰⁷ mirası kabul etmiş olsalar bile, bu borcun tamamından sorumlu tutulmamışlardır. Kefilin mirasçılarının kefalet borcundan sorumluluğu, miktar bakımından sınırlandırılmıştır. Şöyle ki, kefilin mirasçılarını kefalet borcundan ancak terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde alacaklılara ne düşüyorsa o tutarda sorumlu tutulurlar¹⁰⁸.

Kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapmasının temelinde, kefilin mirasçılarını ile alacaklılar arasında denge kurmak istemesi yer almaktadır. TMK m. 630 hükmü düzenlenmemiş olsaydı, kefilin ölümü tarihinde terekede henüz muaccel olmayan ve borçlu tarafından ödenip ödenmeyeceği bilinmeyen bir kefalet borcunun mevcut olması, kefilin mirasçılarını mirası kabul veya reddetme konusunda karar verme açısından tereddüde düşürürdü. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, mirasın resmî defterinin tutulmasını talep eden mirasçıların, kolaylıkla mirası kabul etmelerine olanak tanımıştır¹⁰⁹.

bb. Kefalet Borcundan Sınırlı Sorumluluğun Şartları

TMK m. 630 hükmü uyarınca kefalet borcundan mirasçıların sınırlı sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için, bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, mirasbırakanın kefalet borcunun mevcut olmasıdır. TMK m. 630 hükmünün “Kefalet borçlarından sorumluluk” şeklindeki madde başlığından da anlaşıldığı üzere, hükümde kefalet borçlarından sorumluluk düzenlenmektedir. Bu bakımdan TMK m. 630 hükmünün “adî kefalet, “müteselsil kefalet” ve “rücua kefalet” gibi bütün kefalet söz-

¹⁰⁷ Nitekim kefalet dışındaki borçlarda alacaklılar deftere yazılı olan alacaklarını tam olarak alırlar. Bkz. **İmre/Erman**, s. 396.

¹⁰⁸ Bkz. **Abt/Blattner**, CHK ZGB, Art. 591, N. 4; **Bürgi**, KUKO ZGB, Art. 591, N. 4; **Druey**, § 15, N. 68; **Guhl/Schnyder**, N. 69; **Krauskopf/Stuber**, in: OFK OR, Art. 509, N. 1; **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 591, N. 4; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 509, N. 9; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 659; **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 591, N. 4, 7; **Acar**, s. 378; **Antalya/Sağlam**, N. 1917; **Arik**, s. 251, 285; **Ayalp**, s. 139-140; **Ayan**, Miras, s. 340; **Ayanoğlu Morali**, s. 579; **Aybay**, s. 97; **Bağrıaçık**, 1175; **Birinci Uzun**, s. 48; **Dural/Öz**, N. 1787; **Eren/Yücer-Aktürk**, N. 1500; **İmre/Erman**, s. 394-396; **İnan/Ertas/Albaş**, N. 1737; **Kartal**, s. 121; **Kılıçoğlu**, s. 301; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 643; **Oğuz**, s. 40; **Oğuzman**, s. 305; **Öztan**, s. 417; **Serozan/Engin**, § 6, N. 93; **Turan Başara**, s. 1117; **Yakuppur**, s. 182; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1615; **Yılmaz**, Miras Hukuku, s. 253.

¹⁰⁹ **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 591, N. 1; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 658; **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 591, N. 2; **Arik**, s. 284; **Birinci Uzun**, s. 48-49; **Çabri**, N. 1192; **Çınar**, Kefilin Sorumluluğu, s. 183; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 642; **Turan Başara**, s. 1114; **Yakuppur**, s. 181-182.

leşmesi türlerinde uygulama alanı bulacağı ifade edilebilir¹¹⁰. Buna karşılık öğretide, TMK m. 630 hükmünün (aval ve garanti gibi) diğer kişisel teminat sözleşmelerine kıyas yoluyla dahi uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹¹¹. Kanaatimizce de TMK m. 630 hükmünde mirasın kazanılması bakımından istisnai bir düzenleme yapılmaktadır. Temel ilkelere istisna getiren hükümlerin dar yorumlanması yönündeki kabule uygun olarak, TMK m. 630 hükmünün sadece kefalet borçları bakımından uygulanması gerekmektedir.

İsviçre öğretisinde ZGB Art. 591 (TMK m. 630) hükmünün ratio legisi dikkate alınarak, kefilin ölümü anında kefalet olayının henüz gerçekleşmemiş olması da şart olarak aranmaktadır. Diğer bir deyişle, kefalet borcu kefil hayatta iken doğmuşsa veya bu borcun mevcudiyeti hakkında herhangi bir şüphe bulunmamaktaysa, kefilin mirasçılarının sınırlı sorumluluğu söz konusu olmaz¹¹².

Kefilin mirasçılara kefalet borcu nedeniyle başvurulabilmesinin bir başka şartı, yukarıda değinildiği üzere¹¹³ asıl borçlunun borcunu ifa etmemiş veya asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermemiş olmasıdır. Zira asıl borcun ifa veya başka bir sebeple sona ermesi, kefalet borcunu sona erdirmektedir¹¹⁴.

Kefalet borcundan sınırlı sorumluluk için, terekenin resmî defterinin tutulması da şarttır. Diğer bir deyişle, resmî defter tutma talebinde bulunulmamışsa TMK m. 630 (ZGB Art. 591) hükmü, uygulama alanı bulmaz¹¹⁵.

¹¹⁰ **Bürgi**, KUKO ZGB, Art. 591, N. 3; **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 591, N. 2; **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 591, N. 1; **Çabri**, N. 1194, 1201; **Çınar**, Kefilin Sorumluluğu, s. 184; **İmre/Erman**, s. 396; **Yakuppur**, s. 185-186.

¹¹¹ **Bürgi**, KUKO ZGB, Art. 591, N. 3; **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 591, N. 2; **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 591, N. 1; **Ayalp**, s. 140; **Ayan**, Kefalet, s. 763, dn. 2215; **Çabri**, N. 1194, 1201; **Çınar**, Kefilin Sorumluluğu, s. 184; **İmre/Erman**, s. 396; **Yakuppur**, s. 186.

¹¹² **Bürgi**, KUKO ZGB, Art. 591, N. 5; **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 591, N. 3.

¹¹³ Bkz. I, A.

¹¹⁴ **Çabri**, N. 1197.

¹¹⁵ **Krauskopf/Stuber**, in: OFK OR, Art. 509, N. 1; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 509, N. 9; **Arık**, s. 285; **Ayan**, Kefalet, s. 763, dn. 2215; **Birinci Uzun**, s. 48; **Çabri**, N. 1195; **Çınar**, Kefilin Sorumluluğu, s. 183; **İmre/Erman**, s. 395; **Kartal**, s. 121; **Kılıçoğlu**, s. 301; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 643; **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, s. 64, 577; **Turan Başara**, s. 1115; **Yakuppur**, s. 182; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1615. Ne var ki öğretide TMK m. 630 hükmünün genelleştirilerek, kefilin tüm mirasçılara bu imkânın tanınmasının gerekli ve yerinde olduğu yönünde öneriler de yapılmaktadır. Bkz. **Ayan**, Kefalet, s. 763, dn. 2215.

Terekenin resmî defterinin tutulmadığı durumlarda mirası kabul eden mirasçı, tereke borçlarının yanında kefalet borçlarından da şahsen ve sınırsız olarak sorumludur¹¹⁶.

Öte yandan, öğretide haklı olarak kabul edildiği üzere, mirasın resmî defterin tutulmasından önce¹¹⁷ kayıtsız şartsız kabulü hâlinde, TMK m. 630 hükmü uygulanabilir nitelikte değildir. Diğer bir deyişle, TMK m. 630 hükmü, resmî defter tutma talebinden sonra mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçıları kapsamaktadır. Buna karşılık, resmî defter tutulmasından önce mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçılar, kefalet borcunun tamamından sorumludurlar¹¹⁸.

cc. Kefalet Borcundan Sorumluluğun Sınırı

TMK m. 630 hükmüne göre kefalet borcundan mirasçıların kişisel sorumluluğunun sınırı, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde alacaklılara düşecek tutardır. Bu kapsamda resmî defterde yazılı bulunan aktif malvarlığı değerleri, adı borçların ve kefalet borçlarının toplamından daha fazla ise, TBK m. 630 hükmünün herhangi bir hukukî etkisi meydana gelmez¹¹⁹. Mesela, resmî defterde kayıtlı olan aktif malvarlığı değerleri 5 milyon TL, adı borçlar toplamı 1 milyon TL ve kefalet borcu 2 milyon TL'dir. Bu ihtimalde TMK m. 630 (Art. 591 OR) hükmü mirasçıların sorumluluğunu sınırlayıcı bir etki göstermez. Zira tereke aktif, terekedeki tüm borçlarının toplamı olan 3 milyon TL'yi karşılamaya yetmektedir¹²⁰. Diğer bir deyiş-

¹¹⁶ **Çabri**, N. 1195.

¹¹⁷ *Çabri*'ye göre, burada mirasçılardan herhangi birinin resmî defter tutma talebini mahkemeye yönelttiği an dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle, resmî defter tutma talebinin mahkemeye yöneltilmesinden sonra, mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçıların kefalet borçlarından sorumluluğu sınırlı olmalıdır. Bkz. **Çabri**, N. 1196.

¹¹⁸ **Acar**, s. 378-379; **Ayalp**, s. 140; **Ayanoğlu Morali**, s. 579; **Çabri**, N. 1196; **Dural/Öz**, N. 1787; **Eren/Yücer-Aktürk**, N. 1500; **İmre/Erman**, s. 395; **Öztan**, s. 417; **Serozan/Engin**, § 6, N. 87; **Turan Başara**, s. 1116; **Yakuppur**, s. 183; **Yılmaz**, Miras Hukuku, s. 253. Mirası önceden kabul eden mirasçıların, en azından mirasın tutulan resmî deftere göre kabul edilmesinin kefalet borçlarından sınırlı sorumluluk (TMK m. 630) şeklindeki avantajından yararlanmaları gerektiği hakkında bkz. **Serozan/Engin**, § 6, N. 87, dn. 66'dan naklen **Piotet**, § 101 II, 799. *Birinci Uzun* da TMK m. 630 hükmünün Türk Medenî Kanunu'nun açık hükümleri karşısında mirası daha önce kayıtsız şartsız kabul eden mirasçılar bakımından da uygulanabilir olması gerektiğini, zira TMK m. 619/III hükmünde geçen "*diğerleri*" ifadesinin kapsamına mirası resmî defterin tutulmasından önce kabul eden mirasçıların da girdiğini, aksi görüşü kabul etmenin TBK m. 619/III hükmünü yok saymak anlamına geldiğini belirtmektedir. Bkz. **Birinci Uzun**, s. 49.

¹¹⁹ **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 591, N. 3; ayrıca bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, N. 1737.

¹²⁰ Benzer bir örnek için bkz. **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 591, N. 8.

le bu durumda ister adı borç olsun ister kefalet borcu olsun tüm borçlar herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadan ödenmelidir¹²¹.

Buna karşılık, terekenin aktif adı borçlar ile kefalet borcunun toplamını karşılamaya yetmiyorsa, terekenin resmî tasfiyesi hâlinde alacaklılara düşecek miktarın bulunması gerekmektedir. Bu ihtimalde kefalet borcundan sorumluluğun sınırlanmasını, bir örnekle açıklamak daha faydalı olacaktır. Meselâ, murisin ölümünde geride eşi (E), oğlu (O) ve kızı (K) hayatta kalmıştır. Bu durumda mirası reddetme hakkını yitirmemiş olan mirasçılardan herhangi birisi, mirası ret için öngörülen üç aylık sürenin başlangıç anından itibaren bir ay içinde, yazılı veya sözlü olarak terekenin resmî defterinin tutulmasını talep edebilir. Somut olayda (O)'nun şartları dahilinde terekenin resmî defterinin tutulmasını talep ettiğini varsayalım. Resmî defterde terekenin aktif 2 milyon TL, pasifi (adı borç) 1 milyon TL ve kefalet borcu ise 3 milyon TL olarak tespit edilmiş ve resmî defter tutma işlemi sona ermiştir¹²². Mirasçılardan birisinin resmî defter tutma talebi, diğer mirasçılar bakımından da etkilidir (TMK m. 619/III). O hâlde (O) tarafından yapılan resmî defter tutma talebinden diğer mirasçılar (E) ve (K) da kural olarak yararlanabilir. Resmî defter tutma işlemlerinin tamamlanması ve TMK m. 623/I'de öngörülen (en az bir aylık) inceleme süresinin dolması üzerine, mirasçılardan daha önce mirası kabul veya reddetmemiş olmaları şartıyla¹²³ kendilerine yapılacak olan bildirimden itibaren bir ay içinde¹²⁴ kanunun tanıdığı imkânlardan birini seçmeleri istenir (TMK m. 626/I). Somut olayda kefilin mirasçıları, mirası kayıtsız şartsız kabul etme, mirası tutulan resmî deftere göre kabul etme, mirası reddetme veya resmî tasfiye talebinde bulunma gibi farklı yollara başvurabilirler. Mirasçıların süresi içinde herhangi bir beyanda bulunmamaları hâlinde, mirası tutulan resmî deftere göre kabul ettikleri varsayılmaktadırlar. Somut olayda her bir mirasçı (E, O ve K) seçim hakkını

¹²¹ Turan Başara, s. 1117.

¹²² Bu örnekte olduğu gibi, kefalet borçları olmaksızın tereke aktifinin pasifinden fazla olduğu; ancak adı borçlara kefalet borcunun da eklenmesi hâlinde tereke pasifinin toplamının aktifinden fazla olduğu durumlarda, kefilin mirasçılarının karar vermeleri gerçekten zordur. Kanun koyucu kural olarak mirasın bir şekilde kabulünü teşvik etmek istediğinden, kefilin mirasçılarının karar vermelerini kolaylaştıracak bir imkân kabul etmiştir. Benzer bir örnek ve değerlendirme için bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumojungo**, s. 658-659.

¹²³ Daha önceden mirası açıkça veya örtülü olarak kabul etmiş veya mirası açıkça reddetmiş olan mirasçının resmî defterin tutulmasından sonra böyle bir seçeneği bulunmamaktadır. Bkz. **Ayanoğlu Morali**, s. 577; **Oğuzman**, s. 303, dn. 176b; **Öztan**, s. 409; **Serozan/Engin**, § 6, N. 90.

¹²⁴ TMK m. 626/II: “*Koşullar gerektirdiği takdirde sulh mahkemesi, tereke mallarına yeni değer biçilmesi, uyumsuzlukların çözümü ve benzeri durumlar için ek süre verebilir*”.

özgürce kullanabilir ve her biri kendi kararının sonuçlarından sorumlu olur¹²⁵. Sadece mirasçılardan birisinin mirası kayıtsız şartsız veya tutulan resmî deftere göre kabul etmiş olması hâlinde, artık diğer mirasçıların mirasın resmî tasfiyesini istemeleri mümkün değildir¹²⁶. Söz gelimi somut olayda (E) mirası reddetmiş; (K), mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş ve (O) ise tutulan resmî deftere göre kabul etmiş olsun. Bu durumda mirası reddeden (E)'nin kefalet borcundan herhangi bir sorumluluğu kalmamaktadır. (K) ise mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş olduğundan resmî defterde yer alsın veya almasın adı borcun tamamından hem tereke malları hem de kendi malları ile sorumludur¹²⁷. (K)'nin kefalet borcundan sorumluluğu bakımından ise, TMK m. 630 hükmü uygulama alanı bulabilir. (O) ve (K)'nin¹²⁸ kefalet borcundan ne ölçüde sorumlu olduklarının hesaplanabilmesi için, öncelikle aktifin pasifi karşılama oranı¹²⁹ bulunmalıdır. Tereke aktifi 2 milyon TL, pasifi ise toplamda 4 milyon TL olduğuna göre, aktifin pasifi karşılama oranı %50'dir. O hâlde (O) ve (K) kefalet borcunun tamamından (3 milyon TL) değil, en fazla %50'sinden yani 1 milyon 500 bin TL'sinden sorumlu olmalıdırlar¹³⁰. Bu durumda dağıtımın İcra ve İflâs Kanunu'nda (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs) öngörülen hiyerarşiye (İİK m. 206; SchKG Art. 219) uygun olarak yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹³¹. Sonuç olarak somut olayda (O) ve (K) kefalet borcunun 1 milyon 500 bin TL'sinden hem tereke mallarıyla hem de şahsî malvarlıklarıyla sorumludurlar¹³². Buna

¹²⁵ Çabri, N. 1161.

¹²⁶ Antalya/Sağlam, N. 1936; Ayan, Miras, s. 341; Aybay, s. 98; Helvacı, s. 63; İşgüzar, s. 119; Öztan, s. 421; Serozan/Engin, § 6, N. 99; Yılmaz, Miras Hukuku, s. 251, 255.

¹²⁷ Bkz. Çabri, N. 1178.

¹²⁸ Görüldüğü üzere, mirasçılardan herhangi birinin resmî defter tutulmasını talep etmesi üzerine bir başka mirasçının mirası kayıtsız şartsız kabul etmesi hâlinde, bu mirasçı da TMK m. 630 hükmünde düzenlenen sorumluluk sınırlamasından faydalanabilmektedir. Bkz. Arık, s. 285; Turan Başara, s. 1117; Yakuppur, s. 182-183.

¹²⁹ Bu oran, tereke aktifinin kefaletten doğan borçların da ilave edilmesiyle bulunan toplam tereke pasifine bölünmesiyle bulunmaktadır. Bkz. İnan/Ertas/Albaş, N. 1737.

¹³⁰ Benzer örnekler için bkz. Druey, § 15, N. 68; Müller/Stamm, OFK ZGB, Art. 591, N. 5; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 659; Vogt/Leu, BSK ZGB II, Art. 591, N. 8; Arık, s. 285; Ayan, Kefalet, s. 763; Çabri, N. 1199; Çınar, Kefilin Sorumluluğu, s. 184; İmre/Erman, s. 395-396; İnan/Ertas/Albaş, N. 1738-1739; Kılıçoğlu, s. 301; Kocayusufpaşaoğlu, s. 643; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 65; Serozan/Engin, § 6, N. 93; Turan Başara, s. 1117-1118; Yakuppur, s. 183-185; Yılmaz, Miras Hukuku, s. 253-254.

¹³¹ Bürgi, KUKO ZGB, Art. 591, N. 7.

¹³² Abt/Blattner, CHK ZGB, Art. 591, N. 4; Müller/Stamm, OFK ZGB, Art. 591, N. 6; Vogt/Leu, BSK ZGB II, Art. 591, N. 4; Çabri, N. 1200; Çınar, Kefilin Sorumluluğu, s. 184; İmre/Erman, s. 396; Oğuzman, s. 305; Turan Başara, s. 1117-1118.

karşılık (O) ve (K) adı borç olan 1 milyon TL'nin tamamından tereke malları yanında kendi şahsî mallarıyla da sorumludurlar¹³³. Görüldüğü üzere, iflâs usulüyle resmî tasfiye hâlinde olduğu gibi, alacaklılara orantılı olarak (garameten) ödeme yapılmaktadır. Ne var ki iflâs usulü ile resmî tasfiyeden farklı olarak, burada kefilin mirasçılarının tasfiyeyi talep etmeleri şart değildir. Kefilin mirasçılarının kefalet borçlarından sorumluluğu, kendiliğinden sınırlanmaktadır.

Burada değinilmesi gereken bir diğer mesele ise, alacaklının kefalet borcunu resmî deftere kaydettirmemiş olmasıdır. Söz gelimi yukarıdaki örnekte tereke aktifinin 2 milyon TL ve pasifinin ise (adî borç) 1 milyon TL olarak resmî defterde tespit edildiğini ve resmî defter tutma işleminin sona erdiğini varsayalım. Sonradan alacaklı, 3 milyon TL kefalet alacağının mevcut olduğunu ileri sürerek kefalet borcunun mirasçılar tarafından ifa edilmesini talep etmiştir. Bu ihtimalde TMK m. 629 hükmünün uygulama alanı bulacağı açıktır. O hâlde kefalet alacağının alacaklının kusuru ile süresi içinde resmî deftere yazdırılmaması hâlinde, bu talebin reddi gerekir. Buna karşılık, kefalet alacağının süresi içinde resmî deftere yazdırılmamasında alacaklının kusuru yoksa, kanun koyucu mirasçılarının zenginleşmeleri ölçüsünde sorumlu olduklarını düzenlemiştir¹³⁴. Ancak öğretide haklı olarak belirtildiği üzere¹³⁵, burada sebepsiz zenginleşme sorumluluğunun daha önceden dikkate alınan tüm borçlar (mesela somut olaydaki 1 milyon TL değerindeki adî borç) ile birlikte sonradan usulüne göre hesaplanan tasfiye kotasına indirilmesi gerekmektedir. TMK m. 630 hükmü, sadece resmî deftere yazılan kefalet borçları bakımından değil, resmî deftere alacaklının kusuru olmadan yazılmayan kefalet borçları bakımından da uygulama alanı bulmalıdır. Sonuç olarak, bu ihtimalde TMK m. 630 ile TMK m. 629/II hükümleri birlikte uygulama alanı bulmakta ve hangi sınır daha düşük ise mirasçılar bu sınırdan sorumlu olmalıdırlar¹³⁶.

¹³³ **Çabri**, N. 1200; **İmre/Erman**, s. 396; **İnan/Ertay/Albaş**, N. 1739; **Turan Başara**, s. 1118. Zira mirasın tutulan resmî deftere göre kabulü hâlinde mirasçının kefalet borcu dışındaki adî borçlardan sorumluluğu genel ilkelere tabidir. Bu nedenle, (K) somut olayda defterde yazılı olan adî borcun tamamından sorumludur. Bu borç bakımından TMK m. 630 hükmü uygulama alanı bulmamaktadır. Bkz. **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 591, N. 4.

¹³⁴ **Yakuppur**, s. 182.

¹³⁵ **Abt/Blattner**, CHK ZGB, Art. 591, N. 7; **Bürgi**, KUKO ZGB, Art. 591, N. 8; **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 591, N. 9; **Vogt/Leu**, BSK ZGB II, Art. 591, N. 10; **Turan Başara**, s. 1118; **Yakuppur**, s. 186.

¹³⁶ **Yakuppur**, s. 186.

TMK m. 630 hükmünden doğan sorumluluk sınırlaması, birlikte kefalet durumunda da önem taşımaktadır. Şöyle ki, bağımsız birlikte kefillerden birisi kefalet borcunu ödemişse ve aksine bir anlaşma yoksa diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir (TBK m. 587/IV). Bu durumda adı kefalette her bir kefil sadece kendisine düşen miktarla sorumlu olmaktadır; müteselsil birlikte kefalette ise borcu ödeyen kefile düşen miktar toplam borçtan çıkarılmakta ve kalan miktardan diğer kefiller müteselsilen sorumlu olmaktadır¹³⁷. Borcu ödeyen birlikte kefilin ölen diğer birlikte kefilin mirasçılarının rücu etmesi gerekiyorsa ve bu mirasçılar da mirası tutulan resmî deftere göre kabul etmişlerse onların sorumlulukları terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesi hâlinde kefalet sebebiyle alacaklı olanlara düşecek miktarla sınırlanmıştır. Diğer bir deyişle, rücu hakkını elde eden birlikte kefilin, şayet diğer birlikte kefil ölmemiş olsaydı ondan alabileceği miktarı onun mirasçılarının alamama ihtimali bulunmaktadır¹³⁸.

2. Mirasın Resmî Tasfiyesi

Kefilin mirasçıları (TMK m. 632/I) ve kanunda öngörülen şartların varlığı hâlinde kefilin alacaklıları (TMK m. 633/I), terekenin resmî tasfiyesini talep edebilirler (TMK m. 632/I). Ancak bir mirasçının mirasın resmî tasfiyesine yönelik isteminin dikkate alınabilmesi için, hiçbir mirasçının mirası kabul etmemiş olması gerekmektedir (TMK m. 632/II). Şayet mirasçılardan sadece bir tanesi bile mirası kayıtsız şartsız veya tutulan resmî deftere göre kabul etmişse, artık diğer mirasçıların mirasın resmî tasfiyesini isteme imkânları bulunmamaktadır¹³⁹.

Resmî tasfiye talebinin usulüne uygun şekilde yapılması hâlinde, kefilin mirası belirli şartlar altında¹⁴⁰ bizzat mahkeme tarafından tasfiye edilir. Bu

¹³⁷ Oğuz, s. 40.

¹³⁸ Oğuz, s. 40.

¹³⁹ Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo, 5. Kapitel: Erbgang, N. 76; Künzle, Hans Rainer, "Art. 593-597 ZGB", in: Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2018, Art. 593, N. 6; Antalya/Sağlam, N. 1936; Arık, s. 279; Ayan, Miras, s. 341; Aybay, s. 98; Çabri, N. 1162, 1242; Helvacı, s. 63; İsgüzar, s. 119; Maraşlı Dinç, s. 114; Öztan, s. 421; Serozan/Engin, § 6, N. 99; Yılmaz, Miras Hukuku, s. 251, 255.

¹⁴⁰ Resmî tasfiyenin "olağan/alelâde usul ile tasfiye" ve "iflâs usulü ile tasfiye" olmak üzere iki çeşidi vardır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Antalya/Sağlam, N. 2007-2028; Ayan, Miras, s. 342-345; Çabri, N. 1325-1373; Dural/Öz, N. 1806-1812; Eren/Yücer-Aktürk, N. 1517-1521; İmre/Erman, s. 405-407; İnan/Ertas/Albaş, N. 1755-1761; İsgüzar, s. 121-122; Kılıçoğlu, s. 303; Oğuzman, s. 307; Öztan, s. 425; Yılmaz, Miras Hukuku, s. 259-260.

durumda tereke ile kefilin mirasçılarının kişisel malvarlığı karışmamakta¹⁴¹ ve kefilin mirasçılarının tereke borçlarından kişisel sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁴². O hâlde terekenin resmen tasfiye edilmesi hâlinde, kefilin mirasçılarının kefalet borcundan sorumluluğunun bulunmadığı ifade edilebilir¹⁴³.

Terekenin resmî tasfiyesinde öncelikle tereke borçları terekede yer alan değerlerle ödenmekte; bütün borçlar ödendikten sonra bir artma olursa, bu kısım mirasçılara verilmektedir. Tasfiye artığı, kefilin mirasçılarının malvarlığı ile karışmaktadır¹⁴⁴. Bundan sonra kefilin başka bir kefalet borcunun mevcut olduğunun öğrenilmesi hâlinde, kefilin mirasçılarının bu borçtan sorumlu olup olmadıkları önem arz etmektedir. Kefilin mirasçılarının tasfiye artığı ile sınırlı olmak üzere, kefilin sonradan ortaya çıkan alacaklılarına karşı da sorumlu olduğu öğretide kabul edilmektedir¹⁴⁵.

¹⁴¹ **Abt/Blattner**, CHK ZGB, Art. 593, N. 1, 4; **Karrer**, Martin/Vogt, Nedim Peter/Leu, Daniel, "Vor Art. 593-597, Art. 593-597", in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1- 61 SchIT ZGB, Hrsg. Thomas Geiser/Stephan Wolf, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2019, vor Art. 593-597, N. 3; **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 593, N. 1; **Ayan**, Miras, s. 341; **Ayanoğlu Morali**, s. 575-576; **Birinci Uzun**, s. 52; **Çabri**, N. 1224; **Dural/Öz**, N. 1788; **Eren/Yücer-Aktürk**, N. 1501; **İmre/Erman**, s. 397, 408; **İnan/Ertas/Albaş**, N. 1740, 1762; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 644; **Maraşlı Dinç**, s. 114; **Öztan**, s. 418; **Serozan/Engin**, § 6, N. 95; **Yılmaz**, Miras Hukuku, s. 254.

¹⁴² **Breitschmid/Eggel/Eitel/Fankhauser/Geiser/Jungo**, 5. Kapitel: Erbgang, N. 80; **Künzle**, KUKO ZGB, Art. 593, N. 2; **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 593, N. 1; **Pestalozzi**, BSK OR I, Art. 509, N. 9; **Antalya/Sağlam**, N. 2037; **Ayalp**, s. 135; **Ayan**, Miras, s. 346; **Ayanoğlu Morali**, s. 576; **Çabri**, N. 1225, 1257; **Dural/Öz**, N. 1788; **Eren/Yücer-Aktürk**, N. 1501-1502; **İmre/Erman**, s. 397; **İnan/Ertas/Albaş**, N. 1740, 1762; **İşgüzar**, s. 119; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 644; **Maraşlı Dinç**, s. 114; **Oğuzman**, s. 305; **Öztan**, s. 418, 425; **Serozan/Engin**, § 6, N. 96; **Turan Başara**, s. 1105; **Yılmaz**, Miras Hukuku, s. 260.

¹⁴³ **Kartal**, s. 121; **Reisoğlu**, Bankacılık Uygulaması, s. 167.

¹⁴⁴ **Künzle**, KUKO ZGB, N. 1; **Müller/Stamm**, OFK ZGB, Art. 593, N. 3; **Ayalp**, s. 135; **Ayan**, Miras, s. 341; **Ayanoğlu Morali**, s. 576; **Aybay**, s. 98; **Çabri**, N. 1259; **Dural/Öz**, N. 1812; **Eren/Yücer-Aktürk**, N. 1502; **İmre/Erman**, s. 397, 408-409; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 651; **Oğuzman**, s. 305, 308; **Öztan**, s. 424-425; **Serozan/Engin**, § 6, N. 103-104; **Yılmaz**, Miras Hukuku, s. 260.

¹⁴⁵ **Ayalp**, s. 135; **Dural/Öz**, N. 1812; **Oğuzman**, s. 308; **Serozan/Engin**, § 6, N. 104; **Yılmaz**, Miras Hukuku, s. 260. Öğretiye göre, TMK m. 629/II (eMK m. 569/c.2) hükmünün burada kıyasen uygulanması mümkündür. Bu görüşe göre, sonradan ortaya çıkan alacaklıya karşı mirasçı, zenginleşmesi oranında sorumlu olmalıdır. Ne var ki TMK m. 629/II hükmündeki düzenlemeden farklı olarak, alacağını kusuru ile zamanında ileri sürmeyen alacaklılar da bu imkândan faydalanabilmeli ve mirasçılarının sorumluluğu, miktar ile sınırlı (pro viribus hereditatis) bir sorumluluk değil, konu ile sınırlı

SONUÇ

Eski Alman (Cermen) hukukunda kefalet borcunun sadece kefile ait olduğu ve onun ölümü hâlinde mirasçılara intikal etmeyeceği kabul edilmişti. Ne var ki günümüz modern hukuk sistemlerinde, kefalet borcunun mirasçılara intikal edebileceği kabul edilmektedir. Kefilin mirasçılarının kefalet borcundan sorumlu tutulabilmeleri için, muris ile alacaklı arasında geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunması, kefilin mirasının açılmış olması ve kefalet borcundan sorumlu tutulacak kişinin mirasçı olmasına engel bir durumunun bulunmaması gerekmektedir.

Kefilin ölümü tarihinde terekenin pasifinde yer alan kefalet borcunun mirasın açılmasıyla birlikte kefilin mirasçılara intikal ettiği açıktır. Zira bu durumda, kefalet borcu kefil hayatta iken doğmakta ve kefilin ölümü anında terekede yer almaktadır.

Kefilin mirasçıları sınırlı bir sorumluluğa tabi olmak için, bazı taleplerde bulunabilirler. İlk olarak, kefilin mirasçıları terekenin resmî defterinin tutulmasını isteyebilirler. Bu ihtimalde miras kayıtsız şartsız veya tutulan resmî deftere göre kabul eden mirasçıların kefalet borcundan sorumluluğu, TMK m. 630 hükmüyle önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Ancak bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, resmî defter tutma talebinde bulunulmuş olması zorunludur. Kefilin mirasçılarının başvurabileceği bir diğer imkân ise, mirasın resmî tasfiyesini istemektir. Resmî tasfiye hâlinde, tereke ile kefilin mirasçılarının malvarlıkları karışmamakta ve kefilin mirasçıları, kefalet borcundan kişisel olarak sorumlu olmamaktadır.

TMK m. 630 hükmünde resmî defter tutulması hâlinde miras gerek tutulan resmî deftere göre gerek kayıtsız şartsız kabul eden mirasçıların kefalet borçlarından sorumluluklarının sınırlandırılması kanaatimizce yerinde olmuştur. Zira böyle bir düzenlemenin yapılmamış olması varsayımında, kefalet borcunun doğup doğmayacağını önceden kestiremeyen mirasçılar, miras ret ya da resmî tasfiye yoluna başvurabilirler. Şayet mirasçılar mirası reddederlerse kefalet alacaklısı mirasçılardan hiçbir şey talep edemez. Buna karşılık, resmî tasfiye talebinde bulunulursa, terekede yer alan unsurların piyasa değerinin altında paraya çevrilmesi muhtemeldir. Şayet tereke mevcudu piyasa değerinin altında paraya çevrilirse, kefalet borcu yanında terekedeki diğer adı borçların ödenmesi de tehlikeye düşer. Ancak TMK m. 630 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için, pozitif hukukta (de lege lata) resmî

(cum viribus hereditatis) bir sorumluluk olmalıdır. Bkz. *Antalya/Sağlam*, N. 2034; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 652.

defter tutma talebinde bulunulmuş olması şarttır. Bir başka deyişle, terekenin resmî defterinin tutulmadığı hâllerde bu hükümden yararlanmak mümkün değildir. Kanaatimizce olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından bu hüküm genelleştirilmeli ve resmî defter tutulsun veya tutulmasın kefilin bütün mirasçıları bu imkândan faydalanabilmelidir. Ancak hüküm genelleştirilirken, yine sadece kefalet borçlarından sorumluluk sınırlandırılmalı ve kefalet borcu dışındaki diğer kişisel teminat sözleşmeleri hükmün kapsamı dışında tutulmalıdır.

Öte yandan, genel kredi sözleşmesi gibi sürekli bir borç ilişkisine kefil olunması hâlinde, kefilin ölümünden sonra doğan kefalet borcundan kefilin mirasçılarının sorumlu olup olmadıkları tartışmalı bir konudur. Öğreti ve yargı kararlarında bu konuda temelde iki görüş kabul edilmektedir. Bir görüşe göre¹⁴⁶, kefalet borcu ancak kefilin ölümü anında terekede yer alıyorsa, külli halefiyet ilkesi uyarınca mirasçılara intikal edebilmeli; buna karşılık, kefilin ölümünden sonra kefalet borcu doğrudan mirasçıların malvarlığında doğamayacağından, mirasçılar bundan sorumlu olmamalıdır. Zira kefilin ölümü anında terekesinde yer almayan kefalet borcunun mirasçılara intikal etmesi, külli halefiyet ilkesine aykırıdır. Buna karşılık, öğretide savunulan diğer görüşe göre¹⁴⁷, kefilin ölümünden sonra kullanılan krediden kefilin mirasçılarının sorumlu olması gerekmektedir. Özellikle kefilin belirli bir borca değil de belirli bir borç ilişkisine kefil olduğu dikkate alındığında, bu görüşün kabul edilmesi teorik açıdan daha doğrudur. Bu kabulün külli halefiyet ilkesiyle de çeliştiği ileri sürülmemelidir. Diğer taraftan, TBK m. 582/I hükmünde gelecekte doğacak bir borca kefil olunabileceği de düzenlenmiş bulunmaktadır. Ne var ki kefilin ölümünden sonra doğacak borçlardan mirasçıların hiçbir sınırlama olmaksızın sorumlu tutulması, sonucu itibarıyla hakkaniyete aykırı görülebilir. Kanun koyucu kefilin mirasçılarına yukarıdaki imkânlar yanında, burada ek bir imkân daha tanımıştır. Şöyle ki, kefilin mirasçılarının TBK m. 599 hükmü uyarınca kefaletten dönmesi mümkündür. Ancak bu yola başvurulabilmesi için, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulması veya kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması gerekmektedir.

Sonuç olarak, genel kredi sözleşmesine istinaden kefilin ölümünden sonra kullanılan kredilerden kefilin mirasçıları sorumlu olup, yukarıdaki imkânlardan faydalanabilir. Ancak kanaatimizce pozitif hukukta kefilin mi-

¹⁴⁶ Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, s. 228-229.

¹⁴⁷ Ayan, Kefalet, s. 760-762; Gümüş, II, s. 433; Haznedar/Gürses, s. 95.

rasçılarına tanınan imkânlar yeterli değildir. Şöyle ki, resmî tasfiyede tereke-deki malların değerinin altında paraya çevrilmesi her zaman ihtimal dahilindedir. TMK m. 630 hükmü ise, her zaman uygulama alanı bulamadığı gibi, uygulandığı durumlarda da kefilin mirasçılarının sorumluluğunu tamamıyla ortadan kaldırmamaktadır. Hatta bu ihtimalde kefilin mirası kayıtsız şartsız veya tutulan resmî deftere göre kabul eden mirasçılar, terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesi hâlinde alacaklılara düşecek orandan, hem tereke mallarıyla hem de şahsî mallarıyla sorumlu olmaktadırlar. Buna karşılık, karşılaştırmalı hukukta kefilin mirasçılarını daha fazla koruyan hükümler bulunmaktadır. Şöyle ki, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hukukunda süreli kefalet halinde kefilin ölümü ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, kefilin ölümü tarihinde henüz muaccel olmayan borçları bakımından kefalet sözleşmesi kural olarak sona ermiş sayılmakta; ancak kefalet sözleşmesinde bu ilkenin aksine bir anlaşma yapılmasına da izin verilmektedir. Avusturya Medenî Kanunu'nun 1367'nci maddesinde ise, alacaklının kefilin ölümünden itibaren üç yıl içinde kefilin mirasçılarına muaccel olan borçları için bildirimde bulunmaması hâlinde, kefilin borcu için rehin verilmemiş olması kaydıyla, kefaletin sona ereceği düzenlenmiştir.

Kanaatimizce Türk hukukunda da kefilin ölümü mevzuatta ayrıca düzenlenmelidir. Bu açıdan, kefilin ölümünün müaccel borçlar bakımından kefalet sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmesi yönünde bir düzenleme yapılmamalıdır. Zira bu yöndeki bir düzenleme, alacaklının menfaatlerinin göz ardı edilmesi ve kefilin mirasçılarının gereğinden fazla korunması, anlamına gelir. Bu açıdan Avusturya Medenî Kanunu'ndaki düzenlemenin esas alınması önerilebilir. Buna göre, olması gereken hukuk bakımından, alacaklının belirli bir süre içinde kefilin mirasçılarına bildirim yapmaması hâlinde, kefaletin sona ereceği öngörülebilir. Benzer şekilde kefilin borcu için rehin verilmesi ihtimalinde, temel kurala istisna getirilebilir. Hatta yapılacak kanunî düzenlemede, kefilin mirasçılarına özel bir dönme hakkı da tanınabilir. Böylece kefilin mirasçılar, kefilin ölümünden sonra alacaklıya karşı genel kredi sözleşmesine istinaden kredi kullandırmaması, aksi hâlde bu krediden sorumluluğunun olmadığı yönünde bir bildirimde bulunarak, kefaletten dönebilirler.

KAYNAKLAR*

- Abt**, Daniel/**Blattner**, Julia: “Art. 467-469, 580-597 ZGB”, in: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg. Ruth **Arnet**/Peter **Breitschmid**/Alexandra **Jungo**, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2023.
- Acar Ünal**, Özlem/**Ural Çınar**, Nihal: “Kefalet Sözleşmesi Hükümlerinin Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2-1, Prof. Dr. M. İlhan **Ulus**’a Armağan, C. I, 2016, s. 43-80.
- Acar**, Özlem: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Akartepe**, Alpaslan: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Akipek Öcal**, Şebnem: “Kefalet Sözleşmesi”, içinde: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ed. Turgut **Öz**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 845-883.
- Akkanat**, Halil: Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 275-289.
- Akyol**, Şener: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, I. Fasikül, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984.
- Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Marmara Hukuk Yorumu, Cilt: III, Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Arık**, K. Fikret: “Resmi Defter Tutma Müessesesi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 9, S. 2, 1954, s. 245-288.
- Ayalp**, Ridade Tuba: Mirasçılarının Tereke Borçlarından Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, (Miras).
- Ayan**, Serkan: “Kefalet Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2018, s. 665-692, (Görevli ve Yetkili Mahkeme).

* Aynı yazarın birden fazla eserine veya aynı soyadı taşıyan farklı yazarların eserlerine yapılan atıfları birbirinden ayırmak ve editörlü eserlere ne şekilde atıf yapıldığını göstermek için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- Ayan**, Serkan: Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, (Kefalet).
- Ayanoğlu Morali**, Ahu: “Mirasın Açılmasından Önce Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğunda Geçerli Temel İlkeler ve Bu Sorumluluğun Sınırlandığı Haller”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 11, S. 145-146, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, 2016, s. 555-586.
- Aybay**, Aydın: Miras Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Ayrancı**, Hasan: “Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 107-126, (Cari Hesaba Kefalet).
- Ayrancı**, Hasan: “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 2, 2004, s. 95-120, (Şekil Şartı).
- Baççioğlu**, Ahmet Erkal: “Tüketici Hukukunda Kefalet”, Bankacılar Dergisi, S. 67, 2008, s. 70-84.
- Bağrıaçık**, Rıdvan: “Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, içinde: Teminat Hukuku, Ed. Bilgehan **Çetiner**/Abdullah Furkan **Korkmaz**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 1165-1206.
- Barlas**, Nami: “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI, 9-10 Aralık 2005, Bankacılık Enstitüsü, Ankara 2006, s. 41-84.
- Başığit**, Özgür: “Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 33, 2005, s. 3317-3338.
- Birinci Uzun**, Tuba: Mirasın Resmi Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Breitschmid**, Peter/**Eggel**, Martin/**Eitel**, Paul/**Fankhauser**, Roland/**Geiser**, Thomas/**Jungo**, Alexandra: Erbrecht, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2023. 5. Kapitel: Erbgang
- Bucher**, Eugen: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1988.
- Bürgi**, Urs: “Art. 560-592 ZGB”, in: Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2018.

- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639), Cilt II, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Çelik**, Yiğit: “Kredi Açma Sözleşmesine İlişkin Kefaletten Dönme ve Dönmenin Hukuki Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 1, 2022, s. 105-128.
- Çınar**, Ömer: “Kiracı Lehine Yapılan Kefalet Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nun Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2018, s. 145-168, (Kiracı Lehine Kefalet).
- Çınar**, Ömer: Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, (Kefilin Sorumluluğu).
- Develioğlu**, Hüseyin Murat: (ICC’in URDG 758 Hükümleri ile İlgili Açıklamalarla Beraber) Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Druey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2002.
- Dural**, Mustafa/Öz, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.
- Emmerich**, Volker: BGB – Schuldrecht, Besonderer Teil, 14. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2015.
- Erbayraktar**, Burcu: “Kefalet Süresinin Belirlenmesinde İrade Özgürlüğünün Sınırları”, BATİDER, C. 32, S. 4, 2016, s. 135-169.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, (Özel Hükümler).
- Eren**, Fikret/Yücer-Aktürk, İpek: Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (Genel Hükümler).
- Erlüle**, Fulya: “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1-2, 2003, s. 629-644.
- Ernst**, Wolfgang/Zelger, Ulrich: “Art. 492-512: Die Bürgschaft”, in: Kurzkommentar Obligationenrecht, Hrsg. Heinrich Honsell, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.
- Ertaş**, Şeref: “Garanti, Kefalet, İpotek Sözleşmeleri ve İİK m. 45 Uygulanması”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 187, 2022, s. 122-130.

- Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo:** Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 7. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 1991.
- Göksu, Tarkan:** “Art. 457-466, 560-579, 598-601, 634-640 ZGB”, in: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg. Ruth **Arnet**/Peter **Breitschmid**/Alexandra **Jungo**, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2023.
- Guhl, Theo/Schnyder, Anton K.:** “§ 57. Die Bürgschaft”, in: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Theo **Guhl**, Alfred **Koller**, Anton K. **Schnyder**, Jean Nicolas **Druey**, 9. Auflage, Schulthess, Zürich 2000.
- Gümüş, Mustafa Alper:** “Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi (BK m. 116)”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2008, s. 25-59, (Birleşme).
- Gümüş, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt II, Eser, Vekâlet, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, (II).
- Gümüş, Mustafa Alper:** Borçlar Hukukunun Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Genel Hükümler).
- Haznedar, İbrahim Murat/Gürses, Özay Şule:** Bankacılar İçin Kefalet Sözleşmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Helvacı, İlhan:** Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605- MK. m. 618), Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.
- Hirsh, Christoph:** Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2020.
- Honsell, Heinrich:** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017.
- Huguenin, Claire:** Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2012.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan:** Miras Hukuku, 11. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2015.
- İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan:** İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- İşgüzar, Hasan:** Yeni Türk Medeni Kanunu’na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

- Kahraman**, Zafer: “Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2013, s. 149-171, (Borca Katılma).
- Kahraman**, Zafer: *Saf Garanti Taahhütleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, (Saf Garanti).
- Karrer**, Martin/**Vogt**, Nedim Peter/**Leu**, Daniel: “Vor Art. 593-597, Art. 593-597”, in: *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1- 61 SchIT ZGB*, (Hrsg. Thomas Geiser/Stephan Wolf), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2019.
- Kartal**, Dilşah Büşra: *Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: *Miras Hukuku*, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Kırca**, İsmail: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Kefalette Eşin İzni”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 435-457.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: *Miras Hukuku*, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- Koziol**, Helmut/**Welser**, Rudolf/**Zöchling-Jud**, Brigitta: *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 14. Auflage, MANZ’sche Verlag, Wien 2015.
- Krauskopf**, Frédéric/**Stuber**, Jonas: “Art. 492-512 OR: Die Bürgschaft”, in: *OFK - Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Hrsg. Jolanta Kren **Kostkiewicz**, Stephan **Wolf**, Marc **Amstutz**, Roland **Fankhauser**, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2023.
- Küçük**, Damla: “Kefilin Halefiyet Hakkı Kapsamında Sigorta Alacağını Talep Hakkı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2014, s. 91-117.
- Külahçı**, Şölen: *KKTC Özel Hukuku, Cilt 3, Sözleşmeler Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Künzle**, Hans Rainer: “Art. 593-597 ZGB”, in: *Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2018.

- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm:** Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1994.
- Looschelders, Dirk:** Schuldrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2013.
- Maraşlı Dinç, Yasemin:** Miras Hukukunda Külli Halefiyet İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan:** Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2018.
- Müller, Franz/Stamm, Johannes:** "Art. 551-579 ZGB", in: Orell Füssli Kommentar, ZGB-Kommentar, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2021.
- Oğuz, Cemal:** "Türk Borçlar Kanununa Göre Kefaletin Sona Ermesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2022, s. 29-60.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Oğuzman, M. Kemal:** Miras Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- Özen, Burak:** "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", Makaleler- Tebliğler (2001-2020), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 327-354, (Sona Erme).
- Özen, Burak:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, (Kefalet Sözleşmesi).
- Özkan Şahin, Gizem:** "Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s. 1288-1336.
- Öztan, Bilge:** Miras Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Pestalozzi, Christoph M.:** "Art. 492-512: Die Bürgschaft", in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.

- Prütting**, Jens: “§§ 765 bis 778 BGB”, in: juris Praxiskommentar BGB, Gesamthrg. Maximilian Herberger/Michael Martinek/Helmut Rüßmann/Stephan Weth/Markus Würdinger, Band 2 – Schuldrecht, Bandhrsg. Markus Junker/Roland Michael Beckmann/Helmut Rüßmann, 9. Auflage, juris GmbH, Saarbrücken, 2020.
- Reisoğlu**, Seza: “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962, s. 327-392, (Kefalet Kavramı).
- Reisoğlu**, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, (Bankacılık Uygulaması).
- Reisoğlu**, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, (Türk Kefalet Hukuku).
- Savaş**, Abdurrahman: “Roma Hukukunda Kefalet Sözleşmesinin Gelişimi ve Türk Borçlar Hukukuna Etkisi”, Prof. Dr. Türkân Rado’nun Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 637-685.
- Schäfer**, Karl-Josef: Bankkontokorrent und Bürgschaft, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1971.
- Schmid**, Jörg/Stöckli, Hubert: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Schulthess, Zürich 2010.
- Schwander**, Ivo: “Art. 566-579 ZGB”, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1- 61 SchIT ZGB, Hrsg. Thomas Geiser/Stephan Wolf, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2019.
- Seçer**, Öz: “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Tüketici Kredisiz Sözleşmelerinde Kefalet”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 139-140, 2016, s. 91-120.
- Şeker**, Muzaffer: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Avalde Eşin Rızasının Aranmayacağına Dair Verdiği Karar Kapsamında Kefalette ve Avalde Eşin Rızası”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2017, s. 147-163, (HGK).
- Şeker**, Muzaffer: Kefalette ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Eşin Rızası).
- Serozan**, Rona/Engin, Baki İlkay: Miras Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Tandoğan**, Halûk: “Kefaletin Geçerlik Şartları”, BATİDER, C. 9, 1977, s. 19-54, (Kefalet).

- Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, (Özel Borç İlişkileri).
- Taşatan**, Caner: “Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği ve Sona Ermesi Bakımından Asıl Borç”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2021, s. 341-369.
- Taşdelen**, Nihat: “Kefalet Sözleşmesinde Şekil”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 731-765.
- Tekinalp**, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Alttop**, Atillâ: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2002.
- Turan Başara**, Gamze: “Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğu Bağlamında Mirasbırakanın Kefalet Borcundan Sınırlı Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 3, 2022, s. 1099-1123.
- Uyumaz**, Alper/**Demirbaş**, Feride: “Kefalet Sözleşmesine İlişkin Şekil Kuralları Açısından Kefilin Sorumluluğunun Sınırı ve Kapsamı”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2014, s. 37-59.
- Vischer**, Markus: “Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft”, in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Hrsg. Claire **Huguenin**, Markus **Müller-Chen**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2016.
- Vogt**, Nedim Peter/**Leu**, Daniel: “Art. 580-592 ZGB”, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, (Hrsg. Thomas **Geiser**/Stephan **Wolf**), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2019.
- von Büren**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Schulthess, Zürich 1972.
- Yakuppur**, Sendi: Resmi Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Yavuz, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.

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

Yıldız Portakal, Seda: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Katılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Yılmaz, Abdulhamit: Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Yılmaz, Süleyman: Medeni Hukuk, Cilt IV, Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NUN ÖNCELİĞİ İLKESİ VE KURULACAK BİRLEŞİK KIBRIS'TA TEMİNAT ALTINA ALINMASI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1588543>

Dr. Öğr. Üyesi Ulaş GÜNDÜZLER*

Öz

Kıbrıs sorununun çözümüne dair 2000 yılından sonra yapılan tüm müzakerelerde, kurulacak Birleşik Kıbrıs'ın AB üyesi olması ve çözümün AB hukukunun temel ilkelerine uygun olması yönünde irade ortaya konmuştur. Bu bağlamda, Birlik hukukunun etkin şekilde uygulanabilmesi bakımından elzem olan ve sui generis karakteri bulunan AB hukukunun önceliği ilkesinin kurulacak olan Birleşik Kıbrıs'ta uygulanmasının temin edilmesi gerekecektir. Bu çalışmanın esas amacı da, AB hukukunun önceliği ilkesinin üye devletlere yüklediği yükümlülükleri tespit edip, hukuki niteliğini ortaya koyarak, Birleşik Kıbrıs'ta söz konusu ilkenin teminat altına alınması açısından uygulanabilecek her mevzuatın yeterliliğini değerlendirmek ve atılması gereken adımları tartışmaktır. Bu çerçevede öncelikle İlkenin yüklediği yükümlülüklerin ve hukuki niteliğinin tespiti bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ilgili içtihadı üzerinde durulacak, bazı üye devletlerin kendi anayasalarına göre ilkeyi uygulama şekillerine yer verilecektir. Bu bilgiler ışığında, Birleşik Kıbrıs bünyesinde bulunacak üç otoritenin (Federal/Konfederal otoritenin, Kıbrıs Türk ve Kıbrıs Rum otoritelerinin) kendi hukuklarını AB hukukunun önceliği ilkesine uyarlamak zorunda kalacakları da dikkate alınarak, Kıbrıs Rum hukuku, 2004 yılında referanduma sunulan "Annan Planı" ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası'nın ilgili hükümleri incelenip değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

AB Hukuku, Birleşik Kıbrıs, Öncelik, Üstünlük, Yetkisizleştirme

*

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Gazimağusa (ulas.gunduzler@emu.edu.tr) ORCID: 0000-0001-6759-901X (Gönderim Tarihi: 20.11.2024-Kabul Tarihi: 29.01.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**PRIMACY OF EU LAW AND
ITS IMPLEMENTATION IN UNITED CYPRUS
TO BE ESTABLISHED**

(Research Article)

Abstract

In all the negotiations carried out after 2000, to establish a United Cyprus, parties agreed that the island should be a member of EU and the unification must be compatible with the general principles of EU law. Therefore as one of the fundamental principles of EU law with a sui generis character, principle of primacy of EU law shall be implemented and secured in the United Cyprus to be established. The main purpose of the article is to evaluate the adequacy of all the relevant laws that may be applicable in the United Cyprus in ensuring the full effectiveness of the Principle and to discuss the measures to be adopted with this respect. To achieve that purpose, the legal obligations arising out of the Principle on the member states shall be examined in accordance with the jurisprudence of the Court of Justice of EU and the legal nature of the Principle shall be discussed in the first place. However, the legal nature of the Principle cannot be well perceived by omitting the application of the Principle by the courts of the member states. For that reason, the implementation and application of the Principle by certain member states shall be put forward in the article as well. Finally, considering the fact that, all of the three authorities of the United Cyprus (namely the federal/confederal authority, Turkish Cypriot and Greek Cypriot authorities) shall be liable to give effectiveness to EU law within the scope of their powers, the constitutional amendments adopted by the Greek Cypriot authorities, the provisions of the “Annan Plan” to implement the Principle and the Turkish Cypriot Law shall be examined.

Keywords

EU Law, United Cyprus, Primacy, Supremacy, Pre-emption

GİRİŞ

Federasyon olmasa da, işleyiş bakımından federal sistemi andıran bir yapıyla kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti, esas itibarıyla iki ayrı Toplumun (Kıbrıs Türk toplumu ve Kıbrıs Rum Toplumunu) varlığı üzerine inşa edilmiştir. Toplumlar belli alanlarda kendi toplumsal ilişkilerini serbestçe düzenleyebilirken, diğer bazı alanlardaki karar alma süreçlerine toplumsal kimliklerini temsil etmelerine olanak sağlayacak usullerle katılmışlardır. Buna olanak sağlamak için, Kıbrıs Cumhuriyeti makamları da, belli bir orana göre iki toplumun mensupları arasında paylaştırılmıştır. Bu çerçevede Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bazı konularda egemenlik yetkilerini kullanması ilgili organda bulunan Kıbrıslı Türk temsilcilerin ve Kıbrıslı Rum temsilcilerin ayrı ayrı oy çoğunluğunu gerektirmiştir. Kıbrıslı Rumlar, Kıbrıslı Türklerin nüfuslarından çok daha fazla etki ve temsiliyete sahip olmalarının devletin işleyişinde sıkıntı yarattığını ileri sürerek, anayasayı değiştirmek istemişlerdir¹.

Kıbrıslı Türklerin, eşit statülerini bozacak bu anayasa değişikliğine karşı koymaları ile Toplumlararası çatışmalar başlamış, Kıbrıslı Türkler yavaş yavaş makamlarını boşaltmak zorunda kalmış, onlardan boşalan yerlere Kıbrıslı Rumlar atanmış ve Kıbrıs Cumhuriyeti'nin yönetimi aşamalı olarak Kıbrıslı Rumların eline geçmiştir. Kıbrıslı Türkler iç çatışmalar sırasında belli bölgelerde yoğunlaşmaya başlamışlar ve kendi yönetimlerini kurmuşlardır. Türkiye'nin Ada'ya müdahalesini takiben, Ada iki ayrı coğrafi bölgeye ayrılmış, Kıbrıslı Türkler önce Kıbrıs Türk Federe Devleti'ni (KTFD), sonra da Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ni (KKTC) ilan etmiştir. Kıbrıslı Rumlar ise, hem KTFD'nin hem de KKTC'nin hukuka aykırı olduğunu, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tüm adadaki gerçek devlet olduğu tezini ileri sürmüşlerdir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı çerçevesinde KKTC Türkiye hariç hiçbir devletçe tanınmamıştır². Buna karşın Kıbrıs sorunun çözümünün, her toplumun kendi bölgesinde kendi otoritelerini kullanabileceği bir sistemle sağlanabileceği anlaşılmıştır³. Diğer bir ifadeyle, sadece işlevleri bakımından federasyona benzeyen, Toplumların kendi yönetimlerinde bulunan hiçbir coğrafi alanın bulunmadığı bir yapılanma yerine artık

¹ **Efegil, Ertan/Olcay**, Ayşe Mine: "Tarafların Kıbrıs Sorununa Yaklaşımı", Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları, Sayı 1, 2004, s. 114-115.

² **Vatansever**, Müge: "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Özel Sayı, 2010, s. 1512-1518.

³ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin tarafları iki bölgeyi iki toplumlu bir federasyon kurmak için çaba göstermeye davet ettiği kararı için bkz. United Nations Security Council (UNSC) Res 649 (12 March 1990) S/RES/649(1990).

iki bölge, iki toplumlu federasyon müzakerelerin konusunu oluşturmaya başlamıştır. Ancak bu görüşmeler hiçbir sonuca varmasa da, “Kıbrıs Cumhuriyeti’nin” yönetimini elinde bulunduran Kıbrıslı Rumlar, tüm adayı AB üyesi yapmak için üyelik başvurusunda bulunmuşlardır.

Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası’na ve Garanti Antlaşması’na aykırı olarak⁴, Kıbrıslı Türklerin yokluğunda yürütülen süreçlerin tamamlanması ile Kıbrıs Rum Kesimi, 1 Mayıs 2004’te Kıbrıs adasının tamamını temsilen, “Kıbrıs Cumhuriyeti” adı altında Avrupa Birliği’ne üye olmuştur. Üyeliği sağlayan Katılım Antlaşması’nın 10. Protokolü⁵, Kuzey Kıbrıs’ı, “Kıbrıs Cumhuriyeti’nin etkin kontrolü altında bulunmayan bölge” olarak nitelendirmiş ve müktesebatı Kuzey Kıbrıs’ta askıya almıştır. Katılım Antlaşması’na eklenen 10. Protokol, Kıbrıs’ta ulaşılabilecek bir çözümün Avrupa Birliği’nin prensiplerine uygun olması gerektiğinin altını çizmiş, bu çözüme ulaşıldıktan sonra müktesebatın Kuzey Kıbrıs’ta askıdan kalkacağını, Konsey’in de oybirliği ile Kıbrıs Türk Toplumu’nun AB’ye uyumu ile ilgili kararlar alma yetkisi olduğunu düzenlemiştir.

Kıbrıs adasının yeniden birleşmesine yönelik yapılan 11 Şubat 2014’teki görüşmelerde, ortak bildiri⁶ ile 7 konuda mutabakat sağlanmıştır. Mutabakata varılan en temel hususlardan biri de, Birleşik Kıbrıs’ın, tek uluslararası kimliğe ve tek egemenliğe sahip, iki bölge ve iki toplumlu bir federasyon olacağıdır. Mutabakata göre, iki bölge ve iki toplumlu federasyon AB üyesi olacak ve tüm adada AB’nin temelini oluşturan prensipler korunacaktır. Görüleceği üzere, hem AB, hem de Kıbrıs Türk ve Kıbrıs Rum tarafları, AB hukukunun temel prensiplerine uyumlu bir çözüm talep etmişlerdir. Bu mutabakat çerçevesinde yapılan görüşmeler de bir sonuca varmamıştır. Buna karşın, Kıbrıs sorununa çözüm arama çabaları günümüzde de devam etmektedir ve edecektir. Zira Kıbrıs’ta mevcut durum bir barış antlaşmasına değil, ateşkes antlaşmasına dayanmaktadır. Son dönemlerde Kıbrıs Türk

⁴ Bkz. **Denker**, M. Sami: “Kıbrıs Cumhuriyeti ve Avrupa Birliğine Üyelik Sorunu”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2001, s. 9-11.

⁵ Act concerning the conditions of accession of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic and the adjustments to the Treaties on which the European Union is founded - Protocol No 10 on Cyprus, OJ L 236, 23.9.2003, p. 955.

⁶ 11 Şubat 2014 tarihli ortak bildirinin İngilizce metni için bkz. “11 February 2014 Joint Declaration on Cyprus,” Erişim tarihi: 27 Ocak 2025, <https://uncyprustalks.unmissions.org/11-february-2014-joint-declaration-cyprus>

tarafı, önceki pozisyonunu değiştirerek adada varılacak çözümün iki devletli olması yönünde irade ortaya koymaya başlamıştır.

Tarafların çözüm şekli ile ilgili pozisyonlarında farklılıklar olsa da, taraflar AB'ye üyelik ve bulunacak çözümün AB hukukunun temel prensiplerine uygun olması yönündeki iradelerini değiştirdiklerini gösteren beyanda bulunmamışlardır. O halde, AB hukukunun en temel prensiplerinden birinin de AB hukukunun önceliği prensibi olduğu dikkate alındığında, Kıbrıs sorununa bulunacak çözümün bu prensibin Birleşik Kıbrıs'ta güvence altına alınmasını sağlayacak şekilde olması gerekecektir. Ulaşılabilecek çözüm, federasyon şeklinde de olsa, konfederasyon şeklinde de olsa, AB hukukunu uygulayacak tek bir yerel otorite değil, en az üç otoriteye dayanacaktır. Bunlar; Federasyon ya da Konfederasyon otoriteleri, Kıbrıs Türk devleti otoriteleri ve Kıbrıs Rum devleti otoriteleridir. Bu otoritelerin her biri kendi yetki alanında hukuk yaratma gücüne sahip olacaktır. Nitekim 2014'te varılan mutabakatta da, oluşturulacak olan federasyonda, yetkilerin federe devletlerle federasyon arasında kesin bir şekilde paylaştırılması öngörülmüş, Federasyon'un yetkilerinin açık ve net şekilde sayılması, artık yetkilerin ise federe devletler tarafından, federasyonun hiçbir müdahalesi olmaksızın kullanılması konularında uzlaşmıştır.

Birliğe üye Birleşik Kıbrıs'ın, AB hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi, sadece federasyon/konfederasyonun değil, her üç otoritenin de kendi hukuklarında AB hukukunun önceliğini teminat altına almasını gerektirecektir.

Bu çalışmanın esas amacı, AB hukukunun önceliği prensibinin üye devletlere yüklediği yükümlülükleri tespit ederek hukuki niteliğini ortaya koymak ve Birleşik Kıbrıs'ta AB hukukunun önceliğinin nasıl güvence altına alınacağını tartışmaktır. Bu çerçevede, öncelikle Birlik hukukunun doğrudan uygulanırılığı ve doğrudan etkisinden kısaca bahsetmek gerekmektedir. Zira, AB hukukunun önceliği ilkesinin kapsamına giren hukuk kaynaklarının tespitinde, bu hukuk kaynaklarının doğrudan uygulanırılık ve özellikle doğrudan etkililik özellikleri büyük bir öneme sahiptir. AB hukukunun doğrudan uygulanırılık ve doğrudan etki prensiplerine ilişkin temel bilgiler aktarıldıktan sonra, öncelik prensibini ortaya koyan Costa v. Enel davası incelenerek, Adalet Divanı tarafından öncelik prensibinin geliştirilmesinde ortaya konan gerekçeler üzerinde durulacaktır. Costa v. Enel davası dışında Divan tarafından karara bağlanan diğer davalara da değinilerek, öncelik prensibinin üye devletlere yüklediği yükümlülükler açıklanacaktır. Böylelikle, literatürde kullanılan “AB hukukunun önceliği” ve “AB hukukunun üstünlüğü” kavramları arasında bir fark olup olmadığı, Amerikan Anayasası'nda yer alan

“supremacy clause” yani “üstünlük hükmü” da dikkate alınarak tartışılabilir, hangi kavramın tercih edilmesi gerektiği ile ilgili görüşler ortaya konmaya çalışılacaktır. AB hukukunun önceliği ilkesinin hukuki niteliği değerlendirilirken, Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkan ve Avrupa Birliği hukukuna ilişkin literatürde de sıkça tartışılan “pre-emption” yani “yetkisizleştirme” ilkesinden de bahsedilecek, iki ilkenin kapsamına giren haller ayrıştırılmaya da çalışılacaktır.

Çalışmada son olarak, bazı üye devletlerin hukuklarının ve ulusal yüksek mahkemelerin öncelik prensibini ne ölçüde kabul ettikleri ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede bazı üye devletlerin hukuki düzenlemelerine ve mahkeme kararlarına yer verilecektir. Bunların ışığında, Birleşik Kıbrıs çatısı altında, Kıbrıslı Türklerin kontrolünde bulunan federe devletin anayasasına dönüşecek olan veya en azından kaynak teşkil edecek olan KKTC anayasasının, öncelik prensibini mevcut haliyle ne kadar güvence altına aldığı tartışılacaktır. Bu çerçevede ayrıca, yaygın olarak Annan Planı olarak bilinen ve Kıbrıs sorununa kapsamlı çözüm getirmeyi hedefleyen Antlaşma’nın ilgili hükümlerine ve Kıbrıs Rum Kesimi’nin öncelik prensibini güvence altına almak için yaptığı çalışmalara da değinilecektir. Bu hüküm ve çalışmaların, Öncelik prensibini teminat altına almaya yönelik olarak Kıbrıs Türk hukukunda yapılacak değişiklikler için örnek teşkil edip edemeyeceği üzerinde de durulacaktır.

I. AB HUKUKUNUN ÖNCELİĞİ İLKESİNİN GELİŞİMİ VE KAPSAMI

Avrupa Birliği hukukunun önceliği ilkesi Kurucu Antlaşmalarda düzenlenmemiş, Adalet Divanı kararları ile ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Nitekim, Avrupa Birliği hukuku içerisinde kurallar hiyerarşisinin tepesinde yer alan Lizbon Antlaşması’na eklenen 17. Bildirge (deklarasyon) “... Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın içtihadına göre ve bu içtihadta belirtilen koşullarla, Antlaşmalar ve Antlaşmalar uyarınca yürürlüğe sokulmuş AB hukuku üye devletlerin hukukundan önceliklidir” hükmünü içermektedir. Yani Lizbon Antlaşması ve 17. Bildirge, AB hukukunun önceliği ilkesini tanımlamamış, kapsamını belirlememiştir. Söz konusu bildirge, prensibin kapsamını belirlemek bakımından Adalet Divanı kararlarına gönderme yapmıştır. Nitekim 22 Haziran 2007 tarihli Konsey Hukuk Servisi görüşü, öncelik prensibinin gelecekteki Antlaşmalarda yer almasa da bu prensibin ve buna ilişkin Divan

içtihadının geçerli olduğunun altını çizmiştir⁷. Bu sebeple prensibin niteliğinin anlaşılabilmesi için öncelikle Adalet Divanı içtihadının incelenmesi gereklidir.

AB hukukunun önceliği prensibinin uygulanabilmesi için, öncelikle ulusal hukuk kuralı ile Avrupa Birliği hukuku kuralının çatışması gereklidir. Ancak bir uyuşmazlığa hem AB hukuku kuralının, hem de ulusal hukuk kuralının uygulanabildiği ve bu iki hukuk kuralının farklı sonuçlar öngördüğü durumlarda öncelik prensibi geçerli olacaktır⁸. O halde, öncelik prensibinin geçerli olmasının ilk koşulu, ulusal mahkemede açılan davalarda AB hukuku kuralının uygulanabilmesidir. Hukuken bağlayıcı olan ve ulusal hukukla çatışabilecek Avrupa Birliği hukuku kuralları, Antlaşmalar, Tüzükler, Direktifler ve Kararlardır. Söz konusu Avrupa Birliği hukuku kurallarının, ulusal mahkeme önündeki uyuşmazlıklara uygulanabilmesi, bu kuralların iç hukuka etki etmesine bağlıdır. Bu çerçevede, AB hukukunun doğrudan uygulanırılığı ve doğrudan etkililiği önem taşımaktadır. Toplulukların ilk dönemlerinde bu kavramlar karıştırılmıştır. Ancak günümüzde doğrudan uygulanırlık, AB hukuku kuralının, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, üye devletlerin organları tarafından iç hukuka aktarılması gerekmez, iç hukukların bir parçası haline gelmesini ifade etmekte, doğrudan etki ise, ilgili AB hukuku kuralının, açık ve şartsız olmasını, kişilere ulusal mahkemelerde ileri sürebilecekleri haklar vermesini ifade etmektedir⁹.

Avrupa Topluluklarının ilk dönemlerinde, ulusal hukukun ve Antlaşmaların çatışması dava konusu olmuştur. Bu çerçevede anılması gereken ilk Divan kararı *Van Gend en Loos*¹⁰ kararıdır. Söz konusu karar, Antlaşmalar'ın öngördüğü gümrük vergilerini artırma yasağının Hollanda tarafından ihlal edilmesi üzerine, ithalatçı bir şirket tarafından ulusal mahkemede dava açılması sonucunda ortaya çıkmıştır. Ulusal mahkeme, ön karar usulü çerçevesinde, Adalet Divanı'na, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'nın ilgili hükmünün üye devletlerin vatandaşlarına ulusal mahkemelerde ileri sürebilecekleri bireysel haklar verip vermediğini sormuştur.

⁷ “Opinion of the Council Legal Service of 22 June 2007,” Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016L/AFI/DCL/17&from=HU>

⁸ **Kruis**, Tobias: “Primacy of European Union Law – From Theory to Practice”, *Ritsumeikan Law Review*, Cilt 28, 2011, s. 271.

⁹ **Arnull**, Anthony/**Dashwood**, Alan/**Doughan**, Michael/**Ross**, Molcom/**Spaventa**, Elenor/**Wyatt** Derrick: *Whatt & Dashwood's European Union Law*, 5. Baskı, Sweet & Maxwell, Londra 2006, s. 126.

¹⁰ Case 26/62, *Van Gend En Loos* [1963] ECR 00001.

Söz konusu dava, AB hukukunun önceliği ile ilgili değildir. Zira, Hollanda hukuku, uluslararası hukuku kurallar hiyerarşisinin en üst noktasına yerleştirmiştir. Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukukun üstünlüğünü kabul etmiştir¹¹. Ancak Divan'ın bu davada verdiği karar, AB hukukunun önceliği prensibinin ortaya çıkmasına zemin hazırlayacak tespitler içermiştir. Zira, Divan kararda, Topluluk (Birlik) Antlaşmaları'nın uluslararası antlaşmalardan ayrılan karakterini ortaya koymuştur. Buna göre, Antlaşmalar, egemen devletler arasında karşılıklı yükümlülükler yaratmanın ötesinde, Topluluğa (Birliğe) kullanılması üye devletlere ek olarak onların vatandaşlarını da etkileyecek egemenlik yetkileri ile donatılmış kurumlar oluşturmakta, böylelikle devletlerin egemenliklerini lehine kısıtlamış olduğu yeni bir hukuk düzeni yaratmaktadır. Dolayısıyla, üye devletlere ek olarak, onların vatandaşları da, üye devletlerin düzenlemelerinden bağımsız olarak, Antlaşmalarla öngörülen bu yeni hukuk düzeninin süjeleridirler. Bu hukuk düzeninin kuralları üye devlet vatandaşlarına ulusal mahkemede ileri sürebilecekleri haklar vermektedir. Bu hakların ileri sürülmesi için Antlaşmalar tarafından bu hakların açık şekilde verilmesi de zorunlu değildir. Bu haklar, Antlaşmaların kişilere, devletlere veya Birliğe yüklediği açıkça belirlenmiş yükümlülüklerden de doğabilir. Bu nedenle antlaşma hükümleri, üye devletlere belli yasaklar yani olumsuz yükümlülükler (örneğin belli birşeyi yapmama veya belli birşeyden kaçınma yükümlülüğü) getirmiş olsa dahi, bu yasakların açık, kesin ve uygulamaya geçirilmesi için üye devletin ek işlem yapmasını gerektirmeyecek kadar koşulsuz olmaları halinde, vatandaşlar ile üye devletler arasındaki ilişkiler için de doğrudan etkili olacaklardır¹².

Antlaşmaların doğrudan etkili olan hükümlerinin, ulusal mahkemelerde ileri sürülebileceğini ortaya koyan Divan, Antlaşmalar ile ulusal tasarrufların çatıştığı hallerde, Antlaşmaların öncelikli olması gerektiğine *Costa v. Enel*¹³ davasında hükmetmiştir. Söz konusu davada, İtalya'nın elektrik dağıtım şirketlerini devletleştirmeye yönelik çıkarmış olduğu kanunun, AB hukukuna (o dönemin Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'na) aykırı olduğu da iddia edilmiştir. İtalyan Anayasası'na göre, uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğundan hareketle, İtalyan Anayasa Mahkemesi Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Antlaşması'nın 1958 tarihli kanun niteliğinde olduğu, devletleştirme kanunun ise sonraki tarihli kanun olarak, AET Antlaşması'nın çatışan hükümlerini ilga ettiği yönünde yorum yapmıştır.

¹¹ **Lenaerts, Koen/Nuffel, Piet Van:** European Union Law, 6. Baskı, Sweet & Maxwell, Londra 2011, s. 785-786.

¹² Case 26/62, II, B

¹³ Case 6/64, *Costa v. Enel* [1964] ECR 00585.

Davaya bakan alt mahkemenin önkarar usulünü çalıştırması üzerine, Adalet Divanı, sonraki kanun ile AET Antlaşması hükümlerinin ilga edilemeyeceğini konusundaki içtihadını bu davada ortaya koymuştur¹⁴.

Divan kararında, üye devletlerin sınırsız süreli olarak yarattıkları AB'nin (AET'nin) kendi kurumlarının, kendi tüzel kişiliğinin, uluslararası alanda temsil ehliyetinin ve özellikle üye devletlerin egemenliklerinin kısıtlamasından kaynaklanan yetkilerinin bulunduğunu belirterek, üye devletlerin kendi egemenlik haklarını kısıtladıklarını, böylelikle hem kendilerini hem de vatandaşlarını bağlayan bir hukuk kuralları bütünü yarattıklarını hatırlatmıştır. Divan, Antlaşmalar'dan doğan bu hukuk kuralları bütünün üye devletlerin hukukun bir parçası haline geldiğini belirterek, üye devletlerin karşılıklı olarak yarattıkları bu hukuk kurallarına nazaran, tek taraflı olarak sonradan çıkaracakları tasarruflara öncelik veremeyeceklerine hükmetmiştir. Divan bu hükmü verirken, üye devletlerin sonradan tek yanlı olarak çıkaracakları tasarruflara Antlaşmalarla yaratılan hukuk kurallarına göre öncelik vermelerinin, AB kurallarının tüm üye devletlerde aynı şekilde etki göstermesini engelleyeceğini, bu durumun da AB'nin amaçlarına ulaşmasını önleyeceğini dikkate almıştır¹⁵.

Costa v. Enel davası, esas itibarıyla AB hukukunun birincil kaynaklarından olan yani, AB hukuku içerisinde kurallar hiyerarşisinin tepesinde bulunan Antlaşmalar ile üye devletlerin sonradan yürürlüğe koyacakları ulusal kanunların çatışması ile ilgilidir. AB hukukunun ikincil kaynakları, yani Antlaşmalar değil de AB'nin yürürlüğe koyduğu tasarruflar ile ulusal hukuk içerisinde kurallar hiyerarşisinin en üstünde bulunan ulusal anayasaların çatışması halinde dahi, AB hukukunun önceliği prensibinin geçerli olacağını ortaya koymak bakımından *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁶ davası önem arz etmektedir.

Bu davada, esas itibarıyla tarım ürünlerinin ithalatını düzenleyen Birlik tasarrufunun, Alman Anayasası'nın öngördüğü insan haklarına ilişkin prensiplere aykırı olduğu ve bu nedenle geçersiz olduğu iddiası gündeme gelmiştir. Adalet Divanı, Birlik hukuku kurallarının geçerliliğinin denetlenmesinde ulusal hukuk kurallarına başvurulmasının, Birlik hukukunun tekliği ve etkisi üzerinde olumsuz bir etki doğuracağına, Birlik hukukunun bağımsız bir hukuk kaynağı olması itibarıyla ulusal hukuk kuralları ile ortadan kaldırılma-

¹⁴ “Flaminio Costa v ENEL – 1964”, LawTeacher, Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, <https://www.lawteacher.net/cases/flaminio-costa-v-enel.php?vref=1>

¹⁵ Case 6/64, *Costa v. ENEL*.

¹⁶ Case 11/70, *Innternationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.

yacağına hükmetmiştir. Bu çerçevede Birlik tasarruflarının geçerliliğinin ancak Birlik hukukuna göre denetlenebileceğine, bu tasarruflarının üye devletlerdeki etkisinin ve geçerliliğinin üye devletlerin anayasalarındaki temel hak ve özgürlüklere aykırılık iddialarından etkilenmeyeceğine karar vermiştir¹⁷. O halde, hem Antlaşmaların hem de Antlaşmalar uyarınca yürürlüğe konulmuş, hukuken bağlayıcı AB tasarruflarının geçerliliği ve etkisi, daha sonradan çıkarılacak ulusal tasarruflardan ve anayasal nitelikteki kurallardan etkilenmeyecektir.

*Simmenthal II*¹⁸ davasında Divan, AB hukukunun önceliği prensibinin kapsamı ve hukuki niteliği ile ilgili akademik tartışmalara yol açacak ve ulusal yargı sisteminin işleyişini dahi etkileyebilecek kararlar vermiştir. Söz konusu dava, İtalya'nın AB Tüzüğü'ne aykırı olarak veteriner ve kamu sağlık ücreti alması üzerine gündeme gelmiştir. Ulusal mahkeme, AB Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden sonra İtalya tarafından yürürlüğe sokulan kanuna istinaden ithal et ürünlerinden veteriner ve sağlık ücreti alınmasının Tüzüğe aykırı olduğu gerekçesi ile alınan ücretin iadesine karar vermiştir. İlgili Bakanlık kararı temyiz etmiş, İtalyan hukukuna göre, kanunların ancak anayasa mahkemesi tarafından anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilebileceğini veya yasama organı tarafından yürürlükten kaldırılabileceğini ileri sürerek, bu iki olasılıktan biri gerçekleşene kadar ulusal mahkemelerin söz konusu kanunu uygulamaya devam etmek zorunda olduğunu iddia etmiştir¹⁹.

Divan, bu meselede, öncelikle AB hukukunun önceliği prensibi uyarınca, Antlaşma hükümleri ve doğrudan uygulanır AB tasarruflarının, yürürlüğe girdikten sonra, kendileri ile çatışan mevcut ulusal hukuk kurallarını uygulamamaz kıldıklarına hükmetmiştir. Buna ek olarak, üye devletlerin, söz konusu AB hukuku kuralları yürürlüğe girdikten sonra, bu kurallara aykırı ulusal kanunların hukuka uygun bir şekilde yürürlüğe sokulamayacağını da belirtmiştir. Divan, Birliğin yetki kullanarak tasarrufta bulunduğu bir alanda AB hukuku ile çatışan ulusal hukuk kurallarının tanınmasının ve etki doğurmalarına izin verilmesinin, üye devletlerin koşulsuz olarak ve geri dönülmez bir şekilde üstlenmiş oldukları yükümlülüklerin topyekûn reddi anlamına geleceğini belirtmiştir²⁰. Bu çerçevede, AB hukuku kurallarına tam etki verme ve bu kuralların kişiler lehine yarattığı hakları koruma yükümlülüğü altında olan ulusal mahkemelerin, AB hukuku kurallarından önce veya sonra yürür-

¹⁷ Case 11/70. para. 2.

¹⁸ Case 106/77, *Simmenthal II* [1978] ECR 00629.

¹⁹ Case 106/77. para. 1-7B.

²⁰ Case 106/77. para. 17-18.

lûge girdiğine bakmaksızın, çatışan ulusal hukuk kurallarını uygulamaması gerektiğine hükmetmiştir. Buna bağlı olarak, ulusal mahkemelerin çatışan ulusal hukuk kurallarını, anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmelerini veya yasama organı tarafından yürürlükten kaldırılmalarını beklemek zorunda olmaksızın uygulamaları gerektiğinin altını çizmiştir²¹.

Divan kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, AB hukukunun önceliği prensibinin, üye devletlerin AB hukuku ile çatışan ulusal hukuk kurallarını yürürlüğe koymalarını yasakladığı, yürürlükte bulunan veya daha sonradan yürürlüğe koyulan ve AB hukuku ile çatışan ulusal hukuk kurallarının uygulanmasını engellediği, ulusal mahkemelere, çatışan ulusal hukuk kurallarının yasama organı tarafından kaldırılmasını veya anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesini beklemekten önceki meseleye uygulamama yükümlülüğü getirdiği, AB hukuku kurallarının geçerliliğinin ulusal anayasalara göre yapılmasını engellediği, yani ulusal anayasa aykırı olsalar bile AB hukuku kurallarının uygulanmasını gerektirdiği²² sonucu çıkarılmaktadır.

Simmenthal II kararı akla, öncelik prensibinin sadece Antlaşma hükümleri ve doğrudan uygulanır AB tasarrufları için mi geçerli olduğu sorusunu getirmektedir. İlk bakışta, doğrudan uygulanır olmayan AB tasarruflarının (direktiflerin) iç hukuka aktarma süresi geçtikten sonra ve ancak doğrudan etkili olmaları halinde, yani kişilere açık, kesin ve şartsız haklar sunmaları halinde, ulusal hukuk karşısında önceliğinin olacağı düşünülebilir. Öncelik ve doğrudan etki ilkeleri birbiri ile bağlantılı olsa da, öncelik prensibi sadece, kişilere ulusal mahkemede ileri sürebilecekleri haklar veren doğrudan etkili AB hukuku kuralları için geçerli değildir. Bir AB hukuku kuralı, doğrudan etkili olmasa bile, belirli bir sonuç öngörüyorsa ve ulusal hukuk kuralları bu sonucun doğmasını engelleyecek hükümler içeriyorsa, AB hukukunun önceliği prensibi yine de geçerli olacaktır. Diğer bir ifadeyle, ilgili AB hukuku kuralı kişilere açık, kesin ve şartsız haklar vermeyip, üye devlete, kişilere haklar verecek koşulları yaratma yükümlülüğü getirirse de, öncelik

²¹ Case 106/77. para. 20-24.

²² Divan, daha sonraki davalarda ortaya koyduğu içtihadında, üye devletlerin hukuklarında bulunan ortak prensiplerin AB hukukunun birincil hukuk kuralları içerisinde yer aldığına, bu çerçevede AB tasarruflarının geçerliliklerinin bu prensiplere uygunluğunu denetleyeceğine karar vermiştir. Çalışmanın kapsamı dışında kaldığından, bu konuya burada değinilmeyecektir. Ancak Divan'ın, AB tasarruflarının geçerliliğini, üye devletlerin ortak prensiplerine uygunluğunu kendisinin değerlendirebileceğine ve bu konuda ulusal yargı mercilerinin yetkisinin bulunmadığına karar verdiğinin altını çizmekte fayda vardır.

prensibi uygulama alanı bulacaktır²³. *Klamert* de, doğrudan etkili olmayan direktiflerin, usul hukuku bakımından önceliği bulunduğunu belirtmektedir. Yazar, dolaylı etki ilkesinin, direktiflerin amaçsal bakımdan bağlayıcı olduklarından hareketle, ulusal mahkemeleri ulusal hukuk kurallarını yorumlarken, direktifin amacına uygun yorum yapma yükümlülüğü altına soktuğunu, direktifin amacına aykırı ulusal yorum tekniklerinin uygulanmaması gerektiğini öne sürmektedir. Bu çerçevede, öncelik ilkesi, mahkemelere, (doğrudan uygulanır olmasa da) doğrudan etkili direktiflerle çatışan ulusal maddi hukuk kurallarının uygulanışını durdurma yükümlülüğü getirirken, doğrudan etkili olmayan direktifler bakımından da, ulusal hukukun, direktifin amacına aykırı olarak yorumlanmasını sağlayacak ulusal usul kurallarını uygulamama yükümlülüğü getirmektedir²⁴.

O halde öncelik prensibi, Antlaşma hükümleri, doğrudan uygulanır AB tasarrufları ve doğrudan uygulanır olmasa da doğrudan etkili olan AB tasarrufları (kişilere açık, kesin ve şartsız haklar veren direktifler) için söz konusu olmakta ve ulaşılmak istenen amaç bakımından, doğrudan etkili olmayan AB tasarrufları karşısında ulusal usul hukuku kurallarını uygulanamaz kılmaktadır. Ancak *Aras*'ın işaret ettiği üzere öncelik ilkesinin uygulanmasının belli sınırları mevcuttur. Bu sınırlamalardan ilki, öncelik prensibine ilişkin olarak Lizbon Antlaşmasına eklenen 17. Deklerasyonda belirtilmiştir. Buna göre, Ortak Dış ve Güvenlik Politikası kapsamındaki tedbirlerin ulusal hukuka nazaran önceliği söz konusu değildir. Ayrıca Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 351. maddesi uyarınca, üye devletlerin AB'ye üye olmadan önce veya Avrupa Toplulukları kurulmadan önce, üçüncü devletlerle akdettikleri uluslararası antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükler AB Hukuku'ndan etkilenmeyecektir. Ek olarak, AB Hukuku'nun önceliği ilkesi, üye devletlerin ulusal kimliklerini korumaya yönelik temel anayasal prensipler ve hukukun genel ilkeleri ile de sınırlanmıştır. AB Antlaşması'nın 4/2. maddesi uyarınca, Birlik hem üye devletlerin Antlaşmalar karşısındaki eşitliğine hem de ulusal kimliklerine, kamu düzenini, toprak bütünlüğünü ve ulusal güvenliğini sağlamaya dair devlet fonksiyonlarına saygı göstermelidir²⁵.

²³ **Lenaerts, Koen/Corthaut, Tim**: “of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU Law”, *European Law Review*, Cilt 31, Sayı 3, 2006, s. 290-291.

²⁴ **Klamert, Marcus**: “Supremacy, Pre-emption, and the Union Interest”, içinde *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford Academic, Oxford 2014, Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199683123.003.0005>, s. 103-104.

²⁵ Detay için bkz. **Aras, İlhan**: “Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi”, *Sayıştay Dergisi*, Cilt 99, Ekim-Aralık Sayısı, 2015, s. 21-22.

II. AB HUKUKU'NUN ÖNCELİĞİ PRENSİBİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Önceki bölümde, öncelik prensibinin kapsamı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede, öncelik prensibinin, üye devletlerin yasama, yürütme ve yargı organları üzerinde yarattığı yükümlülükler, hangi AB Hukuku kurallarının, hangi koşullarla ulusal hukuka nazaran öncelikli olacağı açıklanmıştır. Ancak doktrinde, AB Hukuku'nun önceliği ilkesinin hukuki niteliğinin ne olduğu da oldukça önemli bir yer tutmuştur.

Bazı yazarlar, “AB Hukuku'nun önceliği” kavramı yerine “AB Hukuku'nun üstünlüğü” kavramını kullanmıştır. Bazı yazarlar ise, “üstünlük” kavramının hatalı olduğu görüşünü ortaya koymuş “öncelik” kavramında ısrar etmiştir. “Öncelik” kavramında ısrarcı olan *Kruis*, “üstünlük” kavramının kullanılmasına lafzi bir değerlendirme yaparak karşı çıkmaktadır. Yazara göre “üstünlük” kavramı ancak tek ve hiyerarşik yapıdaki bir hukuk sistemi içerisinde kullanılabilir ki, bu durumda üstünlük kavramının kullanılması, AB Hukuku ile ulusal hukuk arasında bir hiyerarşinin varlığını gerektirmektedir. AB Hukuku'nun ulusal hukuktan bağımsız olduğunu ortaya koyan Adalet Divanı kararlarına istinaden, böyle bir hiyerarşinin bulunmadığını ifade eden Yazar, üstünlük kavramının kullanılmasının hatalı olduğunu ileri sürmektedir. Yazar, Adalet Divanı tarafından geliştirilen öncelik ilkesinin, daha ziyade kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu öne sürmektedir²⁶.

Avbelj ise, ilgili prensibin öncelik veya üstünlük kavramları ile tanımlanması bakımından sadece lafzi değerlendirmenin yapılmasının yeterli olmadığını, prensibin doğasına, kapsamına ve sonuçlarına da bakılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Yazara göre, ilgili prensibin doğası incelenirken, hem AB Hukuku ile ulusal hukuk ilişkisine bakılmalı, hem de bu prensibin diğer kurumsal prensiplerle ilişkisi dikkate alınmalıdır. Prensibin kapsamı bakımından ise, hangi AB Hukuku kurallarının, hangi ulusal hukuk kurallarına göre öncelikli veya üstün olacağı tespit edilmelidir. Son olarak prensibin sonuçları bakımından, AB Hukuku ile çatışan ulusal hukuk kurallarının uygulanmasının mı durduğu, yoksa bu ulusal hukuk kurallarının geçersizliğinin mi söz konusu olduğuna bakılmalıdır²⁷.

Kanımızca, değerlendirme yapılırken *Avbelj* tarafından öne sürülen formüle göre değerlendirme yapmak daha gerçekçi olacaktır. Zira, Adalet Divanı içtihadı dikkate alındığında, öncelik ilkesinin tek başına bir kanunlar

²⁶ *Kruis*, s. 270-271.

²⁷ *Avbelj*, Matej: “Supremacy or Primacy of EU Law – (Why) Does it Matter?”, *European Law Journal*, Cilt 17, Sayı 6, 2011, s. 745-746.

ihtilafı kuralı olmadığı anlaşılmaktadır. Divan, daha önce de belirtildiği üzere Simmental II davasında, öncelik ilkesi çerçevesinde, AB tasarrufları ile çatışan ulusal hukuk kurallarının hukuka uygun bir şekilde yürürlüğe sokulmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Oysa, kanunlar ihtilafı kuralları, aynı meseleye uygulanacak birden fazla geçerli hukuk kuralının varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Adalet Divanı ise, AB tasarruflarının yürürlüğe girmesinden sonra onlarla çatışan ulusal hukuk kurallarının hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir. Bu hüküm bazı yazarlarda, öncelik prensibinin, Amerika Birleşik Devletleri hukukunda yer alan pre-emption (yetkisizleştirme, etkisizleştirme) ilkesini de kapsadığı kanaatini yaratmıştır.

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda, üstünlük ilkesi ile pre-emption ilkeleri bir birlerinden ayrı iki ilke olarak var olmaktadır. Amerikan anayasasındaki üstünlük hükmü, Federal anayasanın, bu anayasaya uygun olması kaydıyla federal yasaların, Birleşik Devletler'in yetkisi kapsamındaki uluslararası antlaşmaların ülkenin üstün hukuku olduğunu düzenlemektedir. Üstünlük hükmü, anayasal bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak, federal hukuka eyalet hukukuna nazaran öncelik tanısa da, Amerikan Kongresi'ne eyalet hukukunu etkisizleştirme yetkisi vermemektedir²⁸. Diğer bir ifadeyle, federal hukuka aykırı eyalet hukuku kuralları ancak çatışma halinde uygulanmamaktadır. Çatışma olmadığı hallerde, geçerli olmaya devam etmeleri nedeniyle eyalet hukuku kuralları uygulanmaya devam edebilmektedir. Başka bir ifadeyle üstünlük ilkesi, eyalet hukukunun da uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, eyalet hukukunun uygulanmasını engellememektedir²⁹.

Yetkisizleştirme prensibi, zaman zaman üstünlük ilkesi ile karıştırılsa da, üstünlük ilkesinden tamamen ayrı ve farklı bir prensiptir. Yetkisizleştirme prensibi, Amerikan anayasa hukuku kaynaklı bir prensip olmakla birlikte, federasyonun düzenleme yapmak suretiyle, eyaletlerin düzenleme yapma yetkisini ortadan kaldırmasını ifade etmektedir³⁰. Her iki prensip de, federasyon ve eyaletlerin yetkilerinin yarıştığı alanlarda ortaya çıkmakta, bu sebeple zaman zaman birbirleri ile karıştırılmaktadırlar. O halde, federasyonun, tasarrufta bulunmak suretiyle eyaletin yetkisini ortadan kaldırdığı hallerde, eyaletin bir tasarrufta bulunması, tasarrufun yetkisizlikle sakat olmasına sebebiyet vermektedir. Oysa, daha önce de belirtildiği üzere, üstünlük

²⁸ **Dinh, Viet D.**: "Reassessing the Law of Preemption", The Georgetown Law Journal, Cilt 88, Sayı 7, 1999-2000, s. 2088-2090.

²⁹ **Nelson, Caleb**: "Preemption", Virginia Law Review, Cilt 86, Sayı 2, 2000, s. 252.

³⁰ **Soares, Antonio Goucha**: "Pre-emption, conflicts of powers and subsidiarity," European Law Review, Cilt 23, Sayı 2, 1998, s. 132.

ilkesinin uygulanabilmesi, hem federal hukukun hem de eyalet hukukunun geçerli olmasına bağlıdır. Yani üstünlük ilkesi, hem eyalet tasarrufunun hem de federasyon tasarrufunun geçerli olduğu ve aynı meseleye uygulanabildiği hallerde devreye girmekte ve meseleye federasyon tasarrufunun uygulanmasını gerektirmektedir. İlk bakışta, hem yetkisizleştirme ilkesinin, hem de üstünlük ilkesinin pratikte aynı sonucu doğurduğu düşünülebilir. Diğer bir ifadeyle, hem üstünlük ilkesi hem de yetkisizleştirme ilkesi, federal hukuk ile eyalet hukukunun çatıştığı hallerde, eyalet hukukunun uygulanmasını engelleyerek aynı sonucu doğurdıkları düşünülebilir. Ancak üstünlük prensibinin söz konusu olduğu hallerde, eyalet düzenleme yapma yetkisini kaybetmemekte, hatta federal hukuk ile çatışan eyalet hukuku kuralını değiştirmek yetkisini korumaktadır. Yetkisizleştirme prensibinin söz konusu olduğu hallerde, Federal makamlar tasarrufta bulunduktan sonra, eyaletler federal tasarrufa uygun olsa dahi hiçbir tasarrufta bulunamamaktadırlar³¹.

Birlik Hukuku'nda yetkisizleştirme ilkesi, ne anlaşmalarda ne de Adalet Divanı kararlarında yer almamaktadır. Hatta Divan *IN.CO.GE. '90 Srl et al.*³² davasında Komisyon'un ileri sürdüğü şekilde yetkisizleştirme ilkesini Birlik Hukuku'na dahil etmeyi reddetmiştir. Söz konusu davada Komisyon, öncelik prensibinin, Antlaşma hükümleri ve doğrudan uygulanır AB tasarruflarının, çatışan ulusal hukuk kurallarının hukuka uygun bir şekilde yürürlüğe girmesini engellediğine dair Simmental kararına dayanarak, AB'nin tasarrufu ile üye devletlerin çatışan ulusal hukuk kuralı yürürlüğe sokma yetkisinin ortadan kalktığını ve çatışan ulusal hukuk kurallarının yok hükmünde olduğunu iddia etmiştir. Divan bu iddiayı reddetmiştir. Divan, Simmental II davasındaki hükmüne açıklık getirerek, söz konusu kararının AB Hukuku ile çatışan ve sonradan yürürlüğe giren ulusal hukuk kurallarının yok hükmünde kabul edildiği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Divan, ulusal mahkemelerin çatışan ulusal hukuk kuralını uygulamaktan kaçınma yükümlülüğü altında olduğunun altını çizerek, bu yükümlülüğün, Birlik hukuku tarafından sağlanan bireysel hakların korunması bakımından ulusal hukukta mevcut olan çeşitli usullerin yetkili mahkemeler tarafından uygulanmasını kısıtlamadığına hükmetmiştir³³. Bu bağlamda, Divan AB Hukuku ile çatışan ve sonradan yürürlüğe girmiş olan ulusal hukuk kurallarının, Birlik Hukuku nezdinde yok hükmünde olmadığını, bu tip çatışma halinde, ulusal hukuk

³¹ **Gardbaum**, Stephen A.: "The Nature of Preemption", Cornell Law Review, Cilt 79, Sayı 4, 1994, s. 770-771.

³² Joined Cases C-10/97 to C-22/97, *IN.CO.GE. '90 Srl et al.* [1998] ECR I- 06307.

³³ Joined Cases C-10/97 to C-22/97 para.21.

kurallarının akıbetinin ulusal hukuk ve ulusal mahkemeler tarafından belirleneceğini belirtmiştir.

Kanun Sözcüsü Ruiz - Jarabo Colomer, *Budejovicky Budvar national Corporation v. Rudolf Ammersin GmbH* davasında verdiği görüşte, yetkisizleştirme ilkesine resmen değinmiş olmasında rağmen³⁴, Adalet Divanı, bu davada da yetkisizleştirme ilkesini Avrupa Birliği Hukuku'nun prensiplerinden biri haline getirmekten kaçınmış, kararında yer vermemiştir. Doktrinde, yetkisizleştirme ilkesinin, Divan'ın açıkça kabul etmemiş olmasına rağmen, yetkisizleştirme prensibinin var olduğunu ya da en azından gelişmekte olduğunu ileri süren yazarlar vardır. Bu yazarlar, Birlik Hukuku'ndaki yetkisizleştirme prensibini incelerken esas itibarıyla Amerikan örneği üzerinden değerlendirme yapmaktadırlar³⁵. Ancak yetkisizleştirme prensibi yavaş ya-

³⁴ Case C-478/07, *Budejovicky Budvar national Corporation v. Rudolf Ammersin GmbH* [2009] ECR I-07721, Opinion of AG Colomer, para. 93.

³⁵ ABD hukukundaki yetkisizleştirme prensibi ile AB hukukundaki yetkisizleştirme prensibine ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. **Schütze**, Robert: "Supremacy Without Pre-emption? The Very Slowly Emergent Doctrine of Community Pre-emption", *Common Market Law Review*, Cilt 43, Sayı 4, 2006, s. 1038-1044. **Arena**, Amedeo: "The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen", *Jean Monnet Working Paper* 03/10: s. 23-33, <https://jeanmonnetprogram.org/paper/the-doctrine-of-union-preemption-in-the-eu-single-market-between-sein-and-sollen/>, Erişim tarihi: 08/03/2024. **Arsava**, A. Fusun: "AB Hukukunun Bloke Edici Etkisi," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 2016, s. 11-20. Söz konusu eserler incelendiğinde, AB'deki yetkisizleştirme türlerine ilişkin farklı sınıflandırmalar bulunduğu görüldü de, esas itibarıyla, alan yetkisizlestirmesi (field pre-emption), engel yetkisizlestirmesi (obstacle pre-emption) ve kural yetkisizlestirmesi (rule pre-emption) türleri üzerinde durulduğu görülmektedir. Alan yetkisizleştirme, Birliğin belli bir alana ilişkin kapsamlı kuralları koyduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Birlik yetkisini kullanıp, alana ilişkin tüm kuralları koyduğu ve üye devletlerin yapacağı düzenlemenin Birliğin kurduğu ortak rejimi bozacağı hallerde, AB'nin paylaşılan yetkisi münhasır yetkiye dönüşür ve üye devletler bu alana ilişkin hiçbir hukuk kuralını yürürlüğe sokamaz. Bu yetkisizleştirme türünde AB hukuku ile çatışan bir ulusal hukuk kuralının varlığının tespiti şart değildir. Diğer bir yetkisizleştirme türü olan engel yetkisizlestirmesi ise, Birlik tasarrufunun amaçlarına ulaşmasını engelleyen veya Birlik tasarrufunun düzgün şekilde işlenmesini engelleyen bir ulusal hukuk kuralının tespitini gerektirir. Yani üye devletlerin, AB tasarrufunun düzenleme yaptığı alanda tasarrufta bulunma konusunda yetkisi tam olarak ortadan kalkmamakta ve fakat üye devletler AB tasarrufunun amacına ulaşmasını engelleyen veya düzgün çalışmasını önleyen nitelikte kuralları koymaz hale gelmektedirler. Son olarak kural yetkisizlestirmesi, Birliğin tasarrufunun bir hükmü ile çatışan ulusal hukuk kuralının üye devlet tarafından yürürlüğe sokulmamasını ifade etmektedir. Alan yetkisizlestirmesinde, üye devlet hiçbir tasarrufta bulunamazken, engel yetkisizlestirmesinde üye devlet tasarrufta bulunabilir ancak bunu yaparken Birlik tasarrufunun işleyişini bozmamalı ve Birliğin tasarruf ile ulaşmak istediği amaca ulaşmasını engellememelidir. Kural yetkisizlestirmesinde ise, üye devletler AB tasarrufunun herhangi bir hükmü ile çatışmayacak kuralları koyabilme yetkisini haizdir.

vaş Birlik Hukuku'na giriyor olsa da, öncelik prensibinden ayrı bir prensip olarak oluşacaktır. Nitekim, *Schütze* de, yetkisizleştirme prensibinin Birliğin yetkisini kullanarak yürürlüğe koyduğu tasarruf ile üye devletin yetkisini kullanarak yürürlüğe koyduğu tasarruf arasındaki çatışma ile ilgili olduğunu, yani aslında yasama yetkileri ile ilgili olduğunu, öncelik prensibinin ise bu çatışmasının tespitinden sonra devreye girecek olan prensip olduğunu belirtmektedir³⁶. Bu safhada yani Birlik tasarrufu ile ulusal tasarrufun çatışmasının tespiti halinde, ortaya çıkacak sonucun da incelenmesi gereklidir.

Amerikan örneğinde, yetkisizleştirmenin söz konusu olduğu halde, eyalet tasarrufu ile federal tasarrufun çatıştığı tespit edildiği takdirde, eyalet hukuku geçersiz hale gelmektedir³⁷. Diğer bir ifadeyle, yetisizleştirme prensibi çerçevesinde çatışma tespit edildiği anda, eyaletin yetkisizleşmesi söz konusu olmakta, yaptığı yetkisiz tasarruf da böylelikle geçersiz olmaktadır. Buna karşın, AB tasarrufu ile ulusal tasarrufun çatıştığı tespit edildiği takdirde, ulusal tasarrufun akıbeti ulusal hukuk tarafından belirlenmektedir. Bu safhada, öncelik prensibi sadece ulusal tasarrufun uygulanmamasını gerektirmektedir.

Divan'ın, *IN.CO.GE. '90 Srl et al.* davasında Komisyon'un iddia ettiğinin aksine, AB tasarrufu ile çatışan ulusal tasarrufun geçersizliğine karar vermekten kaçınması kanaatimce doğrudur. Zira, Divan'ın ulusal tasarrufların geçerliliğini denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak Divan, açılan ihlal davalarında, üye devletlerin AB hukukunu ihlal edip etmediklerini değerlendirirken, dolaylı olarak ulusal tasarrufun AB hukukuna uygunluğunu da denetlemektedir. Ayrıca, ulusal mahkemeler önkarar usulü ile Divan'dan yorum talep ederken, ilgili AB hukuku kuralının üye devletlerin ilgili ulusal hukuk kuralını yürürlüğe sokmasını engelleyip engellemediğini sormaktadır. AB hukukunun önceliği prensibi de, AB hukukuna uygun olmayan tasarrufun sadece uygulanmamasını gerektirmektedir. Ayrıca, AB Antlaşması'nın 4/2. maddesinde öngörüldüğü üzere, Birliğin üye devletlerin temel anayasal yapılarına saygılı olma yükümlülüğü vardır. Divan'ın ortaya çıkan çatışmanın kaldırılmasını üye devletlerin kendi hukuk sistemlerine ve anayasal yapılarına bırakması bu yükümlülüğün bir gereğidir.

Kısacası, öncelik prensibi, AB hukuku içerisinde yavaş yavaş geliştiği düşünülen yetkisizleştirme prensibinden bağımsız ve fakat yeri geldiğinde onu tamamlayan bir prensiptir. Bir örnekle açıklamak gerekirse; AB bir tasarruf ile belli bir ürünün taşınması gereken nitelikleri bütünüyle ve nihai

³⁶ *Schütze*, s. 1023.

³⁷ *Arsava*, "Bloke Edici Etki", s. 13.

olarak belirlediği durumlarda, yetkisizleştirme ilkesi çerçevesinde üye devletin tasarrufta bulunma yetkisi ortadan kalkabilmekte, böyle bir durumda da üye devlet tasarrufta bulunduğu, öncelik ilkesi devreye girerek üye devlet tasarrufunun uygulanmasını engellemektedir. Öncelik prensibi ayrıca yetkisizleştirmenin hiç olmadığı durumlarda da, kanunlar ihtilafı kuralı olarak da etki doğurmaktadır. Örneğin, Avrupa Birliği'nin İşleyişi'ne ilişkin Antlaşma'nın kişilerin serbest dolaşımına ilişkin muhtelif hükümleri, üye devletlerin vatandaşları arasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır³⁸. AB'nin hiç tasarrufta bulunmadığı hallerde, üye devletler belli bir mesleğin icrasına ilişkin koşulları serbestçe belirleyebileceklerdir. AB'nin avukatlık mesleğinin icrasına ilişkin hiçbir tasarrufunun olmadığı ve Fransa'nın avukatlık mesleğinin icrasına ilişkin koşulların arasında vatandaşlık koşuluna da öngördüğü farazi bir durumda, yetkisizleştirme prensibi hiç uygulanmasa da öncelik prensibi uygulanacaktır. Avukatlık mesleğinin icrasına ilişkin vatandaşlık koşulu, bir Alman vatandaşının Fransa'da avukatlık yapmak istediği durumlarda uygulanmayacaktır. Buna karşın, ulusal hukukun bu hükmü geçerli bir hukuk kuralıdır ve bir Amerikan vatandaşının Fransa'da avukatlık yapmak istediği durumda hala uygulanabilir. O halde öncelik prensibi, geçerli Antlaşma hükmü ile geçerli ulusal hukuk kuralının çatıştığı vakalarda, kanunlar ihtilafı kuralı olarak da fonksiyon göstermekte ve söz konusu vakalarda ulusal hukukun uygulanışını engellemektedir.

AB hukukunun özerkliği, yani ulusal hukuklardan ayrı bir hukuk kaynağı olma özelliği, öncelik prensibinin ulusal hukuklar içerisinde ne ölçüde kabul edildiğinin incelenmesini de gerektirmektedir. Zira AB hukuku kapsamında mutlak olan bu prensip, bazı üye devletlerin hukuklarında mutlak geçerli değildir. Bu sebeple üye devlet mahkemelerinin bu prensibi ne ölçüde kabul ettiklerinin tespiti de gereklidir.

III. AB HUKUKU'NUN ÖNCELİĞİNİN BAZI ÜYE DEVLETLERİN HUKUKLARI VE MAHKEMELERİNİN İÇTİHADLARI NEZDİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Adalet Divanı, AB hukukunun önceliğinin, AB'nin özel doğasından kaynaklandığına karar vermiştir. Ancak, AB henüz bir federasyon olmadığından, AB hukuku ile ulusal hukuklar arasındaki ilişki, sadece AB hukukunun kendisi tarafından belirlenememektedir. Amerika Birleşik Devletleri anayasasından farklı olarak, AB Antlaşmaları, egemen devletlerin akdetmiş

³⁸ Örneğin işçilerin serbest dolaşımına ilişkin 45. madde, yerleşim serbestisine ilişkin 49. madde.

olduğu uluslararası antlaşmalardır ve bu nedenle, AB hukuku ile ulusal hukuk ilişkileri üye devletlerin kendi anayasal gelenekleri göz ardı edilerek belirlenemez. Bu bağlamda, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk ilişkisini belirleyen iki temel teoriden kısaca bahsedilmesi faydalı olacaktır.

Bu teorilerden ilki, tekçi görüştür. Buna göre uluslararası hukuk ile ulusal hukuk aynı hukuk sisteminin parçalarıdır. Bu sebeple ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasında çatışma olabilir ki, genel olarak kabul edilen görüş, çatışmanın söz konusu olduğu hallerde uluslararası hukukun üstün kabul edilmesi gerektiği yönündedir³⁹. Bu teoriyi benimseyen devletlerin hukukunda, uluslararası hukuk ve dolayısıyla uluslararası antlaşmalar kuralları hiyerarşisinin en üstünde bulunacaktır. Bu çerçevede, devletin anayasası da dahil olmak üzere yürürlüğe koyduğu tüm hukuk kurallarının uluslararası hukuka uygun olması gereklidir. Hatta ulusal hukuk kuralları geçerliliklerini uluslararası hukuka borçludur. Uluslararası hukuka uygun olmayan ulusal hukuk kuralları uluslararası hukuk tarafından ipso facto tadil edilir veya ortadan kaldırılır⁴⁰.

Hollanda, Tekçi Görüşü benimseyen devletlere örnek teşkil etmektedir. Hollanda Anayasası, egemenlikten kaynaklanan yetkilerin uluslararası örgütlere devredilmesine izin vermenin ötesinde, kişiler üzerinde bağlayıcı uluslararası antlaşma hükümlerine ve uluslararası örgüt kararlarına aykırı olan ulusal kanunların uygulanmayacağını düzenlemekte ve uluslararası antlaşmaların geçerliliğinin mahkemeler tarafından denetlenemeyeceğini de hükme bağlamaktadır. Hatta Anayasa, meclislerin her ikisindeki oyların üçte ikisinin lehe olması halinde anayasaya aykırı uluslararası antlaşmaların onaylanabileceğini de düzenlemektedir. O halde Hollanda anayasasına göre, bir uluslararası antlaşma onaylandıktan sonra, bu antlaşmanın anayasaya uygunluğu denetimi yapılamamakta ve sonradan çıkarılacak kanun bu antlaşmanın uygulanmasını da engelleyememektedir. Anayasaya uygunluk denetimi, ancak uluslararası antlaşma onaylanmadan önce yapılabilecektir. Fakat bu denetim neticesinde anayasaya aykırılık tespitin yapılması antlaşmanın onaylanmasını engellemeyecektir. Sadece onay işlemi için meclislerde daha fazla çoğunluk aranması gerekliliği ortaya çıkacaktır⁴¹.

³⁹ **Pazarcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 19-20.

⁴⁰ **Tunç**, Hasan: "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, 2000, s. 175.

⁴¹ Hollanda Anayasası'nın 91, 92, 93 ve 94. Maddeleri için bkz., "The Constitution of the Netherlands, 2018" Ministry of Interior and Kingdom Relations, Erişim Tarihi: 8 Mart

Bu bağlamda Tekçi Görüşü kabul eden Hollanda hukuku bakımından AB hukukunun önceliği prensibi güvence altındadır. Ancak burada vurgu yapılması gereken husus, ilgili AB hukuku kuralının kişiler üzerinde bağlayıcı olması şartının aranmasıdır. Zira Hollanda anayasası, yukarıda da belirtildiği üzere ancak kişiler üzerinde bağlayıcı olan antlaşmalar ve uluslararası örgüt kararları için hiyerarşik üstünlük tanımıştır. Nitekim, *Van Gend en Loos* davasında, Hollanda mahkemesi esas itibarıyla, Adalet Divanı'ndan, gümrük vergilerinin artırılmasına yasak getiren Antlaşma hükmünün kişiler üzerinde etki doğurup doğurmayacağına dair önkarar istemiştir. Adalet Divanı, ilgili Anlaşma hükmünün kişiler üzerinde etki doğurduğuna karar verdikten sonra, Hollanda mahkemesi açısından, Hollanda Anayasası'nın ilgili hükmü gereğince, zaten lex posterior prensibinin uygulanması söz konusu olmamıştır. Aslında Hollanda hukuku, AB hukukunun özel tabiatını kabul etmekte, bu çerçevede AB hukukunun önceliği prensibini anayasal bir prensip olarak kabul etmektedir⁴².

Estonya ise, Birliğe üye olmadan önce anayasasında değişiklik yapmış ve Anayasa'nın AB hukukundan doğan yükümlülükler dikkate alınarak uygulanacağını hükme bağlamıştır. "Dikkate alma" ibaresinin sadece anayasasının uygulanması safhasında AB hukukuna uygun yorum anlamına gelmediği, aslında AB hukukunun iç hukukta Anayasa'dan bile hiyerarşik olarak üstün olduğu Estonya Anayasa Mahkemesi'nin Euro'ya katılım safhasında verdiği karardan da anlaşılmaktadır. Zira Estonya anayasasına göre, Estonya da sadece Estonya Merkez Bankası para basma yetkisini kullanabilirken, sözü geçen mahkeme Estonya'nın Euro'ya geçişini, AB hukukunun anayasaya göre öncelikli olması ile açıklamıştır. Dolayısıyla Estonya hukuku koşulsuz olarak Adalet Divanı'nın öncelik ilkesine ilişkin içtihadını kabul etmiştir⁴³.

Uluslararası hukuk ulusal hukuk ilişkisinin düzenlenmesine ilişkin diğer görüş ise, ikici görüştür. Bu görüşe göre, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk iki farklı hukuk düzenidir ve dolayısıyla farklı ilişkileri düzenlemek-

2024, file:///C:/Users/USER/Downloads/WEB_119406_Grondwet_Koninkrijk_ENG.pdf, Hollanda hukukunun AB hukukunun önceliğini güvence altına almaya yönelik olarak anayasasında yaptığı değişiklikler hakkındaki detaylı bilgi için bkz. **Arsava**, A. Füsün: Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları:545, Ankara 1985, s. 386-394.

⁴² **Lenaerts/Nuffel**, s. 786.

⁴³ **Chamers**, Damien/**Davies**, Gareth/**Monti**, Giorgio: European Union Law, 2. Baskı, Cambridge University Press, New York 2010, s. 190.

tedirler. Ulusal hukukun kaynağı egemen devletin tek yanlı iradesidir ve devlet koyduğu kurallarla kendisine tabi olan sùjelerin birbiriyle ilişkisini ve bu sùjelerin devletin kendisiyle olan ilişkisini düzenler. Oysa uluslararası hukuk egemen devletlerin yani eşitlerin arasındaki ilişkileri düzenler⁴⁴. Diğer bir ifadeyle uluslararası hukuk, tek bir devletin iradesiyle değil, birden fazla devletin uyuşan iradeleri ile oluşmaktadır. Bu çerçevede bir hukuk düzenindeki kuralın otomatik olarak diğer hukuk düzeninde etki doğurması söz konusu olamaz. Bu sebeple bu iki hukuk düzeninin kuralları arasında bir hiyerarşiden bahsedilemez. Bu teoriye göre, bir uluslararası hukuk kuralının, örneğin bir uluslararası antlaşmanın ulusal hukuk düzeni içerisinde yer alabilmesi için, ya ulusal hukukun o uluslararası hukuk kuralına atıf yapması ya da ulusal makamların yapacakları tasarruf ile uluslararası antlaşmayı iç hukuklarına aktarmaları gereklidir⁴⁵.

AB'ye üye devletlerin bazıları ikici görüşü benimsemektedir. Bu çalışmada konunun anlaşılması bakımından özellikle Birleşik Krallık ve Almanya hukuklarına örnek olarak değinilecektir. Zira Birleşik Krallık, akdettiği uluslararası antlaşmaları iç hukuka aktarırken, antlaşmayı kanun haline getirmekte, Alman Anayasası ise AB'ye üye olmak için akdedilen uluslararası antlaşmaların iç hukuk bakımından kanun hükmünde olduğunu düzenlemektedir. İkici görüşü benimseyen ve uluslararası antlaşmaları kanunla iç hukuka aktaran veya bu uluslararası antlaşmanın kanun hükmünde olduğunu düzenleyen devletler bakımından, uluslararası antlaşmayı iç hukuka aktaran kanun, Parlamento'nun sonradan çıkaracağı bir kanun ile iç hukukta ilga edilebilmekte veya söz konusu kanun, anayasaya aykırılık nedeniyle anayasa mahkemeleri tarafından iptal edilebilmektedir. Her iki durum da, uluslararası antlaşmanın iç hukukta uygulanmamasına sebebiyet vermektedir. Bu durum, sadece uluslararası antlaşma için değil, uluslararası antlaşmayı uygulamaya yönelik tasarruflar için de geçerlidir. O halde, Almanya ve Birleşik Krallıkta AB hukukunun önceliği prensibinin ne ölçüde kabul edilebilir olduğunun incelenmesi, Birleşik Krallık'ta AB hukukunun teminat altına alınması ile ilgili değerlendirme yapmak bakımından faydalı olacaktır.

Bu iki durumdan ilki, yani sonradan çıkarılacak kanun ile AB hukukunun iç hukuktan çıkarılması meselesi, Birleşik Krallık'ta *Factortame*⁴⁶ davasında gündeme gelmiştir. Söz konusu dava, Birleşik Krallık hukukunun te-

⁴⁴ Tunç, s. 174.

⁴⁵ Pazarcı, s. 19.

⁴⁶ Case C-221/89 The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others, (1991) ECR I-03905.

mel anayasal prensiplerinden biri olan parlamentonun egemenliği prensibi ile Birlik hukukunun önceliği prensibinin çatışması durumunu ortaya çıkarmıştır. Parlamento'nun egemenliği prensibi uyarınca, Birleşik Krallık'ta kanun yapma, değiştirme ya da yürürlükten kaldırma yetkisi münhasıran Parlamento'ya aittir ve hiç kimse ya da makam, Parlamento'nun yürürlüğe koyduğu kanunları geçersiz kılamaz. Bu çerçevede ulusal mahkemeler, sadece Parlamento'nun yürürlüğe koyduğu kanunları uygulamakla mükelleftir. Uluslararası antlaşmalar akdetmek yürütme organının yetkisinde olsa da, uluslararası antlaşmaların iç hukukta etki doğurabilmesi için Parlamento'nun kanun yapması gereklidir. Nitekim Birleşik Krallığın AB'ye üye olmasını sağlayan katılım antlaşması, 1972 Avrupa Toplulukları Yasası ile iç hukuka aktarılmıştır. Söz konusu Yasa, Birliğin doğrudan uygulanır tasarruflarının da, Parlamento'nun kanun yapmasına gerek kalmadan Birleşik Krallık'ta uygulanmalarını sağlayacak şekilde hüküm de içermiştir. Ayrıca söz konusu Yasa, kendisinden sonra çıkarılacak yasaların, kendisine uygun olarak yorumlanacağını ve etki doğuracağını hükme bağlamıştır. Bir anlamda, 1972 Yasası'nı yürürlüğe sokan Parlamento, kendisinden sonraki Parlamentoların, 1972 Yasası'na yani AB hukukunu iç hukuka aktaran yasaya aykırı olarak kanun yapmalarını yasaklamıştır. Bu durumun, Parlamento'nun egemenliği ile ilkesi ile bağdaşmadığı düşünülmüştür. Zira bu İlke gereğince, Parlamento'nun bile kendi kendisini ve kendisinden sonraki Parlamento'ları kısıtlamayacağı genel olarak kabul edilmiştir⁴⁷.

Söz konusu dava, AB'nin ortak balıkçılık politikası çerçevesinde İspanya için belirlediği balık kotasının dolması ve avlanmaya devam etmek isteyen İspanyol balıkçıların, teknelerini Birleşik Krallıkta kaydetmeye başlamaları üzerine gündeme gelmiştir. Birleşik Krallık, yürürlükte bulunan kanunlarında değişiklik yaparak, yeni bir sicil kurmuş ve eski sicilde kaydı olanlar da dâhil olmak üzere tüm balıkçı teknelerinin yeni sicile kaydedilmesi zorunluluğu getirmiştir. Yeni sicile kayıt için ise, teknenin Birleşik Krallık vatandaşlarına ait olması veya hisselerinin %75'inin Birleşik Krallık vatandaşlarının elinde bulunduğu Birleşik Krallık'ta kurulmuş ve merkezi yönetimi de Birleşik Krallık'ta bulunan şirketlere ait olması gibi tabiiyete dayanan ayrımcılık teşkil eden birçok koşul getirmiştir. Söz konusu yeni kanun nedeniyle, İspanyol vatandaşlarının ya da onların kurduğu şirketlerin teknelerini yeni sicile kaydedememeleri nedeniyle balık avlama lisanslarını kaybetme durumu ortaya çıkmış, bu çerçevede ilgili kişiler söz konusu kanunun

⁴⁷ Drexel, Joseph: "Was Sir Francis Drake a Dutchman?-British Supremacy of Parliament After Factortame", The American Journal of Comparative Law, Cilt 41, Sayı 4, 1993, s. 552-557 ve s. 563-564.

AB hukukuna aykırı olduğu iddiasıyla ve geçerliliğinin denetlenmesi iste-miyle ulusal mahkemeye başvurmuştur. Ulusal mahkemede, yerleşim serbes-tisi, orantılılık ve tabiiyete dayanan ayrımcılığa ilişkin AB hukukunun yo-rumu için önkarar usulünü işleterek Adalet Divanı'na başvurmuştur⁴⁸.

Bu davada, davacılar, ulusal mahkemeden meselenin esasına ilişkin bir karar verilinceye kadar, geri dönülmez zararların ortaya çıkmasının engel-lenmesi için Yasa'nın uygulanışını durduracak bir ara emir vermesini de talep etmişlerdir. Ulusal mahkeme yine önkarar usulü ile Adalet Divanı'na, ulusal hukuka göre mümkün olmayan böyle bir ara emrini, AB hukukunun bir gereği olarak verip veremeyeceğini sormuştur⁴⁹. Divan, ulusal mahkeme-lerin, bireylerin AB hukukunun doğrudan etkili hükümlerinden edindiği hukuki korumayı temin etmekle yükümlü olduklarının altını çizdikten sonra, Birlik hukukunun etkinliğini sağlamak bakımından gerekli olan ara emir müessesini uygulamalarını engelleyen ulusal hukuk kurallarını göz ardı et-meleri gerektiğine hükmetmiştir⁵⁰. Diğer bir ifadeyle, ulusal mahkemelerin Parlamento'nun egemenliği ilkesini göz ardı ederek, önlerindeki meselenin esasına ilişkin karar verilinceye kadar, Birlik hukukunun etkinliğini temin etmek bakımından Parlamento'nun yaptığı kanunun uygulanışını durdurma-ları gerektiğine karar vermiştir.

Söz konusu dava, iki açıdan Birleşik Krallığın temel hukuk prensiple-rinden biri olan Parlamento'nun egemenliği prensibini tehdit etmiştir. Önce-likle, ilgili Birleşik Krallık mahkemesi, Yasa'nın yürürlüğünün askıya alın-masına karar vermiş, böylelikle mahkemelerin sadece kanunları yorumlaya-bileceği ancak uygulamaktan kaçınamayacakları ya da uygulamalarını as-kıya alamayacaklarını öngören Parlamento'nun egemenliği prensibini terk etmiştir. Parlamento'nun egemenliği prensibinin diğer bir unsuru olan, Par-lamento'nun istediği kanunu yürürlüğe sokabileceği, yürürlükte bulunan bir kanunu da sonradan çıkaracağı kanunla ilga edebileceği kuralı da tamamen ortadan kalkmasa bile erozyona uğramıştır. Zira, Adalet Divanı'nın tabiiyete dayanan ayrımcılığın varlığını tespit etmesinin ardından, ilgili Birleşik Kral-lık mahkemesi, 1988 Yasası'nın değil de AB hukukunu iç hukuka aktaran 1972 Avrupa Toplulukları Yasası'nın uygulanmasına karar vermiştir. Böyle-likle 1972 Yasası'nın kendisi ile çatışan 1988 tarihli Yasa ile iç hukukta ilga edilemeyeceğine karar verilmiştir. Bir anlamda, 1972 Yasası ile Parlamen-to'nun kendi egemenliğini kısıtladığı Birleşik Krallık mahkemeleri tarafın-

⁴⁸ Case C-221/89, para. 1-11.

⁴⁹ Case C-213/89 Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others [1990] ECR I – 2466, para. 10-15.

⁵⁰ Case C-213/89 para. 19-23.

dan kabul edilmiştir. Buna karşın Parlamento'nun egemenliği prensibinin tam olarak ortadan kalkmadığına da işaret edilmektedir. Zira 1988 Yasası ile Parlamento'nun iradesi AB hukukunu iç hukuktan çıkarmak değildir. Buna göre, Parlamento 1972 Yasası'nı yürürlüğe soktuğu gibi, isterse yürürlükten de kaldırma gücüne sahiptir. O halde Parlamento'nun iradesi AB'den çıkma yönünde ise, yeni bir kanunla 1972 Yasası'nı yürürlükten kaldırmayacaktır. Ancak Parlamento'nun iradesi bu yönde olmadığı sürece, 1972 Yasası'na aykırı olarak koyduğu kurallar, 1972 Yasası'nın çatışan hükümlerini ilga edemeyecektir⁵¹.

Daha önce de belirtildiği üzere, ikici görüşü benimseyen üye devletlerin hukuku bakımından AB hukukunun önceliğini tehdit eden diğer bir hal de yüksek mahkemelerin AB hukukunu iç hukuka aktaran kanunu veya kanun niteliğinde olan AB hukuku kurallarını anayasaya aykırılık nedeniyle iptal etmesi halidir. Bu konuda en belirgin örneklerden biri Almanya'dır. Alman Anayasası'nın 23. maddesi Avrupa Birliği'ne ilişkindir ve Alman Devletine Birleşik Avrupa yaratmak için Avrupa Birliği'nin gelişimine katılma yükümlülüğü getirmektedir. Fakat bu yükümlülüğün belli bir koşulu vardır. İlgili hükme göre, Almanya'nın katkı koyacağı Avrupa Birliği demokratik, sosyal ve federal prensiplere, hukukun üstünlüğüne, ikincilik ilkesine bağlı ve Anayasa'dakine eş değer bir temel hak koruma düzeyini garanti eden bir yapıya sahip olmalıdır. Bu çerçevede, Almanya, bir yasa ile Birliğe egemenlikten kaynaklı yetkiler devredebilecektir⁵². Bu safhada altı çizilmesi gereken nokta, AB hukukunun önceliğinin Alman hukukundaki esas dayanağının, Alman Anayasası'na istinaden, akdedilecek olan Antlaşma'nın onaylanmasına dair kanun olduğudur. *Arsava* AB antlaşmalarının onay kanunlarının Almanya'da Alman hukukunun münhasırlığından vazgeçilmesi anlamını taşıdığını, bu çerçevede AB tasarruflarının, Alman devletin organları ve Alman hukukunun sükreleri bakımından da bağlayıcı hale geldiğine işaret etmektedir⁵³. Bu durumda, Alman hukuku bakımından AB hukukunun ulusal kanunlara nazaran önceliğinin kabul edildiğini göstermektedir. Zira Alman devlet organları Birlik hukuku ile bağlı iseler, Birlik hukukuna, (sadece Antlaşmalar değil, AB tasarrufları da dahil) aykırı hiçbir tasarruf yürürlüğe sokamayacaklardır. Zira AB hukuku devlet organlarını bağlıyorsa, devlet or-

⁵¹ Bkz. **Barber**, Nick W.: "The Afterlife of Parliamentary Sovereignty", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 9, Sayı 1, 2011, s. 150-153.

⁵² Alman Anayasası için bkz. "Basic Law for the Federal Republic of Germany," *Deutscher Bundestag*, Erişim tarihi: 8 Mart 2024, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>

⁵³ Detaylı inceleme için bkz. **Arsava**, *Avrupa Toplulukları Hukuku*, s. 276-287.

ganları bu hukuka aykırı işlemler yapamayacaklardır. Ancak, öncelik ilkesinin, AB hukuku ile Alman Anayasası'nın temel ilkeleri ile çatıştığı hallerde mutlak olarak geçerliliğinden bahsedilemez. AB hukukunun Almanya'da uygulanması, yukarıda belirtildiği gibi koşula bağlanmıştır.

Alman hukukuna göre, egemenlikten kaynaklanan yetkilerin devrinin Yasa ile yapılması ve bu Yasa'nın Alman Anayasası'nın temel ilkelerine uygun olması zorunluluğu, Alman Federal Anayasa Mahkemesi (AFAM) ile Adalet Divanı arasında yargı yetkisi ve *kompetenz kompetenz* sorunlarını da ortaya çıkarmıştır⁵⁴. Adalet Divanı, Antlaşmalar ile kendisine verilen Birlik tasarruflarının geçerliliğinin denetlenmesi konusundaki münhasır yetkinin⁵⁵, ulusal mahkemelerin önündeki davalarda Birlik tasarruflarının geçersizliğinin ileri sürüldüğü hallerde de var olduğuna karar vermiştir⁵⁶. AFAM'ın Divan'ın bu yöndeki içtihadını kabul etmesi ise koşulsuz olmamıştır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin, AB tasarruflarını iç hukuka aktarmaya yönelik ulusal tasarrufların ötesinde AB tasarruflarının kendilerinin de anayasaya uygunluğunu denetleme konusunda kendisini yetkili gördüğü anlaşılmaktadır.

AFAM'ın Alman anayasal düzenini korumak bakımından AB tasarruflarının geçerliliğini denetlemeye dair iki temel müessese geliştirmiştir. Bunlardan ilki, Solange I davasında olduğu gibi, ulusal kimliği korumaya yönelik denetimdir ki, anayasanın değiştirilmez hükümlerinin AB'ye yetki devredilmesi neticesinde değişimleri sonucunun önlenmesi amacını gütmektedir. Diğeri ise ultra vires denetimi olarak tanımlanmakta ve AFAM'ın Birliğin sınırlı yetki ilkesi çerçevesinde hareket edip etmediğine dair yaptığı denetimi ifade etmektedir⁵⁷.

⁵⁴ Alman Anayasa Mahkemesi ile Adalet Divanı ilişkilerini daha detaylı incelemek ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin Adalet Divanı'nı sınırlama çabaları için bkz. **Baykal, Sanem**: "Avrupa Birliği Anayasalaşma Sürecinde, Adalet Divanı'nın Rolü: Divanı'nın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, Güz 2004, s. 133-136.

⁵⁵ ABİİA'nın 274. maddesi, Antlaşmalarla Divan'a verilen yargı yetkisi hariç olmak üzere, Birliğin taraf olduğu uyuşmazlıkların üye devletlerin yargı yetkisi dışında kalmayacağını belirtmektedir. ABİİA 263. maddesi Birlik Kurumları'nın tasarruflarının geçerliliğini denetlemek bakımından Adalet Divanı'na yargı yetkisi vermektedir. O halde, Birlik tasarruflarının geçerliliğini denetlemek bakımından AB kurumlarına karşı açılan davalarda Adalet Divanı münhasıran yetkilidir.

⁵⁶ Case 314/85, *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost* [1987] ECR 04199, para.15-17.

⁵⁷ **Bast, Jürgen**: "Dont Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Courts's Ultra Vires Review", German Law Journal, Cilt 15, Sayı 2, 2014, s. 168-169.

Solange I davası, Birlik tasarruflarının geçerliliğinin sadece Adalet Divanı tarafından değil, AFAM tarafından da denetlenebileceğinin ortaya koyduğu ilk davalardan biridir. Bu meselede, AFAM hâlihazırda Adalet Divanı tarafından karar verilmiş olmasına rağmen, AB tasarruflarının geçerliliğini kendi anayasasındaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler ışığında denetleme yoluna gitmiştir. Daha önceleri Birlik hukukunun önceliği prensibini kolaylıkla kabul eden AFAM bu davada, Birlik tasarruflarının Alman Anayasası'nın temel ilkelerine aykırı olamayacağının altını çizmiştir. AFAM'ın bu yönde karar vermesine etki eden temel unsur, egemenlikten kaynaklanan yetkilerin ancak anayasaya kimliğini veren prensiplere uygun olmak kaydıyla devredilebileceğini öngören Anayasa hükmüdür. AFAM, Birlik hukukunun kurduğu sistem ile Alman anayasasının kurduğu sistem arasında yapısal uyum bulunmaksızın, Alman Anayasası'na kimliğini veren temel prensiplerin Birlik düzeyinde yeterince korunamayacağına ve egemenlikten kaynaklanan yetkilerin meşru bir şekilde devredilemeyeceğine işaret etmiştir. Böylelikle, AB'nin önceliği prensibini mutlak olarak kabul etmeyeceğini, Almanya'nın Birleşik Avrupa için anayasasının temel ilkelerinden feragat edemeyeceğini açıkça ortaya koymuştur. Diğer bir ifadeyle, Birlik hukukunun önceliğini, AB içerisinde Almanya'dakine benzer bir demokratik yapı ve insan hakları koruma düzeyinin gelişmesi koşuluna bağlamıştır⁵⁸.

Altı çizilmesi gereken nokta, AFAM'ın Birlik tasarruflarını iç hukuka aktarmaya ya da uygulamaya yönelik ulusal tasarrufların ötesinde doğrudan doğruya Birlik tasarruflarının geçerliliğini denetleme yoluna gitmiş olmasıdır. AFAM, böylelikle doğrudan uygulanır ve doğrudan etkili AB tasarruflarının da, yani uygulanması veya etki doğurması için ulusal tasarrufa ihtiyaç duymayan AB tasarruflarının da Alman Anayasal düzeninin bütünlüğünü bozmasına olanak sağlamayacağını açıkça göstermiştir.

Anayasal kimlik denetiminin ötesinde AFAM, gerek Maastricht gerekse Lizbon kararlarında, Birliğin sınırlı yetki ilkesine uygun davranıp davranmadığını denetleme yetkisine de sahip olduğunu belirtmiş, Adalet Divanı'nın içtihadı ile ortaya koyduğu bu yöndeki münhasır yetkisini kabul et-

⁵⁸ **Davies, Bill:** "Resistance to European Law and Constitutional Identity in Germany: Herbert Kraus and Solange in its Intellectual Context", *European Law Review*, Cilt 21, Sayı 4, 2015, s. 434-442. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Solange I kararının ilgili kısımlarının İngilizce metni için bkz. Oxford University Press, "Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- & Vorratsstelle für Getreide & Futtermittel (Solange I) [1974] 2 CMLR; (German Federal Constitutional Court)," Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_96.htm, para. 22-23.

meyeceğini ortaya koymuştur⁵⁹. AFAM'ın, Birliğin sınırlı yetki ilkesine uygun davranıp davranmadığını denetleme bakımından yetkili olduğuna karar vermesinin arkasında yatan esas nedenler, Birliğin egemen bir devlet olmayışı, yetkilerini ve gücünü egemen üye devletlerden almış olması ve demokratik meşruiyetinin henüz tam olarak oluşmamış olmasıdır. AFAM'a göre, gücünü ve yetkilerini egemen üye devletlerin anayasalarına borçlu olan ve demokratik meşruiyeti tam olarak yerleşmemiş Birliğe ve onun yargı organına, üye devletler tarafından geri alınamaz yetkiler verilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, Almanya egemen bir devlet olarak kaldığı sürece, kendi yetkilerini belirleme yetkisinin (*Kompetenz-Kompetenz*) Birliğe devredilmesi mümkün değildir⁶⁰.

Anlaşılabileceği üzere, AFAM, Alman anayasal düzeninin bozulmaması kaydıyla Birlik hukukunun önceliği prensibini kabul etmektedir. Bu bağlamda, AB tasarruflarının geçerliliğini denetlemek konusunda münhasır yetkinin Adalet Divanı'nda olduğuna dair içtihad AFAM nezdinde geçerli değildir. AFAM, AB tasarruflarının geçerliliğini, Alman anayasasının temel ilkelerine (ki temel hak ve özgürlükler bunlardan biridir) göre ve sınırlı yetki ilkesi çerçevesinde denetlemektedir. Ancak, AB tasarruflarının geçerlilik denetiminin Adalet Divanı tarafından etkin ve Almanya'daki anayasal düzeni bozmayacak şekilde yapıldığı hallerde, Birlik hukukunun tekliğini bozacak kararlar vermekten kaçınılmaktadır. Nitekim AFAM, *Solange II* davasında verdiği kararda, Adalet Divanı'nın Birlik tasarruflarının insan haklarına uygunluğunu Alman anayasasının gerektirdiği şekilde denetlediği takdirde, bu yöndeki yargı yetkisini kullanmayacağını belirtmiştir⁶¹. *Honeywell* davasında da AFAM, Birlik tasarruflarının kendisi tarafından *ultra vires* ilan edilmeden önce, Adalet Divanı'nın bu konuda bir karar vermesine olanak sağlanması gerektiğine işaret etmiştir. Ayrıca *ultra vires* kararı verirken, Birlik organlarının yetki ihlallerinin yeterince nitelikli olup olmayacağına bakacağının altını çizmiştir. Bu bağlamda AFAM Birlik tasarruflarını *ultra vires* ilan edilmesini, yetkiye ilişkin kuralların açıkça ihlal edilmiş olmasına ve yetki yapısında üye devletler aleyhine ciddi bir kayma meydana gelmesine

⁵⁹ Bast, s. 170.

⁶⁰ Detay için bkz. Beck, Gunnar: "Lisbon Judgement of the German Constitutional Court, the Primacy of EU law and the Problem of *Kompetenz-Kompetenz*: A Conflict between Right and Right in Which There is No Preator", European Law Journal, Cilt 17, Sayı 4, 2011, s. 475-479.

⁶¹ Stein, Torsten: "Always Steering A Straight Course? The German Federal Constitutional Court And European Integration", ERA Forum, Cilt 12, Sayı 1, 2011, s. 221-222.

bağlamaktadır⁶². Ne kadar da, AFAM bu kararlarıyla, sert tutumunu yumuşatmış gibi görünse de, aslında Adalet Divanı üzerinde tabiri caizse Demokles'in Kılıcı gibi sallanmaktadır. Zira, AFAM yeri geldiğinde Adalet Divanı kararlarını dahi denetleyeceğini göstermektedir.

Kısacası, iki görüşün benimsendiği devletlerde, Birlik hukuku iç hukukta kanun niteliğini taşımakta, Birleşik Krallık'ta olduğu gibi sonraki kanunla veya Almanya'da olduğu gibi Anayasa Mahkemesi kararıyla iç hukukta uygulanamaz hale gelebilmektedir. İlerde kurulması planlanan Birleşik Kıbrıs'ta AB hukukunun önceliğinin teminat altında olması incelenirken, ilgili otoritelerin uyguladığı hukukun tekçi görüşe göre mi, ikici görüşe göre mi şekillendiğinin tespiti gerekecektir.

IV. KONUNUN BİRLEŞİK KIBRIS İÇİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Daha önce de belirtildiği üzere, Birleşik Kıbrıs, bir federasyon veya konfederasyon şeklinde ortaya çıkması beklenmektedir. Bu çerçevede, AB hukukunun tam olarak uygulanması, üç ayrı otoritenin kendi hukuk kuralları çerçevesinde AB hukukunun önceliği prensibini güvence altına alması gerektirecektir. Bu bağlamda, bu bölümde Kıbrıs Rum hukukunun, Kıbrıs Türk hukukunun ve referanduma sunulan halk arasında Annan Planı olarak bilinen Kıbrıs Sorununun Kapsamlı Çözümüne Dair BM Planı'nın ilgili hükümlerine değinilecektir. Hâlihazırda AB üyesi olması ve AB hukuku uyguluyor olması itibarıyla, Kıbrıs Rum otoritelerinin AB hukukunun önceliğini teminat altına almak bakımından hukuklarında yaptığı değişiklikleri öncelikle incelemekte fayda vardır.

Kıbrıs Rum otoriteleri, AB'ye uyum kapsamında öncelikli olarak anayasa değişikliği yapmaktan kaçınmayı tercih etmişlerdir. Zira Kıbrıs Rumları nazarında, Kıbrıs Türkleri ve Kıbrıs Rumlarının ortaklığında kurulan "Kıbrıs Cumhuriyeti'nin" devam ettiği dikkate alındığında, mevcut anayasayı değiştirmek için anayasada öngörülen usulü takip etmenin gerekli ve hukuki bir zorunluluk olduğu kabul edilmekteydi. Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası 182/3. maddesi, anayasanın değiştirilmesi için Kıbrıslı Rum milletvekillerinin üçte ikisi ve Kıbrıslı Türk milletvekillerinin üçte ikisini içeren çoğunluk oyuyla kabul edilmiş bir yasanın gerekliliğine işaret etmiştir. Bu çerçevede Kıbrıslı Türklerin yokluğunda Anayasa'nın değiştirilmesi mümkün görünmemiştir. Nitekim "Kıbrıs Yüksek Mahkemesi" de, devletin işleyişini sağlamaya yönelik zaruret doktrininin anayasayı değiştirmek bakımından mümkün olmadığını kararlarında ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme, zaruret doktrininin

⁶² Stein, s. 227.

ancak geçici sorunlar için kullanılabileceğinin altını çizmiş, anayasa değişikliğinin kalıcı bir durum yaratacağına işaret etmiştir. Bu sebeplerden ötürü AB hukukunun önceliğinin, anayasa değişikliği yerine anayasada uluslararası antlaşmaların hukuki gücünü düzenleyen 169/3. maddeye istinaden teminat altına alınmasının daha uygun olacağı fikri kabul edilmiştir⁶³.

“Kıbrıs Cumhuriyeti” anayasasının 169/3. maddesine göre, “Kıbrıs Cumhuriyeti'nin” akdettiği uluslararası antlaşmalar, sözleşmeler ve anlaşmalar, diğer tarafın antlaşma ve sözleşmeyi uygulamalarına bağlı olarak kanunlardan üstündür⁶⁴. İlgili hüküm, AB hukukunun önceliğini kanunlara nazaran bile tam olarak teminat altına almamaktadır. Zira, söz konusu anayasa hükmü, ancak diğer tarafın antlaşmayı uygulaması koşulu ile antlaşmanın kanunlara üstünlüğünü kabul etmiştir. Oysa AB hukukunda, üye devletler, diğer tarafın yükümlülüklerini yerine getirmemesine dayanarak yükümlülüklerini askıya alamamaktadırlar. Kaldı ki, ilgili hüküm, uluslararası antlaşmaların anayasaya üstün olduğunu da düzenlememektedir.

Kıbrıs Rum parlamentosu, AB hukukunun önceliğini teminat altına almak bakımından, bahsi geçen anayasa hükmünü destekleyecek ve güçlendirecek şekilde Katılım Antlaşmasını onaylamaya dair kanuna bir madde ekleyerek, Katılım Antlaşması'ndan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin ülkede doğrudan uygulanır olduklarını ve kendisi ile çatışan tüm yasal ve düzenleyici işlemlerden öncelikli olduklarını hükme bağlamıştır. Bu hüküm de, AB hukukunun anayasa nazarında öncelikli olduğunu düzenlememektedir. Anayasa ile AB hukukunun çatışması sonucunu doğuran hukuki sorun, *Costas Constantinou* isimli Kıbrıslı Rum'un, Avrupa Tutuklama Müzekkeresi çerçevesinde Birleşik Krallığa iade edilmesine ilişkin davada ortaya çıkmıştır. Söz konusu dava, Avrupa Tutuklama Müzekkeresine ilişkin AB mevzuatını iç hukuka aktaran kanunun, vatandaşların başka devletlere teslimini yasaklayan “Kıbrıs Cumhuriyeti” anayasası hükmüyle çatışması ile ilgilidir. “Kıbrıs Yüksek Mahkemesi”, ilgili kanunun anayasaya aykırı olması ve söz konusu iki hukuk kaynağının birbirine uygun olarak yorumlanmasının mümkün olmadığını altını çizerek, anayasanın üstün olduğuna ve Avrupa Tutuklama Müzekkeresine ilişkin AB hukukunu iç hukuka aktaran kanunun geçersiz olduğuna karar vermiştir⁶⁵.

⁶³ **Kombos**, Constantinos: The Impact of EU law on Cypriot Public Law, Sakkoulas Publications, Atina-Selanik 2015, s. 71-75.

⁶⁴ Kıbrıs Cumhuriyeti anayasasının İngilizce metni için bkz. “Cyprus's Constitution of 1960 With Amendments Through 2013,” [constituteproject.org](https://www.constituteproject.org/constitution/Cyprus_2013.pdf?lang=en), Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, https://www.constituteproject.org/constitution/Cyprus_2013.pdf?lang=en

⁶⁵ **Combos**, Constantinos/**Shaelou**, Stéphanie Laulhé: “The Cypriot Constitution Under the Impact of EU law: An Asymmetrical Formation,” içinde National Constitutions in

Yüksek Mahkeme'nin verdiği karar, Kıbrıs Rum otoritelerini önceki tutumlarını terk edip anayasa değişikliği yapmaya zorlamıştır. Anayasa'nın çeşitli maddelerinde değişiklik yapmanın ötesinde AB hukukunun önceliğini temin etmek maksadıyla Anayasa'ya 1 A maddesini eklemişlerdir⁶⁶. Söz konusu 1 A maddesi, anayasanın hiçbir hükmünün, AB üyeliğinin yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli olan ve Cumhuriyet tarafından yürürlüğe sokulan hiçbir yasayı, yapılmış hiçbir işlemi veya alınan tedbiri geçersiz kılamayacağını düzenlemiştir. Aynı hüküm, Anayasanın hiçbir hükmünün, AB ya da Avrupa Topluluklarının yetkili kurumlarının veya organlarının Antlaşmalara uygun olarak yürürlüğe soktukları Tüzük, Direktif ya da diğer tasarrufların veya yasama nitelikli tedbirlerinin ülkede hukuki etki doğurmasını engellemeyeceğini de hükme bağlamıştır.

Görüleceği üzere, Kıbrıs Rum Kesimi AB hukukunun önceliğini tam olarak güvence altına almaya yönelik bir adım atmıştır. Önceleri ikici görüşe göre şekillenen Kıbrıs Rum hukuku, anayasa değişikliği ile beraber, en azından AB hukuku itibarıyla tekçi görüşe göre şekillenmiştir. *Kombos, Constantinou* kararı ile Yüksek Mahkeme'nin Anayasa'nın üstünlüğü ilkesini ortaya koyduğunu ve böylelikle AB hukukunun önceliğinin temin edilmesi için anayasa değişikliğinin kapısını araladığını, ancak Alman Anayasa Mahkemesi'nden farklı olarak, AB hukukunun önceliğini sağlayacak anayasa değişikliği yapılırken, bu ilkenin sınırlarını ortaya koyma fırsatını kaçırdığını belirtmektedir⁶⁷. Kanaatimizce de, ilgili hükmün en dikkat çekici tarafı, sadece AB tasarruflarının değil, AB hukukunu uygulamaya yönelik ulusal tasarrufların da anayasaya uygunluk denetiminin dışında bırakılmasıdır. Bu durum, AB hukukunun uygulanmasına yönelik ulusal tasarrufun anayasaya uygun bir şekilde ihdas edilmesinin mümkün olduğu hallerde bile, anayasaya aykırı şekilde ihdas edilen uygulama tasarruflarının yargısal denetimin dışında olacağı görüntüsü yaratmaktadır.

Kıbrıs Rum hukukunun AB hukukunun önceliğini temin etmesi bakımından 'Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasasında' yapılan değişikliğin bir benzeri, 2004 yılında referanduma sunulmuş olan Kıbrıs Sorununun Kapsamlı Çözümüne Dair Plan'ın parçası olan Birleşik Kıbrıs Anayasa'nda da yer al-

European and Global Governance: Democracy, Rights, Rule of Law, National reports, ed. Anneli Albi ve Samo Bardutzky, T.M.C Asser Press, Lahey 2019, s. 1380.

⁶⁶ Detaylı bilgi için bkz. *Shaelou*, Stephanie Laulhe/*Kalaiztzaki*, Katerina: "Towards an Internationalisation of EU Law in Cyprus," içinde *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts*, ed. Christian N. K. Franklin, Intersentia, Birleşik Krallık 2018, s. 502-505.

⁶⁷ *Combos/Shaelou*, s. 79-80.

miştir⁶⁸. Söz konusu taslak anayasa metninin 3. maddesi, anayasanın üstünlüğünü düzenlerken, 19/8. maddesi AB hukukunun önceliğini düzenlemiştir. Taslak Anayasa metninin 3. maddesi, Anayasa'nın Birleşik Kıbrıs'ın en üst hukuku olduğunu, hem federal hem de oluşturucu devletlerin bununla bağlı bulunduğunu, hem federal otoritelerin hem de oluşturucu devletlerin otoritelerinin anayasa ile çatışan tasarruflarının hukuken geçersiz olduğunu hükme bağlamıştır⁶⁹. İlgili metnin 19/8. maddesi ise, anayasanın hiçbir hükmünün, AB üyeliğinin yüklemiş olduğu yükümlülüklerin gerektirdiği ve federal hükümet veya oluşturucu devletler tarafından yürürlüğe sokulmuş kanunları, tasarrufları ya da tedbirleri geçersiz kılamayacağını, veya Birlik ya da onun kurumları tarafından yürürlüğe sokulan hukuk kurallarının, tasarruflarının veya tedbirlerinin Kıbrıs'ta hukuk gücüne sahip olmasını engellemeyeceğini düzenlemiştir⁷⁰.

İlgili hükümler dikkate alındığında iki farklı yorum yapılması mümkündür. Yapılması muhtemel yorumlardan biri şöyle özetlenebilir: Anayasa hem federal hem de oluşturucu otoriteler bakımından bağlayıcı ve üstün ise, buna rağmen Anayasa'nın hiçbir hükmü AB hukukunu iç hukuka aktaran federal ve oluşturucu devlet otoritelerin yürürlüğe koyduğu kanunları geçersiz kılamayacaksa, AB hukukunun önceliği sadece federal otoriteler bakımından değil, Oluşturucu Devletler bakımından da otomatik olarak geçerli olacaktır. Zira hem federal otoriteler hem de oluşturucu devletler bakımından üstün hukuk olan Anayasa bile AB hukukunun uygulanışını engelleyemiyorsa, oluşturucu devletlerin yerel hukukları da AB hukuku ve onu iç hukuka aktaran - uygulayan iç tasarrufların uygulanışını engelleyemeyecektir.

Yapılması muhtemel diğer bir yorum da, söz konusu Anayasa Taslağı hükümlerinin ancak federal hukuk kapsamında AB hukukunun önceliğini teminat altına aldığı yönündedir. Diğer bir ifadeyle söz konusu hükümler, Federal otoriteler tarafından yürürlüğe sokulan tasarruflar ve federal hukukla çatışma halinde olan veya federal hukuk ile herhangi bir şekilde bağlantılı olan oluşturucu otorite tasarruflarının federal hukuk nezdinde geçerli olmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda, Kıbrıs Türk Oluşturucu Devletler tarafından yürürlüğe sokulan, AB hukukunu iç hukuka aktaran veya uygulamaya

⁶⁸ Kıbrıs Sorununun Kapsamlı Çözümüne Dair Antlaşma ve Birleşik Kıbrıs Anayasa'sının Taslak metinleri için bkz. "The Comprehensive Settlement of The Cyprus Problem," Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Annan_Plan_MARCH_30_2004.pdf (Taslak Metinler)

⁶⁹ Taslak Metinler, s. 19.

⁷⁰ Taslak Metinler, s. 28.

yönelik kanun ya da tasarruf, Federal Anayasa'ya aykırı olsa da, Anayasa Taslağı'nın 19/8. maddesi uyarınca, federal hukuka göre geçerli kalmaya devam edecektir. Buna karşın AB hukukunu iç hukuka aktaran veya uygulamaya yönelik Oluşturucu Devlet kanunu ya da tasarrufunun Federal Anayasaya değil ve fakat Oluşturucu Devlet Anayasası'na aykırılığı hali, Federal Anayasa'nın 19/8. maddesi hükmü kapsamı dışında kalacaktır. Bu durumda AB hukukunun önceliğinin Oluşturucu Devlet Anayasası'nda da güvence altına alınması gereklidir.

Ne kadar da bahsi geçen hükümlerin parçası olduğu Annan Planı, 2004 yılında yapılmış olan referandumda Kıbrıslı Rumlar tarafından reddedilmiş olsa da, bu hükümler hiçbir zaman red gerekçesi olarak ortaya çıkmamıştır. Bu sebeple, söz konusu hükümlerin yeni bir antlaşma metni taslağında aynen yer alması muhtemeldir. Kanaatimizce, ikinci yorum, hem Anayasa Taslağı'nın 19/8. maddesi lafzına, hem de federal ve oluşturucu devletlerin yetkilerini birbirinin müdahalesi olmaksızın kullanabileceklerine dair 2014 tarihli mutabakat dolayısıyla, iki devletli çözüm modeline de daha uygundur. Elbette, bu durumda AB hukukunun önceliğinin tüm adada güvence altına alınması bakımından Kıbrıs Türk Oluşturucu Devleti'nin anayasasında da AB hukukunun önceliğinin güvence altına alınması gerekecektir. Bu bağlamda KKTC Anayasası'nın 90. maddesi üzerinde durmak faydalı olacaktır. Zira, KKTC Anayasası, Kıbrıs Türk Oluşturucu Devleti Anayasası'nın hazırlanmasına kaynak teşkil edecektir.

Uluslararası antlaşmaların Kıbrıs Türk hukukundaki yeri, 1985 KKTC Anayasası'nın 90. maddesinde düzenlenmiştir. KKTC Anayasası'nın 90/5. maddesi, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar yasa hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi olarak görev yapan Yüksek Mahkemeye başvurulamaz" şeklinde düzenleme yapmaktadır. Bu hüküm hem 1961 Türk Anayasası'nın 65/5. maddesi, hem de 1981 tarihli Türk Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihteki 90/5. maddesi ile (mahkemenin ismi hariç olmak üzere) aynıdır⁷¹. Bu sebeple KKTC Anayasası'nın 90/5. maddesi değerlendirilirken hem Türk literatürüne hem de Kıbrıs Türk mahkemelerinin kararlarına bakmak gerekecektir.

⁷¹ 1982 Anayasası'nın 90/5. maddesi 2004 yılında değiştirilmiş ve yapılan ekleme ile ilgili hüküm, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." şeklini almıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf> Erişim Tarihi: 8 Mart 2024.

Türkiye'nin 2004 yılında yaptığı değişikliğe kadar, uluslararası antlaşmaların kurallar hiyerarşisindeki yeri konusunda iki farklı görüş mevcuttu. Bir görüşe göre, ne kadar da uluslararası antlaşmalar kanun hükmünde olsa da, kanunlardan hiyerarşik olarak üstün kabul edilmeliydi. Zira kanunların anayasaya aykırılıklarını ileri sürmek mümkün iken, usulüne uygun olarak yürürlüğe giren antlaşmaların anayasaya aykırılığını sürmek imkânsızdı. Bu sebeple uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içerdiği her durumda uluslararası antlaşma hükümlerine öncelik verilmesi gerektiği üzerinde duruluyordu. Diğer bir görüşe göre ise uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırılığı ileri sürülemez de, kanun hükmünde olmaları, onları diğer kanunlardan farklı kılmıyordu⁷². Bu durumda uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içerdiği hallerde, *lex posterior* ilkesi uygulanmalı ve sonraki tarihli hükme öncelik verilmelidir. Diğer bir ifadeyle, eğer Parlamento uluslararası bir antlaşma akdedildikten sonra bir kanun kabul ederse ve kanun uluslararası antlaşma ile aynı konuda farklı hükümler içerirse, kanunun uygulanması gerekecekti.

Türkiye 2004 yılında yaptığı anayasa değişikliği ile bu ikileme bir son vermek maksadıyla 90/5. maddeye şu şekilde ekleme yapmıştır: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”. Yapılan bu ekleme ile Türk Anayasası ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, akdedilen uluslararası antlaşma temel hak ve özgürlüklere ilişkin ise, Parlamento'nun sonradan kabul edeceği kanunlara rağmen uygulanacaktır. Oysa eğer antlaşma temel hak ve özgürlüklere ilişkin değilse, bu antlaşma kendisi ile çelişen sonraki bir kanunun varlığı halinde Türk mahkemeleri tarafından uygulanmayacaktır.

Gülgeç, Temel Hak ve Özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların ise kanunlardan üstün olmadığını ileri sürmektedir. Anayasa'da yer alan “uluslararası andlaşma esas alınır” ibaresinin bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğunu ve sadece çatışma halinde uluslararası antlaşmaya öncelik verildiğini belirtmektedir. Öncelik verilmenin hiyerarşik olarak üstün olması anlamı taşımadığını, uluslararası antlaşmaya aykırılık nedeniyle kanunların iptal edilmediğini belirtmektedir⁷³. Kanaatimizce de, ilgili anayasa hükmü ulus-

⁷² **Aybay**, Rona: “Uluslararası antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, TBB Dergisi, Cilt 70, Mayıs-Haziran, 2007, s. 198.

⁷³ **Gülgeç**, Yahya Berkol: Normlar Hiyerarşisi Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerinin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü, 2. Baskı, On iki Levha yayıncılık, İstanbul 2018, s. 161-167.

lararası antlaşmaları kanun ile aynı statüye koymakta hiyerarşik bir üstünlük yaratmamaktadır⁷⁴.

AB'ye üyeliğin katılım antlaşması ile gerçekleşeceği ve AB Andlaşmaları'nın da Türk hukuku nezdinde uluslararası antlaşma niteliğinde olduğu dikkate alındığında, AB hukukunun temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan kurallarının sonradan yürürlüğe sokulan kanunlarla çatıştığı halde uygulanmama riskinin doğacağını belirtmek yanlış olmayacaktır. Buna karşın *Göçmen*, Türkiye ve AB arasındaki ilişkileri düzenleyen Ortaklık Antlaşması ve AB'ye üyelik perspektifi çerçevesinde, Türkiye'nin AB mevzuatına uyum yükümlülüğü altında olduğuna işaret ederek, özellikle Ortaklık İlişkisi çerçevesinde yürürlüğe sokulan kanunların nadiren de olsa Türk mahkemeleri tarafından AB hukukuna uyumlu bir şekilde yorumlandığını belirtmektedir⁷⁵.

Anayasa Mahkemesi olarak oturum yapan KKTC Yüksek Mahkemesi ise, KKTC Anayasası'nın 90/5. maddesini değerlendirirken, Türk Anayasası'nda değişiklik yapılmadan önceki görüşlerden ilkinin benimsemiştir. Bu çerçevede usulüne göre yürürlüğe konulan milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğuna ve hatta anayasaya eşdeğer olduğuna karar vermiştir⁷⁶. KKTC mahkemelerinin uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yerini tespit etmek bakımından fazlaca dava ile karşılaşmadığına hemen işaret etmek gerekmektedir. KKTC mahkemelerinin bu kararı, esas itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuktaki yerinin belirlenmesini gerektirecek bir davada verilmiştir. Buna karşın, daha sonraki mahkeme kararlarında bu içtihadı atıf yapıldığı görülmektedir⁷⁷.

Yine Anayasa Mahkemesi olarak oturum yapan KKTC Yüksek Mahkemesi, usulüne göre yürürlüğe konan uluslararası andlaşmaların anayasaya

⁷⁴ Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların anayasaya nazar üstün konuma gelip gelmedikleri, böyle uluslararası antlaşmaların kendilerinden daha fazla haklar sağlayan ulusal kanunlarla çatıştığı durumlarda hangisine öncelik verilmesi gerektiği ya da uluslararası antlaşmanın belli bir temel hak ve özgürlüğe kısıtlama getirip getiremeyeceğine dair tartışmalar için bkz. **Akkutay**, Ali İbrahim: "Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, s. 433-440.

⁷⁵ **Göçmen**, İlke: "Avrupa Birliği İle Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Türk Mahkemelerinin Avrupa Birliği Hukuku Karşısındaki Tutumuna Yönelik Bir Öneri: AB-Dostu Yorum Yöntemi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, Sayı 1, 2014, s.134-136 ve s. 147-150

⁷⁶ Ulusal Birlik Partisi v. KKTC Cumhuriyet Meclisi vasiyatıyla KKTC, Anayasa Mahkemesi 3/2016, D. 3/2006, s. 22.

⁷⁷ Örnek olarak bkz. *Mehmet S. Uğraşın v. KKTC Kamu Hizmeti komisyonu Başkanlığı vasiyatıyla KKTC, KKTC Bakanlar Kurulu vasiyatıyla KKTC, KKTC Sayıştay Başkanı vasiyatıyla KKTC*, YİM: 119/2003, D. 20/2010, s. 30.

aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağına dair hükmün, hem doğrudan Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmasını, hem de diğer mahkemeler nezdinde açılan davalarda ortaya çıkan anayasaya uygunluk konusunun bu mahkemelerce Anayasa Mahkemesi'ne havale edilmesini engellediğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, uluslararası antlaşmaların ancak usulüne uygun olarak yürürlüğe girip girmediğinin denetlenebilmesinin mümkün olduğuna hükmetmiştir. Bu kararda azınlık görüşünü paylaşan yargıçlar, uluslararası antlaşmanın usulüne göre yürürlüğe girdiğinin değerlendirilmesinde sadece usul bakımından değil, anayasal yetki ve kapsam bakımından da denetim yapılabileceğinin altını çizmişlerdir⁷⁸.

Kanaatimizce azınlık görüşünü paylaşan yargıçlara hak vermek anayasanın ruhuna daha uygun düşecektir. Zira uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde kabul edildiği düzenlenmişken, anayasada, kendisinin değiştirilmesine ilişkin usulü açıkça belirtilmişken ve anayasanın değiştirilemeyen hatta değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen hükümleri mevcutken, uluslararası antlaşmaların anayasaya eşdeğer olduğuna karar vermek, uluslararası hukuka saygılı olma maksadını aşan bir karar niteliğindedir.

Nitekim, KKTC Anayasa Mahkemesi, 2016 tarihinde verdiği görüşte, üçüncü devletlerle akdedilen bir antlaşmanın yürürlüğe girebilmesi için Cumhuriyet Meclisi'nin kabul edeceği onay yasasının Cumhurbaşkanı tarafından resmi gazetede yayımlanması gerektiğine, ilgili uluslararası antlaşmanın onay yasasının bir parçası olduğuna, onay yasası yayımlanmadan usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşma niteliği kazanamayacağına ve dolayısıyla 90/5. maddedeki korumadan yararlanamayacağına, resmi gazetede yayımlamadan önce Anayasa'nın 146. maddesi⁷⁹ çerçevesinde Cumhurbaşkanı tarafından anayasaya uygunluğunun denetimi için Anayasa Mahkemesi'nden görüş istenebileceğine karar vermiştir⁸⁰. Yine Anayasanın 146/4. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanının talebi ile Anayasaya aykırılığı

⁷⁸ *İsmail Sadık Bundak v. Başsavcılık*, Anayasa Mahkemesi: 11/93, D. 9/94, s. 14-16. Bu kararda, azınlık görüşünü paylaşan yargıçlar, usulüne göre yürürlüğe girdiğinin değerlendirilmesinde sadece usul bakımından değil anayasal yetki ve kapsam bakımından da denetim yapılabileceğinin altını çizmişlerdir.

⁷⁹ KKTC Anayasası'nın 146/1. maddesi şu şekildedir: "Cumhurbaşkanı, bir yasayı veya herhangi bir yasanın herhangi belli bir kuralını veya Cumhuriyet Meclisinin herhangi bir kararını yayımlamadan önce, bu Anayasanın herhangi bir kuralına aykırı veya ona uygun olup olmadığı konusunda görüşünü bildirmek üzere Anayasa Mahkemesine sunabilir."

⁸⁰ *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı v. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti*, Anayasa Mahkemesi: 11/2016, D. 4/2016, s. 16-20.

tespit edilen uluslararası antlaşmayı içeren onay yasasının Cumhuriyet Meclisi tarafından yeniden kabul edilerek Cumhurbaşkanına Resmi Gazetede yayımlanmak üzere geri gönderilmesi mümkün değildir.

O halde, Anayasa Mahkemesi, verdiği görüşte, Anayasa'nın kendisine aykırı uluslararası antlaşma akdedilmesine izin vermediğini zımnen ifade etmiştir. Eğer antlaşma akdedilemeden önce anayasaya aykırılığı tespit edilirse antlaşma akdedilemeyecektir. Bu durumda uluslararası antlaşmaların anayasaya denk olduğundan bahsetmek çelişkili kabul edilmelidir. Bu noktada tekçi görüşü benimseyen Hollanda'da, anayasaya aykırı olarak uluslararası antlaşma akdedilebildiğini yeniden hatırlatmakta fayda vardır. Eğer uluslararası antlaşma anayasa gücünde ise, anayasa uluslararası antlaşmanın akdedilmesini engelleyememelidir.

Kısacası, Anayasa Mahkemesi olarak oturum yapan Yüksek Mahkeme içtihadına göre, KKTC tarafından akdedilen ve usulüne göre yürürlüğe sokulan uluslararası antlaşmaların Anayasaya uygunluğunun denetimi mümkün değildir. Denetim yapılması ancak, uluslararası antlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce, uygun bulma yasasının Cumhurbaşkanı tarafından anayasaya uygunluk konusunda Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine bağlıdır. Bu durum, Anayasa'nın ruhuna uygun olmasa da, Antlaşmalar'ın ve onlar uyarınca yürürlüğe konulan AB tasarruflarının önceliğini güvence altına almak bakımından elverişlidir. Diğer bir ifadeyle, fikren tutarlılık içermese de, KKTC mahkemelerinin içtihadı dikkate alındığında, mevcut Kıbrıs Türk hukukunda uluslararası antlaşmaların anayasadan ve kanunlardan etkilenmeden uygulandığı, tekçi görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Antlaşmalar ve bunlara uygun olarak yürürlüğe konmuş AB tasarruflarının önceliği, Kıbrıs Türk hukukunda güvence altına alınmıştır. Ancak AB hukukunu iç hukuka aktarmaya veya uygulamaya yönelik Kıbrıs Türk otoritelerinin tasarruflarının Antlaşmalar ve AB tasarrufları ile aynı güce sahip olup olmayacakları, önceliklerinin teminat altında olup olmayacakları konusunda yol gösterecek nitelikte bir mahkeme kararı mevcut değildir. Bu tip tasarrufların yargı denetimine açılması veya sonraki kanunla yürürlükten kaldırılması olasılığı, bazı AB tasarruflarının iç hukuka aynen aktarılması gerektiği de dikkate alındığında, AB hukukunun etkinliğini azaltıcı nitelikte olacaktır. Dolayısıyla, AB hukukunun önceliğinin bu tip tasarruflar için de geçerli olmasını sağlamak ve yukarıda belirtilen teorik çatışmadan kurtulmak için Kıbrıs Türk Oluşturucu Devleti'nin Anayasa'sında "Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nda" yapılan değişikliğe benzer bir ekleme yapılması faydalı olacaktır.

SONUÇ

Yapılan çalışmada, kendine özgü kapsamı ve hukuki niteliği bulunan AB hukukunun önceliği prensibinin Birleşik Kıbrıs'ta güvence altına alınması konusu değerlendirilmiştir. AB hukukunun önceliği, Adalet Divanı içtihadı çerçevesinde, yeri geldiğinde bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak ortaya çıkarak, geçerli bir ulusal hukuk kuralı ile geçerli bir AB hukuku kuralının çatıştığı durumlarda AB hukukunun uygulanmasını sağlamakta, yeri geldiğinde Birliğin üye devletleri yetkisizleştirmesine rağmen, üye devletlerin tasarruflarında bulunduğu hallerde devreye girerek üye devlet hukukunun uygulanmasını engellemektedir.

Çalışmada görüleceği üzere, bazı üye devletlerin anayasal düzenlemeleri AB hukukunun önceliğini mutlak surette kabul ederken, özellikle ikici görüşü benimseyen üye devletlerde AB hukukunun önceliğini tehdit edebilecek iki temel olasılık göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki Birleşik Krallık örneğinde olduğu gibi, kanun nitelikli olan AB hukukunun Parlamento'nun yürürlüğe sokacağı yeni bir kanunla iç hukukta ilga edilmesi olasılığıdır. Diğer ise, Almanya örneğinde olduğu gibi anayasal tahammül düşüncesidir. Buna göre, AB hukukunun önceliği anayasanın temel prensipleri müsaade ettiği sürece geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, kanun niteliğinde olan AB hukuku anayasaya veya en azından onun temel ilkelerine aykırı olmadıkça öncelikle uygulanabilecektir.

Gelecekte yaratılması muhtemel Birleşik Kıbrıs'taki durum değerlendirilirken, Birlik hukukunun hem federal/konfederal düzeyde hem de oluşturu- cu devletler düzeyinde, mevcut hukuk kuralları çerçevesinde güvence altında olup olmayacağı incelenmiştir. Konu federal düzeyde incelenirken, esas itibarıyla halk arasında Annan Planı olarak bilinen ve referanduma sunulmuş tek antlaşma taslağı olma özelliğini taşıyan Kıbrıs Sorununun Kapsamlı Çözümüne Dair Plan'ın parçası olan Anayasa'nın ilgili hükümleri esas alınmıştır. Kıbrıs Rum hukukunda şu anda yürürlükte olan anayasal düzenlemeler de ayrıca incelenmiştir. Bu çerçevede hem söz konusu Planda hem de Kıbrıs Rum hukukunda AB hukukunun önceliğini güvence altına almaya yönelik düzenlemelerin birbirine paralellik gösterdiği anlaşılmaktadır. Zira, hem Plan hem de Kıbrıs Rum hukuku, AB Antlaşmaları'nın ve bu Antlaşmalara uygun olarak yürürlüğe sokulan AB tasarruflarının hukuki etki doğurmasının anayasaca engellenemeyeceğini hükme bağlamanın ötesinde, AB hukukunu uygulamaya yönelik veya iç hukuka aktarmaya yönelik ulusal tasarrufların bile anayasadan etkilenmeyeceğini hükme bağlamıştır. Kıbrıs Rum Kesimi'ndeki yazarlar, bu düzenlemelerin Alman Federal Anayasa

Mahkemesi'nin yaptığı gibi ülkedeki anayasal sisteminin temellerinin artık Kıbrıs'taki mahkemelerce korunmasının mümkün olmayacağı yönünde görüş bildirmektedirler.

Kıbrıs Türk Oluşturucu Devleti anayasası bakımından örnek teşkil edecek nitelikte olan KKTC Anayasası'nın ilgili hükümleri de değerlendirilmiştir. KKTC Yüksek Mahkemesi'nin kararları incelendiğinde, usulüne göre yürürlüğe sokulan uluslararası antlaşmaların ne anayasadan ne de sonradan çıkarılacak kanunlardan etkilenmeyeceği ve hukuki etki doğuracağı anlaşılmaktadır. Ancak KKTC Yüksek Mahkemesi, Cumhurbaşkanı tarafından, belli bir uluslararası antlaşmanın henüz onaylanmadan önce, anayasaya uygunluğu konusunda görüş alınmak üzere Anayasa Mahkemesi'ne gönderebileceğine karar vermiştir. Kısacası, Kıbrıs Türk hukuku bakımından AB Antlaşmaları ve AB tasarruflarının geçerliliği, Antlaşmalar yürürlüğe girdikten sonra Anayasadan etkilenmeyecektir. Belli bir uluslararası antlaşmanın uygulanmasını sağlamaya yönelik KKTC otoritelerinin tasarruflarının da aynı hukuki güce sahip olup olmayacağı konusunda KKTC mahkemelerinin verilmiş hiçbir kararı mevcut değildir. Bu bağlamda Kıbrıs Türk Oluşturucu Devleti'nin anayasası tasarlanırken "Kıbrıs Cumhuriyeti" Anayasası'na yapılan bir eklemeye benzer bir eklemenin yapılması gerekecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Arnall**, Anthony/**Dashwood**, Alan/**Doughan**, Michael/**Ross**, Molcom/**Spaventa**, Elenor/**Wyatt** Derrick: Whatt & Dashwood's European Union Law, 5. Baskı, Sweet & Maxwell, Londra 2006.
- Arsava**, A Füsün: Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları:545, Ankara 1985.
- Chalmers**, Damien/**Davies**, Gareth/**Monti**, Giorgio: European Union Law, 2. Baskı, Cambridge University Press, New York 2010.
- Combos**, Constantinos/**Shaelou**, Stéphanie Laulhé: "The Cypriot Constitution Under the Impact of EU law: An Asymmetrical Formation," içinde National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, Rule of Law, National reports, editörler Anneli **Albi** ve Samo **Bardutzky**, T.M.C Asser Press, Lahey 2019, s. 1373-1432.
- Kombos**, Constantinos: The Impact of EU law on Cypriot Public Law, Sakkoulas Publications, Atina-Selanik 2015.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: Normlar Hiyerarşisi Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerinin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü, 2. Baskı. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Klamert**, Marcus. "Supremacy, Pre-emption, and the Union Interest," içinde The Principle of Loyalty in EU Law, Oxford Academic, Oxford 2014, Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199683123.003.0005>.
- Lenaerts**, Koen/**Nuffel**, Piet Van: European Union Law, 6. Baskı. Sweet & Maxwell, Londra 2011.
- Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 6. Baskı. Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Shaelou**, Stephanie Laulhe/**Kalaiztzi**, Katerina: "Towards an Internationalisation of EU Law in Cyprus," içinde The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts, editör Christian N.K. **Franklin**, s. 495-524. Intersentia, Birleşik Krallık 2018.

Makaleler

- Akkutay**, Ali İbrahim: “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, s. 415-447.
- Aras**, İlhan: “Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi”, Sayıştay Dergisi, Cilt 99, Sayı Ekim-Aralık, 2015, s. 5-28.
- Arena**, Amedeo: “The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen”, Jean Monnet Working Paper 03/10, <https://jeanmonnetprogram.org/paper/the-doctrine-of-union-preemption-in-the-eu-single-market-between-sein-and-sollen/>, Erişim tarihi: 08/03/2024.
- Arsava**, A. Fusun: “AB Hukukunun Bloke Edici Etkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 2016, s. 3-24.
- Avbelj**, Matej: “Supremacy or Primacy of EU Law – (Why) Does it Matter?”, European Law Journal, Cilt 17, Sayı 6, 2011, s. 744-763.
- Aybay**, Rona: “Uluslararası antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, TBB Dergisi, Cilt 70, Sayı Mayıs-Haziran, 2007, s. 187-213.
- Barber**, Nick W.: “The Afterlife of Parliamentary Sovereignty”, International Journal of Constitutional Law, Cilt 9, Sayı 1, 2011, s. 144-154.
- Bast**, Jürgen: “Dont Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Courts’s Ultra Vires Review”, German Law Journal, Cilt 15, Sayı 2, 2014, s. 167-181.
- Baykal**, Sanem: “Avrupa Birliği Anayasalaşma Sürecinde, Adalet Divanı’nın Rolü: Divanı’nın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, Güz 2004, s. 121-149.
- Beck**, Gunnar: “Lisbon Judgement of the German Constitutional Court, the Primacy of EU law and the Problem of Kompetenz-Kompetenz: A Conflict between Right and Right in Which There is No Preator”, European Law Journal, Cilt 17, Sayı 4, 2011, s. 470-494.
- Davies**, Bill: “Resistance to European Law and Constitutional Identity in Germany: Herbert Krausand Solange in its Intellectual Context”, European Law Review, Cilt 21, Sayı 4, 2015, s. 434-459.

- Denker**, M. Sami: “Kıbrıs Cumhuriyeti ve Avrupa Birliğine Üyelik Sorunu”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2001, s. 1-14.
- Dinh**, Viet D.: “Reassessing the Law of Preemption”, The Georgetown Law Journal, Cilt 88, Sayı 7, 1999-2000, s. 2085-2118.
- Drexel**, Joseph: “Was Sir Francis Drake a Dutchman?-British Supremacy of Parliament After Factortame”, The American Journal of Comparative Law, Cilt 41, Sayı 4, 1993, s. 551-571.
- Efegil**, Ertan/**Olçay**, Ayşe Mine: “Tarafların Kıbrıs Sorununa Yaklaşımı”, Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları, Sayı 1, 2004, s. 113-122.
- Gardbaum**, Stephen A.: “The Nature of Preemption,” Cornell Law Review, Cilt 79, Sayı 4, 1994, s. 767-815.
- Göçmen**, İlke: “Avrupa Birliği İle Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Türk Mahkemelerinin Avrupa Birliği Hukuku Karşısındaki Tutumuna Yönelik Bir Öneri: AB-Dostu Yorum Yöntemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, Sayı 1, 2014, s. 131-168.
- Kruis**, Tobias: “Primacy of European Union Law – From Theory to Practice”, Ritsumeikan Law Review, Cilt 28, 2011, s. 269-279.
- Lenaerts**, Koen ve **Corthaut**, Tim: “of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU Law”, European Law Review, Cilt 31, Sayı 3, 2006, s. 287-315.
- Nelson**, Caleb: “Preemption”, Virginia Law Review, Cilt 86, Sayı 2, 2000, s. 225-305.
- Schütze**, Robert: “Supremacy Without Pre-emption? The Very Slowly Emergent Doctrine of Community Pre-emption”, Common Market Law Review, Cilt 43, Sayı 4, 2006, s. 1023-1048.
- Soares**, Antonio Goucha: “Pre-emption, conflicts of powers and subsidiarity”, European Law Review, Cilt 23, Sayı 2, 1998, s. 132-145.
- Torsten**, Stein: “Always Steering A Straight Course? The German Federal Constitutional Court And European Integration”, ERA Forum, Cilt 12, Sayı 1, 2011, s. 219-228.
- Tunç**, Hasan: “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, 2000, s. 174-193.

Vatansever, Müge: “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Özel Sayı, 2010, s. 1487-1530.

Mahkeme Kararları

Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125.

Case 26/62, Van Gend En Loos [1963] ECR 00001.

Case 314/85, Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost [1987] ECR 04199.

Case 6/64, Costa v. ENEL [1964] ECR 00585.

Case C-213/89 Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others [1990] ECR I – 2466.

Case C-221/89 The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others, (1991) ECR I-03905.

Case C-478/07, Budejovický Budvar national Corporation v. Rudolf Ammersin GmbH [2009] ECR I-07721, Opinion of AG Colomer

Case 106/77, Simmenthal II [1978] ECR 00629.

İsmail Sadık Bundak v. Başsavcılık, Anayasa Mahkemesi: 11/93, D. 9/94.

Joined Cases C-10/97 to C-22/97, IN.CO.GE.'90 Srl et al. [1998] ECR I-06307.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı v. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Anayasa Mahkemesi: 11/2016, D. 4/2016.

Mehmet S. Uğraşın v. KKTC Kamu Hizmeti komisyonu Başkanlığı vasıtasıyla KKTC, KKTC Bakanlar Kurulu vasıtasıyla KKTC, KKTC Sayıştay Başkanı vasıtasıyla KKTC, YİM: 119/2003, D. 20/2010.

Ulusal Birlik Partisi v. KKTC Cumhuriyet Meclisi vasıtasıyla KKTC, Anayasa Mahkemesi 3/2016, D. 3/2006.

Diğer Kaynaklar

“11 February 2014 Joint Declaration on Cyprus,” Erişim tarihi: 27 Ocak 2025, <https://uncyprustalks.unmissions.org/11-february-2014-joint-declaration-cyprus>

“Basic Law for the Federal Republic of Germany,” Deutscher Bundestag, Erişim tarihi: 8 Mart 2024, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>

“Cyprus’s Constitution of 1960 With Amendments Through 2013,” constituteproject.org, Erişim Tarihi: 8 Mart 2024,

https://www.constituteproject.org/constitution/Cyprus_2013.pdf?lang=en

“Flaminio Costa v ENEL – 1964,” LawTeacher, Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, <https://www.lawteacher.net/cases/flaminio-costa-v-enel.php?vref=1>

“Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- & Vorratsstelle für Getreide & Futtermittel (Solange I) [1974] 2 CMLR; (German Federal Constitutional Court),” Oxford University Press, Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_96.htm

“Opinion of the Council Legal Service of 22 June 2007,” Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016L/AFI/DCL/17&from=HU>

“The Comprehensive Settlement of The Cyprus Problem,” Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Annan_Plan_MARCH_30_2004.pdf (Taslak metinler)

“The Constitution of the Netherlands, 2018” Ministry of Interior and Kingdom Relations, Erişim Tarihi: 8 Mart 2024, file:///C:/Users/USER/Downloads/WEB_119406_Grondwet_Koninkrijk_ENG.pdf

“Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,” Erişim Tarihi: 8 Mart 2024 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>

Act concerning the conditions of accession of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic and the adjustments to the Treaties on which the European Union is founded - Protocol No 10 on Cyprus, OJ L 236, 23.9.2003, p. 955.

United Nations Security Council (UNSC) Res 649 (12 March 1990) S/RES/649(1990).

**NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANTLAŞMASI
VE ULUSLARARASI HUKUK:
MEMUL BİR TEAMÜL HUKUKU KURALI ÜZERİNE
MEYUS BİR İNCELEME**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1610699>

Dr. Öğr. Üyesi Şahin Eray KIRDIM*

Öz

Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması (NYSA), kapsamlı bir yasaklama çerçevesi oluşturarak nükleer silahların ortadan kaldırılmasını hedefleyen önemli bir girişimdir. Kabulünün hemen ardından, NYSA'nın nükleer silahların bulundurulması, kullanılması veya kullanma tehdidinde bulunulmasının yasaklanması şeklinde yeni bir teamül hukuku kuralının ortaya çıkışını sağladığı veya buna katkıda bulunduğu öne sürülmüştür. Bu çalışma, NYSA'nın 1. maddesinde yer verilen yasakların teamül hukuku statüsüne ulaşip ulaşmadığını incelemektedir. Çalışma, devlet uygulaması, opinio juris ve içtihat incelemesine dayalı bir yöntem benimseyerek iki temel araştırma sorusunu ele almaktadır. İlk olarak, 1. madde kapsamındaki yasakların uluslararası teamül hukuku olarak kabul edilmesi için gerekli özelliklere sahip olup olmadığı incelenmektedir. İkinci olarak, söz konusu yasakların teamül hukuku statüsünde olduklarının veya yakın gelecekte olacaklarının kabulü halinde, söz konusu yasaklara muhalif devletlerin hukuki durumları ısrarlı itiraz kuralı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Çalışmanın bulguları, NYSA'nın öngördüğü yasakların henüz uluslararası teamül hukukuna dönüşmediğini göstermektedir. Bunun başlıca nedeni, özellikle nükleer silah sahibi devletler ve müttefikleri arasında tek tip ve temsil edici bir devlet uygulamasının bulunmamasıdır. Bu araştırma, küresel silahsızlanma hedeflerini nükleer silah sahibi devletler ve müttefiklerinin stratejik ve güvenlik endişeleriyle uyumlu hale getirmenin zorluklarını vurgulayarak doktrine katkıda bulunmayı amaçlamakta ve nihayetinde NYSA'nın normatif hedeflerinin jeopolitik gerçeklerle sınırlı kaldığını öne sürmektedir.

*

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi, Ankara (sahineraykirdim@aybu.edu.tr) ORCID: 0000-0003-4207-6559 (Gönderim Tarihi: 31.12.2024-Kabul Tarihi: 30.01.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Nükleer Silahlar, Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması (NSYA), Uluslararası Teamül Hukuku, Israrlı İtiraz Kuralı, Nükleer Paylaşım

**THE TREATY ON THE PROHIBITION OF NUCLEAR WEAPONS
AND INTERNATIONAL LAW:
A DESPONDENT ANALYSIS OF AN ALLEGEDLY EMERGING
RULE OF CUSTOMARY LAW**

(Research Article)

Abstract

The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW) represents a landmark attempt to eliminate nuclear weapons by establishing a comprehensive prohibition framework. Immediately after its adoption, it was argued that the TPNW contributed to or facilitated the emergence of a new customary rule of international law prohibiting the possession, use, or threat of use of nuclear weapons. This study examines whether the prohibitions set forth in Article 1 of the TPNW have attained the status of customary international law. The study addresses two main research questions by adopting a methodology based on an examination of state practice, opinio juris, and case law. First, it examines whether the prohibitions under Article 1 possess the necessary characteristics to be recognized as customary international law. Second, it evaluates the legal status of objecting states within the framework of the persistent objector rule, in the event that the prohibitions in question are recognized as customary international law or are anticipated to achieve such status in the near future. The findings of the study show that the prohibitions envisaged by the TPNW have not yet evolved into customary international law. The primary reason for this is the lack of uniform and representative state practice, particularly among nuclear-weapon states and their allies. This research aims to contribute to the doctrine by highlighting the challenges of aligning global disarmament objectives with the strategic and security concerns of nuclear-weapon states and their allies, ultimately suggesting that the normative aspirations of the TPNW remain constrained by geopolitical realities.

Keywords

Nuclear Weapons, Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW), Customary International Law, Persistent Objector Rule, Nuclear Sharing

GİRİŞ

Nükleer silahlar, uzun süredir uluslararası hukukun ihtilaflı konularından birisi olmuştur. Bu silahların kültürel, stratejik ve insani etkileri, uluslararası toplumun özellikle Soğuk Savaş döneminden itibaren bu alana yönelik hukuki düzenlemeler yapmasını zorunlu kılmıştır. Bununla birlikte, nükleer silahların uluslararası hukukta tam anlamıyla yasaklanmasına yönelik çabalar, çeşitli siyasi ve hukuki engellerle karşılaşmaktadır. 7 Temmuz 2017 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından kabul edilen Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması¹ (NSYA) 22 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir². Mezkûr antlaşmanın özellikle 1. maddesi, nükleer silahların geliştirilmesi, üretimi, kullanımı ve kullanımı tehdidinde bulunulmasını tamamen yasaklayan bir çerçeve sunmaktadır³. Ancak NSYA'nın uluslararası teamül hukuku kuralı niteliği kazanıp kazanmadığı ve bu yolla antlaşmayı imzalamayan devletler için de bağlayıcı olup olmadığı sorusu önemini korumaktadır. Bu çalışma da tam olarak NSYA'nın 1. maddesinde yer verilen yasakların teamül hukuku niteliği kazanıp kazanmadığı sorusunu cevaplamayı amaçlamaktadır.

¹ Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, United Nations General Assembly, 7 July 2017, A/CONF.229/2017/8.

² Depositary Notification, The Secretary-General of the United Nations, 26 October 2020, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf (Erişim Tarihi: 11.10.2024).

³ “Madde 1: Her bir Taraf Devlet, hiçbir koşulda aşağıdakileri yapmamayı taahhüt eder:
(a) Nükleer silahları veya diğer nükleer patlayıcı cihazları geliştirmek, test etmek, üretmek, imal etmek, başka şekilde edinmek, bulundurmak veya stoklamak;
(b) Herhangi bir alıcıya nükleer silahları veya diğer nükleer patlayıcı cihazları veya bu silahlar veya patlayıcı cihazlar üzerindeki kontrolü doğrudan veya dolaylı olarak devretmek;
(c) Nükleer silahların veya diğer nükleer patlayıcı cihazların doğrudan veya dolaylı olarak devredilmesini veya kontrolünü kabul etmek;
(d) Nükleer silahları veya diğer nükleer patlayıcı cihazları kullanmak veya bunları kullanma tehdidinde bulunmak;
(e) Bu Antlaşma kapsamında bir Taraf Devlete yasaklanmış herhangi bir faaliyette bulunması için herhangi bir şekilde birine yardım etmek, teşvikte bulunmak veya yönlendirmek;
(f) Bu Antlaşma kapsamında bir Taraf Devlete yasaklanmış herhangi bir faaliyette bulunması için birinden herhangi bir şekilde yardım istemek veya yardım almak;
(g) Kendi topraklarında veya kendi yetki ya da kontrolü altındaki herhangi bir yerde nükleer silahların veya diğer nükleer patlayıcı cihazların konuşlandırılmasına, kurulmasına veya yerleştirilmesine izin vermek.”

Bu bakımdan çalışma iki temel araştırma sorusuna odaklanmaktadır. İlk olarak, NSYA'nın 1. maddesinde yer alan yasakların uluslararası teamül hukuku kuralı statüsünde -ve dolayısıyla antlaşmaya taraf olan veya olmayan tüm devletler açısından bağlayıcı- olup olmadığı mezkûr antlaşma hükümlerinin lafzî yorumu, doktrin ve yargı kararları ışığında incelenmektedir. Her ne kadar antlaşmanın üzerinden teamül hukuku kurallarının oluşumu açısından dört yıl gibi göreceli olarak kısa sayılabilecek bir süre geçmiş olsa da bu durum araştırma sorusunu mevsimsiz kılmamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesinin uluslararası teamül hukuku statüsünde olup olmadığını (*inter alia*) incelediği 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı (*North Sea Continental Shelf*) davalarında verdiği karar bu durumu teyit etmektedir. Divan, antlaşmanın yürürlüğe girmesinden (1964) o yana beş yıldan az bir süre geçtiğini vurgulamış ve ancak “[k]ısa bir zaman diliminin geçmesi, başlangıçta tamamen antlaşmaya dayalı bir kural olan bir düzenlemenin, yeni bir teamül hukuku kuralı haline gelmesine mutlak surette veya kendiliğinden engel teşkil etmez” tespitinde bulunmuştur⁴. Ayrıca Scharf'ın “Grotian moment” olarak kategorize ettiği durumlarda uluslararası teamül hukukunun yeni kurallarının alışılmadık bir hızla ve kabulle ortaya çıktığı paradigma değişimlerinin varlığı bilinmektedir⁵. Bu sorunun olumsuz olarak cevaplanmasının NYSA 1. madde hükümlerinin teamül hukuku kuralı vasfı kazanmasının önündeki engelleri de açığa çıkaracağı ve bu yönüyle de doktrine katkı sağlayacağı açıktır.

İkinci araştırma sorusu ise, NYSA hükümlerinin uluslararası teamül hukuku statüsünde oldukları veya öngörülebilir gelecekte bu statüye erişecekleri emaresinin kabulü halinde, aralarında savunma stratejilerinde nükleer caydırıcılıktan faydalanan devletlerin (özellikle Türkiye'nin de aralarında bulunduğu Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) üyelerinin) NSYA'-

⁴ North Sea Continental Shelf, Judgment of 20 February 1969, I.C.J. Reports 1969, s. 43.

⁵ Scharf, Michael P.: “Seizing the Grotian Moment: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change”, Cornell International Law Journal, Cilt: 43, Sayı: 3, 2010, s. 440. Richard Falk tarafından ortaya atılan “Grotian Moment” kavramı, normal şartlarda teamüller ve müzakereler yoluyla yavaş bir şekilde gelişen uluslararası hukukun, bazı dönemlerde ve istisnai olaylar sonucunda hızla gelişerek köklü değişimlere uğradığı durumları ifade etmektedir. Bu durumlara örnek olarak Birleşmiş Milletler Şartı'nın kabulü (1945), Nürnberg Mahkemeleri'nin kurulması (1945-1946) ve Kosova Müdahalesi (1999) gösterilebilir. Bkz. Çağlayan, Sezai: “Pandemics That Generate a New Grotian Moment in International Law”, Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 42, Sayı: 2, s. 758.

nın özellikle 1. maddesindeki⁶ yasaktan muaf olup olmadıklarıdır. Bu soru uluslararası hukuk sisteminin ikincil bir kuralı olarak kabul edilen⁷ ısrarlı itiraz kuralı çerçevesinde incelenmektedir. Bu inceleme hem Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması (NSYÖA) hem de NSYA tarafı devletler, NSYÖA'ya taraf olmakla beraber NSYA'ya taraf olmayan devletler ve her ikisine de taraf olmayan devletlerin durumlarını da içermektedir.

Bu amaçla çalışma üç ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, uluslararası teamül hukuku kurallarının kapsamı, oluşum süreci ve devletler üzerindeki bağlayıcılık gücü hem doktrin hem de UAD içtihatlarında onaylanan iki aşamalı test üzerinden genel olarak açıklanmaktadır. İkinci bölümde, NSYA'nın 1. maddesinde yer verilen yasakların teamül hukuku kuralı statüsünde olup olmadıkları ve öngörülebilir gelecekte bu statüye dönüşme potansiyelleri incelenmektedir. Üçüncü bölümde ise, NSYA'da yer verilen yasakların teamül hukuku kuralı statüsünde oldukları veya yakın bir gelecekte bu statüye erişeceklerinin kabulü halinde, ısrarlı itiraz kuralının uygulanabilirliği çerçevesinde devletlerin durumu değerlendirilmektedir. Çalışma, NSYA 1. madde hükümlerinin teamül hukuku kuralı niteliğinde olmadıkları ve yakın gelecekte bu statüye erişmelerinin önünde ciddi engellerin bulunduğu; aksinin kabulü halinde ise, böyle bir kuraldan muaf olacak pek çok devletin var olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Çalışmanın sınırları bakımından belirtilmesi gereken bir husus, NSYA'nın öncülü olarak kabul edilen NSYÖA hükümlerinin teamül hukuku kuralları niteliğinde olup olmadığına dair bir incelemenin eldeki çalışmada yapılmadığıdır. Doktrinde NSYÖA rejiminin teamül hukuku kuralı haline dönüşüp dönüşmediğini inceleyen çalışmalar mevcuttur⁸. Her ne kadar

⁶ Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, art. 1(g) (“Kendi topraklarında veya kendi yetki ya da kontrolü altındaki herhangi bir yerde nükleer silahların veya diğer nükleer patlayıcı cihazların konuşlandırılmasına, kurulmasına veya yerleştirilmesine izin vermek”)

⁷ **Lepard**, Brian D: Customary International Law: A New Theory with Practical Applications, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 229 (“[İsrarlı itiraz] ... teamül hukuku oluşumunun ikincil kurallarından biri olarak genel kabul görmüştür”); **Öktem**, Emre: Uluslararası Teamül Hukuku, Beta, İstanbul 2013, s. 477 (“Bu konudaki içtihat ve uygulama ne kadar fakir olursa olsun, ısrarlı itirazcılık teamül kuralı oluşumunun tartışmasız nitelikte bir ikincil kuralını oluşturmaktadır”).

⁸ **McDade**, Patrick A.: “The Criminalization of the Proliferation of Nuclear Weapons: Providing a Statutory Regime to Criminalize and Prosecute Nuclear Weapons Proliferators”, Wisconsin International Law Journal, Cilt: 30, Sayı: 1, 2012, s. 119 (“Nükleer silahların yayılmasının teamül hukuku ihlali olup olmadığı konusundaki akademik çalışmalar tutarsızlık göstermektedir. Daha yakın tarihli çalışmalar, nükleer

NSYÖA uluslararası hukukta nükleer silahsızlanma konusu ele alınırken üzerinde mutlaka durulması gereken bir hukuki metin olsa da iki uluslararası antlaşmanın amaç ve kapsamı birbirleriyle uyumlu ve ancak birbirinden farklıdır. Aşağıda detaylı olarak açıklandığı üzere, NSYÖA o dönem uluslararası ilişkilerinin realitelerini göz önünde bulunduran ve nükleer silahları belirli devletler için serbest bırakan bir rejim tesis etmiştir. Diğer taraftan NSYA ise, nükleer silahları istisnasız her devlet için yasaklamayı ve bu tür silahları uluslararası ilişkiler ve hukukun kabul edilebilir enstrümanları olmaktan çıkarmayı amaçlamaktadır. Bu bakımdan NSYÖA rejiminin teamül hukuku kuralı niteliği kazanıp kazanmadığının incelenmesinin eldeki çalışmaya önemli bir katkısı bulunmamaktadır.

I. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

Yirminci ve yirmi birinci yüzyıllarda devlet sayılarının artmasıyla çok taraflı uluslararası antlaşmalar uluslararası ilişkilerde daha görünür hale gelse de hâlâ teamül hukuku en büyük ilgiyi üzerine çekmektedir. Thirlway'e göre bunun iki sebebi bulunmaktadır. İlk olarak, antlaşma hukukuna kıyasla daha esnek bir kavram ve süreç olması nedeniyle, uygulamada ve bilhassa yargı kararlarında sürekli olarak gözden geçirilmekte; ikinci olarak ise, nasıl işlediği ya da işlemesi gerektiğine dair yeni teorilerin geliştirilmesi açısından elverişli bir alan oluşturmaktadır⁹. Özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren BM'nin uluslararası hukuk sistemini -sözde- daha katılımcı bir yapıya dönüştürmesiyle uluslararası hukukun kaynakları arasında uluslararası çok taraflı antlaşmalar ağırlık kazanmaya başlamışsa da tarihte bir dönem uluslararası hukuk denildiğinde teamül hukuku anlaşılmıştır¹⁰.

Hem doktrinde hem de yargı uygulamasında uluslararası teamül hukukunun uluslararası hukukun üç ana kaynağından biri olduğu kabul edilmektedir¹¹. Uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin en geçerli, güvenilir ve

silahların yayılmasını önleme rejiminin bir teamül hukuku normu haline gelmekten ziyade zayıflamakta olduğunu işaret etmektedir").

⁹ **Thirlway**, Hugh: *The Sources of International Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, New York 2019, s. v.

¹⁰ **Walden**, Raphael M.: "The Subjective Element in the Formation of Customary International Law", *Israel Law Review*, Cilt: 12, Sayı: 3, 1977, s. 347 ("... Bynkershoek, Zouche, Rachel ve von Martens gibi pozitivistler için teamül, uluslararası hukukun ana kaynağıydı"). Ayrıca bkz. **Öktem**, s. 7; **Henkin**, Louis: "Human Rights and State Sovereignty", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Cilt: 25, Sayı: 1, 1996, s. 37.

¹¹ **Worster**, William Thomas: "The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches", *Georgetown Journal*

bütüncül açıklamayı sağlayan belge olduğu genellikle kabul edilen¹² UAD Statüsü de teamül hukukuna uluslararası hukukun asli kaynakları arasında yer vermektedir. Statü'nün 38(1)'inci maddesine göre; “[k]endisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan; a) uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kural-lar koyan gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları; b) *hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamülü*; c) uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini ... uygular”¹³. Benzer bir tanım, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* (Birleşik Devletler Dış İlişkiler Hukukunun Üçüncü Tedvini) tarafından da yapılmıştır. Bu tanımda da uluslararası teamül hukuku “bir hukuki zorunlu-luk duygusundan gelen, devletlerin genel ve sürekli bir uygulamasından kaynaklanan” hukuk normu olarak ifade edilmiştir¹⁴.

Mezkûr maddeden hareket eden uluslararası hukuk müelliflerinin ulus-lararası teamül hukukunun genellikle kabul edilen temel bir tanımı üzerinde fikir birliğinde oldukları söylenebilir. Buna göre, devletler arasındaki gele-neksel bir uygulama, tutarlı bir şekilde ve belirli bir süre boyunca izlenmekte ve devletler bu uygulamanın hukuki bir zorunluluktan kaynaklandığı inancı-nı taşımaktaysa, bu uygulamanın tüm devletleri bağlayıcı (*consuetudo est servanda*) bir teamül hukuku kuralına dönüştüğü kabul edilmektedir¹⁵. Bu

of International Law, Cilt: 45, Sayı: 2, 2014, s. 465 (“[Belirtilmelidir ki] mahkemeler, teamül hukukunun uluslararası hukukun bir kaynağı olduğunu kabul etmektedirler”).

¹² **Borda**, Aldo Zammit: “A Formal Approach to Article 38 (1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law*, Cilt: 24, Sayı: 2, 2013, s. 651 (“Her ne kadar ICJ Statüsü’nün 38(1). maddesi, kural olarak yalnızca [Divan’ın] önüne getirilen uyuşmazlıkları karara bağ-larken çeşitli materyalleri dikkate alma yetkisi tanıyan bir rehber sağlamayı amaçlasa da bu madde uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin herhangi bir ciddi tartışmanın temel taşı haline gelmiştir ve bu konuda yapılacak bir inceleme kaçınılmaz olarak bu madde ile başlamalıdır”); **Chessman**, Stuart: “On Treaties and Custom: A Commentary on the Draft Restatement”, *International Lawyer (ABA)*, Cilt: 18, Sayı: 2, 1984, s. 426.

¹³ Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945, 59 Stat. 1055, 33 UNTS 93, art. 38(1) (*vurgu eklenmiştir*). Ayrıca belirtilmelidir ki mahkeme kararları ve çeşitli ulusların en yetkili yazarlarının öğretilerine de bu maddede yer verilmiş olmasına rağ-men, bunların “hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak” kullanılacağı ifade edilmiştir.

¹⁴ *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute, 1987, Section 102.

¹⁵ **Higgins**, Rosalyn: *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford University Press, Oxford 1963, s. 1-2 (“Bir teamül hukuku kuralının ortaya çıkması, uluslararası hukuk kapsamında zorunlu olduğu inancıyla belirli eylemleri gerçekleştirme konusunda açık ve sürekli bir alışkanlığın

itibarla, UAD hâkimi Armand-Ugon'un Geçiş Hakkı (*Right of Passage*) davasındaki muhalif görüşünde ortaya koyduğu gibi, teamüller üzerinden oluşan uluslararası hukuk kurallarında, “olan”, “olması gerekene” dönüşmektedir¹⁶.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumu için iki aşamalı bir test uygulandığı günümüzde artık neredeyse¹⁷ tartışmasız bir hal almıştır¹⁸. Doktrinde maddi unsur olarak da ifade edilen¹⁹ ilk aşamada, kuralın oluşumunda gerekli görülen devlet uygulaması incelenmektedir. Bu anlamda, bir teamül hukuku kuralının oluşabilmesi için, devletlerin aynı veya benzer durumlarda aynı davranış ve tutumları sürekli olarak tekrarlaması gereklidir. Scharf'ın da ifade ettiği üzere, bu yolla söz konusu tekrarlı davranış bir alışkanlık, âdet veya gelenek halini alacaktır²⁰. İkinci aşamada ise, kuralın oluşumu için gerekli manevi (psikolojik) unsurun

[devletler arasında] yerleşmesi durumunda gerçekleşir”); **Joyner**, Daniel H.: “Why I Stopped Believing in Customary International Law”, *Asian Journal of International Law*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2019, s. 33.

¹⁶ *Case concerning Right of Passage over Indian Territory*, Merits, Judgment of 12 April, 1960 ICJ Reports, Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon, s. 82.

¹⁷ Belirtilmelidir ki bazı müellifler teamül kurallarının oluşması için alternatif sistemler önermişlerdir. Örneğin, Kırgıs'ın aktardığına göre, Uluslararası Daimi Adalet Divanı hâkimlerinden ve Uluslararası Hukuk Derneği üyelerinden biri olan Manley Hudson, bir teamül hukuku kuralının oluşması için dört unsurun bir arada olması gerektiği görüşündedirler: 1-) uluslararası ilişkiler alanına giren bir duruma ilişkin belirli sayıda devletin uyumlu uygulaması; 2-) uygulamanın önemli bir süre boyunca devam etmesi veya tekrarlanması; 3-) Uygulamanın mevcut uluslararası hukuk kapsamında gerekli olduğu veya bununla tutarlı olduğu kanaati; 4-) diğer devletler tarafından bu uygulamaya genel bir rıza gösterilmesi. Bkz. **Kırgıs**, Frederic L.: “Custom on a Sliding Scale”, *American Journal of International Law*, Cilt: 81, Sayı: 1, 1987, s. 146.

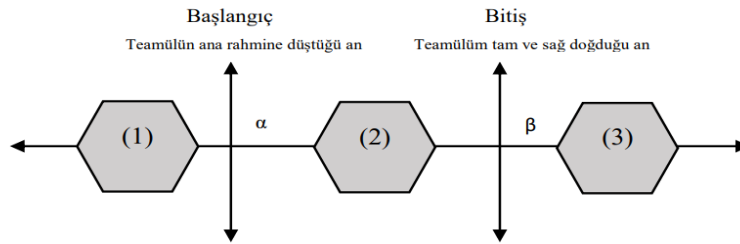
¹⁸ **Loschin**, Lynn: “The Persistent Objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework”, *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, Cilt: 2, Sayı: 2, 1996, s. 148 (“Tarihsel olarak uluslararası hukuk, bir uygulamanın teamül hukuku kuralına dönüşebilmesi için iki unsurun varlığını gerekli kılmaktadır”); **Taki**, Hiroshi: “Opinio Juris and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis”, *German Yearbook of International Law*, Cilt: 51, 2008, s. 447 (“Geleneksel görüşe göre uluslararası teamül hukuku, maddi unsur olan devlet uygulaması ve manevi unsur olan *opinio juris* yoluyla oluşmaktadır”); **D'Amato**, Anthony: “Trashing Customary International Law”, *American Journal of International Law*, Cilt: 81, Sayı: 1, 1987, s. 102.

¹⁹ **Öktem**, s. 52 (“Uluslararası teamül, maddi ve psikolojik unsurlardan oluşmaktadır”); **Chodosh**, Hiram E.: “Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law”, *Texas International Law Journal*, Cilt: 26, Sayı: 1, Winter 1991, s. 89.

²⁰ **Scharf**, Michael P.: “Accelerated Formation of Customary International Law”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Cilt: 20, Sayı: 2, 2014, s. 312.

varlığı aranmaktadır²¹. “*Opinio juris sive necessitatis*” (kısaca *opinio juris*) Latin özdeyişiyle belirtilen bu unsura göre, belirli bir süredir tekrarlanan devlet davranışının hukukun bir gereği olduğu ve tekrarlanmasının da hukuki bir zorunluluk olduğu konusunda bir inancın varlığı gerekmektedir²².

Doktrinde maddi ve psikolojik unsurların anlam ve kapsamı konusunda tartışmalar bulunsa da²³ yukarıda açıklanan iki aşamalı test UAD içtihadında farklı vesilelerle kabul edilmiştir. Örneğin Divan’ın Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği davalarındaki 1969 tarihli kararında tespit ettiği üzere, bir teamül hukuku kuralının oluşabilmesi için “iki koşul yerine getirilmelidir. İlgili eylemler yalnızca yerleşik bir uygulama teşkil etmekle kalmamalı, aynı zamanda bu uygulamanın bunu gerektiren bir hukuk kuralının varlığı nedeniyle zorunlu olduğu inancını ortaya koyacak şekilde gerçekleştirilmiş veya bu nitelikte olmalıdır”²⁴. Yine Divan, 1986 tarihli *Nicaragua* kararında bu tespiti tasdik etmiştir. Buna göre, “yeni bir teamül hukuku kuralının oluşabilmesi için, söz konusu fiillerin yalnızca ‘yerleşik bir uygulamaya dönüşmesi’ yeterli olmayıp, bunlara *opinio juris sive necessitatis*’in de eşlik etmesi gerekmektedir”²⁵.



Şekil 1: Teamül Hukuku Kurallarının Oluşum Çizelgesi²⁶

²¹ **Elias**, Olufemi: “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 44, Sayı: 3, 1995, s. 501.

²² **Pearce**, Jeremy: “Customary International Law - Not Merely Fiction or Myth”, *Australian International Law Journal*, Cilt: 2003, 2003, s. 133; **Scharf**, “Accelerated Formation of Customary International Law”, s. 322.

²³ **Kammerhofer**, Jörg: “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems”, *European Journal of International Law*, Cilt: 15, Sayı: 3, 2004, s. 523-553; **Pearce**, s. 125.

²⁴ *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany v Netherlands, Federal Republic of Germany v Denmark), Merits, Judgment of 20 February, 1969 ICJ Reports, para. 77.

²⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v United States of America), Merits, Judgment of 27 June, 1986 ICJ Reports, para. 207.

²⁶ **Kırdım**, Şahin Eray: *Uluslararası Hukukta Israrlı İtiraz*, On İki Levha, İstanbul 2022, s. 19.

Yukarıdaki şekilde teamül hukuku kurallarının oluşum süreci tasvir edilmiştir. Şekilde α ve β noktaları arasındaki süreç D'Amato tarafından Alice Harikalar Diyarı benzetmesiyle açıklanarak, “kuralların kendi doğumları veya ortadan kaybolup gitmeleriyle ilgili haberleri beklerken geçici ölüm durumunda” oldukları bir evreye işaret etmektedir²⁷. Bu evrede kuralın hukuki niteliğinin, Elias’ın ifadesiyle, “pre-legal” (hukuk öncesi) olduğu kabul edilmektedir²⁸. Bu çizelgede (1) numaralı bölgede, farazi bir teamül hukuku kuralı olan X kuralına yönelik herhangi bir devlet uygulaması ve/veya *opinio juris* bulunmamaktadır. Diğer taraftan belirli veya belirli olmayan bir anda tarihsel bir kırılma yaşanmakta ve α noktasından itibaren X kuralına kaynaklık eden belirli yöndeki bir davranış bazı devletlerin uygulamalarında izlenebilir hale gelmektedir. Söz konusu davranış, kendisine β noktasında eşlik eden bu davranışın hukuki bir zorunluluktan kaynaklandığı inancı ile birleştiğinde ise, artık tüm devletler üzerinde (açıkça itiraz etmeyenler dışında) bağlayıcı bir hukuk kuralı kristalize olmaktadır. Bir başka deyişle, (2) numaralı zaman bölgesi, uluslararası teamül hukuku kurallarının kaderlerinin belirlendiği bir sürece işaret etmektedir.

Burada ayrıca not edilmelidir ki bir uygulamanın uluslararası teamül hukuku normuna dönüşebilmesi için tüm devletler tarafından değil ancak genel bir kesim tarafından kesintisiz, ısrarlı ve tekrar eden bir şekilde uygulanıyor/uygulanmış olması yeterlidir²⁹. Bu anlamda bütün devletlerin bu kurala yönelik rızası aranmamaktadır³⁰ ve Weil’in ortaya koyduğu üzere *consensus omnium* gerekli değildir³¹. Aynı sonuç, UAD içtihatlarını detaylı bir incelemeye tabi tutan Uluslararası Hukuk Derneği tarafından da payla-

²⁷ D'Amato, Anthony A.: “International Soft Law, Hard Law, and Coherence”, Northwestern Public Law and Legal Theory Series, No. 08-01 (2008), s. 14, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103915 (Erişim Tarihi: 25.10.2024).

²⁸ Elias, Olufemi: “Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law”, Denning Law Journal, Cilt: 6, Sayı: 1, 1991, s. 50.

²⁹ Martin, Francisco Forrest: The Constitution as Treaty: The International Legal Constructionalist Approach to the U.S. Constitution, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 77.

³⁰ Öktem, s. 61-65; Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 16. Baskı, Turhan, Ankara 2017, s. 100; Stein, Ted L.: “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, Harvard International Law Journal, Cilt: 26, Sayı: 2, 1985, s. 458; McClane, J. Brock: “How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object”, ILSA Journal of International Law, Cilt: 13, 1989, s. 11.

³¹ Weil, Prosper: “Towards Relative Normativity in International Law”, American Journal of International Law, Cilt: 77, Sayı: 3, 1983, s. 434.

şılmıştır³². Gerçekten de UAD'nin 1986 tarihli *Nicaragua* kararında, bir teamül hukuku normunun ortaya çıkması için bütün devletlerin “mutlak katı bir uyum içinde” olması gerekmediği, ancak genel devlet uygulamalarının kuralı onaylayıcı yönde olmasının yeterli olduğuna hükmedilmiştir³³.

Üzerinde durulmaya değer bir konu da maddi ve psikolojik unsurlar arasındaki muhtemel bir hiyerarşik ilişkidir. Bu anlamda bazı yazarlar için *opinio juris* devlet uygulamasına eşit bir konumdayken³⁴, Goldsmith ve Posner³⁵ gibi diğer bazı yazarlar uluslararası teamül hukukunun asıl ilkesini *opinio juris* olarak kabul etmektedir. Teorik tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, özellikle *lex lata* tespit edilirken maddi ve psikolojik unsurlar birbirinden ayrı düzlemlerde düşünülmemelidir. Zira bu unsurlar aynı istikamete yönelmişlerdir ve herhangi birinin eksikliği durumunda teamül kuralının ortaya çıkması zaten söz konusu değildir. Öktem'in de isabetli şekilde ifade ettiği üzere, maddi unsur ile psikolojik unsur iç içe geçmiştir ve “uygulamanın eşlik etmediği bir *opinio juris*, kendi başına ancak *de lege ferenda* bir kanaati ifade edebilir. Benzer şekilde, *opinio juris*'in eşlik etmediği bir uygulama, mükemmel bir düzenlilik arz etse de zorlayıcı güçten mahrum bir âdetten ibarettir”³⁶.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da teamül hukuku kurallarının bağlayıcılığı meselesidir. *Pacta tertiis* ilkesi gereğince sadece tarafları için bağlayıcı olan uluslararası antlaşmaların³⁷ aksine, uluslararası teamül

³² International Law Association, London Conference: Committee on Formation of Customary (General) International Law, 2000, s. 24, [https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-london-2000-2\).pdf](https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-london-2000-2).pdf) (Erişim Tarihi: 01.01.2024) (“Bir uygulamanın tüm devletleri bağlaması için evrensel nitelikte olması gerekmez: ‘genel’ bir uygulama yeterlidir”).

³³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v United States of America), Merits, Judgment of 27 June, 1986 ICJ Reports, para. 186.

³⁴ **Kunz**, Josef L.: “The Nature of Customary International Law”, *American Journal of International Law*, Cilt: 47, Sayı: 4, 1953, s. 665 (“Uluslararası hukuk, teamül sürecinin genel uluslararası hukuk normlarını oluşturabileceği koşulları belirler. Bu koşullar iki tanedir: usage (âdet) ve *opinio juris*; her ikisi de eşit öneme sahiptir”).

³⁵ **Goldsmith**, Jack L./**Posner**, Eric A.: “A Theory of Customary International Law”, *The University of Chicago Law Review*, Cilt: 66, Sayı: 4, 1999, s. 1116 (... *opinio juris*, uluslararası teamül hukukunun merkezi kavramıdır. Zira bir ulusun belirli bir davranış düzenine uygun hareket etmesinin gerekçesini ifade ettiği için, *opinio juris* genellikle teamül hukukunun ‘psikolojik’ unsuru olarak tanımlanır”).

³⁶ **Öktem**, s. 53.

³⁷ **Franckx**, Erik: “Pacta Tertiis and the Agreement for the Implementation of the Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *Tulane Journal of International and Comparative*

hukuku kurallarının genel görüş uyarınca tüm devletler için bağlayıcı olduğu -en azından kural olarak- kabul edilmektedir³⁸. UAD'nin 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı kararında da uluslararası teamül hukuku, “doğası gereği uluslararası topluluğun tüm üyeleri için eşit güce sahip olması gereken ve bu nedenle de bir devlet tarafından kendi lehine kullanılabilecek herhangi bir tek taraflı muaf tutulma hakkına konu olamayacak” normlar olarak tanımlanmaktadır³⁹. Bu anlamda bir uluslararası teamül kuralı, açık bir şekilde rıza göstermeleri aranmadan kural olarak tüm devletler için bağlayıcıdır⁴⁰.

Uluslararası teamül hukuku kurallarının bağlayıcılığı açısından iki hususun ayrıca not edilmesi gerekmektedir. İlk olarak, pozitivist uluslararası hukukun başat teorilerinden⁴¹ olan rıza teorisi uyarınca, uluslararası teamül hukuku kuralları sadece bu kuralları kabul eden veya normun oluşum süreci içerisinde açıkça karşı çıkmayan devletlere uygulanmaktadır⁴². Uluslararası hukukun rıza teorisinin en klasik formülasyonunun Uluslararası Daimî Adalet Divanı tarafından *Bozkurt-Lotus* davasında ortaya konulduğu genellikle kabul edilmektedir⁴³. Buna göre, “[d]evletleri bağlayan hukuk kuralları, ...

Law, Cilt: 8, 2000, s. 53; **Akkutay**, Berat Lale: Uluslararası Andlaşmaların Üçüncü Devletlere Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 19

³⁸ *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, Section 102(2) (“Uluslararası teamül hukuku tüm devletler için bağlayıcıdır”); **D’Amato**, Anthony A.: *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, New York 1971, s. 234 (“Genel teamül hukuku tüm devletler için geçerliyen, özel nitelikli teamül kuralları daha küçük bir devlet grubunun arasındaki ilişkileri kapsar”); **Arajärvi**, Noora: *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, Routledge, New York 2014, s. 57.

³⁹ *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany v Netherlands, Federal Republic of Germany v Denmark), Merits, Judgment of 20 February, 1969 ICJ Reports, para. 63.

⁴⁰ **McClane**, s. 13 (“Başka bir deyişle, uluslararası hukukun rızaya dayalı olduğu ileri sürülse de, bir teamül hukuku normu oluştuktan sonra, bu normu ihlal eden bir devletten meşru bir şekilde uyum talep etmek için açık rıza gösterilmesi artık gerekli değildir”).

⁴¹ **Devine**, D. J.: “The Status of Rhodesia in International Law”, *Acta Juridica*, Cilt: 1973, 1973, s. 113.

⁴² **Humphrey**, John P.: “On the Foundations of International Law”, *The American Journal of International Law*, Cilt: 39, Sayı: 2, 1945, s. 233 (“20. yüzyıla gelindiğinde ... ana akım teoride devletlerin rızası uluslararası hukukun tek temeli haline gelmişti”); **Charney**, Jonathan I.: “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, *British Yearbook of International Law*, Sayı 56, Sayı 1, 1985, s. 1 (“Pozitivistler, hiçbir uluslararası hukuk kuralının, bir devletin rızası hilafına bağlayıcı olamayacağını açıkça belirtmişlerdir”).

⁴³ **Green**, James A.: *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 8.

sözleşmelerde veya hukuk ilkelerini ifade eden genel kabul görmüş teamül-lerde ortaya koydukları, kendi özgür iradelerinden doğar ...”⁴⁴. Steinfeld’in uluslararası hukukun “rıza teorisinin mantıksal bir çıkarımı”⁴⁵ olarak ifade ettiği ısrarlı itiraz kuralı, teamül hukukunun genel bağlayıcılığının bir istinası olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Uluslararası hukuk doktrini ve uygulamasında geniş ölçüde kabul gören⁴⁷ ısrarlı itiraz kuralına göre, eğer bir egemen dev-

⁴⁴ *The Case of the S.S. Lotus (France v Turkey)*, PCIJ Rep Series A No 10, s. 18.

⁴⁵ **Steinfeld**, Adam: “Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons”, *Brooklyn Law Review*, Cilt: 62, Sayı: 4, 1996, s. 1655.

⁴⁶ **McClane**, s. 11 (“İsrarlı itiraz”, bir devleti bir normun kendisine uygulanmasından et-kin bir şekilde muaf tutacak açık bir rızanın gösterilmemesi anlamına gelebileceğinden, ısrarlı itiraz doktrininin geçerli olması veya var olması için uluslararası teamül huku-kunun rızaya dayalı olması gerekir”). Diğer taraftan ısrarlı itiraz kuralının rıza teorisi kapsamında gerçekten de gerekli olmadığını ileri süren yazarlar bulunmaktadır. Örneğin Dumberry’e göre, eğer rıza teorisi çerçevesinde devlet rızası, teamül hukuku kurallarının oluşumu için gerçekten temel bir unsur ise, o halde mantıksal olarak, bir devletin bir teamül kuralıyla bağlı olmamak için bu kurala açıkça rıza göstermediğini ortaya koy-ması hem gerekli hem de yeterlidir. Dumberry’nin görüşüne göre, bir teamül kuralına yapılan itiraz, bu kuralla bağlı olmamak için tek başına yeterlidir; zamanlama ve tutar-lılık gibi ek koşullar ise rızaya dayalı bir hukuk sisteminin temelini zayıflatmaktadır. Bkz. **Dumberry**, Patrick: “Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 59, Sayı: 3, 2010, s. 795.

⁴⁷ **Elias**, Olufemi: “Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law”, s. 37 (“[Y]azarların çoğu ... [ısrarlı itiraz] kuralının varlığını ve canlılığını kabul etmektedir...”); **Stein**, s. 463 (“İsrarlı itiraz kuralı, uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin ortodoks doktrinde sağlam bir şekilde yerleşmiş durumdadır”). Ayrıca UAD’nin en az iki kararın ısrarlı itiraz kuralının uygulandığı sıklıkla ileri sür-ülmektedir. Bkz. *Asylum (Columbia v Peru)*, Merits, Judgment of 20 November, 1950 ICJ Rep. 266; *Fisheries (United Kingdom v Norway)*, Merits, Judgment of 18 December, 1951 ICJ Rep. 116.

Diğer taraftan ısrarlı itirazın akademik bir kurgudan veya bir çeşit mitten ibaret olduğu ve pratikte uygulama alanı bulmadığını ileri süren yazarların varlığı da not edilmelidir. Bkz. **Dumberry**, s. 779-802; **Charney**, s. 6 (“Pek çok yazar, ısrarlı itiraz kuralının varlığını kabul etmekle beraber, buna ilişkin çok az açıklama ve az sayıda destekleyici otorite ortaya koyabilmişlerdir”); **Elias**, “Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law”, s. 42; **Mendelson**, Maurice H.: “The Formation of Customary International Law”, *Recueil des cours*, Cilt: 272, 1998, s. 227 (“Literatürde ısrarlı itiraz kuralının varlığına dair yaygın bir kabul vardır; ancak aslında [kuralın var-lığı] birçok kişi tarafından pratikte aksiyomatik olarak ele alınmıştır”); **Paust**, Jordan J.: “The Complex Nature, Sources and Evidences of Customary Human Rights”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Cilt: 25, Sayı 1, 1996, s. 152 (“Teamül hukuku ile ilgili yakın tarihli mitlerden biri, ... bir ‘muhalif’in bazen uluslararası teamül hukukuyla bağlı olmadığıdır...”).

İsrarlı itiraz kuralını detaylı olarak ele alan Türkçe uluslararası hukuk literatüründeki bir çalışma için bkz. **Kırdım**.

let, henüz şekillenme aşamasında olan bir uluslararası teamül hukuku normuna ısrarlı ve tutarlı bir şekilde itiraz ederse -ki bu itiraz mutlaka söz konusu normun uluslararası hukukta bağlayıcı bir kural haline gelmesinden önce yapılmalıdır- bu durumda itirazını sürdürdüğü müddetçe ilgili normla bağlı olmayacaktır⁴⁸.

Teamül hukuku kurallarının bağlayıcılığı açısından ikinci husus ise mevzu bahis kuralın bölgesel mi genel mi olduğuna ilişkindir. Uluslararası teamül hukuku kurallarının bir kısmı genel bir nitelik taşıyarak tüm devletler için bağlayıcı olurken, diğer bir kısım kurallar yalnızca belirli bir coğrafyada yer alan devletler arasında geçerli olan bölgesel veya yerel niteliklidir⁴⁹. Doktrindeki baskın görüş ve uluslararası mahkeme kararlarına göre, uluslararası hukuk düzeninde yerleştiği kabul edilen genel nitelikli uluslararası teamül hukuku kuralları, devletler bu kurallara açıkça rıza göstermiş olsun ya da olmasın (açıkça itiraz etmeyenler dışında), tüm devletler için bağlayıcıdır⁵⁰. Buna karşılık, bölgesel veya yerel nitelikli teamül hukuku kurallarının bağlayıcılığı, ilgili devletlerin açık rızasına dayanmaktadır⁵¹. Bu bağlamda, evrensel nitelikli teamül hukukunun bağlayıcılığı, devletlerin genel çoğunluğunun uygulaması veya kabulü ya da söz konusu uygulamaya açıkça itiraz etmemeleri ile sağlanabilirken, bölgesel veya yerel teamül hukuku için ilgili tüm devletlerin açıkça rıza göstermesi gerekmektedir⁵². Hülasa, genel nitelikli teamül hukukunda sessizlik kabul anlamına gelirken, bölgesel teamül hukukunda sessizlik reddetme anlamına gelmektedir.

Teamül hukuku kurallarının oluşumuna yönelik son bir açıklama da uluslararası hukuk doktrini ve yargı uygulamasında “özellikle etkilenen devlet” (“specially affected states”) olarak ifade edilen doktrin bakımından ya-

⁴⁸ **Öktem**, s. 455; **Colson**, David A.: “How Persistent Must the Persistent Objector Be?”, *Washington Law Review*, Cilt: 61, Sayı: 3, 1986, s. 957; **Bradley**, Curtis/**Gulati**, Mitu: “Withdrawing From International Custom”, *Yale Law Journal*, Cilt: 120, Sayı: 2, 2010, s. 204; **Roberts**, Anthea Elizabeth: “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, Cilt: 95, Sayı: 4, 2001, s. 765.

⁴⁹ **Lepard**, Brian D.: “Introduction”, içinde *Reexamining Customary International Law*, Editör Brian D. Lepard, Cambridge University Press, Cambridge 2017, s. 10.

⁵⁰ **Dumberry**, s. 780 (“Uluslararası teamül hukukunda hâlihazırda kristalize olmuş bir kural, uluslararası topluluğun tüm devletleri için bağlayıcıdır).

⁵¹ **Bederman**, David J.: “Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Cilt: 21, Sayı: 1, 2010, s. 32; **D’Amato**, Anthony A.: “The Concept of Special Custom in International Law”, *American Journal of International Law*, Cilt: 63, Sayı: 2, 1969, s. 216.

⁵² **Weil**, s. 434.

pıllıdır⁵³. UAD, 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davalarındaki emsal kararında, özel olarak etkilenen devletler doktriniyi ortaya koymuştur. Buna göre Divan, bir sözleşmeye “çok yaygın ve temsil gücü yüksek bir katılımın,” bu katılıma “çıkarları özel olarak etkilenen devletlerin” de dâhil olması koşuluyla, teamül hukuku kuralı oluşturmak için yeterli olabileceğini belirtmiştir⁵⁴. Bu anlamda özellikle etkilenen devlet doktrini, antlaşma hukukun teamül hukukuna dönüşmesi sürecinde tali bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Uluslararası Hukuk Derneği’nin ifadesiyle, “dikkate alınması gereken vazgeçilmez bir faktör, ilgili faaliyette özellikle yer alan veya iddia edilen kuralla ilgilenme olasılığı en yüksek olan devletlerin (‘özellikle etkilenen devletler’) bu faaliyete ne ölçüde katıldıklarıdır”⁵⁵. Dolayısıyla yeni bir teamül hukuku kuralının oluşup oluşmadığı test edilirken, bu kurala kaynaklık eden devlet uygulamasından özellikle etkilenen devletlerin durumu da ayrıca değerlendirilmelidir.

Bir sonraki bölümde, NSYA’nın uluslararası hukukta nükleer silahların kullanımını yasaklayan bir teamülün yerleşmesini sağlayıp sağlayamadığı (2) numaralı bölge dikkate alınarak yukarıdaki açıklamalar ışığında incelenmiştir.

II. NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANTLAŞMASININ TEAMÜL HUKUKUNA KATKISI

7 Temmuz 2017 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen NSYA, 22 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kabulünün hemen ardından, mezkûr antlaşmanın nükleer silahların bulundurulması, kullanılması veya kullanma tehdidinde bulunulmasının yasaklanması şeklinde yeni bir teamül hukuku kuralının ortaya çıkışını etkilediği veya etkileyebileceği öne sürülmüştür⁵⁶. Her ne kadar yürürlüğe girmesinden önce bile uluslararası

⁵³ **Heller**, Kevin Jon: “Specially-Affected States and the Formation of Custom”, *American Journal of International Law*, Cilt: 112, Sayı: 2, 2018, s. 191-243.

⁵⁴ *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany v Netherlands, Federal Republic of Germany v Denmark), Merits, Judgment of 20 February, 1969 ICJ Reports, para. 73.

⁵⁵ Report of the International Law Commission, General Assembly Official Records, Seventy-third Session, Supplement No. 10 (A/73/10), 2018, s. 136, https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf (Erişim Tarihi: 01.01.2024).

⁵⁶ **Graham**, Kennedy: “The TPNW Conference of Parties: What Is to Be Discussed?”, *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2020, s. 248-249; **Anand**, Isha: “The Legality of the Use of Nuclear Weapons in Light of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW) or Nuke Ban Treaty, 2021”, *Jus Corpus Law Journal*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2022, s. 334.

hukukta nükleer silahsızlanmaya ilişkin yerleşmiş bir kural olduğu görüşünde olan hukukçular⁵⁷ bulunsa da 2021 sonrasında NSYA'nın en azından böyle bir kuralın oluşumunu hızlandıracağı görüşü daha sık dile getirilmeye başlanmıştır⁵⁸.

Uluslararası hukukta nükleer silahsızlanma ve bu konuda uluslararası bir rejim kurma çabaları esas olarak NSYA'dan çok önce başlamıştır. Bu anlamda genellikle nükleer silahların kontrolüne ilişkin düzenlemelerin temel taşı olarak anılan⁵⁹ NSYÖA önemli bir aşama olarak kaydedilmelidir. 1968 yılında imzaya açılan ve 1970 yılında yürürlüğe giren NSYÖA'nın⁶⁰ 3. maddesi uyarınca, Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu, devletler tarafından kabul edilen ayrıntılı bir ikili denetim antlaşmaları sistemi uygulamaktadır. Bunun yanında NSYÖA'nın yürürlüğe girdiği zaman uluslararası sistemde var olan durumu koruyucu ve dahası bunu meşrulaştırıcı hükümler içerdiğini söylemek mümkündür. Bir defa mezkûr antlaşmanın 1. ve 2. maddelerinden⁶¹ anlaşıldığı üzere, NSYÖA rejimi devletler arasında nükleer silah sahibi

⁵⁷ Örneğin bkz. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands v. United Kingdom), Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, I.C.J. Rep. para. 76 (“Gerçek şu ki, günümüzde nükleer silahsızlanma yükümlülüğü hem sözleşmesel hem de teamül hukuku çerçevesinde ortaya çıkmış ve somutlaşmıştır”), (5 October 2016).

⁵⁸ **Bonardi**, Mia: ““This Is Not a Bluff”: The Need to Request a New ICJ Advisory Opinion on the Threat or Use of Nuclear Weapons”, Connecticut Journal of International Law, Cilt: 38, Sayı: 1, 2022, s. 10 (“Bu bağlamda, Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması'ndan kaynaklanan devlet pratiği ve *opinio juris*, uluslararası teamül hukuku haline dönüşebilir ve taraf olmayan devletler için bağlayıcı nitelik kazanabilir”).

⁵⁹ The United Nations Disarmament Yearbook, Volume 40 (Part II): 2015, Office for Disarmament Affairs New York, 2016, s. xii; **Nagan**, Winston P./**Slemmens**, Erin K.: “National Security Policy and Ratification of the Comprehensive Test Ban Treaty”, Houston Journal of International Law, Cilt: 32, Sayı: 1, 2009, s. 40.

⁶⁰ Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, July 1, 1968, 729 U.N.T.S. 161 (Yürürlük Tarihi 5 Mart 1970).

⁶¹ Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, art. 1 (“Antlaşmaya taraf nükleer silah sahibi her Devlet, nükleer silahları veya diğer patlayıcı nükleer araçları ya da bu gibi silahların veya patlayıcı araçların kontrolünü, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kime olursa olsun, devretmemeyi, ve nükleer silah sahibi olmayan herhangi bir Devlete, nükleer silahları veya diğer nükleer patlayıcı araçları yapması veya başka şekilde elde etmesi yahut bu tür silahların veya patlayıcı araçların kontrolünü elde etmesi için herhangi bir şekilde yardım, özendirme veya isteklendirmede bulunmamayı üstlenir”); art. 2 (“Antlaşmaya taraf nükleer silaha sahip olmayan her Devlet, nükleer silahları veya diğer nükleer patlayıcı araçları yahut bu silahların veya patlayıcı araçların kontrolünü, kimden olursa olsun, doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde devralmamayı; nükleer silahları veya diğer patlayıcı nükleer araçları yapmamayı veya başka şekilde elde

olan devletler ve nükleer silah sahibi olmayan devletler şeklinde bir ayrıma gitmektedir. Buna göre, antlaşmaya taraf olup 1 Ocak 1967'den önce nükleer silah testi yapmış olan devletler⁶², bu silahları veya kontrolünü devretmemeyi ve nükleer silaha sahip olmayan devletlere bu silahları üretmeleri, edinmeleri veya kontrol altına almaları için herhangi bir şekilde destek vermemeyi taahhüt ederken, nükleer silaha sahip olmayan taraf devletler ise bu silahları veya kontrolünü devralmamayı, üretmemeyi, edinmemeyi ve yapımı için yardım talep etmemeyi taahhüt etmektedirler.

Dikkat edileceği üzere, NSYÖA hâlihazırda nükleer silah sahibi olan devletlere bu tür silahları yok etmeleri için herhangi bir yükümlülük getirmemektedir. Antlaşmaya taraf nükleer silah sahibi olmayan devletler ise bu tür silahlar veya patlayıcıları herhangi bir yolla edinmemeyi taahhüt etmektedirler⁶³. NSYÖA'ya nükleer silah sahibi beş devlet de dâhil olmak üzere toplam 191 devlet taraf olmuştur⁶⁴. Diğer taraftan nükleer silah sahibi oldukları bilgisi bulunan Hindistan, Pakistan, İsrail ve Kuzey Kore⁶⁵ ise antlaşmanın tarafı değildir⁶⁶. Ayrıca 2011 yılında bağımsızlığını kazanan Güney Sudan'ın antlaşmaya taraf olmadığı not edilmelidir. Diğer taraftan devletlerin çok büyük bir kısmının NSYÖA'ya taraf olması bakımından antlaşmanın normatif değer kazandığı ve hukuki bir çerçeve çizdiği de ifade edilmektedir⁶⁷.

2010 yılında gerçekleştirilen NSYÖA Gözden Geçirme Konferansı'nı takiben, bugünkü NSYA metnine dönüşen taslak ortaya çıkmıştır. Nükleer silahların kontrolü ve silahsızlanma çabalarına daha farklı bir yaklaşım getiren NSYA, nükleer silahların bir bütün olarak ve derhal yasaklanmasını ön-

etmemeyi ve bu silahların veya patlayıcı araçların yapımı için herhangi bir yardım aramamayı veya almamayı üstlenir").

⁶² Bu devletler aynı zamanda BM Güvenlik Konseyi'nin de daimî üyeleri olan Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Çin, Fransa ve Rusya (Sovyetler Birliği) olarak kabul edilmiştir.

⁶³ **Evans**, Christopher P.: "Going, Going, Gone? Assessing Iran's Possible Grounds for Withdrawal the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons", *Journal of Conflict and Security Law*, Cilt: 26, Sayı: 2, 2021, s. 312.

⁶⁴ United Nations Office for Disarmament Affairs Treaties Database, Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, <https://treaties.unoda.org/t/npt/participants> (Erişim Tarihi: 10.08.2024).

⁶⁵ Kuzey Kore, antlaşmaya taraf bir devletken 10 Ocak 2003 tarihinde antlaşmadan çekildiğini açıklamış ve bu çekilme doksan gün sonra yürürlüğe girmiştir.

⁶⁶ **Emir**, Nergiz: Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması'nın Nükleer Silahsızlanma Çabaları ve Antlaşmalar Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 1, 2021, s. 242.

⁶⁷ **Emir**, s. 243.

görmekteydi. Yirmi maddelik kısa bir antlaşma olan NSYA'nın getirdiği kapsamlı yasaklar, 1. madde hükmünde belirtilmiştir. 1. madde, *inter alia*, nükleer silahların veya diğer nükleer patlayıcıların geliştirilmesini, test edilmesini, üretilmesini, imalatını ya da herhangi başka bir şekilde edinilmesini, bulundurulmasını veya stoklanmasını yasaklamaktadır. Bunun yanı sıra, 1. maddede öngörülen yasaklar arasında, yasaklı herhangi bir faaliyete yardım, teşvik veya yönlendirme sağlanmasına ilişkin bir başka yasak da yer almaktadır. NSYA'nın 1. madde hükmünde öngörülen yasaklar, NSYÖA'nın nükleer silahların geliştirilmesini veya edinilmesini yasaklayan hükümleriyle benzerlikler içerse de NSYA'da antlaşmanın muhatapları tüm taraf devletlerdir ve herhangi bir taraf devletin nükleer silahlara sahip olmaya devam etmesine izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Bu açıdan NSYA'nın uygulama kapsamı nükleer silah sahibi olan veya olmayan tüm taraf devletleri içine almaktadır.

2024 yılı sonu itibarıyla, NSYA'ya 73 devlet onaylama veya katılma yoluyla taraf olmuş, 25 devlet ise Antlaşma'yı yalnızca imzalamıştır⁶⁸. Buradan yola çıkan Slatter, NSYA'dan “muazzam bir başarı” ve uluslararası hukukta “yaygın bir mutabakatı” yansıtan bir “eşik noktası” olarak söz edebilmiştir⁶⁹. Ancak bu görüş daha yakından bir incelemeye tabi tutulmalıdır.

A. Uluslararası Teamül Hukuku Kapsamında Nükleer Silahlar

Nükleer silahlara sahip olmanın veya bu tür silahları ya da benzeri her türlü patlayıcıları üretmek için faaliyetlerde bulunmanın uluslararası hukuka aykırı olup olmadığı, en azından 1990'ların ortalarında daha kolay cevaplanabilir bir soruydu. Zira UAD, 1996 yılında nükleer silahlar konusundaki danışma görüşünde bu duruma açıklık getirmekteydi. BM Genel Kurulu, BM Şartı'nın 96(1). maddesi kapsamında UAD'den “nükleer silah kullanımı veya kullanımı tehdidi, uluslararası hukuk kapsamında herhangi bir durumda caiz midir?” sorusunu cevaplamasını 1994 yılında talep etmiştir⁷⁰. Divan ilk olarak uluslararası toplum üyeleri arasında son 50 yılda nükleer silahlara

⁶⁸ United Nations Office for Disarmament Affairs Treaties Database, Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, <https://treaties.unoda.org/tpnw/participants> (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

⁶⁹ Slatter, Claire: “Securing the Pacific in a Globalised World: New and Emerging Developments in International Law”, Canterbury Law Review, Cilt: 27, Sayo Special Issue, 2020, s. 6-7.

⁷⁰ General and Complete Disarmament, (K) Request for an Advisory Opinion from the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, G.A. Res. 49/75K, U.N. Doc. A/RES/49/75, s. 71 (15 Aralık 1994).

başvurulmamasının bir *opinio juris* ifadesi teşkil edip etmediği konusunda derin bir bölünmüşlük olduğu gözlemini aktarmış ve buna dayanarak “böyle bir *opinio juris* bulunduğunu tespit edebileceği kanaatinde olmadığını” ifade etmiştir⁷¹.

Divan’ın *opinio juris* varlığına yönelik müphem bir tutum izlemesi kanaatimizce uluslararası ilişkilerin realitelerini göz ardı etmek istememesinden kaynaklanmaktaydı. Zira aynı danışma görüşünde Divan, nükleer silahların kullanımını açıkça yasaklayan bir teamül hukuku kuralının *lex lata* olarak ortaya çıkamamasının nedeni olarak “bir yandan gelişmekte olan *opinio juris* ile diğer yandan caydırıcılık uygulamasına yönelik güçlü bağlılık arasındaki süregelen gerilimler nedeniyle” ortaya çıkan engeli göstermekteydi⁷². Bu kanaat, Divan’ın esasa ilişkin görüşünü oyçokluğuyla vermesine rağmen, oybirliğiyle verdiği nükleer silahların kullanımı veya kullanımı tehdidinin her hâlükârda silahlı çatışmalar sırasında uygulanan uluslararası hukukun gereklilikleri -bir diğer ifadeyle uluslararası insancıl hukuk- ile uyumlu olması gerektiği görüşüyle de desteklenmektedir⁷³.

Diğer taraftan UAD’nin mezkûr danışma görüşünde üzerinde en çok durulan kısım oldukça müphem bir tutum izlediği hüküm kısmıdır. Divan öncelikle üçe karşı on bir oyla, “[n]e teamül hukuku ne de sözleşme hukuku kapsamında, nükleer silahların kullanımı veya kullanımı tehdidinde ilişkin kapsamlı ve evrensel bir yasak bulunmadığını” tespit etmiştir⁷⁴. Ardından yediye yedi eşit oy ve Divan Başkanı Bedjaoui’nun belirleyici oyuyla, “uluslararası hukukun mevcut durumu ve önündeki olgusal unsurlar göz önüne alındığında, Divan, bir devletin varlığının tehlikede olduğu olağanüstü bir meşru müdafaa durumunda, nükleer silahların tehdidi veya kullanımının hukuka uygun ya da aykırı olacağına kesin olarak karar verememektedir” ifadesiyle bizzat devletin varlığı tehlikede olduğunda nükleer silahların kullanımını veya kullanımı tehdidini uluslararası hukuka -en azından- aykırı görmemiştir⁷⁵.

⁷¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 255, para. 73 (8 Temmuz 1996).

⁷² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, para. 67.

⁷³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, para. 105 (D). Ayrıca bkz. **Tütüncü**, Ayşe Nur: “Nükleer Silâhlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisinin Divan’ın 1996 Tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 23, Sayı: 1-2, 2003, s. 791.

⁷⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, para. 105 (B).

⁷⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, para. 105 (E).

UAD'nin Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*) Danışma Görüşü kararından anlaşıldığı üzere, en azından 1996 yılına kadar, nükleer silah veya benzeri patlayıcılara sahip olmak bir yana, bu tür askeri ekipmanların kullanımını yasaklayan bir kural ne sözleşme hukukunda ne de teamül hukukunda bulunmaktadır. Ancak yine Divan'a göre, bunların silahlı çatışmalarda kullanılması durumunda, *jus in bello* kapsamındaki kurallara riayet edilmesi gerekir.

Diğer taraftan aynı karara Hâkim Schwebel'in muhalif görüşünden yola çıkarak karara yönelik iki yorumda bulunmak mümkündür. Birinci olarak, Hâkim Schwebel gibi bazı hukukçular kararın müphem dilinden ("nükleer silahların tehdidi veya kullanımının hukuka uygun ya da aykırı olacağına kesin olarak karar verememektedir") uzaklaşarak daha keskin bir pozisyon almışlardır. Hâkim Schwebel'e göre, "Güvenlik Konseyi'nin daimî üyeleri, bir diğer ifadeyle dünyanın beş büyük gücü, yaklaşık 50 yıl boyunca müttefikleri ve bu devletlerin nükleer şemsiyeleri altına sığınan diğer devletler tarafından [caydırıcılık amacıyla nükleer silahları bulundurmamak ve geliştirmek] konusunda önemli ölçüde desteklenmiştir"⁷⁶. Dolayısıyla Hâkim Schwebel, Divan'ın devlet uygulamasını isabetli şekilde değerlendiremediği, negatif devlet uygulamasından ziyade pozitif devlet uygulamasına bakılması gerektiği ve bu durumda da nükleer silaha sahip olma pratiğinin devlet uygulamasında yerleştiği görüşündedir. İkinci olarak ise, nükleer silah sahibi olma pratiğinin meşruluğu ise dehşet dengesi teorisi ile açıklanmaktadır. Buna göre, nükleer yıkım korkusu o kadar güçlüdür ki bir tarafın nükleer silaha başvurması ancak ilk olarak diğer tarafın bu yolu tercih etmesine bağlanmıştır. Her ne kadar bu durum belirsizlik yaratsa da devletlerin rasyonel aktörler oldukları düşüncesi bu belirsizliği güvenilir bir caydırıcılığa dönüştürmektedir⁷⁷. Gerçekten de Hâkim Schwebel'in muhalif görüşünde yer verilen "[b]ir aktör nükleer silahlara ve bunları fırlatma araçlarına sahip olduğunda, ... kendisini caydırıcı bir konuma yerleştirmiş olacaktır"⁷⁸ ifadeleri bu yaklaşımı doğrulamaktadır. Bu bakımdan Hâkim Bravo'nun da aynı karara ilişkin beyanında ifade ettiği üzere, "1945 ile 1985 yılları arasında hüküm

⁷⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, 1996 I.C.J. Rep., s. 312 (8 Temmuz 1996).

⁷⁷ **Payne**, Keith B.: "The Nuclear Posture Review: Setting the Record Straight", *Washington Quarterly*, Cilt: 28, Sayı: 3, 2005, s. 137.

⁷⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, s. 314.

süren [uluslararası] siyasi koşullar altında böyle bir kuralın ortaya çıkmasının mümkün olmadığı açıktır”⁷⁹.

Bu itibarla davada nükleer silahsızlanma konusunda ele alınan BM Genel Kurulu kararlarının önemli sayıda olumsuz oya rağmen kabul edildiğini, birkaç devletin Genel Kurul dışındaki beyan ve uygulamalarında nükleer silahların kullanımını hukuka aykırı görmediklerini ifade ettiklerini, dahası belirli koşullar altında bu tür silahları kullanma niyetlerini dile getirmelerini göz önüne alan Akande, “[t]üm bunlar, tarafsız bir hâkimin, nükleer silah kullanımının *per se* hukuka aykırı olduğuna dair genel bir kabul olduğu sonucuna varmasını engellemektedir” görüşünü 1998 yılında dile getirmiştir⁸⁰.

B. Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması Sonrası Durum

Öncelikle belirtilmelidir ki UAD’nin Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Danışma Görüşü kararından (1996) NSYA’nın BM Genel Kurulu tarafından kabulü ve imzaya açılmasına (2017) kadar geçen sürede, nükleer silahlara sahip olma pratiğinde herhangi bir değişiklik olmamıştır. Bir diğer ifadeyle NSYA’nın kabulü, 1996 yılından sonra uluslararası ilişkilerin değişen dinamiğinin bir ürünü olarak ortaya çıkmamıştır, zira gerçekten de 1996 yılı itibarıyla nükleer silah sahibi olan devletlerin tamamı 2017 yılına gelindiğinde de bu statülerini korumuş ve bunların arasına yenileri eklenmiştir. Dahası UAD’nin kararından hemen sonra nükleer silahların test amaçlı kullanımları dahi görülmüştür⁸¹.

Diğer taraftan bu durum NSYA hükümlerinin teamül hukukuna dönüşmesini *ipso facto* engelleyen bir faktör olarak değerlendirilmemelidir. Bir diğer ifadeyle, bir uluslararası antlaşma olarak NSYA’nın devlet uygulamasının sonucu olarak değil de *opinio juris*’in teamüle dönüşmesinin bir sonucu olarak ortaya çıktığı pekâlâ ileri sürülebilecektir. Bu anlamda uluslararası antlaşmaların da bazı şartlar altında teamül hukukuna yol açabileceği sıklıkla dile getirilmektedir⁸². Uluslararası Hukuk Derneği tarafından da ifade edildi-

⁷⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Declaration of Judge Ferrari Bravo, 1996 I.C.J. Rep., s. 63 (8 Temmuz 1996).

⁸⁰ **Akande**, Dapo: “Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court”, *British Yearbook of International Law*, Cilt: 68, Sayı: 1, 1997, s. 196.

⁸¹ Örneğin Hindistan’ın Mayıs 1998 yılında gerçekleştirdiği nükleer silah denemesine Pakistan tarafından da derhal nükleer bir karşılık verilmiştir. Bkz. **Abdullah**, Sannia: “Nuclear Ethics? Why Pakistan Has Not Used Nuclear Weapons ... Yet”, *Washington Quarterly*, Cilt: 41, Sayı: 4, 2019, s. 162.

⁸² **Kocse**, Ryan: “Final Detonation: How Customary International Law Can Trigger the End of Landmines”, *Georgetown Law Journal*, Cilt: 103, Sayı: 3, 2015, s. 765

ği üzere, “[ç]ok taraflı antlaşmalar, devlet uygulaması yoluyla yeni teamül kurallarının oluşumu için itici bir güç veya model sağlayabilirler. Başka bir deyişle, teamül kuralının tarihi (‘maddi’) kaynağı olabilirler. Ancak, bu tür bir etkiyi [*per se*] yarattıkları yönünde bir varsayım bulunmamaktadır. Sadece antlaşmanın kendisine atfedilebilecek bir davranış, bu bağlamda [devlet] uygulaması olarak değerlendirilemez”⁸³.

Benzer şekilde UAD’nin önündeki *Ahmadou Sadio Diallo* davasında Gine, hissedarların, hisse sahibi oldukları şirketlerden ayrı olarak diplomatik koruma hakkına sahip olduğu görüşünü, bu hakkın Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi’ni kuran Washington Konvansiyonu da dâhil olmak üzere çeşitli uluslararası antlaşmalarda tanındığı gerçeğine dayandırabilmiştir⁸⁴. Diğer taraftan mahkemelerin antlaşma hükümlerine dayanarak bir teamül kuralının varlığını ispat için oldukça yüksek bir eşik kabul ettikleri görülmektedir. Bu anlamda *Ahmadou Sadio Diallo* davasında UAD, kapsamlı bir antlaşma örüntüsüne rağmen, hissedarların, hisse sahibi oldukları şirkete karşı bir devletin eylemleri nedeniyle diplomatik koruma talep etme hakkına sahip olduklarına ilişkin bir teamül hukuku kuralının bulunmadığı sonucuna varmıştır⁸⁵.

Çok taraflı uluslararası antlaşmaların teamül hukukuna katkısı açısından birkaç alternatif söz konusudur. Uluslararası Hukuk Derneği’nin da tespit ettiği üzere,

“1. Bir uluslararası antlaşmada yer alan bir hüküm, aşağıdaki durumlarda aynı zamanda uluslararası teamül hukukunun da bir kuralını yansıtabilir:

(“Antlaşmalar, yerleşik bir teamül kuralının varlığını kanıtlayabilir, ortaya çıkan bir normun kristalleşmesine yardımcı olabilir veya tamamen yeni bir teamül hukuku için temel oluşturabilirler; ancak genellikle teamül hukukunun ötesindeki konuları da ele alırlar”).

⁸³ International Law Association, London Conference: Committee on Formation of Customary (General) International Law, 2000, s. 46.

⁸⁴ *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, 2007 I.C.J. Rep. 612-613 (24 Mayıs 2007), para. 83.

⁸⁵ *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, para. 90 (“Gine’nin, yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin antlaşmalar ile Washington Konvansiyonu gibi çeşitli uluslararası antlaşmaların yatırım korumasını düzenleyen özel hukuki rejimler oluşturduğunu veya bu konudaki hükümlerin genellikle devletler ile yabancı yatırımcılar arasında doğrudan yapılan sözleşmelere dâhil edildiğini ileri sürmesi, diplomatik koruma konusundaki teamül kurallarında bir değişiklik olduğunu göstermeye yeterli değildir; aksine, bunun tersi bir durumu da gösterebilir.”).

(a) antlaşmanın akdedildiği tarihte hâlihazırda mevcut olan bir uluslararası teamül hukuku kuralını kodifiye etmişse;

(b) antlaşmanın akdedilmesinden önce ortaya çıkmaya başlayan bir uluslararası teamül hukuku kuralının kristalleşmesine yol açmışsa;

(c) hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamaya (*opinio juris*) yol açmış ve böylece yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralı oluşturmuşsa.

2. Bir kuralın birden fazla uluslararası antlaşmada yer alması, antlaşma kuralının bir teamül hukuku kuralını yansıttığını gösterebilir; ancak bu, mutlaka böyle bir duruma işaret etmez”⁸⁶.

Uluslararası Hukuk Derneği çok taraflı uluslararası antlaşmaların teamül hukukuna muhtemel katkısını kabul etmiş, “[b]ununla birlikte, ‘yansıtabilir’ ifadesi, antlaşmaların tek başlarına teamül hukuku kuralı oluşturamayacağını veya bu tür bir kuralın varlığını ya da içeriğini kesin olarak kanıtlamayacağını belirtmektedir”⁸⁷ diyerek ihtiyatlı bir tutum sergilemiştir. Bu durumda Uluslararası Hukuk Derneği’nin yukarıda aktarılan üç muhtemel alternatif üzerinden NYSA hükümlerinin ayrıca uluslararası teamül hukuku kuralları olup olmadıkları incelenmelidir.

1. NSYA Öncesi Teamül Hukukunda Nükleer Silah Sahibi Olmak Yasak mıydı?

Bu alternatiflerden birincisi (“antlaşmanın akdedildiği sırada hâlihazırda mevcut olan bir teamül hukuku kuralının derlenmesi”), çok taraflı bir antlaşmanın teamül hukuku kuralının ortaya çıkmasını sağladığı veya en azından katkıda bulunduğu bir durumun aksine, bir antlaşmanın hâlihazırda uluslararası hukuk sisteminde var olan bir kuralı yeniden ilan ettiği bir durumdur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, en azından UAD’nin Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğuna Dair Danışma Görüşünü⁸⁸ verdiği 1996 yılına kadar nükleer silahlara yönelik herhangi bir yasaktan bahsetmek mümkün görünmemektedir. Gerçekten de Divan’ın 11 üyesi “[n]e teamül hukuku ne de sözleşme hukuku kapsamında, nükleer si-

⁸⁶ Report of the International Law Commission (A/73/10), s. 143.

⁸⁷ Report of the International Law Commission (A/73/10), s. 143.

⁸⁸ Burada ayrıca not edilmelidir ki 13 Mayıs 1993 tarihinde kabul edilen bir kararla Dünya Sağlık Örgütü de nükleer silahların kullanımının veya kullanma tehdidinin uluslararası hukuka uygunluğu konusunda UAD’dan danışma görüşü talep etmiş, ancak Divan, danışma görüşü talebinin konusu itibarıyla Dünya Sağlık Örgütü’nün faaliyet alanına giren bir soruyla ilgili olmadığını belirterek görüş vermeyi reddetmiştir. Bkz. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep., para. 31

lahların kullanımı veya kullanımı tehdidine ilişkin kapsamlı ve evrensel bir yasak bulunmadığı”⁸⁹ görüşünü savunmuştur.

Diğer taraftan 1996 ile NSYA’nın imzaya açıldığı 2017 yılına kadar geçen sürede bu durumun değiştiğini ileri sürmek zor görünmektedir. Gerçekten de yukarıda muhalif görüşüne yer verdiğimiz Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğuna Dair Danışma Görüşü hâkimlerinden Schwebel’in nükleer silahları yasaklayan bir teamül hukuku kuralının mevcut olmadığı tespitini savunurken başvurduğu realiteler bu durumu doğrulamaktadır. Hâkim Schwebel’in 1996 yılında tespit ettiği nükleer silahlara sahip olan büyük devletlerin varlığı, bu silahların varlığına dayalı stratejik savunma doktrinlerinin ortaya konulması ve oldukça fazla sayıda devletin kendi savunmaları için nükleer silah sahibi devletlerden birine olan bağımlılığı⁹⁰ değişmeden ve artarak devam etmektedir. Grant’in de vurguladığı üzere, “[n]ükleer caydırıcılık uygulamasında, Hâkim Schwebel’in ulaştığı sonucu değiştirecek herhangi bir değişiklik meydana gelmemiştir”⁹¹.

Gerçekten de devletlerin nükleer silahları kullanmadıkları ancak pek çok kereler kullanma tehdidinde bulunarak bu tür silahların caydırıcılık gücünden faydalandıkları görülmüştür. Bu anlamda örneğin Rusya, 2008 yılında Gürcistan’a yönelik kuvvet kullanımı sırasında nükleer tehditlerde bulunmuştur⁹². Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin yine 2008 yılında yaptığı bir açıklamada, Kiev yönetiminin Amerika Birleşik Devletleri (ABD) füze savunma kalkanına ev sahipliği yapması halinde Rusya’nın nükleer silahlarını Ukrayna’ya doğrultacağı tehdidinde bulunmuştur⁹³. Gürcistan ile Rusya arasındaki gerginliğin 2009 yılında keskin bir şekilde artması üzerine Rusya, iki nükleer saldırı denizaltısını ABD’nin doğu kıyısına konuşlandırmaktan çekinmemiştir⁹⁴. Yine aynı devletin 2022 yılında bu sefer Ukrayna’ya yöne-

⁸⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, para. 105 (B).

⁹⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, 1996 I.C.J. Rep., s. 312.

⁹¹ **Grant**, Thomas D.. “The ILC’s Draft Conclusions on Customary International Law and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW): Lawmaking and Its Limits in a Nuclear Age”, *George Mason International Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 2, 2022, s. 33.

⁹² **Reid**, Charles: “Vladimir Putin’s Culture of Terror: What Is to Be Done?”, *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy*, Cilt: 9, Sayı: 2, 2015, s. 334.

⁹³ **Harding**, Luke: “Putin Issues Nuclear Threat to Ukraine Over Plan to Host US Shield”, *The Guardian*, 13 Şubat 2008, <https://www.theguardian.com/world/2008/feb/13/russia.putin> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

⁹⁴ **Entous**, Adam: “Russian subs patrol off U.S. East Coast: officials”, *Reuters*, 5 Ağustos 2009, <https://www.reuters.com/article/world/us/russian-subs-patrol-off-us-east-coast-officials-idUSTRE5740DV/> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

lik kuvvet kullanımının ardından Rus nükleer şemsiyesi yeniden açılmıştır. Devlet Başkanı Putin, ABD Başkanı Joe Biden'ın Ukrayna'ya Amerikan yapımı uzun menzilli füzelerle Rus topraklarındaki hedeflere saldırma izni verme kararının ardından, Rusya'nın nükleer silah kullanma eşiğini düşürdüğünü 2024 yılında resmen ilan etmiştir. Buna göre Moskova yönetimi, bir nükleer güç tarafından desteklenen herhangi bir devletin Rusya'ya yönelik konvansiyonel bir saldırısına dahi potansiyel bir nükleer yanıt verme ihtimalini angajman kurallarına dâhil etmiştir⁹⁵. Aynı şekilde Rusya, Polonya'nın kuzeyinde yeni bir ABD balistik füze savunma üssü kurulmasının, genel nükleer tehlike seviyesinde artışa yol açacağını ifade etmiştir⁹⁶. Tüm bunlardan yola çıkan Grant de “[s]on on [altı] yıldır Rusya'nın yaptığı gibi nükleer tehdit kullanan bir devletin varlığı karşısında, bir nükleer silah yasağını (ister antlaşma ister teamül hukuku kökenli olsun) hayata geçirmenin gerçekçi bir yolu bulunmamaktadır” tespitini ifade edebilmiştir⁹⁷.

2. NSYA Öncesi Teamül Hukukunda Ortaya Çıkmaya Başlayan Bir Kural Antlaşma ile Yerleşik Hale Gelmiş midir?

Uluslararası Hukuk Derneği tarafından belirlenen alternatiflerden ikincisi (“antlaşmanın akdedilmesinden önce ortaya çıkmaya başlayan bir uluslararası teamül hukuku kuralının kristalleşmesine yol açması”), çok taraflı bir antlaşmanın kendinden önce devlet uygulamasında var olan ve *opinio juris* ile desteklenen bir davranışın teamül hukukunda yerleşmesini sağladığı veya en azından buna katkıda bulunduğu bir durumdur. Somut olayda böyle bir durumun varlığını kanıtlamak için nükleer silah sahibi devletlerin bu sahipliğe bir şekilde son vermeleri ya da en azından başka devletlerin nükleer silah edinmemeleri veya bazı devletlerin diğer devletlerin nükleer şemsiyesinin altından çıktıklarının gösterilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan durum bunun tam tersidir. 1996-2017 yılları arasında nükleer silah edinmeyi bırakmak şöyle dursun, bu tür silahların miktar ve hacimlerinde artış görülmüştür. Örneğin ABD Savunma Bakanlığı'nın 2024 yılında hazırladığı bir raporda, Çin'in nükleer silahlanma tarihindeki en hızlı

⁹⁵ “Putin lowers the threshold for using his nuclear arsenal after Biden's arms decision for Ukraine”, The Associated Press, 19 Kasım 2024, <https://apnews.com/article/russia-nuclear-doctrine-putin-91f20e0c9b0f9e5eaa3ed97c35789898> (Erişim Tarihi: 19.11.2024).

⁹⁶ “Russia says new US base in Poland raises overall nuclear danger”, Reuters, 21 Kasım 2024, <https://www.reuters.com/world/europe/russia-says-new-us-base-poland-raises-overall-nuclear-danger-2024-11-21/> (Erişim Tarihi: 22.11.2024).

⁹⁷ Grant, s. 34.

genişleme ve en kapsamlı modernizasyon sürecini yaşadığı ifade edilmiştir⁹⁸. Yine Fransa, Birleşik Krallık ve ABD'nin de nükleer silah envanterleri üzerinde aşağı yönlü bir değişim olduğu yönünde herhangi bir veri bulunmamaktadır. Dahası Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğuna Dair Danışma Görüşü kararının verildiği 1996 yılı itibarıyla nükleer silah sahibi olmayan bazı devletlerin de hızla bu tür silahlara sahip olmaya başladıkları görülmektedir. Kasıtlı belirsizlik politikası kapsamında nükleer silah bulundurup bulundurmadığını açıklamayan İsrail bir tarafa bırakılacak olursa, NSYÖA sonrası Hindistan (1974), Pakistan (1998) ve Kuzey Kore (2006) nükleer silah sahibi devletler listesine dâhil olmuşlardır⁹⁹.

Nükleer silah sahibi olmayan devletlerin ise nükleer şemsiye altında kalmaya devam ettikleri görülmektedir. Bu bağlamda en fazla göze çarpan örnek NATO olmuştur. Aşağıda daha detaylı olarak üzerinde durulduğu üzere, NATO üyesi olan birçok devlet, kendi topraklarında nükleer silah bulundurmakta veya bulundurmasa bile ittifakın nükleer caydırıcılık stratejisine katkıda bulunmakta ve bu strateji kapsamında korunmaktadır¹⁰⁰. Özellikle ABD'nin liderliğinde geliştirilen ortak savunma anlayışı, nükleer silah kullanımını ittifakın kolektif güvenlik stratejisinin önemli bir unsuru haline getirmiştir. Benzer ve yine devlet uygulamasını yansıtır şekilde, Rusya ile Belarus 2024 yılı sonlarında Belarus'a yönelik herhangi bir saldırıyı püskürtmek amacıyla Rus nükleer silahlarının kullanılması da dâhil olmak üzere güvenlik garantileri sunan bir antlaşma imzalamışlardır¹⁰¹. Tüm bunlar 1996'dan NYSA'nın kabulüne kadar geçen sürede, nükleer silahlara yönelik bir yasağın genel bir uygulama olarak ortaya çıkmaya başladığını ve/veya devletlerin bu uygulamayı hukuki bir zorunluluk olduğu inancıyla benimseydiğini destekleyecek yeterli kanıtın olmadığını göstermektedir¹⁰².

⁹⁸ Defense Intelligence Agency, "Nuclear Challenges: The Growing Capabilities of Strategic Competitors and Regional Rivals", 2024, https://www.dia.mil/Portals/110/Images/News/Military_Powers_Publications/Nuclear-Challenges-2024.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

⁹⁹ **Jain, Isha/Seth, Bhavesh**: "India's Nuclear Force Doctrine: Through the Lens of *Jus Ad Bellum*", Leiden Journal of International Law, Cilt: 32, Sayı: 1, 2019, s. 111-130.

¹⁰⁰ **Arsava, A.** Fusun: "Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ve NATO Anlaşması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 56, 2023, s. 207; **Hayashi, Mika**: "NATO's Nuclear Sharing Arrangements Revisited in Light of the NPT and the TPNW", Journal of Conflict and Security Law, Cilt: 26, Sayı: 3, 2021, s. 471-492.

¹⁰¹ **Eruygur, Burç**: "Russia, Belarus sign mutual security guarantees agreement", Anadolu Ajansı, 6 Aralık 2024, <https://www.aa.com.tr/en/world/russia-belarus-sign-mutual-security-guarantees-agreement/3416560> (Erişim Tarihi: 10.12.2024).

¹⁰² **Grant, s.** 35.

3. NSYA'nın Kabulü Yeni Bir Uluslararası Teamül Hukuku Kuralı Oluşturmuş mudur?

Uluslararası Hukuk Derneği'nin tespit ettiği alternatiflerden üçüncüsü (“antlaşmanın hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamaya (*opinio juris*) yol açması ve böylece yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralı oluşturması”), çok taraflı bir antlaşmanın kendinden önce hiç var olmayan yeni bir teamül hukukunu oluşturması durumudur.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çok taraflı antlaşmaların teamül hukuku kurallarının maddi kaynağı olma potansiyelleri bulunmakla birlikte, bu tür bir etkiyi kendiliğinden yarattıkları yönünde bir varsayımda bulunmak ve bu bağlamda yalnızca antlaşmanın varlığını devlet uygulamasının varlığının kanıtı olarak değerlendirmek yanlış olacaktır¹⁰³. Uluslararası Hukuk Derneği'nin ortaya koyduğu iki tespit bu yanlışlığı vurgulamaktadır. Buna göre ilk olarak, devletlerin teamüle kaynaklık eden uygulamayı yalnızca antlaşma yükümlülüğünden dolayı değil, antlaşmada yer alan kuralın bir uluslararası teamül hukuku kuralı niteliği kazandığı inancıyla gerçekleştirdiğinin gösterilmesi gerekmektedir. İkinci olarak ise, antlaşmada yazılı hükmün bir uluslararası teamül hukuku kuralıyla gerçekten örtüşüp örtüşmediğini belirlemek yalnızca antlaşma metnine bakılarak değil; kuralın varlığının uygulama ve bu uygulamanın hukuken bağlayıcı olarak kabul edilmesi testleri üzerinden her durumda ayrı ayrı teyit edilmesi elzemdir¹⁰⁴.

Somut olayda NSYA açısından ilk iki alternatif mümkün olmadığından, bu üçüncü alternatif 2017 yılı sonrasında yeni bir teamül hukuku kuralının muhtemel varlığı üzerinden tartışılmalıdır. Bu tartışmanın da devletlerin NSYA'ya katılım oranları, hem NSYÖA hem de NSYA'ya taraf devletlerin tutarsızlığı ve özellikle etkilenen devletlerin antlaşmaya yönelik tutumları üzerinden yapılması gerekmektedir.

a. NSYA'ya Katılım

Bir antlaşmaya taraf olan devletlerin sayısı, antlaşma hükümlerinin uluslararası teamül hukukunu yansıtır yansıtmadığını belirlemede önemli bir faktördür ve bu bağlamda evrensele yakın kabul görmüş antlaşmalar özellikle belirleyicidir¹⁰⁵. Eritre-Etiyopya İddiaları Komisyonu'nun da tespit ettiği üzere, “1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin büyük ölçüde uluslararası tea-

¹⁰³ International Law Association, London Conference: Committee on Formation of Customary (General) International Law, 2000, s. 46.

¹⁰⁴ Report of the International Law Commission (A/73/10), s. 144.

¹⁰⁵ Report of the International Law Commission (A/73/10), s. 143-144.

mül hukukunun yansımaları haline geldiği görüşünü destekleyen önemli ve modern otoriteler bulunmaktadır ve eldeki davanın her iki tarafı da bu konuda hemfikirdir. Sözleşmelerin neredeyse evrensel kabul görmüş olması, bu sonucu desteklemektedir”¹⁰⁶.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 2024 yılının sonu itibarıyla, NSYA’ya 73 devlet onaylama veya katılma yoluyla taraf olmuş, 25 devlet ise yalnızca imzalamıştır¹⁰⁷. Karşılaştırma yapmak açısından, 1949 Cenevre Sözleşmelerine gözlemciler de dâhil olmak üzere BM üyesi devletlerin tamamı taraftır ve taraf devlet sayısı 196’dır¹⁰⁸. NSYA’ya ise BM üyesi devletlerinin üçte birinden biraz fazlası taraf olmuştur; taraf olanlar ve yalnızca imzacı devletlerle birlikte hesaplandığında bile katılım BM üyesi devletlerin yarısı kadardır. Bu haliyle NSYA’nın evrensel katılımı bir uluslararası antlaşma olmaktan oldukça uzak olduğu görülmektedir¹⁰⁹.

Ancak kabul edilmelidir ki uluslararası teamül hukuku kurallarının yerleşmesi için evrensel veya evrensele yakın bir kabul eşiği gerekli değildir¹¹⁰. Uluslararası Hukuk Derneği’nin ifadeleriyle, “[i]lgili devlet uygulaması genel olmalıdır; yani yeterince yaygın, temsil edici ve tutarlı olmalıdır”¹¹¹. UAD’nin de Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği davalarında ifade ettiği üzere, söz konusu uygulama “hem kapsamlı hem de neredeyse tekdüze” olmalı ve “yerleşik bir uygulama” niteliği taşınmalıdır¹¹². Diğer taraftan NSYA’nın yasaklayıcı hükümleri için bu ölçütün sağlandığını söylemek son derece zordur, zira yasağa yönelik uygulama temsil edici olmaktan uzaktır. Uygulamanın temsil edici olduğunu söylemek için antlaşmaya taraf olan devletlerden en azından

¹⁰⁶ Reports of International Arbitral Awards, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia’s Claim 4, Decision of 1 July 2003, Volume XXVI, para. 31, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/73-114.pdf (Erişim Tarihi: 25.11.2024).

¹⁰⁷ United Nations Office for Disarmament Affairs Treaties Database, Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons.

¹⁰⁸ International Humanitarian Law Databases, Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/state-parties> (Erişim Tarihi: 25.11.2024).

¹⁰⁹ **Grant**, s. 36.

¹¹⁰ Report of the International Law Commission (A/73/10), s. 136 (“Ancak, evrensel katılımın gerekli olmadığı açıktır: söz konusu uygulamaya tüm devletlerin katıldığını göstermek zorunlu değildir”).

¹¹¹ Report of the International Law Commission (A/73/10), s. 135.

¹¹² *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany v Netherlands, Federal Republic of Germany v Denmark), Merits, Judgment of 20 February, 1969 ICJ Reports, para. 74.

bir veya birkaç tanesinin antlaşmanın yürürlüğe girmesinden evvel nükleer silah sahibi devletlerden biri olması gerekmektedir¹¹³. Ancak 2024 yılının sonu itibarıyla antlaşmaya taraf olan devletler arasında nükleer silah kapasitesine sahip hiçbir devlet bulunmamaktadır¹¹⁴. Uluslararası ilişkilerin realitelerini göz önüne alan Grant de nükleer silah sahibi olmayan devletlerin nükleer silahların yönetimi, güvenliği veya imhası konusunda bir sorumluluk taşımadıklarını, dolayısıyla uygulamanın iki devlet grubunu aynı şekilde etkilemediğini ve bu nedenle de yasaklama görüşünü savunan devletlerin temsil edici nitelikte olmadığını kabul etmektedir¹¹⁵.

Black-Branch'in de isabetli şekilde işaret ettiği üzere, NSYA'nın teamül hukukuna dönüşmesini engelleyen temel sorunlardan biri, NSYÖA ile resmen tanınan beş nükleer silah sahibi devletin ve nükleer silahlara sahip diğer dört devletin (Hindistan, Pakistan, İsrail, Kuzey Kore) antlaşma müzakerelerini boykot etmiş ve antlaşmayı imzalamayı veya onaylamayı reddetmiş olmalarıdır¹¹⁶. Hâkim Xue'nin onayladığı üzere, “[n]ükleer silah sahibi bazı devletler ile nükleer silaha sahip olmayan devletlerin, nükleer silahlanma yarışının sona erdirilmesi ve nükleer silahsızlanma müzakereleri süreci konusunda zıt görüşlere sahip oldukları konusunda pek az şüphe vardır”¹¹⁷.

b. NSYÖA ve NSYA Tarafı Devletlerin Tutarlılığı

Bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığının tespiti için devlet uygulamalarının tutarlılığı da gereklidir¹¹⁸. Uluslararası Hukuk Derneği'ne

¹¹³ Report of the International Law Commission (A/73/10), s. 136 (“Katılımcı devletler arasında, iddia edilen kuralı uygulama fırsatına veya olasılığına sahip olan devletler bulunmalıdır. Bu devletlerin temsil edici olması önemlidir; bu temsil edicilik, söz konusu tüm koşullar, özellikle de farklı çıkarlar ve/veya coğrafi çeşitlilik dikkate alınarak değerlendirilmelidir”).

¹¹⁴ United Nations Office for Disarmament Affairs Treaties Database, Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons.

¹¹⁵ Grant, s. 37.

¹¹⁶ Black-Branch, Jonathan L.: The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: Legal Challenges for Military Doctrines and Deterrence Policies, Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 340.

¹¹⁷ *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands v. United Kingdom), Declaration of Judge Xue, I.C.J. Rep. 2016, para. 16.

¹¹⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, 1986 I.C.J. Rep., para. 186 (“Divan, teamül hukukuna dayalı kurallarının varlığını çıkarsamak için, devletlerin davranışlarının genel olarak bu kurallara tutarlı olmasını yeterli görmekte ve söz konusu kuralla tutarlı olmayan devlet davranışlarının genel olarak yeni bir kuralın tanındığının göstergesi olarak değil, bu kuralın ihlali olarak ele alınmasının yeterli olduğunu kabul etmektedir”).

göre, devlet uygulamaları hiçbir davranış örüntüsünün ayırt edilemeyeceği ölçüde farklılık gösteriyorsa, genel bir uygulamanın ve dolayısıyla buna karşılık gelen bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığından söz edilemez¹¹⁹. Bu anlamda örneğin Balıkçılık (*Fisheries*) davasında UAD, on mil kuralının genel bir uluslararası hukuk kuralı niteliği kazanamadığını tespit ederken, bazı devletlerin balıkçılık alanının dış sınırları için on millik bir sınırı kabul etmelerine rağmen, diğer devletlerin bundan farklı bir sınır belirlemelerini tutarsızlık olarak değerlendirmiştir¹²⁰.

NSYA'yı onaylayan veya imzalayan hemen hemen tüm devletler aynı zamanda NSYÖA'nın da tarafıdır. Ancak bu iki antlaşmanın kurduğu rejim ve getirdiği yasaklar birbirleriyle çelişmektedir. Gerçekten de NSYÖA'nın ilk üç maddesinde kabul edilen rejim uyarınca, nükleer silaha sahip olmayan devletlerin nükleer silahlar ve bu silahlarla ilgili teknolojileri edinmesi yasaklanmakta, 1 Ocak 1967'den önce nükleer silah testi yapmış olan devletler (ABD, Birleşik Krallık, Çin, Fransa, Rusya (Sovyetler Birliği)) olarak tanımlanan nükleer silah sahibi devletlere ise nükleer silah transfer etmeme veya diğer devletlerin bu silahları geliştirmesine yardım etmeme yükümlülüğü getirilmekte, bu rejim ise Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'nın denetimine bırakılmaktadır.

Görüldüğü üzere NSYÖA'nın nükleer silahların geliştirilmesini veya edinilmesini yasaklayan hükümleriyle benzerlikler içerse de NSYA'da antlaşmanın muhatapları tüm taraf devletlerdir ve herhangi bir taraf devletin nükleer silahlara sahip olmaya devam etmesine izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bağlamda, NSYÖA tarafı devletlerin, bir yandan beş büyük gücün nükleer silah sahibi olmasını kabul ederken, diğer yandan tüm devletlerin (beş büyük gücü de kapsayacak şekilde) nükleer silahlara sahip olmasını yasaklama yönünde bir *opinio juris* sahibi olduklarını ileri sürmek tutarsız bir durum yaratmaktadır¹²¹.

Bu tutarsızlık Grant'in de dikkatini çekmiştir. Grant'e göre yukarıda ifade edilen durumdan çıkarılabilecek sonuç, devletlerin NSYA'ya katılım gerekçelerinin çeşitlilik gösterdiğidir. NSYA'ya katılan ancak NSYÖA'ya taraf olmayan -ve NSYA katılımcılarının çok az bir kısmını oluşturan- devletlerin, bu antlaşmada yer alan yasağı uluslararası antlaşma hukuku kuralı olarak kabul etme niyetinde oldukları için katılım sağladıklarını ileri sürmek

¹¹⁹ Report of the International Law Commission (A/73/10), s. 137.

¹²⁰ *Fisheries* (United Kingdom v. Norway), Merits, Judgment of 18 December, 1951 ICJ Rep., s. 131.

¹²¹ *Arsava*, s. 216.

kabul edilir derecede makuldür. “Buna karşılık, NSYA katılımcılarının ezici çoğunluğu, en iyi ihtimalle belirsiz olarak tanımlanabilecek bir hukuki konumda bulunmaktadır. Hem NSYA hem de NSYÖA’ya eşzamanlı katılımları, amaçlarındaki belirsizliği ve birbiriyle rekabet eden hukuki ve hukuki olmayan unsurların bir karışımını yansıtmaktadır”¹²².

Gerçekten de NSYÖA’nın nükleer silah sahibi olmayan devletler için öngördüğü yasak rejimi hâlihazırda uygulanabilir durumdadır ve bu devletlerin NSYA’ya taraf olmaları kendileri açısından herhangi bir ek yükümlülük doğurmamaktadır. Bu devletler NSYÖA’nın 2. maddesi kapsamında herhangi bir yolla (dışarıdan bir yardım veya kendi imkânlarıyla) nükleer silah edinmemeyi taahhüt etmişlerdir. Dolayısıyla aynı yükümlülüğü NYSA ile bir defa üstlenmelerinin normatif bir değeri bulunmamaktadır.

c. Özellikle Etkilenen Devletlerin Durumu

Uluslararası Hukuk Derneği’nin uygulamanın genel olup olmadığını tespit ederken kullanılmasını önerdiği bir ölçüt de özellikle etkilenen devletlerin durumudur¹²³. Buna göre, uygulamaya kaynaklık eden faaliyetle özellikle ilgilenen veya öngörülebilir gelecekte bu faaliyet ile ilişkili olması muhtemel olan devletlerin de davranışları göz önünde bulundurulmalıdır¹²⁴. Bu anlamda Uluslararası Hukuk Derneği’nin örnekleriyle, deniz alanlarındaki seyrüsefere ilişkin bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığı ve içeriği, ilgili kıyı devletleri ile bayrak devletlerinin uygulamaları dikkate alınmadan ya da yabancı yatırımlara ilişkin bir kuralın varlığı ve içeriği, sermaye ihraç eden devletlerin ve yatırım yapılan devletlerin uygulamaları değerlendirilmeden belirlenmemelidir¹²⁵. Bu ölçüt UAD’nin içtihadında da kabul edilmiştir. Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği davalarındaki ifadeyle, “her ne kadar kısa bir zaman diliminin geçmesi, başlangıçta tamamen sözleşmeye dayalı bir kural olan düzenlemenin yeni bir teamül hukuku kuralı oluşumuna mutlak bir engel teşkil etmese de bu süre zarfında [...] devlet uygulamasının, çıkarları özellikle etkilenen devletlerin uygulamaları da dâhil olmak üzere,

¹²² Grant, s. 37.

¹²³ Report of the International Law Commission, (A/73/10), s. 136 (“Genelliği değerlendirirken göz önünde bulundurulması gereken vazgeçilmez bir faktör, ilgili faaliyetle özellikle ilgilenen veya iddia edilen kuralla en fazla ilişkili olması muhtemel olan devletlerin (‘özellikle etkilenen devletler’) bu uygulamaya ne ölçüde katılmış olduklarıdır”).

¹²⁴ Arsava, s. 221 (“Özellikle etkilenen devletlerin itirazı bir normun teamül hukukuna dönüşümünü tereddütsüz şekilde etkilemektedir”).

¹²⁵ Report of the International Law Commission (A/73/10), s. 136.

ilgili hüküm anlamında hem kapsamlı hem de neredeyse tekdüze olması zorunludur”¹²⁶.

Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi NSYÖA rejimi kapsamında nükleer silah sahibi olan beş devlet ve 2024 yılı sonu itibarıyla nükleer silah sahibi olan diğer dört devletin hiçbirinin bu uygulamaya katılmadığı izahtan varestedir. Diğer taraftan somut olayda özellikle etkilenen devlet ölçütünü yalnızca nükleer silah sahibi olan devletler üzerinden ele almak yetersizdir. Aynı zaman bu devletlerin müttefiki olan veya açıkça bu tür silahların caydırıcılığından/korumasından faydalanan devletler de uygulamadan çıkarları özellikle etkilenen devlet kategorisinde değerlendirilmelidir. Örneğin NATO’nun savunma stratejisi açıkça kısmen nükleer caydırıcılık üzerine inşa edilmiştir. Bu anlamda “potansiyel rakiplerin stratejilerinde nükleer silahların artan önemini” göz önüne alan NATO’nun caydırıcılık ve savunma duruşu, “nükleer, konvansiyonel ve füze savunma yeteneklerinin uygun bir karışımına dayanmaktadır”¹²⁷. NATO’nun tüm kararları üye devletler arasında tartışma ve istişareler sonucu konsensüs ile alınmaktadır. Bu gerçek göz önünde bulundurulduğunda, NATO üyesi üç nükleer silah sahibi devlet dışında kalan diğer 29 NATO üyesi devlet de söz konusu faaliyetten özellikle ilgilenen devlet statüsündedir. Bu devletlerden hiçbiri NSYA’nın tarafı veya imzacısı değildir. Dahası 14 Haziran 2021 tarihinde Brüksel’de düzenlenen NATO toplantısına katılan Devlet ve Hükümet Başkanları tarafından yayımlanan bildiride açıkça NSYA’ya muhalif bir duruş sergilenmiştir¹²⁸.

Dahası NATO’nun nükleer paylaşım programı NATO üyesi bazı devletleri sadece NATO’nun nükleer şemsiyesinden edilgin olarak faydalandırmanın yanında, aynı zaman bu devletleri nükleer silahların -malikine değil ancak bir anlamda- zilyedine dönüştürmektedir. Söz konusu nükleer ittifak kapsamında ABD, nükleer silah sahibi olmayan NATO üyesi devletlerle nükleer silahlarını paylaşmaktadır. Bu nükleer paylaşım programı, ABD’nin B61 nükleer silahlarının bazı NATO devletlerinin topraklarında Avrupa

¹²⁶ *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany v Netherlands, Federal Republic of Germany v Denmark), Merits, Judgment of 20 February, 1969 ICJ Reports, para. 74 (vurgu eklenmiştir).

¹²⁷ Deterrence and Defence, North Atlantic Treaty Organization (13 Aralık 2024), https://www.nato.int/cps/is/natohq/topics_133127.htm (Erişim Tarihi: 13.12.2024).

¹²⁸ Brussels Summit Communiqué, North Atlantic Treaty Organization, https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm (Erişim 13.12.2024) (“İttifakın nükleer caydırıcılık politikasıyla tutarsız olan, mevcut nükleer silahsızlanma ve yayılmanın önlenmesi mimarisıyla çelişen, NSYÖA’yı zayıflatma riski taşıyan ve mevcut güvenlik ortamını dikkate almayan Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması’na karşı olduğumuzu bir kez daha vurguluyoruz”).

genelinde konuşlandırılmasını içermektedir. Hâlihazırda beş NATO üyesi devletin (Almanya, Belçika, Hollanda, İtalya ve Türkiye), ABD'nin nükleer silahlarına ev sahipliği yaptığı öne sürülmektedir¹²⁹. Teorik olarak bu devletler NSYÖA kapsamında silahsız statülerini korumaktadır, zira B61 bombaları ev sahibi ülkede konuşlandırılmış olsa da ABD Hava Kuvvetleri hem fiziksel kontrolü hem de hukuki sorumluluğu üstlenmektedir. Nihayetinde nükleer silahların kullanılıp kullanılmayacağına yalnızca ABD karar vermektedir. Ev sahibi ülkeler ise nükleer silah taşıma kapasitesine sahip uçaklara ve eğitim almış hava kuvvetlerine sahip olup, savaş zamanı ABD tarafından devredilmesi durumunda bu nükleer silahları kullanma kapasitesine sahip olmaktadır¹³⁰. ABD'nin sağladığı nükleer korumadan NATO üyesi olmadan Güney Kore, Japonya ve Avustralya gibi devletler de faydalanmaktadır¹³¹. Dolayısıyla söz konusu uygulamadan özellikle etkilenen pek çok devlet vardır ve bu devletlerin hiçbiri uygulamaya katılmamıştır.

Diğer taraftan UAD üyelerinden Hâkim Cangado Trindade, Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğuna Dair Danışma Görüşü kararından 20 yıl sonra UAD'yi "1996 tarihli danışma görüşünde, nükleer silahların hukuka aykırılığına ilişkin bir *opinio juris* bulunmadığı yönündeki nükleer silah sahibi devletlerin muhalefetine gereğinden fazla önem vermiştir. Oysa [BM] üyesi devletlerinin ezici çoğunluğu nükleer silahlara açıkça karşıdır ve nükleer silahsızlanmayı desteklemektedir. 1996 tarihli danışma görüşü, 'caydırıcılık' kavramının mantıksızlığından gereğinden fazla etkilenebilir görünmektedir" diyerek eleştirebilmiştir¹³². Ancak kanaatimizce tüm devletlerin nükleer silahlardan bir şekilde etkilendiği veya potansiyel olarak etkilenebileceği gerçeğinin bazı devletlerin özellikle etkilendiği gerçeğini değiştirmeyeceği görüşünde olan Grant¹³³ bu konuda daha haklı görünmektedir.

¹²⁹ **Blechman**, Barry/**Rumbaugh**, Russell: "Bombs Away: The Case for Phasing out U.S. Tactical Nukes in Europe", *Foreign Affairs*, Cilt: 93, Sayı: 4, 2014, s. 163.

¹³⁰ **Childers**, Gavin M.: "Mutually Assured Disarmament? The Future of NATO's Nuclear Sharing Program under the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Cilt: 51, Sayı: 3, 2023, s. 753; **Tertrais**, Bruno: "Will Europe Get Its Own Bomb?", *Washington Quarterly*, Cilt: 42, Sayı: 2, 2019, s. 47.

¹³¹ **Choudhary**, Vishaka: "The Denuclearization of South Asia: Contrasting the Viability of a Nuclear Weapon-Free Zone against Extant Deterrence Postures", *NUALS Law Journal*, Cilt: 13, 2019, s. 48.

¹³² *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands v. United Kingdom), Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, 2016 I.C.J. Rep., para. 138.

¹³³ **Grant**, s. 38-39.

III. NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANTLAŞMASI HÜKÜMLERİNİN TEAMÜL HUKUKU KURALI NİTELİĞİ KAZANMASI DURUMUNDA İTİRAZCI DEVLETLERİN DURUMU

Yukarıda açıklanan nedenlerle, NSYA tarafından öngörülen yasaklar nükleer silah sahibi olmayan pek çok devletin antlaşmaya taraf olmasına rağmen uluslararası teamül hukuku niteliği kazanmaktan uzaktır. Ancak bizim kanaatimizin aksine, mezkûr yasakların uluslararası teamül hukuku kuralı haline dönüştüğü veya dönüşmekte olduğu varsayımının kabulünde, bu uygulamaya katılmayan devletlerin durumları da ayrıca değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme ise uluslararası hukukun ikincil kurallarından olan ısrarlı itiraz kuralı üzerinden yapılmalıdır.

Yukarıda da kısaca üzerinde durulduğu üzere, Stein'in ifadesiyle ısrarlı itiraz kuralı, devletlere kendilerini henüz ortaya çıkmakta olan uluslararası teamül hukuku kurallarından muaf tutmaları için bir çeşit "kaçış rampası" imkânı sunmaktadır¹³⁴. Buna göre ısrarlı itiraz kuralı, bir devletin, uluslararası teamül hukuku kuralının oluşum sürecinde bu kurala yönelik açık, tutarlı ve ısrarlı bir şekilde muhalefet etmesi halinde, söz konusu devletin bu teamül kuralı ile bağlı olmamasını sağlayan bir kuraldır¹³⁵. Hem doktrindeki hâkim görüş hem de uluslararası yargı mercileri kararlarına göre, ortaya çıkmış olduğu kabul edilen genel nitelikli uluslararası teamül hukuku kuralları, bu kurallara açıkça rıza gösterebilir veya göstermesin, tüm devletler açısından bağlayıcı olacaktır¹³⁶. İsrarlı itiraz kuralı ise bu genel bağlayıcılığın istisnai bir mekanizmasıdır. Ancak ısrarlı itirazcı devlet statüsünün geçerlilik kazanması için dört temel şartın yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁷.

İlk olarak itirazın varlığı *conditio sine qua non* olarak ifade edilmektedir. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından ilk mesele itirazın kim tarafından yapılması gerektiğidir. Doktrinde egemen devletlerin itirazcı statüsü konusunda tartışma bulunmamakla beraber, devlet dışındaki birimlerin (örneğin quasi-devletlerin) itirazcı statüsü tartışılmıştır¹³⁸. Kural

¹³⁴ Stein, Ted L.: "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law", Harvard International Law Journal, Cilt: 26, Sayı: 2, 1985, s. 472.

¹³⁵ Colson, s. 957

¹³⁶ Dumberry, s. 780.

¹³⁷ Kırdım, s. 90-206.

¹³⁸ Jones, Oliver: "Customary Non-Refoulement of Refugees and Automatic Incorporation into the Common Law: A Hong Kong Perspective", International and Comparative Law

açısından itiraz ne kadar olmazsa olmaz bir nitelikte ise, ısrar da itiraz şartının tamamlayıcı unsuru olarak değerlendirilmektedir. Doktrinde çoğunluğu oluşturan görüş uyarınca, bir devletin henüz ortaya çıkmakta olan bir uluslararası teamül hukuku normuna yalnızca bir kez itiraz etmesi yeterli olmayacaktır¹³⁹. Bu anlamda ısrar itirazın nicel kriteri olarak anlaşılmaktadır. Üçüncü şart ise itirazın nitel kriteri olan tutarlılıktır. Green'in de varsayımsal olarak örneklediği üzere, bir devlet henüz ortaya çıkmakta olan bir norma yeterince tekrarlar itiraz edebilir; ancak bu devlet, ısrarlı itiraz şeklindeki genel politikasını devam ettirdiği süre zarfında, az sayıda vesileyle de olsa bu normu kabul etmiş, onaylamış veya imkânı varken itiraz etmemiş olabilir. Bu durumda söz konusu devletin, kurala ilişkin ısrar kriterini sağlamakla beraber, tutarlılık kriterini sağlayamadığı ve dolayısıyla muafiyet statüsünü kazanamadığı kabul edilmelidir¹⁴⁰. Son şart ise itirazın yapılma zamanına ilişkindir. Modern uluslararası hukuk doktrininde ısrarlı itiraz üzerine yorum ve/veya tanım yapan otoritelerin neredeyse tamamı, bir uluslararası teamül hukuku normundan muaf olmak isteyen devletlerin, söz konusu norma yönelik itirazlarının yalnızca belirli bir zaman aralığında geçerli olduğu konusunda uzlaşma içerisindedir¹⁴¹. Buna göre, herhangi bir uluslararası teamül hukuku kuralından muaf olmak isteyen devletlerin, itirazlarını bu kural oluşum sürecindeyken yapmaları gerekmektedir¹⁴². Diğer taraftan doktrinde -az sa-

Quarterly, Cilt: 58, Sayı: 2, 2009, s. 443-468. Bunun yanında neye itiraz edilmesi (**Green**, The Persistent Objector Rule, s. 62), itirazın kime yöneltilmesi (**Fitzmaurice**, Gerald: "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law", British Yearbook of International Law, Cilt: 30, 1953, s. 25; **Guzman**, Andrew T.: How International Law Works: A Rational Choice Theory, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 188), itirazın nasıl bilinir kılınması (**Colson**, s. 962) ve itirazın hangi araçlarla iletilmesi (**Dumberry**, s. 779-802) gerektiği gibi sorular doktrinde tartışılmaktadır.

¹³⁹ **Guldahl**, Camilla G.: "The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law", Nordic Journal of International Law, Cilt: 77, 2008, s. 59; **Kontorovich**, Eugene: "Inefficient Customs in International Law", William and Mary Law Review, Cilt: 48, Sayı: 3, 2006, s. 875. Ancak kurala yaklaşımları itibarıyla itirazın aslında tekrarlanmasına gerek olmadığı şeklinde yorumlanabilecek -veya en azından böyle bir şarta yer vermeyen- bazı görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Charney**, s. 3.

¹⁴⁰ **Green**, The Persistent Objector Rule, s. 109. Yine doktrinde hangi ölçüde tutarlı olunması gerektiği (**Steinfeld**, s. 1652; **Loschin**, s. 166) ve hangi durumların tutarsızlık yaratacağı (**Colson**, s. 958) meseleleri de tartışılmaktadır.

¹⁴¹ **Trachtman**, Joel P.: "Persistent Objectors, Cooperation, and the Utility of Customary International Law", Duke Journal of Comparative and International Law, Cilt: 21, Sayı: 1, 2010, s. 222.

¹⁴² **Bradley**, Curtis A.: "The Juvenile Death Penalty and International Law", Duke Law Journal, Cilt: 52, Sayı: 3, 2002, s. 518; **Dumberry**, s. 780; **Fon**, Vinciy/**Parisi**,

yıda da olsa- bazı yazarlar, bu yöndeki bir gerekliliği reddetmiş ve devletlerin kural olgunlaştıktan sonraki itirazları ile muafiyet sağlayabileceklerini savunmuşlardır.¹⁴³

NSYA hükümlerinin ısrarlı itirazcı devletlerini örnek kabilinden değerlendirmek gerekirse öncelikle dünyada en kapsamlı savunma örgütü olan NATO'nun bu konudaki duruşu incelenmelidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, NATO'nun savunma duruşu, nükleer silahları da içeren bir karışımdayanmaktadır. NSYA'nın yürürlüğe girmesinden sonraki ilk NATO Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi'nde üye devletler antlaşmaya yönelik muhalif pozisyonlarını açıkça ortaya koymuşlardır¹⁴⁴. Zirvenin Sonuç Bildirgesi'nde "NYSYA, üyelerimizin nükleer silahlar konusundaki hukuki yükümlülüklerini değiştirmemektedir. NSYA'nın teamül hukukunun gelişimini yansıttığı ya da buna herhangi bir şekilde katkıda bulunduğu yönündeki hiçbir argümanı kabul etmiyoruz" denilerek antlaşmanın teamül hukukunu yansıtmadığı görüşü benimsenmiştir¹⁴⁵. Kararlarını konsensüsle alan NATO'nun bu ifadelerinin 32 üye devletin ortak iradesini yansıttığına şüphe yoktur.

NATO'dan ayrı olarak BM Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinin de NSYA'nın herhangi bir normatif bağlayıcılığı olmadığı görüşünde oldukları açıktır. Beş büyük güç, NSYA'nın kabulünün hemen ardından -ve yürürlüğe girmesinden evvel- ortak bir bildiri yayımlayarak "[NSYA'yı] desteklemeyecek, imzalamayacak ve onaylamayacağız. NSYA, ülkelerimiz üzerinde bağlayıcı bir etkide bulunmayacaktır ve [bu antlaşmanın] teamül hukukunun gelişmesine katkıda bulunduğu dair herhangi bir iddiayı kabul etmiyoruz; ayrıca, yeni bir standart veya norm oluşturması da söz konusu değildir" ila-nında bulunmuşlar ve devletleri NSYA'dan uzaklaşarak NSYÖA rejimini desteklemeye çağırmışlardır¹⁴⁶.

Francesco: "Stability and Change in International Customary Law", Supreme Court Economic Review, Cilt: 17, 2009, s. 285; **Öktem**, s. 478; **Stein**, s. 458.

¹⁴³ Bkz. **Guzman**, Andrew T.: "Saving Customary International Law", Michigan Journal of International Law, Cilt: 27, Sayı: 1, 2005, s. 166.

¹⁴⁴ Brussels Summit Communiqué ("Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması'na yönelik muhalefetimizi bir kez daha vurguluyoruz. Söz konusu antlaşma, İttifak'ın nükleer caydırıcılık politikasına uygun olmadığı gibi mevcut yayılmanın önlenmesi ve silahlı-sızlanma mimarisi ile çelişmekte, NSYÖA'nın altını oyma riski taşımakta ve mevcut güvenlik ortamını göz ardı etmektedir.")

¹⁴⁵ Brussels Summit Communiqué.

¹⁴⁶ P5 Joint Statement on the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (24 Ekim 2018), <https://www.gov.uk/government/news/p5-joint-statement-on-the-treaty-on-the-non-proliferation-of-nuclear-weapons>, Erişim Tarihi: 18.11.2024.

NATO üyesi olmamakla beraber nükleer silah sahibi de olmayan Avustralya da NSYA'nın normatif etkilerine karşı olduğunu ifade etmiştir. NSYA müzakerelerine nükleer silah sahibi hiçbir devletin katılmadığına ve antlaşmanın bu devletlerden hiçbiri tarafından imzalanmamış veya onaylanmamış olduğuna dikkat çeken Avustralya'ya göre, bu antlaşma NSYÖA ile paralel yükümlülükler getirmekte ve küresel güvenlik ortamının gerçeklerini göz ardı etmekteydi. Federal hükümet "taraf olmayan bir ülke olarak, antlaşmanın 22 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girmesi Avustralya için herhangi bir hukuki yükümlülük doğurmamaktadır"¹⁴⁷ beyanıyla pozisyonunu açıkça belli etmişti.

Burada iki hususun açıklanması gerekmektedir. Birincisi, biz de doktrinde bazı yazarların paylaştığı nükleer silahları yasaklayan bir uygulamanın henüz teamül hukuku kuralına dönüşmediği ve bu bakımdan muhalif devletlerin -en azından henüz- ısrarlı itirazcı devlet statüsünde olmadıkları görüşüne¹⁴⁸ katılıyoruz. Zira gerçekten de ısrarlı itirazcı statünün varlığı için uluslararası teamül hukukunda yerleşmiş bir kuralın varlığı bir çeşit önkoşuldur. Diğer taraftan yukarıda örnek kabilinden sayılan devletleri de içerek şekilde, nükleer silah sahipliğini bir bütün olarak yasaklayan bir kuralın uluslararası teamül hukukunda yerleşmesi durumunda, bu kurala kaynaklık eden davranışa kuralın oluşum sürecinde ısrarlı ve tutarlı olarak itiraz eden devletler kuraldan muaf olacaklardır.

İkincisi, hem NSYÖA hem de NSYA'ya taraf olan devletler, NSYÖA'ya taraf olmakla beraber NSYA'ya taraf olmayan devletler ve her ikisine de taraf olmayan devletlerin durumları ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İlk olarak, NSYA tarafı tüm devletler aynı zaman da NSYÖA'ya taraf olduklarından, bu devletler dışarıdan temin veya kendi imkânlarıyla geliştirme yoluyla nükleer silah veya benzeri patlayıcılara sahip olmamak normatif yükümlülüğünü üstlenmişlerdir. Yine bu devletler, NSYA'nın 1(g) maddesi uyarınca, topraklarında nükleer silahların veya diğer nükleer patlayıcı cihazların konuşlandırılmasına, kurulmasına veya yerleştirilmesine izin vermeme-yi taahhüt ettiklerinden, NATO'nun nükleer paylaşım programına benzer herhangi bir programın katılımcısı da olamayacaklardır.

NSYÖA'nın nükleer silaha sahip olmayan devlet statüsünde tarafı olmakla beraber NSYA'ya taraf olmayan devletler (örneğin Türkiye) açısından

¹⁴⁷ **Musgrave**, Emma: "ALHR offers take on nuclear ban treaty", Lawyers Weekly (27 Ocak 2021), <https://www.lawyersweekly.com.au/politics/30501-alhr-offers-take-on-nuclear-ban-treaty> (Erişim Tarihi: 18.11.2024).

¹⁴⁸ **Grant**, s. 50-52.

ise, bu devletlerin sınırlı bir yükümlülük altında oldukları kabul edilmelidir. Zira söz konusu devletler, NSYÖA'nın 2. maddesi gereğince, "nükleer silahları veya diğer nükleer patlayıcı araçları yahut bu silahların veya patlayıcı araçların kontrolünü, kimden olursa olsun, doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde devralmamayı; nükleer silahları veya diğer patlayıcı nükleer araçlar yapmamayı veya başka şekilde elde etmemeyi ve bu silahların veya patlayıcı araçların yapımı için herhangi bir yardım aramamayı veya almamayı üstlenir." Bu bakımdan bu devletlerin kendi topraklarında kontrolü doğrudan veya dolaylı şekilde kendilerinde olmayan nükleer silahlar veya benzeri patlayıcı araçların konuşlandırılmasına izin vermeleri mümkündür.

Son olarak her iki antlaşmaya da taraf olmayan devletlerin durumu NSYÖA'nın teamül hukukuna dönüşüp dönüşmediği ihtimalleri üzerinden değerlendirilmelidir. Bir defa Hindistan, İsrail, Pakistan ve Güney Sudan hiçbir zaman NSYÖA'nın tarafı olmamışlardır. Bu nedenle, NSYÖA rejiminin teamül hukukuna dönüşmediğinin kabulü¹⁴⁹ durumunda, bu devletlerin NSYÖA hükümleri ile bağlı olmaları söz konusu değildir. Yine Kuzey Kore 1985 yılında NSYÖA'nın tarafı olmakla beraber 2003 yılında antlaşmadan çekildiğini ilan ettiğinden, söz konusu antlaşma hükümleri Kuzey Kore açısından da bağlayıcı değildir. NSYÖA rejiminin teamül hukukuna dönüştüğünün kabul edilmesi¹⁵⁰ durumunda ise, Hindistan, İsrail ve Pakistan

¹⁴⁹ Örneğin Green'in 2012 yılındaki değerlendirmesine göre, NSYÖA'nın 2. maddesinin antlaşmaya taraf olmayan nükleer silah sahibi olan veya olmayan devletler açısından herhangi bir normatif etkisi bulunmamaktadır. Bkz. **Green**, James A.: "India's Status as a Nuclear Weapons Power under Customary International Law", National Law School of India Review, Cilt: 24, Sayı: 1, 2012, s. 138 ("Bu çalışmanın yazarına göre, [NSYÖA'nın] 2. maddesinde yer alan kuralın, bir teamül normu statüsü kazandığı söylenemez").

¹⁵⁰ Örneğin Koplou, 1983 yılındaki çalışmasında bu yöndeki bir iddiayı dile getirmektedir. Bkz. **Koplou**, David A.: "Parsing Good Faith: Has the United States Violated Article VI of the Nuclear Non-Proliferation Treaty", Wisconsin Law Review Cilt: 1993, Sayı: 2, 1993, s. 390 ("Gerçekten de nükleer silahların yayılmasının önlenmesi kuralı artık o kadar yerleşik bir hale geldiği ileri sürülebilir ki bu kural, 1995 yılında [NSYÖA'nın] sona ermesi durumunda bile, taraf olmayan devletleri bile kapsayarak ve bağımsız bir otorite kaynağı sağlayarak bağlayıcı bir uluslararası teamül hukuku unsuru haline dönüşmüştür"). Yine Carmody, 1994 yılında "[NSYÖA] rejimi, yalnızca yazılı hukuk kuralları ışığında değil, aynı zamanda gelişmekte olan uluslararası teamül hukukunu da kapsayan bir bakış açısıyla yorumlanmalıdır" tespitini paylaşmıştır. Bkz. **Carmody**, Susan: "Balancing Collective Security and National Sovereignty: Does the United Nations Have the Right to Inspect North Korea's Nuclear Facilities", Fordham International Law Journal, Cilt: 18, Sayı: 1, 1994, s. 273. Bu yönde yorumlanabilecek bir kaynak da BM Güvenlik Konseyi'nin Kuzey Kore'nin uluslararası yükümlülüklerine yönelik değerlendirmesidir. Buna göre, Güvenlik Konseyi 2006 yılındaki bir tespitinde,

NSYÖA'nın ısrarlı itirazcı devletleri olarak kabul edilmelidir¹⁵¹. Güney Sudan ise, henüz 2011 yılında bağımsızlığını kazanmış bir devlet olarak, NSYÖA rejiminin bağımsızlık tarihinden önce teamül hukuku kuralı niteliği kazandığının ve bu tarihten önceki eylem veya söylemleri yoluyla ısrarlı itirazcı olarak kabul edilemeyeceğinin kabulü durumunda, kuralla bağlı olacaktır¹⁵². Benzer bir sonuç Kuzey Kore açısından da geçerlidir. NSYÖA rejiminin 2003 yılına kadar teamül hukuku kuralı niteliği kazandığının kabulü durumunda, Kuzey Kore'nin nükleer silahlara yönelik mevcut kapasitesinin uluslararası hukukun bir ihlali olduğu rahatlıkla ileri sürülebilecektir. NSYÖA rejiminin 2003 yılından sonra teamül hukuku kuralı niteliği kazandığının kabulü durumunda ise, Kuzey Kore'nin bu kuralın açık bir ısrarlı itirazcısı olması nedeniyle kuralla bağlı olmadığı söylenebilecektir.

2003 yılında NSYÖA'dan çekilen Kuzey Kore'nin "[NSYÖA] kapsamındaki yükümlülüklerine rağmen nükleer silah geliştirme yönündeki beyanını esefle karşılandığı" ifade edilmiştir. Bkz. Security Council Resolution 1695, UN Doc. S/RES/1695, 2006, <https://digitallibrary.un.org/record/578923?v=pdf#files> (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

¹⁵¹ Bkz. **Green**, India's Status; **Keeley**, Jim: "Big Empty Spot: 'Recognition' and India's Nuclear Weapon Status, içinde Canadian Policy on Nuclear Co-operation with India: Confronting New Dilemmas, Editörler Karthika Sasikumar ve Wade L. Huntley, Simons Centre for Disarmament and Non proliferation Research, Vancouver 2007, s. 78 ("Nükleer Silaha Sahip Olmayan Devlet statüsünün ayrımı ve geniş uygulamasının artık teamül hukuku kapsamına girdiğini ve bu nedenle taraf olmayan devletler için dahi bağlayıcı olabileceği öne sürülebilir. Ancak eğer böyleyse, Hindistan'ın bu ayrımı müzakereler sırasında reddetmiş olması, NSYÖA'yı bu gerekçeyle imzalamayı reddetmesi ve o zamandan beri bu itirazında tutarlı bir tavır sergilemiş olması, kendisini 'ısrarlı itirazcı devlet' istisnasına dahil edebilir gibi görünmektedir"); **Guthrie**, Grant: "Nuclear Testing Rocks the Sub-Continent: Can International Law Halt the Impending Nuclear Conflict between India and Pakistan", Hastings International and Comparative Law Review, Cilt: 23, Sayı: 3, 2000, s. 516 ("Nükleer denemelere karşı mevcut yasaklar teamül hukuku olarak kabul edilse bile, ısrarlı itiraz kuralı, bu yasakların Hindistan ve Pakistan için uygulanabilirliğini geçersiz kılabilir").

¹⁵² Yeni kurulan devletlerin mevcut teamül hukuku kurallarına yönelik bir çeşit müteakip itiraz haklarının olup olmadığı konusu doktrinde tartışılmaktadır. Bu konudaki teorik tartışmaları ele alan bir çalışma için bkz. **Öktem**, s. 491-510. Ancak belirtmek gerekir ki ısrarlı itiraz kuralının yeni devletleri de içerir şekilde tanınmasını salık veren çeşitli görüşlere karşın doktrindeki ağırlıklı görüş, yeni devletlerin mevcut teamül hukuku kurallarına karşı ısrarlı itirazcı statüye dayanamayacakları yönündedir (Bkz. **Guldahl**, s. 54 "Yeni devletlerin mevcut teamül hukuku kurallarının aleyhine ısrarlı itirazcı statü sahibi olabileceği yönünde görüşler bulunmakla birlikte, 'bu genel görüşü temsil etmemektedir"; **Byers**, Michael: Custom, Power and the Power of Rules, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 145 ("Yeni bir devletin, o devlet ortaya çıktığı tarihte var olan tüm uluslararası teamül hukuku kurallarıyla bağlı olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir."))

SONUÇ

Bu çalışma, NSYA'da yer verilen özellikle 1. madde kapsamındaki yasakların uluslararası teamül hukuku kuralı haline gelip gelmediğini ve yakın gelecekte bu statüye erişme potansiyelini değerlendirmiş ve bu sürecin önündeki temel engelleri ortaya koymuştur. Her ne kadar antlaşmanın yürürlüğe girmesinin üzerinden göreceli olarak kısa bir zaman geçmiş olsa da bu değerlendirmenin yapılması için olumlu ve olumsuz yeterli devlet uygulamasının bulunduğu görülmüştür. Çalışmanın ulaştığı bulgular, NSYA'nın 1. maddesinde öngörülen yasakların, mevcut uluslararası hukuk sisteminde henüz teamül hukuku kuralı statüsüne ulaşmadığını ve bu statüye ulaşmasının önünde birçok zorluklar bulunduğunu ortaya koymaktadır.

Gerçekten de NSYA'nın nükleer silahları yasaklamakla uluslararası ilişkilerde ulaşmak istediği amaç uluslararası toplumun önemli sayılabilecek bir bölümü tarafından desteklenmektedir. Antlaşmaya taraf olan 73 devletle birlikte 25 imzacı devlet bu desteği göstermektedir. Diğer taraftan özellikle nükleer silah sahibi devletler ve bunların müttefikleri arasında yaygın ve temsil edici bir devlet uygulaması bulunmamaktadır. Bu eksiklik, NSYA'nın teamül hukuku statüsüne ulaşmasını engelleyen en temel faktör olarak dikkat çekmektedir. Zira uygulamadan özellikle etkilenen devletlerin muhalif pozisyonları -bu devletlerin günümüz uluslararası ilişkilerindeki oyun kurucu aktörler olduğu da düşünüldüğünde- NSYA'nın yüzleşmesi gereken ciddi bir sorun olarak görülmektedir. Benzer şekilde, nükleer silah sahibi devletlerin birbirleriyle rekabet halinde olan stratejik planları ve güvenlik endişeleri, NSYA'nın normatif hedeflerinin jeopolitik gerçekliklerle çatışmasına yol açmakta ve bu durum antlaşmanın evrensel bir kabul görmesini zorlaştırmaktadır.

Uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşum süreçlerinin, devletlerin genel ve tutarlı uygulamaları ve bu uygulamaların hukuki bir zorunluluktan kaynaklandığı inancı (*opinio juris*) şeklinde iki aşamalı bir teste tabi tutulması hem doktrinde hem de uluslararası yargı uygulamasında uzun süredir kabul edilmektedir. Ancak mevcut çalışma, NSYA tarafı devletlerin yasaklama rejimini destekleyen uygulamalarının temsil edici olmadığını ve bu uygulamaların hukuki zorunluluk inancından çok, mevcut siyasi ve etik tercihlerle sınırlı olduğunu ortaya koymaktadır.

Çalışmanın diğer bir bulgusu, NSYA'nın öngördüğü yasaklara muhalif devletlerin durumu ile ilgilidir. Uluslararası hukukun ısrarlı itiraz kuralı, devletlere ortaya çıkmakta olan bir teamül hukuku kuralından muaf olmalarını sağlayan bir imkân tanımaktadır. NATO gibi örgütlerin ve BM Güvenlik

Konseyi daimî üyelerinin NSYA'ya yönelik toplu muhalefeti, özellikle 1. maddede belirtilen yasakların teamül hukuku kuralı statüsü kazansa bile çok sayıda devletin bu kuraldan muaf olabileceğini ortaya koymaktadır. Bu durum, NSYA'nın uluslararası bir norm haline gelme potansiyelini önemli ölçüde sınırlamaktadır.

Sonuç olarak, NSYA uluslararası hukukta nükleer silahları yasaklayan bir teamül hukuku kuralının oluşumunu hızlandırma potansiyeline sahip bir metin olmakla birlikte, mevcut jeopolitik dengeler ve özellikle etkilenen devletlerin uygulamaları, bu potansiyelin gerçekleşmesini engellemektedir. Bu durum, uluslararası toplumun nükleer silahsızlanma hedefleri ile güvenlik kaygılarını uzlaştırma konusundaki zorluklarını yansıtmakta ve bu alanda daha kapsamlı stratejilere duyulan ihtiyacı gözler önüne sermektedir.

KAYNAKÇA

- Abdullah**, Sannia: “Nuclear Ethics? Why Pakistan Has Not Used Nuclear Weapons ... Yet”, Washington Quarterly, Cilt: 41, Sayı: 4, 2019, s. 157-173.
- Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, 2007 I.C.J. Rep. 612-613 (24 Mayıs 2007).
- Akande**, Dapo: “Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court”, British Yearbook of International Law, Cilt: 68, Sayı: 1, 1997, s. 165-217.
- Akkutay**, Berat Lale: Uluslararası Andlaşmaların Üçüncü Devletlere Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Anand**, Isha: “The Legality of the Use of Nuclear Weapons in Light of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW) or Nuke Ban Treaty, 2021”, Jus Corpus Law Journal, Cilt: 3, Sayı: 2, 2022, s. 318-337.
- Arajärvi**, Noora: The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals, Routledge, New York 2014.
- Arsava**, A. Fusun: “Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ve NATO Anlaşması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 56, 2023, s. 203-228.
- Asylum (Columbia v Peru)*, Merits, Judgment of 20 November, 1950 ICJ Rep. 266.
- Bederman**, David J.: “Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law”, Duke Journal of Comparative & International Law, Cilt: 21, Sayı: 1, 2010, s. 31-46.
- Black-Branch**, Jonathan L.: The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: Legal Challenges for Military Doctrines and Deterrence Policies, Cambridge University Press, Cambridge 2021.
- Blechman**, Barry/**Rumbaugh**, Russell: “Bombs Away: The Case for Phasing out U.S. Tactical Nukes in Europe”, Foreign Affairs, Cilt: 93, Sayı: 4, 2014, s. 163-175.
- Bonardi**, Mia: ““This Is Not a Bluff”: The Need to Request a New ICJ Advisory Opinion on the Threat or Use of Nuclear Weapons”, Connecticut Journal of International Law, Cilt: 38, Sayı: 1, 2022, s. 2-17.

- Borda**, Aldo Zammit: “A Formal Approach to Article 38 (1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law*, Cilt: 24, Sayı: 2, 2013, s. 649-662.
- Bradley**, Curtis A.: “The Juvenile Death Penalty and International Law”, *Duke Law Journal*, Cilt: 52, Sayı: 3, 2002, s. 485-558
- Bradley**, Curtis/**Gulati**, Mitu: “Withdrawing From International Custom”, *Yale Law Journal*, Cilt: 120, Sayı: 2, 2010, s. 202-275.
- Brussels Summit Communiqué, North Atlantic Treaty Organization, https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm (Erişim 13.12.2024).
- Byers**, Michael: *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Çağlayan**, Sezai: “Pandemics That Generate a New Grotian Moment in International Law”, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt: 42, Sayı: 2, s. 757-775.
- Carmody**, Susan: “Balancing Collective Security and National Sovereignty: Does the United Nations Have the Right to Inspect North Korea’s Nuclear Facilities”, *Fordham International Law Journal*, Cilt: 18, Sayı: 1, 1994, s. 229-284.
- Case concerning Right of Passage over Indian Territory*, Merits, Judgment of 12 April, 1960 ICJ Reports, Dissenting Opinion of Judge Armand-Ugon.
- Charney**, Jonathan I.: “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, *British Yearbook of International Law*, Sayı 56, Sayı 1, 1985, s. 1-24.
- Chessman**, Stuart: “On Treaties and Custom: A Commentary on the Draft Restatement”, *International Lawyer (ABA)*, Cilt: 18, Sayı: 2, 1984, s. 421-438.
- Childers**, Gavin M.: “Mutually Assured Disarmament? The Future of NATO’s Nuclear Sharing Program under the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Cilt: 51, Sayı: 3, 2023, s. 751-763.
- Chodosh**, Hiram E.: “Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law”, *Texas International Law Journal*, Cilt: 26, Sayı: 1, Winter 1991, s. 87-124.

- Choudhary**, Vishaka: “The Denuclearization of South Asia: Contrasting the Viability of a Nuclear Weapon-Free Zone against Extant Deterrence Postures”, *NUALS Law Journal*, Cilt: 13, 2019, s. 26-50.
- Colson**, David A.: “How Persistent Must the Persistent Objector Be?”, *Washington Law Review*, Cilt: 61, Sayı: 3, 1986, s. 957-970.
- D’Amato**, Anthony A.: “International Soft Law, Hard Law, and Coherence”, *Northwestern Public Law and Legal Theory Series*, No. 08-01 (2008), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103915 (Erişim Tarihi: 25.10.2024).
- D’Amato**, Anthony A.: “The Concept of Special Custom in International Law”, *American Journal of International Law*, Cilt: 63, Sayı: 2, 1969, s. 211-223.
- D’Amato**, Anthony A.: *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, New York 1971.
- D’Amato**, Anthony: “Trashing Customary International Law”, *American Journal of International Law*, Cilt: 81, Sayı: 1, 1987, s. 101-105.
- Defense Intelligence Agency, “Nuclear Challenges: The Growing Capabilities of Strategic Competitors and Regional Rivals”, 2024, https://www.dia.mil/Portals/110/Images/News/Military_Powers_Publications/Nuclear-Challenges-2024.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024).
- Depositary Notification, The Secretary-General of the United Nations, 26 October 2020, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf ((Erişim Tarihi: 11.10.2024).
- Deterrence and Defence, North Atlantic Treaty Organization (13 Aralık 2024), https://www.nato.int/cps/is/natohq/topics_133127.htm (Erişim Tarihi: 13.12.2024).
- Devine**, D. J.: “The Status of Rhodesia in International Law”, *Acta Juridica*, Cilt: 1973, 1973, s. 109-246.
- Dumberry**, Patrick: “Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 59, Sayı: 3, 2010, s. 779-802.
- Elias**, Olufemi: “Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law”, *Denning Law Journal*, Cilt: 6, Sayı: 1, 1991, s. 37-52.
- Elias**, Olufemi: “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 44, Sayı: 3, 1995, s. 501-520.

- Emir**, Nergiz: Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması'nın Nükleer Silahsızlanma Çabaları ve Andlaşmalar Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 1, 2021, s. 239-253.
- Entous**, Adam: "Russian subs patrol off U.S. East Coast: officials", Reuters, 5 Ağustos 2009, <https://www.reuters.com/article/world/us/russian-subs-patrol-off-us-east-coast-officials-idUSTRE5740DV/> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).
- Eruygur**, Burç: "Russia, Belarus sign mutual security guarantees agreement", Anadolu Ajansı, 6 Aralık 2024, <https://www.aa.com.tr/en/world/russia-belarus-sign-mutual-security-guarantees-agreement/3416560> (Erişim Tarihi: 10.12.2024).
- Evans**, Christopher P.: "Going, Going, Gone? Assessing Iran's Possible Grounds for Withdrawal the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons", Journal of Conflict and Security Law, Cilt: 26, Sayı: 2, 2021, s. 309-346.
- Fisheries (United Kingdom v Norway)*, Merits, Judgment of 18 December, 1951 ICJ Rep. 116.
- Fitzmaurice**, Gerald: "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951– 54: General Principles and Sources of Law", British Yearbook of International Law, Cilt: 30, 1953, s. 1-70.
- Fon**, Vincy/**Parisi**, Francesco: "Stability and Change in International Customary Law", Supreme Court Economic Review, Cilt: 17, 2009, s. 279-310.
- Franckx**, Erik: "Pacta Tertiis and the Agreement for the Implementation of the Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea", Tulane Journal of International and Comparative Law, Cilt: 8, 2000, s. 49-82.
- General and Complete Disarmament, (K) Request for an Advisory Opinion from the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, G.A. Res. 49/75K, U.N. Doc. A/RES/49/75 (15 Aralık 1994).
- Goldsmith**, Jack L./**Posner**, Eric A.: "A Theory of Customary International Law", The University of Chicago Law Review, Cilt: 66, Sayı: 4, 1999, s. 1113-1177.

- Graham**, Kennedy: “The TPNW Conference of Parties: What Is to Be Discussed?”, *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2020, s. 234-252.
- Grant**, Thomas D.: “The ILC’s Draft Conclusions on Customary International Law and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW): Lawmaking and Its Limits in a Nuclear Age”, *George Mason International Law Journal*, Cilt: 13, Sayı: 2, 2022, s. 1-54.
- Green**, James A.: “India’s Status as a Nuclear Weapons Power under Customary International Law”, *National Law School of India Review*, Cilt: 24, Sayı: 1, 2012, s. 125-146.
- Green**, James A.: *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2016.
- Guldahl**, Camilla G.: “The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law”, *Nordic Journal of International Law*, Cilt: 77, 2008, s. 51-86.
- Guthrie**, Grant: “Nuclear Testing Rocks the Sub-Continent: Can International Law Halt the Impending Nuclear Conflict between India and Pakistan”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Cilt: 23, Sayı: 3, 2000, s. 495-526.
- Guzman**, Andrew T.: “Saving Customary International Law”, *Michigan Journal of International Law*, Cilt: 27, Sayı: 1, 2005, s. 116-176.
- Guzman**, Andrew T.: *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Harding**, Luke: “Putin Issues Nuclear Threat to Ukraine Over Plan to Host US Shield”, *The Guardian*, 13 Şubat 2008, <https://www.theguardian.com/world/2008/feb/13/russia.putin> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).
- Hayashi**, Mika: “NATO’s Nuclear Sharing Arrangements Revisited in Light of the NPT and the TPNW”, *Journal of Conflict and Security Law*, Cilt: 26, Sayı: 3, 2021, s. 471-492.
- Heller**, Kevin Jon: “Specially-Affected States and the Formation of Custom”, *American Journal of International Law*, Cilt: 112, Sayı: 2, 2018, s. 191-243.
- Henkin**, Louis: “Human Rights and State Sovereignty”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Cilt: 25, Sayı: 1, 1996, s. 41-45.

Higgins, Rosalyn: The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations, Oxford University Press, Oxford 1963.

Humphrey, John P.: “On the Foundations of International Law”, The American Journal of International Law, Cilt: 39, Sayı: 2, 1945, s. 231-243.

International Humanitarian Law Databases, Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/state-parties> (Erişim Tarihi: 25.11.2024).

International Law Association, London Conference: Committee on Formation of Customary (General) International Law, 2000, [https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-london-2000-2\).pdf](https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-london-2000-2).pdf) (Erişim Tarihi: 01.01.2024).

Jain, Isha/**Seth**, Bhavesh: “India’s Nuclear Force Doctrine: Through the Lens of *Jus Ad Bellum*”, Leiden Journal of International Law, Cilt: 32, Sayı: 1, 2019, s. 111-130.

Jones, Oliver: “Customary Non-Refoulement of Refugees and Automatic Incorporation into the Common Law: A Hong Kong Perspective”, International and Comparative Law Quarterly, Cilt: 58, Sayı: 2, 2009, s. 443-468.

Joyner, Daniel H.: “Why I Stopped Believing in Customary International Law”, Asian Journal of International Law, Cilt: 9, Sayı: 1, 2019, s. 31-45.

Kammerhofer, Jörg: “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems”, European Journal of International Law, Cilt: 15, Sayı: 3, 2004, s. 523-554.

Keeley, Jim: “Big Empty Spot: ‘Recognition’ and India’s Nuclear Weapon Status”, içinde Canadian Policy on Nuclear Co-operation with India: Confronting New Dilemmas, Editörler Karthika Sasikumar ve Wade L. Huntley, Simons Centre for Disarmament and Non proliferation Research, Vancouver 2007, s. 71-85.

Kırdım, Şahin Eray: Uluslararası Hukukta Israrlı İtiraz, On İki Levha, İstanbul, 2022.

Kirgis, Frederic L.: “Custom on a Sliding Scale”, American Journal of International Law, Cilt: 81, Sayı: 1, 1987, s. 146-151.

- Kocse**, Ryan: “Final Detonation: How Customary International Law Can Trigger the End of Landmines”, *Georgetown Law Journal*, Cilt: 103, Sayı: 3, 2015, s. 749-796.
- Kontorovich**, Eugene: “Inefficient Customs in International Law”, *William and Mary Law Review*, Cilt: 48, Sayı: 3, 2006, s. 859-922.
- Koplow**, David A.: “Parsing Good Faith: Has the United States Violated Article VI of the Nuclear Non-Proliferation Treaty”, *Wisconsin Law Review* Cilt: 1993, Sayı: 2, 1993, s. 301-394.
- Kunz**, Josef L.: “The Nature of Customary International Law”, *American Journal of International Law*, Cilt: 47, Sayı: 4, 1953, s. 662-669.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 255, para. 73 (8 Temmuz 1996).
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Declaration of Judge Ferrari Bravo, 1996 I.C.J. Rep. (8 Temmuz 1996).
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, 1996 I.C.J. Rep. (8 Temmuz 1996).
- Lepard**, Brian D.: “Introduction”, içinde *Reexamining Customary International Law*, Editör Brian D. Lepard, Cambridge University Press, Cambridge 2017, s. 1-44.
- Lepard**, Brian D: *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Loschin**, Lynn: “The Persistent Objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework”, *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, Cilt: 2, Sayı: 2, 1996, s 147-172.
- Martin**, Francisco Forrest: *The Constitution as Treaty: The International Legal Constructionalist Approach to the U.S. Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- McClane**, J. Brock: “How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object”, *ILSA Journal of International Law*, Cilt: 13, 1989, s. 1-26.
- McDade**, Patrick A.: “The Criminalization of the Proliferation of Nuclear Weapons: Providing a Statutory Regime to Criminalize and Prosecute Nuclear Weapons Proliferators”, *Wisconsin International Law Journal*, Cilt: 30, Sayı: 1, 2012, s. 112-141.
- Mendelson**, Maurice H.: “The Formation of Customary International Law”, *Recueil des cours*, Cilt: 272, 1998, s. 155-244.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June, 1986 ICJ Reports.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, 1986 I.C.J. Rep.

Musgrave, Emma: “ALHR offers take on nuclear ban treaty”, Lawyers Weekly (27 Ocak 2021), <https://www.lawyersweekly.com.au/politics/30501-alhr-offers-take-on-nuclear-ban-treaty> (Erişim Tarihi: 18.11.2024).

Nagan, Winston P./**Slemmens**, Erin K.: “National Security Policy and Ratification of the Comprehensive Test Ban Treaty”, Houston Journal of International Law, Cilt: 32, Sayı: 1, 2009, s. 1-96.

North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Netherlands, Federal Republic of Germany v. Denmark), Merits, Judgment of 20 February, 1969 ICJ Reports.

North Sea Continental Shelf, Judgment of 20 February 1969, I.C.J. Reports 1969.

Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, I.C.J. Rep. (5 October 2016).

Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Declaration of Judge Xue, I.C.J. Rep. 2016.

Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade, 2016 I.C.J. Rep.

Öktem, Emre: Uluslararası Teamül Hukuku, Beta, İstanbul, 2013.

P5 Joint Statement on the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (24 Ekim 2018), <https://www.gov.uk/government/news/p5-joint-statement-on-the-treaty-on-the-non-proliferation-of-nuclear-weapons>, Erişim Tarihi: 18.11.2024.

Paust, Jordan J.: “The Complex Nature, Sources and Evidences of Customary Human Rights”, Georgia Journal of International and Comparative Law, Cilt: 25, Sayı 1, 1996, s. 147-164.

- Payne**, Keith B.: “The Nuclear Posture Review: Setting the Record Straight”, *Washington Quarterly*, Cilt: 28, Sayı: 3, 2005, s. 135-152.
- Pazarcı**, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, 16. Baskı, Turhan, Ankara 2017.
- Pearce**, Jeremy: “Customary International Law - Not Merely Fiction or Myth”, *Australian International Law Journal*, Cilt: 2003, 2003, s. 125-140.
- “Putin lowers the threshold for using his nuclear arsenal after Biden’s arms decision for Ukraine”, *The Associated Press*, 19 Kasım 2024, <https://apnews.com/article/russia-nuclear-doctrine-putin-91f20e0c9b0f9e5eaa3ed97c35789898> (Erişim Tarihi: 19.11.2024).
- Reid**, Charles: “Vladimir Putin’s Culture of Terror: What Is to Be Done?”, *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy*, Cilt: 9, Sayı: 2, 2015, s. 275-376.
- Report of the International Law Commission, General Assembly Official Records, Seventy-third Session, Supplement No. 10 (A/73/10), 2018, https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf (Erişim Tarihi: 01.01.2024).
- Reports of International Arbitral Awards, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Prisoners of War, Ethiopia’s Claim 4, Decision of 1 July 2003, Volume XXVI, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/73-114.pdf (Erişim Tarihi: 25.11.2024).
- Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute, 1987.
- Roberts**, Anthea Elizabeth: “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, Cilt: 95, Sayı: 4, 2001, s. 757-791.
- “Russia says new US base in Poland raises overall nuclear danger”, *Reuters*, 21 Kasım 2024, <https://www.reuters.com/world/europe/russia-says-new-us-base-poland-raises-overall-nuclear-danger-2024-11-21/> (Erişim Tarihi: 22.11.2024).
- Scharf**, Michael P.: “Accelerated Formation of Customary International Law”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Cilt: 20, Sayı: 2, 2014, s. 305-341.
- Scharf**, Michael P.: “Seizing the Grotian Moment: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change”, *Cornell International Law Journal*, Cilt: 43, Sayı: 3, 2010, s. 439-470.

Security Council Resolution 1695, UN Doc. S/RES/1695, 2006, <https://digitallibrary.un.org/record/578923?v=pdf#files> (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

Slatter, Claire: “Securing the Pacific in a Globalised World: New and Emerging Developments in International Law”, *Canterbury Law Review*, Cilt: 27, Sayı: Special Issue, 2020, s. 5-20.

Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945, 59 Stat. 1055, 33 UNTS 93.

Stein, Ted L.: “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law,” *Harvard International Law Journal*, Cilt: 26, Sayı: 2, 1985, s. 457-482.

Stein, Ted L.: “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, *Harvard International Law Journal*, Cilt: 26, Sayı: 2, 1985, s. 457-482.

Steinfeld, Adam: “Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons”, *Brooklyn Law Review*, Cilt: 62, Sayı: 4, 1996, s. 1635-1686.

Taki, Hiroshi: “Opinio Juris and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis”, *German Yearbook of International Law*, Cilt: 51, 2008, s. 447-466.

Tertrais, Bruno: “Will Europe Get Its Own Bomb?”, *Washington Quarterly*, Cilt: 42, Sayı: 2, 2019, s. 47-66.

The Case of the S.S. Lotus (France v Turkey), PCIJ Rep Series A No 10.

The United Nations Disarmament Yearbook, Volume 40 (Part II): 2015, Office for Disarmament Affairs New York 2016.

Thirlway, Hugh: *The Sources of International Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, New York 2019.

Trachtman, Joel P.: “Persistent Objectors, Cooperation, and the Utility of Customary International Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Cilt: 21, Sayı: 1, 2010, s. 221-233.

Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, July 1, 1968, 729 U.N.T.S. 161.

Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, United Nations General Assembly, 7 July 2017, A/CONF.229/2017/8.

Tütüncü, Ayşe Nur: “Nükleer Silâhlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisinin Divan’ın 1996 Tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde

Değerlendirilmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 23, Sayı: 1-2, 2003, s. 791-816.

United Nations Office for Disarmament Affairs Treaties Database, Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, <https://treaties.unoda.org/t/npt/participants> (Erişim Tarihi: 10.08.2024).

United Nations Office for Disarmament Affairs Treaties Database, Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, <https://treaties.unoda.org/t/tpnw/participants> (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

Walden, Raphael M.: “The Subjective Element in the Formation of Customary International Law”, Israel Law Review, Cilt: 12, Sayı: 3, 1977, s. 344-364.

Weil, Prosper: “Towards Relative Normativity in International Law”, American Journal of International Law, Cilt: 77, Sayı: 3, 1983, s. 413-442.

Worster, William Thomas: “The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches”, Georgetown Journal of International Law, Cilt: 45, Sayı: 2, 2014, s. 445-522.

KARŞILAŞTIRMALI OLARAK MİRAS HUKUKUNDA BİRLİKTE HAREKET İLKESİ VE HER BİR MİRASÇININ TEK BAŞINA HAREKET EDEBİLİRLİĞİNİN ÖZELLİKLE İVEDİLİK HALİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1619120>

Dr. Öğr. Üyesi Serra KOCAR*

Öz

Mirasbırakanın ölümüyle tereke bir bütün olarak mirasçılara intikal eder ve Kanun gereği mirasçılar, tereke üzerinde elbirliği mülkiyetine sahip olur. Miras ortaklığında terekenin yönetimi, temsili ve terekeyi konu alan tasarruf işlemlerinin yapılmasında mirasçıların oybirliğiyle karar alması gerekmektedir. Ancak mirasçıların birlikte hareket etme gerekliliği, miras ortaklığının işleyişini sekteye uğratabilmektedir. Bu sebeple, Kanunda birlikte hareket ilkesinin sebep olduğu zorlukların giderilebilmesi adına her bir mirasçıya, miras ortaklığı temsilcisi atanmasına yönelik talepte bulunma yetkisi tanınmıştır. Ancak terekenin korunması gereken ivedi hallerde, mirasçıların bir araya gelmeleri veya miras ortaklığı temsilcisi atanması hak kaybına sebep olabileceğinden Kanunda istisnai olarak her bir mirasçıya ortaklığı temsilen tek başına hareket etme yetkisi verilmiştir. Mirasçıların tek başına hareket etme yetkisi, birlikte hareket ilkesinin istisnası olduğundan uygulamada dar yorumlanmaktadır. Birlikte hareket ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, miras ortaklığını hareket edemez bir duruma getirebildiğinden, farklı hukuk sistemlerinde terekenin olağan yönetimine ilişkin işlerde paylı mülkiyette olduğu gibi oyçokluğu ile karar alınmasına izin verilmektedir. Yine terekenin korunması gereken hallerde tek başına hareket etme yetkisi veren ivedi hallerin kapsamı, hakkın kaybına neden olacak seviyede dar yorumlanmamalıdır.

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Isparta (serrakocar@sdu.edu.tr) 0000-0001-7772-2974 (Gönderim Tarihi: 13.01.2025-Kabul Tarihi: 25.04.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Miras Ortaklığı, Elbirliği Mülkiyeti, Birlikte Hareket İlkesi, Oybirliği İlkesi, Oyçokluğu İlkesi, Terekenin Korunması, İvedilik, Tek Başına Hareket

**COMPARATIVE EXAMINATION OF THE PRINCIPLE OF
ACTION TOGETHER IN INHERITANCE LAW AND THE ABILITY
OF EACH HEIR TO ACT ALONE,
ESPECIALLY IN TERMS OF URGENCY**

(Research Article)

Abstract

Upon the death of the legator, the inheritance is transferred to the heirs as a whole and the heirs have joint ownership over the inheritance in accordance with the law. In the inheritance partnership, the heirs are required to take joint decisions unanimously in the management, representation and disposition of the inheritance. However, the requirement for the heirs to act together may hinder the functioning of the inheritance partnership. For this reason, in order to overcome the difficulties caused by the principle of joint action, the Law authorizes each heir to request the appointment of a representative of the inheritance partnership. However, in urgent cases where the inheritance must be protected, since the coming together of the heirs or the appointment of a representative of the inheritance partnership may cause loss of rights, the Law exceptionally authorizes each heir to act alone on behalf of the partnership. Since the authority of the heirs to act alone is an exception to the principle of acting together, it is interpreted narrowly in practice. Since the strict application of the principle of joint action may render the inheritance partnership unable to act, different legal systems allow decisions to be taken by majority of votes for the ordinary administration of the estate, as in the case of shared ownership. Likewise, the scope of the urgent cases, which authorizes acting alone in cases where the inheritance needs to be protected, should not be interpreted narrowly enough to cause the loss of the right.

Keywords

Inheritance Partnership, Joint Ownership, Principle of Acting Together, Principle of Majority, Protection of the Inheritance, Urgency, Acting Alone

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuzun (TMK) üçüncü kitabında, miras hukuku hükümleri düzenlenmektedir. Her insanın mutlak surette deneyimleyeceği ölüm hadisesi, miras hukuku hükümlerinin uygulanmasını gerektiren birçok farklı hukuki soruna neden olmaktadır¹. Ölümle birlikte ölen kişinin yani mirasbırakanın mirası açılır ve terekeye dahil olan hak, alacak ve borçların tamamı külli halefiyet ilkesi gereği mirasçılara intikal eder. Bu sonuç, TMK m.599'da açıkça düzenlendiği üzere kendiliğinden ve Kanun gereği gerçekleşir. Yani terekedeki mirasbırakana ait taşınmazın mirasçılara intikali için tapu siciline tescil edilmesi veya taşınırın zilyetliğinin devri ve mirasbırakanın alacaklarının TMK m.184/1 gereği yazılı şekilde devrine gerek yoktur². ZGB Art. 560'ta da aynı prensip öngörülmektedir³. Aynı şekilde BGB §1922 Abs.1'de de mirasbırakanın malvarlığının bir bütün olarak mirasçılara intikal edeceği düzenlenmiş olup maddede mirasbırakanın malvarlığı kavramı ile mirasbırakanın terekesi kastedilmektedir⁴.

Mirasçıların, intikal eden tereke değerleri üzerinde elbirliği halinde mülkiyet hakkı ve hak sahipliği bulunmaktadır. Elbirliği halinde hak sahipliği bulunan mirasçılar, bundan doğan hak ve yükümlülüklerle sahiptirler. Miras ortaklığının devam ettiği süreçte mirasçıların terekede yer alan malları kullanma ve bunlardan yararlanma hakkı bu kapsamdadır. Aynı şekilde sahip oldukları tereke değerlerini idare etme ve malların geleceğini tayin etme hakları da mevcuttur. Bunun kapsamına, tereke değerlerini konu alan hukuki işlemlerin yapılması ile talep ve dava hakkının kullanılması da dahildir. Mirasçılara verilen bu hak ve yetkiler, miras ortaklığı devam ederken var olan elbirliği hak sahipliği gereği mirasçıların tamamı tarafından birlikte kullanılmalıdır. Buna öğretide “mirasçıların birlikte hareket etme ilkesi” adı verilmektedir⁵. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.59 gereği

¹ **İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku Yasal Mirasçılık, Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Mirasın Geçmesi, Mirasın Taksimi, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2018, s. 9 vd.; **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 1 vd.; **Ayiter**, Nuşin: Miras Hukuku, S' Yayınları, Ankara 1980, s. 1 vd.; **Oğuzman**, Kemal: Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 1, 2.

² **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 42 vd.; **İmre/Erman**, s. 341 vd.; **Dural/Öz**, s. 12 vd.; **Ayiter**, s. 6 vd.; **Oğuzman**, s. 3.

³ İsviçre Medeni Kanunu (ZGB)

⁴ Alman Medeni Kanunu (BGB).

⁵ **Ayan-Durhan**, Elif: “Miras Ortaklığında Birlikte Hareket Etme İlkesinden Doğan Sakıncaları Gidermeye Yönelik Hukuki Yollar”, AHBVUHFD, C. 25, 2022, S. 2, s. 208;

maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kişi tarafından kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında hüküm verilmesi gereken hallerde kişiler arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Dolayısıyla hüküm kapsamında mirasçılar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Bu çalışmada, miras ortaklığında mirasçıların hareket modelleri ve mirasçıların tek başına hareketini mümkün kılan haller karşılaştırmalı olarak incelenmiş ve ayrıntılı değerlendirmeler ışığında çeşitli öneriler yapılmıştır.

I. MİRASÇILARIN BİRLİKTE HAREKET ETME GEREKLİLİĞİ

A. Türk-İsviçre Miras Hukukunda Birlikte Hareket İlkesi

Tereke üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olan mirasçıların, TMK m.640/2'de kaynağını bulan birlikte hareket ilkesi gereği sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf etmeleri gerekmektedir. Hükümde kullanılan "birlikte tasarruf etme" kavramının terekenin yönetimini ve yönetime ilişkin kararlar almayı ve terekede yer alan hak ve mallar üzerinde tasarruf işlemleri yapmayı kapsayan geniş bir kavram olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶. Yine hüküm gereği mirasbırakanın ölümüyle birden fazla mirasçının oluşturduğu bir miras ortaklığının varlığı aranmaktadır. Yani yalnızca tek bir mirasçı varsa o mirasçı, kendine intikal eden tereke değerlerinin yönetilmesi ve tasarrufunda yetkili kişi durumundadır⁷.

Mehaz Kanun ZGB Art. 602 Abs.2'de de aynı prensip kabul edilmektedir. Yine TMK m.701/1 gereği tereke değerleri üzerinde elbirliği ile hak sahibi olan mirasçıların, TMK m.702/2'ye göre yapacakları yönetim ve tasarruf işlemlerinde oybirliği ile karar alması gerekmektedir⁸. Elbirliği hak

Çabri, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) C. 3, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 6 vd.; **Dural/Öz**, s. 451 vd.; **Ayiter**, s. 226.

⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 692; **Çabri**, s. 13, 14; **Oğuzman**, s. 315.

⁷ **Akçaal**, Mehmet: "Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim", SDÜHFD, 9 (2), 2019, s. 216, 227; **Wolf**, Stephan: Berner Kommentar Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Stämpfli, 2014, Art. 602 No: 3, 4, 9; **Çabri**, s. 4, 5.

⁸ YHGK, 05.10.2016, E. 2014/1243, K. 2016/958 sayılı karara göre mirasçıların terekeye ait haklar üzerinde tasarruf etmeleri TMK m.702/2 gereği oybirliğiyle olmalıdır. Bu durumda tasarruf işlemi niteliğindeki tapu iptali ve tescil davası, mirasçıların tamamı tarafından veya miras ortaklığı temsilcisinin atanmasıyla açılır ve yürütülür. Tek bir mirasçının tüm mirasçılar adına dava açmış olması halinde dava hemen reddedilmeyip diğer mirasçıların davaya katılması veya onay vermesi ya da miras ortaklığı temsilcisinin atanması için süre verilmesi gerekmektedir. Ancak dava, tereke adına değil; kendi miras

sahipliğinde mirasçılarının miras payları, terekenin tamamı üzerindeki farazi bir değer niteliğindedir. Yani miras payı, terekenin yönetimindeki yetkiden ziyade; paylaşmadan sonraki alacağın miktarına ilişkindir. Öğreti de oybirliğiyle karar almanın gerekli kılınmasının miras hukukunda ortak menfaatin temini açısından yararlı olduğunu savunmaktadır⁹.

Bu hususta öğretide savunulan bir görüşe göre, mirasçılarının terekedeki değerlerin devrine; şahsi veya aynı bir hakla sınırlandırılmasına, bu sınırlamanın kaldırılması veya bu haklardan feragat edilmesine ilişkin işlemleri yaparken birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Burada tasarruf kavramı, tereke üzerinde şahsi veya aynı hakların tanınmasına; bu hakların içeriğinin değiştirilmesi veya sona erdirilmesine yönelik olarak yapılan yani terekede yer alan hakları veya hukuki ilişkileri doğrudan etkileyen işlemlerin tamamı olarak değerlendirilmektedir¹⁰. Görülmektedir ki birlikte hareket ilkesi, terekede yer alan hakları ve ölümden önce kurulmuş hukuki ilişkileri doğrudan etkileyen geniş anlamda tasarruf işlemleri için geçerli kabul edilmektedir. Zira dar anlamda tasarruf işleminin konusu yalnızca mutlak ve nisbi haklar; geniş anlamda tasarruf işleminin konusu, malvarlığında yer alan haklar ve var olan hukukî ilişkilerdir¹¹. Örneğin terekenin alacaklarının devri, tere-

payı için açılmış ise tüm mirasçılarının onayının alınması gerekmemektedir. Bir ya da bir kısım mirasçı, terekeye ait bir mal veya alaktan yalnız kendi payına düşen kısım için yalnız kendi adına dava açarsa, bir veya bir kısım mirasçının iştirak halindeki pay üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi bulunmadığından dava reddedilir. Zira bu dava diğer mirasçılarının paylarını kapsamamakta olup aynı zamanda onlar adına da açılmamıştır. Davaya diğer mirasçılarının katılmasına veya icazet vermesine imkân yoktur. Yani diğer mirasçılarının davaya katılmalarının sağlanması veya yöntemine uygun biçimde onaylarının alınması, ya da miras ortaklığına bir temsilci atanarak onun huzuru ile davaya devam edilmesi mümkün olmadığından dava reddedilmelidir. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.01.2025); Yarg.14. HD., T. 27.05.2019, E. 2016/13457, K. 2019/4768. **Berberoğlu-Yenipınar**, Filiz: Tereke Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 272-275.

⁹ **Graham-Siegenthaler**, Barbara: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 4.Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2023, Art. 602 No: 9; **Wolf**, Art.602 No: 44-46, 57; **Büchi-Wehinger**, Claudia/**Reich**, Rahel: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli (Navigator.ch), 4. Aufl., 2021, Art. 602 No: 9; **Lötscher**, Cordula: "Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft", Zeitschrift für Erbrecht Successio, 2019, s.174; **Minnig**, Yannick: Basler Kommentar ZGB II, 7. Aufl. **Helbing Lichtenhahn**, 2023, Art. 602 No: 10; **Ayan-Durhan**, s. 209 vd.; **Çabri**, s. 13.

¹⁰ **Weibel**, Thomas: Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl. **Helbing Lichtenhahn**, 2023, Art. 602 No: 24; **Graham-Siegenthaler**, Art. 602 No:10; **Wolf**, Art. 602 No: 68.

¹¹ Dar anlamda tasarruf işlemi ve geniş anlamda tasarruf işlemi ayrımı ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Vardar-Hamamcıoğlu**, Gülşah: Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi, On iki Lev-

kede yer alan malların satışı, bağışlanması; aynı şekilde mirasbırakan tarafından ölümden önce yapılan ve ilgili değerleri konu alan kira sözleşmesinin feshi bu kapsamda değerlendirilmektedir¹².

Ayrıca mirasçılarının birlikte hareket etmesi gereken işlemlere ilişkin önem arz eden bir hususa dikkat çekmek gerekir. Az evvel belirtilen görüş, terekedeki değerlere ilişkin üçüncü kişiler lehine şahsi hak tesisi de dahil olmak üzere mirasçılarının tamamı tarafından yapılması gerektiğini savunmaktadır¹³. Ancak bu görüş, şahsi hakların devri bakımından eleştirilmektedir. Eleştiride, tereke değerleri üzerinde şahsi hakkın tesis edilmesinin, teknik anlamda bir tasarruf işlemi olmadığı ifade edilmektedir. Zira şahsi hakkın tanınmasıyla terekede yer alan bir hak veya hukuki ilişki doğrudan doğruya etkilenmemektedir. Üçüncü kişi, tereke değerlerine ilişkin bir şahsi hak kazanarak ancak bu hakkı talep yetkisine sahip olmaktadır. Dolayısıyla her bir mirasçının tek başına tereke değerleri üzerinde üçüncü kişi lehine şahsi hak tanınmasına veya kendi aleyhine yükümlülüğe girmesine engel bulunmamaktadır¹⁴. Diğer mirasçılar ise ancak söz konusu şahsi hakkın tanındığı borçlandırıci işleme katıldıkları ölçüde sorumluluk altına girmektedirler. Dolayısıyla bir mirasçı, tereke değerlerini konu alan borçlandırıci işlem yapabilecekken; tek başına tasarruf yetkisine sahip olmadığından borçlandırıci işlemin konusunun ifasını gerçekleştiremeyecektir¹⁵. Bu durumda mirasçı, söz konusu sözleşmeyi miras ortaklığını temsilen yaptıysa borçlar hukuku anla-

ha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 1, 5 vd.; **Buz**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, (Yenilik), s. 78.

¹² **Graham-Siegenthaler**, Art. 602 No: 10; **Wolf**, Art. 602 No: 68.

¹³ **Weibel**, Art. 602 No: 24; **Graham-Siegenthaler**, Art. 602 No: 10; **Wolf**, Art. 602 No: 68; **Graham-Siegenthaler**, Art. 602 No: 10; Tereke mallarına ilişkin borç doğurucu işlem ve sözleşmelerde de mirasçılarının izin veya onayı gerekir. Mirasın paylaşılmasından önce buna aykırı olarak yapılan hukuki işlem ve sözleşmeler geçersizdir. **İmre/Erman**, s. 439.

¹⁴ Üzerinde elbirliği mülkiyeti olan bir taşınmazın kiraya verilmesi için bütün ortakların oybirliği ile karar vermesi gerekmektedir. Fakat ilgili taşınmaz temsil yetkisine sahip olmayan bir veya birden fazla ortak tarafından kira sözleşmesine konu edilmesi mümkündür. Zira kira sözleşmesi yapan kişinin taşınmazın mülkiyetine sahip olması gerekli değildir. Bu sözleşme, nitelik olarak kiracıya bir şahsi hak tanımaktan öteye gitmez. Yapılan sözleşmeye diğer ortaklar rıza vermezse sözleşmeyle bağlı değildir. Dolayısıyla kiraya veren ortak veya kiracıdan ya da her ikisinden ecrimisil istenebilir. Ayrıca kiraya veren ortaklardan gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre elde edilen menfaatin her bir ortağa düşen kısmının devri talep edilebilir. Yarg. 8.HD., T.10.12.2020, E. 2018/7090, K. 2020/8135. (kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 15.08.2024).

¹⁵ **Minnig**, Art.602 No: 16, 17; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 551, 552.

mında yetkisiz temsilciye ilişkin hükümler devreye girecektir. Ancak mirasçı sözleşmeyi kendi adına yaptıysa ve diğer mirasçıların izni ve onayı bulunmuyorsa sözleşmenin karşı tarafına TBK m.112 anlamında sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁶.

Bununla birlikte yenilik doğuran hakların kullanımında da birlikte hareket ilkesi geçerli olmalıdır. Yenilik doğuran hak, tek taraflı irade beyanıyla yeni bir hukuki ilişki kurulmasını, var olan hukuki ilişkinin değiştirilmesini veya sona erdirilmesini sağlar. Ayrıca hak sahibine, yenilik doğuran hakkı kullanmasıyla kendisi dışındaki kişilerin de hukuk alanında değişiklik meydana getirmeyi mümkün kılan bir yetki verir¹⁷. Kural olarak mirasbırakandan intikal eden ve terekede yer alan bütün hakların kullanılmasında mirasçıların birlikte hareket etmesi gerektiğinden yenilik doğuran hakkın kullanılmasında da durum aynı olmalıdır. Kaldı ki yenilik doğuran hakkın tanımında, geniş anlamda tasarruf işlemi tanımında da zikredilen “etkilenen hukuki ilişki” unsuruna yer verildiği görülmektedir¹⁸. Yargıtay kararlarında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 239’a göre aksine anlaşma olmadıkça sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım haklarının ölüm ile mirasçılara intikal ettiği ve bu hakkın önalım hakkından feragat etmeyen mirasçılar tarafından birlikte kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin paylı mülkiyete konu mal üzerinde pay sahibi olan mirasbırakanın ölümüyle mirasçıların yasal önalım hakkını birlikte kullanması gerektiği ifade edilmektedir. Söz konusu yenilik doğuran hakkın kullanılması için dava açılması gerektiğinden tüm mirasçıların birlikte dava açması veya birinin açtığı davaya diğerlerinin onay vermesi gerekmektedir¹⁹.

¹⁶ **Antalya**, Gökhan/Sağlam, İpek: Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku, C. 3, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 480, 481; **Serozan/Engin**, s. 551, 552; **Oğuzman**, s. 315, dn. 231; **Ayan-Durhan**, s. 211; **Çabri**, s. 17.

¹⁷ **Buz**, Yenilik, s. 57 vd.; **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 35.

¹⁸ **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 35.

¹⁹ “Davacının payı, elbirliği mülkiyetine konu ise önalım hakkının kullanılmasında mirasçıların birlikte hareket ilkesi gereği birlikte dava açması veya biri tarafından açılan davaya diğerlerinin onay vermesi gerekmektedir. Zira 11.10.1982 tarihli ve 3/2 Sayılı YİBK gereği dava miras ortaklığı adına açılmış kabul edilmelidir. Bu da bu konuda duruşmada beyanda bulunmakla veya imzası noterce onaylı muvafakat belgesi ibraz edilmesi suretiyle yahut davacı adına davayı takip eden avukata vekalet verilmesi ile sağlanabilir. Ancak diğer mirasçılar onay vermezlerse miras ortaklığı temsilcisi atanması için davacıya süre verilmesi gerekmektedir. Davaya konu olayda ön alım hakkının kullanılmasında tüm ortakların birlikte dava açması ya da bir ortağın açtığı davaya diğerlerinin muvafakat etmesi gerektiğinden, davacı tarafından davalıya satılan payın tamamı için kendi adına tescil isteminde bulunması durumunda gerek ilgili İBK, gerekse ön alım hakkının hukukî niteliği ve bu hakkın TMK m. 733’te öngörülen noter bildirimi üzerine

Benzer olarak mirasçılara intikal eden bir alacağın borçlusu temerrüde düşerse, mirasçılar arasında elbirliği alacaklılık²⁰ olduğundan, bozucu yenilik doğuran hak olan sözleşmeden dönme hakkı, mirasçılarının tamamı tarafından kullanılmalıdır²¹. Ayrıca mirasçılardan birinin terekede yer alan bir hakkın kullanımından feragat etmesi durumunda o mirasçının hakkın kullanılmasına ilişkin işlemlere katılması gerekmemektedir²². Verilen yargı kararlarında da mirasbırakanın iki mirasçısı varsa ve mirasçılardan biri hakkın kullanımından feragat etmişse diğer mirasçının tek başına hareket etmesi mümkün görülmüştür²³.

üç ay ve her hâlde iki yıllık hak düşürücü süre içerisinde dava açılarak kullanılması gereken haklardan olması nedeniyle tek başına bir mirasçı tarafından kendi adına tescil istemli olarak dava açılrsa dahi bu davanın tereke adına açıldığının kabulü gerekerek dava ya konu taşınmaz yönünden elbirliği ortaklarının tamamının muvafakatlerinin alınması ya da davaya dahil edilmeleri, mümkün olmaması halinde terekeye temsilci atanması için davacıya süre verilmelidir.” Yarg. 7.HD., T. 30.5.2024, E. 2023/3726, K. 2024/3071. (kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 15.08.2024).

²⁰ Elbirliği alacaklılık, birden fazla kişinin elbirliği ortaklığı dolayısıyla alacak hakkına sahip olması halinde söz konusu olmaktadır. Birden fazla kişinin yaptıkları hukuki işlem ile veya kanunda öngörülen hallerde meydana gelen elbirliği ortaklığına ait özel malvarlığı kapsamında bir alacak hakkına sahip olan ortaklar, elbirliği alacaklı olarak isimlendirilirler. Miras ortaklığında da mirasçılar, mirasın intikaliyle tereke değerleri üzerinde elbirliği ile malik olurlar. Bu anlamda bütün mirasçılar, mirasbırakandan intikal eden ve mirasın geçmesinden sonra ortaklığın malvarlığına katılan alacakların elbirliği alacaklısıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Acar**, Faruk: Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 88, 89.

²¹ Elbirliği alacaklılıkta alacaklıların dönme hakkını birlikte kullanması gerektiği hakkında bkz. **Buz**, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998, (Dönme), s. 295; “Tereke adına kiraya verilen kullanana ilişkin olarak temerrüt ihtarının tüm mirasçılarının katılımıyla keşide edilmesi ve davanın da birlikte açılması gerekir”, Yarg. 6.HD., T. 19.12.2000, 10627/10809, **İmre/Erman**, s. 439, dn. 25a.

²² **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 695; **Antalya/Sağlam**, s. 484; **Ayan**, s. 222.

²³ Mirasbırakanın iki mirasçısından biri, sözleşmeden doğan önalım hakkından açıkça veya örtülü olarak feragat etmiş ve bu hakkın kullanılması için tanınan sürenin kullanılmadan sona ermesine izin vermişse, diğer mirasçı önalım hakkını tek başına ve kendi adına ileri sürebilir. İsviçre Federal mahkemesi kararlarında da bu husus açıkça vurgulanmıştır. Bkz. BGE 115 II 331. Mirasbırakanın iki mirasçısı bulunduğu BGer vom 20. 3. 2008, 5A_207/2007 E.4 sayılı karara konu olayda ise diğer karardaki olaydan nispeten farklı bir durum bulunmaktadır. Olayda, mirasbırakan sağlığında iki mirasçısından biri olan A’ya taşınmazını satmış ve kendi lehine sözleşmesel ön alım hakkı tanınmasını sağlamıştır. Sonrasında mirasbırakan ölmüştür. Taşınmazın maliki mirasçı A, taşınmazı üçüncü bir kişiye satmıştır. Bunun üzerine diğer mirasçı B, önalım hakkını kullanmak için diğer mirasçı A’ya ve sözleşmenin diğer tarafı üçüncü kişiye dava açmıştır. Üçüncü kişi, söz konusu sözleşmesel önalım hakkının birlikte hareket ilkesi gereği her iki mirasçı tarafından birlikte kullanılması gerektiğini savunmuştur. Ancak mahkeme, üçüncü ki-

Yine terekedeki değerlerin yönetimine ilişkin işlemlerde de mirasçıların birlikte hareket etmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁴. Öyle ki tereke değerlerinin korunması ve değerlerinin arttırılmasına ilişkin işlemler, buna örnek teşkil etmektedir. Yani terekede yer alan bir taşınmazda yetişen tarım ürünlerinin toplanmasına; tereke alacaklarının tahsiline ve tereke değerleriyle yapılacak yatırımlara ilişkin işler bu anlamda değerlendirilebilecektir. Ayrıca terekedeki değerlerle ilgili olarak ortaklık dışındaki kişilere karşı temsil yetkisinin kullanılmasının gerekli olması durumunda da aynı prensip geçerli olmalıdır²⁵. Bu doğrultuda birlikte hareket ilkesinin, ortaklığa ilişkin hakların kullanımında geçerli olan geniş bir kapsama sahip olduğu belirtilmektedir²⁶. Hatta öğretide, miras ortaklığı açısından öngörülen bu kuralın, koruyucu etkiye sahip olması nedeniyle emredici nitelikte olduğu ve mirasbırakanın sağlığında yapacağı ölüme bağlı tasarruf ile aksini öngöremeyeceği ifade edilmektedir²⁷.

şinin bu iddiasını kabul etmemiştir. Olayda noter tarafından A ile üçüncü kişinin yaptığı ilgili satış sözleşmesi ve sözleşmesel önalım hakkını kullanabileceği mirasçı B'ye bildirilmiştir. Verilen kararda, bu bildirim ile davacının, iyiniyetle diğer mirasçı olan kardeşi A'nın ön alım hakkını kullanmakta bir çıkarı olmadığını ve ön alım hakkını kullanmayı kendisine bıraktığı sonucunu haklı olarak çıkarabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla davacı B'nin, davalı A'nın özellikle de kendisinin yeni sattığı mala ilişkin olarak önalım hakkını kullanmak istemeyeceğini ve yapılan beyana ve kendisi tarafından bilinen koşullara dayanarak kardeşinin önalım hakkından feragat ettiğini varsayma hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu durum, mirasçıların yenilik doğuran hakkı birlikte kullanması gerekliliğine bir istisna niteliğindedir. (www.bger.ch, Erişim tarihi: 01.08.2024), Ayrıca bkz. **Wolf**, Art. 602 No: 96, 97.

²⁴ **Weibel**, Art. 602 No: 25; **Graham-Siegenthaler**, Art. 602 No: 10; **Minnig**, Art. 602 No: 13, 15; Elbirliği mülkiyetinin söz konusu olduğu elbirliği ortaklıklarında yönetim yani idare, ortaklığın amacının elde edilmesi ve ortaklar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi için ortaklığa dair her türlü işin yürütülmesi anlamına gelmektedir. Miras ortaklığında da terekenin mirasçılar tarafından yönetilmesi, miras ortaklığından elde edilmek istenen amaca yönelik idari işlerin yapılmasını kapsamaktadır. Zira miras ortaklığı, mirasın intikalinden mirasın paylaşılmasına kadarki süreçte varlığını sürdüren geçici ve tesadüfi niteliğe sahip bir tasfiye ortaklığıdır. **Akçaal**, s. 214, 227 vd.

²⁵ **Graham-Siegenthaler**, Art. 602 No: 10; **Minnig**, Vor Art. 602-640 ZGB No: 3, Art. 602 No: 12, 15, 16; Birlikte hareket ilkesi ile her bir mirasçının bireysel olarak ortaklığa verebileceği zararın önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeple ortaklığın korunması için mirasçıların yapacakları tereke değerlerine yönelik tasarruf işlemlerine ilişkin düzenlemeye ek olarak genel anlamda mirasçıların ortaklığın ve diğer mirasçıların zararına neden olacak bütün hukuki fiillerden kaçınması gerekmektedir. **Wolf**, Art. 602 No: 63.

²⁶ **Minnig**, Art. 602 No: 15; **Wolf**, Art. 602 No: 67.

²⁷ **Wolf**, Art. 602 No: 64; **Minnig**, Art. 602 No: 12; Aksi durum emredici hükme aykırılık teşkil edeceği için hukuka aykırı olacaktır. Bu durumda da ilgili düzenleme geçersiz olacak ve düzenlemenin iptali için iptal davası açılabilecektir. Ancak öğretide bu görüş, mi-

Mirasçılardan her birinin, mirasçılardan tamamı katılmaksızın yapılan işlemleri veto edebilmesi, mirasçılara verilen müspet değil menfi nitelikte bir yetkidir. Yani tek bir mirasçı, birlikte hareket ilkesine aykırı biçimde yapılan işleme itiraz edebilirken; olumlu anlamda tek başına yetki sahibi olmadığından ortaklık adına işlem yapamamaktadır. Ayrıca bir veya daha fazla mirasçı tarafından yapılan işleme rıza vermesi için diğer bir mirasçı veya mirasçılara dava açılması mümkün değildir. Bu anlamda oybirliği ile yapılması gereken yönetim ve tasarruf işlemlerinde mirasçılardan birinin rıza vermekten kaçınması, ortaklık adına zararlı sonuçlara neden olacak olsa bile rıza verme zorunluluğu yüklememektedir²⁸. Ancak TMK m.2 gereği ekstrem hallerde istisnai olarak mirasçının rıza verme yükümlülüğünün olabileceği öğretide kabul edilmektedir²⁹.

Miras ortaklığında elbirliği halinde mülkiyet ve hak sahipliği, kanundan kaynaklı olarak doğduğundan diğer elbirliği ortaklıklarından farklı olarak daha sıkı şekilde değerlendirilmektedir. Zira miras ortaklığında mirasçılardan ortaklık ilişkisi içinde diğer ortakları seçme şansı bulunmamaktadır. Örneğin TMK m.257 gereği eşler arasında mal ortaklığı rejiminin benimsenmesi durumunda, ortaklık mallarının olağan yönetimine ilişkin TMK m.262/2'ye göre her eşin olağan yönetim sınırları içinde ortaklığı yükümlülük altına sokması ve ortaklık mallarında tasarrufta bulunması mümkündür. Her iki elbirliği halinde mülkiyet ve hak sahipliği arasındaki bu fark dikkate alındığında görülmektedir ki, miras ortaklığında daha katı bir sistemin benimsenmesi ile tereke değerlerinin korunması ve ortaklıktaki çoğunluğun fikrini azınlığa dayatma tehlikesinin önlenmesi amaçlanmaktadır³⁰.

B. Alman Miras Hukukunda Birlikte Hareket İlkesi

Alman hukukunda “Mehrheit von Erben” adlı dördüncü başlıkta bulunan BGB §2038 hükmü, birlikte hareket ilkesi bakımından öngörülen ilk

rasçılardan bir araya gelerek birlikte hareket ilkesinin uygulanmayacağını kararlaştırmaları mümkün ve geçerli oluyorken mirasbırakan tarafından yapılan ilkenin uygulanmaya-
cağına ilişkin ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olacağını savunmanın geçerli bir haklı gerekçesinin olmadığı ifade edilerek eleştirilmektedir. TMK m.640/2 ve TMK m.702'de birlikte hareket ilkesinin sözleşmede aksine bir hüküm yoksa geçerli olacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla ilgili hükmün emredici hüküm olmadığı ve yalnızca miras ortaklığında mirasçılardan hareket modeline ilişkin kural niteliği taşıdığı ifade edilmektedir. Görüş için. Bkz. **Ayan-Durhan**, s. 225.

²⁸ Bu ihtimalde miras ortaklığı temsilcisinin atanması için sulh mahkemesine talepte bulunularak sorun çözülebilecektir. **Wolf**, Art. 602 No: 65; **Minnig**, Art. 602 No: 13.

²⁹ **Wolf**, Art. 602 No: 56-58.

³⁰ **Minnig**, Art. 602 No: 13; **Wolf**, Art. 602 No: 59, 60.

hükümdür³¹. Terekenin birlikte yönetimi başlığını taşıyan BGB §2038 Abs.1.1'e göre mirasçılar, miras ortaklığını birlikte yönetmelidirler. BGB §2038 Abs.1.2'ye göre de her bir mirasçının terekenin usulüne uygun yönetilmesi için gerekli olan önlemlerin alınmasına katılma yükümlülüğü bulunmaktadır. BGB §2038 Abs.2.1'de ise paylı mülkiyetin düzenlendiği BGB §743, §745, §746, §748 hükümlerinin miras ortaklığı açısından da uygulanacağı düzenlenmektedir³². Nitekim paylı mülkiyette yönetime ilişkin BGB §744 Abs.1 ve Abs.2 hükmü, BGB §2038 Abs.1 ile benzerdir. Bu bağlamda BGB §745 Abs.1 gereği terekenin olağan yönetiminde mirasçıların oy çokluğu ile karar vermesi gerekli ve yeterlidir³³.

Ayrıca BGB §2038 Abs.1.2'nin devamında ise her bir mirasçının, terekenin korunması için gerekli olan önlemlerin alınmasında tek başına yetkili olduğu kabul edilmiş ve oy çokluğu ilkesi bu noktada esnetilmiştir. Paylı mülkiyetin yönetimine ilişkin BGB §744 Abs.2'de de her bir ortağın terekenin korunmasında gerekli önlemleri tek başına alabileceği düzenlenmektedir³⁴.

Terekenin yönetimi kavramının kapsamı, BGB §2038'de ayrıntılı biçimde belirlenmiş değildir. Ancak terekenin yönetimi, tereke değerlerine ilişkin hem olağan hem de olağanüstü önlemlerin alınması anlamında bir bütün olarak görülmelidir. Alman hukuku öğretisinde, miras ortaklığında tereke yönetiminin, terekede yer alan değerlerin idaresini ve tereke değerlerine ilişkin üçüncü kişilerle kurulacak dış ilişkide temsil faaliyetini kapsadığı ifade edilmektedir. Yine öğretilde terekenin yönetimi kavramı, tereke değer-

³¹ BGB §2038: "Gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses"

(1) Die Verwaltung des Nachlasses steht den Erben gemeinschaftlich zu. Jeder Miterbe ist den anderen gegenüber verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind; die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln kann jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen treffen.

(2) Die Vorschriften der §§ 743, 745, 746, 748 finden Anwendung. Die Teilung der Früchte erfolgt erst bei der Auseinandersetzung. 3Ist die Auseinandersetzung auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen, so kann jeder Miterbe am Schluss jedes Jahres die Teilung des Reinertrags verlangen.

³² Ancak BGB §2038 Abs.2.2'de paylı mülkiyette ilişkin BGB § 743 Abs.1'den farklı bir düzenlemeye yer verilmektedir. BGB 743 Abs.1'e göre her bir ortağın, paylı mülkiyette payına düşen semereleri alma hakkı vardır. Ancak BGB § 2038 Abs.2.2'e göre semerelerin bölünmesi, mirasın paylaşılmasına kadar ertelenmiştir. **Gergen**, Thomas: Münchener Kommentar zum BGB 9. Auflage, C.H. BECK 2022, §2038 No: 4.

³³ **Gergen**, §2038 No: 1-3.

³⁴ **Gergen**, §2038 No: 1-3.

lerine ilişkin yapılacak borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerini de kapsayacak biçimde geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir³⁵.

Burada terekenin yönetimi anlamında, terekenin idaresi ve temsilinde veya yapılacak borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinde işlemin niteliğine göre mirasçıların üç ana modelde hareket etmesi beklenmektedir. İlki, bütün mirasçılarının bir araya gelmesi (birlikte hareket ilkesi); ikincisi, mirasçılarının çoğunluğunun bir araya gelmesi ve sonuncusu, her bir mirasçının tek başına hareket edebilmesidir. Dolayısıyla yönetim faaliyeti kapsamındaki işlem (olağan veya olağanüstü yönetime ilişkin olan veya aciliyet gerektiren hallerde yapılacak işlemler), ilgili işlem için aranan hareket modelinin gereklerine göre yapılmamışsa gerek mirasçılar arasında gerekse dış ilişkide geçersiz sayılmalıdır. Bu durumda işlemi yapan mirasçı/ların diğer mirasçılara ve üçüncü kişilere karşı sorumluluğu doğmaktadır³⁶.

Alman hukukunda, terekenin olağan yönetiminde oyçokluğu yeterli görülürken terekenin olağanüstü yönetimine ilişkin işlerde mirasçılarının birlikte hareket etme gerektiği kabul edilmektedir. Öğretiye göre, mirasçılarının oybirliğiyle karar alması zorunluluğunun miras ortaklığının yönetimini zorlaştırması hatta çoğunlukla ortaklığı hareket edemez hale getirmesi, olağan yönetime ilişkin işlemlerde oybirliği yerine oyçokluğunun tercih edilmesine neden olmuştur³⁷. Burada mirasçılarının hareket biçimine ilişkin diğer bir düzenleme olan BGB §2040 hükmüne değinmek gerekmektedir. BGB §2040'ta mirasçılarının, tereke mallarına ilişkin tasarruf işlemlerinin yapılmasında birlikte hareket etmeleri gerektiği düzenlenmiştir³⁸.

Bu noktada terekenin yönetimine ilişkin BGB §2038 hükmü ile tereke mallarının tasarrufuna ilişkin BGB §2040 arasındaki ilişkinin ortaya koyulması gerekmektedir. Tereke değerlerine ilişkin olarak yapılacak tasarruflarda, mirasçılarının hareket tarzını düzenleyen BGB §2040 Abs.1'de mirasçılarının birlikte hareket etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Öncelikle bu hüküm, her bir mirasçının miras payına ilişkin tasarruf hakkının kapsamının düzenlendiği BGB §2033 Abs.2 ile uyumludur³⁹. Nitekim BGB §2033 Abs.1'de

³⁵ **Lohmann**, Ilse: BeckOK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 71. Ed, C. H. Beck 2024, § 2038 No: 1; **Gergen**, §2038 No: 15.

³⁶ **Gergen**, §2038 No: 5-8.

³⁷ **Gergen**, §2038 No: 24-26.

³⁸ BGB §2040 "Verfügung über Nachlassgegenstände, Aufrechnung"

(1) Die Erben können über einen Nachlassgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen.

(2) Gegen eine zum Nachlass gehörende Forderung kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnen.

³⁹ BGB §2033 "Verfügungsrecht des Miterben"

her bir mirasçının miras payı üzerinde tasarruf işlemi yapabileceği düzenlenmekle birlikte, Abs.2’de terekede yer alan münferit bir mal üzerindeki payına ilişkin böyle bir işlemin yapılamayacağı kabul edilmektedir⁴⁰. Terekenin olağan yönetimi kapsamında yapılacak borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinde BGB §2038 Abs.2.1’de paylı mülkiyete ilişkin BGB §745’e yapılan atıf gereği mirasçılarının çoğunluğunun katılımı yeterli görülürken BGB §2040 anlamında tereke değerlerini konu alan tasarruf işlemlerinde mirasçıların birlikte hareket etme gerekliliğinin öngörülmesi, hükümlerin uygulama alanı bakımından tartışmalara neden olmuştur. Nitekim terekenin olağan yönetimi kapsamında terekede yer alan bir malın devrine yönelik tasarruf işleminin yapılmasında mirasçıların hareket modelinin nasıl olacağı hususu, bu hükümlerin yorumlanma biçimine bağlı olarak değişmektedir⁴¹.

Bu hususta öğretide ilk olarak, BGB §2040 hükmünün öncelikli olduğu ifade edilmiştir⁴². Yani tereke değerlerini konu alan bir tasarruf işlemi yapılacaksa bu işlemin olağan veya olağanüstü yönetime ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın mirasçıların birlikte hareket etmesi gerekmektedir. Burada yalnızca BGB §2038 Abs.1.2 anlamında gerçekleştirilecek yönetime ilişkin işlemlerden acil nitelikte olan tasarruf işlemlerinin istisnai olarak BGB §2040’a tabi olmayacağı ve bu tür acil işlemlerin yapılmasında her bir mirasçının yetkili olacağı kabul edilmiştir⁴³. Ancak son yıllarda bu anlayışın Alman hukukunda kabul edilmediği görülmektedir. Buna göre, BGB §2038 hükmünün açıklandığı kısımda da belirtildiği gibi terekenin olağan yönetimi anlamında alınacak önlemlerin kapsamına, tereke mallarına ilişkin tasarruf işlemleri de girmelidir. Öğretide de terekenin yönetimi bağlamında karışıklığın önlenmesi adına BGB §2040 Abs.1’deki tasarruf kavramının dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda ilgili hükmün, terekenin olağan yönetimine yönelik tasarruf işlemlerini kapsamadığı; olağanı aşan, olağanüstü yönetime ilişkin tasarruf işlemlerinde mirasçıların oybirliği ile hareket etmesi gerektiği sonucuna varılabilecektir.

(1) Jeder Miterbe kann über seinen Anteil an dem Nachlass verfügen. Der Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil verfügt, bedarf der notariellen Beurkundung.

(2) Über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen.

⁴⁰ **Gergen**, §2040 No: 1; **Lohmann**, §2033 No: 1, §2040 No: 1.

⁴¹ **Eberl-Borges**, Christina: “Verfügungsgeschäfte der Erbengemeinschaft im Rahmen der Nachlassverwaltung”, NJW 2006, s. 1313.

⁴² **Lohmann**, §2040 No: 2; **Eberl-Borges**, s. 1313.

⁴³ **Eberl-Borges**, s. 1313.

Zira terekedeki mallara yönelik tasarruf işlemi niteliğindeki her bir önlemin, mirasçılar tarafından birlikte alınması gerektiğini kabul etmek, mirasçıların BGB §2040 hükmü ile elde etmesi beklenen menfaate de hizmet etmemektedir. Bu durum ayrıca BGB §2038 hükmünün uygulama alanının mirasçılar aleyhine daraltılmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, terekenin olağan yönetimi anlamında fiili veya hukuki olarak korunmasını, değerinin artırılmasını, gelir veya menfaat elde edilmesini ve mevcut borçların ödenmesini amaçlayan tasarruf işlemleri, BGB §2040 Abs.1'in kapsamı dışında tutulmalıdır. Zira söz konusu tasarruf işlemlerinin yapılmasına oyçokluğu ile karar verilebilmesi, mirasçıların BGB §2040 Abs.1 ile korunması amaçlanan menfaatini önemli ölçüde etkilememektedir. Bu anlamda terekeden elde edilen mahsulün satılması ve mirasın paylaşılmasına kadar değerinin korunması için yatırım yapılması, terekedeki bir malın adi kira veya ürün kirasına konu edilmesi, terekedeki bir malın yapısal anlamda korunması bakımından önlemler alınması ya da terekeye konu bir mala ilişkin yapılmış bir kira sözleşmesinin feshedilmesi halleri, mirasın olağan yönetimine ilişkin tasarruf işlemlerine örnek niteliğindedir⁴⁴.

⁴⁴ **Gergen**, §2040 No: 4-10; (BGHZ 164, 181 (184 f.)= NJW 2006, 439), **Lohmann**, §2040 No: 2. Terekenin korunmasını amaçlayan önlemlerin alınmasında diğer mirasçılarının menfaatlerine zarar vermediği sürece mirasçılarının çoğunluğunun kararının yeterli olduğu yönünde bir çözümün mümkün olduğu hakkında bkz. (BGH NJW 2007, 15 Rn. 16, 18 ff.) **Lohmann**, §2040 No: 2. Yine mirasçılarının terekeye ait bir mala ilişkin kira sözleşmesinin feshinin terekenin olağan yönetimine ilişkin tedbir olması halinde mirasçılarının oyçokluğuyla kira sözleşmesinin feshini sağlayabileceği ifade edilmiştir. (BGHZ 183, 12 Rn. 26 ff. =NJW 2010, 765 (XII. ZS), **Lohmann**, §2040 No: 2. Fakat ilgili görüş kabul edildiğinde BGB §2040 Abs.1'in uygulama alanı, olağan olmayan yani olağanüstü yönetim işleri bağlamında çok daha az sayıda işle sınırlanmış olacak; bu da ilgili hükmün varlığının sorgulanmasına neden olabilecektir. Ayrıca terekenin yönetiminde yapılacak hukuki işlemlerin olağan yönetim kapsamında sınıflandırılması ve bilhassa üçüncü kişiler tarafından bilinebilirliği her zaman o kadar net olmayabileceğinden, hukuki ilişkiler bağlamında terekenin olağan yönetimi ile olağanüstü yönetimi arasındaki ayrımın yapılması gerekir. Bu durum dikkate alındığında mirasçılarla hukuki işlem yapacak üçüncü kişilerin kendi emniyeti açısından bütün mirasçılarının rızasının alındığından emin olmaları tavsiye edilmektedir. Zira alınan önlem ve yapılan işlem, terekenin olağan yönetimi kapsamında değilse mirasçılarının tamamı adına hareket eden mirasçılar, yetkisiz temsilci durumuna düşecektir. Yine kira sözleşmesinde kiraya veren mirasçılarının karşısındaki kiracı üçüncü kişinin menfaati açısından kira sözleşmesini konu alan işlemlerin sınıflandırılması hususu önem arz etmektedir. Mirasçılarının BGB §2038 Abs.1.2 kapsamında çoğunluk kararıyla kira sözleşmesini feshetmesi halinde kiracının feshin terekenin olağan yönetimi bağlamında olup olmadığını ve kendisine kanuna uygun olarak bildirilip bildirilmediğini kontrol etmesi gerekmektedir. Zira sözleşmenin feshi, terekenin olağan yönetimi kapsamında yapılmamışsa, bahsi geçen kontrolü yapmayan kiracının haksız yere kiralananı tahliye etmesi söz konusu olabilecektir. Bu noktada değerlendiril-

C. Değerlendirmeler

Tüm bu incelemelerden sonra söylenebilir ki, Türk-İsviçre hukukunda birlikte hareket ilkesine Alman hukukuna kıyasen çok daha fazla bağlı kalma eğilimi vardır. Ancak İsviçre öğretisinde de birlikte hareket ilkesinin terekenin olağanüstü yönetimine ilişkin olarak uygulanması gerektiği; olağan yönetim ve idarede ise her bir mirasçının tedbir almaya yetkili olduğu fikri son zamanlarda savunulmaktadır. Öyle ki ZGB Art. 602 Abs.2'de elbirliği mülkiyete ilişkin uygulanacak kuralların istisnalarına yer verilmiş durumdadır. İlgili görüşe göre aksinin kabulü, terekenin olağan yönetimiyle ilgilenen mirasçının, terekeyle ilgilenmeyen ve bu hususta sorumluluktan kaçan mirasçıdan daha kötü bir durumda olacağı anlamına gelir ki, bu da kanun hükmünün anlam ve amacına aykırıdır⁴⁵. Yine aynı şekilde başka bir yazar, terekeye ilişkin tasarruf işlemlerinde ve terekedeki malların paylaşılması hususunda oybirliği ilkesinin faydalı olduğunu ifade etmekle birlikte terekenin yönetimine yönelik işlemlerde bu ilkenin tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁶. Terekenin olağan yönetimine yönelik işlemlerde paylı mülkiyette öngörülen sisteme yer verilir ve böylelikle olağan-olağanüstü işlem ayrımı yapılırsa, birlikte hareket ilkesinin esnetilmesi söz konusu olabilecektir. Burada yazar, olması gereken hukuk bakımından ilgili öneriyi yapmakla birlikte, ZGB Art. 602 Abs.2'nin lafzi ve tarihi yorumuyla aynı sonucun de lege lata olarak da çıkarılabileceğini ifade etmektedir. Hükmün lafzında TMK m.640/2 ile paralel olarak birlikte hareket ilkesinin tasarruf işlemlerinde gerekli olduğu öngörülmektedir. Yani terekenin yönetimi meselesine hüküm kapsamında yer verilmemektedir. Aynı zamanda hükmün tarihi yorumuyla terekenin olağan yönetiminde mirasçıların bireysel yetkilere sahip olduğu sonucunun çıktığı ifade edilmektedir. Nitekim Eugen Huber, terekenin olağan yönetiminde her bir mirasçının yetki sahibi olduğunu varsaymaktadır. Her ne kadar terekenin yönetimi, kural olarak mirasçıların tamamına verilse de bütün mirasçıların her durumda ve istisnasız olarak birlik-

dirilmesi gereken diğer konu da mirasçıların yapacakları işlemlerde BGB §2038 Abs.1.2'nin BGB §2040'a göre önceliğinin belirlenmesinde diğer mirasçıların terekenin korunmasına ilişkin menfaatlerinin zedelenip zedelenmediği kıstasıdır. Şayet BGB §2038 Abs.1.2'nin BGB §2040'a göre öncelikli olarak uygulanabilmesi için ek olarak diğer mirasçıların terekenin korunmasına yönelik menfaatlerinin zedelenmemesi koşulunun da aranması gerektiği kabul edilirse, koşula aykırılık durumunda mirasçıların birlikte hareket etmesi gerekliliği gündeme gelebilecektir. Değerlendirme ve eleştiri için bkz. **Gergen**, §2040 No: 7.

⁴⁵ Bkz. **Wolf**, Art. 602 No: 66.

⁴⁶ **Lötscher**, s. 196.

te hareket etmesi mümkün değildir. Bu sebeple olağan yönetimin parçası olan basit işlerin gerçekleştirilmesinde her bir mirasçının işin doğası gereği yetki sahibi olduğu kabul edilmelidir⁴⁷. Ancak mahkemelerin yerleşik uygulamaları ve öğretideki baskın kabul gereği birlikte hareket ilkesinin esnetilmesi noktasında yapılabilecek farklı bir yorumun öğretide yer bulamayacağı; bu sebeple ancak olması gereken hukuk bakımından bir değerlendirme yapılabileceği ifade edilmektedir. Nihayetinde yazar, her bir mirasçının terekenin bakımı, korunması ve devamlılığının sağlanmasına ilişkin olağan nitelikteki yönetim işlerini yapabilmesine; terekenin yönetiminde daha önemli olabilecek yönetim işlerinin de mirasçılarının çoğunluğunun kararıyla yapılmasına izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Aynı zamanda yazar, yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere Alman hukukundaki sistemin İsviçre hukukuna model teşkil edebileceğini ifade etmektedir⁴⁸. Gerçekten de daha esnek bir sistem olan Alman hukukundaki model, İsviçre'deki sistemin katılığının yumuşatılması bakımından iyi bir modeldir. Zira Alman hukukunda da esas itibarıyla mirasçılarının birlikte hareket etmesi gerekliliği düzenlense de olağan yönetim işlerinde mirasçılarının oyçokluğu ile karar alabileceği kabul edilmektedir. Bu noktada mirasçılarının birlikte hareket etme gerekliliği, olağanüstü yönetim işleri için gerekli görülmektedir⁴⁹.

Son olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise, hem Türk-İsviçre hukukunda hem de Alman hukukunda tek bir mirasçının miras ortaklığı adına hareket etmesini sağlayan istisnalara yer verilmiş olmasıdır. İşte bu husus, çalışmanın ikinci kısmını oluşturduğundan bir alt başlıkta karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

II. MİRASÇILARIN TEK BAŞINA HAREKET EDEBİLMESİNİ MÜMKÜN KILAN HALLERİN KAPSAM VE SINIRLARI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÖĞRETİ VE UYGULAMANIN MESELEYE BAKIŞI

A. Genel Olarak

Türk hukukunda mirasçılarının birlikte hareket etmesi gerektiği kural olarak kabul edilmekle birlikte istisnai olarak her bir mirasçının belli hallerde tek başına işlem yapabilmesi mümkündür. Bunlardan ilki, Türk Medeni Kanunu'nun 640. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktadır. Hükme göre miras-

⁴⁷ Eugen Huber'in hükmün taslağı hakkındaki notları için bkz. **Lötscher**, s. 196.

⁴⁸ **Lötscher**, s. 196, 197.

⁴⁹ Örneğin Alman hukukunda terekede yer alan bir şirketin faaliyet türünün değiştirilmesi yönünde verilecek karar, terekenin olağanüstü yönetimine ilişkindir. **Lötscher**, s. 197.

çılardan her biri, terekedeki hakların korunması noktasında yetki sahibidir. Sağlanan korumadan mirasçılarının tamamı yararlanabilmektedir. TMK m.640/4'te yer alan kural, 743 sayılı Medeni Kanunumuzun 581. maddesinde düzenlenmemiştir. Medeni Kanun dönemindeki bu eksiklik, 11.10.1982 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararıyla giderilmeye çalışılıyordu. İlgili kararda, elbirliği ortaklığı olan miras ortaklığında her bir mirasçının 743 sayılı Kanun m.618 (TMK m.683) anlamında üçüncü kişilere açacağı elatmanın önlenmesi davasının yürütülmesi için diğer ortakların muvafakatinin alınması veya miras ortaklığı temsilcisinin atanması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu kararlar tek bir mirasçının terekeyi korumak için açtığı davaların birlikte hareket ilkesine aykırılık sebebiyle derhal reddinin önüne geçilmek istenmiştir⁵⁰.

TMK m.640'ın gerekçesinde de belirtildiği üzere ilgili hüküm ile birlikte hareket ilkesinin uygulanmasından kaynaklanan sorunların çözülmesi ve yaşanan zorlukların giderilmesi amaçlanmıştır. Bu sayede her bir mirasçı, terekedeki hakların korunması için dava açma yetkisine sahip olmuştur⁵¹.

⁵⁰ YİBK 11.10.1982, E.1982/3, K.1982/2. Bahsedildiği gibi eski Kanun döneminde uygulamada ivedi hallerde mirasçılardan birinin veya birkaçının açtığı dava, hemen reddedilmeyerek davayı açan ortaklık üyelerine ya da diğer bütün mirasçıların onaylarının alınması ya da terekeye miras ortaklığı temsilciliği atanması ile davaya devam edilmesi için mahkemece süre verildiği görülmektedir. Hatta eski Kanun döneminde uygulamada ve mahkeme kararlarında ivedi ve zorunlu olmayan durumlarda da ilgili çözümün uygulanması eğiliminin olduğu görülmektedir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 695; 2002 yılından önce paylı mülkiyetteki ortak menfaati koruma yetkisinin elbirliği mülkiyete kıyasen uygulanmasını kabul eden 1982 tarihli İBK, öğretide eleştirilmektedir. Kararda: “İştirak halinde mülkiyette ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Bu durumda iştirak halindeki mülkiyete konu olan hak ve malların kullanmak, yönetmek, başkasına devretmek ve bunlardan yararlanmak ve üzerlerinde hak kurmak ve bunlar için dava açmak gibi hukuki tasarruflarda bulunmak yetkisini ya yasa ya da ortaklar arasındaki sözleşme belirler. Kanunda veya anlaşmada ortaklık adına hareket etmek gücünün kime ait olacağı tespit edilmemiş ise, saydığımız tasarruflar yönünden ortakların oybirliğiyle karar almaları ve birlikte hareket etmeleri gerekir. Bu kural Türk Kanuni Medenisi 630/2 maddesinde açıklanmıştır. Buraya kadar olan hususlarda gerek uygulamada ve gerekse doktrinde bir uyumsuzluk bulunmamaktadır” denilmiştir. Öğretide ise burada tasarruf ve tasarruf yetkisi kavramlarının teknik manadaki tasarruf ve tasarruf yetkisinden farklı kullanıldığı ifade edilmektedir. Örneğin terekedeki bir borcun ifasının yapılıp yapılmadığının tespiti için dava açılmasının malvarlığını etkileyen bir işlem olmadığı ortadadır. Dolayısıyla İBK'nin açılacak bütün dava ve davranışları tasarruf işlemi olarak değerlendirmesi ve terekeye temsilci atanmaksızın davaya devam edilemeyeceği yönünde karar vermesi hatalı görülmüştür. Eleştiri için bkz. **Bilgin-Yüce**, Melek: Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Elbirliği Mülkiyetinde Dava Arkadaşlığının Değerlendirilmesi, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, İstanbul 2029, s. 361, 362.

⁵¹ Bkz. TMK m.640'nın gerekçesi.

TMK m.640/4 kapsamında terekenin korunması, korunmayı gerektiren zorunlu ve ivedilik içeren bir halin varlığını gerekli kılmaktadır. Her ne kadar ilgili hükümde ivedilik ifadesine yer verilmese de hükmün amacı gereği bu şartın aranması gerektiği öğretide kabul edilmektedir. Zira ivedi hal veya yakın tehlike gereği mirasçılarının tamamının bir araya gelerek hareket etmesi mümkün olamamaktadır⁵². Miras ortaklığının katı yapısı, ortakların arasındaki sıkı bağlılık ve birlikte hareket ilkesi dikkate alındığında bu sistemde mirasçılarının tek başına hareket edebilmesi için terekenin korunması anlamında ivedilik arz eden hallerin varlığı gereklidir. Aksi durumda terekeye konu malların diğer mirasçılar tarafından kontrolü zorlaşabilecektir. Bu da bütün anlamda terekenin korunmasını engeller niteliktedir. Dolayısıyla kanaatimizce ivedilik içeren durumun varlığı, hükmün uygulanmasının doğal şartı niteliğindedir. İlgili hükmün Mehaz kanundaki karşılığı ZGB Art. 602'de, TMK m.640/4'teki düzenlemeye benzer bir hükme yer verilmemiştir. Ancak İsviçre öğretisinde ve uygulamasında terekenin korunması bakımından ivedilik gerektiren hallerde her bir mirasçının yetkili olduğu kabul edilmektedir⁵³.

Alman hukukunda da BGB §2038 Abs.1'de, mirasçılarının terekenin olağan yönetimine ilişkin alınacak önlemlerde birbirleriyle iş birliği yapması gerektiği; ancak terekenin korunması için gerekli olan tedbirlerin alınmasında her bir mirasçının diğer mirasçılarının katılımı aranmaksızın tek başına yetkili olduğu düzenlenmektedir⁵⁴.

Bir diğer hal ise öğretide kabul edildiği üzere her bir mirasçı, TBK m. 526 anlamında vekaletsiz iş gören olarak miras ortaklığı adına ve hesabına tek başına hareket edebilmektedir. Her ne kadar miras ortaklığı bakımından vekaletsiz iş görme ilişkisine yönelik bir hüküm bulunmasa da öğreti, diğer bir elbirliği ortaklık olan adi ortaklık için öngörülen TBK m.530/2 hükmünün, ilgili ortaklıkların benzerliğini vurgulayarak miras ortaklığı üyesi mirasçılar açısından da kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir⁵⁵.

⁵² **Gümüş**, Mustafa Alper, Medeni hukuk ve Medeni Usul Hukuku Boyutuyla Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi (TMK m. 640/III), Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 365, 366; **Lötscher**, s. 178; **Ayan-Durhan**, s. 214 vd.; **Çabri**, s. 43.

⁵³ **Graham-Siegenthaler**, Art. 602 No: 11; **Wolf**, Art. 602 No: 91; **Büchi-Wehinger/Reich**, Art.602 No: 13; BGE 121 III 118 E. 3, **Künzle**, Hans Rainer: Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl. Helbing Lichtenhahn, 2018, Art. 602 No: 11; BGE 125 III 219, 220; 93 II 11, 14 f.; 58 II 195, 198, **Minnig**, Art. 602 No: 25.

⁵⁴ **Gergen**, §2038 No: 1-3; **Lohmann**, §2038 No: 10.

⁵⁵ **Minnig**, Art. 602 No: 26; **Lötscher**, s. 179; **Wolf**, Art. 602 No: 94; **Ayan-Durhan**, s. 216; **Antalya/Sağlam**, s. 483.

Bununla birlikte Alman hukukunda mirasçılarının her birinin tek başına hareket etmesini mümkün kılan BGB §2039 hükmü yer almaktadır⁵⁶. Bu hükme göre mirasçılardan her birinin, tereke alacaklarının mirasçılarının tamamına yerine getirilmesi için kendi adına dava açabilme yetkisi bulunmaktadır⁵⁷. Bu anlamda mukayese edildiğinde, Türk-İsviçre hukukunda TMK m.640/4 ve TBK m.530/2 dışında bireysel olarak mirasçılara riskleri kendilerine ait olmak üzere miras ortaklığı adına hareket etme yetkisi tanınmamaktadır. Yani Türk-İsviçre hukukunda mirasçılar, alacaklarının yerine getirilmesi için dava açacağında hep birlikte hareket etmesi gerekmektedir. Zira mirasın paylaşılmasına kadarki süreçte tek bir mirasçının tereke alacağının yerine getirilmesi için dava açma ehliyeti bulunmamaktadır⁵⁸. Birlikte hareket ilkesi gereği davanın mirasçılarının tamamı tarafından açılması gerekmektedir. Türk-İsviçre hukukundaki bu eksikliğin, TMK m. 640/3 gereği her bir mirasçıya sulh mahkemesinden miras ortaklığına mirasın paylaşılmasına kadar temsilci atanması talebinde bulunma yetkisinin verilmesiyle giderilmeye çalışıldığı görülmektedir⁵⁹.

B. İvedilik ve Yakın Tehlike Hali

1. Öğretinin Meseleye Bakışı

Türk-İsviçre hukukunda kabul edilen birlikte hareket ilkesi gereği, miras ortaklığının hareket kabiliyetinin daraldığı; bu hususun da miras ortaklığının işleyişi anlamında mirasın paylaşılmasından evvelki süreci zorlaştırdığı ifade edilmişti. Kural gereği mirasçılar, tek başına miras ortaklığını temsilen hareket edememekte ve mirasçılarının tamamının sahip olduğu hak ve yükümlülükleri konu alan işlemler yapamamaktadır⁶⁰. Ancak belli istisnai hallerde

⁵⁶ BGB §2039 “Nachlassforderungen”

“Gehört ein Anspruch zum Nachlass, so kann der Verpflichtete nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten und jeder Miterbe nur die Leistung an alle Erben fordern. Jeder Miterbe kann verlangen, dass der Verpflichtete die zu leistende Sache für alle Erben hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefern.”

⁵⁷ Lohmann, §2039 No: 6.

⁵⁸ İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Şeref: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 560 vd.

⁵⁹ Wolf, Art. 602 No: 82.

⁶⁰ “...dava tarihi itibarıyla dava konusu taşınmazlar (temyize konu taşınmaz) davalı Hazine adına kayıtlı olup terekəsi iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi olan davacının mirasbırakanının davacı dışında başka mirasçıları da bulunduğu, mirasbırakanın terekesine göre üçüncü kişi konumunda olan davalı Hazine aleyhine kendi adına açtığı tapu iptali tescil davasında davacının aktif husumet ehliyeti ve bunun sonradan tamam-

her bir mirasçının tek başına hareket etmesi mümkündür. Bu hususta ilk olarak, TMK m.640/4'te mirasçılarının terekedeki hakların korunmasını isteyebileceği düzenlenmektedir. Mirasçılara bu hakkın tanınmasıyla, terekedeki hakların korunması gereken zorunlu hallerde birlikte hareket ilkesine istisna getirilmiştir⁶¹. Bir önceki başlıkta ifade edildiği gibi mirasçılarının tek başına işlem yapabilmesi için terekenin korunması anlamında zorunlu bir halin varlığı, yani bir ivedilik hali bulunmalıdır⁶². Miras ortaklığının menfaati gereği bir an önce hareket edilmesi gereken ancak mirasçılarının tamamının rızasının alınmadığı veya zaman darlığı nedeniyle TMK m.640/3 anlamında miras ortaklığı temsilcisinin atanmasının mümkün olmadığı haller, TMK m.640/4'ün uygulanması için gerekli olduğu kabul edilen ivedilik halleri olarak ifade edilmektedir⁶³.

Terekenin korunması anlamında ivedilik haline ilişkin öğretide birtakım örnekler verilmektedir. Bunlardan ilki, terekede yer alan taşınmaz ve taşınır malların korunmasında ortaya çıkmaktadır. Öyle ki miras ortaklığına ait bir taşınmazın zilyetliğine saldırı veya saldırı tehlikesinin varlığı halinde veya taşınırın rıza dışı elden çıkmış olduğu ihtimalde her bir mirasçı, eşya hukukundan kaynaklanan davaları açma noktasında tek başına hareket etme yetkisine sahip olmalıdır⁶⁴. Bu noktada öğretide bir görüş, bir veya birden fazla

lanma olanağı bulunmadığından davanın usulen reddine karar verilmesi yerine esasa girilerek inceleme yapılması isabetsizdir.” Yarg. 1.HD., T. 11.10.2023, E. 2022/594, K. 2023/5406. (kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 15.08.2024); BGE 121 III 118, **Minnig**, Art. 602 No: 12; **Graham-Siegenthaler**, Art. 602 No: 9.

⁶¹ **Tekdoğan**, Aydın: Miras İş ve İşlemleri ile Miras Davaları (Dava Dilekçesi Örnekleri Eklisi), Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 742; TMK m.640/4 hükmü mirasçılarının hak sahipliğinin elbirliği niteliğine bir istisna teşkil etmemektedir. Hüküm sayesinde tek bir mirasçı, elbirliğiyle kullanılabilen talep hakkını terekeyi korumak amacıyla dava açarak ileri sürebilmektedir. **Gümüş**, s. 360.

⁶² **Lötscher**, s. 178; **Çabri**, s. 43; **Ayan-Durhan**, s.214; BGE 121 III 118 E. 3, **Künzle**, Hans Rainer: Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl. Helbing Lichtenhahn, 2018, Art. 602 No: 11; BGE 125 III 219, 220; 93 II 11, 14 f.; 58 II 195, 198, **Minnig**, Art. 602 No: 25; **Gümüş**, s. 365, 366.

⁶³ **Nonn**, Michael: “Dringlichkeit als Ausnahme zum Grundsatz der Einstimmigkeit bei Handlungen der Erbengemeinschaft”, successio 2019, Zeitschrift für Erbrecht, (2019), s.199; Benzer olarak ivedi hallerde, miras ortaklığı dışındaki bir üçüncü kişi de bütün mirasçılar için hukuki sonuç doğuracak şekilde tek bir mirasçıya irade beyanında bulunabilir. Bu noktada ön koşul, miras ortaklığının yönetimi ve temsilinde kimsenin görevlendirilmemiş olması veya görevlendirilse bile üçüncü kişinin temsil ve ortaklığın yönetimi anlamında bir kişinin görevlendirildiğini bilmemesidir. **Minnig**, Art. 602 No: 25; **Wolf**, Art. 602 No: 91, 95; **Weibel**, Art. 602 No: 41.

⁶⁴ Terekenin korunmasına ilişkin olağan önlemler ve buna yönelik onarım, ürünlerin toplanması ve bozulma ihtimali olanların satılması, ivedilikle yerine getirilmesi gereken iş-

mirasçının kendi adlarına açtığı elatmanın önlenmesi davasının yürütülmesi için diğer mirasçıların onayının alınması ya da miras ortaklığı temsilcisinin atanması gerektiğini savunmaktadır⁶⁵. Ancak bu görüş, öğretide eleştirilmektedir. Eleştiride, ilgili görüşün kabulü halinde terekenin korunması amacını taşıyan ve mirasçıların her birine tek başına hareket etme yetkisi veren hükmün anlamsızlaşacağı savunulmaktadır. Öyle ki mirasçılardan birinin bile davaya katılmaması veya onay vermemesi durumunda TMK m.640/4 ile sağlanmak istenen koruma etkisizleşmektedir⁶⁶. Yine öğretide bu hususa

lemlerin yapılması ile istihkak, el atmanın önlenmesi, tapu sicilinde hak sahipliğinin belirlenmesi gibi bölünmesi mümkün olmayan talepler her bir ortak tarafından dava yoluyla ileri sürülebilir. YHGK, 20.12.2009, E. 2009/1-577, K. 2009/608, YHGK, 23.06.2004, E. 2004/1-379, K. 2004/382. **Çabri**, s. 43, 44; Öğretide bir görüşe göre TMK m.640/4 hükmünün yolsuz tescil halleri de bu kapsamda değerlendirilecek şekilde doğrudan bir aynı hak veya diğer mutlak hak ihlallerinin mevcut olduğu ve ihlalin sona erdirilmesi için dava açılmasının gerektiği hallerde koruma amacının var olduğu varsayılmalıdır. Bu doğrultuda aynı hakka yönelik ihlalin ortadan kaldırılması için açılacak istihkak davası, elatmanın önlenmesi davası ve tartışmalı olmakla birlikte tapu sicilinin düzeltilmesi davası tek bir mirasçı tarafından açılabilmesi ve açılan davayı davacı tarafta tek başına yürütebilmelidir. Hatta ilgili görüşe göre Kanun Koyucu, TMK m.640/4 hükmünü aynı hak veya diğer mutlak hak ihlallerinin var olduğu ve ilgili ihlallerin sona erdirilmesi için dava açılması gerektiği durumları dikkate alarak sevk etmiştir. Görüş için bkz. **Gümüş**, s. 366.

⁶⁵ Mirasçılardan biri tarafından kendi adına üçüncü kişilere açtığı elatmanın önlenmesi davasının yürütülmesi için diğer ortakların onaylarının alınması ya da tereke temsilcisi tayin edilmesi gerektiği hakkında bkz. **Antalya/Sağlam**, s. 481; Yine öğretide zorunlu ve ivedilik hallerinin tamamında tek bir mirasçı tarafından açılan davanın veya icra takibinin hüküm ve etkisinin olabilmesi için diğer mirasçıların sonradan buna katılmaları veya onay vermeleri gerektiği hakkında bkz. **İmre/Erman**, s. 444.

⁶⁶ **Çabri**, s. 43, dn. 109; Yine öğretide Yargıtay'ın verdiği kararlarda 1982 yılına ait İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yapmasının hatalı olduğu belirtilmektedir. (İlgili İBK hakkında bir önceki başlık altında bilgi verilmişti) Zira 2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK m.640/4 hükmünün varlığı, ilgili İBK'nın uygulama gücünü ortadan kaldırmıştır. Bu sebeple açılacak elatmanın önlenmesi davasında mirasçıların tek başına TMK m.640/4'e göre dava açması ve yürütmesi mümkün görülmelidir. **Gümüş**, s. 427-430; Benzer şekilde Yargıtay'ın günümüzde mirasçılardan birinin açtığı aynı temelli davalarda İBK kararına sadık kaldığı görülmektedir. Kararlarda tek bir mirasçının açtığı dava kabul edilse de davanın yürütülmesinde taraf teşkilinin sağlanması yönünde ara karar verilmekte; taraf teşkilinin sağlanamadığı durumda terekeye temsilci atayarak davaya devam edilmektedir. Öğretide bu uygulamanın sonuçları bakımından özel hukuk ilkelerine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Kaldı ki 1982 tarihli İBK döneminde kanunda elbirliği mülkiyeti için ortak menfaati korumaya ilişkin bir hüküm bulunmadığından böyle bir karar verilmiştir. Ancak günümüzde TMK m.640/4 ve m.702/4 hükümleri vardır. Dolayısıyla elbirliği hak sahipliği olan miras ortaklığındaki bu yetki, Kanundan doğmaktayken İBK'nın mülga olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Bu sebeple mülkiyeti koruma ama-

ilişkin başka bir eleştiride, tek bir mirasçı tarafından açılan davaya diğer mirasçıların katılımlarının gerekli görülmesinin, diğer mirasçılara zorunlu olarak davacı sıfatı vermek anlamına geleceği ifade edilmiştir. Hukukta hiç kimse hakkını kullanmak zorunda değildir ve kişilere bu şekilde dava açma zorunluluğu yüklenememelidir. Uygulamada mirasçıların HMK m.59 anlamında zorunlu dava arkadaşı olduğu ifade edilerek bu ilkenin mutlak surette ve her durumda uygulandığı görülmektedir. Ancak bu uygulamanın bir zorunluluk olmadığı; TMK m.640/4 hükmü anlamında tek bir mirasçıya dava açma yetkisi verilmesiyle ortaya çıkmaktadır. Yani ilgili görüş, tek bir mirasçıya dava açma yetkisinin verilmesi halinde diğerlerinin davaya devam etmesi gerektiğini savunmanın mantıklı olmadığını ifade etmektedir. Nitekim TMK m.640/4'teki yetki kullanılırken diğer mirasçılara zarar verilmeyeceği hükmün gerekçesinde de belirtilmektedir.⁶⁷ İsviçre'de de ivedilik halinde terekenin korunmasına yönelik olarak tek bir mirasçının yaptığı işlem, diğer mirasçıların rızası olmaksızın geçerli kabul edilmektedir.⁶⁸

Bununla birlikte terekede yer alan bir malın fiilen korunması için acil bir önlem alınması gerektiği haller söz konusu olabilir. Örneğin terekede bulunan bir malın hasar görmesi durumunda tamir ve onarımı için ivedilikle harekete geçilmesi gerekebilecektir.⁶⁹ Yine ivedilik haline ilişkin olarak öğretide verilen bir diğer örnek ise, terekede bulunan bir alacağın zamanaşımına uğraması veya terekede yer alan bir hakkın hak düşürücü süresinin dolması tehlikesidir. Bu durumlarda her bir mirasçının tek başına dava açarak veya takip yaparak terekenin hak kaybına uğramasını önleyebileceği ifade edilmektedir.⁷⁰ Bu hususta öğretideki bir görüş, her ne kadar uygulamada bu davalar açısından mirasçıların zorunlu dava arkadaşı olduğu kabul edilse de

cıyla açılan aynı temelli davaların her bir mirasçı tarafından açılabilmesi ve yürütülebilmesi kabul edilmelidir. **Bilgin-Yüce**, s. 362, 366.

⁶⁷ Eleştiri için bkz. **Bilgin-Yüce**, s. 362.

⁶⁸ BGE 144 III 277 E. 3.3.1 S. 282. **Lötscher**, s. 179.

⁶⁹ **Ayan-Durhan**, s. 216; Ancak öğretide terekenin korunması bakımından TMK m.640/4'ün kapsamına idari başvuruların (zilyetliğin idari yoldan korunması) girdirdiği kabul edilse de çatının onarımı veya hastalıklı ağaçların ilaçlanması gibi maddi fiil veya hukuki işlemlerin girmeyeceği de savunulmuştur. Zira hükümde geçen "...terekedeki hakların korunmasını isteyebilir" ifadesi bu kabulü gerekli kılmaktadır. Burada TBK m.530/2 hükmünün kıyasen uygulanması gündeme gelmelidir. Bu durumda terekeye dahil arazinin yapının uçan çatısının yaptırılması, meyve ağaçlarının tarım zararlısına karşı ilaçlanması gibi koruma fiilleri, TMK m.640/4'un uygulamasının dışında her bir mirasçı tarafından tek başına gerçekleştirilebilecektir. Görüş için bkz. **Gümüş**, s. 367, 368.

⁷⁰ İvedilik halinde tek bir mirasçının maddi olarak yetki sahibi olması nedeniyle usulen de tek başına hareket etmesi ve dava açması mümkün görülmektedir. **Minnig**, Art. 602 No: 25, 30; **Çabri**, s. 44; **Bilgin-Yüce**, s. 359, 360.

tek bir mirasçı tarafından açılan davaya aynı şekilde devam edilmesi gerektiğini, ancak ifanın davayı açmış olan mirasçıya değil, borç bir verme borcu ise bir yere tevdi kararının verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bununla birlikte borç yapma borcu ise borcun yapılmasına karar verilecek ya da TBK m.113 hükmünün uygulanması gündeme gelecektir⁷¹. Ancak yine öğretide, alacak hakkının korunması için gerekli olan ivedilik halinin varlığında tek bir mirasçının miras ortaklığı adına dava açması mümkün olsa da HMK m.115 hükmü dikkate alındığında açılan davaya ilgili mirasçının diğer mirasçılar yerine davaya katılması ile davaya devam edilmesinin mümkün olmadığı da ifade edilmektedir⁷².

Kanaatimizce tek bir mirasçı tarafından açılan elatmanın önlenmesi davasında olduğu gibi alacak hakkının zamanaşımına uğraması tehlikesi nedeniyle açılacak dava, yine tek bir mirasçı tarafından diğer mirasçılar adına devam ettirebilmelidir. Aksinin kabulü, TMK m.640/4'ün amacına aykırıdır ve hükmün varlığını anlamsızlaştırmaktadır.

Yine terekede yer alan bir değer korunması anlamında tek bir mirasçının hareket etme yetkisinin olması için ivedilik içeren tehlikeli durumun kısmen gerçekleşmiş olması gerekmemektedir⁷³. Benzer şekilde öğretide, her

⁷¹ Bilgin-Yüce, s. 371-372.

⁷² Yazar, bu durumda hâkimin davayı açan mirasçıya, diğer mirasçıların davaya katılmasını veya onayı alınmak üzere miras ortaklığı temsilcisinin atanmasını sağlamak için Sulh Hukuk Mahkemesine başvurulması için süre vermesi gerektiğini ifade etmektedir. Zira ivedilik halinde tek başına hareket eden mirasçının dava ehliyeti veya dava takip yetkisi, dava açma usuli işlemiyle sınırlıdır. Yine yazar Yargıtayın verdiği bir kararı referans göstermektedir. Kararda mirasçılardan birinin satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkin taleple tek bir mirasçı tarafından açılan davada her ne kadar terekenin korunması amacına ilişkin olsa da TMK m.640/4'ün kapsamına girmediğine hükmedilmiştir. (Yarg. 14 HD. T. 27.05.2019, E. 2016/13457, K.2019/4768) İlgili görüş ve karar için bkz. **Gümüş**, s. 369 vd. Ancak TMK m.604/4 hükmünün amacı dikkate alındığında terekenin korunması anlamında hükmün kapsamına dahil olunması için ivedi bir halin varlığı gereklidir. Aksi durumda terekeyi korumak gerekçesiyle ivedi bir hal olmaksızın mirasçıların tek başına yetkili olduğunu savunmak, elbirliği ortaklığının yapısına aykırıdır. Kanaatimizce TMK m.640/4'ün amacı, terekenin korunması gereken acil bir durum için tek bir mirasçıya yetki vermektedir. Aciliyet arz eden bir durum söz konusu olduğunda zaman darlığı nedeniyle bütün mirasçılar bir araya gelememekte veya miras ortaklığı temsilcisi atanamamaktadır. Somut olayda miras ortaklığı temsilcisi atanmasını engelleyen ivedi bir halin varlığına dair bir gösterge yoktur. Doğal olarak böyle bir durum, TMK m.640/4'ün kapsamına girmeyecektir. Ancak terekenin korunması için aciliyet içeren bir durum olsaydı TMK m.640/4 gereği tek bir mirasçının dava açabilmesi ve bu davayı yürütebilmesi mümkün kabul edilmelidir.

⁷³ Bu anlamda terekedeki bir malın zarar görme tehlikesinin varlığı yeterli olup değerlerde herhangi bir azalma aranmamaktadır. **Minnig**, Art. 602 No: 25.

bir mirasçının miras ortaklığının menfaatini korumak için ön alım davasında hak düşürücü sürenin geçirilmemesi adına tek başına dava açabileceği veya ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz kararı alabileceği ifade edilmektedir⁷⁴.

Alman hukukunda da belirtildiği üzere BGB §2038 Abs.1.2'nin devamında terekenin korunması için gerekli olan tedbirlerin alınmasında mirasçılardan her birinin tek başına yetkili olduğu düzenlenmektedir. Böylece her bir mirasçının, terekeyi ivedilik içeren tehlikeli hallerde uğrayabileceği zarardan tek başına koruması mümkün olmaktadır. Ancak bu kapsamdaki önlemler, terekenin olağan yönetimine yönelik olarak alınmalı ve terekenin korunması için gerekli olmalıdır. Bu anlamda terekenin korunmasını aşan ve terekenin iyileştirilmesini amaçlayan önlemler, mirasçının tek başına hareket edebileceği ivedi haller kapsamında değerlendirilmemektedir. Ayrıca Alman hukukunda da Türk-İsviçre hukukuna benzer şekilde ivedilik halinin ön koşulu olarak diğer bütün mirasçıların rızasının zamanında alınamıyor olması aranmaktadır⁷⁵.

2. Uygulamanın Meseleye Bakışı

İsviçre yargısında, mirasçıların tek başına hareket edebileceği ivedilik haline ilişkin farklı değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Federal mahkemenin önüne gelen F, D, A ve B'nin miras ortaklığının üyesi olduğu bir uyuşmazlıkta⁷⁶ aynı zamanda avukat olan F, 22.11.2016'da miras ortaklığı-

⁷⁴ **Antalya/Sağlam**, s. 483; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 694; Öğretide TMK m.640/4 hükmünün kapsamına koruma amaçlı olarak yenilik doğuran hakkın tek bir mirasçı tarafından kullanılamayacağını ifade eden aksi yönde bir görüş mevcuttur. Yenilik doğuran hakkın kullanılması için dava açılması gerekiyorsa da mirasçıların hepsinin birlikte davayı açması gerekmektedir. Mevcut durumda mirasbırakandan intikal eden bir sözleşmesel önalım hakkına dayalı bir önalım davasının mirasçılardan biri tarafından hak düşürücü sürenin dolması tehlikesine dayanak açılması mümkün değildir. Burada dava takip yetkisine ilişkin eksik HMK m.115/2 gereği tamamlanması için süre verilmelidir. **Gümüş**, s. 374, 375.

⁷⁵ **Lohmann**, §2038 No: 10.

⁷⁶ F, D, A ve B miras ortaklığının üyeleridir. Aynı zamanda avukat olan F, 22.11.2016'da miras ortaklığının temsilcisi olarak hareket ettiğini belirterek mirasbırakan ile kira sözleşmesi yapmış bulunan diğer bir mirasçı olan B'ye ve B'nin eşi E'ye karşı icra takibi başlatmıştır. Gerekçe olarak ilgili kira borcunun zamanaşımına uğraması tehlikesi nedeniyle zamanaşımının kesilmesini sağlamak olarak belirtilmiştir. İcra dairesi 25.11.2016'da B ve E'ye ödeme emri göndermiştir. Buna karşılık B ve E, ZGB Art. 602'ye aykırı olarak F'nin miras ortaklığını temsil etme yetkisinin olmadığını ifade ederek 26.11.2016'da ödeme emrine itiraz etmiştir. Bunun üzerine icra dairesi tarafından F'den temsil yetkisinin olup olmadığının ispatı istenmiştir. F ise kendisinin ve kendisi gibi miras ortaklığı üyesi olan müvekkili A'nın, miras ortaklığının temsiline yönelik ve-

nın temsilcisi olarak hareket ettiğini belirterek mirasbırakan ile kira sözleşmesi yapmış bulunan diğer mirasçı B'ye ve B'nin eşi E'ye karşı icra takibi başlatmıştır. Gerekçesini de "ilgili kira alacağının zamanaşımına uğraması tehlikesi nedeniyle zamanaşımının kesilmesini sağlamak" olarak belirtmiştir. Aynı olayda miras ortaklığının üyesi A'nın da vekili ve aynı zamanda mirasçılardan biri olan F tarafından ilgili hukuki yollara başvurulmadan evvel, 08.09.2016 tarihinde mirasçı A, diğer mirasçı B ve eşi E'den ilgili kira alacağına ilişkin zamanaşımı def'inden feragat etmelerini istemiştir.

Federal mahkeme, ilk olarak miras ortaklığının, mirasçılardan birine karşı talepte bulunması durumunda oybirliği ilkesinin aranmadığını; ancak bu durumda da mirasçıya karşı talepte bulunacak olan miras ortaklığındaki diğer bütün mirasçıların birlikte hareket etmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mirasçılardan her biri, miras ortaklığının menfaatinin hızlı hareket etmeyi gerektirmesi ve bütün mirasçıların rızasının alınamaması veya miras ortaklığı temsilcisinin atanması için gerekli sürenin bulunmaması durumunda, miras ortaklığının temsilcisi gibi hareket edebilmektedir. Kararda, sona ermek üzere olan bir hak düşürücü sürenin varlığı durumunda hakkın korunması veya zamanaşımına uğramak üzere olan bir alacağa ilişkin sürenin kesilmesinin sağlanması ya da hızlı hareket edilerek mirasçılar topluluğuna gelebilecek yakın bir zararın önlenmesi, ivedi haller kapsamında değerlendirilmiştir. Bu noktada tek bir mirasçının miras ortaklığını temsilen yaptığı işlemler, diğer mirasçıların rızasına gerek olmaksızın bağlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu hallerde alınacak kararlar, ivedi haller olduğu sürece geçerli olarak bütün mirasçıları bağlamaktadır.

kaletnamesinin olmadığını belirtmiştir. Ancak mirasçı F, B ve E'den talepte bulunduğu alacağın beş yıllık zamanaşımı süresinin dolmak üzere olduğu göz önünde bulundurulduğunda tereke varlığının korunması ve dolayısıyla miras ortaklığındaki bütün mirasçıların lehine olarak tek başına hareket etme yetkisine sahip olacağı ivedi bir halin olduğunu savunmuştur. 30.11.2016'da B ve E, icra dairesinden yapılan takibin iptalini talep etmiş, icra dairesi ise 06.01.2017 tarihli bir yazıyla on gün içinde şikâyetle bulunulması gerektiğini bildirmiştir. Bunun üzerine B ve E, 16.01.2017 tarihinde mahkemeye ortak bir başvuru yaparak F'nin miras ortaklığını temsil yetkisinin olmadığını ifade ederek takibin iptalini talep etmiş; mahkeme 13.02.2017'de B'nin şikâyetini reddetmiş ancak B'nin şikâyeti, tetkik merci tarafından kabul edilerek ödeme emri iptal edilmiştir. A, bu kararı 28.08.2017'de temyiz etmiştir. A, temyiz başvurusunda alt mahkemenin kararının değiştirilmesini talep etmiş; B ise temyiz başvurusunun reddini istemiştir. Federal Mahkeme ise Federal Mahkeme Kanunu (BGG) m.76'a göre usulen B'nin ilgili temyiz yoluna başvurabileceğini belirtmiştir. Ayrıca Federal Mahkeme, icra dairesinin usulen temsil yetkisi eksikliğini re'sen dikkate almayacağını ifade etmiştir. BGE 144 III 277. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Nonn**, 2019, s. 199 vd.

Ancak somut olayda, mirasçı A'nın vekili ve aynı zamanda mirasçı olan F tarafından ilgili takipler başlatılmadan önce, mirasçı A, 08.09.2016 tarihinde diğer mirasçı B ve onun eşi E'den bahsi geçen kira alacağına ilişkin zamanaşımı def'inden feragat etmelerini talep etmiştir. Bu durumu dikkate alan ilk derece mahkemesi, ivedilik durumunun gerçekleşmediğine hükmetmiştir. Zira mirasçı A; öncesinde mirasçı B ve onun eşi E'den böyle bir talepte bulunabiliyorsa F'nin tek başına ilgili hukuki yola başvurmasına gerek olmaksızın diğer mirasçı D'nin onayı alınarak birlikte hareket edilmesi mümkün olabilirdi. Hal böyleyken F'nin tek başına zamanaşımının kesilmesi için talepte bulunması, ivedilik gerektiren ve birlikte hareket ilkesine istisna yaratacak bir durum sayılmamalıdır.

Federal mahkeme ise ilk derece mahkemesinin gerekçesine katılmakta ve ivedilik halinin varlığına dikkat çekmektedir. Somut olayda birlikte hareket ilkesinin geçerli olduğu kabul edilirse, terekenin korunması için derhal miras ortaklığı temsilcisinin atanması gerekecek bu da bir aydan daha fazla süre alabilecektir. Kira alacağı, OR Art. 128 (TBK m. 147) gereği beş yıllık zamanaşımına tabidir ve her bir alacağa ilişkin zamanaşımı, vade tarihinden itibaren ayrı ayrı işlemeye başlamaktadır. Yine OR Art.135 (TBK m.154) gereği icra takibinde bulunulması durumunda alacağa ilişkin zamanaşımı kesilir. Yani kira sözleşmesinde her ay başka bir kira borcunun zamanaşımına uğrar nitelikte olması ve temsilcinin atanmasının bir aydan fazla sürede olabilecek olması, meselenin ivedilik içerdiğini düşündürmektedir. Ayrıca Federal mahkemeye göre somut olayda B'nin kendisine yapılan bir icra takibini kabul etmeyeceği ve borcu ödemeyeceği aşıkârdır. Sonuç itibarıyla Federal mahkeme, nihai olarak ivedilik halinin var olup olmadığının her durumda mevcut ana göre değerlendirilmesi gerektiğine ve somut olaydaki durumun o an için bir ivedilik hali teşkil ettiğine hükmetmiştir. Ancak bu karar da öğretide eleştirilmiş ve ilk derece mahkemesinin kararının makul olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, mirasçılardan birinin kiracılara yaptığı takipten önce, başka bir mirasçının kiracılardan zamanaşımı def'inden feragat etmelerini istemesi, ivediliği ortadan kaldırmalıdır. Zira zamanaşımı def'inden feragat talebinde bulunacak bir zaman varsa bu zaman, mirasçıların bir araya gelmesi veya temsilci atanması için de yeterlidir. Aynı zamanda her bir alacak için beş yıllık zamanaşımı süresi de mirasçıların birlikte hareket etmesinin sağlanması; en azından bir temsilcinin atanması için oldukça yeterlidir⁷⁷.

⁷⁷ Nonn, 2019, s. 202.

Federal Mahkemenin daha yeni tarihli bir kararında, ivedilik hali hakkında daha farklı bir değerlendirme yapılmıştır⁷⁸. Yine olayda, benzer şekilde miras ortaklığını temsilen tek başına hareket eden bir mirasçı, diğer bir mirasçının eşinin, mirasbırakanla yaptığı bir ödünç sözleşmesinden doğan alacağın zamanaşımına uğrayacağı gerekçesiyle ivedilik halinin varlığını iddia etmiştir. Mirasçının başlattığı icra takibine borçlu itiraz etmiş ve ilgili mirasçının tek başına söz konusu yola başvuramayacağını; aksi durumun birlikte hareket ilkesine aykırı olacağını savunmuştur. Aynı zamanda borçlu, takip başlatan mirasçının alacağın doğduğu sözleşmenin varlığını çok uzun süredir bildiğini eklemiştir. İlk derece mahkemesi, zamanaşımı süresinin sona ermek üzere olduğunu ve her ne kadar mirasçı, ilgili sözleşmeyi uzun süredir bilse de sözleşmeye ilişkin belgeye yeni ulaşma imkânı olduğundan bu noktadaki iddiasının ispatını da bu andan itibaren yapabilir hale geldiğini belirtmiştir. Bunun üzerine borçlu, kararı temyiz etmiştir. Federal Mahkeme ise mirasçının alacağa ilişkin sözleşme belgesini zamanaşımına uğramak üzere olduğu dönemde bulmasının ivedilik hali teşkil etmeyeceği ve başlatılan icra takibine bir etkisinin olmayacağına karar vermiştir. Zira İsviçre hukukunda bir karara, resmî belgeye veya senede dayanmayan alacaklar için de takip başlatılabilmektedir. Dolayısıyla mevcut olayda ivedilik halinin oluşmadığı sonucuna varılmıştır.

Genel olarak birlikte hareket ilkesinin mahkemeler nezdindeki önemi, verilen kararlarda belirgin bir şekilde görülmektedir. Zira mirasçıların tek başına hareket etmesini sağlayan ivedilik halinin kapsamının birçok noktada sınırlandırılarak tek bir mirasçının miras ortaklığını temsil etme yetkisinin olmadığı, ilk derece mahkemeleri veya Federal mahkeme tarafından hükme bağlanmış durumdadır. Bahsi geçen ikinci Federal Mahkeme kararına konu olayda, mirasçılardan birinin borçlunun eşi olduğu dikkate alındığında, ilgili mirasçının diğer mirasçılarla birlikte hareket ederek borçlu olan eşine takip başlatmama ihtimali oldukça yüksektir. Dolayısıyla geriye kalan tek seçenek, miras ortaklığı temsilcisinin atanmasıdır. Federal mahkeme de mirasçının (ilgili alacağın doğduğu sözleşmeden uzun süredir haberdar olmasına rağmen) hareketsiz kalmış olması nedeniyle ortaya çıkan ivedilik halini, birlikte hareket ilkesinin istisnası olarak değerlendirmemektedir. Bu yönde verilen kararın, esasında elbirliği ortaklığı olan ve kanun gereği doğan miras

⁷⁸ BGer 5A_528/2021. İlgili karar ve karar hakkında ayrıntılı yorum için bkz. **Nonn**, Michael: “(Zu) Hohe Anforderungen an die Dringlichkeit als Ausnahme vom Grundsatz des gemeinsamen Handelns in der Erbengemeinschaft”, *successio* 2023, *Zeitschrift für Erbrecht*, s. 337 vd.

ortaklığı için öngörülen katı rejimin korunması anlamında yerinde olduğu düşünülse de kararda mirasçının sözleşmeyi sonradan elde edebilmiş olmasının herhangi bir etkisinin olmayacağının kabul edilmesi, eleştiriye açık bir durumdur. Aynı Federal mahkeme kararının devamında karara, resmî belgeye veya senede dayanmayan alacaklar hakkında da icra takibinin yapılacağı kabul edilmekle birlikte takibin alacağa ilişkin zamanaşımını kesebilmesi için alacağın doğduğu tarihin belirtilmesi ve borçlu tarafından güven ilkesi gereği hangi alacağa yönelik takip yapıldığının şüpheye yer bırakmayacak biçimde tanınabilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁹.

Mahkemenin İsviçre hukukunda bir karara, resmî belgeye ve senede dayanmayan alacaklar için takip başlatılabileceği gerekçesi doğru olsa da mevcut davada mirasçının uzun süredir sözleşmeden haberi olduğu iddiası yanında mirasçının sözleşmenin içeriği hakkında ne kadar bilgi sahibi olduğu hususu belirsizdir. Bu durumda sözleşmeye ulaşılmaksızın yapılacak takibin mahkemenin belirttiği kısıtlara uygunluğu ve alacağı kanıtlama kabiliyetinin olup olmayacağı şüpheli hale gelmektedir. Dolayısıyla burada ilgili takip, sözleşme ele geçmeden önce yapılmış olsaydı da, alacağa ilişkin zamanaşımını kesmeyebileceği düşüncesi mantıklı hale gelmektedir⁸⁰.

Aynı zamanda borçlunun mirasçılardan birinin eşi olması nedeniyle mirasçıların birlikte hareket etmesi pek olası olmayan somut olayda, yalnızca miras ortaklığı temsilcisinin atanması mümkündür. Burada her ne kadar mirasçının sözleşme hakkındaki bilgisinin kapsamı bilinmese de miras ortaklığı temsilcisi atayan makamın, iddia edilen ancak iddianın ispatını sağlayacak sözleşme elde yokken temsilci atanmasına karar vermesi de pek mümkün görülmemektedir. Dolayısıyla sözleşmeye ulaşamayan ilgili mirasçının miras ortaklığı temsilcisinin atanmasını talep etmemiş olmasını, ivediliği ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirmemek gerekir. Burada mirasçının sözleşmeyi elde etmesinden sonra miras ortaklığı temsilcisi atanması için gerekli zamanın olmadığı ve mirasçının tek başına talepte bulunmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir⁸¹.

Türk uygulamasında verilen bir karara konu olayda, mirasbırakan tarafından keşide edilen bir bono için mirasçılarına kambiyo senetlerine özgü icra takibi başlatılmış ve mirasçılar tarafından senetteki imzanın mirasbırakana ait olmadığına tespiti ve takibin iptali için dava açılmıştır. Davacı tarafta mirasçıların tamamının yer almadığı bu davada, yerel mahkeme talebi

⁷⁹ Nonn, 2023, s. 341.

⁸⁰ Nonn, 2023, s. 341.

⁸¹ Nonn, 2023, s. 341, 342.

kabul etmiş ancak Yargıtay tarafından birlikte hareket ilkesinin ihlali gerekçesiyle karar bozulmuştur. Gerekçe olarak elbirliği ortaklıkta mirasçılarının açılacak davalarda zorunlu dava arkadaşlığının olması gerektiği belirtilmiştir. İlk derece mahkemesi direnme kararında, ek olarak mirasçılar arasında müteselsil borçluluk esası benimsendiğinden alacaklı borcun tamamını veya bir kısmının ifasını dilerse borçluların hepsinden dilerse yalnızca birinden talep edebileceği için tüm mirasçılarının ilgili davada taraf olmasının aranmaması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla davacı olmayan mirasçılarının muvafakatine ya da terekeye temsilci tayinine de gerek olmamalıdır. Direnme kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, birlikte hareket ilkesi kural olmakla beraber, TMK m.640/4 ve TMK m.702/4 gereği her bir ortağın topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabileceğini ve bu korumadan da diğer ortakların yararlanabileceğini ifade eden ilk derece mahkemesinin direnme kararının yerinde olduğuna hükmetmiştir. Karara göre somut olayda mirasçılarının birlikte hareket etmesi veya miras ortaklığı temsilcisinin atanmasına gerek bulunmamaktadır⁸².

İlgili YHGK kararında terekenin korunması hali, birlikte hareket ilkesinin istisnası olarak kabul edilmekle birlikte ivedilik hususu açıkça incelenmemektedir. Ancak görülmektedir ki, İcra ve İflas Kanunu m.168/5'te kambyo senetlerine özgü takiplerde ödeme emrinde, "Takip müstenidi kambyo senedindeki imza kendisine ait olmadığı iddiasında ise bunu beş gün içinde açıkça bir dilekçe ile icra mahkemesine bildirmesi; aksi takdirde kambyo senedindeki imzanın bu fasıl gereğince yapılacak icra takibinde kendisinden sadır sayılacağı ve imzasını haksız yere inkar ederse sözü edilen senede da-

⁸² Hukuk Genel Kurulu kararında TMK m.702 gereği ortaklardan her birinin, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabileceği, bu korumadan da bütün ortakların yararlanacağını kabul edildiği, elbirliği mülkiyetinde ortaklardan her birinin ortaklığa giren hakları dava veya diğer yollarla koruma yetkisine sahip olduğu, bu korumadan bütün ortakların yararlanacağı, fakat davacının davasını kaybetmesinin diğer ortakların haklarını etkilemeyeceği ifade edilmiş olup, somut olayda ortaklardan birinin açacağı dava ile tüm maliklerin hakkının korunması yanında terekenin yararına da bir sonuç doğduğu, keşideci mirasbırakanın terekesinin elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi olmakla birlikte, menfi tespit talebi yönünden mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığının bulunmadığı, menfi tespit davasının tereke üzerinde tasarruf işlemi olmayıp terekedeki hakların korunmasına yönelik bir dava olduğu, davacının davaya konu kambyo senedindeki imzanın murisine ait olmadığına ilişkin talebi açısından mahkemece verilen kararın terekeye yönelik verilmiş bir karar olacağı cihetle ilk derece mahkemesince dava dışı mirasçılarının muvafakatinin alınması, davaya katılımının sağlanması ya da terekeye temsilci tayininin zorunlu olmadığına yönelik direnme kararı vermesinin yerinde olduğuna karar vermiştir. YHGK, 18.06.2019, E. 2017/19-839, K. 2019/690. (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 01.12.24).

yanan takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm edileceği ve icra mahkemesinden itirazının kabulüne dair bir karar getirmedeği takdirde cebri icraya devam olunacağı ihtarı” yer almaktadır. Bu ihtar gereği somut olayda mirasçıların ivedilikle hareket etmesi gerektiği ortadadır. YHGK kararında ivedilik unsurunun açıkça zikredilmemiş olması; kanaatimizce bu unsurun aranmadığı anlamına gelmemelidir. Dolayısıyla terekenin korunması için ivedilik gerektiren bir halin varlığında her bir mirasçının tek başına hareket ederek dava açması veya takip yapması ve sürdürmesi mümkün kabul edilmelidir. Ancak mevcut olayda ivedilik içeren bir hal yoksa TMK m.640/4 hükmü uygulanmayacaktır. Bu durumda mirasçıların birlikte hareket etmesi veya miras ortaklığı temsilcisinin atanması gerekmektedir. Çünkü ilgili hükmün amacı, vakit darlığı nedeniyle mirasçıların bir araya gelmesinin mümkün olmadığı veya miras ortaklığı temsilcisinin atanmadığı hallerde tek bir mirasçının miras ortaklığı adına terekeyi koruyacak işlemleri yapabilmesini mümkün kılmaktır.

C. Vekaletsiz İş Görme

Her bir mirasçının, TBK m. 526 anlamında vekaletsiz iş gören olarak miras ortaklığı adına ve hesabına hareket edebilmesi gerektiği öğretide savunulmaktadır⁸³. Her ne kadar miras ortaklığı bakımından vekaletsiz iş görme ilişkisine ilişkin bir hüküm bulunmasa da öğreti, diğer bir elbirliği ortaklık olan adi ortaklık için öngörülen TBK m.530/2 hükmünün, ilgili ortaklıkların benzerliğini vurgulayarak miras ortaklığı üyesi mirasçılar açısından da kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir⁸⁴. Böylece vekaletsiz iş görmenin gerekliliklerini yerine getiren mirasçılar, vekalet olmaksızın hareket etmiş olacaklar ve vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi olacaklardır. Bu anlamda iş gören mirasçıların, TBK m.529’a göre işin görülmesinde yaptığı zorunlu ve faydalı masraflarla birlikte ücret ödenmesi konusunda bir teamül varsa

⁸³ TBK m. 530/2: “Adi şirket ortaklarından biri, işin yönetimi konusunda yetkili olmamasına rağmen şirketin işini görürse ya da yetkisinin sınırlarını aşarak şirket hesabına muamelede bulunursa; o ortak hakkında vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır.”; TMK m.640/4 hükmü, mirasçıya kanuni bir temsil yetkisi verirken; vekaletsiz iş görme hükümleri gereği hareket eden mirasçının temsil yetkisi bulunmamaktadır. **Lötscher**, s. 179, 180; **Weibel**, Art. 602 No: 36; İş sahibinin farazi iradesi dikkate alındığında iş sahibinin menfaati açısından objektif olarak iş görmenin gerekli olduğu sonucuna varılabilmişse zaruri bir destek ihtiyacının varlığı kabul edilecektir. **Tandoğan**, Haluk: Muka-yeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1957, s. 97.

⁸⁴ **Minnig**, Art. 602 No: 26; **Lötscher**, s. 179; **Wolf**, Art. 602 No: 94; **Ayan-Durhan**, s. 216; **Antalya/Sağlam**, s. 483.

hak edilen ücreti ve zarara uğrandıysa tazminini talep etme hakkı olacaktır. Ayrıca öğretide, mirasçıların bu taleplerini, yalnızca işin ivedilik hali kapsamında görülmesi halinde değil; bunun dışındaki hallerde de ileri sürebilmelerinin mümkün olması gerektiği savunulmaktadır⁸⁵.

Ancak bir önceki başlıkta açıklandığı üzere Federal Mahkemenin mirasçılarının tek başına hareket etmesini mümkün kılan ivedilik şartı hakkındaki kısıtlayıcı temayülü ile öğretide savunulan vekaletsiz iş görme hükümlerinin miras hukukunda da kıyasen uygulanabileceği görüşü birbiriyle pek uyumlu görünmemektedir⁸⁶. Son olarak TBK m.531 gereği vekaletsiz iş gören mirasçının işi, diğer mirasçılar tarafından onaylanırsa vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır⁸⁷.

SONUÇ

Çalışmanın ilk bölümünde miras ortaklığının yönetimi, tereke varlığını konu alan hukuki işlemlerin yapılması ve miras ortaklığının temsilinde mirasçılarının hareket biçimleri karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Türk-İsviçre hukukunda birlikte hareket ilkesine bağlı kalma yönünde bir temayül bulunmakta olup mirasçılarının tek başına hareketi ancak istisnai hallere özgü ve kapsamı dar yorumlanan bir durumdur. Alman hukukunda da kural olarak birlikte hareket ilkesi kabul edilmekle birlikte; terekenin olağan ve olağanüstü yönetimi ayrımının yapıldığı ve olağan yönetime ilişkin işlerde oybirliği ilkesinden sapılarak oyçokluğunun kabul edildiği bir sistem bulunmaktadır. Bu kabul sayesinde mirasçılar, olağan yönetime ilişkin işlerde oyçokluğuyla

⁸⁵ Öğretide, ivedi hallerde mirasçılarının tek başına hareket etmesi hususunda kanunen yetkili kılındığı, bu sebeple vekaletsiz iş görme hükümlerinin esas olarak ivedilik içermeyen hallerde önem arz ettiği ifade edilmektedir. **Ayan-Durhan**, s. 217; İsviçre’de de ivedilik halinin varlığının ilgili hükmün uygulanması için gerekli olmadığı savunulmaktadır. **Minnig**, Art. 602 No: 26; Bununla birlikte burada ortaya çıkabilecek bir diğer mesele ise TBK m.526 gereği mirasçının, gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi olmasında başkasının hesabına iş görürken iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun davranması gerekliliğidir. Ancak mirasçı, miras ortaklığına ilişkin iş görürken kendi menfaati de etkilenmektedir. Esas olarak mirasçının iş görürken kendi menfaatlerini göz önünde bulundurması, gerçek vekaletsiz iş gören olmasına engel değildir. Bu noktada önem arz eden husus, mirasçının kişisel menfaatinin ağır basıp basmadığıdır. Bu nedenle bir mirasçı, kendi çıkarlarını öncelikli veya en azından aynı derecede gözeterek hareket ediyorsa, direkt olarak gerçek vekaletsiz iş gören olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı meselesi, tartışmaya açık hale gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Lötscher**, s. 179, 180.

⁸⁶ **Lötscher**, s. 179, 180.

⁸⁷ **Ayan-Durhan**, s. 217; **Weibel**, Art. 602 No: 34.

karar alabilecek; böylelikle miras ortaklığının yönetilmesinde oybirliği ilkesinin beraberinde getirdiği sorunların önüne geçilebilecektir.

Ayrıca Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi terekenin korunmasına yönelik önlemler, tek bir mirasçı tarafından alınabilmektedir. Ancak bu durum ilgili hukuk sistemlerinde istisnai bir hal olarak görülmüş ve ivedilik içeren hallerde geçerli kabul edilmiştir.

Birlikte hareket ilkesi, tereke değerlerinin ve mirasçıların korunması bakımından faydalı bir ilkedir. Ancak yapısı gereği mirasçıların tamamını bir araya getirmeye zorladığından bazı hallerde miras ortaklığını hareket edemez noktaya getirme riskinin olduğu da bir gerçektir. Türk-İsviçre hukukunda söz konusu dezavantajlı haller için birtakım istisnalara yer verilmiştir. Ancak bu haller mümkün oldukça esas kuralın yanında dar yorumlanmış ve mirasçıların terekeye ilişkin hususların akıbetinde birlikte hareket etmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bunun yanında Alman hukukunda terekenin yönetiminin olağan ve olağanüstü yönetim biçiminde ayrılması ve yalnızca olağanüstü yönetime ilişkin işlerde birlikte hareket ilkesinin gerekli kılınması gerek mirasçıların bireysel menfaatinin korunması gerekse miras ortaklığının hareketini kısıtlamaması bakımından dengeli bir sistemdir. Ayrıca Alman hukukunda terekeye ilişkin bütün tasarruf işlemlerinde mirasçıların birlikte hareket etmesi gerektiği ifade edilse de son zamanlardaki hâkim görüş, tasarruf işlemlerinin yalnızca terekenin olağanüstü yönetimine ilişkin olması durumunda oybirliği ilkesinin geçerli olacağını savunmaktadır. Bu durumda tasarruf işlemi terekenin olağan yönetimine ilişkinse oyçokluğu ile yapılabilmelidir.

İsviçre hukukunda da paylı mülkiyetteki hareket modelinin miras ortaklığı bakımından da uygulanması gerektiği fikri son zamanlarda dile getirilmektedir. ZGB Art.602.2'nin lafzi ve tarihi yorumundan bu sonuca varılabileceği ifade edilse de öğretideki ve uygulamadaki katı tutum, bu yorumun benimsenmesi adına pek ümit verici değildir. Ancak olması gereken hukuk bakımından mirasçıların terekenin olağan yönetiminde oyçokluğuyla; terekenin olağanüstü yönetiminde de genel kural olan oybirliği prensibine göre hareket etmesi yönünde değerlendirme yapılabilir.

Çalışmanın ikinci kısmında ise mirasçıların tek başına hareket edebilmesini mümkün kılan hallere yer verilmektedir. Birlikte hareket ilkesinin kanuni bir istisnası olarak mirasçılar, terekenin korunması gereken durumlarda miras ortaklığını temsilen tek başına hareket edebileceklerdir. Bu kapsamda her bir mirasçının dava açması veya takip yapması ve ilgili dava ve takibi yürütmesi mümkündür. TMK m.640/4 kapsamındaki haller, miras

ortaklığının menfaati gereği bir an önce hareket edilmesi gereken ancak mirasçılarının tamamının rızasının alınmadığı veya zaman darlığı nedeniyle TMK m.640/3 anlamında miras ortaklığı temsilcisinin atanmadığı ivedilik içeren hallerdir. Miras ortaklığının katı yapısı, ortakların arasındaki sıkı bağıllılık ve birlikte hareket ilkesi dikkate alındığında bu sistemde mirasçılarının tek başına hareket edebilmesi için terekenin korunması anlamında ivedilik arz eden hallerin varlığı gereklidir. Aksi durumda terekeye konu malların diğer mirasçılar tarafından kontrolü zorlaşabilecektir. Bu da bütün anlamda terekenin korunmasını engeller niteliktedir. Dolayısıyla kanaatimizce ivedilik içeren durumun varlığı, hükmün uygulanmasının doğal şartı niteliğindedir.

Türk-İsviçre hukukunda ise terekenin korunmasını gerektiren ivedi hallerine ilişkin birtakım örneklerle yer verilmektedir. Ancak görülmektedir ki özellikle İsviçre yargısında ivedilik ilkesi her bir somut olayda titizlikle incelenmektedir. Yani söz konusu istisnai hal mümkün mertebe dar yorumlanmaktadır. Aynı şekilde paralel olarak Alman hukukunda da mirasçılarının tek başına hareket edebilmesi, ivedilik gerektiren bir hal varsa söz konusu olmalıdır. Ancak yine Alman hukukunda tereke alacaklarının tahsilinde her bir mirasçının tek başına hareket ederek talepte bulunabileceği düzenlenerek bu noktada da bir esneklik sağlanmıştır.

Verilen kararlar incelendiğinde İsviçre yargısında, terekedeki hakların korunması için ivedi halin varlığı aransa da tek başına hareket eden mirasçının, hakkın korunması meselesi aciliyet kazanmadan önce diğer mirasçılarla hareket edip edemeyeceği veya miras ortaklığı temsilcisinin atanmasının mümkün olup olmadığı incelenmektedir. Örneğin bir tereke alacağının zamanaşımına uğramak üzere olması, esas itibarıyla terekenin menfaatini zedeleyeceğinden terekenin korunması adına ivedilik içeren bir haldir. Ancak yargı kararlarında, her ne kadar mirasçının tek başına takip başlattığı dönemde alacak zamanaşımına uğramak üzere olsa da zamanaşımına uğramadan evvel mirasçılarının birlikte talepte bulunmasının mümkün olduğu veya miras ortaklığı temsilcisinin atanması için vaktin varlığı tespit edilirse ilgili mirasçının talebi, ivedilik olmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir. Yani ivedilik gerektiren halin olup olmadığı, talepte bulunulan ana özgü şartlara göre değil; öncesinde birlikte hareket etme imkanının bir an için doğup doğmadığına bakılarak değerlendirilmektedir. Aynı zamanda ilgili mirasçı, talepte bulunduğu anda zamanaşımına uğrayacak bir alacak olsa bile daha öncesinde mirasçının miras ortaklığı temsilcisinin atanması talebinde bulunabileceği ve atamanın hak zamanaşımına uğramadan gerçekleşebileceği bir olasılık varsa ivedilik halinin olmadığına hükmedilmektedir.

Terekenin korunması adına gerekli görülen ivedilik halinin bu kadar dar yorumlanması, mirasçılarının birlikte hareket ilkesi gereği korunması beklenen menfaatiyle çelişmektedir. Zira birlikte hareket ilkesiyle mirasçılarının tereke hakkında beraber karar alması ve diğer mirasçılar aleyhine tereke değerlerinin elden çıkarılması veya zarara uğramasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Ancak bir tereke alacağının zamanaşımına uğraması nedeniyle takip yapılması için ivedilik halinin bu denli titizlikle değerlendirilmesi, terekenin ve mirasçılarının menfaatine aykırıdır. Kaldı ki terekenin korunması adına tek başına hareket eden mirasçının elde ettiği koruma, diğer mirasçılara da sırayet etmektedir. Yani diğer mirasçılar da bu korumadan yararlanmaktadır. Ayrıca aksi durumun kabulü, terekenin korunması adına çalışan mirasçının, terekeyle hiç ilgilenmeyen mirasçı karşısında korumasız hale gelmesine neden olacaktır. Birlikte hareket ilkesiyle amaçlanan bu olmasa gerektir. Kanaatimizce mirasçılarının oyçokluğuyla hareket etmesini kolaylaştıracak bir sistemin öngörülmesi ve terekenin korunması adına hareket eden mirasçı için ivedilik halinin katı yorumlanmaması, miras ortaklığı ve mirasçılar adına çok daha adaletli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar**, Faruk: Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Akçaal**, Mehmet, “Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim”, SDÜHFD, 9 (2), 2019. s. 210-249.
- Antalya**, Gökhan/**Sağlam**, İpek: Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku, C. III, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Ayan-Durhan**, Elif: “Miras Ortaklığında Birlikte Hareket Etme İlkesinden Doğan Sakıncaları Gidermeye Yönelik Hukuki Yollar”, AHBVUHFD, C. 25, 2022, S. 2. s. 207-231.
- Ayiter**, Nuşin: Miras Hukuku, S’ Yayınları, Ankara 1980.
- Berberoğlu-Yenipınar**, Filiz: Tereke Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Bilgin-Yüce**, Melek: Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Elbirliği Mülkiyetinde Dava Arkadaşlığının Değerlendirilmesi, Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, İstanbul 2019.
- Büchi-Wehinger**, Claudia/**Reich**, Rahel: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 4. Aufl., 2021.
- Buz**, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998. (Dönme)
- Buz**, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005. (Yenilik)
- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) C. III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Eberl-Borges**, Christina: “Verfügungsgeschäfte der Erbengemeinschaft im Rahmen der Nachlassverwaltung”, NJW 2006. s. 1313-1315)
- Gergen**, Thomas: Münchener Kommentar zum BGB 9. Auflage, C.H. BECK 2022.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Medeni hukuk ve Medeni Usul Hukuku Boyutuyla Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi (TMK m. 640/III), Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- Graham-Siegenthaler**, Barbara: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 4.Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2023.

- İmre, Zahit/Erman, Hasan:** Miras Hukuku Yasal Mirasçılık, Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Mirasın Geçmesi, Mirasın Taksimi, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2018.
- İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Şeref:** Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- Künzle, Hans Rainer:** Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl. Helbing Lichtenhahn, 2018.
- Lohmann, Ilse:** BeckOK, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 71. Ed, C. H. Beck 2024.
- Lötscher, Cordula,** “Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft”, Zeitschrift für Erbrecht Successio, 2019. s. 174-198.
- Minnig, Yannick:** Basler Kommentar ZGB II, 7. Aufl. Helbing Lichtenhahn, 2023.
- Nonn, Michael:** “Dringlichkeit als Ausnahme zum Grundsatz der Einstimmigkeit bei Handlungen der Erbengemeinschaft”, successio 2019, Zeitschrift für Erbrecht, 2019, s. 199-204
- Nonn, Micheal:** “(Zu) Hohe Anforderungen an die Dringlichkeit als Ausnahme vom Grundsatz des gemeinsamen Handelns in der Erbengemeinschaft”, successio 2023, Zeitschrift für Erbrecht, 2023, s. 337-342.
- Oğuzman, Kemal:** Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay:** Miras Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Tandoğan, Haluk:** Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1957.
- Tekdoğan, Aydın:** Miras İş ve İşlemleri ile Miras Davaları (Dava Dilekçesi Örnekleri Ekli), Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.
- Vardar-Hamamcıoğlu, Gülşah:** Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Weibel, Thomas:** Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl. Helbing Lichtenhahn, 2023.
- Wolf, Stephan:** Berner Kommentar Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Stämpfli, 2014.

TAŞINMAZ MÜLKİYETİ ÜZERİNDE KAMU HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1588727>

Dr. Öğr. Üyesi Yücel ÖZDEMİR*

Öz

Özel kişilerin mülkiyet hakkını kullandığı taşınmaz mallar üzerinde kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamaların sayısının çokluğu karşısında bunlarla ilgili ortak özellikleri ve ortak uygulamaları içeren akademik çalışmalar çok azdır. Günümüzde taşınmaz malikleri açısından kamu yararına yönelik bu tür sınırlamalardan kaçmak mümkün değildir. Nitekim bu tür sınırlamalar zamanla mülkiyet hakkının içeriğinde yer alan yükümlülükler olarak görülmeye başlamıştır. Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları sadece hukukun değil, ekonominin de önemli bir konusudur. Özellikle yoğun yerleşimlerin olduğu nüfus bölgelerinde bir taşınmazın tapu siciline tescil edilmeden, birden fazla idare tarafından birden fazla nedenle sınırlanabilmesi hem hukuki öngörülebilirliği hem emlak piyasasının şeffaflığını etkilemektedir. Dolayısıyla bu çalışmada kamu hukukundan kaynaklanan bu tür sorunların teorik temeline ve uygulamadaki yansımalarına değinilmiştir. Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarının ortak bir hukuki rejime kavuşturulmasının hem uygulayıcı kurumlar hem de maliklere faydaları gösterilmeye çalışılmıştır. Her ne kadar çeşitli özel kanunlara dağılmış olsa da hepsi aynı taşınmaz mülkiyetine sınırlama getiren kamusal mülkiyet sınırlamaları belirli bir hukuki çerçevede incelenebilir. Bu konuda Anayasamızın ve özel kanunların oluşturduğu kurallar kapsayıcı ve açıklayıcı değildir. Çalışmada ayrıca çeşitli uygulama örnekleri üzerinden kendi hukuk sistemimize getirilebilecek kamu yararına yönelik yeniliklere dair öneriler ele alınmıştır. Bu çerçevede öne çıkan üç ülkenin sistemi gösterilmiş ve örnek alınabilecek yönleri belirlenmiştir.

* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Konya (yucel.ozdemir@karatay.edu.tr) ORCID: 0000-0003-2046-5158 (Gönderim Tarihi: 20.11.2024-Kabul Tarihi: 13.02.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Taşınmaz Mallar, Mülkiyet Hakkı, Kamu Yararı, Kamu Hukuku, Kamusal Mülkiyet Sınırlamaları

**LIMITATIONS ARISING FROM PUBLIC LAW ON
REAL ESTATE OWNERSHIP**

(Research Article)

Abstract

There are many public restrictions on real estate properties of private individuals. However, the common aspects of these restrictions have not been examined much. Today, real estate owners have to endure these restrictions. In fact, such restrictions are seen as a part of property. Public restrictions concern law and economy. Especially in densely populated areas, failure to register a property in the land registry and its restriction by more than one administrative authority for different reasons affects both legal predictability and the transparency of the real estate market. Therefore, in our study, theoretical and practical examples of these problems originating from public law have been examined. Defining the legal regime of public restrictions will benefit both public authorities and real estate owners. Although they are included in different laws, public property restrictions can be examined within a certain legal framework. The rules established by the Constitution and laws on this subject are not comprehensive. In addition, suggestions regarding public benefit innovations that can be brought to our own legal system have been addressed in the study. These suggestions are presented with different examples. In this context, the systems of the three prominent countries have been examined and their exemplary aspects have been determined.

Keywords

Real Property, Right to Property, Public Interest, Public Law, Public Property Restrictions

GİRİŞ

Taşınmazlar üzerinde kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları çok çeşitlidir ve çok fazla kanunda düzenleme konusu edilmiştir. Bu bakımdan taşınmazlara getirilen bu sınırlamaların çerçevesini anlamak, ortak yönlerini belirleyerek öngörülebilirliğini ve uygulama birliğini sağlamak önemlidir. Bununla birlikte Anayasamızın ve ilgili kanunlarımızın kamu hukukundan kaynaklanan ve kamu yararına yönelik mülkiyet sınırlamalarına açtığı alan öngörülebilirlik ve uygulama birliği gibi konularda zorluklar oluşturmaktadır. Elbette kamu yararına yönelik gerçekleştirilen her kamu hizmetinin kendine has şartları ve ihtiyaçları vardır. Kamusal faaliyetlerde kamusal yetkilerin kullanılarak temel hakların sınırlandırılması ve ortak çıkarların sağlanması doğaldır. Ancak sınırsız olmasa da çok fazla enstrümanla ve çok farklı kamusal makamlarca özel kişilerin belirli taşınmazlarına yönelik birden fazla sınırlama koyulabiliyor olması, bu yapılırken de taşınmaz maliklerinin ve taşınmazla ilgili 3. kişilerin bilgi edinme konusunda ve itiraz etme konusunda zayıf durumda bulunması, sınırlamaların uygulanmasında kamusal ve özel menfaatler arasında adil dengenin bozulmasına yol açabilmektedir.

Mülkiyet hakkına yönelik her türlü kamusal müdahalede değilse bile özellikle mülkiyet hakkının tamamen veya kısmen ortadan kalkmayıp içerdiği yetkilerin malik aleyhine kısıtlandığı ve kamusal müdahaleden kaynaklanan hak ve yükümlülükler bakımından kamusal makamların taşınmaz malikinin birbirini kollaması gerektiği durumlarda çeşitli kanunlara dağılıp her biri ayrı bir rejim belirleyen bu sınırlamalara ortak bir payda oluşturmak gerekli olacaktır. Kamu yararı şartı, özel bir kanunla düzenlenme şartı, zorunluluk esası, tescil şartı aranmaması gibi temel özellikler ortaya konulduktan sonra bunlar genişletilmeli ve somutlaştırılmalıdır. Bundan başka kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarının uygulanmasında da taşınmaz mülkiyetinin daha iyi korunması ve taşınmaz ekonomisinin şeffaflaştırılması açısından geliştirilmesi gereken sistemler olmalıdır. Taşınmaz kullanımına ve taşınmazların kamusal yükümlülükleri ile sınırlandırılmasına ilişkin Kıta Avrupası'nda yer alan bazı uygulamalar örnek alınabilir. Nitekim zamanla yerel düzeyde iyi idare ilkesinin gereği olarak benzer sistemler oluşturulmaya başladığı görülmektedir. Ancak bunların tüm ülkeyi kapsayacak genişliğe ulaşması ve idareleri bağlayıcı hale getirilmesi zaman alacaktır.

I. KAMU HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN MÜLKİYET SINIRLAMALARININ KONUSU VE KAPSAMI

Modern hukuk uygulamalarının gelişmesiyle birlikte, ilginç bir şekilde, yerleşik hukuki kurumların anlaşılmasında güçlükler meydana gelmektedir. Roma hukuku döneminde mülkiyet hakkının etkileri ve hukuki sonuçları daha basit ve anlaşılırdı. Ancak zamanla mülkiyet hakkının çeşitleri arttı, hukuki sonuçları farklılığa uğradı ve en önemlisi malikine sağladığı yetkilere yönelik müdahaleler çoğaldı, karmaşık bir hale geldi. Örneğin mülkiyet hakkının klasik biçimi olan özel mülkiyet yanında kamu mülkiyeti gibi bir kavram gelişti, devletin ve kamu tüzel kişilerinin mülkiyet hakkından bahsedilmeye başlandı. Anayasamız özel kişilerin mülkiyet hakkını “özel mülkiyet” olarak ifade ederken bazı maddelerinde “devlet ve kamu tüzel kişilerinin mülkiyeti”, “devlet ormanlarının mülkiyeti”, “devletin hüküm ve tasarrufu” gibi ifadelerle kamu mülkiyetini tespit etmektedir¹. Doğal olarak çalışmamızda inceleme konusu edilen mülkiyet hakkı, kamu mallarına niteliğini veren kamu mülkiyeti ya da kamunun özel hukuk işlemlerine tabi malları üzerindeki özel mülkiyeti değil, özel kişilerin taşınmaz malları üzerindeki özel mülkiyettir.

Anayasada mülkiyet hakkının kamu yararıyla ve kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir (m. 35). Nitekim temel hak olarak belirlenmiş mülkiyete ilişkin, Anayasanın 13. maddesindeki temel hakların sınırlanmasına ilişkin koruma hükmünde de devleti ve idareyi bağlayan önemli şartlar sayılmıştır. Özel mülkiyetin sınırlanması farklı yollarla yapılabilir. Temelde kamu hukukundan kaynaklanan ve özel hukuktan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları vardır². Özel hukuktan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarının belli başlıları

¹ Özel kişilere ait mallar hakkında mülkiyetin kapsamı Anayasa ve kanunlarda açıkça belirlenmesine rağmen kamu mülkiyeti ya da taşınmazlar üzerinde idarelerin tasarruf yetkilerinin çerçevesi açıkça belirlenmemiştir. Burada kanun koyucunun özellikle açık bir alan bıraktığı düşünülebilir. Ancak kamu mülkiyeti ya da taşınmazlar üzerinde idarelerin tasarruf yetkilerinin çerçevesi ile ilgili çeşitli görüşler mevcuttur. Örneğin Anayasada da geçen devletin hüküm ve tasarrufunda olma kuralının özgün bir kamu mülkiyeti ilişkisini ifade ettiği, hiçbir zaman özel mülkiyet haline getirilemeyecek şekilde “tam ve peşin korumalı kamu mülkiyeti” oluşturduğu, bu şekilde malların sadece kişiler ya da idarelere karşı değil kanun koyucuya karşı da korunabildiği ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **İşıklar**, Celal: “İdare ile Kamu Malları Arasındaki Hukuki İlişki Bağlamında Devletin Hüküm ve Tasarrufunda Olma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 31, Sayı 2, 2023, s. 750.

² **Aybay**, Aydın: “Taşınmaz Mülkiyetinde Tasarruf Sınırlamaları”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2009, s. 181; **Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 196.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununda düzenlenmiştir. Buna göre hakkın kullanımında dürüst davranma yükümlülüğü ve hakkın kötüye kullanımının yasaklanması (m. 2) gibi genel sınırlar yanında, komşular aleyhine taşkın kullanımların yasaklanması (m. 737), kazı ve yapı yaparken komşulara zarar vermeme yükümlülüğü (m. 738), doğal olarak akan sulara katlanma yükümlülüğü (m. 742), su, gaz ya da elektrik hattı gibi ihtiyaçlar için mecra geçirilmesine katlanma (m. 744), zorunlu geçit hakkına katlanma (m. 747) gibi komşuluk hukukuna dayanan sınırlamalar bulunmaktadır³. Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları ise yine Türk Medeni Kanununda ifade edilmekle birlikte esasen özel kanunlarda düzenleme alanı bulmuştur. Nitekim “Kamu hukuku kısıtlamaları” başlıklı 754. maddede “*Taşınmaz mülkiyeti hakkının kamu yararı için kısıtlanması, özellikle yapı, yangın, doğal afetler ve sağlıkla ilgili kolluk hizmetlerine; orman ve yollara, deniz ve göl kıyılarındaki ana ve tali yollara sınır işaretleri ve nirengi noktaları konulmasına; toprağın iyileştirilmesine veya bölünmesine, tarım topraklarının veya yapıya özgü arsaların birleştirilmesine; eski eserler, doğal güzellikler, manzaralar, seyirlik noktaları ve ender doğa anıtları ile içmeler, ılıcalar, maden ve kaynak sularının korunmasına ilişkin mülkiyet kısıtlamaları, özel kanun hükümlerine tâbidir.*” denilmiştir.

Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları sadece taşınmazlar üzerinde değil, taşınırılar üzerinde de söz konusudur. Vergilendirme ve benzeri işlemler buna örnek verilebilir. Ancak bunun dışındakiler genellikle istisnai durumlara özgü olarak mevzuatta düzenlenmiştir. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununda “*olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda; felakete uğrayanların kurtarılması, meydana gelen hasar ve zararın telafisi için ihtiyaç duyulan ve hemen sağlanamayan para ve her türlü taşınır ve taşınmaz mallar ve yapılması gereken işler; para, mal ve çalışma yükümlülüğü yoluyla sağlanır*” hükmüyle taşınır mülkiyetine müdahalenin olağanüstü hal ile sınırlı olduğu belirtilirken bu olağanüstü hal ilanının da “*tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebepleriyle ilan edilen olağanüstü hal*” olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla olağan dönemlerde taşınır mülkiyetine yönelik böylesi ağır kamusal müdahalelere rastlanmamaktadır. Nitekim istimval, idarenin olağan mal ve hizmet edinme usullerinden biri değildir. İstimvale konu olan taşınır mallar olağan dönemlerde sınırsız bir şekilde üretilebilir ve

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Selanik**, Atakan Adem: “Türk Medeni Kanunu (Komşuluk Hukuku) Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 79, Sayı 3, 2021, s. 1-32; **Ertan**, Bilge: Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukukundan Doğan Sınırlamaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No: 8, İstanbul 2023.

çoğaltılabilir. Bu nedenle idarenin ihtiyaç duyduğu taşınır elde etmesi de kolaydır⁴. Yine devlet ve idare açısından özel mülkiyette bulunan taşınır malların kullanımı taşınmaz malların kullanımına göre kamu yararı ve kamu düzenini daha az etkilemektedir. Taşınır sınırsız sayıda olduğu için sürekli değişim ve dönüşüm halindedir. Ancak taşınmazlar sabit ve sürekli. Kamu yararıyla çatıştığında dönüştürülmesi ya da yerinin değiştirilmesi mümkün değildir⁵. Nitekim toprak, hayat için gerekli olan ve miktarı artırılmayan vazgeçilmez bir değer olarak görülmüş, korunmasının da kamu eliyle gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶. Bu gibi nedenlerden dolayı hem uygulamada hem doktrinde kamu hukukundan kaynaklanan taşınır mülkiyeti sınırlamalarından ziyade taşınmaz mülkiyeti sınırlamaları karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada da bu kapsamda değerlendirmelerde bulunulmuştur.

II. ÖZEL KİŞİLERE AİT TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE KAMU HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN HER MÜDAHALE BİR SINIRLAMA MIDIR?

Öncelikle özel kişilerin mülkiyeti altındaki taşınmazlara kamu gücüyle yapılan her müdahale kamu hukukundan kaynaklanmaz. Nitekim Devlet ve idareler kamu hukukundan kaynaklanan, hukuka uygun müdahaleler gerçekleştirebileceği gibi yer yer hukuka aykırı müdahalelerde de bulunabilir. Kamulaştırmaz el atmalar bunun en tipik örneğidir. Kamulaştırmaz el atma halinde hiç kamulaştırması yapılmamış ya da kamulaştırmaya başlanmakla birlikte usulüne uygun devam ettirilmeden müdahaleye uğramış bir taşınmaz söz konusudur. Bundan dolayı idarenin hukuka aykırı bir müdahalesi söz konusu olmuştur⁷. Kamulaştırmaz el atmalarda hukuka aykırılık o kadar açık ve ağır kabul edilmektedir ki bu durum fiili yol olarak değerlendirilmekte ve haksız fiilin hukuki sonuçlarına tabi tutulmaktadır⁸. Benzer şekilde

⁴ **Düğer**, Sırrı: “Kamu Sağlığı ve İstimval: Koronavirüs Salgınının Düşündürdükleri Çerçevesinde Bir Kamu Sağlığı Kanunu Önerisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 3, 2021, s. 2632.

⁵ **Özdemir**, Yücel: İdari İrtifaklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 97.

⁶ **Vries**, Walter: Rechts-und Datengrundlagen für ein Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in Bayern-eine Evaluierung, Technische Universität München, München 2015, s. 7-8; **Navratil**, Gerhard/**Spangl**, Dominik: “Räumliche Abgrenzungen in einem ÖREB-Kataster für Österreich”, Fachbeitrag, Sayı 6, 2012, s. 357.

⁷ Anayasa Mahkemesi kararlarında, idarelerin kamu yararının gerektirdiği haller için olsa bile kamulaştırmaz el atma yoluna gidemeyeceği vurgulanmaktadır, AYM, T. 18.12.2018, B. 2015/12554, (Lexpera, Erişim Tarihi 04.03.2024).

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir**, Yücel: Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma, Adalet Yayınları, Ankara 2018, s. 61 vd.

örneğin imar uygulamalarından kaynaklanan ya da geçici işgal⁹ gibi özel bir usulden kaynaklanan müdahalelerde de gerekli usuller hiç uygulanmamış ya da eksik uygulanmışsa aynı kapsamda bir hukuka aykırılık oluşacaktır. Bu da müdahalenin kamu hukukundan kaynaklanan bir sınırlama olmasını engelleyecektir.

Bazı hukuki müdahalelerin kamu hukuku kapsamında bir sınırlama değil bir yükümlülük kabul edilmesi de önemli tartışma alanlarından biridir. Sınırlama, kamu yararına yönelik olarak mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerin bir kısmının kullanılmasının engellenmesidir. Burada kamu hukukundan kaynaklandığında bu sınırlamalar arasında ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bir tarafta mülkiyet hakkından doğan yetkilerin özel olarak sınırlandığı ve müdahalenin tek ya da belirli taşınmaza yöneldiği geçici işgal, değer artış payı, kamulaştırma, kamulaştırma yoluyla idari irtifak kurma, harcamalara katılma payı gibi sınırlamalar sayılırken, diğer tarafta genel düzenlemelerle getirilen, imar planlarının oluşturduğu gibi genel nitelikte olduğu ifade edilen sınırlamalar yer alır¹⁰. Bu ikili ayrım kapsamında bir taraftaki müdahalelerin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerin kullanılmasını gerçek anlamda etkileyip etkilemediği sorunu ortaya çıkmaktadır. Mülkiyetin sosyal bağlayıcılığı kavramı mülkiyetin sınırlanmasıyla ilgili bu tür sorunlarda üzerinde durulan önemli bir kaynak durumundadır.

Mülkiyet hakkının doğal bir hak ya da sosyal bir hak olarak tanımlanması onun içeriğini ve korunmasını da etkilemektedir. Doğal bir hak olarak görüldüğünde sınırlandırılmaması gereken, ancak sosyal bir hak olarak değerlendirildiğinde kamu yararına sınırlandırılabilmesi belirtilen mülkiyet hakkı hakkında Türk hukuk sisteminde genel olarak belirli yetkiler sunmakla birlikte kamu yararı gereğince belirli ödevler de yükleyen mülkiyet görüşünün kabul edildiği ifade edilebilir¹¹. Nitekim Anayasanın “*mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağını*” içeren 35. maddesi ile Türk Medeni Kanunu’nun mülkiyet hakkının içeriğini düzenleyen 683. maddesi hükümlerinin birlikte incelenmesinden, Türk hukukunda mülkiyet hakkının sosyal (modern) mülkiyet anlayışıyla düzenlenmiş olduğu anlaşıl-

⁹ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, imar uygulamalarından kaynaklanan ya da geçici işgal gibi özel bir usulden kaynaklanan müdahaleler kamu hukukuna tabi iken bunların gerekli usullerinin hiç uygulanmamış ya da çok eksik uygulanmış olması halinde kamu hukuku alanı dışına çıkıp ağır bir hukuka aykırılık haline gelmiş olmasıdır.

¹⁰ **Örücü**, Esin: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı (Mülkiyet Hakkının Sınırlanması), İstanbul 1976, s. 43.

¹¹ **Kartal**, Rabia Nur: “Türkiye’de Mülkiyet Hakkı ve İhlalleri: Varlık Vergisi Örneği”, Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 105, 2022, s. 189.

maktadır. Mülkiyet hakkının içeriğine yapmama, katlanma ve yapma ödevleri girmekte ve bu şekilde karşımıza toplum yararı ile sınırlı, sahibine gerek yetki ve gerekse ödevler yükleyen kamu ve özel hukuk karakterli kendine özgü bir hak çıkmaktadır¹². Mülkiyetin sosyal bağlayıcılığı sonucunda ise taşınmaz mülkiyetinde kamu hukukundan kaynaklanan genel nitelikteki müdahalelerin esasında bir sınırlama teşkil etmediği zaten mülkiyet hakkının kendi içinde bu tür sınırlamaların var olduğu kabul edilmektedir¹³. Sınırlamaların mülkiyetin sosyal bağlayıcılığı kapsamında değerlendirilmesini en önemli hukuki sonuçlarından biri bunlar için herhangi bir bedel ya da tazminat talebinin mümkün olmayacak olmasıdır¹⁴.

Taşınmazlar üzerinde kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamaların kapsamı belirlenirken, bazı müdahalelerin mülkiyet ödevi bağlamından başka, mülkiyet ilişkisini ortadan kaldırması bakımından da gerçek bir sınırlama olup olmadığı şüphe oluşturmaktadır. Nitekim kamu hukukundan kaynaklanan en tipik müdahale olan kamulaştırmada, mülkiyetten doğan bir ödevin çok ötesinde malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdiren bir işlem söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Yine taşınmaz malikine kamulaştırma karşılığı ödenen bedelin malikin mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının karşılığı değil, kamulaştırma ile sona eren taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının gerçek karşılığı olduğu tespit edilmiştir¹⁵. Özellikle kamulaştırmanın bir sınırlama mı yoksa taşınmaz mülkiyetini tamamen ortadan kaldıran bir müdahale mi olduğu kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamaların ortak rejiminin belirlenmesinde önem arz etmektedir. Kamulaştırma, kamu hukukundan kaynaklanan diğer sınırlamaların mülkiyet hakkının özünü ihlal ettiği noktada malikin hukuk alanının korunması bakımından uygulanması gereken bir usuldür. Hakkın özü onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu tak-

¹² YHGK, T. 11.09.2013, E. 2012/1826, K. 2013/1298, (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.03.2024).

¹³ **Düren**, Akın: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s. 261.

¹⁴ **Akgüner**, Tayfun/**Berk**, Kahraman: İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017, s. 873; Nitekim Anayasanın mülkiyet hakkını genel olarak düzenleyen ve toplum yararına sınırlandırabileceğini belirten maddesindeki kanunla sınırlama halleri öze dokunmayan, genel düzenleme niteliğinde, olağan, genel yetkilerin kullanıldığı haller olarak görülmüş; kamulaştırma başlıklı maddesindeki haller ise öze dokunan, mülkiyet ilişkisini ortadan kaldıran haller olarak değerlendirilmiştir, **Örücü**, Esin: "Taşınmaz Mülkiyeti Sınırlamalarına İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 10, Sayı 13, 1976, s. 53.

¹⁵ **Kutlu Gürsel**, Meltem: Kamulaştırma Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 45.

dirde söz konusu hakkı anlamsız kılacak asli çekirdeğidir¹⁶. Yargı kararlarında hakkın kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici, amacına ulaşmasını engelleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı hükümlerin hakkın özünü ihlal ettiği belirtilmiştir¹⁷. Bir hakkın anlamı ve kapsamı bu şekilde ciddi sınırlamalarla karşı karşıya kaldığında Fransız hukukunda ifade edildiği gibi esasen bir mülksüzleştirme söz konusudur¹⁸. Dolayısıyla mülkiyete yapılan müdahale sınırlamayı aşarak mülkiyetin işlevini azaltıyor, mülkiyetten doğan yetkileri ortadan kaldırıyor ve hakkın özüne dokunuyorsa kamulaştırma zorunlu hale gelecektir¹⁹.

Özel kişilere ait taşınmazlar üzerinde kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamaların ortak özelliklerini belirleyebilmek için, sınırlama kavramını mülkiyete her türlü müdahaleyi esas alarak değil, mülkiyetin devam ettiği hallerde yapılan müdahaleleri esas alarak düşünmek gerekir²⁰. Kamulaştırma gibi doğası gereği özel mülkiyeti ortadan kaldıran müdahalelerde zaten özel kişinin bir mülkiyet ilişkisi kalmadığı için devam eden herhangi bir sınırlamadan da bahsedilemeyecektir. Halbuki kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar, özel kişi malikin mülkiyet hakkı ortadan kalkmadığı halde taşınmazına bir takım kamusal yükümlülükler yükler ve bu sınırlamalarla mülkiyetini kullanmaya maliki mahkum eder. Nitekim kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamaların örneklerinden olan askeri yasak bölgelerdeki mülkiyet sınırlamalarında, kültür ve tabiat alanlarını korumak amacıyla getirilen sit alanlarındaki mülkiyet sınırlamalarında, imar uygulamaları için getirilen imar irtifakı sınırlamalarında ya da enerji nakil hatları için kullanılan idari irtifak sınırlamalarında durum böyledir. Yukarıda ifade edildiği gibi eğer bu sınırlamalar öze dokunma yasağını ihlal eder ve taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kullanımını anlamsız hale getirirse kamulaştırma zorunluluğu doğacak ve sınırlama uygulamasından çıkılarak mülkiyetin ortadan

¹⁶ **Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2019, s. 115.

¹⁷ **Sağlam**, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s. 148.

¹⁸ **Boukheloua**, Naïla: “Une nouvelle servitude d'utilité publique: la servitude en tréfonds”, AJDA, 2016, s. 664.

¹⁹ **Düren**, s. 150.

²⁰ Bununla birlikte mülkiyete müdahalede Anayasa Mahkemesinin farklı yaklaşımları vardır. Anayasanın 35. maddesinden hareketle bu müdahale türlerini yorumlayan Anayasa Mahkemesi, 35. maddedeki sınırlama ifadesini “mülkiyetten yoksun bırakma” olarak değerlendirmektedir, **Azak**, Kerim: “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde İmar Planı Uygulamaları ile Mülkiyet Hakkının Sınırlanması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 31, Sayı 4, 2023, s. 1567.

kalkması durumuna geçilecektir. Nitekim kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar maliki mülkiyetini kullanırken sınırlanmaya zorlamakta, ancak kamulaştırma, mülkiyetini hiç kullanmamaya, mülkiyetinden vazgeçmeye zorlamaktadır. Kamulaştırmada olduğu gibi aynı mülkiyeti tamamen ortadan kaldıran diğer kamu hukuku müdahalelerinde de esasen bir sınırlama söz konusu olmamaktadır. Örneğin belirli bir yerdeki taşınmazın mülkiyet hakkını kısmen veya tamamen sona erdirebilen arsa ve arazi düzenlemeleri ya da bu kapsamdaki düzenleme ortaklı payı uygulamalarında da aynı durum söz konusudur. Bunlar kamulaştırmanın da dışında kendine özgü mülkiyete müdahale yöntemleridir. Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları ise mutlaka belirli bir yerdeki belirli bir taşınmazın mülkiyetini ortadan kaldırmadan ona kullanım sınırlamaları getirmektedir.

III. KAMU HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN SINIRLAMALARIN NEDENLERİ VE AMAÇLARI

Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları, Devletin Anayasa ve kanunlarla sıkı koruma altına aldığı bir temel hakka yönelir. Kişilerin varlığının bir uzantısı olarak işlev gören bu özel yarar alanı, kamu yararı, kamu düzeni, temel kamu hizmetlerinin görülmesi ve kamu mallarının korunması gibi önemli konuları ilgilendirdiği için sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Kamu yararının gereklerinin yerine getirilmesi, kamu düzeninin kurulması ve korunması, kamu hizmetlerinin devamlılığının sağlanması ve kamu mallarının kamu hizmetlerinde kullanımının devam etmesi nedenlerinin her biri, kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları bakımından duruma göre tek başına bir neden olabileceği gibi bir arada da bulunabilir. Ancak her halükarda mülkiyet sınırlamalarının genel olarak bu nedenlerden kaynaklandığı söylenebilecektir.

A. Kamu Yararı

Kamu yararı, mülkiyet hakkının sınırlanmasıyla ulaşılmak istenen amacı teşkil eder²¹. Mülkiyete müdahale nedenlerinden ilki ve en önemlisidir²². Özel kişilerin birbirlerinin mülkiyetine yönelik hukuka uygun müdahaleleri rızaya ve karşılıklı irade uyumuna dayalı hukuki işlemler sonucunda ortaya çıkar. Bunlar mülkiyet üzerinde sözleşmesel sınırlı kullanım hakları ya da

²¹ **Akgül**, Mehmet Emin: “Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı ile İmtihani-Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 2021, s. 1403.

²² **Tezcan**, Murat: “Soyut Kamu Yararı Kararıyla Sınırlandırılan Mülkiyet Hakkı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 85, 2013, s. 87.

kanuni kullanım hakları oluşturabilir. Böyle durumlarda mülkiyetin sınırlandırılmasına ilişkin tarafların özel yararı dışında bir yarardan söz edilemez. Dolayısıyla mülkiyetin zorlayıcı yöntemlerle değil özel yararın gerektirdiği gibi özel kişilerin uzlaştığı yöntemlerle sınırlandırılması söz konusudur. Örneğin bir taşınmaz malikinin komşusu kendi taşınmazına ağaç diker ve bahçe manzarasını kapatırsa manzarası kapanan malikle ağaç diken malikin kişisel yararları çatışacaktır. Ancak taşınmaz askeri bir yasak alansa, bu durumda buraya komşu olan malikin ağaç dikmesi halinde özel yarar ile kamu yararı karşı karşıya gelecek ve kamu yararının gerektirdiği şekilde zorlayıcı yöntemlerle özel kişilere ait taşınmazın mülkiyeti sınırlandırılacaktır²³.

Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarının nedeni olan kamu yararının sağlanması amacı o kadar önemlidir ki her durumda özel yarardan üstün tutulduğu gibi bazen diğer bazı kamu yararlarından da üstün tutulmuştur. Üstün kamu yararı, ortada birbiriyle çelişen birden fazla kamu yararı olduğu durumlarda birini diğerinin yerine tercih etmede kullanılan ve ölçüt olarak kullanılan bir kavramdır²⁴. Örneğin taşınmazlar üzerinde oluşan aynı hakların varlığı, aleniyetinde kamu yararı bulunan²⁵ tapu siciline tescile bağlanmıştır. Burada temel amaç kişilerin satın aldığı taşınmazların ileride kendilerinden geri alınabileceği endişelerini taşımamaları ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla iyiniyetli üçüncü kişileri korumaktır²⁶. Ancak mülkiyet üzerinde sınırlama, kamu hukukundan kaynaklandığında, böyle bir kamu yararı göz ardı edilerek, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olmaktadır. Nitekim Türk Medeni Kanununda kamu yararı nedeniyle kanundan kaynaklanan kamu hukuku sınırlamalarının tapu siciline tesciline gerek olmadığı ifade edilmiştir (m.731). Dolayısıyla kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamaların nedeni olan kamu yararı, üstün kamu yararı olarak değerlendirilmiştir.

Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları uygulanırken özel yarar ve kamu yararı arasında adil bir denge sağlanması önemli bir so-

²³ **Derbil**, Süheyb: İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Ankara 1959, s. 410.

²⁴ **Sütçü**, Nezi: “Üstün Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Bursa Barosu Dergisi, Cilt 46, Sayı 117, 2021, s. 50.

²⁵ **Seçer**, Tuğçe: “Tapu Sicilindeki Gerçek Kişilere Ait Kayıtların Paylaşılmasının Aleniyet İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı ve Kişisel Veri Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, 2023, s. 346.

²⁶ **Sapanoğlu**, Süleyman: Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 60.

rundur. Nitekim her ne kadar özel yarar karşısında kamu yararı öncelenmişse de hukuk devleti ilkesi gereği özel yararın tamamen dışlanması ve yok sayılması mümkün değildir. Orantılılık ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunda elde edilmek istenen kamu yararı ile kişilerin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında bu adil denge malikin kişisel olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır. Müdahalenin orantılılığını değerlendirirken yargı organları, bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini, diğer taraftan da müdahalenin niteliğini, malikin ve kamu kuruluşlarının davranışlarını göz önünde bulundurarak malike yüklenen külfeti dikkate almaktadır²⁷. Kamu-laştırmada olduğu gibi mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında özel yarar ve kamu yararı arasındaki adil dengeyi sağlamanın en etkili yolu gerçek bir karşılığın malike verilmesidir²⁸. Ancak kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarında genellikle özel kanunlar bir karşılık ya da bir tazminat öngörmemektedir.²⁹ Kanunların herhangi bir karşılık öngörmediği durumlarda, somut olaya göre mülkiyet hakkına orantılılık ilkesini ihlal eder şekilde ya da hakkın özüne dokunan bir müdahale olmuşsa kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulanması yararlar arasında adil bir denge sağlamak için bir çözüm yolu olabilir. Nitekim yargı kararlarında da kamu yararını gerçekleştirmek için faaliyette bulunulduğunda idarelerin bu faaliyetinden dolayı malikler kamu yararı lehine özel bir fedakarlığa katlanmak zorunda kalmışsa, kamu külfetleri dağıtımında bozulan dengenin bir denkleştirme ile yeniden kurulması ve zararın idarece tazmin edilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁰.

B. Kamu Hizmetlerinin Görülmesi

Kamu hizmetlerinin görülmesi, taşınmazlar üzerinde kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar oluşturulmasının en önemli nedenlerinden biridir. Öyle ki kamu yararına yönelik kamu hizmeti faaliyetlerinin şehirlerin altını ve üstünü bir organizmanın sinirleri gibi sardığı düşünüldüğünde³¹ idarenin bu faaliyetlerini özel kişilere ait taşınmazları kısıtlamadan gerçekleştirmesi

²⁷ AYM, T. 30.09.2020, B. 2017/5986, (Lexpera, Erişim Tarihi 19.03.2024).

²⁸ AYM, T. 14.05.2015, E. 2014/177, K. 2015/49, (Anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 19.03.2024).

²⁹ Aynı yönde bir AYM kararı için bkz. AYM, T. 29.12.2020, B. 2017/28373, (Lexpera, Erişim Tarihi 19.03.2024).

³⁰ DİDDK, T. 13.04.2022, E.2021/646, K. 2022/1390, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.03.2024).

³¹ Özdemir, s. 69.

mümkün değildir. Nitekim mülkiyet sınırlamalarında olduğu gibi genel olarak idarenin tek taraflı işlemler yapabilme yeteneği kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülebilmesini sağlama görevinden kaynaklanır³². Yine idareye bu kapsamda tanınan kamu gücü, rutin işleri olan kamu hizmetlerinin resen idaresini sağlayan kamusal bir güçtür³³.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 3. ve 4. maddeleri birlikte okunduğunda idarelerin kamulaştırma ve kamulaştırma yoluyla irtifak kurarak mülkiyeti sınırlama yetkilerinin kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmazlara yönelik olarak onlara verildiği anlaşılmaktadır. Anayasanın 46. maddesinde belirtilen usulde de, bazı yargı kararlarında ifade edildiği gibi, idarelerin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza, söz konusu taşınmazı kamu hizmetine tahsis etmek amacıyla tek taraflı bir iradeyle el atması söz konusudur³⁴. Bu yetkinin en sık kullanıldığı kamu hizmeti alanlarından biri enerji nakil hatları ya da doğal gaz ve petrol boru hatlarının inşası ve işletilmesi gibi toplumun en temel ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlayan hizmet alanlarıdır. Örneğin elektrik enerjisinin üretim, iletim ve dağıtımıyla ilgili düzenlemeler içeren 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde ilgili kamu hizmetinin görülebilmesi için hem bu hizmeti doğrudan gören kamu tüzel kişisi lehine hem de kamu tüzel kişisinin doğrudan gözetim ve denetimi altında gören özel kişi lehine idari irtifak kurulması imkanı getirilerek özel kişilere ait taşınmazların sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Kamu hizmetlerinin görülmesi karşısında özel kişilerin taşınmaz mülkiyeti bazen o kadar geri plana atılmıştır ki, sınırlamanın hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi durumunda bile devam edilebileceğine yönelik kanuni düzenlemeler görülmektedir. Nitekim 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6. maddesi kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazları konu etmektedir. Esasen kamu hukukundan kaynaklanmayan, hatta hukuki de olmayan bu sınırlamalar idarenin şu veya bu şekilde mülkiyeti tamamen kısıtlayarak ya da irtifak gibi yöntemlerle sınırlandırarak el atmasını ve mülkiyet hakkının temel özelliklerini ihlal etmek pahasına kamu hizmetine yönelik faaliyetlerin ve yapıların korunmasını sağlamaktadır. Nitekim ilgili düzenlemede mülkiyet hakkından kaynaklanan istihkak gibi davalar değil, sadece

³² Tan, Turgut: İdare Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 235.

³³ Hauriou, Maurice: Précis de droit administratif et de droit public, 12. Baskı, Paris, 1933, s. 10.

³⁴ AYM, T. 16.03.2016, E. 2015/2, K. 2016/19, (Lexpera, Erişim Tarihi 26.03.2024).

bedel taleplerinin nasıl karşılanacağı yer almıştır. Onun da bazı durumlarda kamulaştırmanın sağladığı garantileri içermediği görülmektedir.

Yine kamu hizmetlerinin görülmesi uğruna getirilen, ancak kamulaştırmatsız el atmanın hukuki versiyonu olan diğer bir sınırlama Kamulaştırma Kanununun ek 1. maddesinde düzenlenmiş ve “*Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldırarak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır.*” denilmiştir. Burada kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere uygulama imar planı alanında kalan taşınmazlar için öngörülen kısıtlama süresi, 5 yıl gibi uzun bir süredir³⁵. Maddenin devamında “*Bu süre içinde belirtilen işlemlerin yapılmaması halinde taşınmazların malikleri tarafından mülkiyet hakkından kaynaklı bedele ilişkin açılacak davalar, adli yargıda görülür.*” denilmiştir. Esasen ilgili süre içinde belirtilen işlemlerin yapılmaması da bir kamulaştırmatsız el atma hali oluşturmaktadır.

C. Kamu Düzeni

Mülkiyet hakkı üzerinde kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar mevcut kamu düzeninin korunması ya da bozulan kamu düzeninin sağlanması açısından önemli işlevler görür. Kamu düzeni belirli bir bölgede yaşayan tüm insanların düzenini ilgilendirir. Doktrinde, toplumun maddi ve dış düzeni, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik düzen ya da kolluk tarafından sürekli olarak korunan düzen gibi çeşitli şekillerde ele alınmış; oluşumu genel güvenlik, genel sağlık ve genel huzur şeklinde üç temel unsurla tanımlanmıştır³⁶. Örneğin imar kurallarıyla özel mülkiyete yapılan müdahaleler sayesinde konut olarak kullanılacak yapıların odalarının, pencerelerinin,

³⁵ Nitekim ilgili madde “idareye tanınan beş yıllık sürenin idareye geniş, süresi belirsiz takdir yetkisi tanıdığı, idarelerin kamulaştırma yapmak yerine hukuka aykırı olarak el atmayı sürdürecekleri, malikin dava açma hakkının ötelenmesi” gibi gerekçelerle Anayasa Mahkemesinde iptal davası konusu olmuş ve maddenin devamındaki fıkralar da benzer taleplerle iptal edilmiştir, AYM, T. 20.12.2018, E. 2016/181, K. 2018/111, (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.03.2024).

³⁶ Tanım ve kapsamla ilgili daha geniş bilgiler için bkz. **Boz**, Selman Sacit/**Özdemir**, Yücel/**Nacak**, Mehmet/**Bölükbaşı**, Mustafa Oğuzhan/**Öndin**, Hasan Burak/**Ulusoy**, Sümeyye: Kamu Düzeni Unsurları, Alalet Yayınları, Ankara 2020, s. 41 vd.

zeminlerinin genel sağlığa olumsuz etkiler oluşturabilecek belirli boyut ve şekillerde olması engellenmektedir³⁷. İmar kuralları ve buna bağlı mülkiyet sınırlamaları sadece kamu sağlığı bakımından değil kamu güvenliği ve kamu huzuru bakımından da koruyucu bir etkiye sahiptir. İmar kuralları kapsamında yapıların dayanıklılığına ve boyutlarına yönelik ı ışık ve havalandırma, sağlık tesisleri, temizlik, kanalizasyon ihtiyaçları ve yangın tehlikesi gibi nedenlerle getirilen sınırlamalar buna örnek gösterilebilir³⁸. Özellikle kamu güvenliği bakımından imar kurallarının mülkiyet üzerindeki sınırlayıcı etkisi, ülkemizin deprem, sel, büyük yangınlar gibi istenmeyen olaylarla sık sık yüz yüze geldiği düşünüldüğünde daha da önemli hale gelmektedir. 2024 Kahramanmaraş depreminde olduğu gibi can ve mal güvenliğine yönelik bu tür kuralları göz ardı eden kusurları, imar affı gibi hukuki istisnalarla insan affetse bile doğa affetmemektedir.

Askeri alanların çevresinde, hem bu alanların sivil kişilere karşı hem de sivil kişilerin bu alanlara karşı korunması amacıyla oluşturulan mülkiyet hakkını sınırlayıcı uygulamalar yine kamu düzeninin korunmasını sağlamaktadır. Kışla, eğitim alanı, mühimmat alanı, askeri havaalanı, atış alanı gibi askeri alanlar, hem kamu güvenliğine hem onun da üzerinde bir kavram olan milli güvenliğe ilişkin bir kavramdır. Bir ülkede kişilerin can ve mal güvenliğinin dış tehditlere karşı korunmasında birincil öneme sahip alanlardır. Bu bakımdan kamu düzeninin korunmasına katkısı tartışmasızdır. Ancak askeri alanların çevresinde oluşturulan mülkiyet sınırlamaları sadece bu alanların korunması için oluşturulmaz. Aynı zamanda bu alanlardan sivil kişilerin korunması ve dolayısıyla kamu düzeninin genel güvenlik unsurunun tam olarak sağlanması amacıyla da oluşturulur. Nitekim askeri alanlarda sivil kişilerin can ve mal güvenliği için tehdit oluşturan patlayıcı, yanıcı teçhizatlar bulunduğu gibi silahlı eğitim ya da askeri araçlarla atış talimi gibi tehlikeli faaliyetler de yapılmaktadır. Bu nedenle kamu düzeninin en önemli unsuru sayılabilecek kamu güvenliğinin korunması amacıyla 2565 sayılı Kanunla askeri yasak bölgeler ve güvenlik bölgeleri oluşturularak bu bölgelerde kalan taşınmazlara yönelik önemli mülkiyet sınırlamaları getirilmiştir. Benzer şekilde askeri olmayan havaalanı ya da karayolları çevresinde de benzer kamu düzeni kaygılarıyla düzenlemeler ve sınırlamalar bulunmaktadır.

³⁷ Özellikle şehirlerde konut kullanımının kiracılık ilişkileri sayesinde mümkün olması ve kiraya veren maliklerin yapıları yaparken kullanacak diğer kişilerin sağlık koşullarını çok da düşünmeyecek olması göz önüne alındığında bu kuralların kamu düzeni ve sağlığı açısından ne kadar önemli olduğu anlaşılabilecektir, **Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 2, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul 1952, s. 1354.

³⁸ **Erkün**, Sefa Ş.: İmar Hukuku Prensipleri, Halk Basımevi, İstanbul 1959, s. 37.

D. Kamu Mallarının Korunması

Kamu malları genel tanımla kamu yararına tahsis edilmiş ve bir kamu tüzel kişisine ait olan mallardır³⁹. Tahsis amacına göre hizmet malları, orta malları ve sahipsiz mallar şeklinde üç grupta sınıflandırılan kamu mallarının taşınmaz olarak belediye binası, karakol, okul, hastane, kütüphane, meydan, park, pazar yeri, otlak, kışlak, panayır alanı, yol, köprü, deniz, göl, tepeler, dağlar, ormanlar gibi sayısız örnekleri vardır⁴⁰. Kamu malları kullanılabilir durumda bulundurmamak amacıyla eskimeye karşı, elden çıkarmaya karşı, zamanlaşımıyla iktisaba karşı, işgale, tahribe ve hırsızlığa karşı korunur⁴¹. Yine kamu malları kamu hizmetlerinde kullanımının devam etmesi bakımından haczedilememe, kamulaştırılamama, vergi ve harç gibi mali yükümlülüklere tabi olmama ayrıcalıklarından faydalanır. Kamu mallarının bütünlüğüne yönelik özel kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı mevzuatta özel düzenlemeler öngörülmüş, TCK'da kamu mallarına karşı işlenen suçlarda, kamu malı olma özelliği suçun ağırlaştırıcı nedenleri arasında gösterilmiştir⁴².

Kamu mallarının korunmasıyla ilgili özel mülkiyete yönelik sınırlayıcı düzenlemelerin en tipik örneklerinden biri Anayasanın 63. maddesinde işaret ettiği üzere tarih, kültür ve tabiat varlıklarıyla ilgilidir. Burada “*Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır.*” tespitinden sonra “*Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir.*” denilmiştir. Yine TMK'nın 754. maddesinde mülkiyetin özel kanunlarla; eski eserler, doğal güzellikler, manzaralar, seyirlik noktaları ve ender doğa anıtları ile içmeleri ılıcalar, maden ve kaynak sularının korunmasına ilişkin olarak kısıtlanabileceği belirtilmiştir. Nihayet 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili konuları ve bunlarla ilgili gerçek ve tüzelkişilerin görev ve sorumluluklarını açıklar⁴³. Özel mülkiyeti kısıtlayıcı örneklerle bakıldığında bu varlıkların korunması için taşınmazda esaslı

³⁹ Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt 2, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 847.

⁴⁰ Bilgen, Pertev: İdare Hukuku Ders Notları İdare Malları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, İstanbul 1995, s. 75.

⁴¹ Bilgen, s. 81.

⁴² Atay, Ender Ethem: İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 802.

⁴³ Benzer şekilde 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu da İstanbul Boğaziçi'nin kültürel ve tarihi değerlerini ve doğal güzelliklerini kamu yararı gözetilerek korumak ve geliştirmek amacıyla çıkarılmıştır.

onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı gibi fiziki müdahaleler ve kullanımlar yasaklanabilir (m. 9). Özellikle 3. derece sit alanlarında kalan bu taşınmazlarda kamu malını koruma amacıyla özel mülkiyetin kullanıma devam edilmesi konusunda bir denge gözetilerek mülkiyet sınırlamaları getirilir⁴⁴.

Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları, kültür ve tabiat alanları dışında kışla, karakol, ordugah, karargah gibi askeri alanların, sivil ya da askeri havaalanlarının, kıyıların, ormanların, karayollarının ve demiryollarının korunmasına yönelik olarak da getirilebilir. Genellikle bu sınırlamalar, ilgili kamu malları çevresinde kalan, kamulaştırılarak kamu malı haline getirilmeyen ancak ilgili kamu mallarının korunması için sınırlandırılması gereken özel kişilere ait taşınmaz mallara yöneliktir. Nitekim Fransız hukukunda “Le voisinage du domaine public” olarak ifade edilen kamu alanı komşuluğu olgusu kamu hukukundan kaynaklanan birçok taşınmaz mülkiyeti sınırlamasının kaynağını oluşturur⁴⁵. Bazen istisnai olarak 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununda düzenlenen güvenlik bölgelerinde olduğu gibi herhangi bir kamu malına komşu olmayan özel kişilere ait taşınmazlar üzerinde de sınırlamalar getirilmektedir. Burada ise kamu mallarının korunması amacından ziyade kamu düzeninin korunması amacıyla bir mülkiyet sınırlamasına gidildiği söylenebilir.

IV. HUKUKUMUZDA KAMU HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN MÜLKİYET SINIRLAMALARININ BAZI ÖRNEKLERİ

Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarının en tipik örneklerinden biri kültür ve tabiat alanlarının korunması amacıyla sit alanlarında veya çevresinde oluşturulan sınırlama bölgeleridir. 2863 sayılı Kültür

⁴⁴ **Çolak**, Nusret İlker: İmar Hukuku, 2. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 802, “Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir.”, 2863 s. Kanun, m. 5.

⁴⁵ **Jacquot**, Henri/**Priet**, François/**Marie**: Soazic: Droit de l’urbanisme, 8. Baskı, Paris, 2019, s. 200; **Morand-Deville**, Jacqueline: Cours de droit administratif des biens, 3. Baskı, LGDJ, Paris 2003, 166; Kamu alanlarının korunması için bu alanların komşu taşınmazları belirlenirken özel hukuktaki komşuluk tanımının göz önüne alınması yerinde olabilir. Ancak bazı yazarların belirttiği gibi taşınmaz kullanımında çağımızın gelişen şartları düşünüldüğünde komşu taşınmaz kavramı belirlenirken dar bir yorum yapılmamalı, taşınmazda yürütülen faaliyetin doğrudan etki alanında kalan kişilerin taşınmazları da komşu taşınmaz olarak değerlendirilmelidir, **Demirboğa**, Dursun Ali: “Türk Medeni Kanununda Düzenlenen Komşuluk Hukukundan Doğan Mülkiyet Kısıtlamaları”, Adalet Dergisi, Sayı 70, 2023, s. 96.

ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na göre sit alanları ve koruma alanları için izinsiz müdahale ve izinsiz kullanım yasaklanmış yetkili kişilere belirli incelemeler için izin verme yükümlülüğü gibi bazı yükümlülükler getirilmiştir (m. 9 vd.). Özellikle arkeolojik sit alanlarının özel kişilere ait mülkiyet üzerinde etkisi kentsel sit alanı ya da tarihi sit alanı gibi diğer sit alanı türlerine göre daha fazladır. Nitekim ülkemizde sit alanlarının çoğunluğu arkeolojik sit alanıdır⁴⁶. Sit alanları birinci derece, ikinci derece ve üçüncü derece sit alanları olarak ayrılmış ve bunların mülkiyet üzerindeki etkileri mevzuatla düzenlenmiştir. Buna göre birinci derece sit alanlarında yapılaşma ve yeni tarım alanı oluşturma tamamen yasaklanmıştır. İkinci derece sit alanlarında basit onarımla dışında tadilat yasaklanmıştır. Üçüncü derece sit alanlarında ise yeni düzenleme ve yapılaşma mümkün olmakla birlikte bunlar ilgili koruma kurullarının iznine tabi kılınmıştır⁴⁷.

2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nun askeri alanlar çevresindeki özel kişilere ait taşınmazlara yönelik sınırlamaları bir diğer kamu hukuku mülkiyet sınırlaması türüdür. Kanun'un birinci derece askeri yasak bölge ve ikinci derece askeri yasak bölge olarak tanımladığı alanlarda mülkiyetin yasaklanmasıyla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Birinci derece askeri yasak bölgelerde özel hukuk mülkiyetinin söz konusu olmadığı bu bölgedeki taşınmazların kamulaştırılacağı hükmünden anlaşılmaktadır (m. 7/1-a). İkinci derece askeri yasak bölgelerde ise özel kişilere ait taşınmaz mülkiyetinin varlığının korunabileceği, ancak belirli sınırlamalara tabi olması gerektiği anlaşılmaktadır. Buna göre özel kişi maliklerin bölgenin askeri savunmasını ve gizliliğini etkilememek şartıyla inşaat, hafriyat, tadilat, orman yetiştirmek veya kesmek, bataklık ihdas etmek veya kurutmak gibi faaliyetleri ilgili komutanlığın izniyle yapabileceği belirtilmiştir. Bu idare tarafından izin verilmeyen her türlü inşaat ve eylem durdurulur ve yapılmışsa yıktırılır (m. 9/f,g). Bu tür sınırlamalar askeri alanların gizliliğini ve güvenliğini sağlamak amacıyla, aynı zamanda kamu güvenliği gibi düşüncelerle, belirli izolasyon bölgeleri oluşturmak için uygulanmaktadır⁴⁸.

Benzer kamu yararı düşüncesiyle getirilen başka bir sınırlama askeri ve sivil havaalanları çevresinde görülmektedir. Havaalanlarındaki uçuş faaliyetlerinin güvenliğinin çevresel etkilerle tehlikeye girmesini engellemeyi hedef-

⁴⁶ <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-44973/turkiye-geneli-sit-alanlari-istatistikleri.html>, Erişim Tarihi: 25.10.2024.

⁴⁷ <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-14329/658-nolu-ilke-karari-arkeolojik-sitler-koruma-ve-kullanma-kosullari.html>, Erişim Tarihi: 25.10.2024.

⁴⁸ **Jacquot/Priet/Marie**, s. 202.

leyen bu sınırlamalarla iniş ve kalkış sırasında hem hava araçlarının hem de çevredeki özel kişilere ait taşınmazlarda bulunanların can güvenliği ile malvarlığının korunması söz konusudur. Havacılık irtifakları olarak da isimlendirilen bu sınırlamalar⁴⁹ askeri alanlar hakkında uygulanan sınırlamalar gibi çevresel bir etki oluşturur. Örneğin 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu'nda göre "Havaalanları ve çevresinde yapılaşma sınırlamaları" başlığını taşıyan maddeye göre hava trafiğini, güvenliğini ya da seyrüsefer yardımcı cihazlarının işleyişini tehlikeye düşürecek yapı, inşaat, tesis yapılması ya da ağaç ve direk dikilmesi yasaklanmıştır. Yine yabancı kuş türlerinin yaşam alanı oluşturmasını sağlayacak faaliyetlerde bulunmak yasaklanmıştır (m. 47). Ülkemizde şehir merkezlerine yakın havaalanlarının çokluğu göz önüne alındığında özellikle özel kişilere ait taşınmaz maliklerinin taşınmazları üzerinde yükseklik oluşturan bina ya da bitkisel alan üretmesinin riskleri ve mülkiyet hakkıyla ilişkilerinin önemi daha iyi anlaşılmaktadır⁵⁰.

En kısıtlayıcı mülkiyet sınırlamaları arasında şüphesiz imar alanlarında oluşturulan imar sınırlamaları gelmektedir. İmar uygulamaları taşınmaz mülkiyetinin değerini artıran bir unsur olmanın yanında hiç olmadığı kadar taşınmaz mülkiyetini sınırlayan özelliklere de sahiptir. İmar uygulamalarıyla getirilen taşınmaz mülkiyeti sınırlamalarının bazıları bedelsiz ve hukukiliği tartışılacak derecede ağırdır. 3194 sayılı İmar Kanunu çerçevesindeki düzenleme ortaklık payı gibi uygulamalar buna örnek gösterilebilir. Bunun dışında bazı imar yönetmeliklerinde yer alan binaların yüksekliğine, birbirine göre konumuna, mesafesine yönelik getirilen sınırlamalar ya da belirli yapı yasakları imar hukuku alanında geçerli kamusal mülkiyet sınırlamaları arasındadır. İmar hukukundan kaynaklanan bu sınırlama yolları o kadar çok ve yaygındır ki taşınmaz mülkiyetini ihlal edecek derecede mülkiyet güvenliği denilen olguyu⁵¹ zedelemektedir.

Sayılan sınırlamalar, kanuni düzenlemelerle toplumun geneline uygulanan ve özel ihlaller oluşturmadığı takdirde herhangi bir bedel ya da tazminat gerektirmeden uygulanabilen sınırlama türleridir. Bunun dışında belirli ya da belirlenebilir taşınmazlara yönelik özel olarak uygulanan ve mülkiyet sınırlaması karşılığında taşınmaz malikine bir bedel ödenmesi gereken kamulaş-

⁴⁹ **Bijou**, Pierre: Servitudes et grandeurs aéroportuaires, Revue Juridique de l'Ouest, Sayı 2, 1999, s. 237.

⁵⁰ **Tuğcu**, Hatice/**Altan**, Metin: "Coğrafi Bilgi Sistemleri ile Havacılık Çalışması Analizleri; Kayseri Havalimanı Örneği", Cilt 5, Sayı 1, 2023, s. 17.

⁵¹ **Gençkaya**, Ömer Faruk/**Öz**, Bayram: "İmar Kısıtlamaları ve Mülkiyet Güvenliği", Yasama Dergisi, Sayı 42, 2020, s. 170.

tırma usulünün uygulandığı sınırlamalar da mülkiyetten doğan hakları kısıtlayan önemli bir sınırlama alanıdır. Kamulaştırma yoluyla irtifak kurmayı içeren bu tür sınırlamalar imar gibi belirli kamu hizmeti alanlarında kendini daha sık göstermektedir. 3194 sayılı Kanunda gösterilen yetkiyle (m. 14) belediye veya valilikler, imar planlarının uygulanması sırasında, kamu yararı amacıyla bir taşınmazda imar irtifakları kurabilecektir. Bunun dışında kamulaştırma usulüyle doğalgaz, elektrik, su hizmeti gibi alanlarda altyapı çalışmaları ya da diğer ihtiyaçlar nedeniyle özel kişilere ait taşınmazlarda sınırlamalar gerçekleştirmek mümkündür. Bu sınırlamalar doktrinde doğal kaynakların kullanımına ilişkin idari irtifaklar ya da belirli kaynak ve teçhizatın kullanımına ilişkin idari irtifaklar⁵² gibi kavramlarla anılmaktadır. Bunlarla ilgili 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununda, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda ve bazı alt yönetmeliklerinde hükümler yer almaktadır. Genel sınırlayıcı nitelikteki mülkiyet sınırlamalarının bedelsiz olması karşısında kamulaştırma yoluyla getirilen bu sınırlamalarda bilirkişi raporlarının hatalı olması, içtihatların doğru uygulanmaması ve kanunların yol gösterici olmaması gibi nedenlerle⁵³ bedel konusunda sık sık uyuşmazlıklar çıkmaktadır.

V. KAMU HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN MÜLKİYET SINIRLAMALARI HAKKINDA BAZI ÜLKELERDEKİ UYGULAMA ÖRNEKLERİ

Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları hakkında uygulanan en kapsamlı ve örnek sistemlerden biri İsviçre’de oluşan ve “Öffentlich-rechtliche eigentumsbeschränkungen/Kamu hukuku mülkiyet sınırlamaları” (ÖREB) kavramıyla ifade edilen sistemdir. İsviçre’de kapsamlı bir şekilde uygulanan bu sistem Almanya ve Avusturya’da da inceleme konularından biri haline gelmiştir⁵⁴. İsviçre’de ÖREB, taşınmaz maliklerine veya taşınmazlar üzerinde aynı hak sahiplerine yönelik mekânsal tasarruflarla, taşınmaz kullanım planlarıyla, belediye planlarıyla veya çeşitli kanunlardaki kamu hukuku nitelikli mülkiyet kısıtlamaları ve irtifak haklarıyla getirilen hak ve yükümlülükleri göstermektedir. Bunlar arasında enerji hatlarının yapımıyla ilgili, askeri alanla, havaalanları, ulusal yollar ve demiryollarıyla ilgili, imar planlarıyla ilgili, yapı ve mesafe hatlarıyla ilgili ya da ormanların

⁵² Jacquot/Priet/Marie, s. 201.

⁵³ Marabaoğlu, Seda Nur/Uzun Bayram: “Yüksek Voltajlı İletim Hatları ve Taşınmaz Değeri”, 17. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, Ankara 2019, s. 1.

⁵⁴ Vries, s. 7.

korunmasıyla ilgili mülkiyet sınırlamaları yer almaktadır⁵⁵. ÖREB'in uygulanmasında ÖREB-Kataster olarak isimlendirilen bir kamu hukuku kayıt sistemiyle adeta tapu kütüğüne bir alternatif getirilerek kamu hukukundan kaynaklanan hemen hemen tüm mülkiyet sınırlamaları kapsamlı, sistematik ve kamuya açık şekilde sunulmuştur. Bu şekilde mülkiyet üzerindeki tüm kamusal sınırlamaların aynı anda belgeler üzerinde görülebildiği, erişim kolaylığı sağlayan bir sistem oluşturulmuştur⁵⁶. Kamu hukukundan kaynaklanan taşınmaz sınırlamalarının farklı kanunlarda çokça sayılması ve öngörülemez olması karşısında malikler açısından bir şeffaflık ve emlak değerlemesi bakımından kolaylık sağladığı söylenebilir⁵⁷.

Fransa'da uygulanan idari irtifak sistemi kamu tüzel kişilerinin mülkiyet kullanımıyla ve kamusal mülkiyet sınırlamalarıyla ilgili Kanunda (Code général de la propriété des personnes publiques) düzenlenmiş (L2131-1 ve L2131-6) ve yetkili idarelerin askeri alan, kıyı bölgeleri, ormanlar, sivil havacılık bölgeleri gibi alanların korunması, kullanımı ve gözetimi için özel kişilere ait taşınmazlar üzerinde kamusal sınırlamalar getirebileceği belirtilmiştir. Bunun yanında Fransa'da çevreyle ilgili kanunda, milli savunma kanununda ya da kıyı balıkçılığı hakkında kanun gibi çeşitli kamu hukuku kanunlarında mülkiyet sınırlamaları öngörülmüştür. Özellikle yol, genel sağlık ya da genel estetik gibi amaçlarla Fransız imar kanununda getirilen sınırlamaların uygulaması önemlidir. Bu alanda kamu hukuku mülkiyet sınırlamalarının bir çeşidi olan imar irtifakları taşınmaz mülkiyeti üzerinde belde yararı için oluşturulan ve çeşitli inşaat ya da imar sınırlamalarını içeren olumlu ya da olumsuz yükümlülükler şeklinde açıklanmıştır⁵⁸. Fransa'da taşınmazın kullanımını sınırlayan orman, kıyı geçişi, içme suyu ve tarihi eserlerle ilgili bu tür imar irtifakları yerel imar planlarında gösterilmektedir⁵⁹.

⁵⁵ **Knoepfel**, Peter/**Wey**, Benjamin: Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB): Bestand nach Bundesgesetzgebung und ausgewählten Detailuntersuchungen, Idheap, Lausanne 2006, s. 4-21.

⁵⁶ **İl**, Şahin: Kamu Hukuku Kısıtlamaları Kadastrounun Uygulanmasına Yönelik Yaklaşımın Belirlenmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gebze Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Kocaeli 2019, s. 69 vd.

⁵⁷ **Vries**, s. 7-8.

⁵⁸ **Artukmaç**, Sadık: Türk İmar Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1979, s. 328.

⁵⁹ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006074075/LEGISCTA000031211255/#LEGISCTA000031211854_L-151-43, https://www.dalloz.fr/documentation/Document?ctxt=0_YSR0MD1zZXJ2aXR1ZGUgZCdldGlsaXTDqSBwdWJsaXF1ZcKneCRzZj1zaW1wbGUtc2VhemNo&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHc3, Erişim Tarihi: 04.11.2024.

Amerika Birleşik Devletlerinde taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlanmasıyla ilgili koruma irtifakı sistemi ise genel kamusal sınırlama usullerinin zorlayıcı unsurlarını esneterek farklı bir usul öngörmektedir. Düzenleyici ve emredici hukuk kurallarından ziyade makul, esnek ve sürdürülebilir şekilde sözleşme yapma esasına dayanan bu sistemde getirilen kamusal sınırlama hem taşınmaz malikinin mülkiyetini makul ölçüde sınırlamayı hem de kamu kaynakları açısından kamulaştırma gereğini ortadan kaldırıp daha ekonomik bir çözüm bulmayı sağlamaktadır⁶⁰. Şüphesiz bu sistemin esnekliğinde ABD’de bireysel mülkiyet konusunun farklı bir önem arz etmesi ve devlet ve idarelerin mülkiyete kamusal müdahalelerden kaçınması olgusu etkili olmaktadır. Koruma irtifaklarıyla doğal, tarihi, kültürel ya da benzeri nitelikte korunması gereken varlıklar için özel kişiyle yapılan sözleşme niteliğindeki anlaşma sonucunda kamu yararına hizmet etmek üzere taşınmazın üzerindeki mülkiyete ilişkin yetkilerin sınırlanması söz konusudur⁶¹. ABD’nin federal yönetim şekli dolaylı koruma irtifaklarıyla ilgili ortak bir kanuni düzenleme bulunmasa da eyaletlere örnek teşkil eden ve çoğu tarafından da uygulanan 1981 tarihli “Uniform Conservation Easement Act” isminde ortak bir koruma irtifakı kanunu bulunmaktadır. Koruma irtifaklarıyla ilgili bir ulusal koruma irtifakı veri tabanı oluşturulmuş ve buradaki veriler tüm vatandaşların bilgisine sunulmuştur⁶².

VI. KAMU HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN MÜLKİYET SINIRLAMALARININ ORTAK ÖZELLİKLERİ

Kamusal mülkiyet sınırlamalarının en önemli özellikleri arasında kamu yararı ve kanunilik unsurları öne çıkmaktadır. Kamu yararı, kamusal mülkiyet sınırlamalarında özel yarar lehine değil kamunun ortak menfaatleri lehine bir sınırlamayı ifade etmektedir⁶³. Nitekim taşınmazlar üzerinde taşınmaz maliki aleyhine ve diğer özel kişiler lehine getirilen, taşınmaz yükü, irtifak hakkı gibi birçok sınırlayıcı haklar doğabilmektedir. Kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalarda ise kamu hizmetlerinin görülmesi, kamu mallarının korunması ya da kamu düzeninin sağlanması gibi ortak menfaatler amaçlanmaktadır. Bu bakımdan kamu yararı kamusal mülkiyet sınırlamala-

⁶⁰ Güneş, Yusuf: “Koruma İrtifakı Kavramı (Conservation Easement) ve Çevre Korumada Uygulanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 62, Sayı 1-2, 2004, s. 152.

⁶¹ Güneş, s. 126.

⁶² <https://site.tplgis.org/NCED/storymap/index.html>, Erişim Tarihi: 04.11.2024.

⁶³ Artukmaç, s. 336.

rının temel unsurudur⁶⁴. Anayasamızın 35. maddesinde açıkça mülkiyet hakkının ancak kamu yararına yönelik olarak ve kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Burada özellikle taşınmaz mülkiyetini sınırlamak için kanunun tek başına yeterli olmadığını, kamu yararının gerektirdiği hallerle birlikte kanuni sınırlamanın geçerli olacağını vurgulamak gerekir.

Kanunilik unsuru, kamusal mülkiyet sınırlamalarında sınırlamanın mutlaka bir kanunda düzenlenmesini, kanundan daha alt düzeydeki bir düzenlemeyle oluşturulamayacağını ortaya koymaktadır. TMK'nın "Kamu hukuku kısıtlamaları" başlıklı hükümde de (m. 754) taşınmaz mülkiyeti hakkının kamu yararına yönelik kısıtlanması özel kanun hükümlerine tabidir denilerek kanunilik ilkesi vurgulanmış ve bu kısıtlama nedenlerine yol, yapı, kolluk, toprağın kullanımı, eski eserler, doğal güzellikler gibi örnekler verilmekle birlikte sınırlayıcı bir çerçeve çizilmemiştir. Nitekim mevzuatımızda onlarca ayrı kanunda yüzlerce kamu hukuku mülkiyet sınırlaması yer almaktadır. 3194 sayılı Kanun, 2565 sayılı Kanun, 2863 sayılı Kanun, 2918 sayılı Kanun, 3621 sayılı Kanun, 2920 sayılı Kanun başta olmak üzere diğer birçok kanunda bu tür sınırlamalara yer verilmiştir. Ancak kanundan kaynaklanan her mülkiyet sınırlamasının kamu hukukundan kaynaklanmadığı, özel huktan kaynaklanabileceğini de ifade etmek gerekir.

Kamusal mülkiyet sınırlamalarının diğer temel özellikleri zorunluluk esası ve tescil şartı içermemesidir. Zorunluluk esası, kamu hukuku mülkiyet sınırlamalarında özel hukukta geçerli olan serbestlik ilkesi, taraflarca belirleme ya da eşitlik esaslarının uygulanmaması ve mülkiyet sınırlamasının malikin rızasını aramaksızın yürütülmesidir. Bu durum idari faaliyetlerin doğasının, kamu yararı ilkesinin ve kanunun emredici özelliklerinin bir sonucudur. Nitekim kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarını düzenleyen kanunlar, aynı zamanda malikler buna zorlayan çeşitli tedbir ya da yaptırımları da düzenlemektedir. İmarla ilgili sınırlamalarda idari para cezaları, askeri alanlarla ilgili sınırlamalarda yıkım kararı ya da kültür ve tabiat varlıklarıyla ilgili sınırlamalarda izin usulü uygulanması buna örnektir.

Kamu hukuku mülkiyet sınırlamaları aynı zamanda tapuya tescil edilmeksizin geçerli olur. TMK'da (m. 731) taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının tapu siciline tescil edilmeksizin hüküm doğuracağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla taşınmazlarla ilgili aynı hakların kuruluşunda ya da ortadan kalkmasında aranan tescil işlemi, burada bir geçerlilik şartı oluşturmaz. Kamulaştırma ve imar mevzuatı çerçevesindeki kamulaştırma yoluy-

⁶⁴ Hauriou, s. 848.

la getirilen idari irtifak gibi sınırlamalarda bile sınırlamalar tescilsiz olarak doğacaktır⁶⁵. Daha sonra tescil edilebilirse de bu geçerlilik şartı değildir. Her ne kadar tapu kütüğüne tescil, taşınmazlarla ilgili güven sağlama, 3. kişilerin korunması, kamu düzeninin sağlanması gibi yararlar taşısa da kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarındaki kamu yararı kanun koyucu tarafından bu yarara üstün tutulmuştur. Ancak bu durumun kamu hizmetlerinin ve idari faaliyetlerin öngörülebilirliği ile emlak piyasasının şeffaflığı açısından sorun teşkil edeceği açıktır.

Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarının hukukumuzda var olan bu özelliklerine eklenebilecek yeni özellikler ve özellikle uygulamayla ilgili yeni işlevler taşınmazların kullanımı, kamu hizmetlerine konu edilmesi ve değerinin korunması bakımından yararlı sonuçlar ortaya çıkarabilir. Ülkemizde şehirleşme ve büyükşehirlerin artması olgularıyla birlikte taşınmaz mal varlıklarının yatırım ve rant aracı haline gelmesi, buna karşın konumunun sabit olması ve miktarının artırılmaması, onların modern hukuk kuralları yanında teknik altyapı ve aydınlatma araçlarıyla da koruma altına alınmasını gerektirmektedir. Bu konuda örnek gösterilen İsviçre, Fransa ve ABD'deki sistemlerde ortak bir uygulama söz konusudur. Bu uygulama kamusal amaçlarla özel kişilere ait taşınmazlara getirilen sınırlamaların tapu sicili dışındaki araçlarla ya da veri tabanlarıyla vatandaşların ayrı bir çaba gerektirmeden bilgisine sunulmasıdır. İsviçre'deki ÖREB-Kataster⁶⁶ sistemi, Fransa'daki sınırlamaların özel olarak imar planlarına ekli olarak gösterilmesi uygulaması ve ABD'deki The National Conservation Easement Database (NCED)⁶⁷ sistemi bu işlevi görmektedir.

Esasen tapu sicilindeki aleniyet ilkesinin bu şeffaflığı sağlaması beklenirken her taşınmaz sınırlamasının tapu siciline tescil edilmemesi ve tapu sicilindeki aleniyet ilkesi karşısındaki özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması ilkelerinin⁶⁸ tapu siciline erişmek isteyen 3. kişilerin kanunen zorunlu olan inanılır ilgisini ispat etmesini engellemesi, bu ülkelerdeki sisteme benzer bir sistemin ülkemiz için de gerekli olduğunu göstermektedir. Özellikle veri tabanı oluşturma gibi yöntemler, günümüz yaygın iletişim araçlarının kullanımı ve imkanları bakımından hem ekonomik hem de hukuکی yönden açıklayıcı ve öngörülebilir bir taşınmaz rejimi oluşturacaktır. Buna benzer uygulamalar kent bilgi sistemleri ya da coğrafi bilgi sistemleri gibi

⁶⁵ **Düren**, s. 255.

⁶⁶ <https://www.cadastre.ch/de/oereb-kataster>, Erişim Tarihi: 04.11.2024.

⁶⁷ <https://site.tplgis.org/NCED/storymap/index.html>, Erişim Tarihi: 04.11.2024.

⁶⁸ **Seçer**, s. 354.

veri tabanlarıyla yerel düzeyde sakinlerin bilgisine sunulmakta ve burada imar uygulamaları ve taşınmaz hak ve yükümlülükleriyle ilgili temel veriler gösterilmektedir⁶⁹. Bu tür sistemlerin bir bölgede tüm kamu hukuku mülkiyet sınırlamalarını içerecek şekilde merkezi idareler tarafından oluşturulması kamu yararına olacaktır. Kamusal mülkiyet sınırlamalarının sadece taşınmaz malikleri tarafından açıkça bilinmesi ve 3. kişilerin bilgisine yeterince sunulmaması bu sınırlamaların kamu yararı unsurunu zayıflatır ve taşınmazların değeri konusunda yanıltıcı işlemlerin yapılmasına neden olabilir. Tabi ki bu konuda genel bir sistem oluşturabilmek için en etkili yol, kanuni düzenlemelere başvurulması olacaktır.

SONUÇ

Çalışma kapsamında kamu hukukundan kaynaklanan ve özel kişilere ait taşınmaz mülkiyeti hakkının içerdiği yetkilerin kullanımını kısıtlayan sınırlamaların genel hukuki rejimini oluşturabilecek ortak özellikler ve hukuki sonuçlar üzerinde durulmuş, ayrıca bu özellikler ve sonuçlarla ilgili görüş ve öneriler sunulmuştur. Kamu hukukundan kaynaklanan taşınmaz mülkiyeti sınırlamaları sadece kamu yararına yönelik olarak getirilebilir. Bu kamu yararı kamu hizmetlerinin görülmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin elektrik, su, doğalgaz gibi altyapı hizmetlerinin görülmesinde kamu hukukundan kaynaklanana mülkiyet sınırlamaları sayesinde gerek bedelsiz gerek de kamulaştırma usulüyle belirli bir bedel karşılığında taşınmaz mülkiyeti sınırlanarak bu hizmetlerin kamu kaynakları açısından azami verimlilikle görülmesi sağlanır. Kamu yararı, belirli kamu mallarının korunması ve bunların kullanımının ve maddi varlığının devam ettirilerek kamu hizmetlerinde kalması şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin kültürel alanlar ya da havaalanları çevresinde mülkiyet sınırlamaları getirilmesi bu alanların korunmasını sağlar.

Kanunilik, kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarının olmazsa olmazıdır. Her sınırlama bir özel kanunda gösterilmelidir. Ancak bu durum çok fazla nedenle değişik kanunlarda bu tür sınırlamaların düzenlenmesi sonucunu doğurmakta ve hukuki öngörülebilirlik açısından sorun teşkil edebilmektedir. Elbette özel kanunlardaki tüm sınırlamaların tek bir kanunda toplanması beklenemez. Bunların her birinin sebepleri ve sonuçları farklıdır. Ancak bunlara yönelik genel kurallar belirleyen bir kanun olmasında bir sakınca olmayacak, hatta yarar sağlanacaktır. Böyle bir kanunda en azından envanter olarak bu kamu hukuku mülkiyet sınırlamalarının çeşitleri sayılıp

⁶⁹ Örnek bir sistem için bkz. <https://kentrehberi.konya.bel.tr/#/rehber/>, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

genel kuralları ortak bir hüküm altına alınabilir. Nitekim günümüzde imar alanlarında bazı taşınmazlar hem imar uygulaması, hem kültürel alan, hem havaalanı, hem askeri alan etkisiyle birden fazla kamu hukuku mülkiyet sınırlamasına maruz kalabilmektedir. Bu durum bu taşınmazların kullanımında ve satımında çeşitli tereddütler ve spekülatif bilgilere yol açabilmektedir.

Kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamaları özel hukuktaki taşınmaz sınırlamalarından farklı olarak tapuya tescille doğmaz. Taşınmaz malikinin rızasını gerektirmez. Zorlayıcıdır. İdari işlemleri ve yaptırımları da içerir. Nitekim imar yükümlülükleri, askeri alan sınırlamaları, sit alanı sınırlamaları gibi kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarında bu sınırlamaların devamı taşınmaz maliklerinin inisiyatifine bırakılmaksızın ek tedbir ve yaptırımlarla desteklenmektedir. Taşınmaz maliki bu sınırlamaları ihlal ettiğinde, bir özel hukuk yükümlülüğünü ihlal etmiş gibi sadece tazminat sorumluluğu taşımaz. Hatta kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet sınırlamalarının ihlali halinde idari yaptırımlar dışında cezai yaptırımlar da söz konusu olur. İdari ve adli para cezaları, yıkım kararı, hapis cezası gibi yaptırımlar doğabilir. Dolayısıyla bazı kamu hukuku kaynaklı mülkiyet sınırlamalarının ihlali kanun koyucu tarafından suç niteliğinde görülmüştür. Bazı sınırlamalar katlanma ve kaçınma gibi olumsuz edim yükümlülükleri yanında yapma gibi olumlu edim yükümlülükleri içerebilir. Malikin ihlal niteliğindeki faaliyeti düzeltilmesi, yapılan yapıyı kendisinin kaldırması ya da imar alanındaki yapı yüzeylerini düzenlemesi gibi örnekler böyledir. Kamu hukuku kaynaklı bu tür mülkiyet sınırlamaları, bu özellikleri itibariyle hem malikin hem taşınmazda sınırlı ayni hak sahibi olanların hem de taşınmazı satın almak isteyen 3. kişilerin bilmesinin önemli olduğu konulardır.

Anayasanın düzenleme alanının devlet yapısından sonra temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğu düşünüldüğünde ülkemizde özellikle kamusal mülkiyet sınırlamaları karşısında taşınmaz maliklerine yeterli bir güvenenin sağlandığı şüphelidir. Bir taşınmaz malikinin birden fazla kamusal mülkiyet sınırlaması nedeniyle yetkilerinde kısıtlanma meydana gelebilmekte ve bu konuda kamusal makamlara tanınan yetki ve takdir hakkı farklı yoğunlukta olabilmektedir. Buna karşın yargısal korunma yollarına başvurulduğunda genel olarak yargı yerleri açık kanun hükümleri karşısında malik aleyhine karar vermektedir. Yine kamu yararına yönelik olarak getirilen bu sınırlamaların kamunun bilgisine yeterince ve aleni şekilde sunulmaması malik dışında bu sınırlamalardan dolayı 3. kişilerin de mağduriyetine yol açabilmektedir. Her ne kadar bu sınırlamalar tapu sicilinde şerh veya beyan gibi kısımlarda gösterilse de 3. kişilerin bu verilere ulaşmasında inanılır ilgi-

lerini kanıtlama gibi engellerle karşılaştığı, bunun yanında inanılır ilgi bulsa bile yapılan başvuruların tapu dairelerindeki görevlilerin maliklerin kişisel verileri ve özel hayatlarının gizliliği gibi konularda ihlalden dolayı sorumlu olma endişeleriyle reddettiği uygulamada görülmektedir. Dolayısıyla örnekleri sunulan modern hukuk sistemlerindeki gibi bir kayıt ve veri sisteminin bünyesine uygun olduğu ölçüde ülkemizde de uygulanması gereklidir.

KAYNAKÇA

- Akgül**, Mehmet Emin: “Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı ile İmtihani-Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, 2021, s. 1391-1446.
- Artukmaç**, Sadık: Türk İmar Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1979.
- Atay**, Ender Ethem: İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Aybay**, Aydın: “Taşınmaz Mülkiyetinde Tasarruf Sınırlamaları”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2009, s. 175-187.
- Azak**, Kerim: “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde İmar Planı Uygulamaları ile Mülkiyet Hakkının Sınırlanması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 31, Sayı 4, 2023, s. 1561-1601.
- Bijou**, Pierre: Servitudes et grandeurs aéroportuaires, Revue Juridique de l'Ouest, Sayı 2, 1999, s. 237-250.
- Bilgen**, Pertev: İdare Hukuku Ders Notları İdare Malları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, İstanbul 1995.
- Boukheloua**, Naïla: “Une nouvelle servitude d'utilité publique: la servitude en tréfonds”, AJDA, 2016, s. 661-681.
- Boz**, Selman Sacit/**Özdemir**, Yücel/**Nacak**, Mehmet/**Bölükbaşı**, Mustafa Oğuzhan/**Öndin**, Hasan Burak/**Ulusoy**, Sümeyye: Kamu Düzeni Unsurları, Adalet Yayınları, Ankara 2020.
- Çolak**, Nusret İlker: İmar Hukuku, 2. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Demirboğa**, Dursun Ali: “Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Komşuluk Hukukundan Doğan Mülkiyet Kısıtlamaları”, Adalet Dergisi, Sayı 70, 2023, s. 83-96.
- Derbil**, Süheyb: İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1959.
- Düğer**, Sırrı: “Kamu Sağlığı ve İstimval: Koronavirüs Salgınının Düşündürdükleri Çerçevesinde Bir Kamu Sağlığı Kanunu Önerisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 3, 2021, s. 2625-2653.
- Erkün**, Safa Ş.: İmar Hukuku Prensipleri, Halk Basımevi, İstanbul 1959.

- Ertan**, Bilge: Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukukundan Doğan Sınırlamaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No: 8, İstanbul 2023.
- Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret: Eşya Hukuku 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Gençkaya**, Ömer Faruk/**Öz**, Bayram: “İmar Kısıtlamaları ve Mülkiyet Güvenliği”, Yasama Dergisi, Sayı 42, 2020, s. 159-182.
- Gözler**, Kemal: İdare Hukuku Cilt 2, 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.
- Güneş**, Yusuf: “Koruma İrtifakı Kavramı (Conservation Easement) ve Çevre Korumada Uygulanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 62, Sayı 1-2, 2004, s. 123-163.
- Hauriou**, Maurice: Précis de droit administratif et de droit public, 12. Baskı, Paris 1933.
- Jacquot**, Henri/**Priet**, François/**Marie**, Soazic: Droit de l’urbanisme, 8. Baskı, Paris 2019.
- Işıklar**, Celal: “İdare ile Kamu Malları Arasındaki Hukuki İlişki Bağlamında Devletin Hüküm ve Tasarrufunda Altında Olma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 31, Sayı 2, 2023, s. 703-753.
- İl**, Şahin: Kamu Hukuku Kısıtlamaları Kadastrounun Uygulanmasına Yönelik Yaklaşımın Belirlenmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gebze Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Kocaeli 2019.
- Kartal**, Rabia Nur: “Türkiye’de Mülkiyet Hakkı ve İhlalleri: Varlık Vergisi Örneği”, Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 105, 2022, s. 181-200.
- Knoepfel**, Peter/**Wey**, Benjamin: Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB): Bestand nach Bundesgesetzgebung und ausgewählten Detailuntersuchungen, Idheap, Lausanne 2006.
- Kutlu Gürsel**, Meltem: Kamulaştırma Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Marabaoğlu**, Seda Nur/**Uzun** Bayram: “Yüksek Voltajlı İletim Hatları ve Taşınmaz Değeri”, 17. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, Ankara 2019.
- Morand-Deville**: Jacqueline, Cours de droit administratif des biens, 3. Baskı, LGDJ, Paris 2003.
- Navratil**, Gerhard/**Spangl**, Dominik: “Räumliche Abgrenzungen in einem ÖREB-Kataster für Österreich”, Fachbeitrag, Sayı 6, 2012, s. 357-364.

- Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 2, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul 1952.
- Örücü**, Esin: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı (Mülkiyet Hakkının Sınırlanması), İstanbul 1976.
- Örücü**, Esin: “Taşınmaz Mülkiyeti Sınırlamalarına İlişkin Bazı Öneriler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 10, Sayı 13, 1976, ss. 47-78.
- Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Özdemir**, Yücel: İdari İrtifaklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- Özdemir**, Yücel: Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma, Adalet Yayınları, Ankara 2018.
- Sapanoğlu**, Süleyman: Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Sağlam**, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982.
- Seçer**, Tuğçem: “Tapu Sicilindeki Gerçek Kişilere Ait Kayıtların Paylaşılmasının Aleniyet İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı ve Kişisel Veri Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, 2023, s. 341-355.
- Selanik**, Atakan Adem: “Türk Medeni Kanunu (Komşuluk Hukuku) Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 79, Sayı 3, 2021, s. 1-32.
- Sütçü**, Nezi: “Üstün Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Bursa Barosu Dergisi, Cilt 46, Sayı 117, 2021, s. 49-62.
- Tan**, Turgut: İdare Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Tezcan**, Murat: “Soyut Kamu Yararı Kararıyla Sınırlandırılan Mülkiyet Hakkı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Sayı 85, 2013, s. 87-89.
- Tuğcu**, Hatice/**Altan**, Metin: “Coğrafi Bilgi Sistemleri ile Havacılık Çalışması Analizleri; Kayseri Havalimanı Örneği”, Cilt 5, Sayı 1, 2023, s. 10-19.
- Vries**, Walter: Rechts-und Datengrundlagen für ein Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in Bayern-eine Evaluierung, Technische Universität München, München 2015.

TÜRK HUKUKUNA GÖRE OTONOM GEMİ UZAKTAN KONTROL MERKEZİ PERSONELİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK KANUNUN BELİRLENMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1643659>

Dr. Öğr. Üyesi İlknur ULUĞ CİCİM*

Arş. Gör. İrem Banu BAŞER ÖCAL**

Öz

Otonom gemilerin ortaya çıkışı, denizcilik sektöründe verimliliği artırma, insan hatalarından kaynaklanan kazaları azaltma ve operasyonel maliyetleri düşürme arayışının bir sonucudur. Teknolojinin hızla ilerlemesi, sensörler, yapay zekâ gibi alanlardaki gelişmeler, otonom gemi teknolojisinin olgunlaşmasını ve test edilmesini mümkün kılmıştır. Bu gelişmelerle birlikte, otonom gemilerin kullanımı giderek yaygınlaşmakta ve deniz taşımacılığında yeni bir çağ başlatmaktadır. Otonom gemi uzaktan kontrol merkezleriye bu yeni sistemde kritik bir rol oynamakta; gemilerin uzaktan izlenmesi, kontrol edilmesi ve gerektiğinde müdahale edilmesi görevlerini üstlenerek güvenli ve etkin operasyonları sağlamaktadır. Otonom gemi uzaktan kontrol merkezinde, operasyonların yürütümünde görev alan personelin (Türk Hukukuna tabi) bir iş sözleşmesiyle çalışması halinde, hangi iş kanununa tabi olduğu, yaptığı işin “deniz taşıma işi” olarak nitelendirilmesine ve uzaktan kontrol merkezinin bulunduğu konuma bağlıdır ve bu durum iş ilişkisinden kaynaklanan haklar açısından kritik sonuçlar doğurur. Yapılan iş deniz taşıma işi olarak kabul edilmezse, uzaktan kontrol merkezi personeline 4857 sayılı İş Kanunu uygulanacaktır. Yapılan iş, deniz taşıma işi olarak kabul edilirse, 854 sayılı Deniz İş Kanunu veya hizmet sözleşmesine ilişkin

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Antalya (ilknurulug@gmail.com) ORCID: 0000-0002-5419-8302 (Geliş Tarihi: 20.02.2025-Kabul Tarihi: 27.04.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Isparta (irembaser@sdu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-4014-1997 (Geliş Tarihi: 20.02.2025 -Kabul Tarihi: 27.04.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

genel hükümler içeren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uygulanacaktır. Çalışmada henüz Türkiye’de yaygın olarak otonom gemi kullanımı olmasa da mevcut iş hukuku mevzuatının yeni teknolojik gelişmelere ne ölçüde cevap verebileceği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Otonom Gemiler, Uzaktan Kontrol Merkezi, İş Kanunu, Deniz Taşıma İş, Deniz İş Kanunu

DETERMINATION OF THE CODE GOVERNING THE EMPLOYMENT CONTRACT OF AUTONOMOUS SHIP REMOTE CONTROL CENTER PERSONNEL UNDER TURKISH LAW

(Research Article)

Abstract

Autonomous ships are emerging due to the drive to increase efficiency in the maritime sector, reduce accidents caused by human error, and lower operational costs. The rapid advancement of technology and developments in areas such as sensors and artificial intelligence have made the maturation and testing of autonomous ship technology possible. With these developments, the use of autonomous ships is becoming increasingly widespread, heralding a new era in maritime transport. Autonomous ship remote control centers play a critical role in this new system, ensuring safe and efficient operations by undertaking the tasks of remotely monitoring, controlling, and intervening when necessary. Whether personnel (subject to Turkish law) working at an autonomous ship remote control center are subject to which labor law depends on whether their work is classified as “maritime transport work” and the location of the remote control center. This has critical consequences for the rights arising from the employment relationship. If the work being performed is not considered maritime transport work, Labor Code No. 4857 will apply to the remote control center personnel. However, if the work being performed is considered maritime transport work, Maritime Labor Code No. 854 or Turkish Code of Obligations No. 6098, which contains general provisions regarding service contracts, will apply. Although autonomous ships are not yet widely used in Türkiye, the outcome of this study has revealed the necessity of discussing to what extent the current labor legislation can respond to new technological developments.

Keywords

Autonomous Ships, Remote Control Center, Turkish Labour Code, Maritime Transport Work, Turkish Maritime Labor Code

GİRİŞ

Endüstri 4.0 devrimi ve yapay zekâ uygulamalarının yaygınlaşmasıyla birlikte¹, denizcilikte uzaktan kontrol edilebilen veya insansız seyrüsefer gerçekleştirebilen “otonom gemiler” geliştirilerek deniz taşımacılığında kullanılmaya başlanmıştır. Yakın gelecekte, mutlak deniz ticareti faaliyetlerinin bir bölümü söz konusu yeni tip gemiler tarafından icra edilecektir². 2022 yılında ticari faaliyetlerine başlayan tam otonom gemi *Yara Birkeland*, “uzaktan operasyon merkezi” vasıtasıyla izlenmekte ve gerektiğinde kontrolü bu merkezden sağlanmaktadır³. Tam otonomi seviyesine; diğer bir deyişle, geminin kendi kendine seyredebileceği seviyeye geçiş için iki yıllık bir test süreci öngörülmüştür⁴. Japonya’da geliştirilen *Meguri2040* projesinde 2020-2022 yılları arasında otonom navigasyon testleri gerçekleştirilmiş, “filo operasyon merkezi” kurulmuş ve 2025 yılı sonuna kadar tam otonom navigasyonun hayata geçirilmesi planlanmıştır⁵. Ayrıca limanlar ve su yolu lojistik sistemlerinin de otonom gemilere uygun hale getirilmesi için çalışmalar yapılmaktadır⁶. Bu teknolojik gelişmeler⁷ ışığında, Uluslararası De-

¹ Endüstri 4.0 ve denizcilik sektörüne etkileri hakkında bkz. **Yılmaz, Fatih/Önaçan, Mehmet Bilge Kağan**: “Otonom Gemi Teknolojisine Dair Gelişmeler ile Türk Denizcilik ve Gemi İnşa Sektörüne Etkileri Üzerine Nitel Bir Araştırma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, 2019, s. 57-86.

² “AAWA Position Paper: Remote and Autonomous Ships-Next Steps”, <https://www.rolls-royce.com/~media/Files/R/Rolls-Royce/documents/customers/marine/ship-intel/aawa-whitepaper-210616.pdf>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024; **Ciğer, Selim**: “Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan – TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme”, 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar, ed. Sezer Ilgın ve Bülent Sözer, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2021, (Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan), s. 464.

³ “MV Yara Birkeland”, <https://www.yara.com/news-and-media/media-library/press-kits/yara-birkeland-press-kit/>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

⁴ **Aasen, Tina**: “Plain sailing for Yara Birkeland”, <https://protect.kongsberg.com/kongsberg---the-first-electric-autonomous-ship-ever/>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

⁵ “The Nippon Foundation MEGURI2040 Fully Autonomous Ship Program”, <https://www.nippon-foundation.or.jp/en/what/projects/meguri2040>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

⁶ “What if marine automation can take waterborne transport to the next level?”, <https://aegis.autonomous-ship.org/>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024; “Limanlar, otonom gemilere hazırlanıyor”, <https://www.marinedealnews.com/limanlar-otonom-gemilere-hazirlaniyor/>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

⁷ Diğer otonom gemi projeleri için bkz. “KASS-Korea Autonomus Surface Ship Project-What is an Autonomous Ship?”, <https://kassproject.org/en/info/info.php>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024; “The Uncharted: Autonomous Ship Project”, <https://www.ibm.com/industries/federal/autonomous-ship>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024; “MUNIN-Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks”, <https://cordis.europa.eu/project/id/314286/reporting>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

nizcilik Örgütü (*IMO-International Maritime Organization*) yeni tip gemilerin operasyonlarına ilişkin kanun taslağı üzerinde çalışmaktadır⁸.

IMO söz konusu yeni tip gemileri, Deniz Üstü Otonom Gemi⁹/Otonom Deniz Yüzey Gemisi¹⁰ (*Maritime Autonomous Surface Ship (MASS)*) olarak adlandırmış ve “*değişen derecelerde insan etkileşiminden bağımsız olarak çalışabilen bir gemi*” olarak tarif etmiştir¹¹. Bu yeni tip gemilerin en yüksek otonomi seviyesine sahip olan modelleri yapay zekâ marifetiyle kendi kendine seyretmekte¹² ve yalnızca gerekli hallerde uzaktan kontrolü devralınmaktadır. Daha düşük otomasyon seviyeli gemiler ise uzaktan insan kontrolü altındadır¹³. Mevcut proje ve çalışmalarda, geminin gözetleneceği ve gerektiğinde kontrol edileceği bir kontrol merkezi kuruludur. Mevzubahis uzaktan kontrol merkezinin karada, başka bir gemide veya denizde inşa edilmiş bir platformda kurulması ihtimal dâhilindedir¹⁴. Aynı zamanda, bu kontrol mer-

⁸ IMO, “Autonomous Shipping”, <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

⁹ Var Türk, Kübra: “Gemi Adamı ile Donatılmamış (İnsansız) Gemilerin Deniz Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 37, Sayı 1, 2021, s. 158.

¹⁰ Yılmaz, Mustafa: Otonom Gemilerin Hukuki Boyutu, Yetkin, Ankara, 2022, s. 40.

¹¹ “IMO takes first steps to address autonomous ships”, 25 Mayıs 2018, <https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MS-C.99-mass-scoping.aspx>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024; IMO, “Outcome of the Regulatory Scoping Exercise For the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (Mass)/MSC.1/Circ.1638”, 03 Haziran 2021, [https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/HotTopics/PublishingImages/Pages/Autonomous-shipping/MSC.1-Circ.1638%20-%20Outcome%20Of%20The%20Regulatory%20Scoping%20ExerciseFor%20The%20Use%20Of%20Maritime%20Autonomous%20Surface%20Ships...%20\(Secretariat\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/HotTopics/PublishingImages/Pages/Autonomous-shipping/MSC.1-Circ.1638%20-%20Outcome%20Of%20The%20Regulatory%20Scoping%20ExerciseFor%20The%20Use%20Of%20Maritime%20Autonomous%20Surface%20Ships...%20(Secretariat).pdf), Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

¹² Rødseth, Ørnulf Jan/ Nordahl, Håvard: “Definition for Autonomous Merchant Ships”, Norwegian Forum for Autonomous Ships(NFAS), 10 Ekim 2017, s. 12, <https://nfas.autonomous-ship.org/wp-content/uploads/2020/09/autonom-defs.pdf>, 15 Aralık 2024; Kara, Hacı: “Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 2020, s. 32; Yılmaz, s. 60; Ciğer, Selim: “Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler Üzerine Bazı Düşünceler”, Journal of Commercial & Intellectual Property Law (TFM) / Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, Aralık 2023, (Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler), s. 222.

¹³ Yılmaz, s. 59.

¹⁴ Sözer, Bülent: “Mürettebatsız Gemiler (Self-Steering Ships)”, Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, 18 Ocak 2019 İstanbul, ed. Serap Amasya, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.63-64; Sözer, Bülent: “Self-Steering Ships”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Aralık 2020, (Self-Steering Ships), s. 1367; Cerit Dindar, Ceren: “Autonomous Ships: Carriage of Goods by Sea - Legal Aspects”, *International Maritime and Transportation Law Course*, Dubrovnik,

kezinde birden çok geminin kontrol edilmesi, bu gemilerin birbirinden ve kontrol merkezinden farklı devlet bayraklarına sahip olması olasıdır. Öte yandan, kontrol merkezini kimin işleteceği de belirsizdir. Örnek olarak işle-ten gemi maliki, charterer, başka bir geminin maliki, bu işi yapmak üzere özel olarak kurulmuş bir şirket veya resmi bir devlet kurumu olabilir¹⁵.

Türk denizcilik ve gemi inşa sektöründe, yukarıda bahsettiğimiz ölçekte ticari faaliyete geçmeye hazır otonom gemi projeleri mevcut değilse de aske-ri ve sivil alanda çalışmalar yapılmaktadır¹⁶. Türkiye’de otonom gemi üreti-mi ve kullanımı henüz hızlı bir gelişim göstermese de hâlihazırda seyreden otonom gemilerin, Türk karasularından ve boğazlarından geçmesi ve Türk limanlarına giriş yapması olasıdır¹⁷. Bu nedenle öğreti, liman işletmeciliği, gemi işletmeciliği, tersaneler ve gemi yan sanayii işletmeciliğinin yeniden yapılandırılması, denizcilik eğitiminin güncellenmesi ve ulusal mevzuatın otonom gemilere uyumlu hale getirilmesini strateji önerileri arasında ileri sürmektedir¹⁸.

Hırvatistan, 2020, <https://iuc.hr/file/1041>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024; **Yılmaz**, s. 58-59; **Sözer**, Bülent: *Unmanned Ships and the Law*, Taylor & Francis, 2024, (*Unmanned Ships and the Law*), s. 84-85.

- ¹⁵ **Sözer**, *Unmanned Ships and the Law*, 84-108; **Sözer**, Bülent: “Control Centres in the Context of Unmanned Ship Operations – Their Status and Potential Liabilities”, *Damages, Recoveries and Remedies in Shipping Law*, ed. Barış Soyer, Informa Law from Routledge, 2024, (*Control Centres*), s. 139-49.

- ¹⁶ “İTÜ Seatech Innovators Otonom Gemi Proje Takımı”, İTÜ Denizcilik Fakültesi, <https://df.itu.edu.tr/ogrenciler/proje-takimlari/otonom-gemi-takimi>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024; “İTÜ’nün otonom gemi çalışması suya indi”, <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/itunun-otonom-gemi-calismasi-suya-indi/2327457>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024; STM ThinkTech, “İnsansız Hava, Deniz ve Sualtı Araçları İçin Otonom ve Yarı Otonom Gemiler”, ThinkTech, 17 Ağustos 2022, <https://thinktech.stm.com.tr/insansiz-hava-deniz-ve-sualti-arac-lari-icin-otonom-ve-yari-otonom-gemiler>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024; “İnsansız Deniz Araçları”, Aselsan, 23 Ağustos 2023, <https://www.aselsan.com.tr/blog/detay/387/insansiz-deniz-arac-lari>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024; “İnsansız Deniz Araçları”, Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı, 18 Eylül 2024, <https://tskgv.org.tr/savunmasanayiigundem/insansiz-deniz-arac-lari>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

- ¹⁷ Keza Türkiye’de otonom gemi inşasına başlanmıştır. Bu konuda bkz. “Tersan Tersanesi Ve Fjord1 As, Teslimatlar Ve Yeni Projelerle İş Birliklerini Genişletiyor.”, 29 Şubat 2024, <https://tersanshipyard.com.tr/haberler/tersan-tersanesi-ve-fjord1-as-teslimatlar-ve-yeni-projelerle-is-birliklerini-genisletiyor>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

- ¹⁸ **Ece**, Nur Jale: “Uluslararası Ticaretin Geleceği İnsansız Gemiler: Gzft Analizi ve Hukuki Boyutları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, Aralık 2018, s. 298; **Yılmaz/Önaçan**, s. 80-81. Ulusal mevzuatın otonom gemilerle uyumlu olup olmadığını inceleyen çalışmalar için bkz. **Kara**, s. 47; **Ciğer**, Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan, s. 494-96; **Ecemiş Yılmaz**, Hatice Kübra: “Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 2, 2023, s. 429-60.

Bu çalışma, otonom gemilerin uzaktan kontrol merkezlerindeki personelin Türk İş Hukukuna tabi olduğu varsayımına dayanmaktadır. Çalışmanın amacı, bu durumda uygulanacak iş hukuku mevzuatını belirlemektir. Zira otonom geminin uzaktan kontrol merkezinde yapılan işin “deniz taşıma işi” olarak nitelendirilmesi halinde burada çalışan işçilere 4857 sayılı İş Kanunu¹⁹ değil, kontrol merkezinin konumuna ve niteliklerine göre 854 sayılı Deniz İş Kanunu²⁰ veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²¹ uygulanacaktır. Buna karşın, yapılan işin deniz taşıma işi olmadığı kabul edilirse bu işçiler, İş Kanunu’na tabi olacaktır. Uzaktan kontrol merkezi personeline uygulanacak kanunun tespiti, iş kanunları arasında farklılık gösteren iş sözleşmesinin şekli, süresi, zincirleme şekilde üst üste kurulmasının şartları, iş güvencesinden yararlanma, kıdem tazminatına hak kazanma ve benzeri düzenlemeler açısından önem arz eder. Çalışmada öncelikle otonom gemilerin genel özelliklerine değinilmiştir. Ardından, otonom geminin uzaktan kontrol merkezinde çalışan personelin sözleşmesine uygulanacak kanunun tespitinde kullanılan ölçütlere ve ilgili Yargıtay kararlarına yer verilmiştir. Uzaktan kontrol merkezinde yürütülen işin deniz taşıma işi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve bu merkezin konumuna göre personele hangi kanunun uygulanacağı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeye göre uzaktan kontrol merkezi personelinin iş hukuku mevzuatı uyarınca gemi çalışanı (gemi adamı)²² ve kaptan sıfatını haiz olup olmadığına da değinilmiştir.

I. OTONOM GEMİ

A. Tanımı ve Özellikleri

Öğretide otonom gemilere ilişkin mutabık kalınmış bir tanım mevcut değildir²³. Otonom gemi ifadesi yerine “mürettebatsız gemi”²⁴, “insansız

¹⁹ 22.05.2003 tarih, RG. 10.06.2003- Sayı: 25134.

²⁰ 20.04.1967 tarih, RG. 29.04.1967-Sayı:12586.

²¹ 11.01.2011 tarih, RG. 04.02.2011-Sayı: 27836.

²² Mevzuatta gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimseler “gemiadamı” olarak tanımlanıyorsa da çalışmamızda, mevzuat metninden alıntılar hariç, bu kişileri ifade etmek üzere “gemi çalışanı” ifadesi tercih edilmektedir. Zira gemi çalışanı ifadesi, Türkiye’nin taraf olduğu Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) m. 2/f hükmüne uygun, cinsiyet belirtmeyen, kapsayıcı niteliktedir. Detaylı bilgi için bkz. **Bora Çınar**, Sevda: “Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) m 2/f Işığında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ndaki Cinsiyetçi İfadelerin Değiştirilmesi Gerekliği Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 81, Sayı 2, 2023.

²³ **Shimizu**, Etsuro: “Recent trends and issues for practical application of MASS”, ClassNK technical journal, Cilt 3, 2021, s. 1; **Ciğer**, Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan, s. 465; **Yılmaz**, s. 40; **Sözer**, Control Centres, s. 140.

gemi”²⁵, “gemi adamı ile donatılmamış gemi”²⁶, “akıllı gemi”²⁷ ve “yeni tip gemi”²⁸ ifadeleri de kullanılmaktadır. Söz konusu yeni tip gemilerle ilgili terim ve tanım karmaşasının nedeni, uzaktan kontrol edilen gemiler ile tam otonom (tamamen yapay zekâ ile seyrüsefer gerçekleştirebilen) gemilerin aynı başlık altında incelenmesidir²⁹. Bu çalışmada otonomluk düzeyi, diğer bir deyişle tam insan kontrolünden insan rolü olmamasına kadar bir sürekliliği temsil eden değişken ölçek³⁰ ve alt kategoriler esas alınmaksızın IMO tarafından kapsayıcı bir terim olarak ileri sürülen³¹ “otonom gemi” ifadesi³², “yeni tip gemi”³³ ifadesiyle birlikte kullanılacaktır.

Otonom gemilerin belirleyici özelliği büyük ölçüde veya tamamen yapay zekâyla işletilmeleridir³⁴. Bu gemiler kısmen veya tamamen kendi kendine seyrüsefer gerçekleştirebilir³⁵. Geleneksel gemilere kıyasla otonom gemilerde; nesneleri, engelleri, gemileri, kıyı şeridini algılayan, sınıflandıran; geminin makinelerini, konumunu, hızını, su derinliğini, hava şartlarını sürekli izleyen sensörler ve IoT(nesnelerin interneti) cihazları, Otomatik Tanımlama Sistemleri(AIS), Küresel Navigasyon Uydu Sistemleri (GNSS)

²⁴ **Sözer**, Bülent: “Teknolojik Gelişmelerin, Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcunun Kapsamına ve İçeriğine Etkileri”, *Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar - I Sempozyumu*, ed. Cüneyt Süzel, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 7; **Ciğer**, Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan.

²⁵ **Ece; Kara**, s. 28; **Ecemiş Yılmaz**, s. 429-60.

²⁶ **Var Türk**, s. 153 vd.

²⁷ **Yorulmaz**, Murat/**Karabulut**, Kaan: “Deniz Taşımacılığında Akıllı Gemiler: Gemi Kaptanlarının Bakış Açısı”, *Ekonomi İşletme ve Maliye Araştırmaları Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2020, s. 40-54.

²⁸ **Ciğer**, Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler.

²⁹ **Kara**, s. 20; **Ciğer**, Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler, s. 222.

³⁰ **Ringbom**, Henrik/**Collin**, Felix: “Terminology and Concepts”, *Autonomous Ships and the Law*, Routledge, 2021, s. 13.

³¹ **Rødseth/Nordahl**, s. 7; **Rødseth**, Ørnulf Jan/**Nordahl**, Håvard/**Hoem**, Åsa: “Characterization of Autonomy in Merchant Ships”, 2018 OCEANS - MTS/IEEE Kobe Techno-Oceans (OTO), 2018, s. 1-7; **Ringbom/Collin**, s. 14-15; **Yılmaz**, s. 42.

³² *Comite Maritime International(CMI) 2020 yılına kadar yeni tip gemileri ifade etmek üzere “unmanned ship” kavramını kullanmıştır. Yakın tarihli çalışmalarında MASS ifadesini kullanır. Bkz. “Maritime Law for MASS”, <https://comitemaritime.org/work/mass/#>, Erişim Tarihi:15 Aralık 2024.*

³³ Otonomi seviyesine bakılmaksızın yeni teknolojilerle donatılmış gemilerin, geleneksel gemilerden farkını ortaya koyan en uygun ifadenin “yeni tip gemi” ifadesi olduğunu düşünmekteyiz. Yeni tip gemi ifadesinin kullanımı için bkz. **Ciğer**, Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler.

³⁴ **Kara**, s. 20.

³⁵ **Ciğer**, Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler, s. 222.

ve Elektronik Rota Görüntüleme ve Bilgi Sistemleri (ECDIS) gibi birçok sistem ile bu bilgileri işleyen yapay zekâ ve geçmiş seferlerden “öğrenmeyi” sağlayan makine öğrenme teknolojisi bulunur³⁶.

Öğretide otonom gemilere dair, farklı tanımlar yapılmıştır: İlk tanım, “geminin sevk ve idaresinin köprü üstü mürettebatının müdahalesi olmadan veya sınırlı müdahalesiyle gerçekleştirildiği gemi”³⁷; diğer bir tanım “gemi-deki bir mürettebatın komutası altında olmadan seyir kabiliyetine sahip bir gemi”³⁸; bizim de katıldığımız son tanım, “sofistike seyir yardımcıları ve yapay zekâ marifetiyle, kısmen veya tamamen, kendi kendine seyrüsefer gerçekleştirebilen gemi”³⁹ tanımıdır.

IMO otonom gemileri otonomi seviyesine göre dört kategoriye ayırmıştır⁴⁰. Birinci kategori, otomatik süreçlere ve karar desteğine sahip gemi; ikinci kategori, gemide mürettebatın bulunduğu uzaktan kontrol edilen gemi; üçüncü kategori, gemide mürettebatın bulunmadığı uzaktan kontrol edilen gemi ve dördüncü kategori, kendi başına kararlar alan ve eyleme geçen tam otonom gemiyi ifade eder. IMO kategorileri ve kategorilerin tarifleri, bu kategorilerin durağan (sabit) otonomi seviyelerinde işlemek üzere tasarlandığı izlenimi uyandırır da⁴¹ geminin tek seferde birden fazla otonomi seviyesine göre çalışabilmesi mümkündür⁴². Öğretide, otomasyonda geçişler olan, diğer bir deyişle değişken (dinamik) otonomi seviyesinin esas alındığı gemilerin yaygınlaşacağı öngörülmektedir⁴³.

³⁶ “Remote & Autonomous Ship Technology”, Kongsberg Maritime, <https://www.kongsberg.com/maritime/ship-types/autonomous-ships/>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2024; STM ThinkTech, “İnsansız Hava, Deniz ve Sualtı Araçları İçin Otonom ve Yarı Otonom Gemiler”; “Autonomous Ships: Shaping the Future of Maritime Transport”, 10 Ekim 2024, <https://www.unoks.com/en/blog/autonomous-ships-the-future-of-maritime-transport>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2024.

³⁷ **Rødseth/Nordahl**, s. 7.

³⁸ **Sözer**, Control Centres, s. 140.

³⁹ **Ciğer**, Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler, s. 222.

⁴⁰ IMO’nun dörtlü tasnifinin değişken otonomi seviyelerinin kullanımını ve bunun etkilerini göz ardı etmesi nedeniyle uyumsuz ve yanıltıcı olduğuna ilişkin bkz. **Ciğer**, Selim: “Yeni Tip Gemilerin İşleyiş Esasları Bakımından Otonomi Kavramı ve IMO’nun Otonom Gemi Kategorileri Üzerine Düşünceler”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 82, Sayı 4, 2024, (Otonomi Kavramı), s.1135-1183.

⁴¹ **Ciğer**, s. 1163.

⁴² IMO, “MSC.1/Circ.1638”.

⁴³ **Sözer**, Mürettebatsız Gemiler, s. 67-68; **Ciğer**, Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan, s. 468; **Ringbom/Collin**, s. 7-8; **Ciğer**, Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler, s. 222; **Ciğer**, Otonomi Kavramı, s. 1152-1153.

B. Uzaktan Kontrol Merkezi

Otonom gemiler, ne kadar karmaşık şekilde tasarlanmış, donatılmış ve teçhiz edilmiş olursa olsun, kaçınılmaz olarak izlenecek ve sürekli gözetim altında tutulacaktır⁴⁴. Otonomi düzeyine bağlı olarak bazı gemiler uzaktan kumanda edilirken bazı gemilere belirli hallerde, örneğin acil durumlarda, müdahale edilmesi gerekecektir⁴⁵. Mevcut otonom gemi projelerinde, bu görevi yerine getirmek üzere karada tesisler kurulmuştur. *Yara Birkeland* adlı projede “uzaktan operasyon merkezi”, *Meguri2040* projesinde “filo operasyon merkezi”, *MUNIN* projesinde “kıyı kontrol merkezi”⁴⁶, *KASS*’da “kıyı veya kara kontrol merkezi”⁴⁷ olarak adlandırılan tesislerin ortak özelliği, mürettebatsız gemi operasyonlarının kumanda merkezi olmalarıdır. *Sözer*, söz konusu kumanda merkezinin, normal ticari kullanıma devam eden başka bir gemide; demirlemiş veya demir atmış gemide, hatta bir mavnaya veya yüzen bir platformda veya bir uçakta kurulabileceği düşüncesiyle (kıyı veya kara ifadeleri kullanılmaksızın) kontrol merkezi olarak adlandırılmasını önermiştir⁴⁸. Bu çalışmada “uzaktan kontrol merkezi” ifadesi tercih edilmiştir.

Uzaktan kontrol merkezi, otonom gemileri izleme, kumanda etme ve kontrol etmede çok önemli role sahiptir⁴⁹. Bununla birlikte, uluslararası sözleşmelerde ve devletlerin ulusal mevzuatlarında, uzaktan kontrol merkezi personelinin nitelikleri ve eğitimlerine ilişkin yasal boşluklar bulunmaktadır⁵⁰. Keza bu kişilerin gemi çalışanı sayılmayacakları, bu nedenle gemi çalışanı yeterliliklerine ve çalışma koşullarına ilişkin uluslararası ve ulusal düzenlemelerin uygulanamayacağı öğretide kabul görmektedir⁵¹. Uzaktan

⁴⁴ *Sözer*, Control Centres, s. 141.

⁴⁵ *Sözer*, s. 140-41; *Rødseth*, Ørnulf Jan; “What Will be the Role of Remote Operations Centres?”, *The Journal of Ocean Technology*, Cilt 19, Sayı 1, 2024, s. 3.

⁴⁶ “MUNIN-Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks”.

⁴⁷ “Detailed task”, <https://kassproject.org/en/task/task.php>, Erişim Tarihi: 19 Aralık 2024.

⁴⁸ *Sözer*, Unmanned Ships and the Law, s. 85.

⁴⁹ *Soyer*, Barış/*Tettenborn*, Andrew/*Leloudas*, Georgios: “Remote Controlled and Autonomous Shipping: UK Based Case Study”, 2022, s. 7, SU Repository, <https://cronfa.swan.ac.uk/Record/cronfa59050>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

⁵⁰ Tanınmış bir klas kuruluşu olan DNV’nin “DNV SeaSkill Standard ST-0324” adlı belge ile kontrol personelinin yeterliliklerine ilişkin düzenleme yapmış olması cesaret verici olsa da hala bu alanda düzenlemelere ihtiyaç vardır. *Soyer/Tettenborn/Leloudas*, s. 7.

⁵¹ *Chwedczuk*, Michal: “Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in U.S. Admiralty and Maritime Law”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Cilt 47, Sayı 2, 2016, s. 140-41 Yazar uzaktan kontrol operatörlerinin gemi çalışanı sayılmasa da özel düzenlemelere tabi olması gerektiğini ileri sürer. *Van Hooydonk*, Eric:

kontrol merkezinde çalışan kişinin tabi olduğu yasal sistemin, kontrol ettiği otonom gemi ya da gemilerden⁵² farklı olması da ihtimal dâhilindedir⁵³. Böyle bir durumda, bu kişilere geminin bayrak devleti hukuku yerine uzaktan kontrol merkezinin tabi olduğu hukukun uygulanması⁵⁴ söz konusudur. Bu durumda, ulusal hukukun iş hukuku, ceza hukuku, mali hukuk kuralları uygulanacaktır⁵⁵.

Uzaktan kontrol merkezinin gemi operasyonlarının yürütülmesini sağlayan teknik donanım ve araçlardan başka, bu merkezlerde çalışanların kullanımı için tasarlanmış dinlenme salonları, yemek tesisleri, vardiyalı çalışanların uyku alanları gibi temel ihtiyaçları karşılayan bir tesis olacağı öngörülmektedir⁵⁶.

II. UZAKTAN KONTROL MERKEZİ PERSONELİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN TABİ OLDUĞU KANUNUN TESPİTİ

A. Genel Olarak İş Sözleşmelerinin Tabi Olduğu Kanunun Tespitinde Esas Alınan Ölçütler

Bireysel iş ilişkilerini düzenleyen üç özel İş Kanunu bulunmaktadır: 4857 sayılı İş Kanunu (İş Kanunu), 854 sayılı Deniz İş Kanunu (DenizİŞK) ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun⁵⁷. Bunların kapsamına girmeyen iş iliş-

“Botport law – the regulatory agenda for the transition to smart ports”, New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century, ed. Barış Soyer ve Andrew Tettenborn, Informa Law from Routledge, 2019, s. 92; **Baughen**, Simon: “Who is the master now?: Regulatory and contractual challenges of unmanned vessels”, New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century, ed. Barış Soyer ve Andrew Tettenborn, Informa Law from Routledge, 2019, s. 138-39; **Var Türk**, s. 183; **Ciğer**, Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan, s. 474; **Yılmaz**, s. 143; **Sözer**, Unmanned Ships and the Law, s. 85. Yazar bunun bazı istisnaları olacağını belirtmiştir.

⁵² *Yara Birkeland* ve *Meguri2040* Projelerinde birden fazla gemi tek bir kontrol merkezi personeli tarafından izlenmektedir.

⁵³ **Sözer**, Control Centres, s. 145.

⁵⁴ 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG. 12.12.2007- Sayı:26728) m. 27/2 gereğince “*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.*”

⁵⁵ **Sözer**, Control Centres, s. 145.

⁵⁶ **Sözer**, Control Centres, s. 141.

⁵⁷ 13.06.1952 tarih, RG. 20.06.1952-Sayı: 8140.

kilerine Türk Borçlar Kanunu (TBK) uygulanır⁵⁸. Her iş kanunu kendi uygulama kapsamını belirlemekte ve kapsamına aldığı iş ilişkilerini farklı şekilde düzenlemektedir⁵⁹.

İş Kanunu m.1 f. 2 uyarınca “*Bu Kanun, 4 üncü Maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.*”. Hükmün yollama yaptığı 4. maddede İş Kanunu’nun uygulanmayacağı işler ve iş ilişkileri sınırlı şekilde sayılmıştır⁶⁰. Deniz taşıma işleri, İş Kanunu’nun kapsamına girmeyen işlerdendir. (m. 4/1-a) İş Kanunu’nda deniz taşıma işleri kapsam dışı bırakılırken “kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri” (m. 4/2-a) ile “Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler” (m. 4/2-f) istisna olarak gösterilmiştir.

Deniz iş hukukunun Anayasa’dan sonra temel kanunu olan⁶¹ DenizİşK, kapsamı itibarıyla belirli nitelikleri haiz gemide hizmet akdiyle çalışma ilişkisini esas alır. Mevzubahis kanunun uygulama alanı deniz taşıma faaliyetleriyle sınırlı değildir⁶². Bununla birlikte, gemide ve denizde yapılan işlerin tamamı da kanunun kapsamına alınmamıştır. Kanunun uygulama alanı “kanun kapsamı” başlıklı ilk maddesinde şöyle belirtilir: “*Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır.*”

Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemiadamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde birinci bent hükmü uygulanır.

⁵⁸ **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022, s.289; **Ekmekçi**, Ömer/**Yiğit**, Esra: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Kitapları Dizisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s.5-6.

⁵⁹ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 289

⁶⁰ **Yürekli**, Sabahattin: “Deniz İş Kanunu’nun Yer İtibarıyla Kapsamı”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX, Sayı 1-2, 2005, s. 613.

⁶¹ **Kar**, Bektaş: Deniz İş Hukuku (Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ve Emsal Yargıtay kararları ile), 3. Bası, Yetkin, Ankara, 2021, (Deniz İş Hukuku), s. 31.

⁶² **Tuncay**, A. Can: “931 Sayılı İş Kanununun Uygulama Alanı”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 34, Sayı 1-4, 1968, s. 403; **Sevimli**, K. Ahmet: İş Hukukunda Kaptan, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul, 2001, s. 5; **Aksoy**, Sami: “4857 Sayılı İş Kanunundaki ‘Deniz ve Hava Taşıma İşleri’ İstisnası”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 37, Sayı 1, 2021, s. 82-83.

Bu kanunun uygulanmasında; sandal, mavna, şat, salapurya gibi olanlar da (gemi) sayılır.

Cumhurbaşkanı, ekonomik ve sosyal gerekler bakımından bu kanun hükümlerini yukardaki bentlerin kapsamı dışında kalan gemilerle gemiadamlarına ve bunların işverenlerine kısmen veya tamamen teşmile yetkilidir.

Yukardaki bentlerde yazılı gemilerin bu kanun kapsamına alınmaları sebebiyle yapılabilecek itirazlar Çalışma Bakanlığı tarafından incelenerek karara bağlanır. Bu itirazlar kanunun uygulanmasını durduramaz.”

Otonom geminin uzaktan kontrol merkezinde çalışan personelin tabi olduğu kanun tespit edilirken öncelikle özel iş kanunlarının uygulanıp uygulanmayacağına değinilmiştir. Kanaatimizce uzaktan kontrol merkezi personelinin yaptığı iş, İş Kanunu m.4’te sayılan deniz taşıma işlerindendir. Dolayısıyla, iş sözleşmesi İş Kanunu’nun uygulama alanı dışında kalır. Yapılan işi deniz taşıma işi olarak nitelendirmiş olmamıza karşın bu kişilere her durumda diğer özel kanun olan DenizİşK’nin uygulanacağını söylememiz mümkün değildir. Zira DenizİşK’de kanunun kapsamı belirlenirken işçinin ve yapılan işin niteliği değil; “işyeri” esas alınmıştır. İş Kanunu’nda ise deniz taşıma işleri istisna olarak belirtilirken, işçinin ve işyerinin niteliği değil; “yapılan işin niteliği” esas alınmıştır. Söz konusu iki kanunun uygulama alanı belirlenirken farklı ölçütlerin belirlenmesi nedeniyle her iki kanunun da uygulama alanına girmeyen iş ilişkileri bulunmaktadır.

B. İş Kanunu’nun Uygulanması Bakımından Yapılan İşin Deniz Taşıma İş Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

İş Kanunu m.1 f. 2 uyarınca deniz taşıma işleri kanunun uygulanma alanı dışındadır; ancak, ilgili madde ve madde gerekçesinde deniz taşıma işleri hakkında açıklama yer almamaktadır⁶³. Yargıtay kararlarında deniz taşıma işi isabetli olarak “*yolcu, hayvan veya eşyanın deniz veya iç sular üzerinden, bir noktadan diğer bir noktaya taşınması faaliyeti*”⁶⁴ olarak tanımlanmıştır. İktisat Bakanlığı tarafından 1938 yılında yayınlanan bir genelgede, deniz taşıma işi “*münhasıran denizde, iskele ve limanlar arasında yolcu veya eşya taşıyarak seyriüsefer eden nakil vasıtalarında ifa olunan denizcilik işleri*” olarak tarif edilmiştir⁶⁵. Öğretide deniz taşıma işine ilişkin

⁶³ Aksoy, s. 84.

⁶⁴ Yarg. 9. HD. T. 17.10.2016, E. 2015/4882, K. 2016/17991, (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi:05.12.2024); Yarg. 9. HD. T. 22.10.2019, E. 2016/8941, K. 2019/18634, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.11.2024).

⁶⁵ 31.03.1938 Tarih 1384 No’lu Genelge, **Eşmelioğlu**, İbrahim: Gerekçeli Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunları ve Mevzuatı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986, s. 151; **Akyiğit**,

çeşitli tanımlar mevcuttur. Bir tanıma göre deniz taşımacılığı “deniz yoluyla yük ve yolcu taşınması” anlamına gelmekte⁶⁶, başka bir tanıma göre, “bir kıyıdan diğer bir kıyıya veya bir limandan başka bir limana denizlerde deniz ulaşım araçlarıyla yapılan insan, hayvan ve eşya taşımacılığı”⁶⁷ ifade etmektedir.

Denizde icra edilen tüm faaliyetler deniz taşıma işi niteliğinde değildir⁶⁸. Örneğin, Çalışma Bakanlığı tarafından yayınlanan 1951 tarihli bir genelgede, “deniz tesisleri inşaatı ve imal işlerinde” çalışan işçiler (Deniz İş Kanunu uygulanması bakımından) deniz işçisi sayılmamıştır⁶⁹. Yargıtay kararlarında yakın zamana kadar işçinin çalıştığı işin deniz taşıma işi olup olmadığı araştırılarak uygulanacak kanun tespit edilmiştir. Örneğin, yüksek mahkeme turistik amaçla kullanılan yatta çalışan işçilerin deniz taşıma işi yapmadığına ve İş Kanunu’na tabi olduğuna karar vermiştir⁷⁰. Ayrıca römorkaj⁷¹, kurtarma-yardım, dalgıçlık gibi işlerin⁷² ve deniz yüzeyinin temizlenmesi işinin⁷³ de niteliği itibarıyla deniz taşıma işi niteliğinde olmadı-

Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Cilt 1, Seçkin, Ankara, 2006, s. 232.

⁶⁶ Kar, Deniz İş Hukuku, s. 196.

⁶⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 291.

⁶⁸ Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Altıncı Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986, s. 177.

⁶⁹ “...liman, mendirek, rıhtım, iskele, ilah gibi deniz tesisleri inşaatıyla imal işlerinde çalışan tarak gemisi, sabih vinç, ay her nevi inşaat malzemesi ve taşkın toprak gibi hafriyat bakiyesi taşıyan bilumum deniz nakliye vasıtalarında çalışan makinist, ateşçi, vinççi, tayfa, çımacı, kürekçi, ilah... gibi personeline; yalnız bu inşaat işlerinde çalıştıkları takdirde deniz işçisi sayılmalarına imkan olamayacağından bu kimseler meyanında da işçi vasfını haiz olanlara iş kanununun uygulanması gerekir.” Çalışma V. 26/9/1951 Ç.G. Md. 1041-1-26-6-753-9 nolu Tamimden naklen Özbek, Oğuz: Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu Yorum ve Uygulaması, 2. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1990, s. 302.

⁷⁰ Yarg. 9. HD, T. 28.4.2009, E. 2009/11460, K. 2009/12104, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.11.2024); Yarg. 9. HD, T. 28.4.2009, E. 2009/6543, K. 2009/12102, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.11.2024); Yarg. 9. HD, T. 28.1.2013, E. 2010/38298, K. 2013/3161, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.11.2024); Yarg. 9. HD, T. 18.11.2013, E. 2011/35563, K. 2013/29504, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.11.2024); Yarg. 9. HD, T. 3.5.2016, E. 2016/12617, K. 2016/11172, (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 05.12.2024).

⁷¹ Yargıtay’ın römorkör kaptanının çalışmasının deniz taşıma işi olduğuna ilişkin farklı yönde bir kararı için bkz. Yarg. 7. HD, T. 6.4.2015, E. 2014/20358, K. 2015/6377, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.11.2024).

⁷² Yarg. 9. HD, T. 18.11.2013, E. 2011/35563, K. 2013/29504.

⁷³ Yarg. 9. HD, T. 17.10.2016, E. 2015/4882, K. 2016/17991, (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 05.12.2024); Yarg. 9. HD, T. 22.10.2019, E. 2016/8971, K. 2019/18633,

ğına hükmetmiştir. Bu nedenle bu işlerde çalışan işçiler, İş Kanunu kapsamında değerlendirilmiştir⁷⁴. Bununla birlikte; yüksek mahkeme, 2022 tarihli bir kararında içtihat değişikliğine gitmiştir⁷⁵. Ardından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen 2023 tarihli iki kararda⁷⁶, kurtarma gemisinde çalışan gemi çalışanın tabi olduğu kanun belirlenirken yapılan işin deniz taşıma işi olmasa da “deniz işi” olduğuna hükmedilmiştir. Bu kararlarda *Çenberci*’ye atıf yapılarak “deniz taşıma işi dışında kalan ancak deniz işi niteliği taşıyan bir işin söz konusu olduğu durumlarda, ilke olarak bu işin 854 sayılı Kanun kapsamına girip girmediği yukarıda öngörülen kurallar çerçevesinde belirlenmelidir” ilkesi benimsenmiştir. Ayrıca, ticaret amacı gütmeyen özel yat veya kotra gibi gemiler ile deniz araçlarının; spor, eğitim ve öğretime tahsis edilen gemilerin; römorkaj, kurtarma-yardım gibi işleri yapan gemiler ile bu işleri yapan gemi çalışanlarının da DenizİşK kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle karar uyarınca, deniz taşıma işi olmayan ve bu nedenle İş Kanunu kapsamına giren bir iş, “deniz işi” niteliğindeyse öncelikle DenizİşK kapsamına girip girmediğine bakılacak, kanundaki şartları karşılıyorsa DenizİşK, karşılamıyorsa İş Kanunu uygulanacaktır. Anılan kararlarda deniz işinin tanımı veya bir işin deniz işi sayılmasının şartları yer almamaktadır⁷⁷. Kanaatimizce kararlarda belirtilen örnekler esas alınarak deniz işinin denizde (veya akarsu ve göllerde) icra edilen işler olarak yorumlanması mümkündür.

(lexpera.com.tr, Erişim Tarihi:26.11.2024); Yarg. 9. HD, T. 22.10.2019, E. 2016/8941, K. 2019/18634, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.11.2024); Yarg. 20. HD, T. 13.2.2020, E. 2020/91, K. 2020/691, (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi:05.12.2024)

⁷⁴ Yargıtay’ın emsal kararları doğrultusunda Bölge Adliye Mahkemeleri de yapılan işin deniz taşıma işi olup olmadığını değerlendirerek karar vermiştir. Ankara BAM, 29. HD, T. 17.11.2020, E. 2020/318, K. 2020/398, (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi:04.12.2024).

⁷⁵ Yarg. 9. HD, T. 23.5.2022, E. 2022/5424, K. 2022/6380, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 01.11.2024).

⁷⁶ Yargıtay HGK, T. 1.3.2023, E. 2022/643, K. 2023/147, (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 05.12.2024); Yargıtay HGK, T. 1.3.2023, E. 2022/667, K. 2023/148, (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi:05.12.2024).

⁷⁷ Kanun koyucunun deniz taşıma işi ifadesiyle aslında geniş anlamda “deniz işi” olan işleri kanunun kapsamı dışında tutmak istediğine ilişkin bir öğreti görüşü mevcuttur. Bu görüşe göre, hükmün tarihsel ve amaçsal yorum yapılarak ve hükmün özü esas alınarak “deniz (ve hava) işlerine ilişkin özel hükümler saklıdır” şeklinde anlaşılması yerinde olur. Böylelikle tüm deniz işleri açısından, somut olayda DenizİşK şartları sağlanıyorsa, İş Kanunu’ndan önce özel hüküm olarak DenizİşK tatbik edilir. Fakat DenizİşK tatbik edilemiyorsa, hangi gemide çalıştığı fark etmeksizin tüm gemi çalışanlarının iş sözleşmelerine, TBK yerine İş Kanunu hükümlerinin tatbik edilmesi uygun olur. Bkz. Aksoy, s. 99-101.

Birçok ülkenin, şirketin ve kuruluşun otonom gemi çalışmalarına ilgi göstermesi ve büyük yatırımlar yapmasının temel nedeni; geleneksel gemilerin işletilmesinde sorunların ortaya çıkmasıdır. Gemide çalışacak mürettebat bulunmasında yaşanan sıkıntılar, insan kaynaklı deniz kazaları bu sorunların başlıcalarıdır⁷⁸. Japonya’da 2040 gibi uzak olmayan bir gelecekte yük, yolcu ve hayvan taşımacılığında kullanılan gemilerin yarısından fazlasının otonom gemi olması hedeflenmektedir⁷⁹. Bu bakımdan yakın bir gelecekte, geleneksel gemilerle yapılan yük, yolcu ve hayvan taşımacılığı işinin, niteliği değişmeksizin otonom gemiler tarafından yapılacağını söylemek yanlış olmaz. Kanaatimizce geleneksel gemilerle olduğu gibi otonom gemilerle denizde ve iç sularda yapılan yolcu, yük ve hayvan taşıma işi, İş Kanunu m. 4/1-a hükmünde düzenlenen deniz taşıma işlerindendir. Deniz taşıma işleri, İş Kanunu’nun kapsamı dışında bırakıldığından otonom gemilerle yapılan deniz taşıma işinde çalışan işçiler de bu kanunun kapsamı dışında olacaktır. Nitekim kanunun uygulanmasının istisnaları arasında deniz taşıma işleri sayılırken, bu faaliyeti gerçekleştiren işçinin fiziken denizde veya iç sularda seyrüsefer gerçekleştiren bir gemide çalışması koşulu aranmamıştır. Başka bir ifadeyle deniz taşıma işinin karada yürütülen faaliyetleri mevcuttur. Bu görüşümüzün dayanağı, deniz taşıma işinin istisnası olarak “kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işlerinin” kanunun kapsamına alınmasıdır. Kanun koyucu, kıyılarda veya liman ve iskelelerde, diğer bir deyişle “karada deniz taşıma işi yapan” işçiye kanunun uygulanması yönünde düzenleme yapmıştır⁸⁰.

Kanun hükmünden hareketle otonom geminin karada kurulmuş uzaktan kontrol merkezinde çalışan işçinin İş Kanunu’nun kapsamı dışında olduğu sonucuna ulaşmış olmamıza karşın, kanaatimizce bu işçinin yaptığı iş, kanun kapsamı dışında bırakılmasını gerektirir nitelikte değildir. Zira, deniz taşıma

⁷⁸ Schubert, Agnes U./Damerius, Robert/Rethfeldt, Carsten/Kurowski, Martin/Jeinsch, Torsten/Gluch, Michael: “Concepts and System Requirements for Automatic Ship Operations*”, OCEANS 2023- Limerick, Limerick, Ireland, 2023, s. 1-8; “The Nippon Foundation MEGURI2040 Fully Autonomous Ship Program”.

⁷⁹ “The Nippon Foundation MEGURI2040 Fully Autonomous Ship Program Introduced at Meeting of IMO’s Maritime Safety Committee”, <https://www.nippon-foundation.or.jp/en/news/articles/2024/20241215-106974.html>, Erişim Tarihi:15 Aralık 2024.

⁸⁰ Benzer şekilde hava taşıma işleri de kanunun kapsamı dışında bırakılırken “havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler” kapsama alınmıştır. (İş Kanunu m.4/1-a, 4/2-b) Hava taşıma işlerine ilişkin bu istisna düzenlenirken yürütülen işin niteliği belirtilmeksizin işyeri esas alındığından yer tesislerinde yapılan her türlü iş İş Kanunu kapsamındadır.

işlerinin İş Kanunu'nun uygulama alanı dışında bırakılmasının nedeni öğretide, “deniz taşıma işlerinin özellikleri ve İş Kanunu'ndaki bazı hükümlerin uygulanmasının mümkün olmaması”⁸¹; “kendine has örf ve âdeti, kuralları, özellikleri bulunması”⁸², “kara taşımacılığına göre farklı özellikleri olan bir sektör olması”⁸³ şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay kararlarında da benzer ifadeler yer verilmiştir⁸⁴. Bir görüşe göre, İş Kanunu'ndaki deniz taşıma işleri istisnasının temeli 08.06.1936 tarih ve 3008 sayılı mülga İş Kanunu⁸⁵’dur⁸⁶. Zira 3008 sayılı mülga İş Kanunu hazırlanırken denizcilik sektöründe çalışanların, yakın zamanda çıkartılması planlanan özel kanun hükümlerine tabi olması amaçlanmıştır⁸⁷. Oysaki karada kurulmuş olan uzaktan kontrol merkezi personelinin yürüttüğü iş nitelik olarak deniz taşıma işlerinden olmasına karşın denizde icra edilmediğinden özel kanun hükümlerine tabi olması gerekli değildir.

C. Uzaktan Kontrol Merkezinin Bulunduğu Yere Göre Deniz İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu'nun Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi

Deniz İş Kanunu'nun yer itibarıyla uygulama alanı gemiler⁸⁸ olmasına karşın kanunda gemi tanımı yer almaz⁸⁹. Öğretide, kanun koyucunun tanım yapmaktan kaçınma sebebinin getireceği birtakım kıstaslarla kendisini bağlamak istememesi olabileceği ileri sürülmüştür⁹⁰. Türk hukukunda mevzuatta

⁸¹ **Esener**, Turhan: İş Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 113; **Ulucan**, Devrim: Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, Eğitim Dizisi-3 Türkiye Denizciler Sendikası, İstanbul, 1986, s. 18; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, Beta Yayıncılık, 2022, s. 152; **Süzek**, Sarper/**Başterzi**, Süleyman: İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, 2024, s. 225.

⁸² **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 291.

⁸³ **Demir**, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir, 2005, s. 59.

⁸⁴ Yargıtay HGK, T. 1.3.2023, E. 2022/643, K. 2023/147, (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi:05.12.2024); Yargıtay HGK, T. 1.3.2023, E. 2022/667, K. 2023/148, (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi:05.12.2024).

⁸⁵ RG.15.16.1936-Sayı:3330.

⁸⁶ **Aksoy**, s. 88. Hükmün tarihsel temelleri için bkz. **Aksoy**, s. 81 vd.

⁸⁷ **Aksoy**, s. 86-89.

⁸⁸ **Bedük**, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Sayı 3, 2019, (İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi), s. 30.

⁸⁹ **Ulucan**, s. 19; **Sevimli**, s. 45; **Bedük**, İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi, s. 30; **Kar**, s. 185.

⁹⁰ **Öktem Songu**, Sezgi: “Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 3, 2004, s. 836.

ortak bir gemi tanımı yoktur⁹¹. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁹², 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun⁹³ ve Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği⁹⁴’nde gemi tanımları bulunmaktadır. Her kanun düzenlediği alan açısından gemiyi tanımlamaktadır⁹⁵. DenizİŞK m.1’in gerekçesinde; “4922 sayılı *Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanunun kapsamına giren gemilerle, şat, mavna ve benzerleri ve bilumum araçlar ve bilhassa liman içi sefer yapan kabatör sınıfı teknelerin, tonaj bahis konusu olmaksızın*” kanun kapsamına alınması gerektiği belirtilmiştir⁹⁶. 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun’da gemi “*adı, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürekten başka aletle yola çıkabilen her araç*” olarak tanımlanmıştır⁹⁷. Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği m. 3/1-2 uyarınca gemi, “*adı, tonilatosu ve kullanım amacı ne olursa olsun denizde ve iç sularda kürekten başka bir aletle yola çıkabilen araç*” ifade eder. Türk Ticaret Kanunu m. 931/1 uyarınca, tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da gemi sayılır.

Gemide yapılan çalışmanın DenizİŞK kapsamına dâhil olabilmesi için şu şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir⁹⁸: Geminin denizde, göllerde ve akarsularda çalışması, Türk bayrağı taşıması ve yüz ve daha yukarıda grostonilatoda olması. Ayrıca kanunda bu şartlara ilişkin bazı özel durumlara yer verilmiştir. Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya

⁹¹ **Demir**, İsmail: Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, Ankara, 2021, s. 47-48; **Helvacı**, Serap/**Muran**, Hakan: “Mürettebatsız Gemilerin Elverişliliği”, Piri Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1 Haziran 2022, s. 39.

⁹² RG. 14.02.2011- Sayı: 27846.

⁹³ RG. 14.06.1946- Sayı: 6333.

⁹⁴ RG. 29.08.2024- Sayı: 32647.

⁹⁵ İlgili kanunlardaki tanımların da geçerli olacağına dair: **Ulucan**, s. 19-20; **Sevimli**, s. 45; **Yürekli**, s. 615.

⁹⁶ Deniz İş Kanunu Tasarısı II- Madde Gereççeleri, Millet Meclisi, Dönem:1, Toplantı:4, S. Sayı: 1029, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c043/mm_01043146ss1029.pdf, Erişim Tarihi: 17.12.2024.

⁹⁷ Kanunun Resmî Gazete’de yayımlanan ilk halinde “*Denizde kürekten başka aletle yola çıkabilen her araca, adı, tonilâtosu ve kullanma amacı ne olursa olsun «Gemi», denir.*” düzenlemesi yer almaktadır. 16.7.2008 tarih ve 5790 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun ve Limanlar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG. 29.07.2008-Sayı:26951) ile hüküm yukarıdaki şekilde değiştirilmiştir.

⁹⁸ **Yürekli**, s. 619.

daha fazla olduğu takdirde bu gemide çalışan gemi adamları ve işverenleri hakkında DenizİşK uygulanır. İşverenin birden fazla gemisinde çalıştırdığı gemi adamı sayısının beş veya beşten fazla olması durumunda, gemilerin grostonilatoları dikkate alınmaksızın bu gemi adamlarının iş sözleşmelerine DenizİşK tatbik edilir⁹⁹. Son olarak, Cumhurbaşkanı, ekonomik ve sosyal gerekler bakımından DenizİşK kapsamı dışında kalan gemilere, gemi adamlarına ve işverenlerine kanunun kısmen veya tamamen uygulanmasına karar verebilir. (m.1 f.4)

DenizİşK m.1’de yer alan şartları taşımayan gemide çalışan işçinin iş sözleşmesi, DenizİşK uygulamasının dışındadır. Deniz taşıma işi yapan; ancak, DenizİşK kapsamına girmeyen işçinin iş sözleşmesine uygulanacak kanun konusunda iki görüş mevcuttur. Çoğunlukla kabul edilen ve isabetli görüşe göre, DenizİşK kapsamına girmeyen deniz taşıma işlerine hizmet sözleşmelerine ilişkin genel nitelikteki kanun olan TBK hükümleri tatbik edilir¹⁰⁰. Aksi görüşe göre, işçiyi koruyucu nitelikte hükümler içerdiği ve 4. maddede sayılan istisnalar dışındaki tüm iş ilişkilerine uygulanacağı belirtildiğinden bu ilişkilere İş Kanunu uygulanır¹⁰¹. Yargıtay 2023 yılına kadar kararlarında istikrarlı şekilde TBK’nin DenizİşK’ye göre genel kanun niteliğinde olduğuna hükmetmiştir¹⁰². Bununla birlikte, 2023 tarihli Hukuk Genel

⁹⁹ **Yürekli**, s. 622-23; **Bedük**, Mehmet Nusret: Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, (Deniz İş Sözleşmesi), s. 34-35; **Kar**, Deniz İş Hukuku, s. 191.

¹⁰⁰ **Sevimli**, s. 8-9; **Bedük**, Deniz İş Sözleşmesi, s. 42; **Aydınlı**, İbrahim: “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanamayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 4, Ekim 2013, s. 43; **Kar**, Bektaş: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu’na Etkisi”, Journal of Istanbul University Law Faculty, Cilt 72, Sayı 2, 2014,(6098-854), s. 169; **Özer**, Hatice Duygu: “188 Sayılı ILO Balıkçılık İstihdam Sözleşmesi Işığında İş Hukukunda Balıkçılık”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 3, 2020, s. 86; **Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca**, s. 153; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 292; **Süzek/Başterzi**, s. 233; **Ekmekçi/Yiğit**, s. 7.

¹⁰¹ **Çenberci**, s. 177; **Aksoy**, s. 101.

¹⁰² Yarg. 22. HD, T. 21.11.2017, E. 2015/30014, K. 2017/25411(lexpera.com.tr, Erişim Tarihi:08.04.2024); Yarg. 11. HD, T. 9.7.2018, E. 2016/14874, K. 2018/5012, (lexpera.com.tr, Erişim Tarihi:08.04.2024); Yarg. 9. HD, T. 10.9.2019, E. 2016/22164, K. 2019/15464, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.11.2024); Yarg. 9. HD, T. 25.11.2020, E. 2020/7479, K. 2020/16770, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.11.2024); “... 854 Sayılı Kanun’un özel kanun 6098 Sayılı Kanun’un genel kanun olduğu tartışmasızdır.” Yarg. 9. HD, T. 31.5.2022, E. 2022/6018, K. 2022/6890, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 01.11.2024); “İş ilişkisine dayalı bir uyumsuzlukta işçideniz taşıma işinde çalışır, ancak çalıştığı gemi Deniz İş Kanunu kapsamında kalmaz ise uyumsuzluğun Borçlar Ka-

Kurulu kararlarında, yüksek mahkeme DenizİşK'nin özel kanun; TBK'nin genel kanun olduğuna ilişkin görüşünü değiştirmiştir. Zira bu kararlarda *Çenberci*'den alıntı yapılırken yazarın “Eğer iş (deniz işi), 854 sayılı Kanun kapsamına girmekteyse bu durumda **genel kanun niteliğinde olan 4857 sayılı Kanun değil, ona göre daha özel kanun olan 854 sayılı Kanun hükümleri uygulanır**” görüşü de benimsenmiştir¹⁰³.

Deniz taşıma işi yapması nedeniyle İş Kanunu'na tabi olmayan uzaktan kontrol merkezi personelinin sözleşmesine uygulanacak kanunun tespitinde önem arz diğer husus, işyerinin bulunduğu yerdir. Zira, DenizİşK'nin uygulama alanını belirleyen temel ölçüt, işyeri olan gemidir¹⁰⁴. Mevcut projeler göz önünde tutulduğunda, uzaktan kontrol merkezi tesisinin, karada kurulması yüksek ihtimaldir. Bunun yanında, başka bir gemide, denizdeki bir platformda veya uçakta kurulabileceği de öngörülmektedir¹⁰⁵. Söz konusu tesisin karada kurulması ihtimalinde, uzaktan kontrol merkezinde çalışan işçi “gemide” çalışmadığından DenizİşK m.1 f.1 uyarınca bu kanun hükümlerine değil; DenizİşK'ye göre genel kanun olan TBK'ye tabi olur. Keza, DenizİşK m.2'de yer alan tanımlarda gemi çalışanı olmanın şartı gemide çalışmak olarak zikredildiğinden, uzaktan kontrol merkezi personelinin gemi çalışanı ve kaptan sayılması da mümkün değildir¹⁰⁶.

Uzaktan kontrol merkezinin başka bir gemide kurulması ihtimalinde, bu gemide çalışan ve otonom gemiyi izlemek ve kontrol etmekle görevli personel, DenizİşK m.1 f.1 uyarınca gemide hizmet akdiyle çalışma şartını yerine getirmiş olur. İşyeri olan ve uzaktan kontrol merkezinin kurulu bulunduğu

nunu hükümlerine göre genel mahkemede çözümleneceği açıktır.” Yarg. 20.HD, T. 22.10.2018, E. 2018/5114, K. 2018/6688, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.11.2024); Yarg. 3. HD, T. 1.7.2021, E. 2020/5943, K. 2021/7674, (kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 01.11.2024).

¹⁰³ Yargıtay HGK, T. 1.3.2023, E. 2022/643, K. 2023/147; Yargıtay HGK, T. 1.3.2023, E. 2022/667, K. 2023/148; **Çenberci**, s. 177.

¹⁰⁴ **Gökçe**, Erdal: “Deniz İş Kanunun Hukuk Sistematiği İçindeki Yeri ve Niteliği”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 82, Sayı 2, 2008, s. 744.

¹⁰⁵ **Sözer**, Unmanned Ships and the Law, s. 85.

¹⁰⁶ Aynı yönde: **Sözer**, Self-Steering Ships, s. 1371-1372; **Ciğer**, Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan, s. 474. DenizİşK m. 2/2-b uyarınca “Bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere gemi adamı”; m. 2/2-c uyarınca “Gemiye sevk ve idare eden kimseye veya zorunlu sebeplerle görevi başında bulunmaması halinde ona vekâlet eden kimseye kaptan” denir. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere kanun uyarınca gemi çalışanı olmanın şartı gemide çalışmaktır. Kaptan tanımında gemide çalışma şartı yer almasa da kaptanın da gemi çalışanı olduğu dikkate alınmalıdır. Bu yönde bkz. **Var Türk**, s. 182; **Ciğer**, Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan, s. 473-474.

geminin operasyonlarında görev üstlenmeyen bu personel, başka bir geminin gözlem ve kontrol operasyonlarında görev alıyor olsa da kanaatimizce bu durum, DenizİŞK'nin uygulanmasına engel teşkil etmez. Söz konusu personelin iş sözleşmesinin, DenizİŞK kapsamında değerlendirilebilmesi için kanundaki diğer koşulların da yerine getirilmiş olması gerekir. Bu koşullar, uzaktan kontrol merkezinin bulunduğu geminin denizde, göllerde ve akarsularda çalışması, yüz grostonilato ve üzerinde olması (m.1 f.1) veya aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamının yüz veya üzerinde olması ya da işverenin çalıştırdığı gemi çalışanı sayısının beş veya daha fazla olmasıdır (m.1 f.2). Aynı işverene ait olan otonom gemi ve kontrol merkezi gemisi, kanundaki tonaj ve gemi çalışanı sayısının hesaplanmasında dikkate alınmalıdır. Kanundaki koşullar, geleneksel gemiler esas alınarak düzenlendiği için yeni tip gemilerin bu koşulları sağlayamaması olasılığı vardır. Uzaktan kontrol merkezinin personelinin iş sözleşmesinin DenizİŞK hükümlerine tabi olması durumunda bu kişi, kanunun 2. maddesi gereğince gemi çalışanı ve kaptan sayılabilir. Öte yandan, uzaktan kontrol merkezi personelinin kaptan olduğu varsayılırsa, ortaya çıkacak sonuçların diğer iş hukuku mevzuatıyla birlikte değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁷.

Uzaktan kontrol merkezinin denizdeki bir platformda bulunması da ihtimal dâhilindedir. Platformların gemi niteliğinde olup olmadığı hususunda mevzuatta açık bir düzenleme yer almadığından ve Türk Ticaret Kanunu m. 931/1'de düzenlenen gemi tanımındaki “suda hareketi gerektiren amaca tahsis edilme ifadesi” müphem olduğundan öğretide denizde yer değiştirip asıl kullanım amaçları için sabitlenen platformların, bu koşulu sağlayıp sağlamadığına ilişkin farklı görüşler mevcuttur¹⁰⁸. Uzaktan kontrol merkezinin yer

¹⁰⁷ Nitekim, kaptan, DenizİŞK uyarınca aynı zamanda işveren vekilidir. 20.06.2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (RG. 30.06.2012-Sayı:28339) m. 2 f. 2 uyarınca “işveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekilleri, kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır.” 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (G. 16.06.2006-Sayı: 26200) m.12 f.2 uyarınca “kanunda geçen işveren deyimi, işveren vekilini de kapsar.” 18/10/2012 tarih ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (RG. 07.11.2012-Sayı: 28460) m. 2 f. 2 uyarınca “İşveren vekilleri, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır.” İş hukuku mevzuatının işveren vekiline, işveren vekili veya işveren sıfatıyla yüklediği yükümlülüklerin, otonom gemiyi izleme ve kontrol etme işi gören bir operatöre kaptan sıfatı verilerek yüklenmesinin olumsuz sonuçlar doğurması muhtemeldir.

¹⁰⁸ Öğretideki görüşler için bkz. **Atamer**, Kerim: Deniz Ticareti Hukuku, Cilt 1, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 666; **Kaner**, İnci Deniz: Deniz Ticareti Hukuku I-II, Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 17-19; **Kara**, Hacı: Deniz Ticareti Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2020, (Deniz Ticareti Hukuku), s. 46-49; **Yetiş Şamlı**,

alması muhtemel platformun nitelikleri ve gemi sayılıp sayılmayacağı hakkında yeterli veri ve örnek proje bulunmadığından kanaatimizce varsayımda bulunmak için erkendir.

Otonom geminin uçaktaki personelce kontrol edilmesi¹⁰⁹ ihtimali yüksek maliyetler nedeniyle zayıf olsa da uçakta çalışan¹¹⁰ personele TBK hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

SONUÇ

Otonom gemiler, insan müdahalesi olmadan veya sınırlı insan müdahalesiyle, geçişli otonomi seviyelerinde seyir yapabilen gemilerdir. Bazı durumlarda gemilere, insanlar tarafından müdahale yapılacağı ve müdahale gerekmesi de gemilerin sürekli olarak izleneceği düşünülmektedir. Mevcut projelerde söz konusu müdahale ve gözetim işi, uzaktan kontrol merkezinde yapılmaktadır. Uzaktan kontrol merkezinde geminin gözetimi, izlenmesi ve kontrolünde görev alan personelin, Türk İş Hukukuna tabi olduğu varsayımında uygulanacak kanunun tespiti, hukuki sonuçları bakımından mühimdir.

İş Kanunu m. 4/1-a hükmü uyarınca deniz taşıma işleri kanunun kapsamı dışındadır. Yargıtay kararlarında deniz taşıma işi isabetli olarak “*yolcu, hayvan veya eşyanın deniz veya iç sular üzerinden, bir noktadan diğer bir noktaya taşınması faaliyeti*” olarak tanımlanmıştır. Kanaatimizce uzaktan kontrol merkezi personelinin yaptığı iş, geleneksel gemilerle olduğu gibi denizde ve iç sularda yapılan yolcu, yük ve hayvan taşıma işi olup İş Kanunu m.4’te sayılan deniz taşıma işlerindendir. Dolayısıyla, bu personelin iş sözleşmesi İş Kanunu’nun uygulama alanı dışında kalır. Zira, kanunun uygulanmasının istisnaları arasında deniz taşıma işleri sayılırken, bu faaliyeti gerçekleştiren işçinin fiziken denizde veya iç sularda seyrüsefer gerçekleştiren bir gemide çalışması koşulu aranmamıştır. Diğer bir deyişle, deniz taşıma işinin karada yürütülen faaliyetleri mevcuttur. İş Kanunu’nda deniz taşıma işinin istisnası olarak “*kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işlerinin*” öngörülmesi ve kanun kapsamına alınması da deniz taşıma işlerinin karada icra

Kübra: Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 11-17.

¹⁰⁹ **Sözer**, Unmanned Ships and the Law, s. 85.

¹¹⁰ Bu kişilerin bir iş sözleşmesiyle uçakta çalışıyor olması İş Kanunu m.4/1-a’da kapsam dışı bırakılan “hava taşıma işi” istisnasını da gündeme getirebilir. Ancak kanaatimizce yapılan iş, hava taşıma işi değil; deniz taşıma işi niteliğindedir. Keza hava taşıma işi “*bir havaalanından diğerine, uçaklarla yapılan insan, hayvan ve eşya taşımacılığı*” olarak tanımlanmaktadır: **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 292.

edilen faaliyetlerinin de bulunduğu ilişkin görüşümüzü destekler niteliktedir. Kanun hükmünden hareketle otonom geminin karada kurulmuş uzaktan kontrol merkezinde çalışan işçinin İş Kanunu'nun kapsamı dışında olduğu sonucuna ulaşmış olmamıza karşın, kanaatimizce bu işçinin yaptığı iş, kanun kapsamı dışında bırakılmasını gerektirir nitelikte değildir. Nitekim deniz taşıma işlerinin kanun kapsamına alınmamasının nedeni denizciliğin kendine has örf ve âdeti, kuralları bulunması, İş Kanunu'nun bazı hükümlerinin deniz taşıma işlerine uygun düşmemesidir. Buna karşılık, uzaktan kontrol merkezinde yapılan işin İş Kanunu'ndan ayrılmasını gerektirir özellikleri olmadığını düşünmekteyiz.

İş Kanunu'na tabi olmayan uzaktan kontrol merkezi personeline uygulanacak kanunun tespiti önemli bir diğer mesele, çalışmanın DenizİşK kapsamına girip girmediğidir. Bir kimsenin DenizİşK kapsamına dâhil olabilmesi için, hizmet akdiyle belirli koşulları haiz bir gemide çalışması gerekir. Bu koşullar, geminin denizde, göllerde ve akarsularda çalışması, Türk bayrağı taşıması ve yüz ve daha yukarıda grostonilatoda olmasıdır. Kanunda sayılan istisnalar haricinde, bu nitelikleri taşımayan gemide yapılan iş ile gemide yapılmayan deniz taşıma işi DenizİşK kapsamında değerlendirilmez. Deniz taşıma işi yapan; ancak, DenizİşK kapsamına girmeyen işçinin iş sözleşmesine uygulanacak kanun konusunda iki görüş mevcuttur. Çoğunlukla kabul edilen ve isabetli görüşe göre, DenizİşK kapsamına girmeyen deniz taşıma işlerine hizmet sözleşmelerine ilişkin genel nitelikteki kanun olan TBK hükümleri tatbik edilir. Aksi yöndeki görüşe göre, işçiyi koruyucu nitelikte hükümler içerdiği ve 4. maddede sayılan istisnalar dışındaki tüm iş ilişkilerine uygulanacağı belirtildiğinden genel nitelikteki kanun İş Kanunu'dur. Yargıtay istikrarlı şekilde TBK'nin DenizİşK'ye göre genel kanun olduğuna karar verirken 2023 yılında Hukuk Genel Kurulu kararlarıyla görüşünü değiştirmiş ve İş Kanunu'nun DenizİşK karşısında genel kanun olduğuna ilişkin öğreti görüşünü benimsemiştir.

Uzaktan kontrol merkezi tesisinin karada kurulması ihtimalinde, uzaktan kontrol merkezinde çalışan personel, "gemide" çalışmadığından DenizİşK m.1 f.1 uyarınca bu kanun hükümlerine değil; DenizİşK'ye göre genel kanun olan TBK'ye tabi olur. DenizİşK m.2.f.2'de yer alan gemide çalışma koşulu gerçekleşmediğinden, bizim de katıldığımız görüşe göre uzaktan kontrol merkezi personelinin gemi çalışanı ve kaptan sayılması mümkün değildir.

Uzaktan kontrol merkezinin başka bir gemide kurulması ihtimalinde bu gemide çalışanlar DenizİşK m.1 f.1 uyarınca gemide bir hizmet akdiyle çalışma şartını yerine getirmiş olur. Bununla birlikte, DenizİşK'ye tabi olma-

rı için uzaktan kontrol merkezinin bulunduğu geminin yüz grostonilato ve üzerinde olması (m.1 f.1) veya aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamının yüz veya üzerinde olması ya da işverenin çalıştırdığı gemiadamı sayısının beş veya daha fazla olması (m.1 f.2) gerekir. Aynı işverene ait olan otonom gemi ve kontrol merkezi gemisi, kanundaki tonaj ve gemi çalışanı sayısının hesaplanmasında dikkate alınmalıdır. DenizİşK m.1’de sayılan koşulları gerçekleştiren işçilere bu kanun hükümleri tatbik edilir. DenizİşK hükümlerine tabi olması durumunda bu kişi, kanunun 2. maddesi gereğince gemi çalışanı ve kaptan sıfatını haiz olabilir. Ancak bu durumda diğer iş hukuku mevzuatı dikkate alınmalıdır.

Uzaktan kontrol merkezinin denizdeki bir platformda bulunması ihtimalinde, muhtemel platformun nitelikleri ve gemi sayılıp sayılmayacağı hakkında yeterli bilgi ve örnek proje bulunmadığından varsayımda bulunmak için erken olduğundan değerlendirme yapılmamıştır.

Otonom geminin uçaktaki personelce kontrol edilmesi ihtimalinde, uçakta çalışan personele TBK hükümleri uygulanacaktır.

Yapılan mevzuat ve literatür taraması ile değerlendirmeler neticesinde, geleneksel gemiler esas alınarak hazırlanan iş hukuku mevzuatının otonom gemiler için yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Özellikle deniz iş hukuku bakımından yeni tip gemilerin işleyişi dikkate alınarak yeni düzenlemelerin yapılmasının daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Aasen**, Tina: “Plain sailing for Yara Birkeland”, <https://protect.kongsberg.com/kongsberg---the-first-electric-autonomous-ship-ever/> , Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.
- Aksoy**, Sami: “4857 Sayılı İş Kanunundaki ‘Deniz ve Hava Taşıma İşleri’ İstisnası”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 37, Sayı 1, 2021, s. 81-115.
- Akyiğit**, Ercan: *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Cilt 1, Seçkin, Ankara, 2006.
- Atamer**, Kerim: *Deniz Ticareti Hukuku*, Cilt 1, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Aydınlı**, İbrahim: “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanamayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 4, Ekim 2013, s. 35-52.
- Baughen**, Simon: “Who is the master now?: Regulatory and contractual challenges of unmanned vessels”, *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, ed. Barış Soyer ve Andrew Tettenborn, Informa Law from Routledge, 2019, s. 129-47.
- Bedük**, Mehmet Nusret: *Deniz İş Sözleşmesi*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, (Deniz İş Sözleşmesi).
- Bedük**, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3, 2019, (İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi), s. 679-726.
- Bora Çınar**, Sevda: “Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) m 2/f Işığında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ndaki Cinsiyetçi İfadelerin Değiştirilmesi Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 81, Sayı 2, 2023, s. 349-376.
- Cerit Dindar**, Ceren: “Autonomous Ships: Carriage of Goods by Sea - Legal Aspects”, *International Maritime and Transportation Law Course*, Dubrovnik, Hırvatistan, 2020, <https://iuc.hr/file/1041>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

- Chwedczuk**, Michal: “Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in U.S. Admiralty and Maritime Law”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Cilt 47, Sayı 2, 2016, s. 123-170.
- Ciğer**, Selim: “Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan – TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme”, 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar, ed. Sezer Ilgın ve Bülent Sözer, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2021, (Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan), s. 463-502.
- Ciğer**, Selim: “Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler Üzerine Bazı Düşünceler”, *Journal of Commercial & Intellectual Property Law (TFM) / Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, Aralık 2023, (Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler), s. 219-231.
- Ciğer**, Selim: “Yeni Tip Gemilerin İşleyiş Esasları Bakımından Otonomi Kavramı ve IMO’nun Otonom Gemi Kategorileri Üzerine Düşünceler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 82, Sayı 4, 2024, (Otonomi Kavramı), s. 1135-1183.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 35. Bası, Beta Yayıncılık, 2022.
- Çenberci**, Mustafa: *İş Kanunu Şerhi*, Altıncı Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986.
- Demir**, Fevzi: *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 4.Baskı, İzmir, 2005.
- Demir**, İsmail: *Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin, Ankara, 2021.
- Ece**, Nur Jale: “Uluslararası Ticaretin Geleceği İnsansız Gemiler: Gzft Analizi ve Hukuki Boyutları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, Aralık 2018, s. 279-302.
- Ecemiş Yılmaz**, Hatice Kübra: “Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 2, 2023, s. 429-60.
- Ekmekçi**, Ömer/**Yiğit**, Esra: *Bireysel İş Hukuku*, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Kitapları Dizisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- Esener**, Turhan: *İş Hukuku*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- Eşmelioğlu**, İbrahim: *Gerekçeli Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunları ve Mevzuatı*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986.

- Gökçe**, Erdal: “Deniz İş Kanununun Hukuk Sistematiği İçindeki Yeri ve Niteliği”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 82, Sayı 2, 2008, s.739-758.
- Helvacı**, Serap/**Muran**, Hakan: “Mürettebatsız Gemilerin Elverişliliği”, Piri Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1 Haziran 2022, s. 31-104.
- Kaner**, İnci Deniz: Deniz Ticareti Hukuku I-II, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- Kar**, Bektaş: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu’na Etkisi”, Journal of Istanbul University Law Faculty, Cilt 72, Sayı 2, 2014,(6098-854), s. 167-176.
- Kar**, Bektaş: Deniz İş Hukuku (Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ve Emsal Yargıtay kararları ile), 3. Bası, Yetkin, Ankara, (Deniz İş Hukuku), 2021.
- Kara**, Hacı: “Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 2020, s. 17-51.
- Kara**, Hacı: Deniz Ticareti Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2020, (Deniz Ticareti Hukuku).
- Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022.
- Öktem Songu**, Sezgi: “Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 3, 2004, s. 835-66.
- Özbek**, Oğuz: Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu Yorum ve Uygulaması, 2. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1990.
- Özer**, Hatice Duygu: “188 Sayılı ILO Balıkçılık İstihdam Sözleşmesi Işığında İş Hukukunda Balıkçılık”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 3, 2020, s. 67-105.
- Ringbom**, Henrik/**Collin**, Felix: “Terminology and Concepts”, Autonomous Ships and the Law, Routledge, 2021, s.7-20.
- Rødseth**, Ørnulf Jan/ **Nordahl**, Håvard/ **Hoem**, Åsa: “Characterization of Autonomy in Merchant Ships”, 2018 OCEANS - MTS/IEEE Kobe Techno-Oceans (OTO), 2018, s. 1-7.
- Rødseth**, Ørnulf Jan; “What Will be the Role of Remote Operations Centres?”, The Journal of Ocean Technology, Cilt 19, Sayı 1, 2024, s. 1-4.

- Rødseth**, Ørnulf Jan/ **Nordahl**, Håvard: “Definition for Autonomous Merchant Ships” , Norwegian Forum for Autonomous Ships(NFAS), 10 Ekim 2017, <https://nfas.autonomous-ship.org/wp-content/uploads/2020/09/autonom-defs.pdf>, 15 Aralık 2024.
- Schubert**, Agnes U./**Damerius**, Robert/**Rethfeldt**, Carsten/**Kurowski**, Martin/**Jeinsch**, Torsten/**Gluch**, Michael: “Concepts and System Requirements for Automatic Ship Operations*”, OCEANS 2023 - Limerick, Limerick, Ireland, 2023, s. 1-8.
- Sevimli**, K. Ahmet: İş Hukukunda Kaptan, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul, 2001.
- Shimizu**, Etsuro: “Recent trends and issues for practical application of MASS”, ClassNK technical journal, Cilt 3, 2021, s. 1-11.
- Soyer**, Barış/**Tettenborn**, Andrew/**Leloudas**, Georgios: “Remote Controlled and Autonomous Shipping: UK Based Case Study”, 2022, SU Repository, <https://cronfa.swan.ac.uk/Record/cronfa59050>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.
- Sözer**, Bülent: “Teknolojik Gelişmelerin, Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcunun Kapsamına ve İçeriğine Etkileri”, Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar - I Sempozyumu, ed. Cüneyt Süzal, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 1-12.
- Sözer**, Bülent: “Mürettebatsız Gemiler (Self-Steering Ships)”, Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, 18 Ocak 2019 İstanbul, ed. Serap Amasya, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, 61-73.
- Sözer**, Bülent: “Self-Steering Ships”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Aralık 2020, (Self-Steering Ships), s. 1345-1380.
- Sözer**, Bülent: “Control Centres in the Context of Unmanned Ship Operations – Their Status and Potential Liabilities”, Damages, Recoveries and Remedies in Shipping Law, ed. Barış Soyer, Informa Law from Routledge, 2024, (Control Centres), Bölüm 11.
- Sözer**, Bülent: Unmanned Ships and the Law, Taylor & Francis, 2024, (Unmanned Ships and the Law).
- Süzek**, Sarper/**Başterzi**, Süleyman: İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, 2024.

- Tuncay**, A. Can: “931 Sayılı İş Kanununun Uygulama Alanı”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 34, Sayı 1-4, 1968, s. 400-414.
- Ulucan**, Devrim: Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, Eğitim Dizisi-3 Türkiye Denizciler Sendikası, İstanbul, 1986.
- Van Hooydonk**, Eric: “Botport law – the regulatory agenda for the transition to smart ports”, New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century, ed. Barış Soyer ve Andrew Tettenborn, Informa Law from Routledge, 2019, s. 90-104.
- Var Türk**, Kübra: “Gemi Adamı ile Donatılmamış (İnsansız) Gemilerin Deniz Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 37, Sayı 1, 2021, s. 153-194.
- Yetiş Şamlı**, Kübra: Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- Yılmaz**, Fatih/Önaçan, Mehmet Bilge Kağan: “Otonom Gemi Teknolojisine Dair Gelişmeler ile Türk Denizcilik ve Gemi İnşa Sektörüne Etkileri Üzerine Nitel Bir Araştırma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, 2019, s. 57-86.
- Yılmaz**, Mustafa: Otonom Gemilerin Hukuki Boyutu, Yetkin, Ankara, 2022.
- Yorulmaz**, Murat/Karabulut, Kaan: “Deniz Taşımacılığında Akıllı Gemiler: Gemi Kaptanlarının Bakış Açısı”, Ekonomi İşletme ve Maliye Araştırmaları Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2020, s. 40-54.
- Yürekli**, Sabahattin: “Deniz İş Kanunu’nun Yer İtibarıyla Kapsamı”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX, Sayı 1-2, 2005, s. 613-631.

Elektronik Kaynaklar

- “AAWA Position Paper: Remote and Autonomous Ships-Next Steps”, <https://www.rolls-royce.com/~media/Files/R/Rolls-Royce/documents/customers/marine/ship-intel/aawa-whitepaper-210616.pdf>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.
- “Detailed task”, <https://kassproject.org/en/task/task.php>, Erişim Tarihi: 19 Aralık 2024.
- “IMO takes first steps to address autonomous ships”, 25 Mayıs 2018, <https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-mass-scoping.aspx>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“İnsansız Deniz Araçları”, Aselsan, 23 Ağustos 2023, <https://www.aselsan.com.tr/blog/detay/387/insansiz-deniz-araclari>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“İnsansız Deniz Araçları”, Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı, 18 Eylül 2024, <https://tskgv.org.tr/savunmasanayiigundem/insansiz-deniz-araclari>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“İTÜ Seatech Innovators Otonom Gemi Proje Takımı”, İTÜ Denizcilik Fakültesi, <https://df.itu.edu.tr/ogrenciler/proje-takimlari/otonom-gemi-takimi>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“İTÜ’nün otonom gemi çalışması suya indi”, <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/itunun-otonom-gemi-calismasi-suya-indi/2327457>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“KASS-Korea Autonomus Surface Ship Project- What is an Autonomous Ship?”, <https://kassproject.org/en/info/info.php>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“Limanlar, otonom gemilere hazırlanıyor”, <https://www.marinedealnews.com/limanlar-otonom-gemilere-hazirlaniyor/>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“Maritime Law for MASS”, <https://comitemaritime.org/work/mass/#>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2024.

“MUNIN-Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks”, <https://cordis.europa.eu/project/id/314286/reporting>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“MV Yara Birkeland”, <https://www.yara.com/news-and-media/media-library/press-kits/yara-birkeland-press-kit/>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“Remote & Autonomous Ship Technology”, Kongsberg Maritime, <https://www.kongsberg.com/maritime/ship-types/autonomous-ships/>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2024.

“Tersan Tersanesi Ve Fjord1 As, Teslimatlar Ve Yeni Projelerle İş Birliklerini Genişletiyor.”, 29 Şubat 2024, <https://tersanshipyard.com/tr/haberler/tersan-tersanesi-ve-fjord1-as-teslimatlar-ve-yeni-projelerle-is-birliklerini-genisletiyor>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“The Nippon Foundation MEGURI2040 Fully Autonomous Ship Program Introduced at Meeting of IMO’s Maritime Safety Committee”, <https://www.nippon-foundation.or.jp/en/news/articles/2024/20241215-106974.html>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2024.

“The Nippon Foundation MEGURI2040 Fully Autonomous Ship Program”, <https://www.nippon-foundation.or.jp/en/what/projects/meguri2040>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“The Uncharted: Autonomous Ship Project”, <https://www.ibm.com/industries/federal/autonomous-ship>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

“What if marine automation can take waterborne transport to the next level?”, <https://aegis.autonomous-ship.org/>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

Deniz İş Kanunu Tasarısı II- Madde Gerekçeleri, Millet Meclisi, Dönem:1, Toplantı:4, S. Sayı: 1029, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__d01/c043/mm__01043146ss1029.pdf, Erişim Tarihi: 17.12.2024.

ILO, “Ratifications for Türkiye”, https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=1000:11200:::P11200_INSTRUMENT_SORT:2, Erişim Tarihi: 23 Aralık 2024.

IMO, “Outcome of the Regulatory Scoping Exercise For the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (Mass)/MSC.1/Circ.1638”, 03 Haziran 2021, [https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/HotTopics/PublishingImages/Pages/Autonomous-shipping/MSC.1-Circ.1638%20-%20Outcome%20Of%20The%20Regulatory%20Scoping%20ExerciseFor%20The%20Use%20Of%20Maritime%20Autonomous%20Surface%20Ships...%20\(Secretariat\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/HotTopics/PublishingImages/Pages/Autonomous-shipping/MSC.1-Circ.1638%20-%20Outcome%20Of%20The%20Regulatory%20Scoping%20ExerciseFor%20The%20Use%20Of%20Maritime%20Autonomous%20Surface%20Ships...%20(Secretariat).pdf), Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

STM ThinkTech, “İnsansız Hava, Deniz ve Sualtı Araçları İçin Otonom ve Yarı Otonom Gemiler”, ThinkTech, 17 Ağustos 2022, <https://thinktech.stm.com.tr/insansiz-hava-deniz-ve-sualti-araclari-icin-otonom-ve-yari-otonom-gemiler>, Erişim Tarihi: 14 Aralık 2024.

STM ThinkTech, “İnsansız Hava, Deniz ve Sualtı Araçları İçin Otonom ve Yarı Otonom Gemiler”; “Autonomous Ships: Shaping the Future of Maritime Transport”, 10 Ekim 2024, <https://www.unoks.com/en/blog/autonomous-ships-the-future-of-maritime-transport>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2024.

7499 SAYILI KANUN SONRASI HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ KANUN YOLU DENETİMİNDE GERÇEKLEŞEN DEĞİŞİMLER

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1633802>

Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi ÜNAL*

Öz

7499 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının kanun yolu denetiminde önemli değişiklikler getirilmiştir. Daha önce, HAGB kararlarına karşı yalnızca itiraz kanun yolu öngörülürken, bu düzenleme ile itirazın kapsamı daraltılmıştır. HAGB kararlarının denetimi için artık istinaf veya temyiz kanun yolları düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, itiraz yolunun etkili bir denetim mekanizması olmadığına dair bireysel başvuru ve iptal kararları bu değişikliğin temel nedenini oluşturur. Yeni düzenleme ile hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının istinaf ve temyize tabi tutulması, usul ve esas bakımından hukuki inceleme yapılmasını mümkün kılmıştır. Böylelikle daha etkili bir denetim getirilerek hak ihlallerinin azaltılması hedeflenmiştir. Çalışmamızda öncelikle HAGB kararlarının hukuki niteliği incelenmiştir. Akabinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, itiraz ve istinaf kanun yollarına ilişkin bilgiler verilmiştir. Son olarak HAGB kararının denetiminde kanun yolları değişikliğinin ortaya çıkaracağı muhtemel sorunlara değinilerek konuya ilişkin çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İtiraz, İstinaf, 7499 sayılı Kanun, Kanun Yolu

*

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara (osman.unal@hbv.edu.tr) ORCID: 0000-0002-3101-0645 (Gönderim Tarihi: 05.02.2025-Kabul Tarihi: 13.03.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**CHANGES IN THE LEGAL REMEDIES REVIEW OF DECISIONS
ON THE DEFERRAL OF JUDGMENT PRONOUNCEMENT
FOLLOWING LAW NO. 7499**

(Research Article)

Abstract

Significant changes have been introduced to the legal remedies review of decisions on deferral of pronouncement judgment through Article 15 of Law No. 7499. Previously, only the objection remedy was available against decisions on deferral of judgment pronouncement; however, with this regulation, the scope of objections has been narrowed. Appeal review and cassation remedies have now been provided for the review of decisions on the deferral of judgment pronouncement. The Constitutional Court's decisions on individual applications and annulments, stating that the objection remedy is not an effective review mechanism, form the basis for this change. With the new regulation, subjecting decisions on the deferral of judgment pronouncement to appeal review and cassation has made it possible to conduct a legal examination in terms of both procedure and principle. Thus, the aim is to reduce violations of rights by introducing more effective supervision. In this study, the legal nature of decisions on the deferral of judgment pronouncement is examined first. The amendments introduced by Law No. 7499 and regulations of the Provisional Article necessitate a re-evaluation of the legal nature of the institution. Subsequently, information on the annulment decisions of the Constitutional Court and the legal remedies of objection and appeal review is provided. Finally, the potential issues that may arise from the changes in legal remedies in the review of the deferral of the pronouncement judgment are discussed and various suggestions are made on the subject.

Keywords

Deferral of the Pronouncement Judgment, Objection, Appellate Review, Law No. 7499. Legal Remedy

GİRİŞ

İlk kez 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesiyle hukuk sistemimize getirilen hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun'la CMK'nın 231. maddesine eklenerek yetişkinler bakımından da uygulanabilir hale gelmiştir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kökenleri bulunan bu kurumun 5728 sayılı Kanun'la uygulanması bir hayli genişletilmiştir. Ülkemizde yaygın bir şekilde uygulanan hükümün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararına, 22.07.2010 tarihli 6008 sayılı Kanun'la sanığın kabulü şartı getirilmiştir. Bundan başka 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'la denetim süresi içinde kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğine dair bir düzenleme getirilmiştir.

Üzerinde çokça tartışılan bu kurumun iptali için Anayasa Mahkemesi'ne defalarca başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi 2022 yılına kadar bu başvuruların hepsini reddetmiştir. Bununla birlikte çeşitli bireysel başvuru kararlarında, bu kurumun uygulanması sırasında, çeşitli hak ihlallerinin gerçekleştiğine işaret edilmiştir.

Kararın denetimi bakımından 28.03.2023 tarihli 7445 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle, CMK m. 231, f. 12 hükmüne, itiraz kanun yoluna ilişkin önemli bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemenin getirilme nedeni Anayasa Mahkemesi'nin E.2021/121, K.2022/88 sayılı 20.07.2022 tarihli iptali kararı dolayısıyladır. İlgili düzenlemenin yürürlüğe konulmasının hemen akabinde Anayasa Mahkemesi E.2022/120, K.2023/107 sayılı ve 01.06.2023 tarihli kararla bu defa HAGB kurumunu düzenleyen hükümlerin tümünü iptal etmiştir. Kararda iptale ilişkin hükümlerin 01.08.2023 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. İptal kararının yürürlüğe girmesinden önce 02.03.2024 kabul tarihli 7499 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle HAGB kurumu yeni baştan düzenlenmiş ve ilgili hükümler 12.03.2024 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.

7499 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu sistemde, HAGB kararlarının kanun yolu denetiminde önemli bir değişiklik göze çarpmaktadır. İtiraz kanun yolu oldukça sınırlandırılmış, bunun yerine istinaf kanun yolu getirilmiştir. Çalışmamızda bu hususa ağırlık verilecektir. Her ne kadar HAGB kararında belirtilen hususlarda birtakım değişiklikler yapılmışsa da bu değişikliklerin asıl anlamı kanun yolu denetiminde ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle iptal gerekçesinde vurgulanan hususlar kanuna yansıtılmışsa da kanun yolu değişikliği bunun esasını oluşturmaktadır. Bu itibarla çalışmamızda HAGB kararlarının koşulları ile ilgili olarak bir inceleme yapılmamıştır.

I. HAGB KARARLARININ HUKUKİ NİTELLİĞİ

A. HAGB Kararlarına İlişkin Genel Bilgiler

HAGB kurumunun üzerinde çokça tartışılması ve üzerinde birçok defa değişiklik yapılmasının esas nedeni hukuki niteliğinin tam anlaşılamamasında yatmaktadır. Kurum üzerinde bu kadar çok değişiklik yapılması da Kanun hükümlerinin anlaşılmasını güçleştirmiş ve yerleşik bir içtihat birliği oluşmasına engel oluşturmuştur¹. Aşağıda ayrıntılarıyla değinileceği üzere, Yargıtay Ceza Genel Kurulu bile önceki vermiş olduğu içtihatlardan dönmüş ve farklı bir yönde içtihat geliştirmiştir. Hatta Anayasa Mahkemesi de önceki iptal başvurularının reddinin tersine bir şekilde iptal kararı vermiştir.

HAGB kurumunun kanuna alınmasındaki temel motivasyonun Avrupa Konseyi Bakanlar Konseyi'nin 30.09.1999 tarihli kararı olduğu düşünülmektedir. Cezaevi mevcudunda yaşanan enflasyonun bu kurumun benimsenmesinde oldukça etkili olduğu ifade edilmektedir². Madde gerekçesinde bu husus:

“Cezaya mahkumiyete bağlı yoksunlukların doğmaması için, kişi açısından, denetim süresi zarfında yeni bir suç işlememesi ve özellikle mağdurun mağduriyetini gidermek amacıyla yönelik olarak kendisine yüklenen belirli yükümlülüklerle uygun davranması koşuluyla, hakkında cezaya hükmedilmemesi, toplum barışının sağlanması bakımından, cezaya mahkumiyete nazaran daha etkili olabilecektir. Bu amaca hizmet eden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, müessese olarak hukuk sistemimize kazandırılmasında bir gereklilik bulunmaktadır”.

şeklinde ifade edilmiştir. Özellikle haksızlık derecesi az olan suçlarda bu kurumun fayda sağlayacağına vurgu yapılmıştır³. Böyle olunca ilk defa suç işleyen sanık hükümlü olarak addedilmeden evvel ona bir şans tanınmaktadır⁴. Bu kararlar sanık hem denetim süresi içerisinde suç işlememeye

¹ Akyıldız, Anıl: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar”, YÜHFD, Cilt: 25, Özel Sayı, 2020, s. 66.

² Canpolat, Can: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesine İlişkin Bir İnceleme”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2, 2023, s. 1273. 30.09.1999 tarihli Bakanlar Konseyi Kararı için bkz. <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198201915412711.pdf>, (erişim tarihi: 14.08.2024).

³ Balı, Yusuf Solmaz: “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumu Üzerinden Ulaşılmak İstenen Hedeflerin Türkiye Bakımından Gerçekleştirilebilirliği”, CHD, Cilt: 11, Sayı: 30, 2016, (Hedef) s. 197.

⁴ Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 555; Sabıkalı olmanın neden olacağı kötü sonuçlardan sanık

teşvik edilmekte hem de ceza infaz kurumlarının olumsuz koşullarıyla karşılaşmamaktadır⁵. Dolayısıyla hükümlünün ceza infaz kurumuna girmeksizin ıslahı amaçlanmaktadır⁶. Doktrinde HAGB kararlarının sanığı damgalamaktan koruyarak lekelenmeme hakkına hizmet ettiği ileri sürülmektedir⁷. Ancak kanaatimizce de bu kurumun bu hakla doğrudan bir bağlantısının bulunmadığını söylemek gerekir⁸. Ne de olsa kararın içeriğinde bir mahkumiyet hükmü bulunmaktadır. Öte yandan gerekçede yer almasa da HAGB kurumunun mahkemelerin ağır iş yükünü hafifletmek amacına hizmet ettiği ifade edilmektedir⁹.

Kararın içeriğinde bu mahkumiyet hükmü olsa da herhangi bir sonuç doğmamakta ve dava derdest olmaya devam etmektedir. Bu bağlamda HAGB'ye müracaat edildiğinde esasında ikili bir yapıdan bahsetmek mümkündür. İlk olarak CMK m. 223'te belirtildiği üzere bir mahkumiyet hükmü bulunmalıdır. Yani bu mahkumiyet hükmü tefhim ve tebliğ yapılacaktı gibi olmalı veya diğer bir ifadeyle açıklanacakmışçasına sanığın suçlu olduğu hususu mahkemece kabul edilmelidir¹⁰. İkinci olarak da mahkumiyet

kurtarılmaktadır. Zira HAGB kurumu sayesinde mahkumiyete bağlı bir sonuç doğmamaktadır. **Soyaslan**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 444.

⁵ **Taner**, Fahri Gökçen: "Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sonuna Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2011, s. 291.

⁶ **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 608.

⁷ **Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 848; Yargıtay da bu görüştedir:

"Yasa koyucu, kişi hakkındaki hükmün hukuki sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuyla belirli koşulların gerçekleşmesi halinde kişilerin işledikleri birtakım suçlardan dolayı adli yönden lekelenmemeleri için bir fırsat tanımak istemiştir. ... Aksi görüşün kabulü daha önce hapis cezasına mahkûm olmamış çocuklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmaması suretiyle adli yönden lekelenmeme haklarının ellerinden alınması sonucunu doğurur ki, bu sonuç hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenleniş amacına açıkça aykırıdır." YCGK, E.2011/2-376, K.2012/90, T.13.03.2012.

⁸ **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 725; Hatta bu kurumun sanığın muhakeme sürecinde damgalanmamasına tam anlamıyla hizmet etmediğine işaret edilmiştir. Bkz. **Yalçın**, Can: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 106.

⁹ **Balo**, Hedef, s. 197.

¹⁰ **Şahin**, Cumhuri: "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHF-HAD, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 288; Aynı yönde bkz. **Yalçın**, s. 102.

hükmünün üzerine giydirilmekle birlikte onun kesinleşmesine mani olan veya askıya alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yer almaktadır. Esasında açıklanması geri bırakılan husus, mahkumiyet hükmünün bizzat kendisi değildir, bilakis ortaya çıkardığı hukuki sonuçlardır¹¹. Böylelikle kişi her ne kadar mahkumiyet hükmüyle karşı karşıya kalmış olsa da halen sanık statüsündedir ve herhangi bir hak yoksunluğu kendisi açısından doğmamaktadır¹². Her ne kadar hükmünün sonuç doğmaması amaçlanmış olsa da bu husus cezalandırma ile sınırlıdır^{13,14}. Disiplin¹⁵ ve özel hukuk¹⁶ uyuşmazlıklarında açıklanması geri bırakılan kararların hukuki sonuçlarının doğması ihtimal dahilindedir.

Bu karar davanın esasını çözen kararlardan olmadığı gibi CMK'nın 223. maddesi dahilinde bir hüküm olarak görülmemektedir¹⁷. Bu gerekçeyle

¹¹ **Yıldırım**, Akif: "Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:6, Sayı: 11, Haziran 2018, (Mayınlı), s. 438.

¹² **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 823.

¹³ Keza HAGB kararında belirtilen denetim süresi ve denetimli serbestlik tedbirlerinin de bir hukuki sonuç olduğu, unutulmamalıdır. **Yılmaz**, Enes: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme", Kırıkkale Hukuk Mecmuası (Online), Cilt: 1, Sayı: 2, 2021, s. 275.

¹⁴ Yargılama giderleri bakımından CMK m. 325, f. 2 hükmü dikkat çekicidir. Buna göre HAGB kararının verildiği hallerde de yargılama giderleri sanığa tahmil edilir. Hükmün açıklanmasına dahi gerek görülmeden giderlerin sanıktan tahsil edilmesinin istisnai olarak sanık üzerinde hukuki bir sonuç doğurduğu ifade edilmiştir. İlgili düzenleme, adil yargılanma hakkıyla bağdaşmaması nedeniyle eleştirilmiştir. **Yabanoğlu**, s. 94; Hatta bu durum sanığın denetim süresinin iyi halli bir şekilde geçirmeyeceğinin adeta peşinen kabulü anlamına geldiğinden HAGB'nin amaçlarıyla da örtüşmemektedir. **Tulay**, M. Emre: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", AHBVÜHFD, Cilt: 25, Sayı: 4, 2021, s. 508.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için **Keskin**, İbrahim: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme" TAAD, Yıl: 14, Sayı: 54, 2023, s. 25 vd; Hatta HAGB kararı verilse dahi bazı mesleklerin kabulünde önemli bir engel oluşturur. Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun, m. 4, f. 3-e hükmü aynen şu şekildedir: *cezaların ertelenmiş, seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmiş, genel ya da özel af kanunları kapsamına girmiş veya haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi...*". Bu hükmün HAGB kararının sanık hakkında doğurmayacağı yönündeki kuralın istisnasını oluşturduğu belirtilmektedir. Bkz. **Karakehya**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 563.

¹⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için **Taner**, s. 293.

¹⁷ **Keskin**, s. 6.

HAGB kararlarının bir tür ara karar niteliğinde olduğunu belirten bir görüş ileri sürülmüştür¹⁸. Bir başka görüş ise HAGB kararlarının durma kararı niteliğinde olduğunu ifade etmektedir¹⁹. Davanın halen derdest olduğu gerekçesiyle kanaatimizce de HAGB kararlarını bir tür durma kararı şeklinde algılamak mümkündür.

B. Hukuki Nitelik

Hukuki niteliğe ilişkin tartışmanın en önemli nedeni, hangi hukuk kurallarının cari olduğunu belirlemek içindir. Bir kurum maddi ceza hukukuna aitse norm failin lehine bir durum yaratıyorsa geriye yürüyebilir. Norm, suç ve ceza tanımları dahilindeyse kıyas yasağı geçerlidir. Şayet norm ceza muhakemesine ilişkinse bu durumda derhal uygulanabilme ilkesinden bahsedilir ve istisnalar haricinde kıyas yasağı gündeme gelmeyecektir²⁰.

7499 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu değişiklikler, kanaatimizce HAGB kararlarının hukuki niteliğini tekrar tartışmaya açabilecek bir potansiyele sahiptir. Bu değerlendirmeyi yapmadan evvel doktrindeki görüşlere ve Yargıtay'ın yaklaşımına yer vermek gerekir. Doktrinde bir görüşe göre, HAGB kararları bir ceza muhakemesi kurumudur²¹. Bu yaklaşım uyarınca HAGB'nin yürürlüğe girişi ve üzerinde gerçekleşen kanuni değişiklikler açısından derhal uygulama ilkesi geçerli olacaktır. Kişi özgürlüğü ile ilişkili olması kurumun maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmesi açısından yeterli değildir²². Buna karşılık doktrindeki bir diğer görüş bunun maddi ceza hukuku normu olduğunu savunmaktadır²³. Bu görüş HAGB kararı sonrasında denetim süresinin uygun şekilde geçirilmesi halinde devletin cezalandırma yetkisinin sona ermesini temel almaktadır. İlaveten HAGB kararının CMK'da düzenlenmesinin kurumun niteliği üzerinde bir etkisinin olma-

¹⁸ **Karakehya**, s. 562, 573; **Özen**, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 192.

¹⁹ **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 872, 882; **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 685; **Özbek/Doğan/ Bacaksız**, s. 735; **Balo**, Yusuf Solmaz: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, (HAGB), s. 40.

²⁰ **Taner**, s. 288, 289.

²¹ **Mahmutoğlu**, Fatih Selami: "Kamu Davasının Açıklanmasının Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması" Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı İçinde, TCHD Yayınları, İstanbul 2009, s. 356.

²² **Özgenç**, Genel Hükümler, s.825, 93 no.lu dipnot.

²³ **Taner**, s. 290.

dığı, zamanaşımı ve af gibi kurumların da maddi ceza hukukuna ait kurumlar olduğu, dolayısıyla bu kurumun da maddi ceza hukuku içerisinde düşünülmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁴. Bunun sonucunda HAGB kararları bağlamında sanığın lehine olan durumlarda normun geriye yürütmesinden bahsedilmelidir.

Yargıtay, HAGB'yi maddi ceza hukuku yönü ağır basan karma nitelikli bir kurum olarak görmektedir²⁵. Özellikle Yargıtay CGK'nın bir içtihadında HAGB kararlarının cezalandırma ilişkisini sona erdiren koşullu bir düşme

²⁴ **Taner**, s. 290; Benzer yönde bkz. **Yalçın**, s. 111; **Sarıgül**, Ali Tanju: "Türk ve Alman Hukuku'nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" TBBT, Sayı: 118, 2015, (Türk ve Alman Hukuku), s. 132.

²⁵ "Ceza Genel Kurulunun 19.02.2008 tarihli ve 346-25 sayılı kararı başta olmak üzere birçok kararında açıklandığı gibi; sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla **karma bir özelliğe sahip olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu**, denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülükler uygun davranılması hâlinde, açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak, kamu davasının 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca düşmesi sonucunu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile Devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Görüldüğü gibi, maddi ceza hukukuna ilişkin doğurduğu sonuçlar sebebiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bu boyutu yönüyle kıyas yoluna gidilmesi mümkün değildir." Yarg. CGK, T.22.10.2019, E.2015/225, K.2019/616.

"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin ceza hukukuna mı yoksa ceza muhakemesine mi ait olduğunun belirlenmesi teorik bir tartışmadan ibaret değildir. Bu iki hukuk dalının yorumlanması ve uygulanmasında kabul edilen farklı ilkeler normun hangi alana ait olduğunun belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Normun maddi ceza hukukuna ait olduğunu kabul etmenin sonuçları ile normun bir ceza muhakemesi normu olduğunu kabul etmenin sonuçlarının farklı olacağı açıktır. Bir normun ceza kanununda veya ceza muhakemesi kanununda yer alıyor olması bu normun hukuki niteliğinin belirlenmesinde kesin bir ölçüt teşkil etmez. Bu hususta ayırıcı ölçüt normun işlevinde saklıdır. Suçun varlığına uygulanacak yaptırımın türüne ve usulüne ilişkin normlar maddi ceza hukuku normudur. Bu normlar özünde devletin cezalandırma yetkisinin doğuşunun gelişmesi ve sona ermesinin dayandığı genel ve özel şartları belirler. Buna karşılık ceza normlarının ihlali hâllerinde bu ihlalleri ve failleri belirleme şartları başka bir deyişle ceza normlarının ihlali hâlinde buna ilişkin yaptırımın faile uygulanmasını sağlamaya yönelik normlar ise ceza muhakemesi normlarıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.09.2008 tarihli, 2008/25 Sayılı kararında, hükmün açıklanmasının ertelenmesi kurumunun kamu davasının düşmesi sonucunu doğurmasından hareketle sanık ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdiren düşme nedenlerinden biri olduğunu tespit etmiş ve konunun CMK'da yer almasının sonucu değiştirmeyeceğini belirtmiştir...Yukarıda izah edildiği şekilde kurumun maddi ceza hukukunu ilgilendiren yönünün de olduğu açıktır" Yarg. CGK, T. 02.05.2019, E.2017/12-444, K.2019/375.

kararı olduğu vurgulanmaktadır²⁶. Bu durumda HAGB kurumu CMK’da düzenlenmiş olsa da kıyas yoluna gidilmesi söz konusu değildir. Zaman bakımından uygulama alanında derhal uygulama ilkesi değil, bilakis lehe kanunun geriye yürüme ilkesi esas alınacaktır²⁷. Yargıtay’ın bu yaklaşımı doktrindeki çoğunluk tarafından da benimsenmiştir²⁸.

Doktrindeki bir kısım görüşler, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını bir erteleme kurumu gibi görmektedirler²⁹. Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) § 59 hükmünden hareketle de ilgili kurumun erteleme kapsamında olduğu ifade edilmektedir. Madde başlığı “ceza saklı tutularak yapılan adli tevbihin koşulları” (Voraussetzungen der Verwarnung mit Strafvorbehalt)” olarak düzenlenmiştir³⁰. Yalnızca 180 güne kadar adli para cezaları için bu hüküm uygulanabilmektedir. Hapis cezası için bu hüküm uygulanmamakta-

²⁶ “... Oysa 5271 sayılı Yasa’nın 231. Maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, durma kararı niteliğinde değildir. Ceza Genel Kurulu’nun 19.02.2008 gün ve 346-25 sayılı kararında da vurgulandığı üzere bu karar “koşullu bir düşme kararı” niteliğinde olup, anılan maddede yasa yolu da açıkça itiraz olarak öngörülmüştür.” Yarg. CGK, T.03.02.2009, E.2009/13, K.2009/12.

²⁷ Akyıldız, s. 68.

²⁸ Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Gezer, Özge Sırma/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra/Özdem, Özaydın/Tok, M. Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2023. s. 653; Kumbasar, Enver: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 53, 230; Artuç, Mustafa: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 7; Yıldırım, Akif: “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun Aklanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 3, 2013, (Aklanma), s. 143; Akyıldız, s. 68; Hatta bu kurumun Alman Ceza Kanunu’ndaki (StGB) gibi TCK kapsamında düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Sarıgül, Türk ve Alman Hukuku’nda, s. 133; Yabanoğlu, Mustafa: Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 25.

²⁹ Yazar HAGB kararlarının, erteleme kurumunun ceza muhakemesine yansımış şekllinden ibaret olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Turhan, Faruk: “Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3-4, s. 27; Kaya, Emir: “İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, 2013, s. 411; Yazara göre, HAGB’nin erteleme kurumunu genişleten bir yönü bulunmaktadır. Bkz. Tulay, s. 480; HAGB kararlarının erteleme kurumunun bir parçası olduğuna dair diğer görüşler için bkz. Yenisey/Nuhoglu, s. 848; Kumbasar, s. 47; Can, Sibel/Evirgen, Selen: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Mustafa Avcı’ya Armağan), Sayı: 2, 2024, s. 2082, 2084.

³⁰ Bu düzenleme hükmün açıklanmasının geri bırakılması olarak çevrilmiştir. Bkz. Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried: Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 62.

dır³¹. Hapis cezaları bağlamında, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) § 153a hükmündeki (Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen-Yükümlülükler ve Talimatlar Altında Kovuşturmadan Vazgeçilmesi) kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu uygulanmaktadır. Aynı zamanda adli para cezası kapsamına giren suçlara da bu kurum uygulandığı için adli tevbihi kurumunun uygulanmasının daha dar olduğu ifade edilmektedir³².

Alman ceza hukukundaki ceza saklı tutularak yapılan adli tevbihte failin gelecekte başka bir suçu işlemeyeceği beklenebiliyorsa, fiil ve failin kişiliği bir bütün olarak ele alındığında cezaya hükmetmeyi gereksiz hale getiren özel sebepler mevcutsa ve hukuk düzeninin korunması bakımından failin cezaya mahkumiyeti gerekli değilse, mahkumiyet hükmü kurulmakta ve fakat hüküm sonuç doğurmamaktadır³³. Bununla birlikte Al. CK § 59'da Al. CK § 56 hükmünün kıyasen uygulanacağına dair bir hüküm bulunmaktadır. Al. CK § 56 hükmü de hapis cezasının ertelenmesini düzenlemektedir. Yani hükümlünün kişiliğinin, önceki hayatının, fiilin icrasına yönelik hususların, fiilden sonraki davranışının, yaşam koşullarının ve cezanın hükümlü hakkındaki doğması beklenecek sonuçlarının nazara alınması adli tevbihi konusunda da cari olacaktır³⁴. Hapis cezasının ertelenmesi ile buradaki adli tevbihe ilişkin düzenlemeler Al. CK'nın "Suçun hukuki sonuçları" (Rechtsfolgen der Tat) başlığı altında bulunmaktadır. Tüm bu hususlardan hareketle Al CK. § 59'daki hükümde yer alan düzenlemenin, erteleme kurumunun bir türü olduğu doktrinde ifade edilmiştir³⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsi geçen E. 2021/121, K. 2022/88 sayılı ve 20.07.2022 tarihli kararı sonrasında 7445 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle CMK m. 231, f. 12 hükmü yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme sonrası Yargıtay, HAGB kurumunu maddi ceza hukuku kurumundan ziyade

³¹ Sarıgül, Ali Tanju: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu", TBBD, Sayı: 125, 2016, (Kanun Yolu), s. 136.

³² Alman Genç Mahkemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen cezanın hükmedilmesinin ertelenmesi için bkz. Sarıgül, Kanun Yolu, s. 129.

³³ Kinzig, Jörg; StGB-Schönke&Schröder Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck, 2019, § 59, Kn. 1 vd.

³⁴ Öte yandan Al. CK. § 59b hükmü ise saklı tutulan cezaya hükmedilmesini (Verurteilung zu der vorbehaltenen Strafe) düzenlemektedir. İlgili hüküm Al CK. §56f hükmünün kıyasen uygulanacağını belirtmektedir. Bahse konu Al. CK § 56f hükmü hapis cezasının ertelenmesi kararının kaldırılmasını ihtiva etmektedir. Buna göre, deneme süresi içerisinde bir suç işlenirse ve ilgili talimat ve yükümlülükler ağır bir şekilde ve ısrarlı olarak aykırı davranılırsa erteleme kararı mahkemece kaldırılacaktır.

³⁵ Sarıgül, Türk ve Alman Hukukunda, s. 134.

ceza muhakemesi hukuku kurallarıyla yorumlama yoluna gitmiştir³⁶. Bununla birlikte 7499 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle CMK'ya getirilen geçici

³⁶ “Karar tarihinden sonra 05.04.2023 tarihinde yürürlüğe giren 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle CMK'nın 231. maddesinin 12. fıkrası; “İtiraz mercii, karar ve hükmü inceler; usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldırır ve gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderir.” şeklinde, 12.03.2024 tarihinde yürürlüğe giren 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle de; “272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlar hakkında 286 ncı madde hükümleri uygulanır. 272 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ilk derece mahkemesi sıfatıyla bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmesi hâlinde temyiz yoluna gidilebilir. İstinaf ve temyiz yolunda karar ve hüküm, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden incelenir.” şeklinde değiştirilmiştir.

Bilindiği üzere, usul kanunlarının zaman bakımından uygulanmasında asıl olan, aksi kanunda açıkça düzenlenmiş bulunmadıkça hemen ve derhal uygulanma ilkesidir. Anılan ilke uyarınca usul işlemleri yapıldıkları sırada yürürlükte olan muhakeme kanunu hükümlerine tâbi olacaktır. Usul Kanunlarında yapılan değişiklikler, yasa yürürlüğe girdikten sonra yapılacak işlemler hakkında uygulanacak olup maddi ceza hukuku kurallarının aksine geçmişe yürümezler. O hâlde ceza yargılaması sırasında, kanunlarda değişiklik yapılması veyahut dayanan bir usul kuralına ilişkin kanun hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi hâlinde, yeni kanun veya iptal sonucu ortaya çıkan usul prosedürü, devam etmekte olan işlemlere uygulanmalıdır. Ancak 5320 sayılı Kanun'un 4.maddesinin ikinci fıkrasında ifade edilen bu durum önceki kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde o kanuna uygun olarak gerçekleştirilen işlemlerin geçersizliği neticesini doğurmayacağı gibi, yenilenmesini de gerektirmeyecektir.

Sanık hakkında nitelikli yağma suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine Özel Dairece yapılan temyiz incelemesi sırasında sanık hakkında tehdit suçundan verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararındaki eylem ile incelemeye konu eylemin bir bütün hâlinde tek bir yağma suçunu oluşturduğu gerekçesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının da bozulduğu anlaşılan dosyada; temyiz yoluna yalnızca hükümler için başvurulabilmesi, hükümlerin de CMK'nın 223.maddesinde; “Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddive düşmesi kararları” şeklinde sınırlı olarak sayılması, **karar tarihinde yürürlükte bulunan hâliyle CMK'nın 231.maddesinin 12. fıkrasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolunun hiçbir istisnaya yer verilmeksizin itiraz olarak belirtilmesi Kanun'un öngörmediği bir istisnayı yargı kararları ile oluşturmanın mümkün olmaması**, ayrıca Ceza Genel Kurulunun 22.01.2013 tarihli ve 534-15 sayılı kararıyla önceki uygulamalardan vazgeçilerek itiraz mercisinin sadece CMK'nın 231. Maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini değil bunun yanında suçun vasfının doğru belirlenip belirlenmediğini de inceleyebileceğinin kabul edilmesi karşısında, itiraza konu dosya kapsamında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek kanun yolunun itiraz olduğu, vafıya yönelik temyiz talebinde bulunulsa dahi bu hu-

madde 6, 2. fıkrasının lafzına bakılmalıdır³⁷. Buna göre, itiraz ve istinaf kanun yoluna ilişkin değişiklikler 01.06.2024 tarihi ve sonrasında verilen HAGB kararları açısından uygulanacaktır. 01.06.2024 tarihinden önce verilen HAGB kararlarıyla ilgili olarak değişiklikten önceki kanun yolu olan itiraza dair hükümlerin uygulanacağını belirtilmiştir. Dolayısıyla lehe kanun uygulaması yapılmayacak ve derhal uygulanma ilkesi geçerli olacaktır³⁸. Ezcümle Geçici Madde 6, f. 2 hükmünden hareketle kanun koyucunun HAGB'yi bir ceza muhakemesi kurumu olarak değerlendirdiği fikri akla gelmektedir.

Kanaatimizce HAGB kararı, koşullu bir düşme kararı kapsamında görülemez. Devlet ile fail arasında kurulan cezalandırma ilişkisi, HAGB kararı ile sona ermemektedir. Sanık hakkında ancak kendisine yüklenen yükümlülükler uygun davrandığı ya da denetim süresi dahilinde kasten bir suç işlemmediği takdirde düşme kararı verilir. Düşme kararı, cezalandırma ilişkisini af, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı ve mahkumiyet kararı gibi doğru-

susların Özel Dairece incelenemeyeceği kabul edilmelidir.” Yarg. CGK, T.13.03.2024, E.2023/591, K.2024/123; Benzer konuda bir başka karar için bkz. Yarg. CGK, T.13.03.2024, E.2022/132, K.2024/122.

³⁷ Geçici Madde 6, 2. fıkrası aynen şu şekildedir:

“a) Bu maddeyi ihdas eden Kanunla 231 inci maddenin onbirinci ve onikinci fıkrasında yapılan kanun yoluna ilişkin değişiklikler, 1/6/2024 tarihi ve sonrasında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları hakkında uygulanır.

b) 1/6/2024 tarihinden önce verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları hakkında itiraz kanun yolunun uygulanmasına devam olunur. Bu itirazlar, bu maddeyi ihdas eden Kanunla 231 inci maddenin onikinci fıkrasında yapılan değişiklikten önceki hükümlere göre sonuçlandırılır.

c) 1/6/2024 tarihinden önce verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarıyla ilgili olarak 231 inci maddenin onbirinci fıkrası gereğince hükmün açıklanması veya yeniden kurulması hâlinde, bu maddeyi ihdas eden Kanunla 231 inci maddenin onbirinci fıkrasında yapılan değişiklikten önceki kanun yoluna ilişkin hükümler uygulanır.

d) 1/6/2024 tarihinden önce verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları bakımından sanığın kabul etmesi şartı aranmaya devam olunur.”

³⁸ Bu yönde bir düzenleme yapılmasının esas nedeninin, HAGB'nin uygulanmasını geriye doğru yürüten bir YCGK kararına tepki olduğunu düşünmekteyiz. Yukarıda 26 no.lu dipnotta yer verilen YCGK'nın E.2008/11-250, K.2009/13, 03.02.2009 sayılı kararında yüksek mahkeme; kesinleşmiş, infazı gerçekleşen ve hukuki yarar bulunması şartıyla infaz edilmiş hükümlere karşı da HAGB veya HAGB'nin reddi kararlarının itiraz edilebileceğini belirtmekteydi. Yani CGK, içtihat yoluyla HAGB kurumunun zaman bakımından uygulanma kuralları açısından lehe kanun uygulamasının yolunu açmıştır. Fakat kanunda bu yönde açık bir düzenleme olmamasına rağmen, yasama organına ait bir yetkinin Yargıtay tarafından kullanılması gerekçesiyle bu içtihat eleştirilmiştir. Şayet HAGB kararlarının zaman bakımından geriye yürütülmesi arzu ediliyorsa bu konuda açık bir kanuni düzenleme yapılması gerekirdi. Eleştiriler için bkz. **Tulay**, s. 498, 499.

dan sona erdirmemektedir. Sanığın cezalandırılmaması, muhakemenin yapılamaması veya muhakeme engelinin olması dolayısıyladır. Yani düşme kararının ancak dolaylı bir etkisi vardır. Suç ve cezaya doğrudan bir etkisi olmadığından bu kurumu maddi ceza hukuku olarak görmek mümkün değildir³⁹. Öte yandan “koşullu bir düşme kararı” terimi de ceza muhakemesinde izah edilebilir bir çerçevede değildir. Çünkü bu bakış açısı her durma kararının aslında “koşullu bir düşme kararı” olduğu sonucuna götürmektedir⁴⁰. Bu bakımdan Yargıtay’ın eski içtihatlarında yer alan maddi ceza hukuku eksenindeki yaklaşımları isabetli bulmamaktayız.

A1. CK’daki düzenlemeler oldukça sınırlıdır ve CMK m. 231 hükmündeki gibi geniş değildir. Bu bakımdan HAGB’yi erteleme kurumu içerisinde değerlendiren görüşler de hukuki niteliği açıklarken maddi ceza hukukuna yönelmektedirler⁴¹. Bu yaklaşım lehe kanun uygulamasının yolunu açmaktadır. Kaldı ki hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51) kurumu maddi ceza hukukuna dahil olsa da bir infaz rejimi olduğu hususu unutulmamalıdır⁴². Hapis cezasının ertelenmesi hukuki bir sonuç doğurmakta iken ceza hukuku dahilinde HAGB kararına böyle bir fonksiyon atfedilmemiştir. Bu yüzden erteleme kurumuyla benzer özellikleri olsa da HAGB’yi maddi ceza hukuku ile bağdaştırmanın doğru olmadığı fikrindeyiz.

HAGB kararı, bir durma kararı⁴³ niteliğinde olup hüküm açıklanıncaya veya düşme kararı verilinceye kadar davanın halen derdest olduğunu göstermektedir. Mahkeme durma kararı vermişse davadan nihai olarak elini çektiği sonucuna ulaşamaz. Kanaatimizce de HAGB kararının durma kararı olarak görülmesi ceza muhakemesi sistemiyle de uyumluluk arz eder⁴⁴.

³⁹ Karakehya, s. 561.

⁴⁰ Horozgil, Denizhan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Savaş Yayınevi, Ankara 2017, s. 9.

⁴¹ Bkz. Can/Evirgen, s. 2082.

⁴² Balo, HAGB, s. 43.

⁴³ Yalçın, s. 112, 113; Durma kararının kovuşturmanın bütün evrelerinde verilebileceği, ancak HAGB kararının verilebilmesi için ilgili araştırmaların tamamlanmış, delillerin toplanarak mahkemenin sanığın suçu işlediği yönünde kanaate ulaşmış olması gerekmesi gerekçeleriyle durma kararı içerisinde görülemeyeceği kendine özgü bir kurum olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Kumbasar, s. 50. Kanaatimizce yargılamanın halen devam ediyor olması ve sanığın halen sanık statüsünde olmasından hareketle bu görüşe katılmamaktayız. Yalnızca verilebileceği zamanların farklı olması, HAGB kurumunun niteliğini açıklamak açısından tarafımızca yeterli değildir.

⁴⁴ Zafer, Hamide: “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Karşı Yapılacak İtirazın İncelenme Usulü”, İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, 2011, s. 853, 854.

Durma kararının yalnızca soruşturma veya kovuşturma şartlarıyla sınırlı olduğunu belirten bir ibare CMK m. 223, f. 8'deki bulunmamaktadır. Ayrıca CMK m. 223, f. 8'de yer alan hüküm, yalnızca düşme kararlarını da içermektedir. HAGB'ye ilişkin CMK m. 231, f. 10 hükmündeki düşme kararı da göz önüne alındığında CMK m. 223, f. 8'deki hükmün soruşturma ve kovuşturma şartlarıyla sınırlı olmadığı ortadadır⁴⁵. Nasıl ki düşme kararları bakımından böyle bir sınırlama yapılamıyorsa aynı husus durma kararları açısından da düşünülmelidir. Bu bakımdan CMK m. 223, f. 8 hükmü gerekçe gösterilerek HAGB kararının durma kararı niteliğinde olmadığını belirten görüşe⁴⁶ katılmamaktayız. Kararın denetimi için artık istinaf veya temyiz kanun yollarının öngörülmüş olması da kurumun hukuki niteliğini etkilememektedir. Bu kanun yolu değişikliği HAGB kararını "ad hoc" yani nevi şahsına münhasır bir yargı kararı⁴⁷ olarak nitelendirilmesini de mümkün kılar. Fakat bu husus onun ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğunu dışlamaz. Özellikle 7499 sayılı Kanun'un Geçici Madde 6, 2. fıkrasındaki düzenlemeler dikkate alındığında, HAGB'yi artık ceza muhakemesi hukuku kurumu olarak görmenin önünde kanaatimizce bir engel kalmamaktadır. Bahsi geçen düzenlemelerle HAGB kurumunun maddi ceza hukuku alanından çıkarılmak istendiği yönünde bir söylem getirilebilir. Çünkü lehe uygulama yolu bu düzenlemeler ile kapatılmıştır. Bu itibarla norma dair amaçsal yorumla kanun koyucunun fikrinin de bu yönde olduğunu düşünmekteyiz.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARINA GENEL BİR BAKIŞ

HAGB kurumuyla ilgili düzenlemelere karşılık Anayasa Mahkemesi'ne iptal istemiyle birçok defa başvuruda bulunulmuştur. 2022 yılına kadar iptal başvurularının hepsi mahkemece reddedilmiştir⁴⁸. 2022 yılında ilk olarak

⁴⁵ Örneğin, kovuşturma evresinde soruşturma izni şartının vuku bulmamış olması halinde durma kararı verilmektedir. Bu karardan sonra soruşturma izni verilirse muhakemeye devam edilmekte, izin verilmezse düşme kararına hükmolunmaktadır. Benzer ölçüde sanık, denetim süresi içerisinde kasten işlenebilen bir suç işlemezse ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranmışsa hakkında düşme kararı verilecektir. Aksi takdirde ise mahkeme hükmü açıklayarak yargılamaya son vermektedir. Bkz. **Horozgil**, s. 9.

⁴⁶ İlgili görüş için, **Can/Evirgen**, s. 2082; Yazarlar, HAGB'yi erteleme kurumunun bir türü olarak yorumlasalar da, Kanun yolu değişiklikleri bakımından derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğunu belirtmektedirler. Bkz. **Can/Evirgen**, s. 2111.

⁴⁷ **Şen, Ersan/Maviş**, Mert: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 14.

⁴⁸ Mahkeme, HAGB kurumunun kanun koyucunun takdirinde kalan bir husus olduğunu belirterek iptal istemlerini reddetmiştir. İlgili kararlar için bkz. AYM, T.12.03.2009,

mahkeme, E. 2021/121, K. 2022/88 sayılı ve 20.07.2022 tarihli kararı CMK m. 231, f. 12'deki hükmü iptal etmiştir. Bu hüküm HAGB kararlarına karşı itiraz kanun yoluna ilişkindir. Yukarıda da belirtildiği üzere 7445 sayılı Kanun'la CMK m. 231, f. 12 hükmü yeniden düzenlenmiştir.

Daha sonrasında Anayasa Mahkemesi, E.2022/120, K.2023/107 sayılı ve 01.06.2023 tarihli kararıyla CMK'nın 231. maddesinin 5. 6. 7. 8. 9. 10, 11. 12. 13. numaralı fıkralarını iptal etmiştir. Mahkeme iptal kararının gerekçesinde bakıldığında dört hususun ön plana çıktığı görülmektedir: sanığın HAGB'yi kabule ilişkin kanuni bir düzenlemenin olmayışı, müsaderecinin uygulaması, işkence-kötü muamele suçlarında HAGB'nin uygulanmasını sınırlayan kanuni bir düzenlemenin bulunmayışı ve itiraz kanun yolunun etkili bir denetim yolu olmayışı.

Anayasa Mahkemesi, HAGB'ye ilişkin önceden iptal başvurularını reddederken daha sonradan iptali yönünde hüküm kurması oldukça düşündürücüdür. Diğer bir anlatımla mahkeme, önceden kanun koyucunun takdirine karışmama yönünde irade göstermişken 2022 ve 2023 yılındaki son iki iptal kararında tam tersi yönde bir yaklaşımda bulunması merak konusudur. Kanaatimizce mahkemedeki bu anlayış değişikliğinin en önemli nedeni bireysel başvuru kararlarıdır. Başta *Atilla Yazar ve Diğerleri* olmak üzere diğer bireysel başvuru kararlarında HAGB'nin uygulanması sırasında ortaya çıkan ihlaller özellikle belirtilmiştir⁴⁹. Bu kararlar dahilinde Anayasa Mahkemesi, hak ihlallerinin uygulamadan kaynaklandığını ve norm eksikliğinin de buna hizmet ettiğini düşünmektedir.

Mahkemenin somut norm denetimi vesilesi ile ortaya koyduğu iptal kararında bir husus ön plana çıkmaktadır. Denetim somut normun kendisi üzerinden değil, bilakis somut normun uygulanışından kaynaklanmaktadır. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı üzere sanığa HAGB kararını isteyip istemediğinin duruşmanın başında sorulması bir uygulama sorunudur ve CMK'da buna yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun yapmadığı düzenlemeleri denetleyemez, ancak yaptığı düzenlemeleri iptal için denetleyebilir. Gerekli olan bazı düzen-

E.2007/14, K.2009/48; T.12.03.2009, E.2008/45, K.2009/53; T.12.03.2009, E.2008/106, K.2009/54; T.07.05.2009, E.2009/22, K.2009/55; T.16.02.2012, E.2011/41, K.2012/25.

⁴⁹

Atilla Yazar ve diğerleri, T.05.07.2022, B.No: 2016/1635 §97; Seyfullah Turan ve diğerleri, T.09.11.2017, B. No: 2014/1982, §§ 194-197; Necla Kara ve diğerleri, T.15.03.2022, B. No: 2018/5075, §§ 103-110; Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri, T.26.07.2019, B. No: 2018/17635; Bekir Coşkun, T.04.06.2015, B. No: 2014/12151; Osman Erbil, T.25.03.2015, B. No: 2013/2394; Memduh Yılmaz ve Naciye Yılmaz, T.07.10.2021, B. No: 2018/36717.

lemelerin yapılmayışını Anayasa'ya aykırı olarak görerek Mahkeme'nin var olan düzenlemeleri iptal etmesinin bir mantığı olmamakla birlikte sorunu çözmediği ifade edilmiştir⁵⁰. Haliyle bu durum eleştirilmiştir. Buna karşılık yerleşen uygulamanın ceza muhakemesindeki temel ilkelere aykırı ve sorunlu olduğuna vurgu yapılmıştır⁵¹. Ayrıca bir normla uygulama arasındaki ilişkinin ayrılamayacağı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin kararının doğru olduğuna vurgu yapılmıştır⁵².

İlgili iptal davası somut norm denetimi çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin karşısına gelmiştir. Somut norm denetiminin konusu somut olaya uygulanacak normun kendisidir, uygulanması değildir⁵³. Bununla birlikte mahkeme iptal davasını değerlendirirken mevzuat eksiklikleri ve hatalı uygulamaları gerekçesinde gösterebilir. Fakat mevzuat eksikliği ve uygulamanın yanlışları iptal davasının konusu olmamalıdır. Bu durumun tersi de düşünülebilir. Normun bizzat açıkça Anayasa'ya aykırı olduğu hallerde, mahkeme uygulamanın doğru bir şekilde olduğunu vurgulayarak iptal davasını reddedebilir. Fikrimizce mahkemenin bireysel başvuru kararlarından hareketle bu yöne tevessül ettiği söylenebilir. Ancak bu durum bireysel başvuru kararlarıyla iptal kararlarını birbirine karıştırmak anlamına gelecektir. Oysa ki bireysel başvuruda mahkemenin ihlalin kaynağını oluşturan düzenlemeyi iptal yetkisi yoktur⁵⁴. HAGB kurumu özelinde bireysel başvuru kararları ve sonrasında gelen iptal kararı, somut norm denetimi örtüsü altında yeni bir norm denetimini gündeme getirmiştir. Başka bir ifadeyle somut norm denetimi altında bireysel başvuru ile iptal davası birbirine karıştırılmıştır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin HAGB kurumunun uygulanışındaki ceza muhakemesindeki ilkelerle bağdaşmadığını belirtmesi olumlu olmakla beraber kanaatimizce uygulamadaki ihlalleri esas alarak iptali yönünde karar verilmesi isabetli değildir.

⁵⁰ **Gözler**, Kemal: "Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine", anayasa.gen.tr/hagb.htm, (Erişim Tarihi 13.09.2024).

⁵¹ **Canpolat**, s. 1285.

⁵² **Altıparmak**, Kerem: "Anayasa Mahkemesinin HAGB İptal Kararı Neden Doğru?-Kemal Gözler'e Bir Cevap", <https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozlere-bir-cevap/>, (Erişim Tarihi: 03.10.2024).

⁵³ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler**, Kemal: "Anayasa Yargısının Bireysel Başvurulaşması", <https://www.anayasa.gen.tr/bireysel-basvurulasma.htm>, (Erişim Tarihi: 03.10.2024).

⁵⁴ **Regenhardt**, Bartholomäus: "Federal Almanya'da Bireysel Başvurunun Anlamı ve İşlevi: İkinci Bölüm", (Çev: H. Özden Özkaya Ferendeci), MÜHF-HAD Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 541.

III. HAGB KARARLARININ KANUN YOLU DENETİMİ

A. İtiraz Kanun Yolunun HAGB Kararları Bakımından Uygulanışı

1. İtiraz Kanun Yolunun Kapsamı

HAGB kararlarına itirazı incelemeyen önce itiraz kanun yolunun genel bir kapsamını ortaya koymak gerekir. Bilindiği üzere itiraz, hakim ve kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı başvurulabilen bir kanun yolu çeşididir (CMK m. 267). Hakimlik kararlarından farklı olarak kanunda yer aldığı müddetçe her türlü mahkeme kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulması mümkün kılınmıştır⁵⁵. Kural olarak itiraz, tali uyuşmazlıklara dair yargı kararlarının denetlenmesini öngören bir kanun yolu çeşididir⁵⁶.

Alman ceza muhakemesi sisteminde soruşturma evresinde hakim kararlarına, ilk derece mahkeme kararlarına ya da istinaf mahkemesinde yürütülen yargılamalarda verilen kararlara karşı başvurulmaktadır. Ancak bunun için kanunda açıkça yasaklayıcı bir hükmün bulunmaması ve kararın hükme esas teşkil etmemesi⁵⁷ gerekir (StPO § 304/I)⁵⁸. Eğer mahkemenin ara kararı hükme esas teşkil eden kararlardan biriye bu karar itiraza tabi olarak nitelendirilmemektedir⁵⁹. Bu husus Türk ceza muhakemesi hukuku açısından geçerli değildir. Türk ceza muhakemesi hukuku açısından böyle bir ayrıma gerek duyulmadığı gibi sınırlamanın yalnızca kanunla yapıldığı görülmektedir. Fakat mahkemenin kararı itiraz kanun yoluna açık olan kararlardan biri değilse bu karar yalnızca esas hükümle birlikte istinaf veya temyiz kanun yolları çerçevesinde nazara alınabilir⁶⁰.

⁵⁵ **Özbek**, Veli Özer/**Meraklı**, Serkan: “Karar İncelemesi Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHF-HAD, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 226.

⁵⁶ **Centel/Zafer**, s. 880.

⁵⁷ Alman ceza muhakemesi hukukunda kovuşturma aşamasında itiraza ilişkin hususlar için bkz. **Zabek**, Anna: StPO Karlsruher Kommentar, 9. Auflage, C.H. Beck, 2023, § 305, Kn. 1 vd.

⁵⁸ Kural olarak Federal mahkeme ile eyalet mahkemelerinin ara karar ve hakimlik kararlarına itiraz kabul edilmemiştir. Buna karşılık Alman CMK §304/4 hükmü uyarınca eyalet mahkemeleri ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda tutuklama, arama, elkoyma, gözlem altına alma ve maddede belirtilen diğer tedbirlere hükmetmişse bunlara karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir. Bkz. **Sarıgül**, Kanun Yolu, s. 62.

⁵⁹ Konuya ilişkin düzenleme Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun § 305 hükmünde yer almaktadır. Duruşmanın hızlandırılması ve yoğun bir şekilde yürütülmesi arzusu bu hükmün yer almasında önemli bir yer tutar. Ayrıca başka bir merciin, kararı veren mahkemenin karar hazırlama sürecinde kabul edilmez bir müdahale oluşturmamasına bu hüküm engel oluşturmaktadır. Bkz. **Zabek**, KK-StPO § 305 Kn. 1.

⁶⁰ **Yıldırım**, Mayınlı, s. 442.

İtiraz incelemesi dosya üzerinden herhangi bir duruşma yapılmadan gerçekleştirilir⁶¹. Ancak CMK m. 271, f.1'in ikinci cümlesinde yer alan "*Ancak gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafii veya vekili dinlenir*" şeklindeki hüküm duruşmanın istisnai olarak yapılabileceğine işaret eder⁶². İtiraz kanun yolu, kararın hem maddi hem de hukuki açıdan incelenmesini öngörür⁶³. İtiraz merciin maddi mesele bakımından inceleme yapabilmesi hem CMK m. 270, f. 1'de ikinci cümlesinde hem de Al. CMK (StPO) § 308/2'de hüküm altına alınmıştır. Buna göre, itiraz merci inceleme-yi bizzat yapabileceği gibi gerekli gördüğünde inceleme yapılmasını da emredebilmektedir⁶⁴. İtiraz merciin itirazı yerinde görerek itiraz konusu hakkında karar verebilmesi, hukuki incelemenin de yapıldığını göstermektedir (CMK m.271, f. 2; StPO § 309/2). İtirazın kabul edilmesi halinde itiraz merciin itiraz konusu hakkında karar vermesi genel kural olmakla birlikte çok istisnai hallerde dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilebilecektir⁶⁵.

Kural olarak, kararın infazını durdurma etkisi (Suspensiveeffekt) itiraz kanun yolu için tanınmamıştır⁶⁶. Fakat yükümlü olmamakla birlikte itirazı inceleyen makam, infazın durdurulmasını emredebilir (CMK m. 269, f. 2; StPO § 307/2). Böylelikle itirazı inceleyen makama hükmün infazını durdurma noktasında bir takdir yetkisinin ihdas edildiği sonucuna ulaşılır. İtiraz merciin vermiş olduğu karar kesinlik arz eder (CMK m 271, f. 4). Fıkranın devamındaki "*...ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir*" şeklindeki hüküm bunun istisnasını oluşturmakta ve bu istisnai hallerde karar kesinleşmemektedir⁶⁷.

⁶¹ **Zabek**, KK-StPO § 309, Kn. 2.

⁶² **Özen**, s. 132. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda benzer düzenleme için bkz. StPO, § 309/1

⁶³ **Roxin**, Claus/**Schünemann**, Bernd: Strafverfahrensrecht, 28. Auflage, C.H. Beck, 2014, kn 1, s. 483.

⁶⁴ İtiraz merciin inceleme yetkisi, itiraz kanun yoluna başvuranın başvuru gerekçeleriyle bağlı değildir. Bu yüzden itiraz başvurusunun gerekçesi incelemeyi sınırlandıran bir etkide bulunmaz. **Neuheuser**, Stephan: StPO Münchener Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck, 2024, § 309, Kn. 8-9.

⁶⁵ **Neuheuser**, MüKoStPO § 309 Rn. 10; Örneğin ilk derece mahkemesi dosyada yer alan ve tartışılması gereken hususlara değinmeden yalnızca genel ifadelerle veya gerekçesiz bir şekilde karar vermişse ya da ilk derece mahkemesi kanunen dinlenilmesi gereken kişileri (StPO § 454/2) duruşmada dinlememişse bu durumda dosyayı geri gönderebilir. Benzer husus itiraz edilen kararın farklı bir bölgede bulunan yetkisiz bir ilk derece mahkemesi tarafından verildiği hallerde de söz konusu olacaktır. Bu durumda dosya yetkili ilk derece mahkemesine gönderilecektir. **Neuheuser**, MüKoStPO § 309, Kn. 32, Kn.36.

⁶⁶ **Roxin/Schünemann**, kn. 9, s. 484.

⁶⁷ **Özen**, s. 148; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki istisnalar için bkz. StPO § 310.

2. HAGB Kararlarına Karşı İtiraz ve Uygulama Sorunu

CMK m. 231, f. 12 hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptali öncesinde HAGB kararları için öngörülen kanun yolu itirazdı. HAGB kararı durma kararı niteliğinde olduğundan CMK m. 231, f. 12 hükmü olmasa bile CMK m. 223, f. 8 hükmü uyarınca itiraz kanun yolunun geçerli olacağı ifade edilmekteydi⁶⁸.

Bilinmelidir ki kanun yolu başvurusunun yapılabilmesi için başvuruyu gerçekleştiren kişinin hukuki bir yararının bulunması şarttır⁶⁹. Aksi takdirde kanun yolu başvurusu reddedilir. 6008 sayılı Kanun'la getirilen sanığın HAGB'yi kabul etmesi sonrası itiraz kanun yoluna başvurusu teorik açıdan bir sorun oluşturur. Hem HAGB'in sanığın kabulüne bağlı tutulup da hem de karara karşı itiraz kanun yolu öngörülmesinin izahı güçtür. Kabulde birlikte HAGB kararı verilmesi, artık sanığın bir menfaatinin bulunmadığı anlamına gelecektir. Şayet kanun yoluna başvurmak isteseydi, HAGB kararını kabul etmez ve verilen hükmü istinaf veya temyize götürebilirdi. Bu yüzden HAGB kararında sanığın kabulü şartının, kanun yolunun temel prensipleriyle bağdaşmadığı açıktır⁷⁰.

Yukarıda da belirtildiği üzere itiraz mercii itirazı yerinde görürse itiraz konusu hakkında karar verebilecektir. Yargıtay'ın önceki içtihatlarına bakıldığında HAGB kararlarına itirazın, genel kuralın aksine, oldukça sınırlı bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Buna göre itiraz mercii denetimi yalnızca HAGB'in şekli şartlarının meydana gelip gelmediği ile sınırlıdır⁷¹. Buna göre itiraz merci, somut ceza miktarının doğru bir şekilde belirlenip belirlenmediğini denetleyebilmekteyken suçun sübutu ve eksik inceleme dolayısıyla delil toplamaya başvurmamalıdır⁷². Ayrıca mahkumiyet kararının içeriğine ilişkin hususların itiraz kanun yolu temelinde denetlenemeyeceği, zira itiraz mercii temyiz mercii görevini üstlenemeyeceği belirtilmekteydi⁷³. Burada HAGB kararının itiraz üzerine kaldırılması ve mahkumiyet hükmünün itiraz mercii tarafından açıklanması ihtimali de akla gelmektedir. Bu

⁶⁸ Zafer, s. 854.

⁶⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özdem/Tok, vd. s. 668.

⁷⁰ Hatta sanığın ve sanık adına ilgili kişilerin HAGB kararını itiraz kanun yoluna taşımalarını esasında aleyhe bir başvuru niteliğinde olduğu ve fakat aklanma hakkı kapsamında kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Özen, s. 193.

⁷¹ Yarg. CGK, T.03.02.2009, E.2009/4-13, K.2009/12; Aynı yönde bkz. Kumbasar, s. 225.

⁷² Zafer, s. 855.

⁷³ Centel/Zafer, s. 881.

mahkumiyet hükmünün temyiz edilmesiyle hükmün hangi mahkemeye ait olduğu hususu da oldukça karmaşık hale gelecektir⁷⁴. Ancak bu içtihat uyarınca itiraz mercii yetkisi, açıklanması geri bırakılan kararın esasına ilişkin hukuka aykırılıkları kapsamayacaktır. Nitekim sanığın yükümlülüklerine uygun davranması nedeniyle hakkında düşme kararı verilse bile ilgili denetimin kapsamının ne olacağı da belirsizdir⁷⁵. Bu durum HAGB'nin esasıyla ilgili hukuka aykırı durumların adeta denetim dışı tutulduğunu göstermektedir⁷⁶. Öte yandan bu içtihadın sübuta dair bir incelemeyi öngörmemesi de itiraz kanun yolunun CMK'ya aykırı bir şekilde sınırlandırıldığına işaret eder⁷⁷.

Belirtilmelidir ki HAGB'nin sübjektif nitelikteki şartı olan sanığın yeniden suç işlemeyeceği yönündeki kanaatin dava konusu olay açısından meydana gelip gelmediği itiraz merci tarafından denetlenemez. Fikrimizce de bu kanaate ancak sanıkla kurulan doğrudan temasla ulaşılabilir. Her ne kadar itiraz mercii tarafından bu husus denetlenemese de, merci mahkemenin takdir yetkisini yerinde olarak kullanıp kullanmadığını denetleyebilmelidir. Keza mahkemenin bu kanaate nasıl ulaştığına ilişkin hususların gerekçe-de gösterilmesi gerekmektedir⁷⁸. Bundan başka sınırlı inceleme, mağdurların veya adalet talebi olan kişilerin hak arama özgürlüğüne de etki etmekteydi. Özellikle suçun vasıflandırılmasında hata yapılarak kendisine karşı işlenen suçun adeta cezasız bırakıldığı ve kanuna aykırı şekilde failin adeta ödüllendirildiği durumlarla karşı karşıya kalınmaktaydı⁷⁹.

Yargıtay CGK 20.01.2013 tarihli kararında HAGB kararının denetimi üzerinde önceki içtihadından dönmüştür. Buna göre itiraz mercii, Cumhuriyet savcısının suç vasfıyla ilgili aleyhe başvurusu üzerine incelemesini sade-

⁷⁴ **Kumbasar**, s. 223.

⁷⁵ Düşme kararının temyizi üzerine HAGB kararına neden olan hukuka aykırılıklar da ileri sürülebilir. Fakat beş yıllık denetim süresi sonunda verilecek olan düşme kararının temyiz edilmesi de gerek sanığın gerekse mağdur açısından adaletin geç tecelli etmesine sebebiyet verecektir. Bkz. **Çıgılı**, Halil: "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz ve İtiraz Mercii'nin Yetkileri", TAAD, Yıl: 5, Sayı: 18, 2014, s. 411.

⁷⁶ Konuya dair eleştiriler için bkz. **Şahin**, s. 291, **Ünver/Hakeri**, s. 687; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özdem/Tok**, s. 660; **Karakehya**, s. 574.

⁷⁷ **Özbek/Meraklı**, s. 233.

⁷⁸ **Özbek/Meraklı**, s. 228, 229; Her ne kadar bu husus itiraz mercii tarafından denetlenemese de, Yargıtay sanığın kişilik özellikleri uyarınca yeniden suç işleyip işlemeyeceği temelindeki kanaatin soyut ifadelerle ele alınmasını yetersiz olarak belirtmektedir. Yargıtay CGK, E.2011/253, K.2012/117, 27.03.2012.

⁷⁹ **Özbek**, Veli Özer/**Başbüyük**, İsa: "Hükmün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararlarına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine", CHD, Sayı: 21, Nisan 2013, s. 9.

ce şekli olarak gerçekleştirmemeli hem maddi hem de hukuki yönden yapılmalıdır⁸⁰. Bu içtihat HAGB kararına kaynaklık eden mahkumiyet hükmündeki hukuka aykırılıkların denetlenmesinin yolunu açmaktadır. Böylelikle örneğin, suçun oluşmaması sebebiyle sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden hareketle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı itiraz üzerine kaldırılabilir. Yine kasten yaralama suçundan mahkumiyet hükmüyle birlikte sanık hakkında HAGB kararı verilmesine karşılık itiraz merci, ilgili fiilin kasten öldürme suçuna teşebbüs olduğunu belirterek yapılan itirazı kabul edebilir⁸¹. Sübut bakımından örneğin hukuka aykırı bir delilin değerlendirilmesi akabinde kurulan mahkumiyet hükmü itiraz merci tarafından denetlenebilir⁸².

Yargıtay'ın HAGB kararını hem maddi olay hem de hukuki yönden denetime açan içtihadı tam olarak anlaşılamamıştır⁸³. Bunun temel nedeni CMK m. 271, f. 2 hükmü dolayısıyla itiraz merciin itirazı yerinde görmesiyle birlikte itiraz konusu hakkında karar vermesidir. İlk etapta itiraz merciin hukuki yönden inceleme yapabilmekle birlikte, kararına itiraz edilen mahkemenin adeta yerine geçerek karar verebileceği akla gelmektedir. Fakat bu izlenim itiraz kanun yolunu istinafa dönüştürmekten başka bir şeye hizmet etmemektedir. Ayrıca itiraz merciin verdiği kararın kesin olması göz önünde bulundurulduğunda, açıklanan hüküm bakımından istinaf ve temyiz kanun yolu denetimi gündeme gelmeyecektir. İlaveten dosya üzerinden yapılan inceleme ve açıklanan kesin hüküm de AİHS'in 6. maddesindeki "adil yargılama ilkesi"nin esaslarını oluşturan doğrudan doğruyalık, aleniyet ve sözlülük ilkelerini bariz bir şekilde ihlal eder⁸⁴.

⁸⁰ Yarg. CGK, T.22.01.2013, E.2012/10-534, K.2013/15.

⁸¹ Bununla birlikte istinaf ve temyiz mercileri, itiraz merciin vasıflandırmasıyla bağlı kalmayacaktır. Bkz. **Yıldırım**, Mayınlı, s. 452; İtiraz merci, sadece fiilin niteliği açısından bir değerlendirme yapabilirse de fiilin işlenmemesinden hareketle beraat kararı veremez. Bkz. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özdem/Tok**, s. 661.

⁸² **Şahin**, s. 290; Buna karşılık Yargıtay 11. Ceza Dairesi, suçun sübutu bakımından itiraz merciin esasa yönelik bir değerlendirme yapamayacağını belirtmektedir:

"İncelenen dosya içeriğine göre; sanığın, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını ispatı amacıyla emlak alım satım sözleşmesinde tahrifat yapmak suretiyle "özel belgede sahtecilik" şeklinde gerçekleşen eylemden dolayı yapılan yargılama sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın, suçun sübutu yönünden incelenmesinin ancak hükmün açıklanması durumunda temyiz kanun yolu ile mümkün olacağı anlaşıldığından..." Yarg. 11. CD, T.13.02.2017, E.2017/178, K.2017/942.

⁸³ Yargıtay'ın bu içtihadından HAGB kararına itiraz üzerine itiraz merciin hem maddi olay hem de hukuki denetim yapabileceği anlaşılrsa da içtihatın esasa dair incelemenin açık olmadığına ilişkin görüş için bkz. **Çiğli**, s. 404.

⁸⁴ **Sarıgül**, Kanun Yolu, s. 71.

Doktrinde itiraz merciin incelemesinin ne kapsamda olacağına dair çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, itiraz merci hükmün oluşum sürecine etki eden her türlü eksikliği ve yanlışlıkları denetleyemez. İlâveten bireyselleştirme gibi mahkemenin yalnızca takdirine kalan konularda itiraz merciin inceleme yetkisinden bahsedilmemelidir⁸⁵. Bir başka görüş ise mahkemenin takdir yetkisine girmeyen hususlarda hukuka aykırılıklar mevcutsa bunların itiraz merciince düzeltilmek suretiyle itirazın reddedilebileceğini ifade etmektedir⁸⁶. Şikâyet gibi muhakeme şartının gerçekleşmemesine rağmen sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurularak HAGB kararı verilmesi ihtimalinde, itiraz merciinin bu defa ilk derece mahkemesinin yerine geçerek düşme kararı verebileceğine de ayrıca işaret edilmektedir⁸⁷. Bu görüşlere bakıldığında dava konusunda yer alan hususlara bakılarak bir çözüm getirilmeye çalışıldığı görülmektedir.

İtiraz merciin HAGB kararını itiraz üzerine incelemesi, ilk derece mahkemesindeki gibi yeni bir yargılama yapma veya yeni bir hüküm kurma anlamına gelmemektedir. Keza itiraz merciin itiraz konusu hakkında karar vermesini belirten düzenleme de hükmün bizzat açıklanması yönünde yorumlanmamalıdır⁸⁸. İtiraz merciin yaklaşımı da dava konusu olayın sübutu ve hukuki vasıflandırma noktasında bizzat incelememekteyse de bunların ilk derece mahkemesince değerlendirilmesinin önemini vurgulamaktan ibaret olmalıdır⁸⁹. Keza Yargıtay CGK'nın 22.01.2013 tarihli içtihadına bakıldığında da 26.10.2010 tarihli karara atıf yapıldığı görülmektedir. Yargıtay CGK'nın bu kararında itiraz merci, itirazı kabul etmişse, gereğinin yapılması için dosyanın mahkemesine gönderilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁰.

İlgili içtihat sonrasında esasında HAGB kararına ilişkin CMK m. 271, f. 2'den farklı olarak özel bir itiraz incelemesinin uygulamaya konulduğu ifade

⁸⁵ Benzer şekilde ceza miktarı itibarıyla HAGB dışında kalan bir suçun cezası bireyselleştirme ile birlikte HAGB kapsamına alınmışsa bu husus da itiraz merciin inceleme alanına girmeyecektir. **Şahin**, s. 291; Özellikle sanıkla hiç temas kurmamış itiraz merciin, HAGB kararını kaldırıp hükmü veren mahkemenin adeta yerini alarak ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımları veya hapis cezasının ertelenmesi gibi takdire bağlı bireyselleştirme araçlarıyla ilgili duruşma yapmadan hükmü yeniden kurmasının, doğrudan doğruluk, yüzyüzelik ve yargılamanın çelişmeli olması özellikleriyle örtüşmediği ifade edilmektedir. Bkz. **Artuç**, s. 334, 335; **Horozgil**, s. 115; **Yabanoğlu**, s. 113.

⁸⁶ HAGB kararında denetim süresinin kararlaştırılmaması ya da vekalet ücretinin eksik bir şekilde belirlenmesi bu hususa örnek olarak gösterilmektedir. **Yıldırım**, Mayıs, s. 460.

⁸⁷ **Özbek/Meraklı**, s. 231.

⁸⁸ **Sarıgül**, Kanun Yolu, s. 71.

⁸⁹ **Şahin**, s. 293.

⁹⁰ Yarg. CGK, T.26.10.2010, E.2010/182, K.2010/209.

edilebilir. Özetle itiraz kabul edildiği takdirde itiraz mercii hükmü kaldıracak ancak hükmün açıklanması için ilk derece mahkemesine dosyayı geri gönderecektir. İtiraz merciince verilen karar kesin olduğundan mahkemenin buna karşı direnme imkanından da söz edilemeyecektir⁹¹. Böylece ilk derece mahkemesi ya hükmü açıklayacak ya da şayet koşulları varsa beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığı gibi başka bir hüküm verecektir. Böylelikle açıklanan hüküm istinaf kanun yoluna tabi olacaktır⁹².

Her ne kadar Yargıtay CGK'nın 22.01.2013 tarihli içtihadında HAGB kararlarına bu şekilde yaklaşılması gerektiği ve sorunun çözüldüğü⁹³ ifade edilse de uygulamada bu içtihadın çok dikkate alınmadığına değinmek gerekir⁹⁴. İtiraz denetiminin nasıl yapılacağına dair yeni içtihadın ayrıntılı ilkeler içermemesinin de buna katkı sunduğu söylenmektedir⁹⁵. Öte yandan yukarıda da belirtildiği üzere HAGB kararlarının itiraz kanun yoluna tabi olacağına dair CMK m. 231, f. 12 hükmü Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Kararın gerekçesinde HAGB kararlarına karşı itiraz kanun yolunun etkili bir başvuru yolu olmadığına vurgu yapılmıştır^{96,97}. Bunun üzerine kanun koyucu 7445 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle şu hükmü getirmiştir:

⁹¹ Artuç, s. 335.

⁹² Can/Evirgen, s. 2091.

⁹³ Şahin, s. 293.

⁹⁴ Hatta Yargıtay 12. Ceza Dairesi de bir içtihadında HAGB kararına karşı itiraz mercii hukuki denetim yapamayacağını belirtmiştir:

"Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulması hâlinde, itiraz mercii hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesinin şartlarının olup olmadığını, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını inceleyebileceği, mercii tarafından suçun sübutu, nitelendirilmesi gibi esasa ilişkin değerlendirme yapılamayacağı, açıklanmayan mahkumiyet hükmü içeriğindeki hukuka aykırılıkların denetlenemeyeceği, bu gibi hukuka aykırılıkların ancak davanın düşmesi kararı verildiğinde veya hükmün açıklanması ya da yeni bir hüküm kurulması halinde temyiz kanun yolu ile incelenebileceği cihetle..." Yarg. 12. CD, T.30.03.2015, E.2015/1881, K.2015/5393.

⁹⁵ Yıldırım, Akif/Duman, Özgür: "Adalet Yolunda Bir 'Nehir Sınavı' Mücadelesi: Mülkiyet Hakkı, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Müsadere", AÜHFD, C: 67, Sayı: 1, 2018, s. 177.

⁹⁶ "Türk yargısında oldukça geniş bir uygulama alanı bulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yoluna başvurma imkânının yer alması mevcut uygulanış şekli itibarıyla tek başına yeterli olmayıp bu yolun aynı zamanda uygulamada da başarı şansı sunması gerekmektedir. Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu, müdahalenin dayanağı kuralın yargılama hukukunun usule ilişkin güvencelerini sağlayamaması anlamına geleceğinden temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açacaktır(Atilla Yazar ve diğerleri, § 154). Prg. 28.

“Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. İtiraz mercii, karar ve hükmü inceler; usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldırır ve gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderir”

Esasen bu hüküm bahsi geçen Yargıtay CGK içtihadının bir tekrarından ibarettir. Başka bir ifadeyle içtihadın tam olarak uygulanamaması sonucu bu düzenleme kanuna yansıtılmıştır. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, en son iptal kararında bu hükmün de mahkemeye erişim hakkını sınırlama hususunda bir değişiklik yapmadığını ifade etmiştir⁹⁸. Hükümün denetlenmesinin

Bu çerçevede daha önce ihlal sonucuna ulaştığı birçok bireysel başvuru dosyasında (bkz. §§ 18-21) Anayasa Mahkemesi; itiraz makamlarının başvuru sahiplerinin iddialarını ve delillerini dikkate almadığına, çatışan menfaatleri dengelemeye yönelik bir çaba içinde olmadığına, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve müdahalenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmediğine yönelik kararlar vermiştir. Mevcut sistemde itiraz mercilerinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına itiraz üzerine verdikleri kararların dosya üzerinden yeknesak bir şekilde ve çoğu kez sadece şekli koşullar yönünden, ilk derece mahkemelerince verilen kararlarda hukuka aykırılık bulunmadığını ve bu sebeple de itirazın reddedildiğini bildiren bir cümleden ibaret gerekçelerden oluştuğu görülmüştür (Atilla Yazar ve diğerleri, § 155). Prg. 29.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kural; bu kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmemektedir. Bu durum temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin giderilmesinde ve kamu gücünü kullananların keyfi davranışlarının önüne geçilmesinde bireye tanınmış olan yetkili makama başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir. Nitekim kuralın anılan hususları karşılayacak şekilde uygulanmadığı da görülmektedir. Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu etkili başvuru hakkıyla bağdaşmamaktadır.” Prg. 30.

⁹⁷ AİHM içtihatlarında yalnız teorik açıdan değil, bilakis uygulamada da şikayet konularını telafi imkanı sağlayabilecek ve makul ölçüde bir etkin bir hukuk yolunun başvuru sahiplerine tanınması gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu noktada ilgili tarihte etkin bir hukuk yolunun var olup olmadığı noktasında ispat yükü hükümette aittir. Bkz. AİHM Aydın İçyer v. Türkiye, T.12.01.2006, B. No: 18888/02 prg. 70; Öte yandan AİHS m. 6 hükmü kanun yolu başvurusunda bir güvence temin etmese de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 Numaralı Protokol’ün 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu güvencenin sağlandığına değinilmiştir. Buna göre ceza gerektiren bir suçtan dolayı mahkum edilen herkes mahkumiyetinin veya hükmolunan cezanın yüksek bir mahkeme tarafından incelenmesini sağlama hakkını haizdir. Ancak Protokol’ün 2. maddesinin 2. fıkrasında hafif nitelikte suçlar bakımından istisna hükmü getirilmiştir. Bu hükümlere rağmen ilgili içtihatlardan hareketle HAGB kararlarının denetimi için gündeme gelen itirazın etkin bir kanun yolu olmadığı vurgulanmıştır. **Özbek/Meraklı**, s. 232, 233; **Yıldırım**, Aklanma, s. 148.

⁹⁸ AYM, T.01.06.2023, E.2022/120, K.2023/107, prg. 40.

talep hakkı sınırlanmışken itiraz kanun yolunun içeriğinin genişletilmesi mahkemece anlamlı bulunmamıştır⁹⁹.

3. 7499 Sayılı Kanun’la Getirilen Sınırlı İtiraz

Anayasa Mahkemesi’nin en son 01.06.2023 tarihli iptal kararı sonrasında 7499 sayılı Kanun’la HAGB kararları artık istinaf kanun yoluna tabidir. Fakat bu durum itiraz kanun yolunu tamamen ortadan kaldırmamıştır. 7499 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle CMK’nın 231. maddesinin 11. fıkrasındaki hüküm yeniden düzenlenmiştir¹⁰⁰.

Bu hüküm uyarınca denetim süresi içerisinde yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirlerine dair yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde, mahkeme hükmü açıklayacaktır. Mahkeme, yükümlülükleri ihlal eden sanık hakkında cezasının yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine¹⁰¹ ya da şartları varsa hapis cezasının ertelenmesi veya seçenek yaptırımlara başvurarak yeni bir mahkumiyet hükmü kurabilecektir¹⁰². Açıklanan veya yeni kurulan hükme karşı yalnızca itiraz kanun yolu öngörülmüştür. İtiraz merci sadece bu fıkra hükmünde belirtilen koşullarla sınırlı olarak bir değerlendirme yapabilecektir.

7499 sayılı Kanun’dan önce HAGB kararı açıklandığı takdirde, istinaf veya temyiz kanun yolu başvurusu gündeme gelmekteydi. Bahsi geçen fıkra hükmü ise açıklanan veya yeni kurulan hükmün artık itiraz kanun yoluna tabi olacağını belirtmektedir. CMK m. 231, f. 12 hükmü uyarınca HAGB kararının istinaf kanun yoluna tabi olduğu dikkate alındığında, istinaf başvurusundan geçen ya da istinaf başvurusu yapılmadan kesinleşen HAGB kara-

⁹⁹ Canpolat, s. 1284.

¹⁰⁰ İlgili hüküm şu şekildedir: “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması hâlinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı hâlinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurabilir. Açıklanan veya yeni kurulan hükme itiraz edilebilir. İtiraz mercii ancak bu fıkradaki koşullarla sınırlı olarak bir değerlendirme yapabilir.”

¹⁰¹ Yeni kurulan hüküm içeriğinde daha önce mahkum olunan cezanın miktarında bir değişikliğe gidilmemektedir. Yalnızca geri bırakılan hükmün bir kısmının infaz edilmemesine yol açmaktadır. Şahin/Göktürk, s. 575.

¹⁰² Yükümlülükler uylunması ihtimalinde mahkeme, bu üç ihtimalden yalnızca birini seçmek ve yalnızca onu uygulamaya koymak mecburiyetindedir. Bu ihtimallerin tümünü veya birden fazlasını bir arada uygulaması mümkün değildir. Bkz. Ünver/Hakeri, s. 689.

rının kendisinin itiraz kanun yoluna tabi olmadığı ortadadır. Nitekim ilgili fıkra hükmü itirazın konusunu, açıklanan veya yeni kurulan hükümle sınırlandırmıştır. Bu itibarla HAGB kararı verildikten sonraki hususlar itiraza konu olacaktır.

Henüz istinaf kanun yolu açıkken itiraz kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Çünkü ortada açıklanan veya yeni kurulan bir hükümden söz edilemez. İstinaf kanun yolu açıkken itiraz kanun yoluna başvurulma ihtimali ancak kanun yolunun belirlenmesinde yanılma ile izah edilebilir. Bu durumda itiraz merci dosyayı Bölge Adliye Mahkemelerine gönderecektir (CMK m. 264, f. 2).

CMK m. 231, f. 11’de belirtilen itiraz incelemesi önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Bu durum itiraz merciin hem maddi hem de hukuki inceleme yapabileceğini belirten CMK m. 270, f. 1 ve m. 271, f. 2 hükümlerinin istisnasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla itiraz merciin neyi sınırlı bir şekilde inceleyeceğini belirlemek gerekir. Öncelikle denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlenmesi halinde mahkeme hükmü açıklayacaktır. Bu durumda açıklanan hüküm bakımından itiraz merci, sanığın kasten işlenebilen suçta denetim süresi içerisinde işlemediğini belirterek yapılan itirazı kabul edebilir. Ancak itiraz merci, HAGB kararına kaynaklık eden mahkumiyet kararını hem maddi hem de hukuki yönden inceleyemeyecektir. Kaldı ki hem açıklanmayan mahkumiyet hükmünün hem de HAGB kararının denetiminde artık istinaf kanun yolu söz konusu olduğuna göre, açıklanan hüküm açısından itiraz merciin bu alandaki denetiminin bir önemi bulunmayacaktır. Nitekim istinaf kanun yolunda hem maddi hem de hukuki meseleler re’sen ele alınmaktadır¹⁰³. Ancak bu durum da bir belirsizlik yaratmaktadır. Zira yukarıda bahsi geçtiği üzere, itiraza ilişkin 7445 sayılı Kanun’un 21. maddesiyle getirilen “...gereğinin yapılması için dosyayı mahkemeye gönderir” şeklinde bir ibare 7499 sayılı Kanun’la düzenlenen CMK m. 231, f. 11 hükmüne konulmamıştır. Böyle olsa da bu soruna bir şekilde çözüm getirmek gerekir. Şayet itiraz merci, CMK m. 271, f. 2’deki gibi itiraz konusu hakkında karar verme yetkisine sahip olsaydı, istinaf incelemesinden geçen mahkumiyet hükmü üzerinde de denetleme gücüne sahip olacaktı. Başka bir ifadeyle istinaf incelemesi sonucu mahkumiyet kararının hukuka uygun olduğunun belirlendiği durumda itiraz merciin kararın hukuka aykırı olduğunu belirterek kararı bizzat kendisinin açıklaması ve açıkladığı kararın kesinlik arz etmesi, Bölge Adliye Mahkemeleri ile itiraz mercileri arasında içtihat farklılığına neden olacaktı. Bu bakımdan istinaf incelemesinden geçmiş ve açıklanan

¹⁰³ Birtok, Fatih: Ceza Muhakemesi’nde İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 223.

karar üzerinden itiraz kanun yolunun işletilmesine gerek yoktur. Kanun koyucunun amacının bu olmadığı açıktır. Bu yüzden CMK m. 231, f. 11 hükmünde yer alan itiraz incelemesi, hem koşullar hem itiraz incelemesinin kapsamı açısından sınırlandırılmıştır. Yapılan itiraz kabul edilirse açıklanan veya yeni kurulan hüküm kaldırılmalı ve gereğinin yapılması için hükümü açıklayan mercie dosya geri gönderilmelidir. Bu bağlamda CMK m. 231, f. 11 hükmündeki itirazı, CMK m. 271, f. 2'deki hükmün aksine özel bir itiraz usulü olarak anlamak gerekir.

İstinaf incelemesinden geçmeyen ve kesinleşen HAGB kararları için artık herhangi kanun yolu öngörülmemiştir. Bu ihtimalde de daha sonra hüküm açıklanmış veya yeni kurulan bir hüküm söz konusu ise itiraz mercii incelemesi yine sınırlı olacaktır. Ancak kesinleşen HAGB kararına karşı olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozmaya ilişkin hükümler saklıdır¹⁰⁴.

Bir başka ihtimal ise denetim süresinde sanığa tevdi edilen yükümlülükler uygun davranıp davranmadığı noktasında belirlemektedir. Bu konuda bir itiraz olursa itiraz mercii, açıklanan veya yeni kurulan hüküm üzerinden yalnızca denetim süresi içerisinde bir yükümlülük ihlali olup olmadığını denetlemek durumundadır. Sınırlı bir denetim öngörüldüğünden itiraz mercii burada da esas mahkemesinin yerine geçip bir karar vermemelidir. İtiraz mercii incelemeyi dosya üzerinden gerçekleştirmelidir¹⁰⁵. Özellikle sanığın durumunun değerlendirilerek cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmın infaz edilmemesine ya da koşulların varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurma hallerinde, bireyselleştirme söz konusu olduğundan, itiraz mercii bu noktalarda denetleme yetkisi bulunmamalıdır. Yukarıda CMK m. 271, f. 2 ile CMK m. 231, f. 11 hükümlerine ilişkin yaptığı-

¹⁰⁴ Yargıtay CGK eski bir içtihadında olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozmada da yapılan incelemenin HAGB'nin koşullarıyla sınırlı olduğunu vurgulamaktaydı. Bkz. Yarg. CGK, T.07.04.2009, E.2019/64, K.2009/83; Fakat Yargıtay'ın günümüze yakın bir kararlarında ise HAGB kararının içeriğindeki mahkumiyet hükmünde yer alan hukuka aykırılıkların da kanun yararına bozma kapsamında incelendiği anlaşılmaktadır. Bkz. Yarg. 18. CD, T.27.02.2017, E.2016/15421, K.2017/2171. Buna karşılık sınırlı inceleme yönündeki anlayışın yukarıda yer verilen YCGK kararı ile baskın olduğuna işaret edilmiştir. **Yıldırım**, Mayınlı, s. 464; Kanaatimizce 7499 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu değişiklik sonrası, kanun yararına bozma bakımından sınırlı incelemeye ilişkin içtihat da değişecektir.

¹⁰⁵ Her ne kadar itiraz mercii, duruşma yoluna giderek itiraz incelemesi yapabilirse de HAGB kurumu bakımından açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu yüzden itiraz incelemesinin duruşmasız bir şekilde karara bağlanacağından söz edilmektedir. **Zafer**, s. 848.

mız açıklamalar aynen geçerlidir. Bu durumda da açıklanan veya yeni hüküm kaldırılacak ve gereğinin yapılması için dosya, hükmü açıklayan mercie geri gönderilecektir. Tüm bu açıklamalardan hareketle CMK m. 231, f. 11'deki düzenlemenin, HAGB kararının istinafa tabi olmasıyla Bölge Adliye Mahkemeleri'nin iş yükünü ağırlaştırmamak adına getirildiği sonucuna varılmaktadır.

B. HAGB Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu

1. İstinaf Kanun Yolunun Kapsamı

İki yıl veya daha az süreli hapis cezasına ya da adli para cezasına hükmedilmişse (CMK m. 231, f. 5) ve diğer koşullar da oluşmuşsa sanık hakkında HAGB kararı verilebilir. HAGB kurumunun objektif koşullarından olan somut ceza sınırına bakıldığında, ilk derece mahkemelerinden verilen kararların, bazı istisnalar haricinde (CMK m. 286, f. 3), temyiz sınırının altında kaldığı anlaşılmaktadır (CMK m. 286, f. 2, bent a, b, f ve ı). Her ne kadar HAGB kararlarına karşı temyiz kanun yolu dahi öngörülmüş olsa da, bu kanun yolunun CMK m. 231, f. 12 hükmü gereği, Bölge Adliye Mahkemesi'nin ya da Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla vermiş oldukları kararlarla sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Bu bahisle çalışmamızın ağırlık noktasını HAGB kararlarının denetimi bağlamında istinaf kanun yolu oluşturacaktır.

İstinaf ilk derece mahkemelerince verilen hükümlerinin maddi ve hukuki meselelerin bir üst mahkemece değerlendirilmesini öngören olağan bir kanun yoludur¹⁰⁶. Verilen hükmün hem maddi hem de hukuki yönlerden incelenmesi bu kanun yolunu itiraza yaklaştırmaktadır. Ancak istinaf kanun yolundaki incelemenin konusu ilk derece mahkemelerin vermiş olduğu hükümlerdir. Her ne kadar itiraz kanun yolunda hem maddi hem de hukuki inceleme yapılmasına cevaz verilmişse de maddi uyumsuzluğa ilişkin esas mesele çözüme kavuşturulmadığı için itiraz incelemesi sonucu verilen karar, bir hüküm veya yargı mahiyeti taşımamaktadır. İlaveten istinaf kanun yolunda hükmün kesinleşmesinin engellenmesi ve yayılmasına dair etkiler itiraz kanun yolunda öngörülmemiştir¹⁰⁷. İlk derece mahkemelerinin hükümleri birlikte ara kararları da istinaf incelemesine tabidir (CMK m. 272, f. 2). Fakat yalnız başına ara kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün değildir¹⁰⁸. Bu hususlar istinaf kanun yolunu itirazdan farklılaştır-

¹⁰⁶ Kaymaz, Seydi: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 22.

¹⁰⁷ Birtek, s. 37.

¹⁰⁸ Kaymaz, s. 38.

maktadır. Temyiz kanun yolunda ise yalnızca hukuki değerlendirme yapıldığı için istinaf kanun yolundan ayrılmaktadır. Bu bağlamda istinaf kanun yolu üst bir denetim yolu olarak temyiz incelemesinden daha geniştir¹⁰⁹. Böylelikle istinafı itiraz ve temyiz kanun yolları arasında kalan bir kanun yolu olarak betimlemek mümkündür¹¹⁰.

İstinaf yargılamasında da maddi meselenin kaynağı iddianamedir. Bu noktada CMK m. 225 hükmü, istinaf incelemesinin de normatif bir sınırını oluşturur¹¹¹. Maddi mesele bağlamında, Bölge Adliye Mahkemesi verilen hükümle ilgili olarak işlemlerde veya delillerde herhangi bir eksikliğin olup olmadığını, sübut noktasında ilk derece mahkemesinin ulaştığı sonucun isabetli olup olmadığını, dosya üzerinden denetleyebilecektir¹¹². Bununla birlikte istinaf kanun yolunda maddi vakalar yeniden incelenebilir ve yeni delil de ileri sürülebilmektedir. İlk derece mahkemesinin değerlendirdiği delillerle bağlı olunmadığı gibi bu delillerin değerlendirilmesiyle erişilen vicdani kanaat de bağlayıcı değildir. Keza istinaf kanun yolunda mahkeme re'sen delil de araştırılabilir. Ancak CMK m. 280, f. 1-g hükmü uyarınca davanın yeniden görülmesi ve duruşmanın yapılması, ilk derece mahkemesinin kararının adeta yok sayılarak baştan sona muhakeme yapılmasını gerektirmez. Bu durum yargılamayı tahayyül edilemez bir şekilde uzatmaktadır ki geniş anlamda istinafı gündeme getirmektedir¹¹³. Halbuki CMK sisteminde dar anlamda istinaf yaklaşımı benimsenmiştir¹¹⁴. Böylelikle Bölge Adliye Mahkemesi, maddi meseleyi bütünüyle değil, gerektiği kadar inceleyecektir¹¹⁵.

Hukuki meselede denetim, mahkemenin vermiş olduğu kararın hukuka uygun olup olmadığını kapsar. İlk derece mahkemesinin kanun maddesini doğru bir şekilde belirlememesi veya doğru tespit ettiği maddeyi hatalı bir şekilde uygulaması hukuki denetimi gündeme getirir¹¹⁶.

İstinaf başvurusu süresi içerisinde yapılmışsa bu durum hükmün kesinleşmesini engelleyecektir (CMK m. 275). İstinaf başvurusu sonucunda Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararının usule ve esasa bir aykırılık taşımadığını, delillerde ve işlemlerde herhangi bir noksanlığın bu-

¹⁰⁹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 768.

¹¹⁰ **Şahin/Göktürk**, s. 609.

¹¹¹ **Birtek**, s. 224.

¹¹² **Kaymaz**, s. 134.

¹¹³ **Birtek**, s. 225.

¹¹⁴ **Şahin/Göktürk**, s. 609.

¹¹⁵ **Kaymaz**, s. 22; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 767.

¹¹⁶ **Yenisey/Nuhoglu**, s. 945.

lunmadığını ve ispat açısından değerlendirmenin yerinde olduğunu tespit ettiğinde istinaf başvurusunun esastan reddi (onama) (CMK m. 280, f. 1) yönünde karar karar verir. Şayet CMK m. 303, f. 1 hükmünün a, c, d, e, f, g ve h bentlerinde yer alan hukuka aykırılıklar varsa bu hukuka aykırılıkların düzeltilerek esastan ret (düzelterek onama) kararı verilmesi de mümkündür¹¹⁷. Hükmün CMK m. 230 hükmü uyarınca gerekçeyi içermemesi ve hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması halleri haricinde¹¹⁸, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükümde hukuka kesin aykırılık halleri (CMK m. 289, f. 1) varsa istinaf incelemesi sonucu bu hüküm bozulacaktır. Bozulan hüküm sonrası dosya ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine tevdi edilir. Bozma kararı bununla sınırlı değildir. Muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi ya da davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birlikte yürütülmesinin zorunlu olması halinde de hüküm bozulabilir (CMK m. 280, f. 1, bent f). Esastan ret, düzelterek esastan ret, bozma kararları haricinde ilk derece mahkemesinin kararında bir hukuka aykırılık söz konusu ise Bölge Adliye Mahkemesi'nin ilgili ceza dairesi gerekli tedbirleri alarak davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına karar verir. Duruşma sonunda mahkeme istinaf başvurusunu esastan reddeder veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kuracaktır (CMK m. 280, f. 2). Bölge adliye mahkemesinin karar vermiş olduğu karar ve hükümlere karşı direnme yasağı söz konusudur. Ancak itiraz ve temyiz dair hükümlerin cari olduğu unutulmamalıdır (CMK m. 284).

HAGB'ye getirilen düzenlemeler sadece itiraz, istinaf ve temyiz kanun yoluyla sınırlı değildir. Ancak 7499 sayılı Kanun'la getirilen değişikliklerin

¹¹⁷ Yine Cumhuriyet savcısının istinaf yoluna başvurma nedenine uygun olarak mahkumi-yete konu suç için kanunda yazılı cezanın en alt derecesinin uygulanmasını uygun görmesi hâlinde, hukuka aykırılığın düzeltilerek (CMK m. 280, f. 1, bent b); başka bir araştırmaya ihtiyaç duyulmadan cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ya da şahsî cezasızlık sebeplerine bağlı olarak daha az ceza verilmesini veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesini gerektiren hâllerde, hukuka aykırılığın düzeltilerek (CMK m. 280, f. 1, bent c); Olayın daha fazla araştırılmasına ihtiyaç duyulmadan davanın reddine karar verilmesi veya güvenlik tedbirlerine ilişkin hatalı kararın düzeltilmesi gereken hâllerde hukuka aykırılığın düzeltilerek (CMK m. 280, f. 1, bent d) esastan ret kararı verilebilir.

¹¹⁸ Bu iki hukuka kesin aykırılık hali 7079 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle bozma kararının dışına çıkarılmıştır. Bölge Adliye Mahkemeleri'nin ilgili ceza daireleri bu iki hukuka kesin aykırılık halinde bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemelerine gönderemeyecek ve duruşma yoluyla yargılamayı yürüteceklerdir. Bkz. **Şahin/Göktürk**, s. 616, 1078 no.lu dipnot.

özellikle istinaf ve temyiz kanun yolu ile beraber anlamlı bir bütünlük oluşturduğu söylenebilir. Bu sebeple HAGB'ye getirilen ve iptal kararına konu olan önemli değişikliklere de kısaca değinmek gerekir.

2. 7499 sayılı Kanun'la HAGB Kurumuna Getirilen Değişikliklerin İstinaf Kanun Yoluyla Birlikte Değerlendirilmesi

a. Sanığın Kabulü Şartı Bakımından

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuyla ilgili Al. CMK § 153a hükmüne göre ilgili talimat ve yükümlülükler şüpheli tarafından kabul edilirse davanın açılması ertelenebilmektedir¹¹⁹. Dolayısıyla kamu davasının açılmasının ertelenmesi sanığın talimat ve yükümlülükleri kabulüne bağlı tutulmuştur. Ancak HAGB kararına benzeyen Al. CK §59 hükmünde ise sanığın kabulü şartı yer almamaktadır.

Ülkemizde 6008 sayılı Kanun öncesinde, HAGB kararı verilmesi sanığın kabulüne bağlı değildi. Kanun sonrasında CMK m. 231, f. 6 hükmüne sanığın kabulü şartı getirilmişti. Bu doğrultudaki düzenleme suçsuzluk karinesi, adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı açısından ortaya çıkan sorunlara bir çözüm sunmaktaydı. Sanık HAGB'yi kabul etmediği takdirde hüküm açıklanacak ve istinaf kanun yoluna başvurma imkanına kavuşacaktı¹²⁰. Mahkumiyet hükmünün kurulmasının akabinde HAGB kararının verilip verilmeyeceği sanığa sorulmalıyken kanunda buna yönelik açık bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu yüzden uygulamada, sanığın daha sorgusu yapılırken HAGB'yi kabul edip etmediği sorulmaktaydı. Bu uygulama genellikle hakimlerin sanığı sorgulamasının akabinde CMK m. 196 hükmü uyarınca duruşmadan bağışık tutma yönündeki bir eğiliminden ileri gelmekteydi¹²¹. Her ne kadar HAGB'yi kabul şartı sanığın lehine bir düzenleme olarak görülmekteyse de uygulamanın yaklaşımı bu hususu tersine çevirmişti¹²². HAGB kurumu mahkumiyet ile beraat kararı arasında net bir kanaate ulaş-

¹¹⁹ Peters, Sebastian: StPO Münchener Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck, 2024, § 153a Kn. 10, 11.

¹²⁰ HAGB'yi kabul etmeyen sanığın, kanun yollarında beraat etme, yani aklanma hakkının tesis edilmesi için bu düzenlemenin ihdas edildiğine işaret edilmiştir. Bkz. Yıldırım, Aklanma, s. 140.

¹²¹ Taner, s. 294.

¹²² Uygulamada sanığa HAGB kararının hukuki sonuçları anlatılıp kabulü sorulmadan ve hatta sanığın haberi bile olmaksızın sırf kabul edeceği varsayımı ile matbu ifadelerle sanığın kabulü yönünde tespitte bulunarak HAGB kararı verildiğine vurgu yapılmaktadır. Bkz. Şen/Maviş, s. 41.

mayan hakimlere adeta bir çıkış yolu sunmaktaydı¹²³. Sanığın kabulü şartı ise bu durumu daha da kolaylaştırmaktaydı. Oysaki sorgu aşamasında sanığın HAGB'yi kabul etmesi, mahkumiyet kararı karşısında bir baskı unsuru oluşturabilir. Bu bakımdan bir kabullenme gerçekleştiyse bile bu kabullenmenin hür iradeye dayanıp dayanmadığı müphem kalmaktadır¹²⁴.

Anayasa Mahkemesi 6008 sayılı Kanun sonrası CMK m. 231, f. 6'daki kabule ilişkin iptal istemini daha önce reddetmiştir¹²⁵. Fakat uygulamadaki bu sorunlar bireysel başvuru yoluna konu olmuştur. Özellikle *Atilla Yazar ve diğerleri* bireysel başvuru kararında mahkeme, sanıkların HAGB kararının kabule ilişkin iradelerini ortaya koymada güvence eksikliğinin olduğunu belirtmiştir. Henüz deliller ortaya konulup tartışılmadan HAGB kararı verilip verilmemesi yönünden sanıktan bir beyan alınmasının savunmayı tehlikeye düşürdüğü açıktır. Hatta sanığın HAGB'yi kabulü, mahkemeyi suçun işlendiğinin sabit olduğu yönünde yanlış bir kanaate ulaştırabilir. Bu durumda kovuşturmayla konu olan suçla ilgili olarak hakimın "ihzas-ı rey"de bulunduğu dahi akla gelebilir¹²⁶. Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin HAGB'yi tümüyle iptal eden kararında ise HAGB'yi kabul edip etmediğinin hangi aşamada sorulacağına dair açık bir kanuni düzenlemenin olmadığına ve HAGB'yi kabul etmenin istinaf kanun yolundan feragat anlamına geleceğine vurgu yapılmıştır. Ayrıca kararda; alternatif bir denetim mekanizması olsa bile bunun geçerli bir feragat iradesi olarak kabul edilemeyeceği, böylelikle hükmün denetlenmesini talep hakkı ile mahkemeye erişim hakkının sınırlandırıldığı, sanığın aşırı bir külfetle karşı karşıya kaldığı ve bu durumun ölçülülük ilkesiyle uyuşmadığı yönündeki hususlara işaret edilmiştir¹²⁷.

Cezanın belirlenmesinden sonra HAGB kararının kabulü için sanığa sorulması yönünde bir kanuni düzenleme önerilmiştir¹²⁸. Bu öneri itiraz kanun yolunun geçerli olmasıyla bağdaşmaktadır. Ancak HAGB kararlarının denetiminde istinaf kanun yolu öngörüldüğü için artık sanığın kabulü şartının

¹²³ **Kaya**, s. 417.

¹²⁴ **Kaya**, s. 416; Sanığın tercih yapma noktasında bir zorlama ile karşı karşıya kaldığına değinilmektedir. Bkz. **Karakehya**, s. 563; **Akyıldız**, s. 78.

¹²⁵ AYM, T.16.02.2012, E.2011/41, K.2012/25.

¹²⁶ **Tulay**, s. 492; Aynı zamanda burada ciddi bir keyfilik tehlikesi olduğu ve hakimın tarafsızlığına olumsuz bir tesirde bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. **Kaya**, s. 435.

¹²⁷ AYM, 01.06.2023, E.2022/120, K.2023/107, prg. 39, 40, 44.

¹²⁸ **Bandır**, Oğuz: "Anayasa Mahkemesi'nin Hükmün Açıklanması Geri Bırakılması Kurumunun Tamamı İle Basit Yargılama Usulünün İtiraz Kurumu Hakkında Vermiş Olduğu İptal Kararlarının Değerlendirilmesi ve Mevcut Sorunlara Çözüm Önerileri", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 18, Sayı: 53, 2023, s. 658.

kanunda yer almasına gerek yoktur. 7499 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu değişikliklerde de bu şarta yer verilmemiştir¹²⁹. Böyle bir şart kanunda yer alsa dahi bir anlamının kalmadığını belirtmek gerekir. HAGB kararının verilmesi artık tamamen hakimın takdirine bırakılmıştır.

HAGB kararını kabul edip kanun yoluna başvurmayaacağını belirtse bile bu beyanının hukuki bir sonuç doğurmadığı ortadadır¹³⁰. Süresi dahilinde olmak koşulu ile sanık HAGB kararlarına karşı istinaf kanun yoluna müracaat edebilir. Şayet sanık HAGB kararına karşı istinaf başvurusunda bulunmuşsa, başvurunun geri alınması noktasında CMK m. 266 hükmü uygulanacaktır.

Basit yargılama usulü dahilinde mahkeme, koşullarının bulunması ve uygulanmasına sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması kaydıyla HAGB kararı verebilmektedir (CMK m. 251, f. 4). Bilinmelidir ki, basit yargılama usulü ile HAGB kurumunun esas aldığı ceza türü ve miktarları aynıdır. Kanaatimizce sanığın yazılı olarak karşı çıkmamasının CMK m. 231, f. 12 hükmü karşısında bir anlamı kalmamıştır.

İstinaf incelemesi sonucunda esastan ret verilen HAGB kararı bakımından sanığın hükmün açıklanmasını talep edip edemeyeceği hususunu tartışmak gerekir. Hem mahkumiyet hükmü hem de HAGB kararı istinaf kanun yolu denetimine tabi olduğu için sanığın hükmün açıklanmasını talep etmesi ve açıklanan hükmü tekrardan istinaf kanun yoluna götürmesi mümkün değildir. Açıklanan veya yeni kurulan hüküm açısından artık itiraz kanun yolu söz konusu olup sanığın talebine bağlı tutulmamıştır. Kanunda bu yönde açık bir düzenleme mevcut değildir.

b. Müsadere Bakımından

HAGB kararının verildiği durumda bir güvenlik tedbiri olan müsadereye hükmedilmesinin mümkün olup olmadığını konu dahilinde değerlendirmek gerekir. CMK m. 231 hükmünün iptal edilmeden önceki halinde buna ilişkin bir açıklık yer almamaktaydı¹³¹. Kural olarak müsadereye uygulanabilmesi için kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla sanığın suç işlediğinin tespit

¹²⁹ Fakat 7499 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle CMK'ya getirilen geçici madde 6, 2. fıkrasının d bendinde belirtildiği üzere 01.06.2024 tarihinden önce açılan davalar bakımından sanığın kabul şartı devam edecektir.

¹³⁰ Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. **Şahin/Göktürk**, s. 615; Buna karşılık CMK m. 266 hükmünün hem kanun yollarına başvurudan vazgeçmeyi hem de başvuruluktan sonra geri almayı kapsadığını belirten görüşler de mevcuttur. Bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 927.

¹³¹ **Yıldırım/Duman**, s. 168.

edilmiş olması şarttır¹³². HAGB kararında ise hukuki sonuç doğuran kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla HAGB kararının verildiği hallerde müsadere tedbirinin uygulanmasından bahsedilemez¹³³. Buna karşılık TCK m. 54, f. 1 hükmünde belirtilen “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan ve genel ahlak, kamu güvenliği, kamu sağlığı açısından tehlike arz eden” eşya ile TCK m. 54, f. 4’te yer alan “üretimi bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya” bakımından HAGB kararı verilse dahi yine bu doğrultuda müsadere hükümleri uygulanabilir. Çünkü bu iki hükümde müsadere kararının uygulanabilmesi için bir suçun işlenmesine ihtiyaç yoktur. Hatta sanık beraat etse dahi, bu durumda müsadere edilen eşya geri verilmeyecektir¹³⁴. Bu istisnalar haricinde HAGB kararı dahilinde müsadere tedbiri uygulanamayacaktır. Nasıl ki HAGB kararı askıda ise bununla birlikte verilen müsadere kararı da askıdadır¹³⁵. Böylelikle HAGB kararı ile birlikte müsadereye hükmedilse bile, herhangi bir hukuki sonuç doğmadığından müsaderenin yerine getirilmesi mümkün değildir¹³⁶. Diğer bir anlatımla ancak düşme ve açıklanan hükmün kesinleşmesiyle müsaderenin infazı mümkün hale gelecektir. Denetim süresi boyunca müsadereye tabi eşyaya elkonulmuşsa bu koruma tedbirinin uygulanmasına devam edilecektir¹³⁷. Ancak denetim süresi boyunca elkoyma tedbirinin uygulanması mülkiyet hakkı ihlaline yol açabilecek niteliktedir¹³⁸. Yargıtay’ın HAGB kararıyla birlikte müsaderenin uygulanabileceğine ve hatta tasfiyenin yapılabileceğine dair kararları mevcuttur¹³⁹. Buna karşılık

¹³² Suç işlediğinin tespiti yeterli olup mutlaka sanık hakkında mahkumiyet kararının verilmesi gerekmez. Zira kanunun gerekçesinde “*Örneğin, suç işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşya, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmasa dahi, müsaderesine hükmedilebilecektir.*” şeklinde belirtilmiştir.

¹³³ **Güngör**, Devrim/**Toroslu**, Haluk: “Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, AÜHFD, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 1976, s. 1976.

¹³⁴ Eşya müsaderesine dair istisnai hükümler kazanç müsaderesine (TCK m. 55) tanınmıştır. Bu bağlamda HAGB kararı varsa kazanç müsaderesine dair hükümler de uygulanamayacaktır. Bkz. **Güngör/Toroslu**, s. 1978.

¹³⁵ **Şen/Maviş**, s. 84.

¹³⁶ **Artuç**, s. 415.

¹³⁷ Bu takdirde müsaderen kararının infazı denetim süresinin sonunda gerçekleştirilmelidir. **Yabanoğlu**, s. 92.

¹³⁸ **Yalçın**, s. 227; Bunun önlenbilmesi amacıyla müsadereye tabi eşyanın paraya çevrilmesi ve bu paranın muhafaza altında tutulması önerilmiştir. **Şen/Maviş**, s. 84.

¹³⁹ “*Davaya konu nakil vasıtası atlar hakkında 09/11/2009 tarihinde tasfiye kararı verildiğinin anlaşılması karşısında nakil vasıtası atlar tasfiye edilmiş ise tasfiye bedelinin hazine adına irad kaydına, tasfiye edilmemiş ise 5607 sayılı Yasanın 13. maddesi yollamasıyla 5237 sayılı TCK’nın 54. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi gerekti-*

Anayasa Mahkemesi'nin HAGB'yi tümüyle iptal eden kararında, müsadere-
nin hangi aşamada infaz edileceğine dair açık bir düzenlemenin olmadığına
vurgu yapılmıştır¹⁴⁰.

Yargıtay CGK bir kararında müsadere kararının hükmün bir parçası
olmasından hareketle tabi olduğu kanun yolunun uygulanacağını belirtmişti.
HAGB kararıyla birlikte müsadereye karar verilmişse bu durumda da itiraz
kanun yolu gündeme gelecekti¹⁴¹. Aksi kabulün hükmün bir bölümün itiraz,
diğer bölümünün temyiz kanun yoluna tabi olması gibi çelişkiye neden ol-
duğu ifade edilmekteydi¹⁴². Yargıtay'ın diğer dairelerinin içtihatlarında da
müsadere kararı, HAGB kararına bağlı bir karar olarak verilmişse bu kararın
da askıda olduğu vurgulanmış ve açıklanmaya kadar hukuki sonuç doğur-
mayacağı belirtilmişti¹⁴³. Yukarıda belirtilen eski tarihli karardan farklı ola-

ğinin gözetilmemesi" Yarg. 7. CD, T.02.06.2016, E.2015/27495, K.2016/7849; Bir baş-
ka karar için bkz. Yarg. 7. CD, T.10.10.2013, E.2012/24711, K.2013/19519.

¹⁴⁰ AYM, 01.06.2023, E.2022/120, K.2023/107, prg. 47; Mahkeme, Süleyman Başmeydan
bireysel başvuru kararına atıf yaparak (Süleyman Başmeydan T.20.06.2019, B. No:
2015/6164, prg. 57-63) şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "Bu bağlamda mülkiyet
hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığı-
nın ileri sürülebileceği bir yol olarak öngörülen istinaf kanun yoluna başvuru imkanının
askıya alınarak HAGB kararı ile birlikte müsadere kararının infazına yol açabilecek şe-
kilde infaz zamanında belirsizliğin olduğu ve yeterli güvence sağlanmadığı dikkate alın-
dığında kuralın maliklere aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir."; Doktrinde
AYM'nin müsadereye ilişkin iptal kararının doğru olduğu belirtilmiştir. **Canpolat**, s.
1285; Buna karşılık kanunda bir hüküm bulunmamasına rağmen HAGB kurumunun
Anayasa'ya aykırı olarak görülmesinin, somut norm denetiminin sınırları bakımından
tartışmalı olduğu vurgulanmıştır. Bkz. **Bandır**, s. 659.

¹⁴¹ "Yerel mahkemece sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar
verilmiş olup, bu karar itiraz kanun yoluna tabi olduğundan, hükmün parçası olan mü-
sadere kararının da itiraz kanun yoluna tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla yerel
mahkemece müsadere kararının temyiz kanun yoluna tabi olduğuna karar verilmesi ve
Özel Dairece de temyiz isteminin kabulü ile müsadere yönünden sınırlı inceleme yapıl-
ması usul ve kanuna aykırıdır." Bkz. Yarg. CGK, T.11.07.2014, E.2014/66, K.2014/365.
Aynı yönde başka kararlar için bkz. Yarg. 7. CD, T.09.11.2023, E.2021/5340, K.2023/
9852; Yarg. 7. CD, T.09.11.2023, E.2023/16170, K.2023/10045.

¹⁴² **Yıldırım/Duman**, s. 177.

¹⁴³ Yarg. 8. CD, T.14.05.2024, E.2024/16920, K.2024/4124; Müsaderenin infazı için
HAGB kararının kesinleşmesi gerektiği yönünde bir uygulama geliştirilmiştir. Bkz.
Yargıtay, 7. CD, 10.10.2013, E.2012/24711, K.2013/19519; Fakat Yargıtay'ın bu yakla-
şımının kesinlik arz etmediği ve müsadere hükmünün infazı için denetim süresinin iyi
halli olarak geçirilmesi gerektiği yönünde kararları da mevcuttur. Yargıtay 8. CD,
16.02.2015, E.2015/2386, K.2015/9521. Konuya dair ayrıntılı bilgi için bkz. **Çetinkaya**,
M. Buhari: "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Müsadere Kararının Sonuç
Doğurması", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Sempo-
yum, 26-28 Nisan 2024, s. 32, 33 vd.

rak yeni tarihli kararlarında bu yaklaşım benimsenmişti. Bu bakımdan yeni ve eski tarihli içtihatlar arasında bir fark bulunmaktadır ki bu da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında eleştirilmektedir.

Bilinmelidir ki müsadere ve iadeye dair kararlar da mahkumiyet hükmüyle bir bütündür ve ondan ayrılamazlar¹⁴⁴. Hükümün bölünmezliği ilkesi de bunu gerektirir. Ne var ki 7499 sayılı Kanun'un CMK m. 231, f. 5 hükmüne getirilen düzenleme ile müsadereye ilişkin hususlar hariç tutulmuştur. Kanaatimizce de burada hükmün bölünmezliği kuralı ihlal edilmiştir. Unutulmamalıdır ki müsadere de bir ceza hukuku yaptırımıdır. İşaret edilmelidir ki HAGB kararı hükmün bütününe yöneliktir. Hüküm parçalara bölünerek yalnızca ceza mahkumiyeti ile ilgili olarak HAGB kararı verilmemelidir¹⁴⁵.

HAGB kararı 7499 sayılı Kanun'un getirdiği değişikliklerle zaten istinaf kanun yoluna tabi olduğundan onunla birlikte verilen müsadere kararı da istinafa tabi olacaktır. Doktrinde itiraz kanun yolunun etkisizliğinden mütevellit müsadere kararlarına karşı sınırlı bir incelemenin mülkiyet hakkını ihlal edileceği belirtilmiştir¹⁴⁶. Kanaatimizce HAGB kararlarının istinafa tabi olması bu yöndeki itirazı da karşılamış olacaktır. İstinaf kanun yolu hükmün kesinleşmesini engelleyeceği için HAGB ile birlikte verilen müsadere kararı da kesinleşmeyecektir. Şayet Bölge Adliye Mahkemesi, esastan ret ya da düzelterek esastan ret yönünde bir karar verirse bu durumda HAGB kararı kesinleşir ve müsadere kararı infaz edilebilir hale gelir. CMK m. 235, f. 5'te yer aldığı üzere müsaderenin hariç tutulması, HAGB kararı verilse dahi müsaderenin infaz edilebilmesi içindir. Artık kesinleşmiş bir karar söz konusu olduğundan CMK m. 231, f. 11'deki sınırlı itiraz da uygulanmayacaktır¹⁴⁷. Üstelik yukarıda vurgulanan sınırlı itirazın kapsamına müsadere tedbiri girmemektedir. Sonuç olarak hükmün bölünmezliğini ihlal eden ve kanuna yansıyan bu yaklaşım isabetli değildir. Müsadere hükümleri uygulanacaksa HAGB kararı verilmemelidir.

HAGB kararıyla birlikte müsadereye hükmedilmemişse bu durumda CMK m. 256'daki müsadere yargılamasına ilişkin hükümler gündeme gele-

¹⁴⁴ Yıldırım/Duman, s. 170.

¹⁴⁵ Özgenç, s. 816, 821.

¹⁴⁶ Yıldırım/Duman, s. 180; Bandır, s. 660.

¹⁴⁷ Çetinkaya, s. 36; Mahkumiyet kararı ile birlikte müsadere kararı verilmişse, CMK m. 231, f. 5'teki müsadereyi istisna tutan hüküm, denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmesiyle mahkumiyet hükmünün ortadan kaldırılarak davanın düşmesini sağlayan CMK m. 231, f. 10 hükmü bakımından da uygulanacaktır. Yani düşme kararına rağmen müsadere hükmünün uygulanabileceğine değinilmektedir. Bkz. Çetinkaya, s. 39.

bilir. Fakat istinaf kanun yolu söz konusu olduğu için, sanık müsadereye tabi olacak olan eşyanın kendisine teslimini istinaf kanun yolunda da isteyebilir. Bu bahisle HAGB kararının denetimine dair istinaf kanun yolunun öngörülmesi, HAGB koşullarına tabi olan cezalar bakımından CMK m. 256 hükümündeki usulün uygulanmasını oldukça daraltmaktadır.

c. İşkence ve Kötü Muamele Bakımından

İşkence ve kötü muamele filleri dolayısıyla yargılanan sanıklar, eğer koşulları uygunsa HAGB'den yararlanabilmekte ve denetim süresi içerisinde diğer şartların yerine getirilmesiyle haklarında düşme kararı verilebilmekteydi. Bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) HAGB kararlarının, işkence suçu bağlamında faillere cezasızlık sağladığını içtihatlarında belirtmiştir. Mahkemeye göre HAGB kararı, cezanın infazının ertelenmesinden daha güçlü bir etkiye bulunarak kamu görevlisi olan suçluların cezadan muaf tutulması sonucunu doğurmaktadır. Mahkeme bu tespitleri ileri sürerek sözleşmenin 3. maddesindeki işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğini çeşitli kararlarında vurgulamıştır¹⁴⁸. Mahkemenin bu yaklaşımından HAGB kararının, işkence ve kötü muamele ile olan mücadeleyi zayıflattığı sonucu çıkarılmaktadır¹⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında kötü muamelenin failleri hakkında HAGB kararının suç ile verilen ceza arasında orantısız bir uygulama geliştirildiğini ve kanuni olmayan bu tür fiillerin önlenmesini sağlayacak caydırıcı bir etkinin olmadığını belirtmiştir. Böylelikle başvuru-
cunun fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruma bağlamında devlete tahmil edilen pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediğine vurgu yapılarak Anayasa'nın m. 17, f. 3 hükmü bağlamında etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine işaret edilmiştir¹⁵⁰. Anayasa Mahkemesi, Deniz Yazıcı bireysel başvuru-

¹⁴⁸ Bkz. AİHM; Taylan v. Türkiye, T.03.07.2012, B. No: 32051/09; Eski v. Türkiye, T.05.06.2012, B. No: 8354/04; Böber v. Türkiye, T.09.04.2013, 62590/09; Zeynep Özcan v. Türkiye, T.20.02.2007, B. No: 45906/99.

¹⁴⁹ Yalçın, s. 289.

¹⁵⁰ AYM, Deniz Yazıcı, T.10.12.2014, B. No: 2013/6359; Mehmet Şah Araş ve Diğerleri, T.28.09.2016, B. No: 2014/798, Fırat Can, T.02.06.2020, B. No: 2016/762; AİHM Opuz v. Türkiye davasında ise mahkeme, bu yükümlülüğün sadece kamu görevlilerin bireyle-
re karşı işledikleri fiiller bakımından değil, fakat üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen kötü muamele derecesine erişen fiilleri de kapsadığını belirtmektedir. Bkz. Opuz v. Türkiye kararı, T.09.06.2009, Başvuru no: 33401/02. Bu bağlamda üçüncü kişilerin bu kapsamdaki fiillerine karşılık devletlerin göstermiş olduğu bir kayıtsızlık hali de sözleşmenin ihlali olarak görülebilmekte ve HAGB kararlarının bu kayıtsızlık halinin bir aracı olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Özbek/Başbüyük, s. 16.

ru kararında, itiraz kanun yolunun tüketilmemesine rağmen başvuru yollarının tüketilmediği yönünde bir değerlendirmeye gitmemiştir. Çünkü itiraz kanun yolu, bu fiillerin cezalandırılması noktasında etkili bir başvuru olarak mütalaa edilmemiştir¹⁵¹. Mahkemenin HAGB'yi tümüyle iptalini gerektiren kararında da benzer hususlar yer almış, işkence ve kötü muameleye ilişkin fiillerde bu kurumun uygulanmasının temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği hususu ifade edilmiştir¹⁵².

Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında işkence, eziyet ve kötü muamele kabul edilen suçların yasaklanmasına ilişkin HAGB kurumunda bir düzenleme bulunmamaktadır. 7499 sayılı Kanun'un 15. maddesi de böyle bir düzenleme getirmemiştir. Halbuki CMK m. 231, f. 14 hükmüne göre, Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak HAGB kararı verilemez. Ayrıca bazı özel kanunlarda da HAGB'nin uygulanmayacağına ilişkin hükümler yer almaktadır¹⁵³. AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına rağmen böyle bir düzenlemenin yer almayışı oldukça düşündürücüdür. HAGB kararlarının artık istinaf kanun yoluna tabi olmasıyla bu soruna bir çözüm getirildiği fikri akla gelebilir. Fakat Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin bu kapsamdaki suçlar dolayısıyla HAGB kararı vermesine karşılık istinaf başvurusunun esastan reddine yönelik bir karar vermesi de ihtimal dahilindedir. Aynı hu-

¹⁵¹ AYM, Deniz Yazıcı, T.10.12.2014, B. No: 2013/6359, prg. 111.

¹⁵² “HAGB kararının bu niteliğini gözetken Anayasa Mahkemesi daha önceki birçok kararında, kötü muamele iddiaları yönünden HAGB kurumunun uygulanmasının, sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurduğu ve bu kurumun uygulanmasında mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telafinin sağlanmasının da aranmadığını dikkate alarak anılan geri bırakma kararının mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığını değerlendirmiştir.” Prg. 54.

“Anayasa'nın 17. maddesine aykırı muamelelerin kamu görevlileri tarafından değil de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında daha esnek davranma imkânı bulunmaktadır. Buna karşın failin kamu görevlisi olduğu durumlarda hukuka aykırı ve son derece ciddi bir fiilin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğinin gösterilmesi gerekir. Bu anlamda işkence veya kötü muamele gerçekleştirdiği tespit edilen kamu görevlisi fiili olarak cezasız bırakılmamalıdır. HAGB kurumunun kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği ve Anayasa'nın 17. maddesi anlamında işkence, eziyet ve kötü muamele kabul edilen suçlar bakımından uygulanmayacağına dair yasal düzenlemenin bulunmaması ve ceza mahkemelerinin uygulamalarının da bu sorunu çözmemesi Anayasa'nın 17. maddesinin devlete yüklemiş olduğu faillere fiilleriyle orantılı cezalar verilmesi ve mağdurlar açısından uygun giderimin sağlanması şeklindeki usul yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır.” Prg. 55.

¹⁵³ Örneğin, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5, f. 10; 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun, m. 11, f. 9.

suslar istinaf yargılamasında davanın yeniden görülmesi bakımından da ileri sürülebilir. Her ne kadar itiraz kanun yolunun gereği gibi işletilemeyişi üzerinden AİHM ve Anayasa Mahkemesi ihlal kararları vermiş olsalar da bunun çözümünün istinaf veya temyiz kanun yolu üzerinden aranması eksiklik teşkil eder. Kanaatimizce olması gereken, ceza miktarları ne olursa olsun işkence ve kötü muameleye dair suçların HAGB kurumu kapsamında çıkarılmasıdır¹⁵⁴.

3. HAGB Kararlarına Karşı İstinaf/Temyiz Kanun Yolu Uygulaması

Kural olarak hükme esas teşkil eden mahkeme kararları da istinaf kanun yoluna tabidir. Bunun için hükmün oluşturulması bağlamında kararın hüküm üzerinde esaslı bir etki taşıması lazım gelir. Aksi takdirde karar, istinaf kanun yoluna götürülemez¹⁵⁵. HAGB kararı ise aslında hükme esas teşkil eden kararlardan değildir. Kararın öncesinde zaten bir mahkumiyet kararı vardır. Yukarıda da belirtildiği üzere bu karar mahkumiyet hükmünün herhangi bir sonuç doğmamasına yol açmaktadır. Bu bakımdan HAGB kararının istinaf kanun yoluna tabi olabilmesi için kanunda açık bir düzenleme olmalıdır. 7499 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu değişiklikle CMK m. 231, f. 12'de yer alan hüküm bu hususu karşılamıştır.

CMK m. 272, f. 3 hükmü¹⁵⁶ saklı kalmak üzere, HAGB kararları istinaf kanun yoluna konu olabilecektir. CMK m. 272, f. 3 hükmü ise istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün olmayan kararları içermektedir. HAGB kararının öncesindeki mahkumiyet hükmü istinaf kanun yoluna başvurulamayan bir karar kapsamında ise bu durumda HAGB kararı da istinaf kanun yoluna tabi olmayacaktır¹⁵⁷. Örneğin, hapis cezalarından çevrilen adli para cezaları-

¹⁵⁴ Karşı görüş için bkz. **Bandır**, s. 662.

¹⁵⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 769.

¹⁵⁶ İlgili hüküm istinaf incelemesine konu olmayan kararlara yer vermiştir:

“a) Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen onbeşbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine,

b) Üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine,

c) Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere,

Karşı istinaf yoluna başvurulamaz.”

¹⁵⁷ **Can/Evirgen**, s. 2074, 2075; Yazarlar, davaların hızlı bir şekilde görülmesi, yargılama makamlarının meşgul edilmemesi ve denetim mahkemelerinin iş yükünü artırılmaması gibi amaçlarla önemsiz sayılabilecek kararlara karşı istinaf kanun yolunun kapatıldığından bahsetmiştir. Ancak CMK m. 231, f. 12 hükmü uyarınca “272 nci maddenin üçüncü

na karşı mahkumiyet hükümleri hariç olmak üzere sonuç olarak onbeşbin Türk Lirası dahil adli para cezalarına mahkumiyet (f. 3, bent a) halinde sanık hakkında HAGB kararı verilmişse, istinaf kanun yoluna müracaat edilemeyecektir. Bu husus HAGB kararlarının denetimini kısmi olsa da sınırlandırmaktadır.

HAGB kararı istinaf kanun yoluna götürülmüşse bu durum kararın kesinleşmesini engeller ve böylece denetim süresi başlamaz. HAGB kararı yalnızca sanığın lehine olarak istinaf kanun yoluna götürülmüşse bu durumda aleyhe değiştirme yasağı gündeme gelecektir. Böylelikle aleyhe değiştirme yasağının itiraz kanun yolunda uygulanıp uygulanmayacağına dair tartışmalar¹⁵⁸, HAGB kararı dahilinde, kanaatimizce son bulmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin HAGB kararını hukuka uygun bulmuşsa esastan reddedebilir. Ayrıca CMK m. 303, f. 1 hükmünün a, c, d, e, f, g ve h bentlerinde yer alan hukuka aykırılıklar varsa, bu hukuka aykırılıklar düzeltilerek de HAGB kararının reddedilmesi mümkündür. Keza Bölge Adliye Mahkemesi, istinaf başvurusu üzerine duruşma açılmasına karar vermişse, yürütülen duruşma sonucunda ilk derece mahkemesinin hükmünün isabetli olduğunu belirterek istinaf başvurusunun esastan reddi yönünde de karar verebilir (CMK m. 280, f. 2).

CMK m. 231, f. 12, 2. cümlesinde belirtildiği üzere istinaf başvurusu sonrasında Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen kararlar bakımından CMK m. 286 hükmü uygulanacaktır. Buna göre Bölge Adliye Mahkemesi'nin bozma dışında kalan hükümleri kural olarak temyize tabidir. Ancak ilk derece mahkemesince verilen ve Bölge Adliye Mahkemesince incelenen HAGB kararları, CMK m. 286, f. 2'de yer alan sınırlar dahilindeyse temyize götürülemeyecektir. Zira bu fıkra hükmünde temyize götürülemeyecek kararlar yer almaktadır. Bu durumda HAGB kararı kesinleşecek ve kesinleşmesiyle denetim süresi başlayacaktır¹⁵⁹. Fakat temyiz edilemeyecek kararlar CMK m. 286, f. 3 hükmünde yer alan suçlar kapsamındaysa Bölge Adliye Mahkemesi'nin ceza dairelerince verilen kararlar temyiz edilebilecektir.

fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere...", ibaresine vurgu yapılarak HAGB kararı açısından bunun geçerli olmadığı yazarlarca ifade edilmiştir. **Can/Evirgen**, s. 2110. Yazarların, HAGB kararlarının istinafında hem CMK m. 272, f. 3'teki kısıtlamaların geçerli olduğuna hem de uygulanmayacağına dair ifadeleri kendi içerisinde çelişki arz etmektedir.

¹⁵⁸ Bu tartışmalar için bkz. **Can/Evirgen**, s. 2099 vd.

¹⁵⁹ Esasında davanın halen derdest olduğu söylenebiliyorsa ise bu durumda HAGB kararın kesinleşmesinin teorik açıdan izahının güç olduğunu söylemek gerekir. Ancak kararın kesinleşmesi denetim süresinin başlaması açısından önemlidir.

Bölge Adliye Mahkemesi, istinaf edilen HAGB kararıyla ilgili olarak CMK m. 289 hükmünde yer alan hukuka kesin aykırılık halleriyle karşı karşıya kalmışsa bozma kararı verecektir. Örneğin, HAGB kararı kapsamındaki mahkumiyet hükmü hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere (CMK m. 289, f. 1, bent i) dayanabilir. Bozma kararı sonrası dosya ilk derece mahkemesine tevdi edilir. İlk derece mahkemesi direnme yasağına (CMK m. 284, f. 1) tabi olup Bölge Adliye Mahkemesi'nin HAGB'yi bozan kararına uymakla yükümlüdür. Böyle bir durumda ilk derece mahkemesi bozma kararı çerçevesinde ilgili hukuka aykırılığın olmadığı yeni bir hüküm kuracak ve koşulları varsa HAGB kararı verebilecektir.

Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin hükmünü kaldırarak yeniden hüküm de kurabilmektedir. Bu doğrultuda, yürütülen duruşma sonucunda koşulları mevcutsa HAGB kararı da verilebilmektedir¹⁶⁰. Bölge Adliye Mahkemesi bizzat kendisi HAGB kararı vermişse ilk derece mahkemesi sıfatıyla karar vermiş olacaktır. CMK m. 231, f. 12, 3. cümlesinde yer aldığı üzere CMK m. 272, f. 3 hükmü saklı kalmak kaydıyla Bölge Adliye Mahkemesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilk derece mahkemesi sıfatıyla karar vermişse bu durumda HAGB kararı temyiz kanun yoluna götürülebilecektir¹⁶¹. Aynı husus Yargıtay tarafından verilen HAGB kararları bakımından da geçerlidir. O halde CMK m. 286, f. 2 hükmünde yer alan temyize tabi olmayan hükümlerle ilgili kısıtlama burada tatbik edilmeyecektir. Aksi durum CMK m. 231, f. 12, 3. cümlesinde yer alan düzenlemenin uygulanabilirliğini devre dışı bırakacaktır.

Yukarıda zikredildiği üzere temyiz kanun yolunda hükmün sadece hukuki yönü açısından denetim yapılabilecektir. Hükümün hukuki yönü kapsamında hem maddi hem de şekli hukuka aykırılıklar girmektedir. Dikkat edilmelidir ki CMK m. 231, f. 12 hükmünün son cümlesinde “*karar ve hüküm*” ifadesi yer almaktadır. Böylelikle hem mahkumiyet hükmü hem de onun hukuki sonuç doğmamasını sağlayan HAGB kararına dair usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıklar denetime tabi olacaktır. Kanun koyucunun amacının da bu yönde olduğunu belirtmek gerekir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru ve iptal kararlarının gerekçelerinde yer aldığı üzere önemli olan husus, HAGB kararının arkasındaki mahkumiyet hükmünün denetime tabi tutulmasıdır.

¹⁶⁰ Kaymaz, s. 268; Birttek, s. 306.

¹⁶¹ Aynı hükümde Yargıtay tarafından verilen HAGB kararlarının da temyiz kanun yoluna götürülebileceğinden bahsedilmektedir.

4. HAGB Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Değişikliğinin Ortaya Çıkaracağı Muhtemel Sorunlar

HAGB'ye benzeyen ve Al. CK § 59 hükmünde yer alan ceza saklı tutularak yapılan adli tevbih kurumunun çok sınırlı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu kararların kanun yolu denetiminde ikili bir ayrım yapılmıştır. Adli para cezası 15 günü aşmıyorsa istinaf, 15 günü aşıyorsa istinaf veya temyiz kanun yolu uygulanabilecektir¹⁶². Adli tevbihe ilişkin kararın istinaf veya temyiz kanun yoluna tabi olmasındaki temel mantığın, bu kararın hükmünden önce verilen ve hükmün esasına etki eden kararlardan biri olduğu ifade edilmektedir¹⁶³.

Bu bağlamda 7499 sayılı Kanun'la HAGB kararının itiraz kanun yolundan istinaf kanun yoluna geçilmesinde Alman ceza muhakemesi hukuku sisteminin benimsendiği ileri sürülebilir. Doktrinde ağırlıklı görüş HAGB kararının istinaf kanun yolu denetimine tabi olması gerektiğini ön plana çıkarmaktadır¹⁶⁴. Hatta açıklanmasının geri bırakılan hükmün özellikle bazı kanunlarda hukuki sonuç doğurması nedeniyle denetiminin istinaf kanun yoluna tabi olması gerektiği önerilmektedir¹⁶⁵. İlâveten istinaf kanun yolunun usul ekonomisi ve adil yargılanma hakkı bakımından önemli katkılar sunacağına ve kurumlar arası uyumluluğu tesis edeceğine işaret edilmektedir¹⁶⁶. Buna karşılık istinaf kanun yolunun HAGB kararları açısından gerek olmadığı itiraz kanun yolunu yeterli bulan görüşler de bulunmaktadır¹⁶⁷.

¹⁶² Paul, Carsten: StPO Karlsruher Kommentar, 9. Auflage, C.H.Beck, 2023, § 313, Kn. 2 vd.; Burada ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın kanun yolu denetiminde iki imkan tanınmaktadır. İlk olarak ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusunda bulunulabilir ve istinaf mahkemesince verilen kararın ardından temyiz kanun yoluna başvurulabilir. İkinci olarak istinaf kanun yoluna başvurulmaksızın ilk derece mahkemesinin kararı doğrudan da temyiz edilebilir (Sprungrevision, StPO § 335). Şayet ilk derece mahkemesinin kararında yer alan maddi meselenin tartışılması isteniyorsa istinaf kanun yoluna başvurulacaktır. Buna karşılık yalnızca hukuki meselenin tartışılması arzu ediliyorsa doğrudan temyiz (ya da istinafı atlayarak temyiz) usulüne müracaat edilir. Bkz. **Roxin/Schünemann**, Kn 3, s. 462.

¹⁶³ **Sarıgül**, Kanun Yolu, s. 64.

¹⁶⁴ **Yalçın**, s. 278; **Sarıgül**, Kanun Yolu, s. 83; Hatta yalnızca itiraz kanun yolunun HAGB kararı bakımından isabetli olmadığına, sanık lehine getirilen düzenlemenin adeta sanık aleyhine uygulandığına dikkat çekilmektedir. Buna göre, HAGB kararı itiraz kanun yoluna taşınabilir, ancak bu durum esas mahkumiyet hükmünün istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmasına engel olmamalıdır. Bkz. **Ünver/Hakeri**, s. 686; Aynı yönde bkz. **Akyıldız**, s. 82.

¹⁶⁵ **Yenisey/Nuhoglu**, s. 950; **Özbek/Meraklı**, s. 235.

¹⁶⁶ **Tulay**, s. 520.

¹⁶⁷ **Kumbasar**, s. 230.

HAGB kararlarının hüküm olmaması ve açıklanması geri bırakılan hükmün henüz askıda olmasından hareketle bunların denetiminde istinaf kanun yolunun kabul edilmesinin isabetli olmadığı belirtilmektedir¹⁶⁸. Kanaatimizce de halen ilk derece mahkemesi nezdinde derdest olan davada verilen ve açıklanmayan bir hükmün CMK m. 272, f. 1 anlamında adeta açıklanmış gibi istinaf denetimine tabi tutulmasının kendi içerisinde çelişkili olduğu açıktır¹⁶⁹. Nihayetinde HAGB kararlarının istinaf kanun yoluna tabi olmasının, CMK'nın öngördüğü sistemdeki istinafa dair düzenlemelerin bir istisnasını oluşturduğu söylenebilir.

İtiraz kanun yolunun iyi bir şekilde işletilememesi sonucu HAGB kararlarının denetimi için istinaf kanun yolunun öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Daha açık bir anlatımla, itiraz kanun yolunda maddi vaka denetiminin gereği gibi yapılamaması nedeniyle çelişkili de olsa istinaf kanun yoluna mecbur kalınmıştır. Yukarıda Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru ve iptal kararlarında da bu hususa vurgu yapılmaktadır. Kanaatimizce itiraz kanun yolunun bu kadar etkisiz kalmasının asıl nedeni 2013 yılındaki Yargıtay CGK içtihadının tam olarak anlaşılabilmesidir. Bu içtihat uygulamada yeterli ölçüde anlaşılmış olsaydı 7445 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle CMK m. 231, f. 12'ye getirilen düzenlemeye gerek olmayacaktı. Belirtilmelidir ki somut olaya doğrudan uygulanıp uygulanmamasına göre ceza hukukunun kaynakları, doğrudan ve dolayısıyla kaynaklar olmak üzere iki kısımda incelenir¹⁷⁰. Yargı içtihatları, dolayısıyla kaynak olarak nitelendirilir ve bağlayıcı değildir. Ancak kanun hükmü doğrudan kaynak olarak addedilir ve bağlayıcıdır. Kanaatimizce kanun hükmünün bağlayıcılığı karşısında bu maddenin yürürlüğe konulması daha bir yıl bile dolmamışken, nasıl uygulandığı noktasında bir değerlendirme dahi yapılmamışken, iptali yönünde karar verilmesi isabetli değildir. İstinaf düzenlemesi yerine, CMK m. 251'de yer alan "basit yargılama usulüne itiraz"daki gibi özel bir itiraz usulü de ihdas edilebilirdi¹⁷¹.

Sanık, hakkında basit yargılama usulü kapsamında verilen HAGB kararına karşı (CMK m. 251, f. 4), CMK m. 252 hükmündeki özel bir itiraz yoluna müracaat edebilir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca itiraz merciince, itiraz kabul edildiği takdirde duruşma açılır ve genel hükümlere göre davaya

¹⁶⁸ Koca/Üzülmez, s. 607.

¹⁶⁹ Can/Evirgen, s. 2115.

¹⁷⁰ Koca/Üzülmez, s. 43, 44.

¹⁷¹ HAGB'ye ilişkin yeni bir itiraz usulüne ilişkin bkz. Şahin, s. 293; İtirazın yerinde bulunarak dosyanın esas mahkemesine tevdi edilmesi HAGB kararı ve itiraz kanun yolu arasında bir uyum sağlama çabasının göstergesi olarak yorumlanmıştır. Tulay, s. 520.

devam olunacaktır¹⁷². Yine taraflar gelmese dahi duruşma yürütülür ve yokluklarında CMK'nın 223. maddesi gereğince hüküm verilebilecektir. Duruşma sonunda HAGB kararı verilmesine engel bir hüküm bulunmamaktadır¹⁷³. Bu doğrultuda itiraz merciin kararları ile Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararları arasında bir farklılığın ortaya çıkacağı aşikardır. Ayrıca itiraz merciin duruşma açarak uyuşmazlığı inceleme kapsamının ne olacağı belirsizdir. Bu incelemenin CMK m. 231, f. 11 hükmündeki gibi HAGB koşulları ile sınırlı olup olmayacağı ihtimali akla gelmektedir. Ne de olsa basit yargılama usulü sonucunda HAGB kararı verilmiştir. İlgili farklılık ve belirsizliklerin içtihat yoluyla doldurulacağı anlaşılmaktadır. İlk etapta dolaylı da olsa HAGB açısından itiraz kanun yolunun öngörülmesi ile artık bu kararların istinafa tabi tutulması arasında çelişkili bir halin varlığı söylenebilir¹⁷⁴. Ancak CMK m. 252, f. 5 hükmü çerçevesinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı genel hükümlere göre kanun yoluna başvurulabilecektir. Diğer bir anlatımla bu çelişkili husus 7499 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle getirilen CMK m. 252, f. 5 hükmüyle giderilmeye çalışılmıştır. Bu durumda itiraz merciin kararı CMK m. 271, f. 4 hükmü anlamında kesin olmayacak ve CMK m. 231, f. 11 hükmü çerçevesinde istinaf kanun yoluna konu olabilecektir.

Asıl sorun Bölge Adliye Mahkemesi ilgili ceza dairelerinin istinaf uygulamasının ne şekilde olacağı hususundadır. Bu bağlamda farklı ihtimaller gündeme gelmektedir. Şayet mahkumiyet hükmü isabetli ve fakat HAGB kararı hatalı ise bu durumda ne olacağı sorusuna cevap aranmalıdır. Doktrinde bu noktada çeşitli belirsizliklerin olduğunu ve belirsizliklerin içtihat yoluyla giderilmeye çalışılacağına değinilmiştir¹⁷⁵. Bölge Adliye Mahkemele-ri'nin ilgili ceza dairesi, bu ihtimalde duruşma yoluna (CMK m. 281) giderek ilk derece mahkemesinin kurmuş olduğu hükmü kendisi de açıklayabil-melidir. İlgili mahkumiyet hükmü de HAGB kararı ile birlikte istinaf incelemesinden geçmiş olacaktır. Zira CMK m. 231, f. 12'deki "*karar ve hüküm*" ifadesi bunu belirtmektedir. Ancak burada Bölge Adliye Mahkemesi hükmü kendisi açıkladığı için ortada yeni bir hükümden bahsedilmelidir ve bu hüküm temyiz edilemeyen hükümler kapsamında sayılmayacaktır. Bölge Adli-

¹⁷² İlgili fıkra 02.03.2024 tarihli 7499 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle yeniden düzenlenmiştir.

¹⁷³ Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve hapis cezasının ertelenmesi kararı verilse bile koşulları varsa bunun yerine HAGB kararı yine verilebilir. Zira mahkeme itiraz merci, CMK m. 251, f. 3 hükmü gereğince basit yargılama usulüne göre verilen hükümle bağlı değildir.

¹⁷⁴ Can/Evirgen, s. 2117.

¹⁷⁵ Can/Evirgen, s. 2116.

ye Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi sıfatı ile vermiş olduğu karar, temyiz edilebilecektir. Dahası CMK m. 286, f. 2, bent d'de yer alan istisnanın da cari olacağı¹⁷⁶ unutulmamalıdır. Bozma kararına konu olan CMK m. 289 hükmündeki haller haricinde, Bölge Adliye Mahkemesi'nin HAGB kararını kaldırıp hükmün açıklanması için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermemesi gerekir. Zira ortada istinaf incelemesinden geçen bir mahkumiyet hükmü vardır ve açıklanmasıyla tekrar istinaf sürecinin işletilmesinde usul ekonomisi açısından bir yararı bulunmamaktadır.

Diğer ihtimalde ilk derece mahkemesinden verilen mahkumiyet kararı hatalı ise bunun akabinde verilen HAGB kararı da hatalı olacaktır¹⁷⁷. Bu halde hem mahkumiyet hem de HAGB kararı kaldırılmalıdır. Doğal olarak her ikisinin hatalı olması halinde ne şekilde hareket edileceği noktasında bir belirsizlik gündeme gelecektir. Örneğin kasten yaralama suçundan verilen 1 yıl 6 aylık hapis cezası ve ardından verilen HAGB kararına karşı Cumhuriyet savcısı veya katılan, işlenen suçun teşebbüs aşamasında kalan kasten öldürme olduğunu belirterek sanık aleyhine istinaf edebilir. CMK m. 289, f. 1 (g ve h bentleri hariç) ve CMK m. 280, f. 1, bent f'de yer alan bozma sebepleri¹⁷⁸ hariç olmak üzere Bölge Adliye Mahkemesi'nin ilgili ceza daireleri, bu ihtimalde de duruşma hazırlığı ve davanın yeniden görülmesi yoluna müracaat edecektir.

İlk derece mahkemesi, HAGB kararı dışında bir mahkumiyet hükmü kurabilir. Bu mahkumiyet hükmü istinaf incelemesine tabi olmakla birlikte Bölge Adliye Mahkemesi de ilk derece mahkemesi sıfatıyla HAGB kararı verebilir. Örneğin ilk derece mahkemesi, zimmet suçundan sanığı 4 yıl 2 ay hapis cezasına çarptırır ve bu hüküm istinaf kanun yoluna götürülür. Bölge Adliye Mahkemesi, duruşma ve davanın yeniden görülmesi yoluna giderek ve ilk derece mahkemesinin kurmuş olduğu hükmü ortadan kaldırarak görevi

¹⁷⁶ İlgili fıkra hükmü, AYM'nin T.27.12.2018, E.2018/71, K.2018/118 sayılı kararıyla iptal edilmiş olup 7165 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle yeniden düzenlenmiştir:

"İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272 nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları... temyiz edilemez"

¹⁷⁷ **Can/Evirgen**, s. 2116.

¹⁷⁸ Önemle belirtilmelidir ki, bozma sebepleri haricindeki diğer hukuka aykırılık hallerinde, bozma kararının verilmesi söz konusu değildir. Bkz. **Kaymaz**, s. 155. Ancak bozma sebeplerini oluşturan kesin hukuka aykırılık halleriyle birlikte başka bir hukuka aykırılık bulunuyorsa diğer hukuka aykırılıkların da bozma kararıyla birlikte zikredilmesinin usul ekonomisi açısından yararlı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Kaymaz**, s. 176.

kötüye kullanma suçunun işlendiğine, 1 yıl hapis cezasına ve bu hapis cezası açısından HAGB kararına hükmedebilir. Böyle bir durumda Bölge Adliye Mahkemesi ilk derece mahkemesi sıfatıyla karar vermiş olacaktır. Dolayısıyla hem 1 yıllık hapis cezasına mahkumiyet hükmü hem de HAGB kararı, CMK m. 231, f. 12 hükmü uyarınca temyiz kanun yoluna taşınabilecektir.

HAGB kararlarının istinaf kanun yoluna tabi olması, maddi ceza hukukunun diğer kurumları açısından da değerlendirilmelidir. Öncelikle iki yıl veya daha az hapis cezasını ya da adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından verilen HAGB kararı ile HAGB kararı olmaksızın bu cezalardan mahkumiyet arasında istinaf başvurusu açısından büyük bir fark bulunmayacaktır. Bu noktada kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlar ve hapis cezasının ertelenmesine ilişkin kurumlar varken, HAGB'ye geniş ölçüde yer verilmesi ve kararının denetiminde istinaf veya temyiz kanun yolunun getirilmesi oldukça düşündürücüdür. Üstelik HAGB kararı, kısa süreli hapis cezalarına uygulanan seçenek yaptırımlar (TCK m. 50) ve hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51) kurumlarının uygulanmasını oldukça güçleştirmiştir. Hatta HAGB kararları kamuoyunda bir cezasızlık algısı da yaratmaktadır. Üzerinde birçok değişiklik yapılan bu kurumun işlevselliğinin artık aşırı derecede düştüğünden bahsetmek gerekir¹⁷⁹.

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ve hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hususları CMK m. 231, f. 11 hükmü açısından da mütalaa etmek gerekir. Özellikle denetim süresinde ilgili yükümlülöklere aykırı davranıldığı ihtimalinde, mahkemenin önceki cezanın kısmen infazı veya sanığın durumunu değerlendirerek kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar (TCK m. 50) ya da hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51) yönündeki vermiş olduğu kararları, mahkemenin eski hükmü kaldırıp yeni bir hüküm kurması olarak anlaşılır¹⁸⁰. Kural olarak gerek ceza hukuku uyuşmazlığını doğrudan gerekse dolaylı olarak çözen, esasa ilişkin olup da nihai bir hükme dönüşen bütün kararlar istinaf kanun yolunun konusudur¹⁸¹. Ancak burada ise yeni bir hüküm kurulması bağlamında istinaf kanun yolu değil, itiraz kanun yolu getirilmiştir. Dolayısıyla CMK m. 231, f. 11 hükmü itiraz kanun yolu bakımından da ayrıksı bir şekilde ele alınmıştır. Hakim kararları ve kanunun açıkça öngördüğü hallerde mahkeme kararları için itiraz kanun yolu artık burada yeni kurulan bir hüküm için söz konusu olacaktır. Yeni kurulan

¹⁷⁹ Konuya dair diğer eleştiriler için bkz. **Yabanoğlu**, s. 122 vd.

¹⁸⁰ **Soyaslan**, s. 447.

¹⁸¹ **Birtek**, s. 113.

hükümün denetimi için istinaf kanun yolu yerine itiraz kanun yolunun belirlenmesi çelişkili görünmektedir. O halde HAGB'ye konu olan mahkumiyet hükmünün açıklandıktan sonra kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar¹⁸² ya da hapis cezasının ertelenmesinin öngörülmesi ile HAGB'ye hiç konu olmadan bu yaptırım ve ertelemelere karar veren hükümler arasında bir fark doğacaktır. Başka bir ifadeyle bireyselleştirme araçlarıyla ilgili olarak itiraz ve istinaf mercileri, farklı kararlar verebilecektir. Bu durum belirsizlik içerisinde olduğundan kararlar arasındaki istikrarın kalmamasına ve ağır hak ihlallerine yol açabilecektir.

SONUÇ

HAGB kurumunun hukuki niteliği ile ilgili olarak bir ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğunu belirtmek gerekir. Durma kararı özelliğinde olan bu karar türünü artık maddi ceza hukuku kapsamında görmenin ve lehe uygulama yapılacağına dair yorumların bir anlamı kalmamıştır. Üstelik Yargıtay'ın HAGB kararlarını koşullu bir düşme olduğu yönündeki yaklaşımının kanuni bir temeli yoktur. Konu tamamen içtihatlarla dayanmaktadır. Özellikle 7499 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu Geçici Madde 6, f. 2 hükmü göz önüne alındığında, HAGB kurumunun bir muhakeme hukuku kurumu olarak tahkim edildiği sonucuna ulaşmaktayız. Kanun koyucunun amacının bu yönde olduğuna işaret edilmelidir. Aksi halde HAGB kararları bakımından lehe kanun uygulaması, Bölge Adliye Mahkemeleri'ni adeta çalışamaz hale getirecektir.

7499 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle HAGB kurumu yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin en önemli kısmını ise HAGB kararlarının kanun yolu denetimi oluşturmaktadır. İtiraz kanun yolunun gereği gibi işletilememesi neticesinde istinaf ve temyiz kanun yoluna geçilmiştir. AİHM içtihatlarında ve Anayasa Mahkemesi'nin hem bireysel başvuru kararları hem de iptal kararında HAGB kararlarının denetiminde itirazın etkin bir hukuk yolu olmadığından bahsedilmiştir. Esas sorun HAGB kararına kaynaklık eden mahkumiyet hükmünün denetim dışı bırakılmasından doğmaktadır. Buna

¹⁸² Denetim süresinde denetimli serbestlik yükümlülüklerine uymayan sanık hakkında hükmün açıklanıp cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi halinde, yine sanığın lehine olan başka bir kurumun uygulanması doğru olmamıştır. Çünkü uygulamada asıl mahkumiyet bu madde hükümleri çerçevesinde çevrilen adli para cezası veya tedbirdir (TCK m. 50, f. 5). Esasında bu husus yükümlülüklerini yerine getirmeyen sanık açısından adeta bir ödül anlamına gelmektedir. Cezaların işlevselliği nazara alındığında bu durumda TCK m. 50, f. 2'deki istisna hükmü nazara alınarak seçenek yaptırımlara çevrilmesi sadece adli para cezası ile sınırlandırılması önerilmiştir. **Tulay**, s. 509.

ilişkin mahkumiyet hükmü üzerinde bir denetim öngören özel bir itiraz usulü, 7445 sayılı Kanun'la getirildiyse de uygulanmasına bakılmadan Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin uygulamadaki hak ihlallerini esas alarak somut norm denetimi çerçevesinde HAGB kurumunu düzenleyen maddeyi tümüyle iptal etmesi kanaatimizce doğru değildir.

HAGB kararlarının denetiminde itiraz kanun yolundan istinaf kanun yoluna geçilmesi, ilk etapta mahkumiyet hükmünün incelenmesi bakımından olumlu olarak addedilebilir. Özellikle beraat edebilecekken mahkumiyet riski karşısında HAGB'yi kabul etmek zorunda kalan sanık açısından bu durum ön plana çıkmaktadır. Şayet sanığın kabulü koşulu duruşma sonunda ve hükmün kurulma aşamasında uygulanmış olsaydı ya da buna yönelik açık bir kanuni düzenleme yapılsaydı, hak ihlalleri bu kadar yoğun gündeme gelmeyecekti. Böylelikle sanık hükmün açıklanmasını talep ederek yargılamayı istinaf kanun yoluna taşıyabilecekti. Ancak istinaf kanun yolunun kabul edilmesiyle sanığın kabulü koşulunun artık bir anlamı kalmamıştır. Bundan başka HAGB kararıyla birlikte mahkumiyet hükmünün de denetime açılması ceza miktarını az bulan suçtan zarar gören için de olumlu olarak görülebilir. Fakat getirilen bu çözümün öngörülme-yen birtakım sonuçlara da neden olabileceği unutulmamalıdır.

Somut cezaya ilişkin koşulun ağırlıklı olarak istinaf kanun yolu aşamasında kalması itibarıyla HAGB kararlarının, Bölge Adliye Mahkemesi ilgili ceza dairelerinin üzerinde bir iş yükü yaratacağı açıktır. İlk derece mahkemesince verilen hükümlerin incelenmesi dururken HAGB kararlarının denetlenmesiyle karşı karşıya kalınmıştır. Bu iş yükünün fazlalaşması, uzun vadede olumsuz etkilere neden olabilir. Zira bu iş yükü, HAGB kararı üzerinde etkin bir denetim yapılmamasına ve dolayısıyla makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açabilir. Böylelikle HAGB kararları dahilinde istinaf başvurusunun esastan reddi yönünde kararların çoğalmasıyla karşı karşıya kalınabilir. Başka bir ifadeyle itiraz kanun yoluyla gündeme gelen mahkumiyet hükmünün denetim dışı kalma hali ve buna bağlı olarak gelişen hak ihlalleri istinaf kanun yoluna da sirayet edebilir. Aynı hususlar Bölge Adliye Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı ve vermiş oldukları HAGB kararlarının temyizi açısından da söylenebilir.

HAGB kararı üzerinde kanun yolu değişikliği bir güvenlik tedbiri olan müsadere-nin uygulanışı açısından da değerlendirilmelidir. HAGB kararı dahilinde müsadere kararı da verilmişse itiraz kanun yolunda uygulanan sınırlı inceleme, mülkiyet hakkının ihlaline yol açmaktaydı. Müsadere kararı da aynı mahkumiyet hükmünde olduğu üzere, denetim dışı bırakılmıştı. İstinaf

kanun yolunun devreye girmesiyle HAGB kararıyla birlikte müsadere kararı da hem usul hem de esasa ilişkin hususlar dahilinde inceleneceği için hak ihlallerinin oluşmayacağı söylenebilir. Bu anlamda istinaf kanun yolu, müsadere kararlarının denetimi bakımından ilk bakışta olumlu bir izlenim yaratmaktadır. Ancak bu durum Bölge Adliye Mahkemeleri'nin çalışma performansına bağlıdır. Bununla birlikte önemle belirtilmelidir ki, CMK m. 231, f. 5 hükmüyle müsadere hükümlerinin HAGB kararından farklı bir şekilde ayrık tutulması, hükmün bölünmezliği ilkesine aykırılık oluşturur.

İşkence ve kötü muamele konu olan fiiller bakımından itirazın etkin bir başvuru yolu olarak görülmemesine karşılık istinaf kanun yolunun getirilmesi kanaatimizce bir eksiklik teşkil eder. Başka bir ifadeyle işkence ve kötü muameleyle ilişkin fiillerin doğrudan HAGB kararlarına konu olmayacağına dair bir düzenleme getirmek varken, yalnızca istinaf kanun yolundan yardım umulması isabetli gözükmemektedir. Zira Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairelerinin bu konu bakımından da esastan ret veya düzelterek esastan ret kararı vermesi ihtimal dahilindedir. Bu konuda hak ihlalleriyle karşılaşmamak adına, CMK m. 231, f. 14 hükmü gibi, yasaklayıcı nitelikte açık bir düzenleme yapılması önerilmelidir.

HAGB kararlarının istinaf kanun yoluna tabi tutulması halinde, CMK m. 231, f. 12 hükmü uyarınca Bölge Adliye Mahkemesi, hem mahkumiyet hükmünü hem de HAGB kararını usul ve esas bakımından inceleyecektir. Fakat bu inceleme yapılırken yukarıda yer verdiğimiz çeşitli ihtimaller açısından çeşitli belirsizlikler doğacaktır. Bu belirsizlikler çeşitli hak ihlallerine neden olabilir. İlgili sorunları giderebilmek adına Bölge Adliye Mahkemesi'nin duruşma yaparak çözüm bulması önerilmiştir. Böylelikle HAGB kararları bakımından CMK m. 286, f. 2, bent d hükmündeki istisna gündeme gelecek ve dava temyiz yoluyla Yargıtay'a taşınabilecektir. Davaların Yargıtay'a taşınmasının akabinde, HAGB dahilinde uygulamaya yön verebilecek içtihatlar oluşabilecektir. Fakat mahkemenin farklı bir şekilde konuya yaklaşması pekâlâ mümkündür. Nitekim konuya dair Yargıtay içtihatları oluşana kadar belli bir süre Bölge Adliye Mahkemeleri'nin içtihatları rol oynayacaktır. Bu içtihatlar arasında da birtakım farklılıkların oluşacağı tahmin edilmektedir ki bu durum hukuki güvenlik açısından kuşku doğurmaktadır.

CMK m. 231, f. 11 hükmünde öngörülen itiraz kanun yolunun sınırlı olduğu belirtilmelidir. İlgili düzenlemeyi özel bir itiraz usulü olarak görmek mümkündür. Fakat buradaki itiraz, HAGB kararına karşı değil, bilakis açıklanan veya yeni kurulan hükme karşı yapılmaktadır. Böyle bir değişikliğin temel nedeni açıklanan hükmün yeniden istinaf kanun yoluna götürülmemesi içindir. Ancak itiraz kanun yolunda itiraz merciin bu incelemeyi nasıl yürü-

teceği hususu da belirsizlik içermektedir. Kanaatimizce itiraz merci yalnızca dosya üzerinden bir inceleme yapmalı ve hukuka aykırılığı tespit ederek gereğinin yapılması için dosyayı mahkemeye göndermelidir. Özellikle açıklanan hüküm, daha önce HAGB kararı ile birlikte istinaf incelemesinden geçmişse bu durumda itiraz merciin itiraz konusu hakkında karar vermesinin ve bu kararın kesin olmasının ceza muhakemesi sistemine olumsuz bir etkide bulunacağı açıktır. Kanun koyucunun amacı bu doğrultuda değildir. Fakat uygulamada vuku bulabilecek tereddütlerin önüne geçebilmek amacıyla gereğinin yapılması için dosyanın mahkemeye geri gönderilmesine ilişkin açık bir düzenleme getirilmelidir.

CMK m. 231, f. 11 hükmü uyarınca hükmün açıklanmasının sonrasında mahkemenin yeni kurmuş olduğu hükme karşı itiraz halinde, itiraz mercii yine sınırlı bir denetim yapmalıdır. Zira sanığın durumunun değerlendirilerek cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmın infaz edilmemesine ya da koşulların varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurma hallerinde bireyselleştirme söz konusudur. İtiraz merci, bireyselleştirme araçlarıyla ilgili olarak takdire bağlı hususlarda ilk derece mahkemesinin yerine geçerek bir karar vermemelidir. Öte yandan yeni kurulan hüküm açısından itiraz kanun yolunun getirilmesi, Bölge Adliye Mahkemesi'nin iş yükünü hafifletmek amacıyla. Kanun koyucu ne de olsa ilgili hükümlerin HAGB kararıyla birlikte istinaf kanun yolu incelemesinden geçeceği farazisiyle bu yönde bir tercihte bulunmuştur. Yeni kurulan hükmün denetimi için itiraz kanun yoluna başvurulması CMK m. 231, f. 11 hükmünün ayrıksı bir şekilde hazırlandığını göstermektedir. Diğer bir anlatımla hükmün açıklanmasından sonraki süreçte yeni kurulan hükme dair CMK m. 231, f. 11'de yer alan düzenleme, CMK m. 272, f. 1'deki düzenlemenin istisnasını oluşturmaktadır.

Son olarak HAGB kurumunu düzenleyen CMK m. 231 hükmü üzerinde bu kadar çok değişiklik yapılmasına rağmen yine hak ihlalleriyle gündeme gelmesi ve sonrasında Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi oldukça düşündürücüdür. Son çare olarak 7499 sayılı Kanun'un 15. Maddesindeki değişikliklerle istinaf veya temyiz kanun yollarına müracaat edilmiştir. Bir ceza muhakemesi hukuku kurumu üzerinde bu kadar değişiklik yapılması kurumun işlevselliğinin önemli ölçüde yitirilmesine neden olmaktadır. Bilhassa uygulamadan kaynaklanan hataları düzeltebilmek amacıyla kanunu zorlamak da kurumdaki beklenen faydanın alınmasını anlamsız hale getirmektedir. HAGB kurumu, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ve hapis cezasının ertelenmesi gibi diğer bireyselleştirme araçlarının uygulanmasını ol-

dukça azaltmaktadır. Aynı zamanda kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesine veya hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hükümlerin doğrudan istinafa tabi olması ile kendisine yüklenen yükümlülüklere uymayan sanık hakkında hükmedilen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım veya hapis cezasının ertelenmesinin sınırlı ölçüde itiraz kanun yoluna tabi olması arasında bir farklılık doğmuştur. Böylelikle Bölge Adliye Mahkemesi'nin ceza daireleri ile itiraz mercileri arasında bir içtihat farklılığı ortaya çıkacaktır. Bu içtihat farklılığı ciddi hak ihlallerine de konu olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akyıldız**, Anıl: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar”, YÜHFD, Cilt: 25, Özel Sayı, 2020, s. 65-88.
- Altıparmak**, Kerem: “Anayasa Mahkemesinin HAGB İptal Kararı Neden Doğru?-Kemal Gözler’e Bir Cevap”, <https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozlere-bir-cevap/>, (Erişim Tarihi: 03.10.2024).
- Artuç**, Mustafa: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Balo**, Yusuf Solmaz: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, (HAGB).
- Balo**, Yusuf Solmaz: “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumu Üzerinden Ulaşılmak İstenen Hedeflerin Türkiye Bakımından Gerçekleştirilebilirliği”, CHD, Cilt: 11, Sayı: 30, 2016, (Hedef), s. 165-206.
- Bandır**, Oğuz: “Anayasa Mahkemesi’nin Hükmün Açıklanması Geri Bırakılması Kurumunun Tamamı İle Basit Yargılama Usulünün İtiraz Kurumu Hakkında Vermiş Olduğu İptal Kararlarının Değerlendirilmesi ve Mevcut Sorunlara Çözüm Önerileri”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 18, Sayı: 53, 2023, s. 653-673.
- Birttek**, Fatih: Ceza Muhakemesi’nde İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Can**, Sibel/**Evirgen**, Selen: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Mustafa Avcı’ya Armağan), Sayı: 2, 2024, s. 2072-2128.
- Canpolat**, Can: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesine İlişkin Bir İnceleme”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2, 2023, s. 1271-1295.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Çetinkaya**, M. Buhari: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Müsadere Kararının Sonuç Doğurması”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Sempozyumu, 26-28 Nisan 2024, s. 28-41.
- Çığlı**, Halil: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz ve İtiraz Merciiinin Yetkileri”, TAAD, Yıl: 5, Sayı: 18, 2014, s. 387-417.

- Gözler, Kemal:** “Anayasa Mahkemesinin Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine”, <http://www.anayasa.gen.tr/hagb.htm>, (Erişim Tarihi: 13.09.2024).
- Gözler, Kemal:** “Anayasa Yargısının Bireysel Başvurulaşması”, <https://www.anayasa.gen.tr/bireysel-basvurulasma.htm>, (Erişim Tarihi: 03.10.2024).
- Güngör, Devrim/Toroslu, Haluk:** “Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, AÜHFD, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 1967-1980.
- Horozgil, Denizhan:** Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Savaş Yayınevi, Ankara 2017.
- Karakehya, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- Kaya, Emir:** “İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, 2013, s. 409-436.
- Kaymaz, Seydi:** Ceza Muhakemesinde İstinaf, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Keskin, İbrahim:** “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme” TAAD, Yıl: 14, Sayı: 54, 2023, s. 1-38.
- Kinzig, Jörg:** StGB-Schönke&Schröder Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck, 2019, §§ 56-72.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Kumbasar, Enver:** Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami:** “Kamu Davasının Açıklanmasının Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması” Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı İçinde, TCHD Yayınları, İstanbul 2009, s. 349-368.
- Neuheuser, Stephan:** StPO Münchener Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck, 2024, §§ 304-311a.
- Özbek, Veli Özer/Başbüyük, İsa:** “Hükümün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararlarına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine”, CHD, Sayı: 21, Nisan 2013, s. 9-17.

- Özbek**, Veli Özer/**Meraklı**, Serkan: “Karar İncelemesi Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHF-HAD, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 221-236.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Özen**, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, M. Ruhan/**Gezer**, Özge Sırma/**Saygılar**, Yasemin F./**Alan**, Esra/**Özdem**, Özaydın/**Tok**, M. Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2023. s. 653; Enver Kumbasar, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022
- Paul**, Carsten: StPO Karlsruher Kommentar, 9. Auflage, C.H.Beck, 2023, §§ 311-332.
- Peters**, Sebastian: StPO Münchener Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck, 2024, §§ 151-153c
- Roxin**, Claus/**Schünemann**, Bernd: Strafverfahrensrecht, 28. Auflage, C.H. Beck, 2014
- Regenhardt**, Bartholomäus: “Federal Almanya’da Bireysel Başvurunun Anlamı ve İşlevi: İkinci Bölüm”, Çev: H. Özden Özkaya Ferendeci, MÜHF-HAD Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 533-546.
- Sarıgül**, Ali Tanju: “Türk ve Alman Hukuku’nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” TBBĐ, Sayı: 118, 2015, (Türk ve Alman Hukuku), s. 125-162.
- Sarıgül**, Ali Tanju: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu”, TBBĐ, Sayı: 125, 2016, (Kanun Yolu), s. 59-84.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Şahin**, Cumhur/**Göktürk**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık Ankara 2024.

- Şahin**, Cumhuri: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, MÜHFHAD, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 283-293.
- Şen**, Ersan/**Maviş**, Mert: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Taner**, Fahri Gökçen: “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanağa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2011, s. 285-293.
- Tulay**, M. Emre: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, AHBVÜHFD, Cilt: 25, Sayı: 4, 2021, s. 477-525.
- Turhan**, Faruk: “Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 3-4, s. 27-54.
- Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Yabanoğlu**, Mustafa: Ceza Muhakemesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Yalçın**, Can: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.
- Yıldırım**, Akif: “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun Aklanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı:3, 2013, (Aklanma), s. 130-160.
- Yıldırım**, Akif: “Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:6, Sayı: 11, Haziran 2018, (Mayınlı), s. 435-480.
- Yıldırım**, Akif/**Duman**, Özgür: “Adalet Yolunda Bir ‘Nehir Sınavı’ Mücadelesi: Mülkiyet Hakkı, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Müsadere”, AÜHFD, C: 67, Sayı: 1, 2018, s. 145-199.

Yılmaz, Enes: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası (Online), Cilt: 1, Sayı: 2, 2021, s. 269-292.

Zabek, Anna: StPO Karlsruher Kommentar, 9. Auflage C.H. Beck, 2023, §§ 304-311a.

Zafer, Hamide: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Karşı Yapılacak İtirazın İncelenme Usulü”, İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, 2011, s. 846-860.

**AZINLIK PAY SAHİBİNİN ANONİM ŞİRKET
GENEL KURUL TOPLANTISINA BAKANLIK TEMSİLCİSİ
GÖREVLENDİRİLMESİNE YÖNELİK
TALEP HAKKINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1651219>

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz YOLAL*

Öz

Azınlık pay sahibine Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (BTY) m. 32/3 ile genel kurulda Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine ilişkin talep hakkı düzenlenmiştir. Anonim şirketlerde diğer azınlık hakları Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmişken; sadece bu hak Yönetmelik'te yer almıştır. Azınlık bu hakkı kullanarak, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılmasını ve toplantının hukuka uygun şekilde yürütülmesini sağlayabilir. Ancak BTY m. 32/3 hükmü incelendiğinde azınlığın Bakanlık temsilcisi talep hakkının karmaşık bir usule bağlandığı görülmektedir. Ayrıca hükümde bir yaptırım öngörülmemiş olması da bu hakkın kullanılmasını zorlaştırmaktadır. Zira azınlık pay sahiplerinin talep hakkı için şirkete yapacağı başvuru, çoğunlukla yönetim kurulu tarafından dikkate alınmayacaktır. Bu çalışma kapsamında azınlık pay sahiplerinin Bakanlık temsilcisi talep hakkının daha işlevsel olabilmesi bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Bakanlık Temsilcisi, Genel Kurul, Azınlık, Anonim Şirket, Bakanlık Temsilcisi Yönetmeliği

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Konya (oguzyolal@gmail.com) 0000-0003-1333-4854 (Gönderim Tarihi: 04.03.2025-Kabul Tarihi: 25.04.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**AN EVALUATION OF THE RIGHT OF THE MINORITY
SHAREHOLDER TO REQUEST THE APPOINTMENT OF
A MINISTRY REPRESENTATIVE TO THE GENERAL ASSEMBLY
MEETING OF A JOINT STOCK COMPANY**

(Research Article)

Abstract

Article 32/3 of the Regulation on the Procedures and Principles of the General Assembly Meetings of Joint Stock Companies and the Ministry Representatives to be present at these Meetings provides the minority shareholders with the right to request the appointment of a ministry representative at the general assembly. While other minority rights in joint stock companies are regulated under the Turkish Commercial Code, only this right is included in the Regulation. By exercising this right, the minority may ensure that the ministry representative attends the general assembly and the meeting is conducted in accordance with the law. However, when Article 32/3 of the relevant Regulation is examined, it is seen that the minority shareholders' right to request the appointment of a Ministry representative is subject to a complex procedure. In addition, the fact that no sanction is foreseen in the provision makes it difficult for minority shareholders to exercise this right. This is because the application to be made by the minority shareholders to the company for the right to request a ministerial representative will mostly not be taken into consideration by the board of directors. Within the scope of this study, an evaluation will be made in order to make the right of minority shareholders to request a ministerial representative more functional.

Keywords

Ministry Representative, General Assembly, Minority, Joint Stock Company, Ministry Representative Regulation

GİRİŞ

Anonim şirket genel kurulunda alınacak kararlar bakımından kural olarak çoğunluk ilkesi hakimdir. TTK m. 423 gereğince genel kurulda alınan kararlar, toplantıda hazır bulunmayan veya olumsuz oy veren pay sahipleri hakkında da geçerli olacaktır. Bu kararların bağlayıcı olması karşısında, çoğunluğu elinde bulunduran pay sahipleri, genel kurulda dilediği kararı alabileceklerdir. Kanun koyucu tarafından bu husus öngörülmüş ve çoğunluk karşısında azınlık¹ durumda kalan pay sahiplerine, menfaatler dengesini sağlamak amacıyla belirli haklar verilmiştir. Bunlardan biri de, çalışmanın konusunu oluşturan azınlık pay sahiplerinin, Bakanlık temsilcisi talep hakkıdır.

TTK'da Bakanlık temsilcisinin anonim şirket genel kurullarına katılması, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak bütün şirketler için değil², bazı şirketler açısından zorunlu tutulmuştur³. TTK m. 407/3'ün

¹ TTK'da terminoloji bakımından yeknesaklık sağlanamamıştır. Zira TTK m. 208, 360/1, 399/5, 411, 420/2, 478/4, 486/3, 617/3 hükümlerinde azlık kavramı kullanılmışken; TTK m. 155/2'de azınlık kavramı kullanılmıştır. TTK madde gerekçelerine bakıldığında, azlık veya azınlık kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu durumda kanun koyucunun TTK'da azlık kavramının kullanılmasını tercih ettiği ifade edilebilir. Öğretide azlık veya azınlık kavramının her ikisinin de kullanıldığı görülmektedir. Söz konusu kullanımlar için bkz. **Özden**, Ece: “Şirketler Topluluğunda Azınlık Hakları ve Azınlığın Korunması”, Prof. Dr. Zühtü Aytaç’a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 1699 vd. Azınlık kavramının kullanılması gerektiğini ifade eden Bahtiyar, kavramın “azınlık pay sahipleri” veya “azınlık ortaklar” şeklinde ifade edildiği, bu nedenle azınlık kavramı ile karıştırılma ihtimalinin olmadığını belirtmiştir. Bkz. **Bahtiyar**, Mehmet: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 61, Y. 2005, s. 50. Bu çalışma içerisinde azınlık kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Zira azlık kavramının karşıt anlamı çokluk olmasına rağmen, TTK ve madde gerekçelerinde çokluk ifadesi yer almamış, çoğunluk kavramı kullanılmıştır.

² Mülga TTK m. 297 ve 378 hükümleri gereğince, hükümet komiserlerinin genel kurulda bulunması zorunluydu. Mülga TTK m. 297'ye göre, “Kuruluş umumi heyetlerinin verdikleri kararların muteber olması için toplantılarda İktisat ve Ticaret Vekaletinden bir komiser bulunması ve komiserin zabutların kanuna uygun şekilde tutulmasına nezaret ve zabutları reyini kullanan pay sahipleriyle birlikte imza etmesi şarttır.”. Mülga TTK m. 378/2'nin ilk cümlesine göre, “Kararların muteber olması için zabutların 297 nci maddede gösterilen esaslar dairesinde tutulması şarttır.”. Ayrıca mülga Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik m. 8'e göre, “Anonim şirketlerin kuruluş, olağan, olağanüstü ve imtiyazlı pay sahipleri genel kurul toplantıları ile ortak sayısı 20 den fazla olan limited şirketlerin genel kurul toplantılarında komiser bulundurulması zorunludur. Komiserin yokluğunda yapılan toplantılarda alınan kararlar muteber değildir.”. Bu

gerekçesinde Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılım zorunluluğunun bütün şirketler açısından öngörülmemesi nedeni şu şekilde ifade edilmiştir; *“Bilindiği üzere, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu gereğince anonim şirketlerin genel kurullarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunluluğu vardı. Tasarıda da aynı zorunluluk öngörülmektedir. Özellikle aile şirketi şeklindeki anonim şirketler ile bir kişi ile kurulacak anonim şirketlerde Bakanlık temsilcisinin zorunlu olarak bulundurulmasında kamu yararı görülmediği gibi tasarıda yapılacak bu düzenleme ile bu tür şirketler için kolaylık geti-*

hükümlerden açıkça anlaşıldığı üzere mülga Türk Ticaret Kanunu’nda hükümet komiseri (Bakanlık temsilcisi) herhangi bir ayırım yapılmaksızın bütün anonim şirket genel kurul toplantılarına katılmak zorundaydı. Ayrıca bkz. **Akdağ Güney**, Necla: “Çağrısız Genel Kurul Toplantısı ve Toplantıda Bakanlık Temsilcisi Bulundurma Zorunluluğuna Dair Düşünceler”, Prof. Dr. Zühtü Aytac’a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 466, dn. 54.

Hem mülga TTK hem de mülga Yönetmelik hükmünde, komiser kelimesi geçmektedir. Komiser ibaresi uygulamada yanlış anlaşılmalara mahal verdiğinden mevcut TTK’da hükümet komiseri yerine Bakanlık temsilcisi ibaresi kullanılmıştır. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, 23. Dönem, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, s. 494; **Bahtiyar**, Mehmet/**Hamamcıoğlu**, Esra: Yeni TTK’ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 76.

- 3 TTK’da anonim şirket genel kurulunda Bakanlık temsilcisinin katılımı zorunlu tutulmamasına karşın, ilk derece mahkemesince anonim şirketin bütün genel kurullarında Bakanlık temsilcisinin katılımı zorunlu olduğu şeklinde kararlar verilmiştir. Yargıtay tarafından bu karar bozulmuştur. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir; *“Dosya içeriği ve sunulu ticaret sicil kayıtlarına göre davalı şirket TTK’nın 333.maddesi kapsamındaki şirketlerden olmadığı gibi davaya konu olan ve iptali istenen 04.06.2013 tarihli genel kurul kararları da bahsi geçen yönetmeliğin 32.maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nitelikleri taşımamaktadır. Aynı maddenin 2 ve 3.fıkralarındaki durumların varlığı konusunda da dosya içinde bir bilgi bulunmadığı gibi iddia edilmiş de değildir. Bu duruma göre dava konusu genel kurul kararlarının alındığı toplantıda Bakanlık temsilcisinin hazır bulunması zorunluluğu yoktur...Bu durumda yerel mahkemece davacının dava dilekçesinde bildirdiği diğer butlan ve iptal sebepleri üzerinde durulup sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, TTK’nın 422.maddesindeki toplantı tutanağında Bakanlık temsilcisinin imzasının bulunmaması hâlinde genel kurul tutanağının geçersiz olacağına ilişkin hükmünü, aynı kanunun yukarıda açıklanan 407/3 ve yönetmelik hükümlerini dikkate almadan, bütün anonim şirket genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunmasının zorunlu olduğu şeklinde, mutlak olarak anlayıp genel kurul kararlarının bu nedenle yok hükmünde olduğuna karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.”* Yarg. 11. HD., T. 25.2.2016, E. 2015/1952, K. 2016/2082 (Lexpera, Erişim Tarihi: 25.12.2024). Ayrıca bu karar için bkz. **Eriş**, Gönen: Gerekeçeli-Açıklamalı-İçtihatlı 6335, 6552, 6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, Ticaret Sicili Yönetmeliği ve İlgili Tebliğler, Güncellenmiş 3. Baskı, C. II, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 2123-2124; **Şener**, Oruç Hami: Anonim Ortaklıklara İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 278.

rilmekte ve ortaya çıkacak maliyetler ile zaman kayıplarının önüne geçilmesi sağlanmış olacaktır.”. Gerekçeden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, aile şirketleri ile tek pay sahipli anonim şirketlerde Bakanlık temsilcisinin katılımını hem gerekli görmemekte hem de bu sayede doğabilecek maliyet ve zaman kayıplarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

TTK m. 407/3’e göre, “333 üncü madde gereğince belirlenen şirketlerin genel kurul toplantılarında Gümrük ve Ticaret Bakanlığının temsilcisi de yer alır. Diğer şirketlerde, hangi durumlarda Bakanlık temsilcisinin genel kurulda bulunacağı⁴ ve genel kurul toplantıları için temsilcilerin görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esaslar ile bunların nitelik, görev ve yetkileri ayrıca ücret tarifeleri Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir Yönetmelikle düzenlenir. Bakanlık temsilcisinin toplantıya katılma giderleri ve ücretleri ilgili şirket tarafından karşılanır.”⁵. TTK m. 333’te ise, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği Bakanlığın iznine tabi olduğu anonim şirketlerin Ticaret Bakanlığı’nca yayımlanacak olan Tebliğ’de belirtileceği düzenlenmiştir. Söz

⁴ Öğretide TTK m. 407/3’te geçen “Diğer şirketlerde, hangi durumlarda Bakanlık temsilcisinin genel kurulda bulunacağı” ifadesinin kendi içerisinde sıkıntılı olduğu ifade edilmiştir. Zira genel kurulda gündem maddelerine bakarak, Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olup olmadığı meselesi, maddi hukuk kuralına ilişkin olup, bu yetkinin Yönetmelik ile bürokratlara bırakılması yerinde olmamıştır. Bu hususa ilişkin eleştiriler için bkz. **Akdağ Güney**, s. 464, dn. 55.

⁵ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m. 407/3 hükmü biri adalet komisyonu, diğeri TBMM genel kurulunda verilen önerge ile olmak üzere iki kez değişikliğe uğramıştır. Ticaret Kanunu Tasarısının ilk hâlinde, TTK m. 407/3 hükmü şu şekildedir; “Sanayi ve Ticaret Bakanlığının çıkaracağı tebliğde belirtilen şirketlerin genel kurullarında Sanayi ve Ticaret Bakanlığının temsilcisi bulunur. Diğer şirketlerde komiserlik görevini yerine getirecek olanlar ve bunların nitelikleri Adalet Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığının birlikte çıkaracakları bir yönetmelikle belirlenir. Komiserlerin toplantıya katılma giderleri ve ücretleri ilgili şirket tarafından karşılanır. Şirket genel kurul toplantıları ile bu toplantıda bulunacak komiserlerin görev ve yetkileri ile ücret tarifeleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.”. TTK tasarısı m. 407/3, 3.5.2007 tarih, Esas: 1/1138, K. 123 numaralı Adalet Komisyonu kararı ile şu şekilde değiştirilmiştir; “Genel kurul toplantılarında Sanayi ve Ticaret Bakanlığının temsilcisi veya anılan Bakanlığın yetkilendireceği Bakanlık temsilcisi bulunur. Temsilcilerin kimler olacağı, görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esaslar, bunların nitelik, görev ve yetkileri ile ücret tarifeleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir. Bakanlık temsilcisinin toplantıya katılma giderleri ve ücretleri ilgili şirket tarafından karşılanır.”. Adalet Komisyonu raporunun metni için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, 23. Dönem, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, s. 1065. Bu değişikliğin gerekçesi için bkz. Adalet Komisyonu raporu s. 494. TBMM genel kurulunda verilen önerge ile TTK m. 407/3 hükmü son hâlini almıştır. Bu önerge için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 5. Yasama Yılı 51. Birleşim, s. 65.

konusu anonim şirketlerin belirlenmesi amacıyla “*Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ*”⁶ çıkarılmıştır. Anılan Tebliğ’in 5. maddesinde kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi olan anonim şirketler sayılmıştır⁷.

TTK m. 333 kapsamında olmayan şirketler bakımından ise, Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir Yönetmelikle düzenlenecektir. Anılan hükme dayanarak, *Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik*⁸ çıkarılmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 32 ilâ 39’uncu maddeleri arasında Bakanlık temsilcisi ile ilgili hükümler öngörülmüştür.

BTY m. 32’nin birinci fıkrasında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu olan şirketler; ikinci ve üçüncü fıkrasında ise, Bakanlık temsilcisinin talep edilmesi ve görevlendirme makamının da uygun görmesiyle Bakanlık temsilcisinin görevlendirileceği şirketler düzenlenmiştir. Bu sayılanların haricinde anonim şirket genel kuruluna Bakanlık temsilcisinin katılması zorunlu değildir. TTK m. 333’te ve BTY m. 32/1’de sayılan şirketlerin genel kurulları açısından, Bakanlık temsilcisi bulunması zorunludur⁹. BTY m. 32/2

⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=16770&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 10.04.2025.

⁷ İlgili Tebliğ’in 5. maddesine göre, “*Bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlığın iznine tabidir. Ancak, kayıtlı sermaye sistemine kabul edilen Sermaye Piyasası Kanununa tabi halka açık anonim şirketlerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artışlarında Bakanlık izni aranmaz.*”.

⁸ RG. 28.11.2012, S. 28481.

⁹ BTY m. 32/1’ göre, “*a) Kuruluş ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi olan şirketlerin bütün genel kurul toplantılarında, diğer şirketlerde ise gündeminde, sermayenin artırılması veya azaltılması, kayıtlı sermaye sistemine geçilmesi ve kayıtlı sermaye sisteminden çıkılması, kayıtlı sermaye tavanının artırılması veya faaliyet konusunun değiştirilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği ile birleşme, bölünme veya tür değişikliği konuları bulunan genel kurul toplantılarında; b) Genel kurula elektronik ortamda katılım sistemini uygulayan şirketlerin genel kurul toplantılarında; c) Yurt dışında yapılacak bütün genel kurul toplantılarında; ç) Yurt dışında yapılacak imtiyazlı pay*

ve 3'te sayılan şirketler bakımından ise, Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesinde, görevlendirme makamının takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁰. Bu durumda Bakanlık temsilcisinin katılmasının zorunlu olduğu şirketleri, kanunen katılması zorunlu olan şirketler ve talep edilmesi sonucunda görevlendirme makamınca uygun görülmesi şartıyla Bakanlık temsilcisinin katılması zorunlu olan şirketler olarak ikiye ayırabiliriz¹¹.

BTY m. 32/2 gereğince, “BTY m. 32/1’de sayılanların dışındaki genel kurul toplantılarında kuruluş ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi olan şirketler hariç olmak üzere tek pay sahipli şirketlerin genel

sahipleri özel kurul toplantılarında” Bakanlık temsilcisi bulunması zorunludur. Bu hükmünde sayılan genel kurul toplantıları dışında, “kuruluş ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi olan şirketler hariç olmak üzere tek pay sahipli şirketlerin genel kurul toplantılarında ve imtiyazlı pay sahipleri özel kurullarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu değildir” (BTY m. 32/2). TTK m. 454/6’ya göre ise, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda TTK m. 407/3 kapsamında Bakanlık temsilcisi de hazır bulunur ve tutanağı imzalar. Öğretide bu hüküm normlar hiyerarşisine aykırı olması nedeniyle haklı olarak eleştirilmiş ve geçersiz olduğu belirtilmiştir. Zira TTK m. 454/6’da Bakanlık temsilcisinin imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda bulunmasının zorunlu olduğundan bahsedilmişken; BTY m. 32/1’de Bakanlık temsilcisinin yurt dışında yapılacak olan imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda bulunması gerektiği düzenlenmiştir. BTY m. 32/2’de ise, birinci fıkrada sayılan genel kurulların dışında Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesinin zorunlu olmadığı öngörülmüştür. Bkz. **Yasan**, Mustafa: “Anonim Şirketlerde Talepte Bulunulmasına Rağmen Bakanlık Temsilcisinin Genel Kurul Toplantısına Katılmamasının Hukuki Sonuçları”, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2024, s. 9. Ayrıca bkz. **Kesici**, Buğra: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2023, s. 59, dn. 95.

¹⁰ **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2013, s. 301; **Özsoy**, Mehmet Akif: “Azınlığın Genel Kurul Toplantısında Bakanlık Temsilcisi Görevlendirilmesine İlişkin Talep Hakkı”, Prof. Dr. Serap Helvacı’nın Anısına Armağan, C. III, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 3412; **Eminoğlu**, Cafer: “Tek Pay Sahipli Anonim Şirkette Genel Kurul” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6, S. 1, 2015, s. 148; **Yasan**, s. 9. Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olmadığı anonim şirketler bakımından, Bakanlık temsilcisinin genel kurulda bulunup bulunmamasına yönelik karar verme yetkisi Ticaret Bakanlığı’na bırakılmıştır. Bkz. **Kendigelen**, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. (Tıpkı) Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 307.

¹¹ Öğretide Yasan tarafından Bakanlık temsilcisinin genel kurul toplantısına katılımının zorunlu olduğu anonim şirketler iki başlık altında incelenmiştir. Bunlardan ilki TTK m. 333 gereğince Bakanlık tarafından Tebliğ ile belirlenen ve kuruluş için Bakanlığın iznine tabi olan anonim şirketler; ikincisi ise, Bakanlık tarafından çıkarılan Yönetmelik’te belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde genel kurul toplantılarına Bakanlık temsilcisinin katılmasının zorunlu olduğu ya da iradi olarak zorunlu hâle getirildiği anonim şirketlerdir. Bkz. **Yasan**, s. 5.

kurul toplantılarında ve imtiyazlı pay sahipleri özel kurullarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu değildir. Ancak genel kurulu toplantıya çağırılanların talep etmeleri ve bu taleplerin görevlendirme makamınca uygun görülmesi halinde Bakanlık temsilcisi görevlendirilir.” Genel kurulu çağırma yetkisi olmayan kişiler tarafından Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesinin talep edilmesi, BTY m. 32/2 kapsamında görevlendirme makamı tarafından dikkate alınmayacaktır¹². Dolayısıyla BTY m. 32/2’de Bakanlık temsilcisinin katılması zorunlu olan şirketler değil, genel kurulu toplantıya çağırılan kişiler tarafından talep edilmesi hâlinde görevlendirme makamının da uygun görmesi şartıyla Bakanlık temsilcisinin katılacağı şirketler düzenlenmiştir.

I. AZINLIĞIN BAKANLIK TEMSİLCİSİ GÖREVLENDİRİLMESİNE YÖNELİK TALEP HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Yönetmelik Hükmü

BTY m. 32/3’e göre, “*Bakanlık temsilcisi bulunması zorunlu olmayan toplantılar için, çağrı yapanlar dışındakilerin Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine ilişkin görevlendirme makamına doğrudan yapacakları başvurular dikkate alınmaz. Ancak sermayenin en az onda birini oluşturan pay sahipleri tarafından gerekçeleri de bildirilmek suretiyle Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine dair talep, görevlendirme makamının değerlendirilmesine sunulmak üzere şirkete yapılır. Toplantıya çağırılanlar tarafından bu talebin görevlendirme makamına iletilmesi zorunludur.*”. Anılan hükmün ikinci cümlesinde azınlığa Bakanlık temsilcisi talep hakkı¹³, üçüncü cümle-

¹² Bilgili/Demirkapı, s. 301.

¹³ Öğretide Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılmasının Türk Ticaret Kanunu Komisyonu’nda çok tartışılan bir konu olduğu belirtilmiştir. Komisyonunda bir görüş Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılımının küçük anonim şirketler, aile anonim şirketleri ve kapalı anonim şirketler bakımından kaldırılması gerektiğini; diğer bir görüş ise, pay sahipleri arasında uyumsuzluk olan anonim şirketler açısından, pay sahibinin veya belirli bir grubun talebi hâlinde Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olması gerektiğini belirtmiştir. Komisyonunda bu görüşlerde uzlaşma sağlanamamıştır. Komisyondaki bu görüşler için bkz. **Erdem**, Ercüment: “Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Şirketler Genel Kurulları İçin Getirdiği Yenilikler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 117-118, 2014, s. 43. Yazar, Bakanlık temsilcisinin genel kurul toplantılarına katılmasının pay sahiplerinin veya belirli bir grubun talebi hâlinde zorunlu olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Erdem**, Yenilikler, s. 43. Bu bilgiler ışığında TTK Tasarı komisyonunda belirli bir grubun talebi hâlinde Bakanlık temsilcisinin katılımına ilişkin görüşün, BTY’ye yansıtıldığı ifade edilebilir.

sinde ise, bu talep hakkının kullanılış usulü düzenlenmiştir. Hükümde, azınlık pay sahiplerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine ilişkin doğrudan talep etme hakkı tanınmamıştır. Ancak bu talep, görevlendirme makamına iletilmek üzere şirkete yöneltildiğinden, azınlığa dolaylı bir hak tanındığı kabul edilmektedir¹⁴.

Azınlığın Bakanlık temsilcisi talep hakkı, Alman hukuku ve İsviçre hukuku bakımından incelendiğinde, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda (APOK) genel kurula Bakanlık temsilcisi katılımı öngörülmemiştir. APOK § 130/1'de, genel kurul toplantı tutanağının noter tarafından tutulması gerektiği; § 130(1a)'da noterin genel kurul toplantısının yapıldığı yerde hazır bulunarak, toplantının gidişatına ilişkin gözlem yapmakla yükümlü olduğu ve § 130/4'te ise tutanağın noter tarafından imzalanması gerektiği düzenlenmiştir¹⁵. Aksi takdirde APOK § 241/1 gereğince genel kurul kararı batıl sayılacaktır. Görüldüğü üzere Alman hukukundaki noterin işlevini Türk hukukunda Bakanlık temsilcisi üstlenmiştir¹⁶.

İsviçre Borçlar Kanunu Art. 702/2 genel kurul toplantı tutanağının içeriği; Art. 702/3'te ise, tutanağın katip veya toplantı başkanı tarafından imzalanması gerektiği düzenlenmiştir¹⁷. İsviçre hukukunda genel kurula katılım açısından Alman hukukunda öngörüldüğü şekilde bir noter veya Türk hukukunda olduğu şekilde bir Bakanlık temsilcisi öngörülmemiştir. Alman hukuku ve İsviçre hukuku düzenlemeleri dikkate alındığında, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılımının ve azınlığın Bakanlık temsilcisi talep hakkına ilişkin düzenlemenin Türk hukukuna özgü olduğu ifade edilebilir.

¹⁴ **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 557, N. 691a; **Çebi**, Hakan: Şirketler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 143.

¹⁵ **Liebscher**, Thomas in Henssler, Martin/**Strohn**, Lutz (Hrsg.): Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, C.H.Beck, München 2016, § 130 Rn. 24; **Koch**, Jens in Hüffer, Uwe/Koch, Jens: Aktiengesetz - Beck'sche Kurz-Kommentare, 19. Aufl., München 2025, § 130 Rn. 26; **Goette**, Wulf/**Habersack**, Mathias/**Kalss**, Suzanne: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 6. Aufl., München 2024, Rn. 3. Noterin onayına ilişkin ilişkin olağan/olağanüstü genel kurul ayrımının yapılmadığına ve çağrısız genel kurulda dahi noter onayının aranacağına ilişkin bkz. MüKoAktG/**Kubis** AktG § 130 Rn. 3.

¹⁶ **Yasan**, s. 6.

¹⁷ Toplantı başkanının aynı zamanda katip olarak görev yapabileceğine ilişkin bkz. **Dubs**, Dieter/**Truffer**, Roland in Watter, Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht II (Art 530-964 OR), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2024.

B. Azınlık Hakkının Yönetmelik'te Düzenlenme Nedeni

Anonim şirketlerde azınlık haklarının tamamı TTK'da düzenlenmişken, azınlığın Bakanlık temsilcisi talep hakkı Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Bu hakkın TTK'da düzenlenmesi yerine, Yönetmelik ile düzenlenme nedeni belirsizdir. Zira BTY m. 32'de Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olduğu şirketler ve talep edilmesi hâlinde zorunlu olan şirketlerin TTK m. 407/3'te sayılması mümkün olabilirdi. Bunun yanında kanun koyucu Yönetmelik'te sayılan şirketleri tek tek belirtmese dahi, 407/3'te veya 407'nci maddeye eklenecek 4. fıkra ile azınlığa Bakanlık temsilcisi talep hakkı tanıyabilirdi.

Kanaatimizce, Bakanlık temsilcisi talep hakkının Yönetmelik ile düzenlenmesinin ilk gerekçesi TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, TTK'da düzenlenmemiş olan hususların, Kanun değişikliği yerine ilgili Yönetmelik ile düzenlenmek istenmesidir. Nitekim TTK, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesine karşın (TTK m. 1534), Yönetmelik 28.11.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir (BTY m. 49). Dolayısıyla, kanun koyucu TTK'da yer almayan hususların, Yönetmelik hükmünde yer almasını sağlamıştır.

İkinci olarak, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılımındaki görev ve yetkilerinden hareketle, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılmasının zorunlu olduğu şirketlerin kapsamı genişletilmek istenmiş olabilir. Zira TTK m. 422/1'in son cümlesinde toplantı tutanağının, Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanması gerektiği, aksi hâlde geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde "*talep üzerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilen toplantılarda*"¹⁸, Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanmayan toplantı tutanağı geçersiz olacaktır (BTY m. 26/5). Bakanlık temsilcisinin katılmasının zorunlu olduğu şirket genel kurullarına, Bakanlık temsilcisi katılmamış ise, Bakanlık temsil-

¹⁸ BTY m. 26/5'in ilk hâlinde sadece Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu olan toplantılarda Bakanlık temsilcisinin imzalamadığı tutanaklarının geçersiz olduğu öngörülmüştü. BTY m. 32/4'te Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılımının zorunlu olduğu şirketler ile talep sonucunda Bakanlık temsilcisinin görevlendirildiği şirketlerde, temsilcinin yokluğunda alınan kararlar geçersiz sayılmış; BTY m. 26/5'te ise, sadece Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olduğu şirketlerden bahsedilmiştir. Hâl böyle olunca BTY m. 26/5 ile BTY m. 32/5 arasında bir çelişki olduğu öğretilmiştir. 09.10.2020 tarihli ve 31269 sayılı Resmi Gazete ile BTY m. 26/5 son hâlini almış ve talep üzerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilen toplantılar da ilgili hükmün kapsamına dahil edilmiştir. Bkz. **Hamamcıoğlu**, Esra: "6102 Sayılı TTK. ve İkincil Düzenlemelere Göre Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi – II", Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 149, dn. 33.

cisinin yokluğunda alınan kararlar da geçerli olmayacaktır (BTY m. 32/4). Anılan hükümlerde genel kurul kararlarının geçersiz olduğu düzenlenmiş, ancak geçersizliğin türü belirtilmemiştir. Söz konusu geçersizliğin türüne ilişkin öğretide farklı görüşler yer aldığından, geçersizliğin türü Bakanlık temsilcisinin genel kurul toplantısına katılmaması ve Bakanlık temsilcisinin genel kurul toplantı tutanağını imzalamaması başlığı altında değerlendirilmiştir. Bakanlık temsilcisinin görev ve yetkileri dikkate alındığında, temsilcinin genel kurul toplantılarına katılımının, karar alma sürecinin daha sağlıklı işlemesine katkı sağlayacağı düşüncesiyle, temsilci bulundurulması zorunlu olan şirketlerin kapsamı genişletilmiş olabilir¹⁹.

Üçüncü olarak, azınlık pay sahiplerinin menfaati bakımından²⁰, bu kişilere Bakanlık temsilcisi talep hakkının tanınma ihtiyacı ortaya çıkmış olabilir. BTY m. 34/1'e göre, "*Bakanlık temsilcisinin temel görevi, toplantının Kanun, bu yönetmelik ve ilgili mevzuat ile esas sözleşme hükümlerine uygun olarak yürütülmesini gözetmektir. Bakanlık temsilcisi genel kurul tutanağının hazırlanmasına nezaret eder. Tutanağın, Kanun ve bu yönetmelik hükümlerine uygun olarak düzenlenmesini sağlar. Bakanlık temsilcisi toplantının yapılması ve kararların alınması ile ilgili tespit ettiği hukuka aykırılıkları ve usulsüzlükleri, toplantı tutanağına da geçirir ve ilgililerle birlikte imzalar.*"²¹. Bu kapsamda Bakanlık temsilcisinin görevleri arasında; çağrının

¹⁹ Akdağ Güney'e göre, Yönetmelik ile Bakanlık temsilcisinin bulundurulması zorunlu olan şirketlerin kapsamının genişletilmesinin gerekçesi, genel kurul toplantılarının sağlıklı yapılması ve iptal davalarının açılmasının engellenmek istenmesidir. Bunun yanında, Bakanlık temsilcisi olarak görev yapan kimselerin istihdamının engellenmemek istenmesi de gerekçe olarak ileri sürülebilir. Ancak yazar devamında çarşısız genel kurularda Bakanlık temsilcisinin bulunmasını öngören Yönetmelik hükmünün doğru ve kabul edilebilir olmadığını belirtmiştir. Bkz. **Akdağ Güney**, s. 466.

²⁰ Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi talep hakkının azınlığın menfaatine olduğuna ilişkin bkz. **Özsoy**, s. 3418. Ayrıca bkz. **Gencer**, Hakan: Anonim Şirketlerde Azınlık ve Azınlık Hakları (Yargıtay Kararları Çerçevesinde), 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 162.

²¹ **Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2024, s. 162; **Bahtiyar**, Mehmet: "Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri", Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü: Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 42; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 79; **Bilgili/Demirkapı**, s. 312; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 500, N. 691a; **Özsoy**, s. 3416. Mülga TTK dönemine ilişkin olarak bkz. **Helvacı**, Mehmet: "Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik" Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997, s. 30; **İmregün**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul 1989, s. 143. Bakanlık temsilcisinin bazı anonim şirket genel kurula katılımının

usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığını, yetersayıların sağlanıp sağlanmadığını veya muhalefetini tutanağa geçirtmek isteyen pay sahiplerine izin verilip verilmediğini incelemek yer almaktadır²². Bakanlık temsilcisi toplantı sırasında meydana gelen hukuka aykırılıkları tutanağa geçirecek ve imzalayacaktır. Böylelikle ilerde açılacak davalar bakımından gerçek durumu gösteren ve Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanan tutanak önemli bir delil

zorunlu tutulmasının nedeni Bakanlık temsilcisinin, toplantının Kanuna, Yönetmelik hükümlerine, ilgili mevzuata ve esas sözleşme hükümlerine göre yürütülmesini sağlamaktır. Bkz. **Orbay Ortaç**, Nurdan: Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 118. Bakanlık Temsilcisi Yönetmeliği'nde Bakanlık temsilcisinin görevine ilişkin başka hükümler de yer almaktadır. Anılan yönetmeliğe göre Bakanlık temsilcisinin görevleri şu şekildedir; BTY m. 16/3'e göre, "Yönetim kurulunca hazırlanan genel kurul toplantısına katılabilecekler listesi....Bakanlık temsilcisinin bulunma zorunluluğu olan toplantılarda Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır". BTY m. 23/3'e göre, "Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu olan toplantılarda Bakanlık temsilcisinin....şirket esas sözleşmesi ve iç yönergesi ile Kanun ve diğer ilgili mevzuatta öngörülen hususların yerine getirildiğini ve gerekli nisabın sağlandığını tespit etmesinden sonra toplantıya devam edilir". BTY m. 26/1'e göre, "Tutanak.....Bakanlık temsilcisi bulunması zorunlu olan veya 32 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca talep üzerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilen toplantılarda Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır". BTY m. 26/4'e göre, "Tutanağa eklenen muhalefet şerhi de toplantı başkanı ve Bakanlık temsilcisi bulunan toplantılarda Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır". BTY m. 34/1'e göre, "Bakanlık temsilcisi toplantının yapılması ve kararların alınması ile ilgili tespit ettiği hukuka aykırılıkları ve usulsüzlükleri, toplantı tutanağına da geçirir ve ilgililerle birlikte imzalar". BTY m. 34/3'e göre, "Bakanlık temsilcisi toplantıdan sonra, hazır bulunanlar listesi, gündem ve genel kurul toplantı tutanağının bir nüshasını alarak, bir hafta içinde Bakanlık merkez teşkilâtında Genel Müdürlüğe, illerde il müdürlüğüne teslim eder. Bakanlık temsilcisi; genel kurul toplantısı sırasında, Kanun, esas sözleşme ve bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık olmasına rağmen herhangi bir nedenle toplantı tutanağında belirtilemeyen hususlar ile herhangi bir sebeple toplantının açılmaması veya açılan toplantının tamamlanamaması gibi hususların varlığı hâlinde, rapor düzenleyerek diğer belgelerle birlikte Bakanlığa/il müdürlüğüne verir.". Görüldüğü üzere Bakanlık temsilcisinin genel kurul toplantısının hukuka uygun bir şekilde gerçekleşmesinde önemli bir rolü bulunmaktadır. Bu kapsamda genel kurulda azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması bakımından Bakanlık temsilcisinin varlığı önem arz etmektedir.

²² Bakanlık temsilcisinin görevlerine ilişkin bkz. **Bilgili/Demirkapı**, s. 312; **İmregün**, Ortaklık, s. 144; **Korkut**, Ömer: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Karahan Kitabevi, Adana 2012, s. 16-17; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, § 33, N. 146; **Tekil**, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 1998, s. 282. Ancak belirtmek gerekir ki, mülga TTK döneminde komiserin toplantıya katılması ve tutanağı imzalaması bir formalite olarak görülmüş ve komiser, denetim ve nezaret görevini istenildiği şekilde yerine getirememiştir. Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 162; **İmregün**, Ortaklık, s. 15, 144.

oluşturacaktır²³. Gerçekten pay sahipleri arasında uyuşmazlığın olduğu bir şirkette, genel kurulda çoğunluğu elinde bulunduran pay sahipleri, azınlık haklarının kullanılmasına engel olabilir. Örneğin, azınlık pay sahibi genel kurul kararına olumsuz oy vermesine karşın, çoğunluk pay sahipleri veya genel kurul toplantı başkanı muhalefetini tutanağa geçirtmek istemeyebilir. Böyle bir durumun gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu genel kurul toplantıları açısından, azınlık, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılmasını talep edebilir. Talep üzerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi ihtimalinde, Bakanlık temsilcisinin görev ve yetkileri kapsamında, azınlık, genel kurulda haklarını daha sağlıklı şekilde kullanabilecek ve böylelikle azınlık pay sahiplerinin menfaati ihlal edilmemiş olacaktır²⁴. Bunun yanında Bakanlık temsilcisinin tarafsız olması ve resmi olarak görevlendirilmesi de, azınlık açısından gerekli güveni sağlamaktadır²⁵. Bakanlık temsilcisinin görevi sadece toplantıya katılmak ve tutanağı imzalamaktan ibaret değildir²⁶. Ayrıca pay sahipleri aleyhine genel kurulda alınacak olan hukuka aykırı bir kararı tespit etmek ve bu durumu toplantı tutanağına geçirterek, ilgililerle birlikte imzalamakta Bakanlık temsilcisinin görevleri arasındadır²⁷.

BTY m. 34/4'e göre, "*Bakanlık temsilcisinin birinci fıkradaki görev ve yetkileri, Bakanlık temsilcisinin bulunmadığı toplantılarda toplantı başkanı tarafından yerine getirilir.*". Ayrıca Bakanlık temsilcisinin katılmasının zorunlu olduğu toplantılarda, "*toplantı başkanının şirket esas sözleşmesi ve iç*

²³ **Bilgili/Demirkapı**, s. 312.

²⁴ Öğretide bir görüş, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılma gerekçeleri olarak gösterilen, pay sahipleri arasındaki menfaat çekişmelerinin veya pay sahipliği haklarının ihlalinin önlenmesinin, daha geri planda olduğunu ifade etmiştir. Zira Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılımı mülga TTK'dan farklı olarak bütün anonim şirketler bakımından değil; bazı anonim şirketler açısından kabul edilmiştir. Bkz. **Eminoğlu**, Genel Kurul, s. 150.

²⁵ **Karasu**, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 185.

²⁶ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 162. Mülga TTK açısından komiserin görevinin sadece toplantıyı izlemek olmadığına ilişkin bkz. **İmregün**, Ortaklık, s. 143.

²⁷ Nitekim Pulaşlı, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılma amacının, pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmemesini sağlamak ve hukuka aykırılıkları engellemek olduğunu belirtmiştir. Yazar, genel kurulda alınan birçok hukuka aykırı karar bakımından, azınlığın iddiasını ispat edemeyeceği ve böylece devredilemez ve vazgeçilemez haklarının ihlal edileceğini ifade etmiştir. Örneğin, azınlık pay sahipleri olumsuz oy kullanmasına karşın, tutanakta çekimser oy kullanıldığı yazılmış olabilir. Bu nedenle azınlığın Bakanlık temsilcisi talebinde bulunması hâlinde, görevlendirme makamının kararını ilke olarak olumlu yönde kullanarak, Bakanlık temsilcisini görevlendirmesi yerinde olacaktır. Bkz. **Pulaşlı**, Şerh, § 33, N. 155.

yönergesi ile Kanun ve diğer ilgili mevzuatta öngörülen hususların yerine getirildiğini ve gerekli nisabın sağlandığını tespit etmesinden sonra toplantıya devam” edilecektir. Toplantı başkanının, esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça, genel kurulda seçileceği dikkate alındığında, çoğunluk tarafından toplantı başkanı seçilmişse; genel kurulda azınlık aleyhine hukuka aykırı karar alınması ihtimal dahilindedir. İşte kanun koyucu tarafından, bu ihtimalin önüne geçilebilmesi amacıyla azınlığa Bakanlık temsilcisi talep hakkı tanınmış olabilir. Nitekim Bakanlık temsilcisinin görevini “*tarafsız, dürüst ve özenli*” şekilde yapmakla yükümlü olması (BTY m. 39/1), genel kurul toplantısının hukuka uygun olarak yapılmasını sağlayacaktır²⁸.

Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanan tutanak TMK m. 7 anlamında resmi senet niteliğindedir. Resmi senet, resmi bir makam veya memurun katılmasıyla düzenlenen senet olarak tanımlanmış ve resmi senet açısından, ilgili makam ya da memurun, herhangi bir şekilde katılmış olmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir²⁹. Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanan toplantı tutanağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 240/2 anlamında aksi ispat edilinceye kadar kesin delil teşkil edecektir³⁰. Dolayısıyla genel kurulda alınan kararlara ilişkin bir uyuşmazlık çıkması durumunda, azınlık, Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanan tutanağı kesin delil olarak kullanabileceklerdir. Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanan tutanağın kesin delil niteliğine sahip olması, azınlığa Bakanlık temsilcisi talep etme hakkı verilmesinin nedeni olarak ileri sürülebilir.

²⁸ Bu yönde bkz. **Özsoy**, s. 3417-3418. BTY m. 39/1’de toplantı başkanının da görevini “*tarafsız, dürüst ve özenli*” şekilde yerine getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ancak Bakanlık temsilcisi ve toplantı başkanı arasındaki fark, Bakanlık temsilcisinin görevlendirme makamınca görevlendirmesi; toplantı başkanının ise, genel kurulca seçilmesidir. Dolayısıyla toplantı başkanının genel kurul toplantısını objektif olarak yönetmesi her zaman mümkün olmayabilir.

²⁹ **Akbay**, Direnç: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Azınlığın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Yoluyla Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017, s. 189.

³⁰ **Akbay**, s. 189; **Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 145; **Yurtbaşı**, Fatih: Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 252, s. 182. TMK m. 7/2’ye göre, resmi senetlerin “*içeriğinin doğru olmadığına ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, her hangi bir şekle bağlı değildir*”. Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanan tutanağın içeriğinin doğru olmadığını iddia eden kişiler, herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan aksini ispat edebileceklerdir. Bkz. **Akbay**, s. 189.

C. Azınlık Hakkının Yönetmelik İle Düzenlenip Düzenlenmeyeceği Meselesi

BTY m. 32/3 ile Türk Ticaret Kanunu'nda yer almayan bir azınlık hakkı düzenlenmiştir. Bahse konu azınlık hakkının TTK'da düzenlenmeme gerekçesi açık değildir. Hâl böyle olunca Yönetmelik hükmü ile azınlık hakkının düzenlenip düzenlenmeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır³¹. Bu hususa ilişkin öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, azınlık hakkının Yönetmelik ile düzenlenmesi, normlar hiyerarşisine aykırı olacaktır³². Diğer bir görüşe göre ise, TTK m. 407/3'te geçen "*hangi durumlarda Bakanlık temsilcisinin genel kurulda bulunacağı...Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir*" ifadesi geçtiği için, azınlığa Yönetmelik ile Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi talep hakkı tanınması Kanun kapsamındadır³³. Ancak yazara göre, azınlık hakkının Yönetmelik ile düzenlenmesi eleştiriye açık bir durumdur³⁴.

³¹ Sermayenin en az onda birine sahip pay sahiplerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi talep hakkı verilmesinin azınlık hakkı niteliği taşıyıp taşımadığının tartışılabilmesine ilişkin bkz. **Zengin**, İbrahim Çağrı: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 336.

³² Bahtiyar, Kanunda düzenlenmeyen bir azınlık hakkının Yönetmelik ile düzenlenmesinin ve azınlığın talebi ile görevlendirilen Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararların geçersiz sayılmasının normlar hiyerarşisi bakımından açıklanmasının güç olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Bahtiyar**, Tutanak, s. 41-42, dn. 16. Yazar farklı eserlerinde Yönetmelik hükmü ile azınlık hakkı tanınmasının eleştiriye açık olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 78. Ayrıca bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 161, dn. 302. Akdağ Güney, konuyu, çağrısız genel kurulda Bakanlık temsilcisinin bulunma zorunluluğuna ilişkin çalışmada değerlendirmiştir. Yazara göre, TTK m. 407/3 hükmünde, Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olduğu şirketler, TTK m. 333'te düzenlenen şirketler şeklinde sınırlandırılmıştır. Buna rağmen alt norm olan Bakanlık Temsilcisi Yönetmeliği ile "*Bakanlık temsilcisi bulundurulmasını şart koşan ve istisnai bir düzenlemeyi genişleten hükümlere yer verilmesi son derece hatalı olmuştur*". Nitekim Yönetmelik hükmü ile "*kanunda olmayan veya öngörülmemen hususların düzenlenmesi, kanun hükümlerinin daraltılması veya kanunun çizdiği sınırların aşılarak düzenleme yapılması mümkün değildir*". Bkz. **Akdağ Güney**, s. 465-466. Bozkurt açıkça normlar hiyerarşisinden bahsetmemiş, ancak BTY m. 32/3 ile Kanun'a uygunluğu tartışılabilir ilginç bir hüküm getirildiğini ve Yönetmelik hükmü ile bir azınlık hakkı yaratılmaya çalışıldığını belirtmiştir. Bkz. **Bozkurt**, Tamer: Şirketler Hukuku, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2025, s. 358-359. Gencer'e göre ise, azınlığa bu şekilde bir hak verilmesi yerinde olmakla birlikte, kanun yapma sistematigi bakımından isabetli değildir. Çünkü söz konusu azınlık hakkı, Yönetmelik yerine bizzat TTK'da düzenlenmeliydi. Bkz. **Gencer**, s. 193.

³³ **Özsoy**, s. 3414.

³⁴ **Özsoy**, s. 3414.

Yönetmelik ile azınlığa bir hak tanınıp tanınmayacağı hususunda öncelikle Yönetmelik ile düzenlenebilecek hususların tespit edilmesi gerekir. Anayasanın 124. maddesine göre, “Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, Yönetmelikler çıkarabilirler.”. Türk hukukunda idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuna dayanması zorunluluğu (*secundum legem*) ve kanuna aykırı olmaması karşısında (*intra legem*), kanunun düzenlemediği ve genel ilkelerini belirlemediği bir alanda Yönetmelik çıkarılması mümkün değildir³⁵. Bunun yanında öğreti ve Danıştay kararlarında, bir konunun Yönetmelik ile düzenlenebileceği kanunda açıkça öngörülmemiş olsa dahi, kanuna aykırı olmayacak şekilde ve kanunun çizdiği sınırlar ölçüsünde yönetmelik çıkarılabileceği belirtilmiştir³⁶.

³⁵ **Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 25. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2023, s. 382; **Gülgeç**, Yahya Berkol: Normlar Hiyerarşisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 294. Yönetmeliklerin kanuna dayanma zorunluluğunun mutlak olduğuna ilişkin bkz. **Eren**, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 915. “Yönetmelik ile getirilen hükümlerle yasaların hükümleri değiştirilemeyeceği gibi yasa koyucuya ait olanın da düzenlenmeyeceği...” Danıştay 5. D., E. 1987/2545, K. 1988/2659, T. 25.05.1988 (Danıştay Dergisi, S. 72-73, Y. 19, 1989, s. 302 vd.). Anayasa mahkemesi tarafından verilen yerleşik içtihatlarla da idarenin düzenleyici işlemlerinin kanuni dayanağının olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. “Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmemiş konularda yasamanın asliliği ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricinde geçerli olan yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Ancak bu durumda kanunda belirlenmesi gereken çerçeve, Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumlara göre çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle Anayasa’ya göre kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir” Anayasa Mahkemesi, E. 2021/106 K. 2024/101, T. 9.5.2024 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.02.2025).

³⁶ **Eren**, s. 915. “Anayasa’nın 8. maddesinde; yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği; 124. maddesinde de; Bakanlıkların, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği hükme bağlanmıştır. Belirtilen düzenlemeye göre, idare tarafından çıkarılacak yönetmeliğin yasal bir dayanağının olması, idarenin kendi görev alanını ilgilendirmesi ve üst hukuk kurallarına aykırı olmaması gerekir. Ancak, bir konunun yönetmelikle düzenleneceği yasada açıkça belirtilmemiş olsa dahi, bu durum, idarenin o konuda yönetmelik çıkarmasına engel teşkil etmemektedir. İdare, dayanağını yasada bulmak ve genel esasları yine yasada gösterilmek kaydıyla görev alanını ilgilendiren her konuyu yönetmelikle düzenleyebilir”. D. 15. D., E. 2015/4531, K. 2017/5624, T. 17.10.2017 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.02.2025). Aynı yönde bkz. D. 10. D., E. 2013/3011, K. 2016/3282, T. 13.6.2016 (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.02.2025).

Azınlığa Bakanlık temsilcisi talep etme hakkı tanınmak isteniyorsa, bu hakkın kanuni dayanağını oluşturacak bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. TTK m. 407/3'ün ikinci cümlesine göre, “*Diğer şirketlerde, hangi durumlarda Bakanlık temsilcisinin genel kurulda bulunacağı ve genel kurul toplantıları için temsilcilerin görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esaslar ile bunların nitelik, görev ve yetkileri ayrıca ücret tarifeleri Gümrük ve Ticaret Bakanlığıınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.*”. BTY m. 2’de, anılan Yönetmeliğin, Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu olan anonim şirket genel kurul toplantılarının belirlenmesini kapsadığı; BTY m. 3’te ise, bu Yönetmeliğin TTK’ya dayanılarak hazırlandığı öngörülmüştür. Azınlığın Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesini talep etme hakkının, Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesine ilişkin esas ve usuller kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. O hâlde, azınlığın Bakanlık temsilcisi talep hakkının Yönetmelik’te düzenlenmesine ilişkin bir kanuni dayanak bulunmaktadır. Bu nedenle Yönetmelik hükmü ile azınlığa Bakanlık temsilcisi talep hakkı verilmesi hukuka uygundur ve normlar hiyerarşisine aykırı değildir. Ancak anonim şirketlerde azınlık haklarının önemli yer tutması ve BTY m. 32/3’te azınlığa tanınan Bakanlık temsilcisi talep hakkı sonucunda, bu talebin görevlendirme makamına bildirilmemesi veya Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine karşın, Bakanlık temsilcisinin katılmaması genel kurul kararlarının geçerliliği bakımından etkili olacağından, bu talebin TTK’da düzenlenmesi çok daha isabetli olurdu.

II. AZINLIĞIN BAKANLIK TEMSİLCİSİ TALEP HAKKININ KULLANILIŞ USULÜ

A. Azınlık Kavramı

BTY m. 32/3’te, Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebinin, sermayenin en az onda birini oluşturan pay sahipleri tarafından kullanılacağı düzenlenmiştir. Azınlık, tek bir pay sahibinden oluşabileceği gibi birden fazla pay sahiplerinin bir araya gelmesiyle de meydana gelebilir. TTK’da azınlık, TTK m. 411/1, 439/1 ve 531 hükümlerinde “*sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide biri...*” şeklinde; TTK m. 420/1 ve 559 hükümlerinde “*sermayenin onda biri, halka açık şirketlerde yirmide biri*” şeklinde oran olarak öngörülmüştür. Bunun dışında azınlık, TTK m. 399/4-b’de “*Sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşi*” şeklinde yüzdelik oran düzenlenmiştir. TTK m. 360/1 ve 486/3 hükümlerinde ise, sadece azlık kavramı kullanılmıştır. Görüldüğü üzere

azınlık pay sahiplerine ilişkin oranı belirtmek için TTK'da yeknesaklık sağlanamamıştır.

Azınlık hakları öğretide hakkın niteliğine göre olumlu/olumsuz azınlık hakları ve azınlık hakkının kullanım yerine göre genel kurulda kullanılan-kullanılmayan azınlık hakları olarak sınıflandırılmıştır³⁷. Olumlu azınlık hakları, azınlığa tek taraflı irade beyanı ile Kanun veya esas sözleşmede kendisine tanınan hakları kullanabilmesi için talepte bulunma yetkisi veren ve kullanılmasının şirket veya organın kabulüne bağlı olmadığı haklardır³⁸. Olumsuz azınlık hakları ise bir kararın alınmasına olumsuz yönde oy kullanarak, o kararın alınmasına engel olunmasına sebebiyet veren haklardır³⁹. BTY m. 32/3'te öngörülen azınlık hakkı, azınlığa tek taraflı irade beyanı ile Bakanlık temsilcisi talep hakkı verdiğinden ve kullanılması şirket onayına bağlı olmadığından olumlu azınlık hakları kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁰. Öğretide olumlu azınlık hakları; hakkın yerine getirilememesi durumunda, azınlığa dava açarak hakkın yerine getirilmesini sağlayan haklar olarak ifade edilmiştir. Aşağıda görüleceği üzere Bakanlık temsilcisi talep hakkı şirkete karşı yapılmasına karşılık, herhangi bir nedenle görevlendirme makamına bu talep ulaşmamışsa, hükümde bir yaptırım öngörülmemiştir. Nitekim BTY m. 32/3'te azınlığa Bakanlık temsilcisi talep edebilme hakkına

³⁷ **Tekinalp**, Ünal/**Teoman**, Ömer: "Der Minderheitenschutz im Türkischen Aktienrecht", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S. 45, 1983, s. 104-105; **Dural**, H. Ali: "Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 181-183; **Helvacı**, Mehmet: "Anonim Ortaklıkta Ticaret Hukukundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 300; **Kayar**, İsmail: Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1989, s. 33, 36 vd.; **Çiftci**, Nazmiye: Anonim Şirketlerde Azınlığın Finansal Tabloların Müzakeresinin Ertelenmesini İsteme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 46.

³⁸ **Birsel**, Mahmut T.: "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", İmran Öktem'e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 632; **Çiftci**, s. 47; **Gencer**, s. 95 **İmregün**, Ortaklık, s. 309; **Kayar**, s. 34; **Kendigelen**, Abuzer: Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Hakkında İmtiyaz, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 297; **Özsoy**, s. 3415; **Sert Canpolat**, Selin: "Anonim Ortaklıkta Azınlık Haklarının İncelenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 74, 2008, s. 165; **Sumer**, Ayşe: Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi (Yargıtay Kararları ile Birlikte), İsmail Akgün Kitabevi, İstanbul 1991, s. 24.

³⁹ **Birsel**, s. 631; **Çiftci**, s. 47; **Gencer**, s. 87; **İmregün**, Ortaklık, s. 309; **Kayar**, Azınlık, s. 34; **Kendigelen**, İmtiyaz, s. 296, 301; **Özsoy**, s. 3415; **Sert Canpolat**, s. 161; **Sumer**, s. 18.

⁴⁰ Bu yönde bkz. **Özsoy**, s. 3416.

yönelik bir dava hakkı da tanınmamıştır⁴¹. Kanaatimizce azınlığa Bakanlık temsilcisi talep hakkı ile bir dava hakkı tanınmamış olması bunun olumlu azınlık hakkı olarak nitelendirilmesini engellemeyecektir. Ayrıca dava açma hakkının tanınmadığı TTK’da düzenlenen diğer azınlık hakları da olumlu azınlık hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.

Azınlık pay sahipleri oransal veya nominal ölçütlere göre tespit edilmektedir⁴². Oransal azınlık, esas sermayenin belirli bir oranını veya belirli bir yüzdesini ifade eden azınlıktır⁴³. Nominal azınlık ise, oransal ve yüzdelik yerine payların itibari değerlerinin esas alındığı azınlık olarak açıklanmaktadır⁴⁴. TTK’da azınlık pay sahiplerinin belirtilmesinde genellikle yüzdelik veya orantı olarak azınlığın esas alındığı görülmektedir⁴⁵. Bunun yanında sadece özel denetçi atanmasına ilişkin TTK m. 439’da “*paylarının itibari değerinin toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri*” ifadesi ile azınlık pay sahiplerinin, paylarının itibari değeri esas alınarak nominal azınlık belirlenmiştir. BTY m. 32/3’te sermayenin en az onda biri ifadesi ile azınlık pay sahiplerinin oransal olarak belirlendiği ve bu oranı sağlayan pay sahiplerine Bakanlık temsilcisi talep hakkının tanındığı anlaşılmaktadır. Ayrıca azınlığa tanınan Bakanlık temsilcisi talep etme hakkı şirket genel kurul toplantısından önce kullanılmaktadır. Bu nedenle Bakanlık temsilcisi

⁴¹ Özsoy, azınlığa tanınan Bakanlık temsilcisi talep hakkının teknik anlamda bir azınlık hakkı olmadığını söylenebileceğini şu şekilde belirtmiştir. “*Ancak şunu da eklemeliyiz ki, teknik anlamda azınlık haklarının en nihayetinde bir talep hakkına karşılık geldiği ifade edilmekte15 ve bu suretle talebin reddi hâlinde dava yoluyla kullanılması gerekmektedir; GKTY 32/3’te düzenlenmiş olan hakkın sonuçları kullanılmakla kendiliğinden doğmamakta hatta mezkûr talep görevlendirme makamına sunulduğunda görevlendirme makamının takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu sebeple burada teknik anlamda bir azınlık hakkı dahi olmadığı söylenebilecektir*”. Bkz. **Özsoy**, s. 3416.

⁴² Bunların yanında Ulusoy, oransal veya nominal olarak belirlenmemiş olan ve “*fiili duruma göre genel kurulda mevcut ya da kullanılan oyların belirli bir oram olarak tespit edilebilen, her somut olayın fiili koşullarına göre esas sermayedeki ve tüm oy haklarındaki oranları değişebilen*” azınlığı fiili azınlık olarak nitelendirmiştir. Bkz. **Ulusoy**, Erol, “Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması”, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara 2022, s. 72. Ayrıca bkz. **Çiftci**, s. 42; **Gencer**, s. 75; **Özden**, s. 1712; **Zorluer**, Onur: Anonim Şirketlerde Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılmasına Karşı Çoğunluğun Korunması, Adalet Yayınevi, İstanbul 2021, s. 46.

⁴³ **Ulusoy/Ulusoy**, s. 68.

⁴⁴ **Gencer**, s. 73; **Ulusoy/Ulusoy**, s. 68.

⁴⁵ TTK’da teknik anlamda kabul edilen azınlık kavramının, oransal azınlık olarak kullanıldığına ilişkin bkz. **Kayhan**, Şaban: Şirketler Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 259; **Ulusoy/Ulusoy**, s. 68.

talep hakkının genel kurul dışında kullanılabilen azınlık hakkı kapsamında olduğu ifade edilebilir.

TTK'da düzenlenen bütün azınlık haklarında halka açık ve kapalı şirket ayrımı yapılmasına karşın, BTY m. 32/3'te bu yönde bir ayrım yapılmamıştır⁴⁶. BTY m. 32/1'e göre, kuruluş ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi olan şirketlerin tüm genel kurul toplantılarına Bakanlık temsilcisinin katılması gerekmektedir. Kuruluş ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi olan şirketleri düzenleyen Tebliğ'in 5. maddesinde 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na (SerPK) tabi şirketlerin bu kapsamda olduğu düzenlenmiştir. Ancak atıf yapılan SerPK, mülga 2499 sayılı SerPK olup; yürürlükte olan SerPK, 6362 sayılı SerPK'dır. 6362 sayılı SerPK m. 139'da "2499 sayılı Kanun hükümlerine yapılan atıflar, bu Kanunun ilgili hükümlerine yapılmış sayılır" denildiği için, mevcut SerPK'ya atıf yapılmış kabul edilecektir. Halka açık anonim şirketler, SerPK kapsamında olduğundan BTY m. 32/3 hükmünün halka açık anonim ortaklıklar bakımından uygulanması mümkün değildir⁴⁷. Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olduğu bir genel kurulda azınlığa Bakanlık temsilcisi görevlendirme talep hakkının verilmesinin açıkçası bir anlamı bulunmamaktadır⁴⁸.

B. Azınlık Oranlarının Esas Sözleşmeyle Değiştirilmesi

Azınlık pay sahipliği oranlarının esas sözleşme ile değiştirilip değiştirilemeyeceği öğretide genellikle TTK'da düzenlenen azınlık hakları bakımından tartışılmıştır⁴⁹. Bir görüşe göre, azınlık pay sahipliğine ilişkin oranın esas sözleşme ile hafifletilebilmesi mümkündür⁵⁰, ancak bu oran ağırlaştırı-

⁴⁶ Şirketin halka açık veya kapalı olup olmaması yönünden sermaye oranlarında değişiklik bulunmamasının nedeni muhtemel yapılması unutulmuş bir düzenlemedir. Bkz. **Uzel**, Necdet: "Anonim Ortaklık Hukukunda Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılması (Mümkün Müdür?) -Makale I: Genel Değerlendirme-" Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 1302, dn. 16.

⁴⁷ **Evlek**, Müge: "Türk Ticaret Kanunu'nda Öngörülen Azınlık Haklarının Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Uygulanması", Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 260, dn. 50.

⁴⁸ BTY m. 32/3'te düzenlenen azınlığa ilişkin oranın halka açık şirketler açısından geçerli olmadığına ve halka açık şirketlerde Bakanlık temsilcisinin bulunmasının zorunlu olmasından hareketle bu hususun tartışılmasına yer olmadığına ilişkin bkz. **Özsoy**, s. 3419.

⁴⁹ Bu tartışmalar için bkz. **Bahtiyar**, Mehmet: "Anonim Şirketlerde Azınlık Oranlarının Anasözleşme ile Değiştirilmesi Sorunu", Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu Hakem Denetiminden Geçmiş Tebliğler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2018, s. 365 vd.

⁵⁰ Esas sözleşme ile sermayenin onda birinden daha az sermayeye sahip ortaklara azınlık hakkı tanımlanabileceğine ilişkin bkz. **Arslanli**, Halil: Anonim Şirketler, C. I, Umumi Hü-

lamaz⁵¹. Diğer bir görüşe göre ise, azınlık pay sahipliğine ilişkin oranlar esas sözleşme ile artırılmaz ve TTK m. 411 hükmündeki istisna hariç azaltılmaz⁵².

kümleler, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 237; **Ayan**, Özge: Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklenmesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2004, s. 10; **Şener**, Oruç Hami: “Anonim Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Olağanüstü Toplantıya Çağırma ve Gündeme Madde Eklenmesini İsteme Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, 1994, S. 4, s. 42. dn. 11; **Sumer**, s. 9; **Can**, Mustafa Erdem: “Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara 2022, s. 417. Azınlık pay sahipliğine ilişkin oranın esas sözleşme ile düşürülebileceğini düzenleyen, TTK m. 411 hükmünün, TTK’da düzenlenen diğer azınlık hakları bakımından da uygulanmasının kanunun ruhuna uygun olacağı yönünde bkz. **Gencer**, s. 73.

⁵¹ Mülga Türk Ticaret Kanunu döneminde bu görüşü ileri süren görüşler şu şekildedir; **Helvacı**, Azınlık, s. 302; **Erem**, Tuğrul S.: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. II, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, İstanbul 1980, s. 284.; **Tekil**, s. 394, dn. 32; **Kendigelen**, İmtiyaz, s. 300. TTK açısından bu görüş için bkz. **Bahtiyar**, Azınlık, s. 369 vd.; **Memiş**, Tekin/Şimsek, Bahar: “Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerine Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 791. TTK m. 411 kapsamında azınlık pay sahipliği oranının ağırlaştırılmayacağına ilişkin bkz. **Eriş**, s. 2141. Domaniç, mülga TTK m. 366 (TTK m. 411) ile azınlık hakkının yüzde ondan daha az bir sermayeye tanınmış olması karşısında, diğer azınlık haklarının yüzde ondan daha az sayıda sermayeye sahip pay sahiplerine tanınmayacağı sonucunu doğurabileceğini belirtmiştir. Ayrıca yazar, anonim şirketlerde azınlık haklarının esas sözleşme ile yüzde ondan daha az bir pay grubuna tanınmasının çok sakıncalı olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. **Domaniç**, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, Temel Yayınları, İstanbul 1988, s. 814.

⁵² **Birsel**, s. 645; **İmregün**, Oğuz: Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1962, s. 82; **İmregün**, Ortaklık, s. 325; **Alışkan**, Murat: “Teori ve Uygulamada Azlığın Finansal Tabloların Görüşmelerini Erteleme Hakkı”, Prof. Dr. Zühtü Aytac’a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 381; **Bilge**, Mehmet Emin: “Limited Ortaklıkta Azınlığın Korunması”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 119-120; **Karasu**, s. 53; **Teoman**, Ömer: “Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı (TTK m. 377) Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar V (25-26 Mart 1988), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1988, s. 81; **Bilgili/Demirkapı**, s. 534. TTK m. 531’de düzenlenen azınlık hakkı bakımından azınlık pay sahiplerinin yüzdesinin düşürülmesi veya yükseltilmesi mümkün değildir. Zira azınlık oranlarının düşürülebileceği sadece TTK m. 411 hükmünde düzenlenmiştir. Ayrıca emredici hükümler ilkesi azınlık oranlarının değiştirilmesine engel teşkil edecektir. Bkz. **Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 336, N. 14-10.

BTY m. 32/3'te düzenlenen azınlığa ilişkin oranın değiştirilmesi hususunda emredici hükümleri düzenleyen TTK m. 340'ın ve pay sahipliğini belirten “*sermayenin en az onda birine sahip*” ifadesinin değerlendirilmesi gerekir. Emredici hükümler ilkesinin düzenlendiği TTK m. 340'a göre, “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir.*”. TTK'da veya diğer kanunlarda, azınlığa Bakanlık temsilcisi talep etme hakkı tanıyan herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda, azınlık pay sahipliği oranlarının esas sözleşmeyle değiştirilebilmesine ilişkin açık bir hüküm de bulunmamaktadır. Emredici hükümler ilkesi lafzi olarak yorumlandığında, Yönetmelik'te öngörülen azınlık oranlarının esas sözleşme ile değiştirilmesinin mümkün olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır⁵³.

Yönetmelik'te yer alan ‘en az’ ibaresi, sadece lafzi olarak yorumlanırsa, esas sözleşme ile azınlık pay sahipliği oranının düşürülemeyeceği; ancak artırılabilmesi sonucuna ulaşmak mümkündür⁵⁴. Azınlığın genel kurulu toplantıya çağırması ve gündeme madde ekletmesi hakkına ilişkin TTK m. 411/1'de “*Sermayenin en az onda biri*” ifadesi geçmekte, fıkranın son cümlesinde ise, “*Esas sözleşmeyle, çağrı hakkı daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabilir.*” denilmektedir. Bu hükümde hem “en az” ifadesine yer verilmiş hem de çağrı hakkının daha az paya sahip kişilere tanınabileceği öngörülmüştür. Aynı şekilde anonim şirketin haklı sebeple feshi düzenleyen TTK m. 531 hükmünde de, azınlığı ifade etmek için “en az” ibaresi kullanılmıştır⁵⁵. Anılan hükmün gerekçesinde ise, esas sözleşme ile daha düşük bir oran öngörülebileceği düzenlenerek, madde metni ve gerekçesi arasında

⁵³ Emredici hükümler ilkesinin lafzi yorumlanması durumunda, azınlık oranlarının düşürülmesi sadece, TTK m. 411'de düzenlenen azınlık hakkı için söz konusu olacaktır. Bkz. **Bilgili/Demirkapı**, s. 534; **Eminoğlu**, Cafer: Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 95. Emredici hükümler ilkesinin eleştirisi için bkz. **Bahtiyar**, Azınlık, s. 369-371. Yazara göre, azınlık oranlarının esas sözleşme ile hafifletilmesi, azınlık haklarının kullanımını kolaylaştıracak ve hakların etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayacaktır.

⁵⁴ **Bahtiyar**, Azınlık, s. 372.

⁵⁵ TTK m. 531'de geçen “en az” ifadesinin azınlık pay sahipliğine ilişkin oranın daha aşağı çekilmesine engel olunmak istenip istenmediği tartışmasını beraberinde getireceğine ilişkin bkz. **Erdem**, Nuri: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 169. TTK m. 531'de geçen “en az” ibaresi nedeniyle, esas sözleşme ile daha düşük bir oranın öngörülebileceğine ilişkin bkz. **Bilge**, Mehmet Emin: “Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 3-4, s. 272. Esasında “en az” ibaresi lafzi olarak yorumlandığında, esas sözleşme ile bu oranların artırılabilmesi, ancak düşürülemeyeceği anlamı çıkmaktadır.

bir çelişki yaratılmıştır. Dolayısıyla “en az” ifadesi kanun koyucu tarafından oranların hafifletilemeyeceğini belirtmek amacıyla konulmamış, sadece azınlığa ilişkin oranlar tespit edilmek istenmiştir. Zira hükümdeki “en az” ifadesinin lafzına aşırı itibar edilirse, azınlık pay sahiplerine ilişkin oranın sadece ağırlaştırılabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır⁵⁶.

Kanaatimizce Yönetmelik’te öngörülen azınlığın Bakanlık temsilcisi talep etme hakkı bakımından, bu oranların azınlık pay sahipleri aleyhine değiştirilememesi, fakat azınlık pay sahipleri lehine oranların hafifletilebilmesi gerekir. Emredici hükümler ilkesi, azınlık pay sahiplerinin haklarını etkin bir biçimde ve daha kolay kullanabilmelerini sağlayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu nedenle Bakanlık temsilcisi talep hakkı açısından esas sözleşme ile azınlığa ilişkin oranların düşürülmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca Yönetmelik’te yer alan “en az” ifadesi azınlığa ilişkin oranların düşürülemeyeceği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira “en az” ibaresinin geçtiği TTK m. 411/1 hükmünde ve TTK m. 531 hükmünün gerekçesinde, madde metninde her ne kadar en az ibaresi geçse de, azınlığa ilişkin oranların düşürülebileceği belirtilmiştir. TTK’da düzenlenen azınlık hakları da dikkate alındığında, BTY m. 32/3’te yer alan “en az” ifadesinin kanun koyucu tarafından, azınlık pay sahipliğine ilişkin oranların hafifletilmesini önlemek amacıyla konulmadığı, sadece azınlığa ilişkin oranları belirtmek amacıyla kullanıldığı kabul edilmelidir⁵⁷. Bu nedenle BTY m. 32/3’te yer alan “en az” ifadesi yer almasaydı dahi, azınlık oranına ilişkin herhangi bir farklılık söz konusu olmayacaktı. Hatta bu şekilde bir ifadenin kullanılmaması⁵⁸, böyle bir tartışmaya mahal vermemesi adına daha isabetli olurdu.

⁵⁶ Bahtiyar tarafından, TTK’da azınlık pay sahipliğine ilişkin oranları düzenleyen hükümlerde geçen “en az” ibaresi açısından şu ifadeler kullanılmıştır; “*bu ibarenin lafzına fazlaca itibar edilirse, azınlık oranlarının düşürülmesine değil, artırılmasına yol açacağı söylenebilir.*”. Bkz. **Bahtiyar**, Azınlık, s. 372. Benzer şekilde Karasu, TTK m. 531’de geçen “en az” ibaresinin, azınlığa ilişkin oranın artırılabilmesi sonucuna götürdüğünü ifade etmektedir. Ancak yazara göre, azınlık haklarının düzenlenmesindeki amacın çoğunluk pay sahiplerine karşı azınlığın korunmak olması ve TTK m. 340’ta düzenlenen emredici hükümler ilkesi azınlık pay sahipliğine ilişkin oranın artırılabilmesi sonucuna varılmasını gerektirir. Bkz. **Karasu**, s. 54-55. TTK m. 531’de yer alan “sermayenin en az onda biri” ifadesinin ve hükmün emredici niteliğinin, esas sözleşme ile bu oranın daha aşağı çekilmesini önler nitelikte olduğuna ilişkin bkz. **Oruç**, Murat: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebep Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 27, S. 1, 2011, s. 218.

⁵⁷ **Bahtiyar**, Azınlık, s. 372. TTK m. 531 açısından bkz. **Erdem**, Fesih, s. 169.

⁵⁸ TTK m. 531’de kullanılan “en az” ibaresinin uygulamada tereddütlere yol açacağı, bu nedenle “en az” ifadesinin madde metninden çıkarılması gerektiği yönünde bkz. **Erdem**, Fesih, s. 170-171.

C. Talep Hakkının Muhatabı

BTY m. 32/3 gereğince, azınlık, Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine ilişkin talebini, gerekçelerini bildirerek görevlendirme makamının değerlendirilmesine sunulmak üzere şirkete yapmalıdır. Bu talebin şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kuruluna yöneltilmesi gerekmektedir⁵⁹. Ayrıca anılan hükümde geçen “*gerekçeleri de bildirilmek suretiyle*” ifadesiyle, talebin gerekçeli olarak yapılması gerektiği anlaşılmaktadır⁶⁰. Bu nedenle azınlığın gerekçesiz olarak, sadece genel kurul toplantısına Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesini talep ediyorum şeklindeki beyanı yeterli olmayacaktır.

Azınlığın gerekçeli olmayan Bakanlık temsilcisi talebinin şirket yönetim kurulu tarafından doğrudan görevlendirme makamına veya (toplantıya çağırılan kişi yönetim kurulu değilse) toplantıya çağırılan kişilere bildirip bildirilmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Kanaatimizce bu durumda, şirket yönetim kurulu, talebi gerekçesiz olması sebebiyle doğrudan reddetmelidir. Aksi hâlde gerekçesiz olan talep görevlendirme makamına ulaşacak ve herhangi bir gerekçeye dayanmayan bu talep görevlendirme makamı tarafından reddedilecektir. Talebin reddedilmesi için görevlendirme makamının kararının beklenmesi, zaman kaybına ve hatta azınlık pay sahipleri için hak kaybına yol açabilecektir⁶¹. Yönetim kurulunun talebi doğrudan reddetmesiyle süreç daha hızlı işleyecek ve azınlık, gerekçeli bir biçimde yeniden talepte bulunabileceklerdir. Yönetim kurulu, azınlığın talebini doğrudan reddetmek yerine, talebini gerekçelendirmesi için bir süre tanıyabilir. Bu durumda azınlık, verilen süre içerisinde talebini gerekçelendirirse, talep yönetim kurulu tarafından görevlendirme makamına iletilecektir.

D. Talep Hakkının Kullanılma Şekli

1. Talebin Yönetim Kuruluna veya Genel Kurulu Toplantıya Çağırılan Kişilere Yapılması Durumunda Şekil

BTY m. 32/3'te azınlık pay sahibinin Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebinin şekli ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden, azınlık, bu talebi şirket yönetim kuruluna

⁵⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 557, N. 691a; Orbay Ortaç, s. 101; Özsoy, s. 3420.

⁶⁰ Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesini talep eden azınlığın gerekçelerini de bildirmek durumunda olduğuna ilişkin bkz. Eminoglu, Kurumsal, s. 115.

⁶¹ Karşı görüş için bkz. Özsoy, s. 3421. Yazar, azınlığın keyfi görevlendirme talebinin, görevlendirme makamına iletilmesinin zorunlu olmasını, ancak bu talebin yerine getirilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

sözlü, yazılı veya noter aracılığıyla bildirebilir. Söz konusu talebin yazılı olarak yapılması, talebin yapıldığının ispatı bakımından isabetli olacaktır.

BTY m. 32/3 gereğince azınlığın Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi talebinin, görevlendirme makamına iletilmesi, üç aşamada gerçekleşecektir. Bir tablo ile göstermek gerekirse,

1. Azınlık pay sahipleri	➡	Şirket yönetim kuruluna
2. Şirket yönetim kurulu	➡	Genel kurulu toplantıya çağıran kişilere
3. Toplantıya çağıran kişiler	➡	Görevlendirme makamına

iletecektir. Yönetmelik hükmünde neden böyle bir yol tercih edildiği anlaşılamamaktadır. BTY m. 32/3'te Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebine ilişkin bu şekilde yol izlenmesi öğretide tartışılmıştır. Bir görüş, azınlığın doğrudan çağrısı yapanlardan talep etmesi veya doğrudan Bakanlığa başvurulmasına izin verilmesinin hakkın kullanılması bakımından etkili olacağını belirtmiştir⁶². Diğer bir görüş ise, olan hukuk bakımından, azınlığın Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebini, genel kurulu toplantıya çağıran kişinin yönetim kurulu haricindeki kişi/kişiler tarafından çağrılması durumunda, bu kişilere bildirmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶³.

Kanaatimizce azınlığın talebinin üç aşamada görevlendirme makamına iletilmesi azınlık hakkının kullanmasını zorlaştırması bakımından yerinde olmamıştır. Zira özellikle genel kurulun yönetim kurulu dışında yetkili bir kişi tarafından çağrıldığında, azınlık hakkının kullanılması fiilen imkânsız hâle gelecektir. Uygulamada çoğunlukla yönetim kurulu azınlığın talebini çağrıda bulunan kişilere iletmeyecek; ilettiği durumda ise, çağrısı yetkili olanlar tarafından bahse konu talep görevlendirme makamına iletilmeyecektir.

BTY m. 32/3'te azınlığın talebinin görevlendirme makamına bildirilmesi zorunlu tutulmuş, ancak bu bildirimin yerine getirilmemesi durumunda yaptırımın ne olduğu belirtilmemiştir. Kanaatimizce talebin görevlendirme makamına iletilmemesi durumu için bir yaptırım öngörülmediği dikkate alındığında, BTY m. 32/3 hükmünün müeyyidesiz hüküm (*lex imperfecta*) olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁴. Bu durumda yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağının da değerlendirilmesi gerekir. TTK m. 553 kapsamında yönetim kurulu üyeleri kanundan

⁶² Bilgili/Demirkapı, s. 302.

⁶³ Özsoy, s. 3420-3421.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Özsoy, s. 3425.

veya esas sözleşmeden doğan bir yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu tutulacaktır. Bu durumda zarar ile yönetim kurulu üyelerinin eylemi arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Azınlığın talebinin yönetim kurulu tarafından iletilmemesi durumunda, yönetim kurulunun bu eylemi sonucunda bir zararın oluştuğunu söylemek güçtür. Zira Bakanlık temsilcisi talebinin değerlendirilmesi görevlendirme makamının takdirinde olduğundan, temsilcinin genel kurul toplantısına katılıp katılmayacağı dahi belirsizdir. Ayrıca zararın ortaya çıktığı kabul edilse dahi yönetim kurulunun eylemi ve zarar arasında illiyet bağının var olduğunu söylemek mümkün değildir. Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine ilişkin talebin, görevlendirme makamının takdir yetkisinde olması, zarar ile yönetim kurulunun eylemi arasındaki illiyet bağını kesmektedir. Bu nedenle yönetim kurulunun Bakanlık temsilcisi talebini görevlendirme makamına iletmemesi durumunda, zararın ortaya çıkması ve devamında zarar ile yapılan eylem arasındaki illiyet bağının tespiti imkânsız olduğundan, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğmayacaktır. Genel kurulun istisnai olarak, yönetim kurulu dışındaki bir kişi tarafından çağırılması durumunda, TTK m. 553 kapsamında olmasa dahi, yukarıda ifade edildiği şekilde zarar ile illiyet bağı arasındaki bağlantının tespiti mümkün değildir⁶⁵.

Azınlığın talep hakkının daha işlevsel hâle gelmesi için aşağıda gösterilen üç farklı usul benimsenebilirdi.

- İlk olarak, azınlığın yönetim kuruluna bildirdiği talep, genel kurulu toplantıya çağırılardan bağımsız olarak, yönetim kurulu tarafından doğrudan görevlendirme makamına bildirilebilirdi.
- İkinci olarak, azınlık bu talebi doğrudan genel kurulu toplantıya çağırılan kişilere bildirir, bu kişiler talebi doğrudan görevlendirme makamına bildirebilirdi.
- Üçüncü olarak azınlık bu talebi kendisi doğrudan görevlendirme makamına yapabilirdi.

Bu usullerden ilk ikisi, Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebinin görevlendirme makamına ulaşmasını güçleştirecektir. Zira iki durumda da,

⁶⁵ Aynı yönde bkz. **Özsoy**, s. 3424-3425. Yazara göre, toplantıya çağırılan kişilerin, Bakanlık temsilcisi talebinin görevlendirme makamına bildirmemesine ilişkin aykırılık nedeniyle zararın doğması ve zararın doğması ihtimalinde, aykırılık ile zarar arasında illiyet bağı kurulması mümkün görünmemektedir. Şayet zarar ile temsilcinin yokluğu arasında illiyet bağı ispatlanmış olsa dahi, görevlendirme makamının Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesinde takdir yetkisi bulunduğundan zarar ile BTY m. 32/3'ün son cümlesindeki yükümlülük arasındaki illiyet bağı kesilmiş olacaktır.

hükümde yaptırım olmadığı göz önüne alındığında, azınlığın talebinin görevlendirme makamına ulaşmama ihtimali bulunmaktadır. Kanaatimizce burada olması gereken hukuk açısından üçüncü usulün, yani azınlığın Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebini doğrudan görevlendirme makamına yapması en uygun olacaktır. Böylelikle azınlık pay sahiplerinin menfaati, çoğunluğa karşı korunmuş olacaktır. Burada azınlığın bu hakkını kötüye kullanabileceği ileri sürülebilse de, görevlendirme makamının Bakanlık temsilcisi talep hakkına ilişkin takdir yetkisinin bulunması, azınlığın bu hakkını kötüye kullanmasını engelleyecektir. Görevlendirme makamı Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebine ilişkin gerekçeleri inandırıcı bulmazsa, görevlendirme yapmayacaktır.

2. Görevlendirme Makamına Bildirimin Şekli

Azınlık tarafından bildirilen talep yönetim kurulu tarafından toplantıyı çağıran kişilere iletilmesinin akabinde, bu talebin görevlendirme makamına bildirilmesi şekline ilişkin BTY m. 32/3'te özel bir düzenleme öngörülmüştür. Ancak Bakanlık temsilcisinin istenmesi kenar başlığıyla BTY m. 35/1'e göre, "*Yönetim kurulu tarafından çağrısı yapılan genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulundurulması için; yönetim kurulu üyelerinden herhangi biri tarafından veya şirketi (Değişik ibare:RG-29/5/2021-31495) temsile yetkili kılınan kişilerce toplantının yer, gün ve saati bildirilmek suretiyle toplantı tarihinden en az on gün önceden Ek-1'deki örneğe uygun olarak bir dilekçe ile (Ek ibare:RG-9/10/2020-31269) fiziki ortamda veya MERSİS üzerinden elektronik ortamda müracaat edilmelidir.*". Azınlığın Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine ilişkin talebinin görevlendirme makamına bildirilmesinde de yukarıda belirtilen hüküm uygulama alanı bulacaktır.

Bakanlık temsilcisi talep başvurusu MERSİS üzerinden çevrimiçi olarak yapılabilmektedir⁶⁶. Genel kurul yönetim kurulu dışındaki herhangi bir kişi tarafından çağrılmışsa, dilekçe toplantıyı çağıran kişiler tarafından imzalanacaktır (BTY m. 35/2). Yönetim kurulunun mevcut olmaması veya yönetim kurulu toplantı nisabı oluşmasına imkân bulunmaması durumunda, yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi amacıyla çağrısız toplantı yapılmak istenmesi durumunda, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin tamamının imzaları no-

⁶⁶ Online olarak Bakanlık temsilcisi başvuru işlemleri için bkz. https://ankara.ticaret.gov.tr/data/5eeb68b113b876_3170152c3b/anonim-sirket.pdf (Erişim Tarihi: 11.01.2025). Söz konusu başvuru işlemleri incelendiğinde, anonim şirkete ilişkin bilgilerin girilmesinden sonra, Bakanlık temsilcisi bulunması zorunlu olan olmayan genel kurul toplantıları şeklinde ayırım yapıldığı görülmektedir.

terce onaylanmış dilekçesiyle de Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi istenebilir (BTY m. 35/3). Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi yetkisinin düzenlendiği BTY m. 37'ye göre, genel kurul toplantı yeri yurt içindeyse Bakanlık temsilcisi görevlendirme yetkisi Valiliklere aittir. Toplantı yeri yurt dışında ise, başvuru İç Ticaret Genel Müdürlüğü'ne yapılacaktır (BTY m. 4/1-d).

E. Talebin Süresi

BTY m. 35/1'e göre, yurt içinde yapılan genel kurul toplantılarında, toplantı tarihinden en az on gün önce; yurt dışında yapılan toplantılarda ise, en az otuz gün önce başvuruda bulunulması gerekir. Anılan hükümde görevlendirme talebi için yönetim kurulu üyelerinden herhangi biri veya şirketi temsile yetkili kılınan kişilerin başvuruda bulunabileceği düzenlenmiştir. Buradan hareketle on veya otuz günlük sürenin yönetim kurulu veya şirketi temsile yetkili kişiler tarafından yapılacak olan başvurular açısından geçerli olduğu; azınlığın talebinin genel kurul toplantısından en az on veya otuz gün önce yapılmasına yönelik olmadığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar azınlık için süre öngörülmemiş olsa dahi, azınlığın talebi için de makul süreye uyulması gerekmektedir⁶⁷. Zira somut olaya göre değişmekle birlikte, toplantı tarihinden kısa bir süre önce yapılan bir talep için şirket yönetim kurulu süresi içerisinde Bakanlık temsilcisi görevlendirme başvurusunda bulunması zor olabilir. Burada tartışılması gereken bir husus da, genel kurulun yönetim kurulu dışındaki kişi veya kişilerce çağırılması durumunda, sürelere uyulması gerekip gerekmediğidir. BTY m. 35/1'de sadece yönetim kurulu ve şirketi temsile yetkili kişilerin başvuruda bulunması durumunda süre öngörülmüştür. Kanaatimizce bu durumda da on veya otuz günlük sürelere uyulması gerekli değildir. Çünkü yönetim kurulu dışında toplantıyı çağıran kişi/kişilerin bu süreleri bilmesi her zaman mümkün değildir. Örneğin, tek bir pay sahibinin veya azınlığın genel kurul toplantıya çağırması durumunda bu süreleri bilmeleri kendilerinden beklenemez.

III. TALEBİN GÖREVLENDİRME MAKAMINA BİLDİRİLMEMESİ

A. Yönetim Kurulu Tarafından Talebin Genel Kurul Toplantıya Çağırılan Kişilere İletilmemesi

Azınlık, Bakanlık temsilcisine ilişkin talebi, şirket yönetim kuruluna yapılmasına karşın, yönetim kurulu tarafından bu talep, şirketi toplantıya

⁶⁷ Özsoy, s. 3421-3422.

çağırılan kişilere iletilmemiş olabilir. Böyle bir hâlde, azınlık hakkını usulüne uygun olarak kullanmış, yönetim kurulu bilinçli veya bilinçsiz olarak, Bakanlık temsilcisi talebini toplantıya çağırılan kişilere bildirmemiştir⁶⁸. Toplantıya çağırılanlar tarafından Bakanlık temsilcisinin çağrılmasının zorunlu tutulması karşısında, şirket yönetim kurulunun, azınlığın talebini genel kurulu toplantıya çağırılana bildirmesi de zorunlu olmalıdır. Bu durumda şirket yönetim kurulunun, azınlığın talebini değerlendirerek, azınlığın talebinin

⁶⁸ Nitekim İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, davacı taraf azınlık pay sahiplerinin genel kurul toplantısı için Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesini talep edildiğini ileri sürmüştü; davalı taraf ise, Bakanlık temsilcisi bulunması zorunluluğuna ilişkin talebin doğru olmadığını, TTK m. 407/3 hükmüne göre TTK m. 333 gereğince toplantıda bulunması zorunluluğunun Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirlenebileceği ve bunun bir zorunluluk olmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir. Görüldüğü üzere bu kararda azınlık tarafından, şirkete Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi talep edilmiş, ancak şirket tarafından bu durum görevlendirme makamına bildirilmemiştir. Mahkemenin kararına göre, görevlendirme yapılmamasının yaptırımına ilişkin olarak bir örtülü boşluk bulunmaktadır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir; “Ancak bilirkişi raporunda da yer aldığı üzere azınlık pay sahiplerinin talebine rağmen yönetim kurulunun bakanlık temsilcisi atanması yönünde görevlendirme makamına talepte bulunulmamasının 28.11.2012 tarihli Resmi Gazetenin 28481 sayısında yayınlanan “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik”in 09.10.2020 tarihli Resmi Gazetenin 31269 sayısında yayınlanan “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik” olarak değiştirilmesi ile birlikte yönetmeliğin 32. maddesinde yer alan.....

Bununla birlikte toplantının yapıldığı 28.08.2020 tarihi itibarıyla eski yönetmelik geçerli olduğundan bu toplantı tarihi itibarıyla m. 32/2 uyarınca talep halinde görevlendirilen Bakanlık temsilcisinin katılmasının zorunlu olduğu toplantılara katılması dışında isteğe bağlı olarak yapılan çağrılara istinaden katılmaması halinde bu toplantının geçersiz olacağı ileri sürülemeyecektir. Zira yönetmeliğin bu hükmünde örtülü boşluk bulunmakta olup, yönetmeliğin m.32/4 fıkrasına göre Bakanlık Temsilcisi görevlendirilen toplantıda Bakanlık Temsilcisi yokluğunda alınan kararların geçersiz olduğu, belirtilmekle olup, somut olayda da olduğu üzere görevlendirilme yapılmadığı hallerde bununla ilgili bir yaptırım söz konusu değildir. Kaldı ki davacının iptalini istediği genel kurulda alınan kararların iptali için yeterli sebeplerin bulunmadığı, alınan kararların yasaya ana sözleşmeye, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olduğu tespit edildiğinden her ne kadar bilirkişiler tarafından toplantının iptal edilebileceği belirtilmiş ise de bu sebebin gerçekleşmediği, tespit edilmiştir. Zira toplantıda alınan kararlarda davacının hakkını ihlal edici nitelikte herhangi bir Eylem/Fiil yapılmadığı gibi oy kullanmasına bir engel bulunmamıştır. Sadece bu sebebe dayanarak kararın iptal edilmiş olması hukuka uygun olmamaktadır. Yönetmelik hükmüne göre Bakanlık tarafından görevlendirilen Bakanlık Temsilcisinin toplantıya katılmaması veya toplantı tutanağında imzasının bulunmaması halinde alınan kararların iptali söz konusu olabilecektir. Somut olayda da böyle bir durum söz konusu değildir.” İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 23.3.2022, E. 2020/691, K. 2022/311 (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.11.2024).

toplantıya çağıran kişilere iletilmesi veya iletilmemesi şeklinde bir karar alması mümkün değildir.

B. Genel Kurulu Toplantıya Çağıran Kişiler Tarafından Talebin Görevlendirme Makamına İletilmemesi

Genel kurulu toplantıya çağırmaya yetkili kişi kural olarak yönetim kuruludur. Ancak yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında, mahkemenin izniyle, tek bir pay sahibi genel kurulu toplantıya çağırabilir (TTK m. 410/2, BTY m. 9/2). Bunun yanında azınlık pay sahipleri (TTK m. 411-412, BTY m. 9/5) ve görevleri ile ilgili konularda, tasfiye memurları genel kurulu toplantıya çağırmaya yetkilidir (TTK m. 410/1, BTY m. 9/6). Şirket, iflas nedeniyle tasfiye hâline girmişse, genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi iflas idaresindedir (TTK m. 534, BTY m. 226/1).

Genel kurulu toplantıya çağıran kişinin yönetim kurulu olması durumunda, yönetim kurulu, kendi keyfiyetiyle azınlığın talebini görevlendirme makamına bildirmemiş olabilir. Hatta yönetim kurulu, şirket genel kurul gündeminde Bakanlık temsilcisinin katılımını gerektirecek bir madde olmadığını belirterek, talebin reddine yönelik bir yönetim kurulu kararı alması muhtemeldir. Ancak şirket yönetim kurulunun azınlığın talebinin görevlendirme makamına iletilmesi veya iletilmemesi şeklinde bir karar alması mümkün değildir. Zira yönetim kurulu, talebi görevlendirme makamına iletmesi zorunlu olup, bu konuda kendisine bir takdir yetkisi tanınmamıştır.

Öğretide azınlığın Bakanlık temsilcisi talebinin görevlendirme makamına iletilmemesi durumunda bunu yaptırımının ne olacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş talebin iletilmemesi hâlinde temsilcinin genel kurulda bulunmaması ile ihlal arasında bağlantı kurulabiliyorsa, bu durum iptal davasına gerekçe oluşturabileceğini ifade etmiştir⁶⁹. Diğer bir görüş ise, talebin görevlendirme makamına bildirilmemesinin genel kurul kararlarının geçerliliği bakımından bir sonucunun olmasının güç olduğunu belirtmiştir⁷⁰.

⁶⁹ **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 78. Yazarlar, azınlığın talebinin görevlendirme makamına iletilmemesi durumunu belirtmişler, kim tarafında iletilmediği hususunda bir ayırım yapmamışlardır. Ayrıca bkz. **Çalışkan**, Merdan: Anonim Şirketlerde Genel Kurul, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 227. Yazar, azınlığın talebinin görevlendirme makamına bildirilmemesi durumunda, toplantının geçersizliği bakımından dava yolunun açık olduğunu ifade etmiştir.

⁷⁰ **Kesici**, s. 62-63. Özsoy, azınlığın talebinin görevlendirme makamına iletilmemesinin genel kurul toplantısına ve toplantıda alınan kararlara bir etkisinin bulunmayacağını belirtmiştir. Bkz. **Özsoy**, s. 3424.

Kanaatimizce yönetim kurulunun azınlığın talebini toplantıya çağıran kişilere iletmemesi, genel kurul kararlarının geçerliliği bakımından bir etki doğurmayacaktır. Zira bu durumda Bakanlık temsilcisi görevlendirilmemiş olduğundan, genel kurul toplantısına katılması zorunlu olan bir temsilci bulunmamaktadır. Dolayısıyla Bakanlık temsilcisinin katılmadığından veya imzasının bulunmadığından bahisle genel kurul kararının geçersizliği ileri sürülemeyecektir. Zira burada karar ile Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmemesi arasındaki illiyet bağının mevcut olduğunun tespit edilmesi mümkün değildir. Bu ihtimalde talep yönetim kurulu tarafından, toplantıya çağıran kişilere bildirilecek, devamında bu kişiler görevlendirme makamına talebi ulaştıracak ve görevlendirme makamı talebi değerlendirerek Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine karar verecektir. Böyle bir ihtimaller zincirinde genel kurulda alınan karar ile yönetim kurulunun davranışı arasında illiyet bağının kurulması mümkün değildir.

Azınlığın genel kurulu toplantıya çağırması hâlinde, yönetim kurulu Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebini genel kurulu toplantıya çağıran azınlık pay sahiplerine iletecektir. Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesini talep eden azınlık pay sahipleri ile toplantıya çağıran azınlık pay sahipleri aynı kişi/kişiler olabileceği gibi farklı kişi/kişiler de olabilir. Şayet iki azınlık grubunun farklı olması durumunda, yönetim kurulu Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebini genel kurulu toplantıya çağıran azınlık pay sahiplerine bildirmek zorundadır. Örneğin, A'nın şirket sermayesinin % 10'ununa, B'nin ise % 15'ine sahip olduğu bir anonim şirkette, A genel kurulu toplantıya çağırıştır. B yapılacak olan toplantıya Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesini talep etmiştir. Bu durumda B talebini şirket yönetim kuruluna yapacak, yönetim kurulu bu talebi toplantıya çağıran diğer azınlık olan A'ya bildirecektir. A ise, bu talebi görevlendirme makamına bildirmek zorunda olacaktır.

IV. AZINLIĞIN TALEBİNİN GÖREVLENDİRME MAKAMINA BİLDİRİLMESİ

BTY m. 32/3 gereğince, azınlığın Bakanlık temsilcisi talebi usulüne uygun olarak görevlendirme makamına iletilmelidir. Bu durumda görevlendirme makamı talebe ilişkin gerekçeleri değerlendirecek ve Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılımını gerekli görürse, görevlendirme yapacaktır. Görevlendirme makamı takdir yetkisini keyfi olarak, herhangi bir gerekçe göstermeksizin kullanamayacaktır⁷¹. Azınlık pay sahipleri, çoğunluk pay

⁷¹ **Yasan**, s. 9.

sahipleri ile daha önce yaşamış oldukları uyuşmazlıkları gerekçe olarak ileri sürebilir. Örneğin, çoğunluk pay sahibinin muhalefet şerhini tutanağa geçirmediğine veya TTK m. 437 gereğince genel kurulda bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasına izin verilmediğine ilişkin açılmış olan iptal davaları bu konuda yeterli olacaktır⁷².

Görevlendirme makamı azınlık tarafından sunulan gerekçelerin gerçek olup olmadığı hususunda bir şüpheye düşebilir. Zira azınlık, bu hakkı şirketteki hâkim pay sahiplerine karşı kendisini korumak amacıyla kullanabileceği gibi; bu hakkın, şirketin faaliyetlerini aksatmak veya genel kurulun toplanmasını engellemek amacıyla kötü niyetli biçimde kullanılması da ihtimal dahilindedir. Ancak BTY m. 32/3'te düzenlenen azınlık hakkı, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılımı haricinde bir sonuç bağlamamaktadır⁷³. Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesi, görevlendirme makamının takdir yetkisinde olduğundan, azınlık pay sahiplerinin bu hakkı kullanması hâlinde çoğunluk pay sahiplerinin menfaati tehlike altına girmeyecektir. Keza Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılması azınlık pay sahiplerinin lehine olduğu gibi, çoğunluk pay sahiplerinin de lehinedir. Anılan nedenlerle çoğunluk pay sahiplerinin, azınlığın bu hakkına karşı korunması durumu söz konusu olmayacaktır⁷⁴. Bu nedenle, azınlığın Bakanlık temsilcisi talep hakkını kötüye kullanma ihtimali bulunsa dahi, görevlendirme makamının talebi değerlendirme yetkisi, bu tür kötüye kullanımı engelleme işlevi görecektir.

Azınlığın talebi üzerine, görevlendirme makamı, Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesine karar verirse, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılması zorunluluk arz etmektedir⁷⁵. Bu hâlde genel kurullarına Bakanlık temsilcisinin katılması zorunlu olan şirketler ile azınlığın talebi ile şirket genel kuruluna Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine karar verilen şirketler arasında bir fark kalmamaktadır⁷⁶. BTY m. 32/5 gereğince, görevlendirme makamı, Bakanlık temsilcisi olarak görevlendirilen kişileri ilgili şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret sicili müdürlüğüne bildirecektir.

⁷² Pulaşlı, genel kurulda alınan birçok hukuka aykırı karar bakımından, azınlığın iddiasını ispat edemeyeceğini, böylece devredilemez ve vazgeçilemez haklarının ihlal edileceğini belirtmiştir. Örneğin, azınlık pay sahipleri olumsuz oy kullanmasına karşın, tutanakta çekimser oy kullanıldığı yazılmış olabilir. Bu nedenle azınlığın Bakanlık temsilcisi talebinde bulunması hâlinde, görevlendirme makamının kararını ilke olarak olumlu yönde kullanarak, Bakanlık temsilcisi görevlendirmesi yerinde olacaktır. Bkz. **Pulaşlı**, Şerh, § 33, N. 155.

⁷³ **Zorluer**, s. 131-132.

⁷⁴ Bu yönde bkz. **Zorluer**, s. 132.

⁷⁵ **Yasan**, s. 9.

⁷⁶ **Yasan**, s. 9-10.

A. Bakanlık Temsilcisinin Görevlendirilmesi

1. Bakanlık Temsilcisinin Genel Kurul Toplantısına Katılmaması

Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine karşın, temsilcinin katılmadığı genel kurulda alınan kararların geçerliliği hususunda TTK'da hüküm bulunmamaktadır. Bu hususla ilgili olarak BTY m. 27/1-a ve 32/4'te hüküm bulunmaktadır. BTY m. 27/1-a'ya göre, "32 nci maddede sayılan genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunmaması" hâlinde genel kurul toplantısı yapılamayacaktır. Azınlığın Bakanlık temsilcisi talep hakkı BTY m. 32/3'te düzenlendiğinden, azınlığın talebi neticesinde Bakanlık temsilcisi görevlendirilmişse, temsilcinin bulunmaması hâlinde genel kurul toplanması yapılamayacak, dolayısıyla karar alınamayacaktır. Ancak, her ne kadar Yönetmelik ile yasaklanmış olsa da, Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine karşın, Bakanlık temsilcisinin yokluğunda genel kurul yapılmış ve karar alınmış olabilir. Bu hâlde BTY m. 32/4 uygulanacak ve anılan hüküm gereğince, azınlığın talebi ile Bakanlık temsilcisi görevlendirilen toplantılarda, Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararlar geçerli olmayacaktır. Anılan hükümde genel kurul kararlarının geçerli olmadığından bahsedilmiş, geçersizliğin türüne değinilmemiştir. Öğreti⁷⁷ ve yargı kararlarında⁷⁸, Bakan-

⁷⁷ Aksu, Raziye, Şirketler Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2025, s. 439; Alışkan, Murat: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 89; Alper, Gizem: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü", Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012 s. 62-63; Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 267; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 162; Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 77; Bilgili/Demirkapı, s. 343; Bozkurt, s. 388; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 594, N. 722a; Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I., Tümden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 1105; Domaniç, s. 883; İmregün, Ortaklık, s. 125; Karshoğlu, Hasan: Anonim Şirketlerde Genel Kurul, Adalet Yayınevi, Ankara 2019. s. 109; 113; Kayar, İsmail: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 431; Kesici, s. 61; Kırca, İsmail: Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 8; Kocabıyık, Sami: "Anonim Şirket Olağan Genel Kurul Toplantısının Zamanında Yapılmamasının Doğurduğu Hukuki Sorunlar", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2021, s. 1062; Korkut, s. 37, 163-164; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 126; Önder, Fahrettin: "Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2005, s. 111; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: "Türk Hukukunda Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Şekil Sorunları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 243; Pulaşlı, Hasan: "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi", Gazi Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, S. 1-2, Y. 2013, s. 892; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, § 19, N. 107; **Saat**, Durmuş: Anonim Ortaklıkta Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 171; **Sarıkaya**, Merve: “Anonim Şirket Genel Kuruluna Katılmaya Yetkili ve Katılmamak Zorunda Olanlar ile Katılmamanın Hukuki Sonuçları”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 6, S. 2021/1, s. 453; **Soykan**, İsmail Cem: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 403-404; **Şener**, Anonim Ortaklık, s. 277, 282; **Tekil**, s. 308; **Teoman**, Ömer: “Yürürlükteki Hukukumuz ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, S. 4, 2009, s. 22; **Topaloğlu**, Mustafa: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Davalarında İslah”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 97; **Tunç**, Mehmet: “Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Yok Hükümünde Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 197-198, 2021, s. 382; **Üçışık**, Güzin/Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 337; **Yasan**, s. 20; **Yiğit**, İlhan: Anonim Ortaklık Genel Kurullarının İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 140. Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olduğu genel kurul toplantılarında, Bakanlık temsilcisinin katılımının geçerlilik unsuru olduğunun ifade edilebileceğine ilişkin bkz. **Orbay Ortaç**, s. 118. Yazara göre, Bakanlık temsilcisinin katılımının geçerlilik unsuru olarak kabul edilmesi durumunda, Bakanlık temsilcisinin katılımı olmadan alınan genel kurul kararları yokluk yaptırımına tabi olmayacaktır. Bu durumda TBK m. 27 gereğince butlan yaptırımının uygulanması sonucuna ulaşılacaktır. Bkz. **Orbay Ortaç**, s. 118-119.

78

“Yokluğun bir hukukî işlemin kurucu unsurlarındaki eksikliği ifade etmesinden hareketle genel kurul kararlarının yokluğunun tespitine karar verilmesi için öncelikle kurucu unsurlarının neler olduğunun belirlenmesi gerekir. Genel kurul kararlarının kurucu unsurları “genel kurul” ve “karar”dır. Dolayısıyla bir genel kurul, kanunun öngördüğü kurucu-şekli emredici hükümlerine aykırı bir şekilde toplanmış veya kanunun öngördüğü kurucu-şekli emredici hükümlerine aykırı bir şekilde karar almışsa, alınan bu karar yoklukla mahuldür. Örneğin usulüne uygun çağrı yapılmadan toplanan genel kurullarda alınan kararlar, toplantı ve karar nisaplarına riayet edilmeksizin alınan kararlar, Bakanlık temsilcisinin bulunması gerektiği hâllerde temsilci olmaksızın gerçekleştirilen toplantılarda alınan kararlar, hakkında hiç oylama yapılmadığı hâlde yapılmış gibi gösterilen kararlar kurucu-şekli unsurları eksik olduğundan yoklukla malul kararlardır.” HGK., E. 2021/701, K. 2022/275, T. 8.3.2022 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD., T. 11.4.2023, E. 2021/5560, K. 2023/2238, (Lexpera, Erişim Tarihi:10.01.2025). “TTK’nun 297 ve 377’nci maddeleri hükümlerince Ticaret Bakanlığı komiserinin toplantıda hazır bulunup müzakere zabıtlarını imzalamış olması, kararların muteberiyeti için zaruri bir şarttır. Demek ki, bu şart gerçekleşmediği takdirde, ortada muteber bir karardan bahsetmeye imkan yoktur. Başka bir ifade ile ortada “keenlemyekün - hiç yok” sayılan bir karar mevcut olacaktır. Böyle bir kararın da 381’inci maddede söz konusu olan muteber bir kararla asla ilgili yoktur ve karar taslağı diyebileceğimiz bu kararın mahkeme kararı ile iptaline ihtiyaç yoktur, esasen hükümsüzdür...” HGK., E. 50, K. 20, T. 6.2.1957 (**Moroğlu**, Erdoğan/**Kendigelen**, Abuzer: İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 335); “İlk Derece Mahkemesince yapılan yargılamaya göre, şirketin tüm ortaklarına yapılmış uy-

lık temsilcisinin katılması zorunlu olan şirket genel kurullarında, Bakanlık temsilcisi katılmadan anılan kararların yoklukla malul olacağı ifade edilmiştir. Bakanlık temsilcisinin katılmaması bakımından, genel kuruluna Bakanlık temsilcisinin katılması zorunlu olan şirket ve talep edilmesi durumunda Bakanlık temsilcisinin katılması gereken şirket arasında bir fark bulunmamaktadır⁷⁹. Dolayısıyla BTY m. 32/3 gereğince azınlığın talebi sonucu Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi durumunda, Bakanlık temsilcisinin katılmadığı genel kurulda alınan kararlar da yok hükmünde olacaktır⁸⁰. Ancak öğretide

gun bir çağrının bulunmadığı, toplantı tutanağında tüm ortakların imzasının bulunmadığı, Bakanlık temsilcisinin de toplantıya katılmadığı, bu nedenle 11.01.2019 tarihinde yapılan genel kurulun yok hükmünde olduğu, davalı kurumun tescil talebinin reddi kararının yerinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

...Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığının anlaşılmasına göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.” Yarg. 11. HD., T. 22.6.2021, E. 2020/6304 K. 2021/5302 (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.12.2024); “Şirketler hukukundaki emredici hükümlere göre, genel kurul kararlarının oluşabilmesi için iki kurucu unsur gereklidir: Birincisi genel kurul toplantısı yapılması, ikincisi toplantıda karar alınmasıdır. Bunların birisindeki eksiklik halinde, işlem (karar) hiç doğmamış sayılır; yani baştan itibaren yoktur. Örneğin, karar alınmadığı halde alınmış gibi gösterilirse veya Bakanlık temsilcisinin toplantıda bulunmaması halinde işlem, yoklukla sakat olacaktır.” HGK., E. 2013/1048 K. 2014/430 T. 2.4.2014 (Lexpera); “Ayrıca genel kurulda, alınan artırım kararının geçerliliği için toplantıda herhalde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı temsilcisinin bulunması ve toplantı tutanağını toplantı başkanı ile birlikte imza etmesi şarttır (TTK. md. 422/1). Aksi halde alınan kararlar yoklukla malüldür.” Yarg.11. HD., T. 10.6.202, E. 2020/2177, K. 2021/4960 (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.01.2025); “Eğer ortaklarca yasal bir genel kurul gerçekleştirilmemiş ise bu toplantıda alınan kararlar yok hükmündedir. Yine, toplantı veya karar yeter sayılarının sağlanamadığı, Bakanlık temsilcisinin katılmadığı toplantılar da aynı şekilde yok hükmünde sayılmalıdır.” Yarg. 11. HD., T. 21.3.2016, E. 2015/15625 K. 2016/3083 (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.02.2025); “...Komiserin toplantıda bizzat hazır bulunduğu zabıtlardan anlaşılması yeterli olmayıp, ancak komiserin ... zabıtları imzalamış olması halinde alınan kararlar muteber bir hale gelir...” Yarg. 11. HD., T. 14.5.1964, E. 63/4265, K. 64/1775 (Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 126, dn. 208; Doğanay, s. 1105, dn. 100); “Genel kurul kararları kanuna, ana sözleşmeye ve iyiniyet kurallarına aykırı olamaz. Dava konusu diğer 3,4,6 maddeler ise, şirket ana sözleşmesinin 13. Maddesi uyarınca Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alındığından Bakanlık temsilcisinin hazır bulunmaması nedeniyle iptale tabi olup bu yöndeki ilk derece mahkeme gerekçesi yerindedir.” Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İzmir BAM, 20. HD., E. 2023/190, K. 2023/1283, T. 14.9.2023 (Lexpera).

⁷⁹ Yasan, s. 18.

⁸⁰ Çebi, s. 153, dn. 54; Kırca, s. 8; Yasan, s. 18-19. Şener, Anonim Ortaklık, s. 282. Akdağ Güney'e göre, BTY m. 32, TTK'nın Bakanlık temsilcisi bulundurulmasına iliş-

bir görüş, Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olduğu genel kurullar ile talep üzerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilen genel kurullar arasında, Bakanlık temsilcisinin genel kurul toplantısına katılmaması bakımından fark bulunduğunu belirtmiştir⁸¹. Bu görüşe göre talep üzerine görevlendirilen Bakanlık temsilcisinin katılmadığı genel kurulda alınan kararların iptal edilebilirliği gündeme gelebilir⁸².

Kanaatimizce azınlığın talebi üzerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilmişse, Bakanlık temsilcisi katılmadan alınan kararlar yok hükmünde olmalıdır. Zira öncelikle BTY m. 27/1-a'da, 32'nci maddede sayılan genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunmaması durumunda, genel kurul toplantısının yapılamayacağı düzenlenmiştir. Anılan hüküm gereğince, Bakanlık temsilcisinin katılımı zorunlu olan bir toplantıda, temsilci bulunmuyorsa, toplantı yapılamayacak, dolayısıyla ortada mevcut bir genel kurul kararı da bulunmayacaktır. Burada genel kurul kararlarının geçerliliği için kurucu bir unsur olan Bakanlık temsilcisinin katılımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla BTY m. 32/4'te yer alan geçersizlik ifadesinin yokluk olarak anlaşılması gerekmektedir⁸³. Ancak burada Bakanlık temsilcisinin yokluğunda

kin düzenlemelerinin amacına aykırı bir hüküm içermektedir. TTK m. 422 gereğince, Bakanlık temsilcisinin imzasının genel kurul kararlarının geçerlik şartı olarak kabul edilebilmesi, genel kurulunda Bakanlık temsilcisinin bulundurulması zorunlu olan şirketler açısından uygulanacaktır. BTY m. 32 istisnai düzenlemeyi, istisnai hükümler dar yorumlanır prensibine aykırı biçimde ele alarak ve hükmün amacını göz ardı ederek Bakanlık temsilcisinin ihtiyari olarak çağrıldığı toplantıya da uygulanmasını sağlayacak bir hükme yer vermiştir. Bkz. **Akdağ Güney**, s. 468-469.

⁸¹ **Orbay Ortaç**, s. 122.

⁸² **Orbay Ortaç**, s. 122-123.

⁸³ Talep üzerine görevlendirilen Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararların geçersiz olduğuna ilişkin Yargıtay tarafından verilen bir karar dikkate değerdir. Karara konu olaya göre, genel kurulunda Bakanlık temsilcisinin bulunma zorunluluğu olmayan bir şirkete, BTY m. 32/2 uyarınca genel kurulu toplantıya çağırılan Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesini talep etmişler ve bu talep görevlendirme makamınca uygun görülmiştir. Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine karşın, şirket genel kurulu, Bakanlık temsilcisinin yokluğunda toplanmış ve karar almıştır. Bölge Adliye Mahkemesi tarafından Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararların türü belirtilmeden geçersiz olduğuna karar verilmiş ve Yargıtay tarafından bu karar onanmıştır. Bkz. "*Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik*"ın 32. maddesinin 2. fıkrasına göre genel kurulunda Bakanlık temsilcisinin bulunma zorunluluğu olmayan şirketlerde genel kurulu toplantıya çağırılanların talep etmeleri ve bu taleplerin görevlendirme makamınca uygun görülmesi halinde Bakanlık temsilcisi görevlendirileceğinin ve somut uyuşmazlıkta da bu madde hükmü uyarınca görevlendirmenin yapıldığının anlaşılmasına ve anılan Yönetmeliğin aynı maddesinin 4. fıkrasına göre de 2. fıkra uyarın-

alınan kararların geçersiz olduğunun TTK yerine BTY’de düzenlenmesi eleştirilebilir. Çünkü TTK’da yer almayan bir geçersizlik yaptırımın, Yönetmelik’te düzenlenmesi normlar hiyerarşisine aykırı olacaktır. Keza Bakanlık temsilcisine ilişkin Yönetmeliğin dayanağı olan TTK m. 407/3 hükmünde, Bakanlık temsilcisinin katılmadığı toplantılarda alınacak olan kararların yaptırımının Yönetmelik’te düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bir ifade bulunmaktadır. Bu nedenle Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olduğu genel kurullarda, temsilcinin yokluğunda alınan kararların yaptırımı kurucu unsur eksikliği dolayısıyla yokluk olmalı, ancak bu yaptırımın düzenleme yeri Yönetmelik değil TTK olmalıdır⁸⁴.

Azınlığın talebi ile Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine karşın, Bakanlık temsilcisi genel kurula katılmaz ise, BTY m. 27/1-a bendi gereğince genel kurul toplantısı yapılamayacaktır. Bu durumda toplantı başkanının genel kurul toplantısını ertelemesi gerekir⁸⁵. Öğretide Bakanlık temsilcisinin ertelenen toplantının devamı niteliğindeki toplantıya da katılmaması durumunda, toplantı başkanının tutanağa şerh düşerek toplantıya devam etmesi ve bu duruma itirazı olan pay sahiplerinin itirazlarının da tutanağa yazılması gerektiği belirtilmiştir⁸⁶.

BTY m. 39/1 gereğince, Bakanlık temsilcisi, görevini Kanuna, bu Yönetmeliğe ve ilgili mevzuata uygun olarak tarafsız, dürüst ve özenli şekilde yapmakla yükümlüdür. Bakanlık temsilcisinin buna aykırı davranması durumunda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na göre disiplin hükümleri uygulanacak ve kendisine bir süre temsilcilik görevi verilmeyecektir. Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesine karşın genel kurula katılmaması, temsilcinin görevini özenli yapmadığı anlamına gelmektedir. Bu nedenle temsilci disiplin hükümleri bakımından sorumlu tutulacak ve bir süre temsilcilik görevi verilmeyecektir. Ayrıca genel kurul toplantısında meydana gelen

ca Bakanlık temsilcisi görevlendirilen toplantılarda dahi Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararların geçerli olmayacağının düzenlenmiş olmasına ve 6102 sayılı TTK’nın 422. maddesinin 1. fıkrasına göre de genel kurul tutanağının Bakanlık temsilcisiince imzalanmamış olmasının müeyyidesinin geçersizlik olmasına göre Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.”. Yarg. 11. HD., T. 17.3.2021, E. 2020/2182 K. 2021/2515 (Lexpera, Erişim Tarihi: 04.11.2024). Anılan kararın eleştirisi için bkz. Akdağ Güney, s. 468-469.

⁸⁴ BTY m. 32/4’te geçen “Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararlar geçerli değildir” şeklindeki hükmün, Yönetmelik’te düzenlenmesinin hatalı olduğuna ilişkin bkz. Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 23.

⁸⁵ Orbay Ortaç, s. 122-123.

⁸⁶ Orbay Ortaç, s. 123.

usulsüzlüklere Bakanlık temsilcisi tarafından müdahale edilmemesi Türk Ceza Kanunu m. 257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir⁸⁷.

2. Bakanlık Temsilcisinin Genel Kurul Toplantı Tutanağını İmzalamaması

Bakanlık temsilcisinin genel kurul toplantı tutanağını imzalamamasına ilişkin olarak TTK m. 422/1’de ve BTY m. 26/5’te hüküm bulunmaktadır. TTK m. 422/1’e göre, “*Tutanak, pay sahiplerini veya temsilcilerini, bunların sahip oldukları payları, gruplarını, sayılarını, itibarî değerlerini, genel kurulda sorulan soruları, verilen cevapları, alınan kararları, her karar için kullanılan olumlu ve olumsuz oyların sayılarını içerir. Tutanak, toplantı başkanlığı ve Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır; aksi hâlde geçersizdir.*”. Bakanlık temsilcisinin toplantı tutanağını imzalamaması durumunda TTK m. 422/1’de tutanağın geçersiz olduğu öngörülmüştür⁸⁸. BTY 26/5’e göre ise, “*Toplantı başkanının, Bakanlık temsilcisi bulunması zorunlu olan veya talep üzerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilen toplantılarda Bakanlık temsilcisinin veya tek pay sahipli şirkette hazır bulunan pay sahibinin veya temsilcisinin imzalamadığı toplantı tutanakları geçersizdir.*”. Bu hükümde açıkça “*talep üzerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilen toplantılarda*” ifadesi geçtiği için, azınlığın talebi ile Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi BTY m. 26/5’in kapsamına girmektedir. Azınlığın talebi ile Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine karşın, Bakanlık temsilcisi tarafından genel kurul toplantı tutanağı imzalanmamış olabilir. Burada yukarıdaki ihtimallerden farklı olarak Bakanlık temsilcisi genel kurul süresi boyunca genel kurulda bulunmuş, ancak genel kurul toplantı tutanağını imzalamamıştır. Bu hâlde hem TTK m. 422/1 hem de BTY m. 26/5 gereğince toplantı tutanağı geçersiz olacaktır.

⁸⁷ **Algan**, Doğukan: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının Yürütmesinin (Tedbiren) Geri Bırakılması (TTK m. 449), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 144.

⁸⁸ TTK m. 422/1’de geçen “*aksi hâlde geçersizdir*” ifadesi ile genel kurul toplantı tutanağının mı yoksa genel kurul kararlarının mı geçersiz olduğu açıkça anlaşılmamaktadır. Öğretide burada tutanağın geçersiz olmasından değil, genel kurulda alınan kararlarının geçersiz olmasından bahsedildiği ifade edilmiştir. **Teoman**, Tasarı, s. 33; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 106-107, dn. 281; **Hamamcıoğlu**, s. 149; **Okan**, Neval: Tutanak, Editör: Kemal Şenocak, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 2326. Bilgili/Demirkapı ise, TTK m. 422’de belirtilen geçersizlik yaptırımını ile genel kurul kararlarının butlanına ilişkin TTK m. 447 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, tutanağın geçersiz; genel kurul kararlarının ise iptal veya butlana tabi olabileceğini belirtmiştir. Bkz. **Bilgili/Demirkapı**, s. 317, dn. 515.

Geçersizlik yaptırımının türüne ilişkin olarak öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, Bakanlık temsilcisinin toplantı tutanağını imzalamadığı hâllerde genel kurul kararları yok hükmünde olacaktır⁸⁹. Diğer bir görüşe göre ise, Bakanlık temsilcisinin tutanağı imzalamamış olması durumunda, genel kurul kararları batıl olacaktır⁹⁰. Bu görüşe göre, Bakanlık temsilcisinin imzası, toplantı tutanağının geçerli olabilmesi için bir şekil şartı niteliğindedir. Bakanlık temsilcisinin imzasının toplantı tutanağında bulunmasının zorunlu olması karşısında, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle, TBK m. 27 gereğince uygulanacak yaptırım butlan olmalıdır. Yargıtay Ticaret Dairesi tarafından verilen eski bir kararda Bakanlık temsilcisinin imzasının bulunmaması iptal nedeni olarak görülmüştür⁹¹.

3. Bakanlık Temsilcisinin Genel Kurul Toplantısını Terk Etmesi

Bakanlık temsilcisinin katıldığı, ancak genel kurul toplantısını terk ettiği durumda, genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğu belirtilmiştir⁹².

⁸⁹ Aksu, s. 439; Alışkan, Fesih, s. 89; Alper, s. 62-63; Ansay, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Olgaç Matbaası. Ankara 1982, s. 196; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 267; Bilgili/Demirkapı, s. 343; Bozkurt, s. 388; Doğanay, s. 895; İmregün, Menfaat, s. 57; İmregün, Ortaklık, s. 140, 150, 152; Helvacı, Genel Kurul, s. 30; Kocabıyık, s. 1062; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 126, 141-142; Odman Boztosun, Ayşe: “Anonim Şirkette Genel Kurulun Çağrı Şekline Uyulmamasının Sonuçları”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 374-375; Pulaşlı, Müeyyide, s. 892; Saka, Zafer: Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 184; Şener, Anonim Ortaklık, s. 284-285; Teoman, Tasarı, s. 22; Tunç, s. 383; Yiğit, s. 125. Pulaşlı, TTK m. 422/1’de bahsedilen geçersizlik ifadesinden hareketle hukuki sonuç bakımından yokluk ile geçersizlik arasında bir fark olmadığını belirtmiştir. Bkz. Pulaşlı, Müeyyide, s. 892, dn. 18; Pulaşlı, Şirketler, § 19, N. 107, dn. 52.

⁹⁰ Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Umumi Hükümler, C. II-III, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 68. Yazar, aynı eserin başka bir yerinde komiserin imzasını taşımayan tutanakların hükümsüz olduğunu belirtmiştir. Bkz. Arslanlı, C. II-III, s. 65; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 184; Bahtiyar, Tutanak, s. 58; Sarıkaya, s. 454-455; Yasan, s. 2; Kırca, s. 44. Ancak Kırca, aynı eserin farklı yerinde temsilcinin toplantı tutanağını toplantı başkanı ile birlikte imzalamadığı genel kurul kararlarının yok hükmünde sayıldığını belirtmiştir. Bkz. Kırca, s. 8.

⁹¹ “Anonim şirket genel kurul toplantısına ait müzakere zaptının, toplantıya katılan pay sahiplerinin hepsi tarafından imzalanmasını sağlamak çoğu defa imkânsızdır. Bu itibarla TTK.nun 378 inci maddesinden, aynı kanunun 297 nci maddesine yapılan atfın, 297 nci maddede gösterilen diğer şartlar bakımından yapılmış olduğunun kabulü gerekir. Ticaret Bakanlığı tarafından gönderilen komiserinin toplantıda bizzat hazır bulunduğu- nun zabıtlardan anlaşılması yeterli olmayıp, komiserin, müzakere zabıtlarını imzalamış olması halinde, ancak, alınan kararlar muteber bir hale gelir.” Yarg. 11. HD., T. 14.05.1964, E. 1963/4265, K. 1775, (Doğanay, s. 1105, dn. 100).

⁹² Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 77; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 126; Teoman, Tasarı, s. 22; Topaloğlu, s. 97. Bakanlık temsilcisinin toplantı tutanağını imzalamadan, toplantıyı terk

Yargıtay tarafından mülga TTK döneminde verilen bir kararda geçersizliğin türüne değinilmeksizin, Bakanlık temsilcisinin terk ettiği genel kurulda alınan kararların geçersiz olduğu ifade edilmiştir⁹³. Kanaatimizce Bakanlık temsilcisinin terk ettiği genel kurulda alınan kararların yok hükmünde olması gerekmektedir. Zira Bakanlık temsilcisi katılması zorunlu olan şirket genel kurul toplantısına katılmış, ancak bütün kararlarda yer almamış, toplantıyı terk ederek, kararın hukuka uygun alınmasını engellemiştir. Geçerli bir genel kurul kararının alınması için öncelikle bir genel kurul yapılmalı, daha sonrasında bir karar alınmalıdır. Bakanlık temsilcisinin terk ettiği toplantıda, genel kurul yapılmış ancak hukuka uygun bir karar alınmamıştır.

B. Bakanlık Temsilcisinin Görevlendirilmemesi

Görevlendirme makamı, azınlığın talebi üzerine, Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesine gerek olmadığı yönünde karar verebilir. Görevlendirilmemenin doğal sonucu olarak Bakanlık temsilcisi genel kurula katılamayacaktır. Ancak her nasılsa Bakanlık temsilcisi genel kurula katılmışsa, bu durum genel kurulda alınan kararlar bakımından herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Görevlendirilmeme hâlinde Bakanlık temsilcisinin genel kurulda alınan kararların hukuka uygun olup olmadığını tespit etme yüküm-

etmesi durumunda genel kurulda alınan kararların yok hükmünde olacağına ilişkin bkz. Şener, Anonim Ortaklık, s. 285-286. İmregün'e göre, Bakanlık temsilcisinin genel kurulu terk ederek veya tutanağı imzalamayarak toplantıyı geçersiz kılması, olağanüstü istisnai ve kanunun ağır ihlal edilmesi durumlarında söz konusu olacaktır. Yazar olağanüstü istisnai hâlleri ve kanunun ağır ihmal saydığı durumları belirtmemiştir. Bkz. İmregün, Ortaklık, s. 144. Ayrıca bkz. Saka, s. 184-185.

⁹³ “T.T.K.’nın 378. maddesinin kendisine atıfta bulunduğu aynı kanunun 297. maddesi sarahatine göre, genel kurul toplantılarında hükümet komiserinin o toplantının başlangıcından sonuna kadar hazır bulunması ve müzakere zabıtlarının kanuna uygun bir şekilde tutulmalarına nezaret etmesi ve yapılan toplantının kanunun öngördüğü şekil ve şartlara göre toplanıp toplanmadığını kontrol ve nezaret etmesi gerekli olup, olayda ise vazifeli hükümet komiserinin genel kurul toplantı zabtında yazılı olduğu şekilde kanunun öngördüğü şartlara, riayet edilmeden toplantı yapıldığını belirtmiş ve toplantıda hazır bulunanların toplantıya devam etmekte ısrar etmeleri üzerine keyfiyeti zapta geçirerek genel kurulu terketmiş olmasına, hükümet komiserinin yukarıda değinildiği şekilde toplantıda bulunmaması T.T.K.’nın 297 ve 378. maddelerinin gerekçesinde ve bu maddelerin kenar başlıklarında açıkça yazılı olduğu şekilde (kararların muteberlik şartı) olmasına göre, ticaret sicil memurunun geçerli olmayan böyle bir kararı tescil etmemesi yerinde iken, mahkemece aksine düşünce ile ticaret sicil memurluğu kararının kaldırılmasına ve olağanüstü genel kurul zabıtlarının tescil ve ilanına karar verilmesi doğru görülmüş ve kararın bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD., T. 05.04.1982, E. 1982/1512, K. 1982/1507 (Legalbank, Erişim Tarihi: 05.02.2025). Bu karar için ayrıca bkz. Doğanay, s. 884, dn. 51; Eriş, s. 2128.

lûğü veya toplantı tutanağını imzalama zorunluluğu bulunmayacaktır. Temsilcinin toplantı tutanağını imzalaması⁹⁴ veya toplantı tutanağına şerh düşmesi genel kurul kararlarının geçerliliğine etki etmeyecektir. Azınlığın talebine karşılık Bakanlık temsilcisi görevlendirilmemesi durumunda, BTY’de azınlığa herhangi bir başvuru yolu düzenlenmemiştir⁹⁵.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında aşağıda belirtilen sonuçlara ulaşılmıştır.

1. Azınlığa BTY m. 32/3 ile Bakanlık temsilcisi görevlendirmesi talep hakkı tanınmıştır. Azınlığın bu hakkına ilişkin TTK’da bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK m. 407/3’te “333 üncü madde gereğince belirlenen şirketlerin genel kurul toplantılarında Gümrük ve Ticaret Bakanlığının temsilcisinin yer alacağı” düzenlenmiştir. Diğer şirketler bakımından ise, “hangi durumlarda Bakanlık temsilcisinin genel kurulda bulunacağı ve genel kurul toplantıları için temsilcilerin görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esaslar ile bunların nitelik, görev ve yetkileri ayrıca ücret tarifeleri Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Bu düzenlemede açıkça Yönetmelik ile düzenlenebileceğinden bahsedildiği için, BTY m. 32/3 hükmünün kanuni bir dayanağı bulunmaktadır. Dolayısıyla azınlığa Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine ilişkin BTY m. 32/3’te öngörülen talep hakkı, normlar hiyerarşisine aykırı değildir. Ancak azınlık haklarının anonim şirketler bakımından önemli bir yere sahip olduğu dikkate alındığında, Yönetmelik ile düzenlenen azınlık hakkının TTK’da düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

2. Azınlığa tanınan Bakanlık temsilcisi talep hakkı olumlu azınlık hakları ve genel kurul dışında kullanılan azınlık hakları kapsamında yer almaktadır. Bakanlık temsilcisi talep hakkının görevlendirme makamınca reddedilmesi hâlinde, azınlığa dava hakkının tanınmamış olması, bu hakkın olumlu azınlık hakkı kapsamında değerlendirilmesine engel değildir.

3. Bakanlık temsilcisi talep etme hakkı bakımından, azınlık oranlarının azınlık pay sahipleri aleyhine değiştirilememesi, fakat azınlık pay sahipleri lehine hafifletilebilmesi gerekir. Emredici hükümler ilkesinin düzenlendiği TTK m. 340 hükmü katı yorumlanmamalı ve azınlık pay sahiplerinin haklarını kolaylaştırması adına esas sözleşme ile azınlık pay sahipliğine ilişkin oranın düşürülmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca BTY m. 32/3’te yer alan “en

⁹⁴ Özsoy, s. 3423; Çalışkan, s. 228.

⁹⁵ Özsoy, s. 3423-3424.

az” ifadesinin azınlık pay sahipliğine ilişkin oranları belirtmek amacıyla kullanıldığı ve azınlığa ilişkin oranların hafifletilmesini engellemek amacıyla konulmadığı kabul edilmelidir.

4. Azınlığın Bakanlık temsilcisi talep hakkının kullanmasına ilişkin BTY’de şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle azınlığın şirket yönetim kuruluna yapacağı talep veya şirket yönetim kurulunun genel kurulu toplantıyı çağıran kişilere yapacağı bildirim sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Ancak ispat kolaylığı bakımından azınlığın talebini yazılı olarak yapması yerinde olacaktır.

5. BTY m. 32/3’te azınlığın bu talep hakkını şirket yönetim kuruluna yöneltceği düzenlenmiştir. Anılan hükmün son cümlesinde ise, genel kurulu toplantıya çağıran kişiler tarafından bu talebin görevlendirme makamına yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu durumda öncelikle şirket yönetim kurulu, talebi genel kurulu toplantıya çağıran kişilere bildirmekle yükümlü olacaktır. Devamında ise, toplantıya çağıran kişiler, azınlığın talebini görevlendirme makamına ulaştıracaklardır. BTY m. 32/3 hükmünde neden böyle bir usul benimsendiği açık değildir. Ancak olması gereken hukuk bakımından, azınlığın Bakanlık temsilcisi talebini, doğrudan görevlendirme makamına yapmasıdır. Bu şekilde azınlık hakkının kullanımı kolaylaşacak ve hakkın kullanılmasının etkinliği artacaktır.

6. Azınlığın Bakanlık temsilcisi talep hakkını kullanmasından sonra, Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesine ilişkin takdir yetkisi görevlendirme makamında olacaktır. Bu aşamada yönetim kurulunun veya toplantıya çağıran kişilerin takdir hakkı bulunmamaktadır. Ancak azınlık talebini geçerli şekilde yapmıyorsa, geçerli olmayan bir talep, görevlendirme makamı tarafından hâlihazırda reddedileceğinden, yönetim kurulunun gerekçeli olmayan talebi doğrudan reddetmesi mümkün olmalıdır. Keza gerekçesiz olduğu için zaten reddedilecek olan talep hakkının, başlangıçta yönetim kurulu tarafından reddedilmesinde hukuken bir engel bulunmamakta ve böylelikle süreç gereksiz yere uzatılmamaktadır.

7. Azınlığın şirkete karşı yaptığı talep neticesinde, şirket yönetim kurulunun bu talebi toplantıya çağıran kişilere bildirmemesi veya bildirmiş olması ihtimalinde, toplantıya çağıran kişilerin görevlendirme makamına bildirmemesinin yaptırımı düzenlenmemiştir. Bu hâliyle BTY m. 32/3 müeyyidesiz hüküm olarak nitelendirilebilir. Bahse konu hükmün yaptırımının olmaması, hükmün uygulanma kabiliyetini de ortadan kaldırmaktadır. Zira her ne kadar teorik olarak azınlığın bu hakkı kullanması mümkün olsa da, uygulamada şirket yönetim kurulu, bu talebi genellikle toplantıya çağıran kişilere

bildirmeyecektir. Hatta genel kurul toplantıya yönetim kurulu tarafından çağrılmışsa, yönetim kurulunun talebi görevlendirme makamına ulaştırması çoğunlukla mümkün olmayacaktır. Bu durum hükmün tamamen işlevsiz kalmasına neden olmaktadır. Anılan sorunun çözümü için, azınlığın Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebini doğrudan görevlendirme makamına yapılması gerekmektedir. Böyle bir durumda azınlığın talep hakkını kötüye kullanması ihtimali akla gelse de, azınlığın talep hakkını mutlaka gerekçeli olarak yapması ve görevlendirme makamının Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesinde takdir yetkisinin olması, azınlığın hakkını kötüye kullanmasına engel olacaktır.

8. Yönetim kurulunun azınlığın talebini toplantıya çağırarak kişilere veya görevlendirme makamına iletmemesi genel kurul kararlarının geçerliliği bakımından bir etki doğurmayacaktır. Bu durumda Bakanlık temsilcisi görevlendirilmemiş olduğundan, genel kurula katılması zorunlu olan bir temsilci bulunmamaktadır. Azınlığın talebinin yönetim kurulu tarafından iletilmemesi durumunda, yönetim kurulunun bu eylemi sonucunda bir zararın meydana geldiğini ve zarar meydana gelse dahi zarar ile eylem arasında illiyet bağı olduğunu söylemek güçtür. Zira Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesi, görevlendirme makamının takdirinde olduğundan, temsilcinin genel kurula katılıp katılmayacağı belirsizdir. Bu nedenle talebin yönetim kurulu tarafından görevlendirme makamına bildirilmemesi durumunda, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.

9. Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesi hâlinde, temsilci genel kurul toplantısına katılmamışsa, genel kurul kararları yoklukla malul olacaktır. Görevlendirme makamının talebi reddetmesi durumunda, diğer bir ifadeyle Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmemesi hâlinde, Bakanlık temsilcisinin genel kurula katılmaması veya tutanakta imzasının bulunmaması geçersizlik nedeni olarak kabul edilmeyecektir.

KAYNAKÇA

- Akbay**, Direnç: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Azınlığın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Yoluyla Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017.
- Akdağ Güney**, Necla: “Çağrısız Genel Kurul Toplantısı ve Toplantıda Başkanlık Temsilcisi Bulundurma Zorunluluğuna Dair Düşünceler”, Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 445-475.
- Aksu**, Raziye: Şirketler Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2025.
- Algan**, Doğukan: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararının Yürütmesinin (Tedbiren) Geri Bırakılması (TTK m. 449), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Alışkan**, Murat: “Teori ve Uygulamada Azlığın Finansal Tabloların Görüşmelerini Erteleme Hakkı”, Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 379-444 (Azlık).
- Alışkan**, Murat: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007 (Fesih).
- Alper**, Gizem: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 61-87.
- Ansay**, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Olguç Matbaası. Ankara 1982.
- Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Umumî Hükümler, C. II-III, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960 (C. II-III).
- Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, Umumî Hükümler, C. I, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960 (C. I).
- Ayan**, Özge: Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklenmesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2004.
- Ayhan**, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

- Bahtiyar**, Mehmet: “Anonim Şirketlerde Azınlık Oranlarının Anasözleşme ile Değiştirilmesi Sorunu”, Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu Hakem Denetiminden Geçmiş Tebliğler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2018, s. 363-376 (Azınlık).
- Bahtiyar**, Mehmet: “Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü: Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 35-65 (Tutanak).
- Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2024 (Ortaklıklar).
- Bahtiyar**, Mehmet: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 61, Y. 2005, s. 47-106 (Tasarı).
- Bahtiyar**, Mehmet/**Hamamcıoğlu**, Esra: Yeni TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Bilge**, Mehmet Emin: “Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 3-4, s. 261-294 (Sona Erme).
- Bilge**, Mehmet Emin: “Limited Ortaklıkta Azınlığın Korunması”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 111-138 (Azınlık).
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2013.
- Birsel**, Mahmut T.: “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, İmran Öktem'e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 619-659.
- Bozkurt**, Tamer: Şirketler Hukuku, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2025.
- Can**, Mustafa Erdem: “Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri”, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara 2022, s. 407-430.
- Çalışkan**, Merdan: Anonim Şirketlerde Genel Kurul, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Çebi**, Hakan: Şirketler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Çiftci**, Nazmiye: Anonim Şirketlerde Azınlığın Finansal Tabloların Müzakeresinin Ertelenmesini İsteme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

- Doğanay**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I., Tümünden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Domaniç**, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, Temel Yayınları, İstanbul 1988.
- Dural**, H. Ali: “Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 179-192.
- Eminoğlu**, Cafer: “Tek Pay Sahipli Anonim Şirkette Genel Kurul” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2015, s. 129-166 (Genel Kurul).
- Eminoğlu**, Cafer: Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014 (Kurumsal).
- Erdem**, Nuri: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, (Fesih).
- Erdem**, Ercüment: “Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Şirketler Genel Kurulları İçin Getirdiği Yenilikler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 117-118, 2014, s. 29-61 (Yenilikler).
- Erem**, Tuğrul S.: Ticaret Hukuku Prensipleri, C.II, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, İstanbul 1980.
- Eren**, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.
- Eriş**, Gönen: Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı 6335, 6552, 6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, Ticaret Sicili Yönetmeliği ve İlgili Tebliğler, Güncellenmiş 3. Baskı, C. II, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Evlek**, Müge: “Türk Ticaret Kanunu'nda Öngörülen Azınlık Haklarının Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Uygulanması”, Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 247-297.
- Gencer**, Hakan: Anonim Şirketlerde Azınlık ve Azınlık Hakları (Yargıtay Kararları Çerçevesinde), 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Goette**, Wulf/**Habersack**, Mathias/**Kalss**, Suzanne: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 6. Aufl., München 2024 (MüKoAktG/Bearbeiter).
- Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 25. Baskı Ekin Yayınevi, Bursa 2023.

- Gülgeç**, Yahya Berkol: Normlar Hiyerarşisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Hamamcıoğlu**, Esra: “6102 Sayılı TTK. ve İkincil Düzenlemelere Göre Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi – II”, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 135-168.
- Helvacı**, Mehmet: “Anonim Ortaklıkta Ticaret Hukukundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 297-310 (Azınlık).
- Helvacı**, Mehmet: “Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik” Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997 (Genel Kurul).
- Henssler**, Martin/**Strohn**, Lutz (Hrsg.); Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, C.H.Beck, München 2016.
- Hüffer**, Uwe/**Koch**, Jens: Aktiengesetz - Beck'sche Kurz-Kommentare, 19. Aufl., München 2025.
- İmregün**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul 1989, (Ortaklık).
- İmregün**, Oğuz: Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1962 (Menfaat).
- Karasu**, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Karshoğlu**, Hasan: Anonim Şirketlerde Genel Kurul, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Kayar**, İsmail: Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1989 (Azınlık).
- Kayar**, İsmail: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018 (Ticaret).
- Kayıhan**, Şaban: Şirketler Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.
- Kendigelen**, Abuzer: Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Hakkında İmtiyaz, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999 (İmtiyaz).

- Kendigelen**, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. (Tıpkı) Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016 (İlk Tespitler).
- Kesici**, Buğra: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2023.
- Kırca**, İsmail: Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Kocabıyık**, Sami: “Anonim Şirket Olağan Genel Kurul Toplantısının Zamanında Yapılmamasının Doğurduğu Hukuki Sorunlar”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2021, s. 1055-1076.
- Korkut**, Ömer: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Karahan Kitabevi, Adana 2012.
- Memiş**, Tekin/Şimsek, Bahar: “Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerine Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 787-821.
- Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Moroğlu**, Erdoğan/**Kendigelen**, Abuzer: İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Odman Boztosun**, Ayşe: “Anonim Şirkette Genel Kurulun Çağrı Şekline Uyulmamasının Sonuçları”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 367-408.
- Okan**, Neval: Tutanak, Editör: Kemal Şenocak, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Orbay Ortaç**, Nurdan: Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Oruç**, Murat: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 27, S. 1, 2011, s. 209-233.
- Önder**, Fahrettin: “Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2005, s. 103-126.

- Özden**, Ece: “Şirketler Topluluğunda Azınlık Hakları ve Azınlığın Korunması”, Prof. Dr. Zühtü Aytaç’a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 1697-1758.
- Özsoy**, Mehmet Akif: “Azınlığın Genel Kurul Toplantısında Bakanlık Temsilcisi Görevlendirilmesine İlişkin Talep Hakkı”, Prof. Dr. Serap Helvacı’nın Anısına Armağan, C. III, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 3409-3430.
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal: “Türk Hukukunda Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Şekil Sorunları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 225-245.
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- Pulaşlı**, Hasan: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, S. 1-2, Y. 2013, s. 885-898 (Müeyyide).
- Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021 (Şirketler).
- Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024 (Şerh).
- Saat**, Dursun: Anonim Ortaklıkta Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Saka**, Zafer: Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- Sarıkaya**, Merve: “Anonim Şirket Genel Kuruluna Katılmaya Yetkili ve Katılmak Zorunda Olanlar ile Katılmamanın Hukuki Sonuçları”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 6, S. 2021/1, s. 415-460.
- Sert Canpolat**, Selin: “Anonim Ortaklıkta Azınlık Haklarının İncelenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 74, 2008, s. 158-189.
- Soykan**, İsmail Cem: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Sumer**, Ayşe: Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi (Yargıtay Kararları ile Birlikte), İsmail Akgün Kitabevi, İstanbul 1991.

- Şener**, Oruç Hami: Anonim Ortaklıklara İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023 (Anonim Ortaklık).
- Şener**, Oruç Hami: “Anonim Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Olağanüstü Toplantıya Çağırma Ve Gündeme Madde Eklenmesini İsteme Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, 1994, S. 4, s. 40-50 (Azınlık).
- Tekil**, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 1998.
- Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Tekinalp**, Ünal/**Teoman**, Ömer: “Der Minderheitenschutz im Türkischen Aktienrecht”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S. 45, 1983, s. 101-119.
- Teoman**, Ömer: “Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı (TTK m. 377) Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar V (25-26 Mart 1988), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1988, s. 75-95 (Azınlık).
- Teoman**, Ömer: “Yürürlükteki Hukukumuz ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, S. 4, 2009, s. 19-33 (Tasarı).
- Topaloğlu**, Mustafa: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Davalarında Islah”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 87-119.
- Tunç**, Mehmet: “Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Yok Hükümünde Olması ve Buna Bağlanan Sonuçlar”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 197-198, 2021, s. 365-411.
- Ulusoy**, Erol: “Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması”, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara 2022, s. 65-96.
- Uzel**, Necdet: “Anonim Ortaklık Hukukunda Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılması (Mümkün Müdür?) -Makale I: Genel Değerlendirme-’

Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 1293-1304.

Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Watter, Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht II (Art 530-964 OR), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2024.

Yasan, Mustafa: “Anonim Şirketlerde Talepte Bulunulmasına Rağmen Bakanlık Temsilcisinin Genel Kurul Toplantısına Katılmamasının Hukuki Sonuçları”, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2024, s. 1-31.

Yiğit, İlhan: Anonim Ortaklık Genel Kurullarının İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Yurtbaşı, Fatih: Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Zengin, İbrahim Çağrı: Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Zorluer, Onur: Anonim Şirketlerde Azınlık Haklarının Kötüye Kullanılmasına Karşı Çoğunluğun Korunması, Adalet Yayınevi, İstanbul 2021.

ZOR KULLANMA YETKİSİNE İLİŞKİN SINIRIN AŞILMASI SUÇU (TCK m. 256)

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1619676>

Dr. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT*

Öz

Türk Ceza Kanunu'nun 256. maddesinde düzenlenen "Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" suçu, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin bu sınırı aşması hâlini cezalandırmaktadır. İlgili düzenlemede, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlere atıf yapılmak suretiyle, suçun cezasının kasten yaralama suçunun cezası kapsamında belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi zor kullanma yetkisini kasten aşarsa doğrudan TCK m. 86 hükmüne göre değil TCK m. 256 atfıyla TCK m. 86'dan cezalandırılacaktır. Çalışmada öncelikle, özgü bir suç olması nedeniyle suçun failinin kimler olabileceği, ayrıca suçun hareket unsuru olan zor kullanmanın sınırının ne şekilde aşılabileceği tespit edilecektir. Bu incelemede özellikle suçun faili olabilecek kolluk görevlilerine ilişkin ayrı değerlendirme yapılacaktır. Yine kasten yaralama suçuna yapılan atfın kapsamı belirlenmelidir. Bu bakımdan suçun cezası dışında kasten yaralama suçu ilgili TCK'da yer alan bütün düzenlemeleri içine alıp almadığı değerlendirilecektir. Ayrıca ilgili suçun bazı ortak yönlere sahip olan kasten yaralama ve işkence suçu ile farkı ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Zor Kullanma Yetkisi, Kamu Görevlisi, Yetkinin Kullanımında Sınırın Aşılması, Kolluk Görevlilerinin Zor Kullanmada Sınırı Aşması, Kasten Yaralama Suçu

* Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi Hukuk Bilimleri Bölümü Öğretim Görevlisi, Ankara (ocelikbasbozkurt@gmail.com) 0000-0002-0821-6944 (Gönderim Tarihi: 14.01.2025-Kabul Tarihi: 26.04.2025) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

EXCEEDING LIMITS OF AUTHORISATION OF USE FORCE CRIME (Art. 256 TCC)

(Research Article)

Abstract

The crime of “exceeding limits of authorisation of use force” regulated in Article 256 of the Turkish Criminal Code has punished the exceeding of limit by a public official who has the authority to use force. In the relevant regulation, by referring to the provisions regarding the offense of intentional injury, it is stipulated that the penalty of the offense shall be determined within the scope of the penalty of the offense of intentional injury. In this respect, in the event that the public officer who has the authority to use force deliberately exceeds the authority to use force, he/she will be punished not directly according to Art. 86, but reference by of Art. 256. In this context, first of all, it will be determined who can be the perpetrator of the crime since it is a specific crime, and also how the limit in the use of force, which is the action element of the crime, can be exceeded. In this examination, a separate evaluation will be made especially regarding the law enforcement officers who may be the perpetrators of this crime. It will also be determined reference scope. In this respect it will be evaluated whether the reference to the offense of intentional injury includes all the regulations in the TPC on intentional injury, except for the punishment of the offense. In addition, it will be tried to reveal the difference between the related crime and the crime of intentional injury and torture, which have some common aspects.

Keywords

Authorisation or Right to Use Force, Public Agent, Exceeding Limits of Authorisation, Exceeding the Limit in the Use of Force by Law Enforcement Officers, The Crime of Intentional Injury

GİRİŞ

Kanuni düzenlemeler belli şartlar altında bazı kimselere zor kullanma yetkisi vermektedir. Kendilerine yetki verilen kişiler yetkilerini kanundaki şartlar kapsamında kullandıklarında işledikleri fiiller 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 24'te yer alan kanun hükmünü icra kapsamında hukuka uygun olacaktır¹. TCK m. 27'de ise *“Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.”* düzenlenmesine yer verilmiştir. Kanun hükmünü icra kapsamında hukuka uygun kabul edilen zor kullanma yetkisinde kamu görevlisinin sınırı aşması hâline bakıldığında TCK'da ayrı bir düzenleme olarak yer aldığı görülmektedir. Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu şeklinde ifade edilen eylem TCK m. 256'da *“Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi görevi sırasında gereken ölçünün dışında zor kullanırsa ilgili hüküm gereğince cezalandırılacaktır. Hükümde zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması hâli için ayrıca bir ceza belirleme yoluna gidilmemiş, kasten yaralama suçuna atıf yapılmakla yetinilmiştir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda (ETCK) ise m. 245'te² düzenlenmiş olup 5237 sayılı Kanun'dan farklı olarak suçun cezası ayrı olarak belirlenmişti³.

¹ **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 277. Ayrıca kanun hükmünü icra kapsamında kolluk görevlilerinin zor ve silah kullanma yetkisi için bkz. **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2024, s. 326 vd. **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 299 vd.

² 765 sayılı mülga TCK 245: *“Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilümm zabıta ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan amirinin emrini infazda kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalde başka surette bir kimse hakkında suimuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerheylerse üç aydan beş seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezaları ile cezalandırılır. Eğer işlediği cürüm bu fiillerin fevkinde ise o cürümlere terettüp eden ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”*. İlgili düzenlemede keyfi muamelede bulunmak ile kötü muamele birlikte düzenleme altına alınmıştır. Yeni düzenlemede ise sadece kasten yaralama kapsamındaki eylemler düzenlenmiştir. (**Ulusoy**, Engin: Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu (TCK. madde 256), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 97-98.) Bu

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu, zor kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlisinin, görevin gereklerine uygun ve gerektiği ölçüde zor kullanmasının hukuka uygun kabul edildiği bir durumda, olması gereken ölçünün dışına çıkarak zor kullanmasını cezalandırmaktadır. Bu bağlamda suç gerek fail gerekse eylem açısından kendine özgü önemli bazı hususları barındırmaktadır. Çünkü suçun oluşması için, herhangi bir kamu görevlisinin değil zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin fail olması ve yapılan eylemin olması gereken ölçünün sınırları dışına çıkması gerekmektedir. Bu nedenle zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin kim olduğu ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınır belirlenmelidir. Ayrıca bu suç TCK'da yer alan kamu görevlisi tarafından işlenebilecek nitelikli kasten yaralama ve işkence suçları ile ortak noktalara sahip olduğundan, ilgili suçlarla arasındaki farkın ortaya konulması gerekmektedir. Aynı şekilde kasten yaralama suçuna yapılan atfın kapsamının değerlendirilmesi de önem taşımaktadır. Bu bağlamda çalışmada öncelikle zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun unsurları, özel görünüş şekilleri ve soruşturma usulü ortaya konulacak, ardından benzer bazı suçlar ile farkı açıklanmaya çalışılacaktır.

I. ZOR KULLANMA YETKİSİNE İLİŞKİN SINIRIN AŞILMASI SUÇUNUN UNSURLARI

A. Suça İlişkin Genel Açıklamalar ve Suçla Korunan Hukuki Değer

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu, TCK sistematüğinde ikinci kitap, “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar*” başlıklı dördüncü kısmın “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” başlıklı birinci bölümünde düzenlenmiş bir suçtur. Suç zor kullanma yetkisinin sınırını aşan

bakımdan 765 sayılı Kanundaki düzenlemede yer alan “kötü muamelede bulunmak, cismen eza vermek, darp ve cerh etmek” eylemleri, 5237 sayılı Kanunda yer alan “kuvvet kullanma” eylemine göre daha kapsamlıdır (Yıldız, Ali Kemal: Zor Kullanma Yetkisinde Sınırın Aşılması, Özel Ceza Hukuku, C. IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 170). Yine 5237 sayılı Kanundaki düzenlemede “suimuamele” ifadesine yer verilmemesinin suçun maddi unsurunu daralttığı ifade edilmiştir. Buna göre kolluk görevlilerinin yaralama niteliğinde olmayan kötü davranışları mahiyetine göre hakaret veya tehdit suçlarının oluşturmaktadır (Kıldan, İsmail Turgut/Bahadır, Oktay: “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 11, Yıl 3, 2012, s. 193-224, s. 204). Bu husus eylem bahsinde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

³ Doktrinde Hafızogulları/Eşitli'ye göre ETCK m. 245, TCK m. 256'nın eşiti ve dengi değildir. Hafızogulları, Zeki/Eşitli, Ezgi Aygün: Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara 2014, s. 101.

kamu görevlisinin cezalandırılmasını amaçlayıp maddenin gerekçesinde, “...ölçünün dışında kuvvet kullanılması durumunda, bunun ceza sorumluluğunu gerektireceği muhakkaktır.” ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile kendisine zor kullanma yetkisi verilmiş olan kamu görevlisinin yetkisini kötüye kullanmaması ve yetkisinin sınırlarını aşmaması beklenmektedir. Başka bir anlatımla, bu suç kamu görevlisinin görevinden doğan ve somut olayın gerektirdiği ölçünün sınırını aşması cezalandırdığı için, devlet adına zor kullanan kamu görevlilerinin orantısız fiziksel şiddete başvurmalarını engellemeyi de amaçlamaktadır⁴.

Hüküm her ne kadar millete ve devlete karşı suçlar arasında yer alsada suçun cezasının belirlenmesinde kasten yaralama suçuna atıf yapılmıştır. Kasten yaralama suçuna atıf yapılması ise doktrinde çeşitli yorumlara neden olmuştur. İlk olarak *Aydın* zor kullanmada sınırın aşılması suçunun kişilere karşı suçlar arasında düzenlenebileceğini ileri sürmüştür⁵. Doktrinde *Soyaslan*’a göre ise bu maddeye ihtiyaç yoktur. Çünkü düzenlemeye göre faile kasten yaralama suçundan ceza verileceğinden ortaya çıkan durum hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması kurallarına göre de çözüme kavuşturulabilecektir. Yazara göre ayrı bir hüküm olarak düzenlendiği dikkate alındığında ise cezada da farklılık yapılması gereklidir⁶. Yine Yazara göre zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri görevlerini icra ederken sadece yaralama suçu işlememekte hakaret, tehdit, cebir suçlarını da işleyebilmektedir. Bu nedenle bu hükmün bu suçları da kapsar şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır⁷. *Koca ve Üzülmüş*’e göre zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması kasten yaralama olarak değerlendirilmesine rağmen neden ayrı bir suç tipi olarak düzenlendiğinin izahı zordur⁸. *Yıldız*’a göre de aynı yönde, bu düzenlemenin anlamlı olabilmesi için yaralamadan farklı davranışları da düzenlemesi veya suçun cezasında farklılık benimsenmesi gerekmektedir. Keza ETCK’da yer alan düzenlemede özel bir tanıma yer verildiği gibi suçun yaptırımı da özel şekilde düzenlenmişti⁹.

⁴ **Aydın**, Devrim: “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt 1, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2015, s. 137-174, s. 142.

⁵ **Aydın**, s. 141.

⁶ **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 735.

⁷ **Soyaslan**, s. 735.

⁸ **Koca/Üzülmüş**, s. 1102.

⁹ **Yıldız**, s. 169.

Kanaatimizce ise zor kullanma yetkisini kasten aşan kamu görevlisi, bu düzenleme olmasaydı da kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktı. Bu nedenle maddenin Kanunda ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç yok denilebilir. Ancak kanun koyucunun, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin -özellikle kolluk personelinin- zor kullanma yetkisine ilişkin sınırı aşmasını ve orantısız güce başvurmalarını engellemek ve bu hususun önemine dikkate çekmek gibi bir amaçla ayrı bir düzenlemeye yer vermiş olabileceği düşüncesindeyiz¹⁰. Bu düşünceden hareketle suç olmasaydı kanunda bir boşluk doğmayacak olsa bile suçun hizmet ettiği amaç düşünüldüğünde hükmün kaldırılması yerine yeniden düzenlenmesi faydalı olacaktır. Bu bağlamda da düzenlemenin ayrı bir şekilde düzenlenmesinin anlamlı olması için cezasının kasten yaralama suçuna atıf yapılarak değil münhasıran düzenlenmesinin yerinde olacaktır. Keza ileride de belirtileceği üzere kasten yaralama suçuna eklenebilecek bir nitelikli hâlin de soruna çözüm olacağını düşünmekteyiz.

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu ile korunan hukuki değere bakıldığında suçun kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar arasında düzenlenmiş bir suç olduğunu belirtmiştik. Bu husustan hareketle suçla korunan hukuki değer, toplum adına görevlerini yerine getiren kamu görevlilerinin görevlerini sadakatle yerine getirmesi ve bireylerin kamu idaresine karşı güvenlerini sarsmaması gerekliliğinden kaynaklı olarak “*idarenin itibarı*” şeklinde ifade edilmiştir¹¹. Belirtmek gerekir ki her ne kadar suç kamu idaresinin güvenilirliğine karşı suçlar arasında kamu görevlisi tarafından işlenebilecek bir suç olarak düzenlense ve kamu görevlisinin yetkisinin sınırlarını aşarak neden olduğu eylemin kamu güvenliğini sarsacağı kabul edilse de temelde suç sonucunda kişilerin vücut bütünlüğü zarar görmektedir. Keza düzenlemenin kasten yaralama suçuna atıf yapmış olması da bunu açıkça göstermektedir. Bir görüşe göre yetkinin aşılması suretiyle kişilere haksız güç kullanılması durumunda hem toplumda idarenin hukuka uygun faaliyette bulunduğu ilişkin güven duygusunun hem de kişilik haklarının zarar görmekte olduğu açıktır. Ancak ceza açısından her ne kadar kasten yaralama suçuna atıf yapılsa da kanun koyucunun bu suçu kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar başlığı altında düzenleyerek korunan hukuki değer yönünden tercihini ortaya koyduğu ifade edilmiştir¹².

¹⁰ Benzer yönde, Aydın, s. 142. Doktrinde Yıldız’a göre ise bu suçun kasten yaralama suçundan farklı bir amaca hizmet ettiğinin söylenmesi mümkün değildir. Yıldız, s. 169.

¹¹ Koca, Mahmut/Üzülmüş, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 1103.

¹² Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa: Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Md. 252-345, Cilt 6, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 7740.

Çünkü bu suç ile korunması amaçlanan hukuki yarar, kolluk görevlilerinin devlet gücünü vatandaşlar üzerinde olumsuz yönde kullanmalarını engellemek ve vatandaşlar nazarında devletin itibarının korunmasına özen gösterilmesini sağlamaktır¹³. Bir başka görüşe göre ise her ne kadar suç, kamu idaresinin güvenilirliğine karşı suçlar arasında düzenlenmiş olsa da kasten yaralama suçunu oluşturacak eylemlerden farklı bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle düzenlemede de kasten yaralama suçunda korunan hukuki yarar dışında başka bir hukuki yararın korunduğu söylenemeyecektir. Bu görüşe göre suç ile korunan hukuki yarar kişinin vücut bütünlüğü, sağlığı ve algılama yeteneğidir¹⁴.

Doktrinde *Artuk, Gökçen ve Yenidünya*'ya göre bu suç ile korunan hukuki değerler arasında kişinin şeref ve haysiyeti de vardır¹⁵. Yargıtay ise bir kararında benzer yönde görüşünü şu şekilde ifade etmiştir. “*Bu suç ile korunan hukuki değerler öncelikle kamu idaresinin itibarı, idarede disiplinin sağlanması, halkın kamu görevlilerine karşı duyduğu inanç ve itimattır. Bi-reylerin vücut bütünlüğü ile şeref ve haysiyeti de korunan diğer hukuki menfaatlerdir.*”¹⁶. Ancak Yıldız'a göre bu düzenlemede ETCK'dan farklı olarak “kötü muamelede bulunmak” eylemi yer almadığından ve ayrıca kişinin onur, şeref ve saygınlığını zedeleyecek bir davranış belirtilmediğinden suç ile korunan hukuki değerler arasında kişinin “şeref ve haysiyetini” saymak mümkün olmayacaktır¹⁷.

Kanaatimizce suç yalnızca kasten yaralama oluşturan eylemler ile işleneceğinden korunan hukuki değerler arasında kişinin şeref ve haysiyeti yer almamaktadır. Sistematik yorum yapıldığında suçun kamu idaresinin güvenilirliği ve itibarını korumaya çalıştığı; amaçsal yorum yapıldığında ise ölçsüz zor kullanma sonucunda zarar gören kişinin vücut bütünlüğünü korumak istediği söylenebilir. Bu nedenle bu suç ile karma hukuksal değerlerin korunduğunun ifade edilmesi daha yerinde olacaktır¹⁸.

¹³ Kıldan/Bahadır, s. 204.

¹⁴ Yıldız, s. 171.

¹⁵ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Bası, Adalet Yayınevi Ankara 2014, s. 984.

¹⁶ Yargıtay CGK, T. 15.11.2018, E. 2018/305, K. 2018/539, Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

¹⁷ Yıldız, s. 171.

¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 984.

B. Suçun Unsurları

1. Fail

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun düzenlendiği TCK m. 256'da "*zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi*" kavramına açıkça yer verildiğinden suçun faili ancak zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri olacaktır¹⁹. Bu bağlamda her kamu görevlisinin değil ancak zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin suçun faili olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Zor kullanma yetkisine sahip olmayan kamu görevlilerinin işlemiş oldukları eylemler doğrudan kasten yaralama suçunu oluşturacaktır²⁰. Aynı şekilde kamu görevlisi olmayan kişilere istisnai olarak verilen zor kullanma yetkisinin bulunduğu durumda -örneğin; Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 90- kişi kamu görevlisi olmadığından yine bu suç oluşmayacaktır²¹. Sonuç olarak bu hâliyle suç, faili bakımından özgü bir suçtur.

Suçun failini belirleyebilmek için zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerini tespit etmek gerekmektedir. Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri "*kanun ve nizamın kendilerine görevlerini ifa edebilmek için zaruret bulunduğu hallerde zor kullanma yetkisi tanıdığı kişiler*"²² olarak ifade edilmiştir. Bir başka deyişle zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi, mevzuatlar çerçevesinde görevini yaparken gerektiğinde kendisine zor kullanma yetkisi verilen kişidir²³. Bu bağlamda zor kullanma yetkisi genel bir düzenlemeden kaynaklanmayıp ilgili kamu görevlisinin tabi olduğu mevzuatlarda düzenlenmiştir. Bu nedenle hangi kamu görevlilerinin zor kullanma yetkisine sahip olduğu ancak mevzuatlarda yer alan düzenlemelerle belirlenebilecektir.

¹⁹ Hafizoğulları/Eşitli, s. 102; Yıldız, s. 172; Soyaslan, s. 733.

²⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7741.

²¹ Kıldan/Bahadır, s. 205; Yıldız, s. 174. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 90'a göre herkesin yakalama yetkisi vardır. Bu yetki kullanırken muhakkak ki yakalanan kişi üzerinde zor kullanılacaktır. Burada yakalama yetkisini kullanan kişinin zor kullanırken sınırı aşması bu suçu oluşturamayacaktır. Çünkü TCK m. 256'a göre bu suçun faili ancak zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi olabilecektir. Bu nedenle kamu görevlisi olmayan ancak CMK m. 90 gibi kendisine yetki verilen kişiler açısından hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasına ilişkin genel düzenlemeler dikkate alınacaktır. Geçici yakalama hukuki niteliği ve sınırın aşılması durumunda ortaya çıkan farklılıklar için ayrıca bkz. Akkaş, Ahmet Hulusi/Akpınar, Eren: "Geçici Yakalama (CMK m. 90/1'e Göre Yakalamanın Herkes Tarafından Yapılması)", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Sayı 1, 2024, s. 1-15, s. 3 ve s. 10 vd.

²² Artuk/Gökcan/Yenidünya, s. 986.

²³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7741.

Kanun hükmünü icra bağlamında mevzuatlardan kaynaklı olarak doğrudan zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin kimler olduğunu ifade etmeden önce; kamu görevlisinin amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi içinde de zor kullanma yetkisine sahip olabileceğini belirtmek gerekir²⁴. Kamu görevlisi zor kullanması yönünde emir aldığı ve uyguladığında da yetkisini kullanmış ve TCK m. 24 gereğince hukuka uygun hareket etmiş olacaktır. Emir çerçevesinde zor kullanılması ve yetkinin aşılması hâlinde ise TCK m. 256 kapsamında sorumluluk meydana gelecektir. Yani amirin emrinin sınırlarının aşılması hâlinde TCK m. 256'da yer alan suçun işlendiği kabul edilecektir. Belirtmek gerekir ki zor kullanma yetkisi bulunan kişilerin amiri konumundaki kişiler münhasıran zor kullanma yetkisine sahip değillerse bu suçun faili olamayacaklardır. Örneğin Cumhuriyet savcısı, hâkim, vali, kaymakam gibi kamu görevlileri, zor kullanma yetkisi olmayan ancak emir verme yetkisi olan kamu görevlileridir. Bu kişiler suçun ancak şeriki olabileceklerdir²⁵. Belirtilen kişiler yetkisi olmadığı hâlde zor kullanır ve kasten yaralama niteliğinde eylemler uygularsa, cezai sorumlulukları doğrudan kasten yaralama suçundan olacaktır.

Kanuni düzenlemeler çerçevesinde zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerine bakıldığında; başta genel kolluk kuvveti olan polis²⁶, jandarma²⁷, sahil güvenlik komutanlığı görevlileri²⁸ ve çarşı ve mahâlle bekçileri²⁹

²⁴ **Avcı**, Gökmen: “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 5, Sayı 53, 2010, s. 83-101, s. 84; **Artuk/Gökcan/Yenidünya**, s. 987.

²⁵ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 7741; **Aslantürk**, Mustafa: Zimmet, İrtikap, Rüşvet ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları-1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 286.

²⁶ Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu (PVSK) m. 16'e göre: “*Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.*”.

²⁷ 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Kanunu m. 3 ve m. 11'de ve Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 49'da Jandarmanın silah kullanma yetkisinin olduğu belirtilmiş olup zor kullanma yetkisine ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Yönetmeliğin “Yetki” başlıklı 42. maddesinde jandarmanın sorumluluk alanında, mülki ve adli görevlerinin ifası sırasında 2803 sayılı Kanun, PVSK ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer mevzuat hükümlerine göre hareket edeceği ve bu görevlerini yerine getirirken polisin sahip olduğu yetki ve sorumluluklara sahip olduğu belirtilmiştir. Aynı yönde PVSK m. 25'te “*Polis teşkilatı bulunmayan yerlerde il, ilçe ve bucak jandarma komutanları ile jandarma karakol komutanları bu kanunda yazılı vazifeleri yapar ve yetkileri kullanırlar.*” hükmüne yer verilmiştir. Bütün bu düzenlemeler bir arada ele alındığında jandarma zor kullanma yetkisini PVSK m. 16'da alan zor kullanma yetkisine sahip bir kamu görevlisidir.

²⁸ Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu m. 5'e göre “*Sahil Güvenlik Komutanlığı mensupları kendilerine bu Kanun ile verilen görevlerin yapılmasında; silah kullanma yetkisi*

karşımıza çıkmaktadır. Bunlar dışında belediye zabıta memurları, köy bekçileri, kır bekçisi, orman muhafaza memurları³⁰, gümrük muhafaza memurları³¹, ceza infaz kurumu görevlileri³² ve son olarak özel güvenlik görevlileri³³ de belirli şartlar altında zor kullanma yetkisi verilen kamu görevlilerinden-dir³⁴. Ayrıca kolluk kuvveti olmayan örneğin icra memuru da İcra Kanunu

dahil kanunların diğer güvenlik kuvvetlerine tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler.”.

²⁹ 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu m. 2’ye göre çarşı ve mahalle bekçileri genel kolluk görevlilerine yardımcı silahlı kolluktur. Ayrıca Kanun m. 9’da “Çarşı ve mahalle bekçileri 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 16 ncı maddesinde belirtilen zor ve silah kullanma yetkisini haizdir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

³⁰ **Aslantürk**, s. 286. Bu kişiler özel kolluk kuvveti olarak da ifade edilmektedir. **Gençtürk**, Ünal: AİHM ve AYM Kararları Işığında Yaşam Hakkı Bağlamında Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi ve Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 45 vd. Bu kişilerin zor kullanma yetkisine ilişkin ayrıca bkz. **Gençtürk**, s. 103 vd. Ayrıca özel kolluk, “genel kolluk olan polis ve jandarmanın dışında kalan, kendi özel kanunlarına göre kurulup kanunda kendisine verilen görevleri yerine getiren kolluk” olarak tanımlanmış, özel kolluğun genel kolluğun görev alanı dışında yer alan görevlerde ve genel kolluğun bir veya bir kısım görevlerini yerine getirmek suretiyle ortaya çıkacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Cin**, Onursal: “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1-2, 2000, s. 665-686, s. 668. Özel kolluk genel kolluk ayrımına ilişkin ayrıca bkz. **Ulusoy**, s. 12 vd. ve s. 137.

³¹ **Kıldan/Bahadır**, s. 207.

³² Ceza infaz kurumu görevlilerinin zor kullanma yetkisi 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu m. 50’de “Zorlayıcı araçların kullanılması” başlığı altında düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu şekildedir: 1. Hiçbir hâlde zincir ve demire vurmak tedbir olarak uygulanmaz. Kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar; a) Yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için, b) Hekimin talimat ve gözetiminde olmak üzere tıbbî nedenlerle, c) Diğer kontrol usûllerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine veya başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için kurum en üst amirinin emriyle, Kullanılabilir. 2. Çocuk hükümlüler için birinci fıkranın (a) bendi hükmü uygulanmaz.”.

³³ 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun “Özel Güvenlik Görevlilerinin Yetkileri” başlıklı m. 7/k bendinde “Türk Medeni Kanununun 981 inci maddesine, Borçlar Kanununun 52 nci maddesine, Türk Ceza Kanununun 24 ve 25 inci maddelerine göre zor kullanma” düzenlemesine yer verilmiştir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında özel güvenlik görevlilerinin de bu suçun faili olabileceğini kabul etmiştir. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 986; **Yıldız**, s. 173. Özel güvenlik görevlilerinin zor kullanma yetkisine ilişkin ayrıca bkz. **Bahadır**, Oktay/**Kıldan**, İsmail Turgut: “Özel Güvenlik Görevlilerinin Zor Kullanma Yetkisi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 3, 2013, s. 274- 310, s. 284; **Aydın**, s. 145.

³⁴ Sayılan kamu görevlilerinin zor kullanma yetkisine sahip olduğuna ilişkin ayrıca bkz. **Koca/Üzülmüş**, s. 1104; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 986. Söz konusu kişilerin zor

kapsamında tanınan yetki nedeniyle zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinden biridir³⁵. Bu örneklerin kanuni düzenlemeler çerçevesinde çoğaltılması mümkündür.

Son olarak belirtilmelidir ki zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin yaptığı eylemin bu suçu oluşturabilmesi için zor kullanımına görev sırasında başvurulması yani kamu görevlisi sıfatından kaynaklı olması gerekmektedir. Bir başka deyişle somut olayda kamu görevlisi, kuvvet kullanımına zor kullanma yetkisinin bulunduğu bir hâlde başvurmalıdır³⁶. Eğer kamu görevinin icrası söz konusu değilse kamu görevlisi sınırı aşmış aştığına bakılmaksızın doğrudan TCK m. 86'dan cezalandırılacaktır³⁷. Bu bakımdan kamu görevlisi izinli veya raporlu ise ya da yer itibarıyla görevsiz ise bu madde hükümleri uygulanmayacaktır³⁸.

2. Mağdur

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu mağduru bakımından bir özellik göstermemektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre kasten yaralama oluşturan eylemlerin üzerinde gerçekleştirildiği kişi suçun mağduru olmaktadır³⁹. *Hafizoğulları/Özen*'e göre ise, suç kamu idaresinin güvenirliliğine ve işleyişine karşı işlendiğinden suçun mağduru, fail kamu görevlisinin görevli olduğu kamu idaresidir. Ölçünün üzerinde zor kullanılan kimse ise suç sonucu kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından suçtan zarar gören olmaktadır. Bu nedenle suç çok mağdurlu bir suçtur⁴⁰.

Doktrinde *Aydın*'a göre zor kullanma yetkisinin doğduğu olayla hiçbir ilgisi olmayan kişiler de bu suçun mağduru olabilecektir. Yazar örneğin o sırada yoldan geçenlere veya olayı görüntüleyen gazetecilere karşı kuvvet

kullanma yetkisine sahip olduğuna yönelik Yargıtay kararları için ayrıca bkz. **Avcı**, s. 84.

³⁵ İcra İflas Kanunu m. 80/f. 4'te şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir: "*Haczi yapan memur, borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın veya gümüş veya diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlar ve borçlu bunları vermekten kaçınırsa, borçlunun şahsına karşı kuvvet istimal edilebilir.*".

³⁶ **Koca/Üzülmez**, s. 1102; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 987.

³⁷ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 987.

³⁸ **Meran**, Necati: Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliyeyle İlişkin Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 126.

³⁹ **Koca/Üzülmez**, s. 1104; **Meran**, s. 126; **Yıldız**, s. 174.

⁴⁰ **Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, 1. Baskı, USA Yayınları, Ankara 2016, s. 76; **Hafizoğulları/Eşitli**, s. 103.

kullanılması hâlinde de bu kişilerin de suçun mağduru olabileceğini belirtmiştir⁴¹.

Kanaatimizce suçun mağduru olabilecek kişiler kamu görevlisinin zor kullanmasına neden olan kişi veya kişilerdir. Zor kullanımı da genel olarak kamu görevlisinin bir direnişle karşılaşması hâlinde ortaya çıktığı için burada direnen kişinin mağdur olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü herhangi bir direniş yoksa, kişi direnmemişse ya da bir başka sebepten kişi üzerinde zor kullanma yetkisini gerektiren bir durum söz konusu değilse zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu da oluşmayacaktır. Görevle ilgili olmayan kişiler üzerinde kuvvet kullanılması hâlinde zor kullanma yetkisinden bahsedilemeyeceğinden eylem doğrudan hukuka aykırı olup sınırın aşıp aşılmadığı önemli olmayacaktır⁴². Bu bakımından olayda zor kullanma yetkisinin doğup doğmadığının tespit edilmesi önemli olduğundan, suçun mağduru ancak zor kullanma yetkisinin doğmasına sebebiyet veren ve üzerinde zor kullanılan kişi olabilecektir.

3. Eylem

Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunu oluşturan eylem, kişiler üzerinde görevin gerektirdiği ölçünün dışında⁴³ veya orantısız⁴⁴ güç/kuvvet kullanılmasıdır. Ölçünün dışında veya orantısız olan zor kullanımın ne şekilde gerçekleştirileceği yönünde bir sınırlama yapılmadığından serbest hareketli bir suçtur⁴⁵. Bu bağlamda mağdura tekme atma, itip kakma, yaka paça sürüklenme, kolundan tutup çekme, yere yatmış mağduru kol ve bacaklarından tutup götürme, cop ile vurma, basınçlı su kullanma zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunu oluşturabilecek hareketlerdir⁴⁶. Önemli olan ilerde de ayrıca açıklanacağı üzere yapılan bu eylemlerin zor kullanma yetkisi doğuran somut olay bakımından ölçüsüz ve orantısız olmasıdır. Bu nedenle örneklerin çoğaltılması mümkün olmakla birlikte zor kullanmada sınırın aşılmasına neden olabilecek eylemlerin kasten yaralama suçuna yapılan atıf nedeniyle, mağdur üzerinde “vücuda acı verme”, “sağlığın veya algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma” neticelerine sebebiyet vermesi gerekir⁴⁷. Belirtilen neticelerden biri doğmadığında bu suç bağlamında bir zor

⁴¹ Aydın, s. 145.

⁴² Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 988.

⁴³ Koca/Üzülmez, s. 1104.

⁴⁴ Aydın, s. 146.

⁴⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7740.

⁴⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7742.

⁴⁷ Koca/Üzülmez, s. 1105; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7743.

kullanmadan da söz edilemeyecektir⁴⁸. Bu nedenle suç neticesi bakımından bir “zarar suçu”dur⁴⁹.

Doktrinde kuvvet kullanmanın vücuda acı veya eza vermeyecek şekilde basit güç kullanma şeklinde işlenmesinin suç teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir⁵⁰. Ancak TCK m. 256’da kasten yaralama suçuna yapılan atıfta bir sınırlama belirtilmediğinden TCK m. 86/2’yi de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Bu nedenle kanaatimizce, suçun oluşması için eylemin mağdurda en azından basit tıbbi müdahale (BTM) ile giderilebilecek şekilde yaralanmaya neden olunması yeterli kabul edilmelidir. Burada BTM ile ilgili dikkat edilmesi gereken esas mesele BTM ile giderilebilecek yaralamanın, zor kullanma sınırları içinde kalan bir yaralama olup olmadığıdır. Eğer kamu görevlisi tarafından uygulanan kuvvet BTM ile giderilebilecek düzeyde kalmış ve yetkinin sınırları içinde olan bir zor kullanma ise suç oluşmayacaktır. Doktrinde Aslantürk bu hususta şu açıklamalara yer vermiştir: “Sınırı aşmada, (1) yaralama suçu gibi cezalandırılacağına göre suçun niteliğini ve cezasını belirlerken mağdur üzerinde aşan kısım itibariyle oluşan yaralama derecesi mi? yoksa sınıra kadar olan ve ancak hukuka uygun kabul edilen bölüm de eklenerek meydana gelen sonuç mu? değerlendirilecektir. Doktor, uzman bilirkişilerce bu husus nasıl saptanacaktır. Düzenlemeye uygun olanın, aşan kısım ceza sorumluluğuna esas alınmalı ve tümü itibariyle değil, hukuka uygun olan bölüm bu toplam sonuçtan ayrılmaya çalışılmalıdır.”⁵¹. Kanaatimizce sınır aşan kısım BTM ile giderilebilir yaralama oluşturmuşsa TCK m. 86/2’nin uygulanmasına engel bir durum söz konusu değildir. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında zor kullanma yetkisi doğan kolluk kuvvetinin, bedeni kuvvetle müdahale sırasında kişinin kolunu sıkarak bükmesi veya maddi güç kullanarak sert bir tavırla kelepçe takarak bileğinde yüzeysel yaralanmalara sebebiyet vermesi BTM ile giderilebilecek şekilde yaralanma⁵² oluşturacaktır. Bu hâllerde de direnişin durumuna göre zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçundan bahsedilebilecektir.

⁴⁸ Yurtcan, Erdener: Ceza Hukuku Özel Hükümler (Sınavlara Hazırlanma Rehberi), 1. Baskı, Aristo Yayınları, İstanbul, 2020, s. 563.

⁴⁹ Kıldan/Bahadır, s. 204; Yıldız, s. 179.

⁵⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7742.

⁵¹ Aslantürk, s. 287.

⁵² Yumuşak doku yaralanmalarının BTM ile giderilebilecek yaralanmalar olduğuna ilişkin bkz. *Adli Tıp Derneği*, Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi, Adli Tıp Uzmanları Derneği-Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2019, s. 9 ve s. 17.

Doktrinde bir görüşe göre suçu oluşturacak güç kullanımı maddi güç yanında manevi güç-manevi zorlama şeklinde de olabilecektir⁵³. Ancak bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, bu suçta eylem kuvvet kullanmak olduğundan kuvvet fiziki güç, şiddet, zor, cebir olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle kasten yaralama suçunun neticelerine sebebiyet verecek şekilde vücuda yönelik fiziksel güç kullanımı gereklidir ve fiziki güç kullanımı olmayan davranışlar suçu oluşturmamaktadır⁵⁴. Ayrıca doktrinde bu suçun ihmali suretle de işlenebileceği belirtilmiştir. Emrindeki kolluk görevlisinin sınırı aşmasına göz yuman ve engellemesi gerekirken engellemeyen amirin davranışı ihmali nitelikte olacaktır. Bu durumda ortaya çıkacak yaralama neticeleri bakımından TCK m. 88 hükümlerini uygulamak gerekmektedir⁵⁵.

Sınırın aşılması sonucunda kasten yaralama suçuna yapılan atıf nedeniyle, mağdur üzerinde kasten yaralama teşkil eden vücuda acı verilmesi, sağlığın veya algılama yeteneğinin bozulması neticelerinin gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştik. TCK m. 256'da sınırın aşılması hâlinde kasten yaralamaya ilişkin sonuçlar meydana gelebileceği öngörülerek netice olarak ölümün gerçekleşmesi ayrıca düzenlenmemiştir⁵⁶. Aynı şekilde zor kullanma yetkisinin sınırın aşılması hâlinde TCK'da yer alan başka suçların işlenmesi durumunda ne olacağına ilişkin de bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sınırın aşılması suretiyle yaralama sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi hâlinde TCK m. 87/ hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ancak bunun dışında hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasına ilişkin genel hükümlerden yola çıkılarak sonuca ulaşılabilecektir. Örneğin zor kullanma yetkisine ilişkin sınırı taksirle aşan ve kişinin ölümüne neden olan kamu görevlisi taksirli öldürmeden (TCK m. 85), kasten aşan kamu görevlisi ise kasten öldürmeden (TCK m. 81) sorumlu olacaktır⁵⁷. Ölüm neticesi dışında başka bir neticenin meydana gelmesi hâlinde de netice ile ihlal edilen ilgili suça ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu bakımdan suçun maddi unsuru yaralama mahiyetindeki hareketler olduğundan, kamu görevlisinin kişiye hakaret etmesi veya kişiyi tehdit etmesi, yani kasten yaralama oluşturmeyen eylemlerde bulunması TCK m. 256'ı oluşturmayacaktır⁵⁸. Yine örneğin icra memurunun zor

⁵³ Gençtürk, s. 85.

⁵⁴ Yıldız, s. 175.

⁵⁵ Aydın, s. 149; Yıldız, s. 177.

⁵⁶ Gençtürk, s. 145.

⁵⁷ Meran, s. 128.

⁵⁸ Koca/Üzülmüş, s. 1105. "Zor kullanmaya yetkili bulunan baş komiser sanığın, hakkında yakalama emri olan katılanın oğlunun yerini öğrenmek için karakola getirdikleri katıla-

kullanma yetkisi kapsamında borçluya zor kullanarak kapalı bir zarfı ele geçirmesi ve sonrasında bunu açması hâli hukuka uygun kabul edilebilecek-ken, zarfı açtıktan sonra içindekinin mektup olduğunu fark etmesine rağmen mektubu okuması sınırın aşılması anlamına gelecektir⁵⁹. Burada TCK m. 256 hükmü uygulanmayacak aşan sınır nedeniyle özel hayatın gizliliğini ihlal veya haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan sorumluluk doğacaktır.

Sonuç olarak suçun oluşmasına neden olabilecek eyleme ilişkin genel hususlar bunlar olmakla birlikte zor kullanma kavramının ve zor kullanmada sınırın hangi hâllerde aşılabileceğinin ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bu çerçevede zor kullanma kavramı, zor kullanmada sınırın aşılması kavramı ve kolluk görevlileri açısından zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması hususu ayrı başlıklar altında incelenecektir.

a. Zor Kullanma Kavramı

TCK m. 256’da ilgili suçun başlığı olarak “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” kavramına yer verilmiş olsa da madde hükmünde ölçünün dışında “kuvvet kullanılması” ifadesine yer verilmiştir. Bu bağlamda suçu oluşturan eylem sınırı aşan “zor kullanılması” yani gereken ölçünün dışında “kuvvet kullanılması”dır. Bu bakımdan kanun koyucunun kuvvet kullanma kavramından zor kullanmayı anladığını yani iki kavramı eş değer tuttuğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Zor kullanma, aşağıda açıklanacağı üzere en ayrıntılı şekilde PVSK’da düzenlenmiş olmasına rağmen hükümde zor kullanmanın tanımına yer verilmemiştir. Zor kullanmanın Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği’nde⁶⁰ tanımlandığı görülmektedir. İlgili Yönetmelik m. 4’e göre zor kullanma; “*kanunsuz toplu hareket haline gelen bir toplumsal olayın etkisiz hale getirilmesi veya önlenmesi veya dağıtılması için; toplu hareketin niteliğine veya dağıtma sırasında meydana gelen cebir ve şiddet veya saldırı veya direnişin dere-*

na, sövme biçimindeki eylemin 765 sayılı Yasanın 245. maddesindeki bireyleri kötü davranma suçunu oluşturacağı, 5237 sayılı TCK 256. maddesinde sadece kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanılması halinin düzenlenmiş olması nedeniyle sanığın eyleminin aynı Yasanın 125/1. maddesine uyan kovuşturulması yakınmaya bağlı olan sövme suçunu oluşturabileceğinin anlaşılması karşısında...” Yargıtay 4. CD, T. 12.12.2007, E. 2006/3830, K. 2007/9125, Aktaran: **Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi Madde 234-345, 5. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 7470.

⁵⁹ **Özçelik**, s. 2926. İcra memurunun zor kullanma yetkisinde sınırı aşmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Özçelik**, s. 2923 vd.

⁶⁰ Resmî Gazete Tarihi: 30.12.1982; Resmî Gazete Sayısı: 1791.

cesine ve gereğine göre kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanılması halî”dir.

Doktrine bakıldığında TCK m. 256 anlamında zor kullanma, “*kişilerin kendisine terettüp eden belirli bir yükümlülüğün gereklerine uygun davranmaması halinde, bu yükümlülüğün gereklerine uygun davranmalarının sağlamak amacıyla ve ancak kanunda verilen yetkiye dayalı olarak başvurulabilecek bir yetki*” olarak ifade edilmiştir⁶¹. Başka bir ifadeyle de kişilerin kendisine ve çevresine zarar vermesini engellemek, kanunlarca konulmuş kuralara uymasını ve temel hak ve hürriyetlerden herkesin eşit şekilde istifade etmesini sağlamak amacıyla yetkili kamu görevlileri tarafından usulüne uygun şekilde kuvvet kullanılması olarak karşılık bulmuştur⁶². Daha kısa şekliyle ise kişi üzerinde fiziki güç, yani şiddet kullanılması olarak tanımlanmış⁶³; kötü davranma, mağdurun bedenine zarar verecek davranışlarda bulunma olarak anlaşılabileceği belirtilmiştir⁶⁴. Bütün bunlar yanında zor kullanmanın bir şeyi yaptırmak için maddi veya manevi güç kullanma ya da istenilen hareketin yapılması için fiziki kuvvetle zorlama anlamı taşıyan cebir kavramını da içerdiği ifade edilmiştir⁶⁵.

Kanaatimizce zor kullanma kamu görevlisinin görevini yapmasına engel olmak maksadıyla direnen kişiler üzerinde bu direnişi kırmak ve somut olaydaki görevini icra etmek amacıyla bedeni veya maddi güç uygulaması veya kuvvet kullanması olarak ifade edilebilecektir. TCK m. 256 anlamında zor kullanma ise bu amacın sınırlarını aşarak kişiler üzerinde bedeni veya maddi güç kullanımıdır. Kamu görevlisinin bu suç bağlamında zor kullandığının kabul edilmesi için ise zor kullanma yetkisinin var olduğu bir hâlde kişinin direncini kırmak veya görevin icrasını sağlamak amacıyla ancak ölçüsüz şekilde ya da bu amaca ulaşmasına rağmen herhangi bir amaç taşımaksızın bedeni veya maddi güç uygulayarak zor kullanması gerekmektedir. Bu nedenle suç açısından önemli olan hangi durumlarda zor kullanma yetkisinde sınırın aşıldığının kabul edileceğinin belirlenmesidir.

⁶¹ Özgenç, s. 326; Eryılmaz, M. Bedri/Bozlak, Ayhan, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi” TBB Dergisi, Sayı 83, 2009, s. 223-278, s. 229. Benzer yönde bir tanım olarak ise zor kullanma; kanuna göre yapılması gerekli bir işlemin yerine getirilmesi sırasında kamu güçlerinin eşya ve kişiler üzerinde dengeli ve kanunlara uygun maddi ve manevi güç kullanmaları şeklinde ifade edilmiştir. Cin, s. 675.

⁶² Avcı, s. 86.

⁶³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7742.

⁶⁴ Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 984.

⁶⁵ Cin, s. 676.

b. Zor Kullanma Yetkisi Kapsamında Kuvvet Kullanılması ve Sınırın Aşılması

Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin görevinin gerektirdiği sınırlar içinde kuvvet kullanması, TCK m. 24 kapsamında “*kanun hükmünü icra*” hukuka uygunluk nedenini oluşturmaktadır. Anayasa’da yer alan kişi hak ve hürriyetlerinin ancak kanunla sınırlanabileceği ve ancak kanunla düzenlenebileceği genel ilkesi dikkate alındığında⁶⁶ da zor kullanma yetkisi mutlaka kanuna dayanmalıdır⁶⁷. Sonuç olarak da kanuna dayalı bir görevin icrası sırasında gereken ölçüde kuvvet kullanıldığında kişi yaralanmış olsa bile eylem hukuka uygun kabul edilecektir⁶⁸.

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun oluşması için; *kullanılan kuvvetin görev kapsamında icra edilmesi, görev gereği icra edilen kuvvetin gereken ölçünün dışında olması ve gereğinden fazla kuvvet kullanımının kasta dayanması gerekmektedir*⁶⁹.

- *Kullanılan kuvvetin görev kapsamında icra edilmesi*, zor kullanma yetkisinin kamu görevlisine kanunla tanınması ve kanunda belirtilen zor kullanma yetkisinin somut olayda doğması anlamına gelmektedir. Yani kişinin uyguladığı kuvvetin görevle nedensellik bağlantısı içinde olması gerekmektedir.

İlk olarak zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, kuvvet kullandığı esnada bu yetkisi doğmamışsa bu suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. Bu bakımından kamu görevlisinin zor kullanmaktan başka çaresinin kalmamış olması da gerekmektedir. Bu durum zor kullanmada zorunluluk bulunması olarak da ifade edilmiştir⁷⁰. Örneğin zorla getirme kararı uygulanırken herhangi bir direniş göstermeyen kişiye, kolluk kuvveti tarafından “*tebligat gelmesine rağmen niye duruşmaya gitmedin*” denilerek vurulursa zor kullanma yetkisinin kullanımı gerektirecek bir durum olmadığından TCK m. 256 değil⁷¹ doğrudan TCK m. 86 oluşacaktır. İkinci olarak kullanılan kuvvetin görev kapsamında icra edilip edilmediği kamu görevlisinin tabi olduğu mevzuat hükümlerinde kendisine verilen bir yetkinin olup olmadığı

⁶⁶ Özgenç, s. 329, dn. 450. Anayasa md. 13: Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.

⁶⁷ Özgenç, s. 326; Hafizoğulları/Eşitli, s. 102.

⁶⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7743.

⁶⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7741-7742; Ulusoy, s. 129.

⁷⁰ Kıldan/Bahadır, s. 200.

⁷¹ Kıldan/Bahadır, s. 207.

dikkate alınarak belirlenecektir. Örneğin zabıta memurlarının ateşli silah kullanma yetkisi bulunmamakta iken orman muhafaza memurlarının şartları oluştuğunda silah kullanma yetkisi bulunmaktadır⁷². Bu bakımdan örneğin zabıta memurunun silah kullanarak birini yaralaması durumunda, yetki olmadığından aşılmasından da söz edilmeyeceğinden eylem yine doğrudan kasten yaralama suçunu oluşturacaktır. Son olarak ise kişi üzerinde kullanılan kuvvet görevden kaynaklanmadığında -kişisel bir nedenden kullanıldığı- TCK m. 256'dan söz etmek mümkün olmayacaktır. Örneğin kolluk kuvvetinin evinin önünde park meselesi yüzünden tartıştığı kişiye yumruk atması TCK m. 256 kapsamına girmeyecektir.

- *Görev gereği icra edilen kuvvetin gereken ölçünün dışında olması*, suç meydana getiren esas unsurdur. Daha önce belirtildiği üzere zor kullanma görev gereği olduğundan, orantılı ve ölçülü davranılması hâlinde suç oluşmayacaktır. Ancak zor kullanmanın ölçüsü konusunda açık ve net bir sınır belirlenmesi mümkün olmadığı gibi⁷³ kanunlarda da sınırın açıkça gösterilmesi mümkün değildir⁷⁴. Ancak kuvvet kullanmanın hangi hâllerde ve ne şekilde olacağına ilişkin sınır, kural olarak, kişiye zor kullanma yetkisi veren ilgili kanun hükmüne göre belirlenmekte ve somut olayın gerçekleşme şekli dikkate alınmak suretiyle tespit edilebilmektedir. Genel olarak denilebilir ki zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin zor kullanma yetkisi, bu yetkiyi veren hukuki düzenlemenin amacı ile sınırlıdır. Bu amaca ulaşmayı sağlayan kuvvet, yeterli ve orantılı olacaktır. Somut olayda ölçünün belirlenmesinde yer, zaman ve kişi⁷⁵ ve verilen zor kullanma yetkisinin amacı önem taşımaktadır. Özetle de zor kullanma yetkisinin uygulanmasında zor kullanmanın şekli, derecesi, kullanılan araç ve zor kullanma yetkisi doğuran görevin amacı ile mevcut şartlar ve imkanlar arasında bir uygunluk ve orantı bulunmalıdır. Örneğin icra memurunun İcra Kanunundan kaynaklı zor kullanma yetkisi ile korunmak istenen alacak hakkıdır. İcra memurunun borçluyu kelepçelemesi ya da ellerini bağlayarak yaralanmasına sebebiyet verilmesi bu yetkisinin sınırlarını aşma anlamına gelecektir⁷⁶. Bu noktada kolluk görevlileri bakımından da örnek vermek mümkün olmakla birlikte bu husus

⁷² Kıldan/Bahadır, s. 210.

⁷³ Cin, s. 679.

⁷⁴ Kıldan/Bahadır, s. 210.

⁷⁵ Cin, s. 676.

⁷⁶ Bu ve diğer örnekler için bkz. Özçelik, Volkan: "Genel Hacı Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi (İİK M. 80/4)" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, 2014, s. 2909-2952, s. 2924.

aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacağından örnekler ilgili başlık altında aktarılacaktır.

- Son olarak *gereğinden fazla kuvvet kullanımının kasta dayanması* ise manevi unsur başlığında ayrıca belirtileceği üzere, kamu görevlisinin zor kullanırken orantıyı kasten aşması anlamına gelmektedir. Taksirle aşılması hâlinde genel hükümlere başvurulacak, TCK m. 27/1 hükmü uygulanarak sorumluluk belirlenecektir⁷⁷. TCK m. 256'nın gerekçesinde de "...zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılması gerekmektedir. Ancak, bunun için, emniyet görevlisinin kasten hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde, sorunun hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasına ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir." ifadelerine yer verilerek açık bir şekilde kamu görevlisinin kasten hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bütün bu hususların vurgulandığı Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olmuş bir olayda; "İzmir İl Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube Müdürlüğü Ahlak Büro Amirliğinde görevli polis memurlarının uygulama yaptıkları, sanık ...'ın da bu uygulamada **komiser rütbesiyle görevlendirildiği**, bu sırada olay yerinden geçen katılan ve arkadaşına görevlilerce kimlik sorulması ve sokaktan geçemeyeceklerinin söylenmesi üzerine sanıkla katılan arasında tartışma çıktığı,... olayda; katılanın görevli komiser sanık ... tarafından darbedilerek yaralandığı yönündeki aşamalarda önemli değişiklik göstermeyen istikrarlı beyanları, bu beyanlarla örtüşen adli tıp raporu ve tanık ...'ın olay günü sanığın katılanı tekme tokat döverek yere düşürdüğü şeklindeki anlatımı bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde; sanık ... ile sanığın meslektaşları olan polis memurlarının katılanın başını polis aracında ve nezaret-hanedeyken kasten sağa sola vurarak kendi kendisini yaraladığı şeklindeki sanığın cezadan kurtulmasına yönelik anlatımlarına itibar edilemeyeceği, sanık ...'ın 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 16. maddesinde, polise tanınan, **görevini yaparken direnişle karşılaşması hâlinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanma yetkisini aşmak suretiyle sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanarak kulak zarında perforasyona neden olacak ve basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte katılanı kasten yaralama suçunu işlediği**, bu şekilde kasten yaralama suçunun sübut bulduğu kabul edilmelidir."⁷⁸ sonucuna ulaşılmıştır. Bu kararda özellikle kişinin görevli olması, görev sırasında bir direnişle karşı-

⁷⁷ Özбек/Doğan/Bacaksız, Ceza Genel Hükümler, s. 307.

⁷⁸ Yargıtay CGK, T. 15.11.2018, E. 2018/305, K. 2018/539, Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

laşması gereklilikleri zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu bakımından vurgulanan önemli hususlardır.

c. Kolluk Görevlileri Açısından Zor Kullanma Yetkisinde Sınırın Aşılması

Zor kullanma yetkisi denildiğinde akla ilk gelen kamu görevlileri, genel kolluk kuvveti olan polis ve jandarma personelidir. Her iki kolluk görevlisine de zor ve silah kullanma yetkisini veren temel düzenleme PVSK'nın “*zor ve silah kullanma yetkisi*” başlıklı 16. maddesidir. Bu hükümde zor kullanmanın hangi hâllerde ve ne şekilde olacağı düzenleme altına alınmıştır. PVSK kapsamında zor ve silah kullanılması konusu bu çalışmanın kapsamını aşacak mahiyette olmakla birlikte, çalışma konusu açısından önemli olması nedeniyle PVSK m. 16 kapsamında zor kullanma yetkisinin genel sınırlarının ve hangi hâllerde bu sınırın aşılabileceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

Öncelikle PVSK m. 16/f. 1’de zor kullanma yetkisi; “*polis görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kira-cak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.*” ifadesi ile açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hüküm dikkate alındığında görevini icra etmek isterken direnişle karşılaşan kolluk görevlisi, artan kuvvet nispetinde bu direnişi kırma amacıyla zor kullanabilecektir. Genel sınır bu şekilde kısaca ifade edilebilecek olmakla birlikte kolluk faaliyetleri temel hak ve özgürlüklerle doğrudan bağlantı içinde olduğundan bireylerin haklarının korunması ve keyfi müdahalelerin önlenmesi için zor kullanma yetkisi kanun koyucu tarafından ayrıntılı düzenlenmek suretiyle çeşitli kurallara ve sıkı şartlara tabi kılınmıştır⁷⁹. İşte zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu da bu kurallar ve şartlar dikkate alınarak belirlenmektedir.

PVSK m. 16/f. 2’de “*...direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.*” şeklinde yer alan düzenleme ile zor kullanmanın sınırı net bir şekilde ortaya konulmamış olsa da zor kullanmanın kademeli bir şekilde artacağı kuralı benimsenmiştir. Bu kademeli artış dikkate alınarak zor kullanma yetkisinin sınırı artan kuvvetle ve sırasıyla; bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanılması şeklinde olacaktır.

PVSK bedeni kuvveti, *direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanılan güç*; maddi gücü ise *direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya*

⁷⁹ Avci, s. 87.

boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlar kullanılması olarak açıklamıştır (PVSK m. 16/3). Ayrıca kolluk kuvvetinin; *bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde, silah kullanmaya yetkili olduğu* da düzenleme altına alınmıştır (PVSK m. 16/f. 7/b) Bu düzenlemeler ışığında, bir direnişle karşılaşan kolluk görevlisi öncelikle görevi kapsamında direnişi etkisiz hâle getirmek amacıyla hareket etmeli, bu amacın sağlanması bakımından direnişi etkisiz hâle getirilebilecek düzeyde, *bedeni kuvvet, maddi güç veya silah kullanma*lıdır. Burada belirtilmelidir ki madde başlığı her ne kadar “*zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması*” ise kolluk görevlileri belirli hâllerde zor kullanma yetkisi çerçevesinde ve bu yetkinin kapsam ve sınırları içinde silah da kullanabileceklerinden⁸⁰ silah kullanma yetkisinin kasten aşılması durumunda da bu suç oluşacaktır⁸¹.

Bu noktada PVSK m. 16’da 2007 yılında 5681 sayılı Kanunla yapılan değişiklik gerekçesinin belirtilmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Değişikliğin gerekçesinde; “...*zor kullanmanın direnmeyle orantılı olması, aynı nitelik ve derecede değil, direnmeyi etkisiz kılacak ölçüde güç kullanımı ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle zor kullanmada amaç, direnen kişileri etkisiz hale getirmektir. Kullanılacak kuvvetin derecesi, direnmenin ve saldırının derecesine bağlıdır. Direnme ne kadar fazla ise, kullanılacak kuvvetin derecesi de o kadar fazla olacaktır. Polis, etkisiz hale getirme için sahip olduğu metotlara kademeli derecede başvuracak, polisin seçtiği metodun, her zaman, derece olarak direnmeden üstün olması gerekecektir. Aksi takdirde, saldırı ve direncin etkisiz hale gelmesi söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla bu madde kapsamında zor kullanma yetkisi, direnme veya saldırı*

⁸⁰ **Özgenç**, s. 331. PVSK m.16/7-b’de “*Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde, ...silah kullanmaya yetkilidir.*”. Anayasa Mahkemesi de bir kararında “...*olayın niteliğine göre kullanılan gücün ölçülü olup olmadığı ele alınmalıdır. Hangi direnç seviyesinde ne tür bir kuvvet uygulanacağını kılavuzu olan 2559 sayılı Kanun’un 16. maddesinde yer verilen kademeli olarak artan zor kullanma araçları, ölçülülük incelemesindeki en önemli kıstaslardandır. Zor kullanılması için diğer yöntem ve araçların sonuçsuz kalmış olması gerekir. Zor kullanma, müdahale sırasında karşılaşılan direnci ortadan kaldıracak oranda ve aşamalı biçimde artan bedensel kuvvet, maddi güç, değişik araçlar ile kanuni şartlar gerçekleştiğinde silah kullanmayı içerir.*” ifadelerine yer verilmek suretiyle zor kullanmanın aşamalarına yer verilmiştir. Zor kullanmanın aşamaları hususunda Anayasa Mahkemesi kararı için ayrıca bkz. AYM Şerif Özgür Urfa Kararı Başvuru No: 2018/23384, Karar Tarihi: 6/10/2021, prg. 45-46.

⁸¹ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 7742; **Gençtürk**, s. 144.

rıda kullanılan ile aynı nitelikte zor ve silah kullanılması anlamında yorumlanamaz. Polis, direnme veya saldırıyı defedecek üstünlükte zor veya silah kullanılır.” ifadelerine yer verilmek suretiyle zor kullanmanın derecesi açıklanmıştır⁸². Gerekçeden anlaşılan, orantının belirlenmesinde direnişe karşı kullanılan kuvvetin Kanunda belirtildiği gibi kademeli olarak artırılıp artırılmadığının önemli olmasının yanında zor kullanmanın derecesini aslında direniş derecesinin belirleyeceğidir. Çünkü zor kullanmanın amacı direnişi sonlandırmak olduğundan direnişi sonlandıracak seviyede bir kuvvet kullanımı orantılı olacaktır. Bu bakımdan direniş olmadan veya sonlandıktan sonra yapılan eylemlerin orantılı olmaktan çıkacağı aşikardır⁸³.

Kanunda açık bir şekilde kolluğun zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin edeceği düzenlenmiştir (PVSK m. 16/5). Bu bağlamda zor kullanma yetkisine ilişkin sınır direnmenin mahiyeti ve derecesine göre belirlenecek, yalnızca direnenleri etkisiz hâle getirecek kuvvet kullanımı orantılı kabul edilecektir. Kolluk kuvvetinin zor kullanmadaki ölçüsü direnişi kırmaya/ortadan kaldırmaya elverişli ve yeterli kuvvet kullanımıdır. Yani kuvvet kullanımı aşamalı, elverişli ve yeterlilik kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁴. Bu kapsamda mevcut direncin daha hafif bir yöntem kullanılarak kırılması mümkün olmasına rağmen daha ağır bir kuvvet kullanılmışsa orantılılık ilkesine aykırılık olacaktır⁸⁵. Bu nedenle zor kullanmanın derecesini belirleyen temel kriter direncin mahiyeti ve derecesidir⁸⁶. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında kolluk kuvvetlerinin zor kullanımının sınırına ilişkin şu açıklamalara yer vermiştir: “Kolluk görevlileri, görevini yaparken direnişle karşılaşması hâlinde bu direnişi kırmak amacıyla ve direnişi kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir... Ancak zor kullanımı yalnızca zorunlu hâllerde başvurulabilecek bir yol olduğu gibi başvurulacak güç, ölçülü ve kademeli olmalıdır.... Direnmenin türüne göre görevin ifası için gerekli kuvvet kullanımı değişebileceği gibi kuvvet kullanımının meşru bir zemine oturması için direnmenin sona ermemiş olması, güç kullanımının görevin ifası için zorunlu olması ve yerine getirilmek istenen amaç ile orantılı olması gerekmektedir. Polisin zor kullanma yetkisi bir cezalandırma aracı olmayıp zorunlu sınırın aşılması, işkence ve

⁸² Aktaran **Özgenç**, s. 327 dn: 449.

⁸³ Bu yönde bkz. AYM Şehmus İşik Kararı, Başvuru No: 2016/176, Karar Tarihi: 2/6/2020, prg. 52.

⁸⁴ **Hafizoğulları/Eşitli**, s. 104.

⁸⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Ceza Genel Hükümler, s. 304.

⁸⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Ceza Genel Hükümler, s. 304.

*kötü muamele yasağının ihlali sonucunu doğurabilecektir.”*⁸⁷. Bu bakımdan zor kullanma direnişin mahiyetine göre yapılmalı ve kişiyi cezalandırma veya intikam alma amacı taşımaksızın direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde olmalıdır.

Belirtilmelidir ki PVSK yanında başka düzenlemelerle de kolluğa zor kullanma yetkisi verildiği görülmektedir⁸⁸. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 90’a göre kolluk, kişinin yakalanması amacıyla zor kullanma yetkisine sahiptir. Yine CMK m. 168’de olay yerinde alınan tedbirlere aykırı davranan kişilere karşı kolluğun zor kullanabileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde CMK m. 44’e göre usulüne uygun çağrıya uyup gelmeyen tanığın; yine CMK m. 146 ve m.176’da şüpheli ve sanığın kolluk görevlileri tarafından zorla getirilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemelere göre mahkemece zorla getirme kararı verilmesi ya da Cumhuriyet savcısı tarafından zorla getirmenin emredilmesi hâlinde kişinin hazır bulundurulmasını sağlamak amacıyla ve gelmeme yönündeki direncini kırmak amacıyla kolluk zor kullanabilecektir⁸⁹. PVSK ve CMK dışında 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda da kolluğa zor kullanma yetkisi veren düzenlemelere rastlanılmaktadır. Kanun m. 24’de yer alan “*Topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır.*” hükmü ile kanuna aykırı bir toplantı ve gösterinin dağıtılması amacıyla zor kullanılacağı belirtilmiştir⁹⁰.

Gerek PVSK ve CMK gerekse de 2911 sayılı Kanunda yer alan bütün düzenlemeler bakımından ortak husus zor kullanmaya “*gerektiğinde ve durumun gerektirdiği ölçüde*” başvurulmasıdır. Bu nedenle karşılaşılan somut durum değerlendirilecek ve kanunlarda yer alan zor kullanma yetkisinin tanındığı amaç dikkate alınarak ölçünün aşıp aşılmadığı belirlenebilecektir. Ölçünün aşıldığı durumda zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun oluştuğu kabul edilecektir. Bu bağlamda PVSK m. 16’ya göre direnişi kırmak amacıyla, CMK m. 44’e göre çağrıya uymayan tanığın getirilmesi amacıyla, CMK m. 90’a göre şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla, 2911

⁸⁷ AYM Arif Haldun Soygür Kararı, Başvuru No: 2013/2659, Karar Tarihi: 15/10/2015, prg. 51-54. Benzer yönde, AYM Osman Gökalp Kararı, Başvuru No: 2019/7312, Karar Tarihi: 3/2/2022, prg. 30-31.

⁸⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu başta olmak kolluğa zor kullanma yetkisi veren düzenlemeler ve kolluğun yetkileri için ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Eryılmaz/Bozlak**, s. 230 vd.

⁸⁹ **Özgenç**, s. 326.

⁹⁰ Toplantı ve gösteri sırasında zor kullanılmasına ilişkin düzenlemeler ve zor kullanmanın sınırı için bkz. **Zabunoğlu**, H. Gökçe: “AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 66, Sayı 3, 2017, s. 627-658, s. 642 vd.

sayılı Kanun m. 24'e göre toplantı ve gösteriyi dağıtma amacıyla zor kullanılabilecektir. Bu nedenle verilen zor kullanma yetkisinin hangi amaçla tanındığı kullanılacak kuvvetin sınırının belirlenmesi bakımından önemlidir. Bu amaç dışında ve bu amaçlara ulaştıktan sonra kişiler üzerinde zor kullanılması yetkinin aşılması anlamına gelecektir. Örneğin zorla getirme kararının icrası sırasında direnen şüpheliyi kolundan tutularak zorla getirilmeye çalışılması görevin ifası kapsamında ölçülü olduğundan hukuka uygun sayılacakken, görevini icra ederken direnişin kırılması amacı dışında şüpheliyi tokatlayan, saçlarından tutup çeken kamu görevlisi kasten zor kullanma yetkisinin gerektirdiği ölçünün sınırlarını aştığından TCK m. 256'da düzenlenen suç işlemiştir⁹¹. Yine örneğin uyarılara rağmen oturma eylemine devam eden ve karayolu trafiğini kapatan kasaba sakinlerini mevcut şartlarda sadece tutup yolun dışına çıkararak dağıtmak ve yolun trafik güvenliğini sağlamak mümkünken aktif direnişleri olmayan bu kişileri copleyarak veya gaz kullanarak yaralamak görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanmaktır⁹². TCK m. 256'nın gerekçesinde verilen bir örneğe göre, gerekli soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için kolluk görevlilerinin görevinin gereği olan ve mevzuattan kaynaklı talimatlarına uygun davranmakla yükümlü olan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığında yani direndiğinde zor kullanılarak hâkim veya savcı huzuruna çıkarılabilecek olmakla birlikte kişiye karşı kullanılan zor, suç şüphesi altındaki kişinin huzura çıkmama konusundaki direncini kırarak ölçünün dışında olmamalıdır. Yine aynı yönde hukuka aykırı gösteri yürüyüşü yapan kişilerin dağılmasını sağlamaya yetecek ölçünün dışında kuvvet kullanılmışsa ya da kişiler kolluk görevlilerine dağılmamanın ötesinde karşı bir saldırıda bulunmamışsa bu kişilerin yaralanmasına neden olacak şekilde zor ve silah kullanılması hâlinde eylemin hukuka uygunluğundan söz edilemeyeceği ve kamu görevlilerinin cezalandırılması gerekeceği gerekçede ifade edilmiştir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında şu eylemleri zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması olarak değerlendirmiştir: *jandarma karakol komutanının mağdurları beton zemine su dökerek ıslatması, trafik polislerinin trafik denetiminde durdurdıkları kişileri tartaklamaları, kolluk görevlisinin mağdurun kulaklarını çekerek yanaklarına vurması, jandarma astsubayın yakaladığı kişiyi kaçmaya çalışması üzerine elindeki telsizle çenesine vurması*⁹³.

⁹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 985; Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 7742; Tekin, Abdurrahman: "Polisin Zor Kullanma Yetkisi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 27, 2017, s. 27-58, s. 48.

⁹² Hafizoğulları/Eşitli, s. 104.

⁹³ Aktaran: Aydın, s. 148.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, trafik kuralı ihlali nedeniyle durdurulan kişinin polisler karşısında fiili bir harekette bulunmadan yalnızca hakaret etmesi ve evrak göstermeme eylemlerinde bulunması sonucunda polisler tarafından yere yatırılmasını ve kolları arkaya bükülmek suretiyle kelepçelenmesini, yere yattığı sırada da tekmelenmesini orantılı bulmamış, zor kullanma yetkisinde sınırın aşıldığını kabul etmiştir⁹⁴. Anayasa Mahkemesi kararına konu olan bir başka olayda akşam saatlerinde, aralarında sopalı ve döner bıçaklı kişilerin bulunduğu 30-40 kişilik iki grup arasında çıkan kavgada, polisin uyarılarına aldırış edilmemesi üzerine, bedensel kuvvet, kalkan ve biber gazı kullanılarak müdahale edilmiştir. Bu müdahale sırasında, kavganın tarafı olmayan iki polis memuru ve başvuru ile başka bir kişi de yaralanmıştır. Anayasa Mahkemesi olayda; kolluk görevlilerinden kontrollü hareket etmesi ve müdahaleyi gerektiren durumu yaratan kişiler dışındakilerin müdahaleden etkilenmemesi için gerekli tedbirleri almasının beklenebileceği ancak müdahalenin oluşturduğu kargaşa ve panik ortamında bu tedbirlerin kolluk görevlileri tarafından her zaman mutlak olarak uygulanmasının zorluğunun da dikkate alınması gerektiği, onlarca kişinin birbirine girdiği, bazılarının yaralandığı ve bir işyerine zarar verildiği, polisin tüm uyarılarına rağmen dağılmayıp, polise taş ve sopalarla saldırıda bulunulan somut olaydaki çok kişinin içinde yer aldığı kavgada sokaktan geçerken şiddete maruz kaldığını öne süren başvuruçunun kavganın tarafları arasında bulunup bulunmadığının kolluk tarafından ayırt edilmesinin güç olduğunu ve gerek polislerdeki gerekse başvuruçudaki yaraların basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması ile olayın meydana geldiği saat ve olayın gelişim süreci, savunma tüfeği marifetiyle kullanılan gücün ölçülü olduğunu kabul etmiştir⁹⁵.

Zor kullanmada orantının sağlanması ve sınırın aşılmasından önce kişi etkisiz hâle getirildikten sonra zor kullanma sona erdirilmelidir. Örneğin yakalama yetkisini kullanan kolluk görevlisinin kişiyi yakaladıktan sonra gerekli ise kelepçe kullanması ölçülü kabul edilebilecekken kelepçe kullanılarak yakalanan ve direnişi kırılan kişiye sonrasında cebir uygulanması ya da yakalama teşkil eden eylemlerde bulunulması zor kullanmada sınırın aşılması anlamında gelebilecektir. Bu nedenle zor kullanan kolluk, zor kullanmanın her kademesinde karşı tarafı etkisiz hâle getirip getirmediğini kontrol etmeli ve kişi hangi aşamada etkisiz hâle getirilmiş ise zor kullanma derhâl sona erdirilmelidir⁹⁶.

⁹⁴ AYM Arif Haldun Soygür Kararı, prg. 51-54 ve 60-64.

⁹⁵ AYM Şehmus İşik Kararı, prg. 52 ve prg. 54.-60

⁹⁶ Eryılmaz/Bozlak, s. 229.

Belirtilmelidir ki zor kullanmanın görev kapsamında icra edilmesi koşulunda da açıklandığı gibi zor kullanma yetkisinde sınırın aşıldığının kabul edilmesi için, evleviyetle zor kullanma yetkisinin doğduğu bir hâlin mevcut olması gerekmektedir. Yani hükmün uygulanabilmesi için kamu görevlisinin görevini yaptığı sırada kişilere karşı görevin gerektirdiği ölçüyü aşarak kuvvet kullanması gerekir⁹⁷. Eğer kolluk görevlisi görevli olmadığı veya görevli sayılamayacağı olayda kuvvet kullanmışsa bu suç oluşmayacaktır⁹⁸. Kolluk görevlisi zor kullanma yetkisine sahip bir kamu görevlisi olsa bile somut olayda zor kullanma yetkisinin şartları oluşmadan zor kullanmışsa yani kasten yaralama teşkil eden fiilleri gerçekleştirmişse kasten yaralama suçundan sorumlu olması gerekecektir⁹⁹. Bu nedenle bu suç bağlamında genel yetki yeterli değildir. Mutlaka somut olayda bu yetkinin doğması gerekmektedir. *Koca ve Üzülmaz*'e göre zor kullanma yetkisine genel olarak sahip olan jandarma, polis gibi kamu görevlilerinin her olay bakımından değil zor kullanma yetkisinin verildiği bir olayda gerekmemesine rağmen zor kullanılması veya gerekenin üzerinde zor kullanılması hâlinde de bu suç oluşacaktır¹⁰⁰. Yazarlara göre kamu görevlisine somut olayda zor kullanma yetkisinin tanındığı ve fakat bu yetkinin kullanılması için gerekli şartlar oluşmadığı hâllerde de bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir¹⁰¹. Ancak kanaatimizce zor kullanma yetkisinin gerekmediği yani oluşmadığı bir olayda genel itibarıyla bu yetkinin doğabileceğinin kabulünden hareketle bu suçun oluştuğunu kabul etmek mümkün değildir. Zor kullanma yetkisini doğuracak bir olayda zor kullanma yetkisi doğmamışsa bu suç oluşmaz¹⁰². Örneğin toplantı ve

⁹⁷ **Avcı**, s. 88.

⁹⁸ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 7741.

⁹⁹ **Soyaslan**, s. 734; **Koca/Üzülmaz**, s. 1104.

¹⁰⁰ **Koca/Üzülmaz**, s. 1104.

¹⁰¹ **Koca/Üzülmaz**, s. 1105; Yazarlara göre “*Örneğin; yakalanan bir şüpheli, gerekli soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için emniyet görevlilerinin görevinin gereği olarak ve mevzuattan kaynaklanan talimatlarına uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Şüphelinin bu yükümlülükler aykırı davranması halinde emniyet görevlilerinin zor kullanarak bu kişiyi hâkim savcı huzuruna çıkarma yetkileri vardır... kolluk bu kişiyi doğrudan zor kullanarak ilgili merciiler önüne götürmeye kalktığında da bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.*”.

¹⁰² Benzer yönde bir Yargıtay kararında da şu şekilde ifadelere yer verilmiştir: “...park içerisinde yaşanan arbede sonrası nöbetçi Cumhuriyet savcısına verilen bilgi ve alınan talimat ile hakkında gözaltı kararı verilen katılan ...'nın, o gece polis merkezine getirildiğinde nezarethane kendisine zarar veren bir başka şahsın bulunması ve başka bir nezarethane bulunmamasından dolayı maddi ve fiziki koşulların elverişsizliği sebebiyle ve hemen öncesinde polis memurları ile aralarında yaşanan olaydan ötürü gergin olması nedeniyle kendisine ve başkasına zarar vermemesi amacıyla kalorifer peteğine, kısa süre kelepçelendiği anlaşılmıştır. Katılan ...'nın karakoldaki işlemler sürerken, görevli

gösteri yürüyüşünü dağıtmak maksadıyla giden zor kullanma yetkisine sahip kolluk görevlisinin toplantı ve gösteri sırasında zor kullanma yetkisi ilgili kanuna göre doğmaktadır. Ancak somut olayda kolluğun çağrısına uyan ve zor kullanılmasına gerek kalmadan gösteriyi dağıtan kişilerden birine elindeki copla vuran kamu görevlisi kanaatimizce kasten yaralama suçunu işlemiş olacaktır. Zira burada zor kullanma yetkisi doğmadığı gibi yetkinin aşılması da söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki TCK m. 256 zor kullanma yetkisinde aşılması suçunu düzenlemektedir.

Son olarak zor kullanma yetkisinde görevin gerektirdiği ölçünün dışında zor kullanılıp kullanılmadığı somut olaya göre değerlendirilecek ve her olayda kullanılan kuvvetin gerekenden fazla olup olmadığı hâkim tarafından belirlenecektir¹⁰³.

Yargıtay zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin sınırı aşıp aşmadığını belirlerken, eğer çelişkili bir durum mevcut ise “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesini uygulamaktadır¹⁰⁴. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararına¹⁰⁵ konu bir olayda “...katılanın birlikte yaşadığı bayanın oğlu olan tanık ... tarafından hakaret ve tehdit edildiğinden bahisle şikâyetçi olmak için ... Polis Karakoluna gittikten bir süre sonra babası olan katılanı merak eden tanık...’ün akrabası olan tanık Aslı ile birlikte karakola gittiğinde sanık ...’ın tanık...’e karakolun dışında beklemesini söylediği, sanık ...’ın

polis memurlarının zor kullanmalarını gerektirecek herhangi bir eylemin bulunmadığı, kendisine zarar vermesini ve kaçmasını engellemek amacıyla 22 dakika gibi kısa bir sürede kolundan kalorifere kelepçelendiği, bu süreçte oturmasının sağlanıp ihtiyaçlarının karşılandığı belirlenmekle eylemin sistematik ve belli bir süreçte, maddi ve manevi bütünlüğe acı verme kastıyla işlenmediği anlaşılmıştır. Bu nedenle adı geçen sanıkların eyleminin işkence suçunu oluşturmadığı gibi o sırada polislerce zor kullanma eyleminin bulunmaması nedeniyle bu yetkinin kullanılmasında sınırın aşılması suçunun da oluşmayacağı görülmüştür.” Yargıtay 8. CD, T. 26.112.2023, E. 2021/4406, K. 2023/10718. Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

¹⁰³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7742; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 985; Koca/Üzülmez, s. 1105.

¹⁰⁴ “Dosya kapsamına göre bir hırsızlık soruşturması nedeniyle gözaltında bulunduğu sürede bacak ve sırtından 2 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı sabit ise de; mağdura yönelik eylemin kolluk görevlisi sanıklar tarafından gerçekleştirildiğine dair aşamada tutarlılık göstermeyen ve başkaca bir delille de doğrulanmayan mağdurun çelişkili anlatımları dışında her türlü kuşkudan uzak kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmeden, yazılı biçimde mahkumiyet kurulması...” Yargıtay 8. CD, E. 2007/1315 K. 2007/5266, 04.07.2007 Aktaran: Artuk/Gökcen/Yenidünya, Ceza Hukuku Şerhi, s. 7469. Benzer yönde Yargıtay 5. CD, T. 27.4.2016, E. 2014/991, K. 2016/4294. Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

¹⁰⁵ Yargıtay CGK, T. 4.10.2022, E. 2022/411, K. 2022/601. Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

karakoldan çıkmak istemeyen tanık...’ü dışarıya çıkarmaya çalıştığını gören katılanın, bulunduğu odadan çıkararak sanık ...’ın arkasından kolunu boynuna sararak onu çekmek suretiyle engellemeye çalıştığı, bunun üzerine diğer polis memurları olan sanık ... ve inceleme dışı sanık ...’ın katılanı tuttukları, her üç polis memurunun katılana kelepçe takmaya çalıştıkları, katılanın ise direndiği, bu esnada katılanın sanıklar ile inceleme dışı sanık ... tarafından darp edildiği iddia edilen olayda; ...YCGK delilleri değerlendirerek, temyize tabi sanıkların inceleme dışı sanığın eylemine iştirak ettiklerine dair her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından ve iddianın şüphede kalması ve bu şüphenin de sanıklar lehine yorumlanması gerektiğinden, sanıkların katılana yönelik eylemlerinin sabit olmadığına kabul edilmesini belirterek, Yerel Mahkemenin direnme kararına konu hükümlerinin onanmasına karar...” vermek suretiyle şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmıştır.

Sonuç olarak zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılp aşılmadığı zor kullanma yetkisi veren düzenlemeler ışığında somut olayda dikkate alınmak suretiyle belirlenecek ve kişi maddenin atfıyla kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır.

4. Manevi Unsur

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Burada zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kötü muamelede bulunduğunu bilmeli ve istemelidir¹⁰⁶. Keza hükmün gerekçesinde de failin kasten hareket etmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Örneğin direnişle karşılaşılacak bir durumda direniş usulüne uygun durdurulduktan ve mağdur kelepçelendikten sonra kasten mağdura tekme atılması bu suçu oluşturacaktır¹⁰⁷. Yani kamu görevlisi sınırı bilerek ve isteyerek aşmalıdır. Kelepçenin çok sıkılması sonucunda mağdurun bileğinde yaralanmaya neden olunması hâlinde neticeye taksirle neden olduğu için bu suç değil taksirle yaralama suçundan sorumluluk doğacaktır.

Suç olası kastla da işlenebilir¹⁰⁸. Örneğin yukarıda örnekte kelepçe taktığı kişinin kelepçesinden tutularak çekiştirilmesi hâlinde kolunda yaralanmaya neden olunursa suç olası kastla işlenmiş olacaktır.

¹⁰⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 989; Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 7744; Kıldan/Bahadır, s. 211; Yıldız, s. 181.

¹⁰⁷ Benzer örnek için bkz. Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 7742.

¹⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 989. TCK m. 21’in gerekçesine göre de kasten işlenebilen suçlar olası kast ile de işlenebilecek olup yalnızca düzenlemesinde “bilerek” bildirgi

Suçun oluşması bakımından zor kullanan kamu görevlisinin görevinin gereği olan zor kullanmanın amacının sınırlarını aşmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda zor kullanan kamu görevlisinin amacının ne olduğu suçun oluşması bakımından önemli değildir. Yani özel kastı aranmaz, genel kast yeterlidir¹⁰⁹. Direnişi kırma amacı taşıyan ama orantılı olmayan bir zor kullanımı gibi direnişi kırdıktan sonra herhangi bir amacı olmaksızın örneğin kelepçelenen kişiye tekme atılması hâli de TCK m. 256'yı oluşturacaktır.

Sonuç olarak gerekçede de belirtildiği üzere failin uyguladığı kuvvet gereken fazla olduğunda TCK m. 27/f. 1 hükmü gündeme gelmekte¹¹⁰ ancak kasten aşılması söz konusu ise TCK m. 256 kapsamında zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu oluşmaktadır.

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

Suçun özel görünüş şekillerinden ilk olarak teşebbüse baktığımızda kural olarak zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin sınırı aşacağına ilişkin kastını ortaya koyması ve elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması hâlinde suç teşebbüste kalacaktır.

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunda teşebbüs açısından önemli olan husus; bu suç ölçüsüz zor kullanılmasını düzenleyen bir suç olduğu için, gerekli ve orantılı olan kuvvet kullanmanın bu suça teşebbüs anlamına gelmeyeceği ve hukuka uygunluk sınırı içinde kabul edileceğidir. Yani hukuka uygun olan zor, icra hareketlerine başlama olarak kabul edilemeyecektir. Bu bağlamda bu suç sınırın aşılması ile oluşacağından, somut olay sırasında da sınırın aşıp aşılmadığı ancak kamu görevlisinin belirli icra hareketlerinden sonra ortaya çıkacaktır. Bu nedenle bu suç ani hareketli bir

hâlde” “bilmesine rağmen” gibi ifadelerle yer verilen suçlar olası kast ile işlenemez. Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun düzenlenmesinde olası kast ile işlenmesine engel olan bir ifade yer almamaktadır.

¹⁰⁹ **Avci**, s. 99.

¹¹⁰ “KTÜ Jandarma Karakol Komutanı olarak görev yapan sanığın, kanun ve yönetmeliklerden kaynaklanan zor kullanma yetkisini kullanarak izinsiz gösteri yapan ve tüm uyarılara rağmen rektörlük binasına girmeye çalışan grubu dağıtmak istediği sırası, grupta yer alan katılanın yaralanmasına sebep olduğunun aşılması karşısında, sanığın kasten hareket edip etmediği ve TCK 27/1. maddesinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığı tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 4. CD, T. 06.03.2013, E. 2011/4970, K. 2013/6171, Aktaran: **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Ceza Hukuku Şerhi, s. 7465.

suçtur¹¹¹ ve kanaatimizce bu suça teşebbüs mümkün değildir¹¹². Ancak istisnai örneklerin olabileceğini de belirtmek gerekir. Örneğin kişinin direncinin kırmak için orantılı şekilde zor kullanan ve kişiyi kelepçeleleyen kolluk görevlisine kişinin direnci kırdıktan sonra kişiye cop ile vurmak isterken engel olunursa ya da mağdurun kaçınma hareketi ile netice gerçekleşmezse zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçuna teşebbüsün gerçekleştiği kabul edilebilecektir.

b. İştirak

TCK m. 256 fail başlığında belirtildiği gibi özgü bir suçtur. Özgü bir suç olması nedeniyle TCK m. 40 gereğince bu suçun faili ancak zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri olabilir. Genel kural dikkate alındığında da bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Bir emrin icrası kapsamında gerçekleştirilen kuvvet kullanımında sınırın aşılması hâlinde ise emri veren kişiler, kuvvet kullanma yetkisine sahip değillerse, yukarı belirtildiği gibi, azmettiren veya yardım eden sıfatıyla suça iştirak etmiş kabul edilecektir.

c. İçtima

İçtima açısından baktığımızda, öncelikle zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun, kasten yaralama suçunun özel bir şekli olduğunu ve ayrıca kasten yaralama suçu ile aralarında özel norm-genel norm ilişkisi bulunduğunu söylemek mümkündür. Çünkü bu suç aslında zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kişiye uygulamış olduğu kasten yaralama eylemini cezalandırmaktadır. Keza suçun cezasının kasten yaralama suçuna atıf yapılarak belirlenmesi bu kanaati desteklemektedir.

Suçun cebir suçu arasındaki içtima ilişkisine de değinmek gerekmektedir. Keza zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi çoğunlukla kişilerin bir şey yapması veya yapmaması için zor kullanmaktadır. Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu cebir suçuna göre özel norm olduğundan cebir suçu değil zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu oluşacaktır¹¹³. Ancak burada zor kullanma yetkisine sahip bulunmayan kamu görevlisi dışında bir kimsenin cebir oluşturan eyleminin, zor kullanma yetkisine sahip kamu

¹¹¹ **Hafizoğulları/Özen**, Devlete ve Millete Karşı Suçlar, s. 78.

¹¹² **Hafizoğulları/Özen**, Devlete ve Millete Karşı Suçlar, s. 78; **Hafizoğulları/Eşitli**, s. 105. Aynı yönde **Meran**, s. 128; aksi yönde; **Yıldız**, s. 180.

¹¹³ **Yıldız**, s. 192.

görevlisinin eyleminden daha fazla cezalandırılacağına dikkat çekmek gerekir¹¹⁴. Çünkü TCK m. 108'e göre cebir suçunun cezası kasten yaralama suçundan verilecek cezanın üçte birinden yarısına kadar arttırılarak verilecektir. Burada ortaya çıkan durum TCK m. 256'nın sorunlu bir yönünü oluşturmaktadır¹¹⁵.

Kanaatimizce bu suç sırasında uygulanan kuvvet cebir suçunda olduğu gibi kişiye bir şey yaptırmak veya yaptırmamak amacı da taşıyabileceğinden kasten yaralama suçu yerine cebir suçunun oluşması da muhtemeldir. Bu hâllerde aslında cebir suçu anlamında bir zor kullanma söz konusu olmakla birlikte kişi daha az cezalandırılmaktadır. Bu bağlamda suç tipinde cebir suçuna atıf yapılmasının daha uygun olabileceği söylenebilecekken, bu durumda da herhangi bir amaç taşımayan yetkinin aşılması hâlleri cezasız kalması sonucunu doğacaktır. Keza cebir suçuna atıf yapılması ikinci bir atıfla kasten yaralama suçunu uygulanması gerekeceğinden iki aşamalı atfa neden olacaktır. Sonuç olarak suçun kasten yaralama ve cebir suçu ile arasında meydana gelen ilişkinin çözümü bakımından aşağıda ifade edileceği üzere bu suçun cezasının atıf yöntemi ile değil münhasıran belirlenmesinin daha uygun bir yöntem olacağı görüşünde olduğumuzu ifade etmek isteriz.

Madde metninde “...*kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” ifadesi ile kasten yaralama suçuna yapılan atıf iki suç arasında önemli bir ilişki doğurmaktadır. Lafzi yorum yapıldığında kanun koyucunun yaralamaya ilişkin bütün hükümleri atıf kapsamına almak istediği anlaşılmaktadır. Çünkü kanun koyucu “*kasten yaralama suçunun cezası ile cezalandırılır*” ifadesine yer vermek yerine kasten yaralama suçuna ilişkin “*hükümlerin*” uygulanacağını belirtmiştir. Bu bağlamda atıf, kasten yaralama suçuna ilişkin TCK'da yer alan bütün hükümleri içine almaktadır. İçtima bakımından, kasten yaralama suçuyla ilgili önemli hükümlerden biri ise zincirleme suç düzenlemesinde yer alan TCK m. 43/3 hükmüdür. TCK m. 43/3 gereğince zincirleme suç hükümleri kasten yaralama suçunda uygulanmaz. Yani bir kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı birden fazla kez veya birden fazla kişiye karşı tek bir fiille suç işlenmesi hâlinde her bir eylem bakımından veya her bir kişi bakımından ayrı ayrı cezalandırmak gerekecektir. Kanaatimizce atıf TCK'da kasten yaralamaya ilişkin bütün hükümleri kapsadığından ve TCK m. 43 de kasten yaralamaya ilişkin bir

¹¹⁴ Çünkü TCK m. 108'e göre “*Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar arttırılarak hükmolunur.*”.

¹¹⁵ Yıldız, s. 193.

hüküm olduğundan zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunda da zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır¹¹⁶. Bu hüküm bağlamında tek bir eylemle özellikle birden fazla kişiye karşı zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması hâlinde ne yapılacağının belirlenmesi gerekir. Örneğin ölçüsüz bir şekilde zor kullanmada sınırı aşarak topluluğa basınçlı su veya göz yaşartıcı gaz sıkılması hâlinde bir eylemle birden fazla kişiye karşı zor kullanma söz konusu olacaktır ve her bir mağdur bakımından ayrı ayrı cezaya hükmolunması gerekecektir¹¹⁷. Burada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı akla gelecektir. Çünkü TCK m. 43/3 hükmünde zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçuna yer verilmemiştir. Ancak bu suç ile yargılanan kişi hakkında en nihayetinde maddede yer alan atıf nedeniyle kasten yaralama suçundan hüküm verilecektir. Bu bakımından gerek kanunilik ilkesine gerekse kıyas yasağına aykırı bir durum oluşmayacaktır.

İçtima konusunda belirtilmesi gereken bir diğer mesele ise zor kullanma sırasında kasten yaralama dışında başka eylemlerin gerçekleştirilmesidir. Suçta eylem kuvvet kullanılması olduğu için, bunun dışında kalan eylemler suçun unsuru olmadığından; yukarıda da belirtildiği gibi hakaret, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, tehdit vb. suçlara vücut veren eylemler gerçek içtima hükümleri gereğince cezalandırılacaktır¹¹⁸. Örneğin kişiye zor kullanıp etkisiz hâle getiren failin mağdurun gözlüğünü yere atıp kırması ayrıca mala zarar verme suçunu oluşturacaktır. Yine zor kullanma sırasında kişiye hakaret içeren ifadeler kullanılıyorsa ayrıca hakaret suçu oluşacaktır¹¹⁹.

¹¹⁶ Aynı yönde Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 990.

¹¹⁷ Aynı yönde Meran, s. 129; Hafızoğulları/Eşitli, s. 105.

¹¹⁸ Avcı, s. 100; Aydın, s. 156; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7744; Yıldız, s. 192.

¹¹⁹ Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması sırasında ayrıca oluşan hakaret suçundan cezalandırmaya ilişkin bkz. "...katılanın polis merkezine gitmek istememesi üzerine sanık ..'ün katılanı kolundan tutarak polis aracına bindirmeye çalıştığı, katılana "Bin lan, şerefsiz" şeklinde sözler söyledikten sonra araca binmemek için direnen katılanın sağ bacak alt kısmına tekme ile vurduğu...katılana tekme atarak yaraladığı yönündeki tanık ...'ün anlatımları, olay sırasında asabi davranışlar sergileyen sanığın katılana hakaret ettiği yönündeki tanık ...'nin ifadesi ile sanığın Cumhuriyet savcılığında verdiği ifadesi sırasında "Yere birlikte düştükleri sırada ayağının katılanın ayağına çarptığı" yönündeki savunması birlikte değerlendirildiğinde; görevli polis memuru ...'ün 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 16. maddesinde, polise tanınan, görevini yaparken direnişle karşılaşması hâlinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanma yetkisini aşacak ve katılanın vücudunda yaşamsal fonksiyonlara ağır derecede etkili olacak tibia ve fibula kırıklarına neden olacak şekilde yaralama eyleminin, sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanarak katılanı kasten yaralama suçuna sebebiyet verdiği, bu şekilde sanığın hakaret ve kasten yaralama suçlarının sübut bulduğu.." (Yargıtay CGK, T. 15.11.2018, E. 2017/408, K. 2018/538. Erişim: www. uyap.gov.tr, Erişim Ta-

C. Suçun Soruşturulması ve Yaptırımı

Kural olarak suçlar re'sen soruşturulur ve kovuşturulur. İstisnasını ise şikayete tabi suçlar oluşturur¹²⁰. Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçuna ilişkin düzenlemeye baktığımızda suçun takibinin şikayete bağlı olduğuna dair bir ifadeye yer verilmediği görülmektedir. Bu bakımdan suçun şikayete tabi bir suç olmadığı söylenebilecek olmakla birlikte kasten yaralama suçuna yapılan atıf bu konuda da bazı sorunları doğurmaktadır. Çünkü kasten yaralama suçunun BTM ile giderilebilecek hâli (TCK m. 86/2) şikâ-yete tabi tutulmuştur. Kanaatimizce düzenlemede “kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” ifadesi dikkate alındığında suçun soruşturma ve kovuşturma usulünde kasten yaralama suçuna ilişkin hususlar dikkate alınacaktır. Bunun sonucu olarak da BTM ile giderilebilecek şekilde işlenen zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu şikâyet hâlinde soruşturulabileceği ileri sürülebilir¹²¹. Ancak ileride de ayrıca açıklanacağı üzere kanaatimizce zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması sonucu kasten yaralama suçunun uygulanmasında “kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” işlenmesi hâli (TCK m. 86/3-d) doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle de sonuç olarak suç nitelikli kasten yaralama suçuna karşılık gelmekte ve şikâyet aranmaksızın soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olmaktadır.

Kamu görevlisi tarafından işlenen bir suç olduğundan soruşturulma usulüne bakımından izin müessesine de ayrıca değinmek gerekir. Kural olarak kamu görevlileri tarafından işlenen suçlarla ilgili soruşturma açılması izne tabi olmakla birlikte 4483 sayılı Kanun m. 2'nin son fıkrasına göre¹²² bu

rihi: 28.11.2024.) Benzer yönde; “Şüphelilerin üzerine atılı zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçuna gelince ise, 5237 sayılı TCK'nın 256. maddesinde bu suç, “Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması” olarak tanımlanmış ve bu durumda kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, bu suç kasten yaralama eylemine vücut verecek fiilleri kapsamakta olup, kamu görevlisinin gerçekleştireceği tehdit veya hakaret eylemlerini kapsamamaktadır.”. (Yargıtay 4. CD, T. 16.09.2020, E. 2020/7144, K. 2020/10194. Ak-taran: Yıldız, s. 172, dn. 13.)

¹²⁰ Özgenç, s. 780.

¹²¹ Doktrinde Aslantürk, “Sınırı aşan kısım itibarıyla 86/2. maddedeki şikayete bağlı durum doğarsa soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlı olacaktır. Çünkü “kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” denmiştir. O hükümler içerisinde şikayete bağlı olanlar da vardır.” ifadesine yer vermiştir. Aslantürk, s. 287.

¹²² 4483 sayılı Kanun m. 2/5: “765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 imci maddeleri ile 1412 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası

suçun işlenmesi hâlinde kamu görevlisi hakkında soruşturma izni alınmayacak, re'sen soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır. Ayrıca adli kolluk görevlileri olan polis ve jandarma tarafından zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması söz konusu ise CMK m. 161/5¹²³ uyarınca soruşturma doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır¹²⁴.

Suçun yaptırımı, kasten yaralama suçuna atıf yapılması nedeniyle suçun cezası kasten yaralama suçunun cezasıdır. Bu bakımdan fiilin neden olduğu yaralamanın derecesine göre TCK m. 86 kasten yaralama, TCK m. 86/2 BTM ile giderilebilecek yaralama veya TCK m. 87 neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama uyarınca cezalandırılması yapılacaktır¹²⁵. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda “...bu suçun cezalandırılması bakımından kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlere gönderme yapılmıştır. Bu nedenle atılı suçun kovuşturma yönüyle yaralama suçuna ilişkin hükümlere tabi olacağı gibi, fiilin yol açtığı yaralamanın derecesine göre fail 5237 Sayılı Kanun'un 86. ve 87. maddeleri uyarınca cezalandırılacaktır.” şeklinde belirtmek suretiyle yapılan atfın m. 87'i de kapsadığını vurgulamıştır¹²⁶.

II. BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

A. Kasten Yaralama Suçu İle Farkı

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun herkes tarafından işlenebilen kasten yaralama suçundan ayrıldığı temel nokta, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü bir suç olmasıdır¹²⁷. Maddede zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun cezasının kasten yaralama suçuna atıf yapılmak suretiyle belirlenmesi kasten yaralama suçu ile bu suç arasındaki temel farkın fail bakımından olduğunu

kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.”. Yukarıda belirtildiği gibi hükümden bahsedilen m. 245 ETCK'da zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçudur.

¹²³ CMK m. 161/5: Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.

¹²⁴ Meran, s. 136.

¹²⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7745; Meran, s. 127. Hafizoğulları/Eşitli'ye göre de düzenlemede “kastem yaralamaya ilişkin hükümler uygulanır ifadesine yer verildiği için TCK m. 87'de yer alan hükümlere de göndermede bulunulmuştur. Hafizoğulları/Eşitli, s. 106.

¹²⁶ Yargıtay 8. CD, T. 28.02.2023, E. 2021/13666, K. 2023/928. Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

¹²⁷ Koca/Üzülmez, s. 1102.

göstermektedir¹²⁸. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz gibi özel-genel norm ilişkisi olduğunu düşündüğümüz bu iki suç arasında her ne kadar maddenin atfi nedeniyle kasten yaralama hükümleri uygulanacak olsa da yapılan eylemin hangi suçu meydana getirdiğinin tespiti önem taşımaktadır¹²⁹.

Belirtmek gerekir ki TCK m. 256'nın kasten yaralama suçlarına yapmış olduğu atıf kasten yaralama suçunun nitelikli hâlleri dahil olmak üzere kasten yaralamaya ilişkin bütün hükümleri kapsamaktadır¹³⁰. Bu bağlamda suçun temel şekli olan TCK m. 86, suçun BTM ile giderilebilecek hâli olan m. 86/2, suçun nitelikli hâllerini düzenleyen TCK m. 86/3 ve nihayetinde TCK m. 87'de yer alan kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinden birinin meydana gelmesi hâlinde de TCK m. 87 uygulama alanı bulacaktır. TCK m. 87 hükmü yanında yukarıda da belirtildiği gibi kuvvet kullanımında sınırın aşılmasına göz yuman veya engellemesi gerekirken engellemeyen yani ihmali nitelikte davranan amirin davranışı sonucu ortaya çıkması hâlinde TCK m. 88 hükmü uygulanacaktır¹³¹.

Kasten yaralama ile zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu arasında ilişki doğuran bir husus da kasten yaralama suçunun kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlemesi nitelikli hâlidir.

¹²⁸ Koca/Üzülmez, s. 1102.

¹²⁹ Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda; "...hakkında düzenlenen iddianamede, müşteki şüpheli...ile müştekiler Kamil ve Mustafa'nın polis olup olay günü yapılacak resmi müsabaka nedeniyle kapalı spor salonunda görevli oldukları, müşteki şüpheli Kerim'in izleyici olarak bulunduğu spor salonunda sigara içmesi üzerine, müşteki şüpheli ...'un onu uyarmak için yanına gittiği, aralarında sigara içilmesi nedeniyle tartışma çıktığı, müşteki şüpheli Mehmet Atıf'ın, müşteki şüpheli Kerim'i basit tıbbi müdahale ile giderebilecek ölçüde yaraladığı ve sinkaflı küfür sarfettiği, bu sırada diğer müşteki polislerin de geldiği, müştekilerin kimlik istemesi üzerine, müşteki şüpheli Kerim'in de bu müşteki polisler "alın lan ibneler" şeklinde hakarete bulunduğu anlaşıldığından, şüpheli polis memuru ... hakkında TCK'nın 86/2 ve 125/1. maddeleri uyarınca, şüpheli Kerim Uyar'ın da TCK'nın 125/3-a maddesi uyarınca cezalandırılmaları talep edilmiştir. Polis memuru olan şüpheli ...'un TCK'nın 86/2 ve 125/1. maddeleri uyarınca cezalandırılması talep edilmişse de, kanıtlanması halinde şüphelinin yaralama eyleminin TCK'nın 86/2. maddesinde düzenlenen basit yaralama suçunu değil, TCK'nın 256. maddesinde düzenlenen 'zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması' suçunu oluşturacağı, dolayısıyla TCK'nın 256. maddesinin yollamasıyla şüpheli hakkında TCK'nın 86/2 ve 86/3-c maddelerinin uygulanması gerekeceği..." açıkça ifade edilmiştir. Yargıtay 18. CD, T. 11.01.2016, E. 2015/11479, K. 2016/112. Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

¹³⁰ Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 212.

¹³¹ Aydın, s. 149.

Kamu görevlisinin bu nitelikli hâlden sorumlu olması için zor kullanma yetkisine sahip olması gerekmemekte, sahip olduğu otorite gücünden yararlanması yeterli olmaktadır¹³². Bir başka ifadeyle bu nitelikli hâl kapsamında kamu görevlisi görevinden kaynaklı otoriteyi, sözünü kabul ettirme gücünü kullanmalıdır¹³³.

Centel, Zafer ve Çakmut'a göre bu nitelikli hâl kapsamında fail kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip olması gerekli değildir. Ancak fail zor kullanma yetkisine sahip ise ve bu yetkinin sınırları aşılmış ise TCK m. 256'da yer alan suç oluşacaktır¹³⁴.

Koca ve Üzülmüş'e göre eğer olayda kamu görevlisinin ayrıca nüfuzunu kötüye kullanması gerçekleşmemişse TCK m. 86/f. 1 veya f. 2'den sorumluluk meydana gelecektir. Yani zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması hâlinde her durumda TCK m. 86/f. 3'ün d bendinin uygulanması mümkün değildir¹³⁵. Çünkü TCK m. 256'da kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanma nitelikli hâli değil görevini kötüye kullanma söz konusu olmaktadır¹³⁶.

Tezcan, Erdem ve Önok'a göre ise TCK m. 256'nın uygulanmadığı durumlarda TCK m. 86/f. 3 uyarınca failin kamu görevlisi olması nedeniyle cezası ağırlştırılmalıdır¹³⁷.

Meran'a göre de eylemde kamu görevinin gerektirdiği nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle suçun işlenmesi söz konusu olduğundan TCK m. 86/f. 3'e göre cezada arttırım yoluna gidilmelidir¹³⁸.

Madde gerekçesinde, örneğin bir hâkim veya savcının sanık veya tanığa karşı kasten yaralama suçunu işlemesi hâlinde bu nitelikli hâlin gerçekleştiğini kabul etmek gerektiği, buna karşılık zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin kasten yaralama suçunu işlemesi hâlinde ise TCK m. 256'nın düzenlendiği ifade edilmiştir. Ancak kanaatimizce kanun koyucu ayrı olarak düzenlenen suçun atfı nedeniyle kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını göz ardı etmiştir. Çünkü burada ortaya çıkan sorun atfı nedeniyle kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanırken söz konusu

¹³² **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 212.

¹³³ **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut**, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 150.

¹³⁴ **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 150.

¹³⁵ **Koca/Üzülmüş**, s. 1106.

¹³⁶ **Koca/Üzülmüş**, s. 1106.

¹³⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 212.

¹³⁸ **Meran**, s. 127.

nitelikli hâlin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Gerekçede belirtilen bu ifadeler de bu soruya cevap vermemektedir.

Kanaatimizce nüfuz kelimesi “sözü geçme, istediğini yaptırabilme”¹³⁹ anlamında olduğundan ve zor kullanan kamu görevlisi söz konusu olay sırasında sözünün dinlenmesini sağlamak amacıyla kuvvet kullandığından kasten yaralama suçunun kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanılmak suretiyle nitelikli hâli (TCK m. 86/3-d) uygulanmalıdır. Bir Yargıtay kararında da “...görevin icrası sırasında gereksiz kuvvet kullanımı sonucunda kişinin yaralanması eylemi aynı zamanda nüfuzun kötüye kullanılması niteliğinde olup 5237 Sayılı Kanun'un 86. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendi kapsamına girmektedir.” şeklinde bu husus vurgulanmıştır¹⁴⁰.

Sonuç olarak kasten yaralama suçu ile zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunu birbirinden ayıran temel husus suçun faili olsa da bir diğer husus kamu görevlisinin eylemi zor kullanma yetkisi kapsamında yapmış olmasıdır. Neticede kişi aynı hükümden cezalandırılacak olsa da bir durumda doğrudan kasten yaralama suçundan, diğer hâlde ise TCK m. 256 atfı nedeniyle kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır. İleride belirtileceği üzere bunun en önemli sonucu soruşturma bakımından karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle yapılan eylemin doğrudan kasten yaralama suçunu mu yoksa zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunu oluşturduğunun tespit edilmesi önemlidir.

B. İşkence Suçu İle Farkı

İşkence suçu başlı başına incelemeyi gerektiren ayrıntılı bir suç tipidir. Çalışmamızda işkence suçu kapsamlı bir şekilde incelenmeyecek olmakla birlikte zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu ile farklarını ortaya koymaya çalışacağız. Çünkü her iki suç tipi failleri ve işleniş biçimleri açısından birbirleri ile karıştırılması mümkün olmakla birlikte aralarında çeşitli noktalarda farklılıklar bulunmaktadır.

İlk olarak işkence suçu kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmişken zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu kamu idaresinin güvenirliliğine ve işleyişine karşı suçlar arasında düzenlenmiştir.

Suçların faili açısından baktığımızda her iki suç da yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecek özgü suçtur. Ancak işkence suçunun faili herhangi bir kamu görevlisi olamayacaktır. Bu bağlamda kamu görevlisinin

¹³⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Erişim: <https://sozluk.gov.tr/>. Erişim Tarihi: 25.09.2024.

¹⁴⁰ Yargıtay 8. CD, T. 28.02.2023, E. 2021/13666, K. 2023/928. Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

işkence suçunun faili olabilmesi için özellikle soruşturma ve kovuşturma sırasında görevli olması ve kişi üzerinde kuvvet kullanabilecek baskı kurabilecek bir kamu görevlisi olması gerekmektedir¹⁴¹. İşkence suçunu işleyebilecek kamu görevlisine kanunen zor kullanma yetkisinin tanınmış olması zorunlu değildir. Ancak zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunu işleyecek olan kamu görevlilerinin yukarıda da belirtildiği gibi kanun tarafından zor kullanma yetkisi tanınmış kamu görevlisi olması gerekmektedir. Örneğin suç soruşturması sırasında ifade alan kamu görevlileri zor kullanma yetkisine sahip olmadıklarından TCK m. 256 uygulama alanı bulmayacaktır¹⁴². Ancak aynı kamu görevlileri işkence suçunu işleyebilecektir. Bu bakımından fail bakımından yapılacak değerlendirme, işkence ile zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu arasındaki farkı ortaya koymaktan ziyade ne zaman zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun ne zaman işkence suçunun oluştuğunun belirlenmesi bakımından kullanılabilir bir kriterdir¹⁴³.

Her iki suça suçu oluşturan eylemler açısından bakıldığında ise öncelikle belirtmek gerekir ki işkence ile zor kullanma yetkisinin sınırının aşılması arasındaki en temel farklardan biri, işkence teşkil eden eylemler her şartta suç oluşturunca, zor kullanmada sınırın aşılması suçu hukuka uygunluk sınırı aşıldığında oluşmaktadır¹⁴⁴. Eylem bakımından bir diğer fark işkence TCK m. 94'e göre bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların gerçekleştirilmesidir. Zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunda ise yukarıda da belirtildiği gibi

¹⁴¹ Belirtmek gerekir ki TCK m. 94'de düzenlenen işkence suçunun failinin kim olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre kanun kamu görevlileri bakımından bir sınırlamaya gitmediğinden her kamu görevlisi bu suçun faili olabilecektir. (Koca/Üzülmez, s. 329; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 178; Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 279; Önok, Murat R.: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 375); Bir başka görüşe göre ise işkence suçunun faili başkaları üzerinde kuvvet kullanma yetkisi olan kamu görevlileridir. Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 6. Bası, USA Yayınları, Ankara 2017, s. 122. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre gerek Kanunun gerekçesi gerekse de taraf olunan işkence ile ilgili uluslararası sözleşmeler göz önüne alınarak amaçsal yorumla işkence suçunun failinin özellikle soruşturma, kovuşturma ve cezanın infazı sırasında (örneğin gardiyan) görevli olan kamu görevlileri işkence suçunun faili olacaktır. Ancak çalışma kapsamında faille ilgili bu tartışmalı hususlar başka bir akademik çalışmanın konusu olacağından burada ayrıntılı tartışmalara gidilmeyecektir.

¹⁴² Tezcan/Erdem/Önok, s. 274.

¹⁴³ Önok, s. 349.

¹⁴⁴ Aydın, s. 168; Ulusoy, s. 103.

acı verme, sağlığın ve algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan davranışlar yeterlidir. Bu bağlamda özellikle insan onuru ile bağdaşmayan ve irade yeteneğinin etkilenmesine, kişinin aşağılanması yol açan davranışların işkence oluşturması önemli farklılıktır. Çünkü bu neticelere yol açacak eylemler her zaman kasten yaralama suçunu oluşturmayacaktır. Bu bağlamda eylem açısından önemli bir farklılık da işkence suçunun belirli bir süre devam eden sistematik olarak gerçekleştirilen davranışlardan oluşmasıdır¹⁴⁵. Bu nedenle kamu görevlisinin yetki sınırlarını aşarak sistematik şekilde gerçekleştirdikleri kötü muameleler işkence suçuna vücut verecekken, aksi hâlde TCK m. 86 veya TCK m. 256 gündeme gelecektir¹⁴⁶. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki işkence suçunun sistematik şeklinde işlenebileceği hususu suçun kanuni unsuru olmadığından, suçların ayırt edilmesi bakımından esas kriter olarak Yargıtay'ın belirlediği fiili kriterler dikkate alınabileceği gibi "asgari ağırlık kriteri" de esas alınabilecektir¹⁴⁷. Asgari ağırlık kriterinden kasıt eylemin işkence olarak nitelendirilmesini haklı kılabilecek asgari bir ciddiyete ulaşmasıdır¹⁴⁸. Burada kişide maddi acının çok fazla olması esas alınmamakta, yapılan haksızlığın objektif içeriği ve sosyal kötülüğü önemli olmaktadır¹⁴⁹. *Zabunoğlu*'na göre "...kanun koyucunun ayrı bir suç tipi öngörerek işkence ve kötü muamele oluşturabilecek kadar ağır olmayan

¹⁴⁵ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 331 vd.; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Ceza Hukuku Şerhi, s. 173 vd.; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 282 vd.

¹⁴⁶ **Önok**, s. 350; **Meran**, s. 127.

¹⁴⁷ **Önok**, s. 350.

¹⁴⁸ **Önok**, s. 405. Anayasa Mahkemesi de bir kararında "*İnsan onurunun korunması amacıyla Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı güvence altına alınmış; aynı maddenin üçüncü fıkrasıyla da kişilere işkence ve eziyet yapılması, kişilerin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulması yasaklanmıştır... Bununla birlikte yasak, tüm kötü muamele durumlarını kapsamaz. Bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi, asgari bir ağırlık derecesine (ciddiyet seviyesine) ulaşmasına bağlıdır. Asgari ağırlık derecesine ulaşıp ulaşılmadığı, görecelidir ve somut olayın koşullarının değerlendirilmesiyle belirlenir. Yapılacak değerlendirmede muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi etkenler önem taşır. Bu etkenlere ardındaki kasıt veya saik ile birlikte muamelenin amacı da eklenebilir. Ayrıca gerilimin ve duyguların yükseldiği atmosfer gibi muamelenin yapıldığı bağlam da dikkate alınması gereken diğer bir etkidir (bazı değişikliklerle birlikte bkz. Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, §§ 80, 83; Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, §§ 72, 74, 75).*" işkence eylemlerinde asgari ağırlık derecesi değerlendirmesine yer vermiştir. AYM Burhan Özmüş Kararı, Başvuru Numarası: 2020/25022, Karar Tarihi: 17.09.2024.

¹⁴⁹ **Önok**, s. 405. İşkence suçunda asgari ağırlık kriteri hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Önok**, s. 401 vd.

eylemleri bu suç kapsamında görmeye yönelik bir düşünce içinde olduğu söylenebilir... Böyle bir suç tipi işkencenin istisnasızlığına aykırı bir şekilde yetkisiz olarak daha az yoğunlukta acı ve ızdırap verilerek müdahale edildiğinde devreye girecektir.”¹⁵⁰. Bu nedenle her ne kadar işkence suçu denildiğinde daha ağır eylemler akla gelse de işkence oluşturan eylemler zor kullanmaya ilişkin sınırın aşılması fiiline nazaran daha hafif de kalabilir. Bu nedenle iki suç arasında eylem açısından ağırlık aranması doğru olmayacaktır.¹⁵¹ Keza kasten yaralama ile işkenceye ilişkin bu farka işkence suçunun gerekçesinde de şu ifadelerle yer verilmiştir: “İşkence teşkil eden fiiller aslında kasten yaralama, hakaret tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak bu fiiller ani olarak değil sistematik bir şekilde ve belirli bir süreç içinde işlenmektedir. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzdan işlenen işkencenin en önemli özelliği kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır yaptırım altına alınmasını gerektirmiştir.”. Nihayetinde denilebilir ki iki suçu birbirinden ayıran esas mesela eylemlerin ağırlığından ziyade işkence suçunun insan onuru ile bağdaşmayan ve asgari ağırlık kriterini karşılayan vb. eylemlerle işlenmesi gerekliliğidir. Bu bağlamda son olarak eylem bakımından zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun TCK m. 256 bağlamında kişiye yönelik kasten yaralama suçunu oluşturacak fiziksel ve yaralama niteliğinde müdahalelerde bulunarak işlenebileceğinin, işkence suçunun ise manevi nitelikteki eylemlerle de işlenebileceğinin belirtilmesi yerinde olacaktır¹⁵².

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2017 yılında sanığın eyleminin işkence suçunu mu yoksa zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama suçunu mu oluşturduğu hususunda Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında çıkan uyuşmazlık üzerine vermiş olduğu bir kararında zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması ile işkence arasındaki farkı şu şekilde ortaya koymuştur:

“Yukarıda yapılan açıklamalar göz önüne alındığında, aralarında bazı ortak noktalar bulunan işkence ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşıl-

¹⁵⁰ Zabunoğlu, s. 653. Yazar bu bağlamda eserinde “...uluslararası eğilimin de açıkça işkence ve kötü muamele saydığı fiiller zor kullanmada sınırın aşılması suçunun varlığıyla adeta peçelenecektir.” ifadelerine yer vermiş, bu suç tipinin işkence suçunda cezasızlık sorununun devam etmesine yönelik temek dayanaklardan biri olabileceğini ileri sürmüştür. Zabunoğlu, s. 653.

¹⁵¹ Aydın, s. 166.

¹⁵² Tezcan/Erdem/Önok, s. 274.

ması suretiyle kasten yaralama suçlarının birbirinden ayrıldığı temel noktaları aşağıdaki şekilde belirlemek mümkündür:

1- İşkence suçunda korunan öncelikli hukuki değer insan onuru ve bireye ait hukuki yararlarırken, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama suçunda korunan öncelikli hukuki yarar kamu idaresinin disiplini, itibarı ve güvenilirliğidir.

2- Her iki suçun faili kamu görevlisi olmakla birlikte, işkence suçunda diğer suçun aksine kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip olması şart değildir.

3- İşkence suçu maddi veya manevi müdahale içeren eylemler ile gerçekleştirilebilirken, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama suçu sadece maddi müdahale içeren eylemlerle gerçekleştirilebilir.

4- İşkence suçunda fiiller; ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler.

Oysa zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama suçunda fiillerin sistematik bir yapıda olması ve belirli bir sürece yayılması söz konusu değildir. Fiilin sistematik bir yapıda olup olmadığı veya belirli bir sürece yayılıp yayılmadığı hususunu ise somut olayın özelliklerine göre hâkim takdir edecektir.¹⁵³”.

Söz konusu kararda “Katılan....’nun hakkında verilen gözaltına alma kararı doğrultusunda üst araması yapılmak üzere sanık ... tarafından polis merkezinin ikinci katına çıkartılmak istendiği, katılan....’nun direnmesi üzerine sanık ...’nin diğer polis memurlarının yardımı ile katılan....’yu ikinci kata çıkartabildiği, katılan....’nun üst arama işlemine de direnmeye devam ederek ayakkabısının bağcığını almaya çalışan sanık ...’nin boynunu ısırduğu, bunun üzerine sanık ...’nin üst arama işlemini yapabilmek için zor kullandığı esnada katılan....’nun saçını çektiği, üst arama işleminin bitirilmesine müteakip sanık ...’nin polis merkezindeki tek kadın polis memuru olması nedeniyle katılan....’nun doktor raporlarının alınması için hastaneye götürülüp diğer işlemlerin yapılmasında görev aldığı ve işlemlerin bitirilmesinin ardından da polis merkezinden ayrıldığı olayda; sanığın, katılan....’nun onuruna yönelik söz ve davranışta bulunmadığına dair aşamalarındaki istikrarlı savunması, tanık anlatımlarının bu savunmayı desteklemesi ve katılan....’nun

¹⁵³ Yargıtay CGK, T. 28.02.2017, E. 2014/269, K. 2017/108; Aynı yönde bkz. Yargıtay CGK, E. 2018/565 K. 2021/524 4.11.2021. Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

sistematiik şekilde darp edildiğine dair iddiasının aldirılan doktor raporlari ile doğrulanmaması karşısında; sanık ...'nin sabit görülen katılan....'nun saçını çekmekten ibaret eyleminin, işkence suçuna vücut verecek nitelik ve ağırlığa ulaşmadığı da nazara alınarak zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.” şeklinde değerlendirmelerle kişinin zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçundan cezalandırılması gerektiği nedeniyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay CGK¹⁵⁴ sanıkların eylemlerin işkence suçunu mu yoksa kasten yaralama suçunu mu oluşturacağı hususunda vermiş olduğu bir başka kararında; “...sayılı raporu dikkate alındığında bahse konu lezyonların bir kısmının sanıklar ... ve ...tarafından oluşturulduğu, ancak sayım için yemekhane bölümüne inmeyi reddetmesi üzerine çıkan tartışma sırasında tekme ve yumruk vurmak suretiyle katılanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasına neden olan bu eylemlerinin sistematiik bir şekilde ve belli bir süreç içinde değil katılanın eylemine tepki niteliğinde ve ani olarak işlenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir.” şeklinde iki suç arasındaki farkı ifade etmiştir¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Yargıtay CGK, T. 4.11.2021, E. 2018/565, K. 2021/524. Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

¹⁵⁵ Yargıtay 8. CD'nin zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu ile işkence arasında değerlendirmede bulunduğu ve karşı oy gerekçelerinin yer aldığı bir başka kararı burada aktarmanın faydalı olacağını düşünmekteyiz. Söz konusu kararda gerçekleşen olay şu şekildedir: “Dava konusu olay, 2009 yılı 1 Mayıs Taksim Meydanında düzenlenen gösterilere katılmak amacıyla Aynalıçeşme Caddesi üzerinde yürümekte olan katılanların, olay yerinde görevli polis memurları tarafından darp edilerek emniyete götürüldükleri ve alıkonuldukları iddiasına ilişkindir. 2. a) Katılan R. Ç.. özetle, 1 Mayıs etkinliklerine katılmak üzere Tarlabası'ndan Taksim'e doğru yürürken üzerine yürüyen polislerin kendisini darp etmeye başladıklarını, darp edildiği sırada N. D.. 'nin da olduğunu, bu şahsın kendisini alıp emniyet binasının kapısına kadar götürüp farklı polislerle teslim ettiğini, Beyoğlu İlçe Emniyet Müdürlüğü içerisinde hakaretlere maruz kaldığını, A. A. 'ı ve A. B. 'ü net olarak hatırladığını, her ikisinin de kendisine vurduğunu, b-) Katılan A. A. soruşturma aşamasında, 1 Mayıs kutlamalarına katılmak üzere Alhatun Sokakta yürüdüğü sırada darp edildiğini, sonra da Beyoğlu İlçe Emniyet Müdürlüğüne götürüldüğünü, görse tanıyamayacağı 3-4 kişinin copla ve elleriyle kendisini darp ettiğini, kovuşturma aşamasında ise, sanık A. 'ın kendisini darp eden diğer polislerle dahil olduğunu, ifade ettikleri belirlenmiştir.”. Söz konusu davada Yargıtay çoğunlukla A.A ve A.B hakkında “...katılan R. Ç.. 'nin aşamalarındaki beyanları, teşhis tutanakları, doktor raporu ve dava dosyası kapsamındaki tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, Taksim Aynalıçeşme Caddesinden meydanlara doğru yürüyen katılanın maskeli polis memurları tarafından zor kullanılarak ve zaman zaman gerekmediği halde tekme tokat vurularak Beyoğlu İlçe Emniyet Müdürlüğüne getirilmesi ve de bir odaya konulurken tekme ile vu-

Sonuç olarak zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu ile işkence arasında farklılık doğuran en önemli nokta işkencenin insan onuru ile bağdaşmayacak şekilde ve belirli bir ağırlığa ulaşarak bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarla işlenmesidir. Ayrıca işkence suçu genel olarak soruşturmanın, kovuşturmanın yürütülmesi ya da cezanın infazı sırasında karşılaşılabilen bir suç iken¹⁵⁶ zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu kamu görevlisinin zor kullanma yetkisinin bulunduğu her hâlde işlenebilmektedir.

ran polis memuru olan sanıkların eylemlerinin 5237 Sayılı Kanun'un 256. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunu oluşturduğu belirlenerek yapılan incelemede; işkence suçunun işlenmediği, olayda zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu oluştuğu..." yönünde karar vermiştir.

Karara katılmayan bir karşı oy gerekçesinde "Katılan R.. Ç.. 'nin (N. Kaplan) aşamalarındaki anlatımlarında, kendilerini polis merkezinde darp edip hakaret edenlerin sanıklar A.. A., N.. D. ve A.. B.. olduğunu söylemesi, katılan A.. A.. 'ın da (...) kendisini emniyet içerisinde darp edenlerden bir tanesinin sanık A.. A.. olduğunu belirtmesi, teşhis tutanaklarının içeriği, tanık anlatımları, doktor raporları karşısında 1 Mayıs kutlaması etkinliklerine katılmak istemelerinden dolayı cezalandırılmak saiki ile polis merkezine götürülen mağdurların ani sayılamayacak ve birden çok görevlinin sırayla ve zaman zaman gelip başka bir deyimle canları istedikçe insan onuru ile bağdaşmayacak ve sistematik şekilde dövmeleleri biçiminde gerçekleşen işkence fiillerine katıldıkları sabit görülen sanıklardan A.. A.. 'ın mağdur sayısınca sanık A.. B.. 'ün ise sadece mağdur A.. A.. 'a karşı işkence suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği" gerekçesi ile karara katılmadığını ifade etmiştir.

Aynı karardaki bir başka karşı oy gerekçesinde ise "Kolluğun gösteri sırasında müdahalesi Yasa'ya uygundur. Ancak Karakola götürüldükten sonra sanıkların eylemi artık mukavemet göstermeyen mağdurlara karşı güç kullanımının aşımını değil işkence suçunu oluşturmaktadır. Bu sebeple sayın çoğunluğun görüşüne katılmamaktayım." ifadelerine yer verilmiştir. Yargıtay 8. CD, T. 28.02.2023, E. 2021/13666, K. 2023/928. Erişim: www.uyap.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.12.2024.

Kanaatimizce zor kullanma yetkisinin söz konusu olmadığı bir durumda zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçundan bahsedilemeyecektir. Söz konusu olay aktarımlarından her ne kadar öncesinde polisin zor kullanma yetkisini kullanması gündeme gelmiş ise davaya konusu eylemlerin icra edildiği anda bu yetkiden artık söz edilemez. Keza kişilerin artık emniyet içerisinde darp edildiği esnada kişilerin direncinden söz edilmediği görülmektedir. Bu bakımdan olayda ancak kasten yaralama veya işkence suçunun oluşması mümkündür. Yapılan eylemlerin ağırlığı ve sürekliliği düşünüldüğünde işkence suçunun kabulünün daha uygun olduğu görülmektedir.

¹⁵⁶ Suçun gerekçesinde bu yönde şu ifadelere yer verilmiştir: "...belirli bir suçla ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulmuş işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırım altına alınması ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder."

SONUÇ

Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin zor kullanmanın sınırlarının aşması hâlinde kasten yaralama suçundan cezalandırılması sonucunu doğuran bir suçtur. Bu suçun faili her kamu görevlisi değil ancak zor kullanma yetkisine sahip görevlileri olabilecektir. Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri ise kanuni düzenlemelerle belirlenmiş olup bu kişilerin başında da genel kolluk kuvveti olan polis ve jandarma personeli gelmektedir. Zor kullanma yetkisine sahip bu kamu görevlileri zor kullanma yetkisinin sınırlarını kasten aşarsa yani kasten orantısız ve ölçüsüz davranırsa TCK m. 256 atfıyla kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır. Keza orantılı ve ölçülü olan zor kullanma hukuka uygunluk sebebi içinde kalacak ve suç teşkil etmeyecektir. Bu nedenle bu suçta önemli olan sınırın hangi hâlde aşıldığının belirlenmesidir. Zor kullanma yetkisi veren kanuni düzenlemenin amacına hizmet etmeyen veya zor kullanma yetkisinin kullanma amacına ulaştıktan sonra devam eden ya da kanuni düzenlemede belirtilmiş sınırı aşan, ölçülü olmayan eylemler bu suçu oluşturacaktır. Bu ölçünün belirlenmesinde ise zor kullanma yetkisinin veriliş amacı ve kişinin zor kullanmaya neden olan davranışı önemli olan hususlardır.

Belirtmek gerekir ki bu düzenleme olmasaydı hukuka uygunluk nedeninin sınırının kasten aşılması hâlinde TCK m. 27'nin uygulanması ile kamu görevlisi hakkında kasten yaralama hükümleri uygulanacak ve kişi hakkında aynı şekilde bir sorumluluk ortaya çıkacaktı. Bu bakımdan kanaatimizce bu suç kasten yaralama suçunun özel hâli olup iki suç arasında özel-genel norm ilişkisi mevcuttur. Bu noktada doğrudan kasten yaralama suçunun uygulanması ile zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçunun uygulanması arasındaki fark, failin sıfatı ve failin eylemini zor kullanma yetkisinin doğduğu hâllerde gerçekleştirmesidir. Yine yukarıda belirttiğimiz gibi farkın sadece bu husus olduğu düşünüldüğünde kasten yaralama suçuna eklenebilecek bir nitelikli hâl ile aynı sonucu ulaşılması mümkün olacaktır. Her ne kadar TCK m. 86/3 hükmünde yer alan nitelikli hâl bu düzenlemeyi karşılarsa da daha önce de belirttiğimiz gibi bu suç zor kullanma yetkisiyle donatılan kamu görevlilerinin sınırını aşmasını cezalandırma amacı taşımakta olup farklı bir korunan hukuki değere sahiptir. Atfin ortaya çıkardığı sorunları engellemek ama korunan hukuki değere de vurgu yapmak amacıyla kasten yaralama suçuna bir nitelikli hâlin eklenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır. Örneğin kasten yaralama suçunun “zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi tarafından işlenmesi” hâli TCK m. 86/3'e yeni bir fıkra şeklinde eklenebilecektir. Bunun dışında kanaatimizce bu suç düzenlemesinin anlamlı

olması için kasten yaralama suçuna yapılan atfın kaldırılması suçun cezasına münhasıran yer verilmesi bir başka yöntem olarak önerilebilir.

Suçun cezasında kasten yaralama suçuna atıf yapıldığından kasten yaralama neticeleri dışında oluşan tehdit, hakaret gibi neticeler bakımından TCK m. 256 hükmü uygulama alanı bulamayacağı yeniden ifade edilmelidir. Yine kasten yaralama suçuna yapılan atıf “kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler” ifadesi ile yer bulduğundan TCK m. 43/3 hükmünü de içine almakta ve aynı anda birden fazla kişiye karşı uygulanan kuvvet kullanımında kişi sayısınınca cezalandırma yoluna gidilmesi sonucu doğmaktadır.

Kasten yaralama suçu dışında bu suçun mahiyeti gereği özellikle kolluk kuvvetleri tarafından işlendiği hâllerde işkence suçu ile farkının ortaya konulması da önemli ve gereklidir. İşkence suçu insan onuru ile bağdaşmayacak ve sistematik şekildeki davranışlarla işlenirken zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçu ani hareketli bir suçtur. Özellikle somut olaylarda kolluk görevlisinin bir direnmeyi kırma amacıyla mı kuvvet kullanımının sınırı aştığı yoksa kişi üzerinde insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde sistematik bir davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi önem taşımaktadır. İşkence ile zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suçlarını birbirinden ayrılmasında ise insan onuru ile bağdaşmayacak şekilde yapılan ve asgari ağırlık kriterini aşan eylemler dikkate alınmakta yani eyleminin işkence olarak nitelendirilmesini haklı kılabilecek asgari bir ciddiyete ulaşması gerekmektedir. Bu bakımdan kanaatimizce önemli olan uygulamada işkence olarak kabul edilebilecek eylemlerin kolluk kuvvetlerinin lehine yorumlanacak şekilde zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması suç kabul edilmemesidir.

KAYNAKÇA

- Adli Tıp Derneği**, Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi, Adli Tıp Uzmanları Derneği-Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2019.
- Akkaş**, Ahmet Hulusi/**Akpınar**, Eren: “Geçici Yakalama (CMK m. 90/1’e Göre Yakalamanın Herkes Tarafından Yapılması)”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Sayı 1, 2024, s. 1-15.
- Aslantürk**, Mustafa: Zimmet, İrtikap, Rüşvet ile Görevi Kötüye Kullanma, Direnme, Görevli ve Görev Suçları-1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi Madde 234-345, 5. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Bası, Adalet Yayınevi Ankara 2014.
- Avcı**, Gökmen: “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 5, Sayı 53, 2010, s. 83-101.
- Aydın**, Devrim: “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt 1, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2015, s. 137-174.
- Bahadır**, Oktay/**Kıldan**, İsmail Turgut: “Özel Güvenlik Görevlilerinin Zor Kullanma Yetkisi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 3, 2013, s. 274- 310.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Cin**, Onursal: “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1-2, 2000, s. 665-686.
- Eryılmaz**, M. Bedri/**Bozlak**, Ayhan, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi” TBB Dergisi, Sayı 83, 2009, s. 223-278.
- Gençtürk**, Ünal: AİHM ve AYM Kararları Işığında Yaşam Hakkı Bağlamında Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi ve Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, 1. Baskı, USA Yayınları, Ankara 2016.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 6. Bası, USA Yayınları, Ankara 2017.

- Hafızoğulları, Zeki/Eşitli, Ezgi Aygün:** Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara 2014.
- Kıldan, İsmail Turgut/Bahadır, Oktay:** “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 11, Yıl 3, 2012, s. 193-224.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Meran, Necati:** Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Önok, Murat R.:** Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Özçelik, Volkan:** “Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi (İİK M. 80/4)” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, 2014, s. 2909-2952.
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2024.
- Soyaslan, Doğan:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Tekin, Abdurrahman:** “Polisin Zor Kullanma Yetkisi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 27, 2017, s. 27-58.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Ulusoy, Engin:** Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu (TCK. madde 256), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa:** Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, md. 252-345, Cilt 6, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Yıldız, Ali Kemal:** Zor Kullanma Yetkisinde Sınırın Aşılması, Özel Ceza Hukuku, C. IX, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Yurtcan, Erdener: Ceza Hukuku Özel Hükümler (Sınavlara Hazırlanma Rehberi), 1. Baskı, Aristo Yayınları, İstanbul, 2020.

Zabunoğlu, H. Gökçe: “AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 66, Sayı 3, 2017, s. 627-658.

DİJİTAL ORTAMDAKİ İMZALARIN YAZILI ŞEKİL ŞARTINI SAĞLAYIP SAĞLAMADIKLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1605821>

Arş. Gör. Dr. Abdurrahim ALTUN*

Öz

İnsanlar dijital teknolojileri hukukî işlem sahalarını ve imkânlarını genişletmek maksadıyla kullanmaktadır. Bu çerçevede zaman ve mekân yönünden büyük bir fayda elde edecek şekilde hukukî işlemlerini dijital mecraya kaydırmakta, kâğıt üzerine el ile atılan imzayı dokunmatik ekranlara attıkları imzalar ile ikame etmekte, el ile imzaladığı fizikî belgeyi taramak suretiyle dijital bir forma sokmakta ya da daha kolay bir yöntem olarak taranmış imzasını dijital belgeler üzerine ekleyerek yeni belgeler meydana getirmekte, bu vesileyle elde edilen dijital belgeleri yine dijital iletişim kanallarıyla muhataba ileterek hukukî işlemlerini şekillendirmeye çalışmaktadır.

Teknolojik gelişmelerin hukuk karşısında ortaya koyduğu bu meydan okumaya karşı nasıl bir tavır takınılacağı, diğer bir ifadeyle dijital ortamda oluşturulan ya da muhafaza edilen ve görünüm itibarıyla el ile atılmış imza sureti taşıyan belgelerin yazılı şekil şartını yerine getirip getirmeyeceği incelemeye değer bir meseledir. İlk bakışta borçlar hukukunun liberal ruhu da nazara alınarak olumlu cevap verilebilecek bu mesele, birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmada dijital teknolojilerin kullanımıyla meydana getirilen imzalı belgelerin adı yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığı incelenmektedir. Bu bağlamda imzaya ilişkin genel bilgilere, dokunmatik ekranlara atılan imzalara, el ile imzalanıp taranarak dijital forma dönüştürülen belgelere, daha önceden taranmış imzanın dijital belge üzerine eklenerek oluşturulan belgelere ve bütün bunların meydana getirebileceği risklere değinilmiştir. Güvenli elektronik imza

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Konya (aaltun@erbakan.edu.tr) ORCID: 0000-0003-4623-805X (Gönderim Tarihi: 23.12.2024-Kabul Tarihi: 17.02.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

ile imzalanan belgeler, meselenin Elektronik İmza Kanunu'nda sonuca bağlanmasından dolayı kapsam dışında tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Dijital Ortamdaki İmza, Dokunmatik Ekranla Atılan İmza, El ile İmzalanmış Fizikî Belgenin Taranması, Taranmış İmza, Dijital Ortamdaki İmzaların Ortaya Çıkardığı Riskler

AN EVALUATION ON WHETHER SIGNATURES IN DIGITAL MEDIA MEET THE REQUIREMENT OF WRITTEN FORM

(Research Article)

Abstract

People utilize digital technologies to expand the scope and possibilities of legal transactions. In this context, they are moving their legal processes to digital platforms in ways that provides significant benefits in terms of time and space. They are replacing handwritten signatures on paper with signatures on touch screens, creating digital copies of physical documents by scanning them, or, more simply, creating new documents by adding their scanned signatures to digital files. In this way, they shapes legal proceedings by sending the resulting digital documents to the relevant parties via digital communication channels.

It is worth analysing whether the new possibilities provided by digital technologies will meet the requirement of written form. At first glance, taken into account the liberal spirit of law of obligations, this question may be answered in the affirmative; however, it also brings significant challenges.

This study examines whether signed documents created through the use of digital technologies meet the requirement of written form. In this context, general information about signatures, signatures on touch screens, documents signed by hand and converted to digital form by scanning, documents created by adding the previously scanned signature on the digital document and the risks that may arise from all these are discussed. Documents signed with a secure electronic signature are excluded from the scope since the issue is concluded under the Electronic Signature Law.

Keywords

Signature in Digital Media, Touchscreen Signature, Scanning a Physical Document Signed by Hand, Scanned Signature, Hazards Arising from Signatures in Digital Media

GİRİŞ

Borçlar hukukuna hâkim olan irade serbestisi ilkesinin görünüm biçimlerinden birisi şekil serbestisidir. Hukukî işlemi tesis edecek kişiler kural olarak hiçbir şekil şartına tâbi olmaksızın hareket edebilirler. Ne var ki bazen bizzat tarafların kararlaştırmasıyla ya da kanunî bir gerekliliğin sonucu olarak hukukî işlemlerin belirli şekil şartları takip edilerek kurulması icap eder. Türk Borçlar Kanunu'nda takip edilmesi gereken şekillerden üç tanesine yer verilmiştir: Adî yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil ve resmî şekil. Resmî şekle tâbi hukukî işlemlerin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için hukukî işlemin, ilgili resmî makamın huzurunda ve onun katılımıyla yapılması şarttır. Buna karşılık adî ve nitelikli yazılı şekilde kurulacak hukukî işleme ilişkin belgeyi taraflar düzenleyebilir. Her iki durumda da ortak olan husus yükümlülük altına giren tarafın belgeye imza atmasıdır. Çalışmada genel olarak dijital belgelerde yer alan imzaların adî yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamayacağı üzerinde durulmuştur. Kuşkusuz adî yazılı şeklin yegâne unsuru imza değildir. Fakat adî yazılı şekil şartının diğer unsurlarında bir eksikliğin mevcut olmadığı varsayımıyla yalnızca imza üzerine değerlendirmeler yapılmıştır.

Teknolojik gelişmeler, salgın hastalıklar gibi insan alışkanlıklarında kırılmalara yol açan vakılardan sözleşmede şekil mefhumu da nasibini almıştır. Nitekim teknik gelişmeler dokunmatik ekranlara imza atılmasına, el ile imzalanmış bir belgenin taranmasına, taranmış belgede yer alan imzanın kopyala-yapıştır usulünce yeniden kullanılabilmesine, bu tarzda oluşturulan belgelerle elektronik haberleşme yöntemlerini kullanarak sözleşmenin kurulmasına imkân tanımaktadır. Telekomünikasyon, bankacılık, internet vb. sektörlerde son yıllarda el ile atılan imzanın dijitalleşme eğiliminde olduğu söylenebilir. Böylece geleneksel anlamda kâğıt üzerine el ile atılmış imza yerine benzer bir sürecin sonucunda dokunmatik ekranlara imzalar atılmaktadır. Dijital ortamdaki imzalar, bir yandan sözleşmeyi kuracak kişilere zaman ve mekân yönünden büyük kolaylıklar sağlarken öte yandan kâğıt üzerine el ile atılan imza ile benzer fonksiyonlara sahip olup olmayacağı hususunda tartışmaları beraberinde getirmektedir.

I. İMZA

A. Genel Hatlar

İmza, sahibinin irade açıklamasını sahiplendiğini tasdik eden ve onun teşhisine olanak sağlayan işarettir¹. Borçlar hukukunda şekil serbestisi ilke-

¹ **Kut**, Ahmet/**Bauer**, Christoph: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, (Hrsg. M. Yeşim

sinin tabîî sonucu, kişilerin kural olarak bir hukukî işlemi diledikleri şekilde yapmak imkânına sahip olmasıdır. Buna rağmen günlük hayatta, bilhassa ispat kolaylığı sağlaması sebebiyle, şekle tâbî tutulmamış hukukî işlemin bile yazılı şekilde yapıldığına sıklıkla şahit olunmaktadır. Bir metnin altına imza atmak suretiyle yükümlülük altına giren tarafı, diğer kişilerden ayırt etmeye yarayacak temel mekanizma imzadır. İmzanın el ile atılması kaidesi göz önünde tutulduğunda, imzanın atılması sürecinde ortaya koyulan karakteristik el hareketleri imzayı diğer kişilere ait imzalardan farklılaştırmaktadır. İmza atan kişilerin ad ve soyadları aynı olsa dahi, imzaları birbirinden ayırt etmek mümkündür. Öyle ki sahibinin kimliğini ortaya koymasına ve değişmezliğine duyulan itimat sayesinde imzanın, insanlık tarihi boyunca geniş bir uygulama alanı bulduğu söylenebilir².

İmzada ad ve soyadın mevcut olması, imzanın ayırt ediciliğini sağlayan en tabîî unsurlardır. Fakat günümüzde imzanın ad ve soyadından teşekkül etmesi şart değildir. Müstear ad ya da akrabalık ilişkilerini ortaya koyan herhangi bir ifadenin de imza sayılacağı kabul edilmektedir³. Bunun dışında imza, şayet sahibini tespit etmeye yarayacak kadar karakteristikse okunabilir olması dahi gerekmez⁴. İmzadan, imzayı kimin attığını tespit etmek o kadar

Atamer, Andreas Furrer), 4. Aufl., Schulthess, Zürich 2023, Art. 13, N. 9; **Schwenzer**, Ingeborg/**Fountoulakis**, Christiana: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Stämpfli, Bern 2020, N. 31.09; **Schwenzer**, Ingeborg/**Fountoulakis**, Christiana: Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529), (Hrsg. Corinne Widmer-Lüchinger, David Oser), 7. Aufl., Helbing Lichtenhahn, Basel 2020, Art. 13, N. 6; **Berger**, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Stämpfli 2018, Bern, N. 754; **Furrer**, Andreas/**Müller-Chen**, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2018, § 5 N. 17; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt, 7. Bası, Filiz, İstanbul 2017, § 26, N. 6; **Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Legal, İstanbul 2016, s. 457; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Alttop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz, İstanbul 1993, s. 114.

² **Hürlimann**, Daniel: Zur Rechtskraft der Unterschrift auf einem Touchscreen (Gutachten von Ass.-Prof. Dr. iur. Daniel Hürlimann im Auftrag der Kantonspolizei Zürich), St. Gallen 2016, s. 6.

³ **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Bası, Legem, Ankara 2023, N. 876; **Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I, Yetkin, Ankara 2022, m. 14, N. 14; **Schwenzer/Fountoulakis**, N. 31.09; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht, 3. Aufl., Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2019, N. 351; **Furrer/Müller-Chen**, § 5 N. 19; **Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Schulthess, Zürich 1988, s. 165; Yargıtay imza atma amacıyla hareket etmek kaydıyla imza sahibine geniş bir alan bırakmaktadır. Bu yönde örneğin Yarg. 12. HD., T. 28.4.2009, E. 2009/1234, K. 2009/9222 (Lexpera, Erişim Tarihi: 28.01.2025).

⁴ **Huguenin**, N. 351; **Bucher**, s. 165.

belirleyici bir rol oynamaktadır ki bahis mevzuu bu belirleyicilik mevcut olduğu sürece imzanın muhtevasında değişiklikler söz konusu olabilmektedir.

Kanunun şekil şartı öngördüğü bir sözleşmede borç altına girenlerin imzalarını el ile atması gerekir. Öte yandan güvenli elektronik imza, el ile atılmış imzaya bağlanan hukukî sonuçları doğurur (TBK m. 15/I – OR Art. 14 Abs. 1). Şekil serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil eden bu gibi durumlar dışında sözleşmenin tarafları sözleşmeyi diledikleri şekilde yapabilirler. Bu anlamda kararlaştırdıkları şekil şartları çerçevesinde dijital teknolojiler sayesinde atılan imzaları muteber addedebilir, ezcümle DocuSign, Adobe Sign gibi yazılımlar aracılığıyla atılan imzalarla sözleşmeler kurabilirler⁵. Kanun tarafından yazılı şekil şartı getirilen sözleşmelerde kural olarak el yazısı ile imza gerekmele birlikte, asılları borç altına girenlerin imzalamış olduğu telgraf, teyit edilmiş faks vb. araçlarla gönderilebilen ya da güvenli elektronik imza atılmış metinlerin yazılı şekil şartını sağladığı kabul edilmektedir (TBK m. 14/II). Bu istisnai haller dışında el ile imza atma kaidesi, mekanik ve teknik yollarla atılan imzaların yazılı şekil şartını yerine getiremeyeceği noktasında şüphe uyandırmaktadır. Tarihi perspektifle mesele ele alınacak olursa yazılı şekil şartını sağlamanın en tabii ve emin yollarından birisi kâğıt üzerine kalem ile imza atmaktır. Modern zamanların tanıdığı teknik imkânlar, bu geleneksel yöntemle tenakuz halinde olan yeni yolların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Teknik gelişmelerin hukuk üzerindeki etkileri dikkatli bir biçimde incelendiğinde geçmişte fotokopi ve faks teknolojilerinin icadıyla birlikte benzer tartışmaların ortaya çıktığı görülmektedir. Bugün uygulamaya ve doktrine hâkim olan görüşe göre bu yöntemlerle kurulan sözleşmelerin şekil şartını sağladığı kabul edilmektedir⁶. Öte yandan TBK m. 14/II’de yer alan düzenleme esas itibarla üzerinde yalnızca el ile atılmış imzanın bir suretini barındıran telgraf, faks gibi teknolojilerle gönderilmiş metinleri muteber

⁵ **Wicki-Birchler**, David/**Dobec**, Marko: “Unterschreiben von Verträgen im digitalen Raum”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2023, s. 278-279; Aynı yönde bkz. **Erturgut**, Mine: Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Yetkin, Ankara 2004, s. 62; **Şenocak**, Zarife: “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, Y. 2001, s. 129.

⁶ **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 11. Aufl., Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2020, N 518; **Müller**, Christoph: Berner Kommentar, Art. 1-18 OR. Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, (Hrsg. Christoph Müller), Stämpfli, Bern 2018, Art. 13, N 100; **Furrer/Müller-Chen**, § 5, N. 28.

addetmektedir. Yeter ki muhatap bunu teyit etsin⁷. Kanun koyucu hükümde zikrettiği yöntemleri numerus clausus ilkesine tâbi tutmamış, fakat yine de el ile atılan imzayı meselenin merkezinde konumlandırmıştır. Benzer şekilde dokunmatik ekranlara atılan imzalar, teyit edilmeleri kaydıyla taranmış bir imzanın farklı belgeler üzerinde kullanımı, bu tarzda oluşturulan belgelerle sözleşmelerin kurulması benzer bir değerlendirilmeye tâbi tutulabilir.

Mehaz kanunda TBK m. 14/II'ye tekabül eden Art. 13/II (OR) hükmü ilga edilmiştir. Buna rağmen İsviçre kanun koyucusunun ilga edilen düzenlemede yer alan hukukî imkânlarla tatbikat sahası tanımadığı anlamı çıkarılmamalıdır. Nitekim İsviçre doktrininde, uygulaması oldukça azalan telgraf, faks gibi teknolojilerin kanun metninde yer almasının anlamını yitirdiği, imzalanmış mektupların gönderilmesinin ise zaten OR Art. 13/I kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁸. İsviçre kanun koyucusu teknik gelişmelere bağlı olarak üzerinde ıslak imza bulunmayan belgelerle sözleşme kurulmasını engellemek şöyle dursun, bu tarz imkânların hepsine kucak açmıştır⁹.

B. Dijital Ortamdaki İmzanın Türleri

Yazılı şekil şartının yerine getirilebilmesi için ilke olarak imzanın el ile atılması gerekir. Kanun koyucu TBK m. 14/II hükmüyle bu ilkeden kısmen de olsa ayrılmaktadır. Nitekim teyit edilmiş olmaları kaydıyla el ile atılmış imzanın suretini taşıyan belgeler ile güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen belgelerin yazılı şekil şartını sağlayacağı anılan bu hükümde açıkça ifade edilmiştir.

Dijital ortamdaki imza bahsine geçmeden önce bilhassa adî yazılı şeklin diğer unsuru üzerinde kısaca durmakta fayda görüyoruz. Zira teknik gelişmeler etkisini yalnızca imza üzerinde değil, metinde de göstermektedir. Meselenin tarihi tekamülüne bakıldığında metnin tecessümüne verilen önem hemen göze çarpmaktadır. Metin daimî surette tecessüm ettiği sürece yazıda

⁷ Teyit kavramından ne anlaşılacağına dair bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukunun Genel Hükümleri, Yetkin, Ankara 2021, s. 281 vd.; **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 16. Bası, Vedat, İstanbul 2018, N. 458; **Antalya**, s. 459; Yarg. 19. HD., T. 20.6.2016, E. 2016/4867, K. 2016/10954 (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.01.2025).

⁸ **Gericke**, Dieter/**Ivanovic**, Tanja: "Genügen PDF-Dateien dem Schriftformerfordernis?", Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 113/2017, s. 337-338; Benzer yönde bkz. **Müller**, BK-OR Art. 13, N. 17; İmzalı bir mektubun yazılı şekil ikamesi olarak nitelendirilemeyeceği, imzalanmış bir mektubun doğrudan doğruya adî yazılı şekil şartını sağlayacağı yönünde bkz. **Gümüş**, s. 280.

⁹ **Gericke/Ivanovic**, s. 338.

kullanılan teknik ile araç ve gereçler önemini yitirmektedir¹⁰. Bu çerçevede hâkim görüş teknik altyapısı sağlanmadığı sürece muhtevayı okumaya imkân tanımayan ve her zaman tahrif edilme tehlikesi barındıran ses ve veri depolama cihazlarında yer alan yazıların yazılı metin olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür¹¹. Buna karşılık son yıllarda teknik gelişmelerle uyumlu şekilde ortaya çıkan yeni bir görüş elektronik ortamdaki işaretlerin yazılı şekil şartını sağlamak noktasında yeterli olacağını belirtmektedir¹². Özellikle elektronik ortamdaki yazı, resim, işaret gibi verilerin tahrifata karşı gelişen teknoloji ile birlikte daha güvenli şekilde korunabileceğine dair inanç, bu düşüncenin güçlenmesine yol açmaktadır¹³. Ayrıca böyle bir imkânın yaratılması çeşitli avantajları beraberinde getirmektedir. Klasik öğreti nazarında e-posta adlı yazılı şeklin metin unsuruna hayat vermezken, usul hukuku çerçevesinde belge ile ispat fonksiyonu icra edebilir¹⁴. Nitekim HMK uyarınca elektronik ortamdaki veriler belge niteliği taşır (HMK m. 199). Böyle bir belge e-postayı gönderen kişi tarafından gönderildiği ve ona karşı ileri sürüldüğü için delil başlangıcı olarak tavsif edilebilir (HMK m. 202). Buna mukabil metnin oluşturulması ve gönderilmesinde taraflara zaman ve mekân yönünden büyük kolaylıklar sağlayan bu imkânların yazılı şeklin bilhassa aceleciliği önleme işlevini akim kılabilceği de gözden uzak tutulmamalıdır¹⁵.

¹⁰ **Kut/Bauer**, CHK-OR Art. 13, N. 5; **Huguenin**, N. 349; **Antalya**, s. 456.

¹¹ **Ergün**, Mevci: Sözleşmeler Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Legem, Ankara 2024, s. 70; **Kut/Bauer**, CHK-OR Art. 13, N. 6; **Eren**, N. 870; **Eren/Dönmez**, m. 14, N. 8; **Gümüş**, s. 275; **Huguenin**, N. 349; **Furrer/Müller-Chen**, § 5 N.14; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 26, N. 4; **Antalya**, s. 456; **Altaş**, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin, Ankara 1998, s. 73-74; **Bucher**, s. 164.

¹² **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR Art. 13, N. 14c.

¹³ **Schwenzer/Fountoulakis**, N.31.06; **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR Art. 13, N. 3.

¹⁴ **Keser Berber**, Leyla: “Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki Yazılı Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İmza Açısından Yeri”, *Biyometrik İmza* (bilgi.edu.tr), s. 10; **Probst**, Thomas: “Digitalisierung und Vertragsrecht - Probleme des Schutzes der Privatsphäre aus vertragsrechtlicher Sicht”, *Digitalisierung und Schutz der Privatsphäre* (Hrsg. Astrid Epiney, Déborah Sangsue), Schulthess, Zürich 2018, s. 47; Dokunmatik yüzeye atılan imzaların elektronik belgeyi senet haline getirebileceği çeşitli ihtimaller için bkz. **Kıyak**, Emre/**Şensöz**, Ahmet: “Autopenle veya Dijital Ekranla Atılan İmza ile Elle Atılan İmzanın Karşılaştırılması”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, Y. 2021, s. 829; Dokunmatik ekranlara imza atılması suretiyle meydana getirilen dijital belgelerin senet olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Kurşat**, Zekeriya: “Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekrana Atılmasının Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXV, S. 1, Y. 2017, s. 426.

¹⁵ **Wicki-Birchler/Dobec**, s. 280.

1. Güvenli Elektronik İmza

Kanun koyucu gelişen teknik imkânların bir neticesi olarak insanların dijital imza atma ihtiyacını kabul etmiş, bu maksatla çeşitli kanunî düzenlemeler yapmıştır. Türk hukuku açısından bu tarz düzenlemenin en belirgin örneği 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'dur (Metnin kalan kısmında EİK olarak kısaltılmıştır)¹⁶. EİK ile elektronik imzanın hukukî ve teknik yönlerine ilişkin birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Kanunun tanımlar kısmında elektronik imza “başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri” şeklinde tarif edilmiştir. Tanımdan hareketle kanun koyucunun elektronik imzayı muteber addederek imzanın el ile atılması kaidesinden ayrıldığı, bu vesileyle TBK m. 15/I'e net bir istisna getirdiği aşikardır. Fakat kanun koyucu, el ile atılmış bir imzaya denk gördüğü ve aynı hukukî sonuçları bağladığı güvenli elektronik imzada dahi imzadan imza sahibinin kimliğinin belirlenmesi, imzalanan belgenin sonradan değişikliğe uğrayıp uğramadığının tespiti, imzanın münhasıran imza sahibine bağlı olması gibi hususları dikkate almıştır (EİK m. 4). Güvenli elektronik imza kurumu ile elle atılan imzaya görünüş itibarıyla benzemeyen bir form kabul edilmiş, fakat bu halde dahi imzaya yüklenen anlam ve işleve riayet edilmiştir.

Kanun koyucunun güvenli elektronik imzada aradığı bu özelliklerin tabîî sonucu olarak örneğin e-posta yoluyla gönderilen güvenli elektronik imza ile imzalanmış bir belgedeki imzanın kime ait olduğunun tespiti ve belgenin muhtevasının hiçbir değişikliğe uğramadan iletileceği temin edilmiş olmaktadır¹⁷. Bununla birlikte güvenli elektronik imzanın yaygın bir uygulama kazandığını söylemek güçtür¹⁸. Güvenli elektronik imzayı kullanabilmek için atılması gereken teknik ve organizasyonel adımların beraberinde getirdiği yük, bu durumun temel sebebi olarak gösterilmektedir¹⁹. Yeni teknolojiler sayesinde dijital mecrada görece daha kolay imza atma imkânlarının ortaya

¹⁶ RG. 23.01.2004 T., 25355 S; Güvenli elektronik imzaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Erbayraktar**, Burcu: Güvenli Elektronik İmza, 1. Bası, Onikilevha, İstanbul 2016.

¹⁷ **Wicki-Birchler/Dobec**, s. 279; **Huguenin**, N. 357.

¹⁸ **Schwenzer/Fountoulakis**, BSK-OR Art. 13, N. 14e; **Lienhard**, Andreas: “Arbeitsrechtliche Herausforderungen in Krisen”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2020, s. 1266; **William**, Oliver D.: “Digitalisierung im Versicherungsvertragsrecht”, Haftung und Versicherung (HAVE) 2019, s. 86; **Keser Berber**, Biyometrik İmza, s. 8; **Probst**, s. 47-48.

¹⁹ **Wicki-Birchler/Dobec**, s. 279; **Şimşek**, Merve Melis/Özcan, Tuğba/Ergun, Tamer/Çelik, Vural: “Elektronik İmza Seviyeleri”, Bilgi Yönetimi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2019, s. 142.

çıkması ve hukuk doktrininin bu şekilde atılan imzaları muteber sayma çabaları karşısında güvenli elektronik imzanın günden güne köhneleştiği söylenebilir.

2. Dijital Ortamdaki Diğer İmzalar

Dijital ortamdaki diğer imzalar ifadesiyle kastedilen imzalardan bir kısmı doğrudan doğruya dijital ortamda oluşturulurken diğer bir kısmı ise el ile atılmış bir imzanın dijital ortama aktarılmasından ibarettir. Diğer bir ifadeyle bu bahis altında ele alınan imzada, daima el ile atılmış imzanın görsel sureti bulunmakta, fakat imza dijital ortama aktarılmaktadır. Dijital ortamdaki diğer imzalar başlığı ile kastettiğimiz imza türleri doktrinde dijital imza kavramıyla da ifade edilmektedir²⁰.

a. Dokunmatik Ekrana Atılan İmza

Günümüzde dokunmatik ekranların yüzeyine el ya da uygun cihazlarla atılan imzalar giderek yaygınlaşmaktadır. GSM operatörleri ve bankalar, bazı işlemlerinde bu yöntemi kullanmaktadırlar²¹. Bununla birlikte dokunmatik ekranlara atılan imzalar, cep telefonu ya da tablet yüzeyine el ya da uygun bir kalemle atılmasından, münhasıran imza atmak için üretilmiş tablet/ped üzerinde imza atmaya kadar geniş bir ölçeğe sahiptir.

Dokunmatik ekran üzerine atılan imzayı, kâğıt üzerine mürekkeple atılan imzadan ayırt etmeye yarayacak temel unsurlar ne TBK’da ne de mehzaz kanunda (OR) ele alınmıştır. Dolayısıyla sadece kanunun lafzına itibar ederek dokunmatik yüzeye atılan bir imzanın kâğıt üzerine el ile atılmış bir imza ile aynı hukukî sonuçları doğuramayacağını söylemek ilk bakışta doğru olmaz. Nitekim dokunmatik ekrana imza atan bir kişinin, imzanın üzerinde yer alan beyanı kabul ettiği söylenebilir²². Bunun yanında dokunmatik yüzeye atılan imzadan, imza sahibinin kimliği tespit edilebiliyorsa, bu imza ile kâğıt üzerine el ile atılmış geleneksel imzayı farklı hukukî rejimlere tâbi tutmanın haklı bir gerekçesi olamaz. İlk durum, yani dokunmatik yüzeyi imzalayan kişinin beyanı sahiplenmesi meselesi sübjektif bir nitelik arz ederken, imza

²⁰ **Hürlimann**, s. 5; Dijital imza kavramı daha teknik bir tanımla el ile atılan standart imzalara görünüş itibarıyla benzemeyen, elektronik ortamda oluşturulan belgelerin şifrelenmesine yarayan bir vasıta olarak da tanımlanmaktadır. Bu yönde bkz. **Acar**, Ayşe Ece: Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, 1. Bası, Onikilevha, İstanbul 2013, s. 79 vd.; **Şenocak**, s. 98 vd.; Çalışma kapsamında dijital imza kavramının meydana getireceği bu çelişki göz önünde tutularak dijital ortamdaki imza tabiri daha kapsayıcı bir şekilde kullanılmıştır.

²¹ **Kıyak/Şensöz**, s. 805; **Şimşek/Özcan/Ergun/Çelik**, s. 136.

²² **Wicki-Birchler/Dobec**, s. 281.

sahibinin kimliğinin tespiti grafoloji biliminin konusunu teşkil eder ve objektif esaslara dayanır. Bu sebeple dokunmatik ekranlara atılan imzanın yazılı şekil şartını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi noktasında imzanın teknik özellikleri önem kazanmaktadır.

Dokunmatik ekranlara atılan imzalar hususunda hukuk doktrini ilk başta muhafazakâr bir tutum takınmış ve bu şekilde atılan imzaların yazılı şekil şartını sağlamayacağını ileri sürmüşken günümüzde bunların muteber sayılması yönünde fikirler ortaya çıkmıştır²³. Fakat dokunmatik ekranlara atılan imzalar her zaman aynı ölçüde bilgi ihtiva etmezler. Dokunmatik ekranlara atılan imzalardan bir kısmı yalnızca bir görüntüden ibaretken bazılarında imza atan kişinin biyometrik verilerini elde etme olanağı vardır. Dokunmatik ekranlara atılan imza esasında kâğıt üzerine el ile atılan imzadan yalnızca kullanılan aletler yönünde farklılaşmaktadır. Bu imzaların, klâsik imzalar ile aynı hukukî sonucu doğurabilmesi için kullanılan aletler dışında, benzer özellikler taşıması gerektiği kanaatindeyiz.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karara göre imza üzerinde analiz yapabilmek için çizgi kalitesinin, kâğıt üzerine uygulanan basıncın, kâğıt üzerindeki el hareketinin akışının ve yönünün anlaşılır olması gerekir²⁴. Nitekim imza incelemelerinde yazının boyutu, eğimi, yapılan şekil ve çizgiler, harfler arasındaki boşluklar, kalem kaldırmalar, basıncı gibi özellikler belirleyici olmaktadır²⁵. Bu özelliklerden bir kısmı asıl belgenin kopyasında ya da taranmış suretinde tespit edilebilirken bir kısım tanı unsurlarını değerlendirme olanağı ortadan kalkmaktadır²⁶. Özellikle çizgi kalitesi, hareket akışı ve yönü imzanın iki boyutundan anlaşılabilirken basıncın tespiti üç boyutlu bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Şu hâlde dokunmatik yü-

²³ **Schwenzer/Fountoulakis**, N. 31.14; **Kurşat**, s. 419-420; **Hürlimann**, s. 14; **Cerutti**, Romeo/**Inderkum**, Matthias: "Rechtliche Aspekte des Digital Banking bei Vermögensverwaltungsverträgen", Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 112/2016, s. 34; **Wiegand**, Wolfgang/**Hurni**, Christoph: Kurzkomentar Obligationenrecht, (Hrsg. Heinrich Honsell), 1. Aufl., Helbing Lichtenhahn, Basel 2014, Art. 13, N. 5; karş. **Gümüş**, s. 284.

²⁴ Bundesgericht, 9C_634/2014 (31.08.2015); karşıt görüş için bkz. **Higi**, Peter/**Wildisen**, Christoph: Zürcher Kommentar – Die Miete (Art. 266-268b OR), (Hrsg. Peter Higi, Anton Bühlmann, Christoph Wildisen), 5. Aufl., Schulthess, Zürich 2020, Art. 267a, N. 17; **Braun**, Anna: "Die Wohnungsabgabe und das Abgabeprotokoll", mietrechtspraxis (mp) 2020, s. 30.

²⁵ **Birincioğlu**, İsmail/**Özkara**, Erdem: "Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı ve İmza Analizi ile Islak İmza Kavramı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, Y. 2010, s. 415.

²⁶ **Birincioğlu/Özkara**, s. 419.

zeylere atılan imzalar açısından çizgi kalitesi, hareket akışı, yönü ve yüzeye uygulanan basıncın tespiti bakımından asgarî bir ölçünün ortaya koyulması gerekmektedir.

Dokunmatik ekranların başlıca iki türü bulunur: Rezistif ve kapasitif ekran. Dokunmatik ekranların en yaygın türünü teşkil eden rezistif ekranların çalışma prensibi yüzeye uygulanan basınca karşılık ekranın tepki vermesinden ibarettir. Rezistif ekranların çalışması için yüzeye muhakkak el ile baskı yapılması gerekmez; el dışında eldiven, kalem vb. cisimlerle yapılan baskılar da yüzeyde şekiller oluşmasına yol açar²⁷. Dokunmatik ekranların yaygın türü rezistif ekranlar olmasına rağmen, bu çalışmada ele alınan mesele bakımından önem arz eden ekranlar kapasitif ekranlardır. Zira üzerine imza atmak maksadıyla kullanılan teknolojik cihazlar (akıllı telefon, tablet vs.) kapasitif ekran teknolojisine sahiptir²⁸. Kapasitif ekranlar, teması algılama noktasında son derece hassastır. Kapasitif ekranlarda elektrostatik alan barındıran katman genellikle camla (ekran) izole edilir. Ekranı el ile temas edilmesiyle birlikte elektrik yükü kısmen dağılır ve elektrostatik alanda değişim meydana gelir. Buna bağlı olarak dokunmatik ekranda hareketin başladığı nokta ile hareketin akışı tespit edilebilmektedir²⁹. Kapasitif ekran teknolojisi, yüzeye iletken olmayan nesnelerle dokunulması halinde çalışmamaktadır. Dolayısıyla alelade bir kalem ile kapasitif ekran yüzeyine imza atma olanağı yoktur. Dokunmatik ekrana parmakla imza atıldığında ise parmak yüzeyinin kaleme nazaran büyük olması, kalemle atılan bir imzayla mukayeseyi oldukça güçleştirmektedir. Nitekim parmakla atılan bir imzada, elin konumundan ortaya koyulan hareketlerin sırasına kadar bir dizi farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Son yıllarda kapasitif ekranlarda kullanılmak üzere yeni nesil kalemler üretilmiştir. Fakat dokunmatik ekran üzerine yazı yazabilen kalemlerde bile kalemin ekran yüzeyine bıraktığı izler, kâğıt üzerine standart bir kalemle bırakılan izler kadar net olamamaktadır. 300 dpi (dots per inch/inç başına nokta) hassasiyete sahip ekranların kullanılmasıyla bu sorunun ortadan kaldırılabileceği ileri sürülmektedir³⁰. Dokunmatik yüzeye atılan

²⁷ **Özkaya**, Emre: Teknolojik Karşılaştırma: Kapasitif ve Rezistif Dokunmatik Ekranlar, Teknolojik Karşılaştırma : Kapasitif ve Rezistif Dokunmatik Ekranlar (icc.com.tr), (Erişim Tarihi: 30.09.2024); Rezistif ve kapasitif ekran arasındaki fark - CHIP Online (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

²⁸ **Akıncı**, Derya: Rezistif ve Kapasitif Ekran Arasındaki Fark, REZİSTİF VE KAPASİTİF EKRAN ARASINDAKİ FARK (icc.com.tr), (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

²⁹ **Hürlimann**, s. 7.

³⁰ **Hürlimann**, s. 7; Dpi değeri görüntünün çözünürlüğü olarak bilinir ve bu değer arttıkça görüntünün kalitesi yükselir. Dpi değeri düştükçe görüntüdeki pikseller daha belirgin ha-

imzada ekranın çözünürlüğü ne kadar yüksekse kâğıt üzerine atılan imzaya o ölçüde yaklaşır. Çözünürlük düşük olursa görüntünün netliği azalabilir³¹. Kısaca dokunmatik yüzeyin yeterli çözünürlük değerine sahip ve optik geri bildirim özelliğine sahip olması, çizgi kalitesi, hareket akışı ve yönünün tespit edilmesine imkân tanıyabilir.

Kâğıt üzerine kalem ile atılan imzaların ihtiva etmesi gereken en önemli unsurlardan birisi fulaj adı verilen kalemin kâğıt üzerinde bıraktığı izlerdir. Fulaj bir imzanın aidiyetini tayin etme noktasında en işlevsel unsurlardan birisidir ve taklit edilmesi oldukça zordur. Fulajın oluşumunda etkili olan unsurlar ise yazara ait özellikler ve yüzeye uygulanan basınç, kalemin uç özelliği ve yüzeyin niteliğidir³². Dokunmatik ekrana atılan imzada bu unsurlardan basınç öne çıkmaktadır. Nitekim genellikle kalem ile kapasitif ekranın temas yüzeyi camdan oluşmaktadır. Yapısı gereği camda, kâğıt üzerinde kalan izlere ve oyuklara benzer yapılar oluşmaz.

Dokunmatik ekrana uygulanan basıncın tespiti için genellikle ilave donanımlara ihtiyaç duyulmaktadır. Öte yandan basıncın tespiti için ekranın yanı sıra kaleminden de istifade edilebilir. İsviçre hukukunda imza atılan ekranın yeterince yüksek çözünürlüğe sahip olması ve imza atarken ekrana uygulanan basıncın belirlenebilmesi kaydıyla atılan imzanın kâğıt üzerine kalem ve türevleriyle atılan imzaya yaklaşacağı ileri sürülmektedir³³. Bahsi geçen tarzda imza öğretide biyometrik imza olarak adlandırılan imza türüne benzetilmektedir. Biyometrik imzanın bir çeşidi eğim, basınç, hız ve ivme gibi imza sahibinin biyometrik verilerini ihtiva eden, özel tablet ya da pedler üzerine atılan imzadır³⁴. Biyometrik imza ile kâğıt üzerine elle atılan imza bu yönüyle büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. İki imzanın ayrıştığı temel nokta birinin kâğıda diğerinin ise dokunmatik ekrana atılmasıdır. Bununla

le gelecek, değerin çok düşmesi görüntüde bulanıklığa yol açacaktır. Bu hususta bkz. DPI Nedir ve Neden Bilinmesi Gerekir? (bidolubaski.com) (Erişim Tarihi: 30.09.2024).

³¹ Wicki-Birchler/Dobec, s. 282.

³² Birincioğlu, İsmail/Kurtaş, Ömer/Çakır, İsmail/Turan, Nurşen: “El Yazısı İncelemelerinde Fulaj Kavramı”, 6. Anadolu Adli Bilimler Kongresi (6-9 Eylül 2007) Manisa Sözel ve Poster Bildiriler Kitabı, Celal Bayar Üniversitesi Matbaası, Manisa, 2007, s. 125.

³³ Hürlimann, s. 8.

³⁴ Şimşek/Özcan/Ergun/Çelik, s. 141; Kurşat, s. 421; Benzer yönde bkz. Şenocak, s. 99; İfade etmek gerekir ki biyometrik imza, yalnız yazıma ilişkin ayırt edici unsurları barındıran imza değildir. Bunun dışında yine kişileri birbirinden ayırt etmeye yarayacak ses, retina, parmak izi gibi kriterler de biyometrik imzaya vücut verebilir. Bu hususta bkz. Acar, s. 78 ve 79; Sağlam, İpek: Elektronik Sözleşmeler, Legal, İstanbul 2007, s. 169 vd.

birlikte ikisi de el ile atılmakta ve imza analizinde belirleyici olan temel unsurları haiz olmaktadır. Daha da ötesi zaman damgası sayesinde biyometrik imzada imzanın atıldığı zaman daha kesin bir şekilde tespit edilebilmektedir³⁵. Bu özellik biyometrik imza lehinedir. Öte yandan imzanın dijital dünyaya taşınmasıyla birlikte bu dünyaya mahsus olmayan fakat daha yoğun bir şekilde ortaya çıkabilecek bir risk bulunmaktadır. Elektronik ortamda metin ve imza arasındaki bağ ortadan kaldırılarak imzanın, imza sahibinin iradesi hilafına kullanılması imkân ve ihtimal dahilindedir. Böyle bir müdahaleye uğramış belgelerde yer alan imza kuşkusuz geçerli bir imza olarak nitelendirilemez.

Türk hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre dokunmatik ekranlara atılan imza, TBK m. 15/II kapsamında el yazısı dışında bir araçla atılan imza olarak nitelendirilmelidir. Bu görüşün temel dayanak noktası dokunmatik yüzeye atılan imzanın artık dijital veriye çevrilmesi, verinin işlemci tarafından işlenmesi, buna bağlı olarak işlemcinin, aracı olarak görülmesidir³⁶. Kanaatimizce dokunmatik ekranlara atılan imzalar, el ile atılmış imza ile bir tutulmalıdır. Zira dokunmatik ekrana atılan imzayı TBK m. 15/II kapsamına sokmanın önündeki en büyük engel, el ile imza ilkesine hâlâ bağlı kalınıyor olmasıdır. Hüküm açıkça “el yazısı dışında” bir araçla atılan imzaları konu edinmektedir. El ile atıldığı sürece yazım tekniğinin önemi yoktur³⁷. Öte yandan TBK m. 14/I ve 15/I birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun imzanın atılacağı yüzey konusunda bir ayrım yapmadığı anlaşılmaktadır. El ile atılmış imzada materyal olarak kâğıt ve kalem kullanılması şart değildir. İmzayı uzun süre muhafaza edebilecek maddeler üzerine atılmış imzalar bugüne dek hukuk düzenince muteber addedilmiştir. Deri, ağaç kabuğu, duvar gibi zeminlere atılan imzalar buna örnek teşkil eder. Keza imzanın atıldığı maddenin kalem olması da gerekmez. Bunun dışında örneğin kömür, tebeşir gibi maddelerle atılan imzalar da geçerlidir. Demek oluyor ki kanun koyucunun burada kırmızı çizgisini teşkil eden husus imzanın el ile atılması-

³⁵ Keser Berber, *Biyometrik İmza*, s. 10.

³⁶ Kıyak/Şensöz, s. 808; karşı. Kurşat, s. 420; İsviçre hukukunda Wiegand/Hurni’ye göre imzanın elle ve dinamik, mekanik ya da teknik yardımlar olmaksızın doğrudan doğruya atıldığı hallerde yazım tekniği mühim değildir. Yazarların kullandığı “ve” bağlacının anlamı dikkate alındığında yazım tekniğinin önemini yitirmesi için hem imzanın elle atılması hem de dinamik, mekanik veya teknik yardım alınmaması icap etmektedir. Bu hususta bkz. Wiegand/Hurni, KUKO-OR Art. 14/15, N. 4; Bu cihetle Wiegand/Hurni’nin görüşleri Türk hukukundaki görüşü desteklemektedir.

³⁷ Kurşat, s. 416 ve 418; Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno: *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, (Hrsg. Arthur Meier-Hayoz), Stämpfli, Bern 1986, Art. 14-15, N. 7.

dır³⁸. Bu çerçevede günümüzün teknik imkânları göz önünde tutulduğunda dokunmatik yüzeylere atılan imzalarda bahis mevzuu anlayıştan ayrılmayı gerektirecek haklı bir gerekçe yoktur³⁹. Amaçsal yorum da bunu gerektirir. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi imzanın atılması ile saklanması aşamalarının birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Bilhassa imzanın, atıldıktan sonra veri olarak muhafaza edilmesi imzanın saklanma aşamasına ilişkindir⁴⁰. Fakat imza atılan yüzey dokunmatik ekran dahi olsa, imzanın meydana getiriliş tarzı geleneksel anlamda kâğıt üzerine el ile atılan imzaya benzetilmektedir. Bu noktada dokunmatik yüzeylere atılan imzaların, el ile atılmış imzalarla aynı fonksiyona sahip olup olmayacağı tartışmaya değerdir. Doktrinde el ile atılmış imzaların altı fonksiyonuna işaret edilmektedir. Sonuçlandırma, kimlik tespiti, gerçeklik, uyarı, devamlılık ve ispat fonksiyonu⁴¹.

Bir metnin altını imzalayan kişi, metnin muhtevasıyla bağlı olacağını ortaya koyar. Bu anlamda imza atıldıktan sonra metinde yapılan değişiklikler veya eklemeler imza sahibini bağlamaz⁴². El ile atılmış imzanın sonuçlandırma fonksiyonunu ortaya koyan bu husus dokunmatik ekranlara atılan imzalar bakımından da geçerli olabilir. Fakat bunun için ilave yöntemlere başvurulması icap edebilir. Bilhassa dokunmatik yüzeyde imzalanan belgeye zaman damgası konulduğunda belgenin oluşturulma, kaydedilme, gönderilme, imzalanma veya değiştirilme zamanını tespit etmek olanaklı hale gelmektedir⁴³. Dokunmatik ekranlar imzalanarak oluşturulan belgelere ek sertifikalarla veya uygulamalarla zaman damgası bilgisi eklenebilir⁴⁴. El ile atılan imza aynı zamanda imzayı atan kişinin kimliğini tespit etmeye (kimlik tespit fonksiyonu) ve imzanın, imza atan kişiye ait olduğunu ortaya koymaya (gerçeklik fonksiyonu) yarar⁴⁵. Dokunmatik ekranlara atılan imzalarda hareketin yönü ve akışı, basınç, yazı karakteri gibi belirleyici özelliklerin incelenmesiyle kimlik tespiti ve gerçeklik fonksiyonları hayata geçirilebilir. El ile atıl-

³⁸ Kurşat, s. 418.

³⁹ Aynı yönde bkz. Kurşat, s. 419.

⁴⁰ Kurşat, s. 421 vd.

⁴¹ Kıyak/Şensöz, s. 810-811; Acar, s. 32; Şenocak, s. 125.

⁴² Acar, s. 33; Şenocak, s. 125.

⁴³ Başlar, Yusuf: "Elektronik Delilin Toplanması ve Muhafazası", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Y. 2020, s. 96; Zaman damgasının dijital belgedeki işlevi hakkında bkz. İstanbul BAM, 16. HD., T. 26.2.2020, E. 2019/2998, K. 2020/459 (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.01.2025); İstanbul BAM, 16. HD., T. 13.11.2018, E. 2017/1884, K. 2018/2429 (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.01.2025).

⁴⁴ Şimşek/Özcan/Ergun/Çelik, s. 141.

⁴⁵ Şenocak, s. 125.

mış imzanın devamlılık fonksiyonu belgenin her zaman okunabilmesine ve gerektiği takdirde imzanın incelenmesine olanak tanır⁴⁶. Dokunmatik ekranlara imza atılarak meydana getirilen dijital belgelerin bu fonksiyonu yerine getireceği söylenebilir. Zira gününüzde insanların yaygın bir biçimde dijital belgeleri görüntüleyebilecek cihazlar kullanmasının bir sonucu olarak, belge depolandığı sürece muhtevasına erişebilmek, uygun teknolojiler kullanılmak kaydıyla atılan imzaları bilirkişi incelemesinden geçirmek imkân dahilindedir. Son olarak imzanın el ile atılması, imzayı atan kişiyi aceleciliğe karşı koruduğu gibi (uyarı fonksiyonu) ispatı da kolaylaştırır (ispat fonksiyonu)⁴⁷. El ile imza atan kişi, el ile imza atması hasebiyle meydana gelecek hukukî ilişki hakkında daha detaylı bir düşünmeye sevk edilir. İmzanın sahibi, imza atarak borç altına girebileceğini idrak etmelidir. Dolayısıyla söz konusu hukukî ilişkiyi kurmak ya da en azından müzakere edilen şartlar altında kurmak isteyip istemediği hususunda imza sahibinin etraflıca değerlendirme yapması gerekir. El ile atılan imzanın bu fonksiyonunun icrası için kanaatimizce imza atılan yüzeyin bir önemi bulunmamaktadır. İmza sahibi, attığı imza ile borç altına gireceğinin farkında olduğu sürece kâğıda ya da dokunmatik yüzeye atılan imza uyarı fonksiyonunu yerine getirmiş olur. El ile atılan imzanın fonksiyonları bahsinde pürüzlerin ortaya çıkabileceği nokta ispat fonksiyonudur. Aslında imzanın diğer fonksiyonlarını icra edecek tarzda dokunmatik yüzeye atılan bir imzanın ispat fonksiyonunu da karşılayacağı söylenebilir. Ne var ki görece yeni teknolojilerin insanlığa sağladığı bu avantajlı imkânın bünyesinde barındırdığı riskler, hukuk düzenini daha tutucu bir tavra zorlayabilir. Özellikle dijital belgelerin tahrifata açık yapısı bu düşüncüyü güçlendirmektedir. Fakat söz konusu güçlü risk tek başına, dokunmatik ekranlar imzalanarak oluşturulan dijital belgelerin yazılı şekil şartını sağlamayacağı yönünde bir çıkarıma yol açmamalıdır. Diğer bir ifadeyle dokunmatik ekranlara imza atmak suretiyle oluşturulan belgeler, imzanın bütün fonksiyonlarını yerine getirdiği takdirde, yazılı şekil şartının maksadı da hasıl olmuş demektir. Kaldı ki kâğıt üzerine kalem vb. ile atılan imzalarda da tahrifat riski her zaman olasıdır. Zengin uygulama alanı bulmasına bağlı olarak kâğıt üzerine atılan imzalar açısından geliştirilen kontrol mekanizmaları, meydana gelen tahrifatı daha isabetli bir biçimde ortaya koyabilmektedir. Belgeye müdahale edildiği tespit edilecek olursa, imza sahibini bundan sorumlu tutmak doğru olmaz. Benzer şekilde dokunmatik yüzeylere imza atılarak oluşturulan belgelerde imza sahibinin iradesi dışında gerçekleştirilen değişiklikleri ya da

⁴⁶ Şenocak, s. 125.

⁴⁷ Şenocak, s. 125.

eklemeleri de imza sahibine isnat etmek isabetli değildir. Böyle pratiklerin ispat sorunlarını beraberinde getirebileceğinin altı bir kez daha çizilerek, bu yolu tercih eden tarafların ileride karşılıklarına çıkabilecek uyuşmazlıkları bertaraf edebilmek adına çeşitli güvenlik tedbirleri geliştirebileceği ifade edilmelidir. Dolayısıyla ispata ilişkin endişeler, dokunmatik ekranların imzalanmasıyla meydana getirilen belgelerin yazılı şekil şartını sağlamayacağı noktasında engel teşkil etmemelidir.

Güvenli elektronik imzaya ilişkin istisnai durumun dijital ortamdaki bütün imzalara yayılması, böylece kanun koyucu tarafından özellikle düzenleme altına alınmadığı takdirde dijital ortamdaki imzaların adı yazılı şekil şartını sağlamayacağı anlayışı da isabetli olmaz. Zira güvenli elektronik imza, meydana getiriliş tarzı itibarıyla da el ile atılmış imzanın gerçek bir istisnasıdır. Haddizatında güvenli elektronik imza el ile atılan imza niteliği taşımamaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu, güvenli elektronik imza ile oluşturulan belgeleri el ile atılmış imza ile meydana getirilen belgelere bağlanan hukukî sonuçlarla donatmıştır. Fakat dijital ortamdaki imza bahsi altında ele alınan imzalar aslen el ile atılmış imzalardır. Dijital ortamda el ile atılmış imzalarda her somut olayın özelliğine göre imzaya yüklenen işlevin yerine getirilip getirilmediği incelenebilir. Şayet imza, kendinden beklenen fonksiyonları karşılamıyorsa yazılı şekil şartının sağlanmadığı sonucuna ulaşılabılır. Böyle bir çıkarım kâğıt üzerine atılan imzalar açısından da geçerlidir. Buna karşılık fikrimizce dijital imza, yukarıda ele alınan fonksiyonları icra ediyorsa, bu şekilde oluşturulan belgelerin yazılı şekil şartını sağladığı söylenebilir.

b. El yazısı İle İmzalanan Fizikî Belgenin Tarama Yoluyla Dijital Belgeye Dönüştürülmesi

Hukuk doktrininde tartışma konusu diğer bir husus kâğıt üzerine el ile atılan imza bulunduran belgenin tarayıcılarla taranmak suretiyle dijital bir forma çevrilmesi ve meydana getirilen PDF belgelerinin e-posta yoluyla gönderilmesi halinde yazılı şekil şartının sağlanıp sağlanmayacağına ilişkindir. E-posta yoluyla gönderilen PDF belgeler, teknik imkânların yetersizliği sebebiyle yükümlülük altına giren tarafın orijinal imzasını taşıyamaz⁴⁸. PDF belgede imzanın suretinin mevcut olması da bu gerçeği değiştirmez. Bununla birlikte PDF belgelerin sözleşme kurmak maksadıyla dijital yollarla muhabata gönderilmesi, teknoloji çağında oldukça yaygın uygulama alanı bulabileceği gibi taraflara büyük avantajlar sağlayabilir.

⁴⁸ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 519a; Gericke/Ivanovic, s. 336.

Hazır olmayanlar arasında çeşitli iletişim araçları ile kurulan sözleşmelerde tarih boyunca yazılı şekil şartının herhangi bir yolla yerine getirildiği görülmektedir. Örneğin el ile imzalanmış bir mektubun posta vb. yollarla muhataba iletilmesi halinde yazılı şekil şartı sağlanmış olur. Keza asılları, yükümlülük altına giren taraflarca imzalanmış telgrafta da benzer bir durum geçerlidir. TBK m. 14/II hükmü de bunu desteklemektedir. Her iki yöntemde de iradeyi ortaya koyan kişinin kimliğini tespit etmek olanağı bulunmaktadır. Buna karşılık faks ya da modern iletişim yollarıyla belgelerin gönderilmesi halinde belge üzerinde el ile atılmış imzanın orijinal halinin taşınması mümkün değildir. Kanun koyucu bu noktada faks veya buna benzer iletişim araçları ile gönderilip saklanabilen metinlerin yazılı şekil şartını sağlayabilmesi için teyit edilmeleri gerektiğini açıkça belirtmektedir (TBK m. 14/II).

Zaman içerisinde ortaya çıkan yeni iletişim yollarının sözleşmenin kurulması, bilhassa yazılı şekil şartı üzerindeki etkileri hep tartışma konusu olmuştur. Özellikle yükümlülük altına giren tarafın orijinal imzasını barındırmayan belgelerin gönderilmesinde bu tartışma daha belirgin ve keskindir. Fotokopi ya da faks gibi yollarla imzalı belgenin kopyasının gönderildiği hallerde belgenin aslının, yükümlülük altına giren kişinin hâkimiyet sahasında kalması, belgenin her zaman tahrif edilme riskini beraberinde getirmektedir. Bu gerekçeden hareket eden bir görüş modern iletişim araçları ile gönderilen metinlerde, metnin aslı borç altına giren kişide kaldığı takdirde yazılı şekil şartının sağlanmayacağını ileri sürmektedir⁴⁹. Mülga Borçlar Kanunu m. 13/II'de yazılı şekil şartını sağlayacak yöntemler imzalı mektup gönderilmesi ve telgraftan ibarettir. Mülga kanun döneminde yapılan bu yorum, yürürlükteki TBK'da faks veya buna benzer iletişim araçlarıyla yazılı şeklin sağlanabileceğinin -teyit edilmek şartıyla- kabul edilmesiyle birlikte oldukça zayıflamıştır. Fakat bu yorumun nüvesini teşkil eden orijinal belgenin tahrif edilme riski barındırması ve gönderilen belge ile orijinalinin uyuşmaması tehlikesi doğurması fikri kıymetini korumaya devam etmektedir.

Dijital yollarla PDF belgelerin gönderilmesi, faks teknolojisi ile benzerlik arz etmektedir⁵⁰. Bugün doktrine hâkim olan görüş faks yoluyla gönderilen belgelerin şekil şartını yerine getirdiğini kabul etmektedir⁵¹. Benzer şe-

⁴⁹ Altaş, s. 62 vd.; Bu tarz dijital belgelerde metin ve imza arasındaki sıkı bağın zayıflayacağı, buna bağlı olarak belgenin tahrif edilme riskinin ortaya çıkacağı, taranmış belgelerde yer alan imzaların el ile atılmış imzaya eş değer görülemeyeceği yönünde bkz. Şenocak, s. 124.

⁵⁰ Sağlam, s. 93.

⁵¹ Kut/Bauer, CHK-OR Art. 13, N. 17; Schwenzler/Fountoulakis, N. 31.14; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 518.

kilde dijital yollarla PDF belgelerinin gönderilmesi de pratik ihtiyaçları karşılamak noktasında elverişlidir. Fakat belgede imzanın aslının mevcut olmaması karşısında belgenin teyit edilmesi daha güvenilir bir uygulamanın ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Kanun koyucu TBK m. 14'II'de yazılı şekil yerine geçebilecek yöntemleri örneklemiştir. Dolayısıyla dijital yollarla iletilen PDF belgeler bu hüküm kapsamında değerlendirilebilir. Kanunun şekle ilişkin koyduğu kural, amaç itibarıyla buna hizmet etmektedir⁵². Özellikle imzanın fonksiyonlarının bir kısmı doğrudan doğruya taramaya konu olan fizikî belgenin imzalanması safhasında yerine getirilirken, diğer bir kısmı ise belgenin teyit edilmesiyle birlikte hayata geçirilebilir. Kanunun lafzı, günümüzün hukukî gerçekliği ve ihtiyaçları ile hükmün amacı bütüncül bir şekilde göz önünde tutulduğunda kâğıt üzerine elle atılmış imza bulunan bir belgenin taranmak suretiyle dijital ortama aktarılmasına yazılı şekil şartının -yazılı şeklin kapsamına aldığı bütün unsurların belgede yer alması kaydıyla- sağlandığı yönünde bir anlam yüklenebilir.

Taranmış belgelerin dijital iletişim araçlarıyla gönderilmesi beraberinde önemli avantajlar getirmektedir. Örneğin bir e-postanın muhataba ulaşıp ulaşmadığı, açılıp açılmadığı teknik denetimle ortaya koyulabilir⁵³. Şekil şartının kâğıt üzerine el ile imza atılan geleneksel yöntemlerle sağlanması karşısında dijital yöntemler taraflara zaman ve mekân yönünden büyük bir

⁵² **Gericke/Ivanovic**, s. 339; Yazarlar düşüncelerini güçlendirmek için alacağın devri ve ömür boyu gelir sözleşmeleri üzerinden yazılı şekil şartının maksadını incelemektedir. Her iki sözleşmeyi geçerli bir şekilde kurabilmek için yazılı şekil şartı gerekir. Fakat yazılı şekil şartı öngörülmesinin temelinde yatan amaç birbirinden farklıdır. Alacağın devri sözleşmesinin yazılı şekil şartına tâbi tutulması işlem güvenliğini tesis etmeyi amaçlamaktadır. Alacağın devrinde devrin kime, ne zaman yapıldığını hızlı bir biçimde belirleyebilmek önem arz eder. Bunun dışında devir sözleşmesini akdeden tarafları aceleciliğe karşı korumak gibi öne çıkan bir amaç bulunmaz. Alacağın devri sözleşmesini PDF belgenin gönderilmesi suretiyle kurmak da benzer amaçlara hizmet eder. Nitekim devrin konusu, sözleşmenin tarafları ve tarih standart yazılı şekil şartıyla elde edilmek istenen amacın gerçekleşmesini sağlayabilir. Bunun dışında PDF belgenin e-posta yoluyla iletilmesi, alacağı devralan kişi ile borçluya aynı anda iletme olanağı da sağlar. Öte yandan ömür boyu gelir sözleşmesinde ise yazılı şekil şartının amacı, tarafları -bilhassa yükümlülük altına giren- düşünmeye sevk etmek, acele etmelerine engel olmaktır. PDF belgeyi göndermek suretiyle sözleşmeyi kurmak isteyen taraf, hazır olmayanlar arasında kurulan bir sözleşmenin nimetinden istifade edebilecek, sözleşmeyi okumak, imzalamak, taramak ve e-posta yoluyla göndermek hususunda hatırı sayılır bir zamana sahip olacaktır. Hazır olanlar arasında kâğıt üzerine el ile imza atılması suretiyle kurulan ömür boyu gelir sözleşmesinde ise borç altına girecek kişinin sahip olacağı süre görece daha kısadır. Dolayısıyla ömür boyu gelir sözleşmesi özelinde yazılı şekil şartıyla güdülen temel gaye daha güçlü bir şekilde tecelli edecektir.

⁵³ **Gericke/Ivanovic**, s. 338.

özgürlük tanır. Bunun dışında dijital ortamda ortaya koyulan her davranış dijital bir iz bırakacağı için e-postanın kim tarafından, ne zaman gönderildiği gibi pek çok hususun aydınlatılması oldukça kolaylaşacaktır. Bu noktada muhatabın, belgeyi gönderen kişiyle iletişim kurarak belgeyi teyit ettirmesi gerektiği söylenebilir. Öte yandan taraflar ihtiyaç halinde hâlâ PDF belgeyi yazdırmak suretiyle fizikî dünyaya aktarmak imkânına sahip olacaktır⁵⁴. Sözleşmelerin dijital iletişim araçlarıyla kurulmasının önemli avantajlarından birisi kendini belgelerin muhafazasında gösterir. Nitekim e-posta yoluyla gönderilen belgelerde, her iki taraf da e-postayı geri dönüşümsüz şekilde silmediği sürece PDF belge varlığını muhafaza edecektir. Her iki tarafın e-postayı kurtarılamayacak şekilde silmesi ise nadiren ortaya çıkabilir⁵⁵.

PDF belgelerin özellikle e-posta yoluyla gönderilmesi TBK m. 14/II çerçevesinde değerlendirilmelidir⁵⁶. Kanaatimizce bu durumda TBK m. 15/II uygulama alanı bulmamalıdır. Zira yapılan işlem yalnızca el ile imzalanmış bir belgenin taranmak suretiyle dijital ortama aktarılmasından ibarettir. PDF belgesi üzerinde yer alan imza, el ile atılmış imzanın dijital görünümünden başka bir şey değildir.

c. Taranmış İmza

Dijital ortamda karşılaşılabilecek diğer bir imza formu, daha önce kâğıt üzerine el ile atılmış bir imzanın tarandıktan sonra dijital şekilde elektronik ortamda tutulduğu, ihtiyaç hasıl olduğunda kopyala-yapıştır usulü ile belgenin altına eklendiği halde karşımıza çıkmaktadır. Dokunmatik yüzeye el ile atılan imzalar ile kâğıt üzerinde imzalanmış bir belgenin taranması suretiyle elde edilen dijital suretten farklı olarak elektronik ortamda muhafaza edilen ve kopyala-yapıştır yöntemiyle kullanılan imzayı TBK m. 15/II (OR Art.

⁵⁴ Wicki-Birchler/Dobec, s. 283.

⁵⁵ Gericke/Ivanovic, s. 338; Silinen e-postalara tekrar ulaşmanın bazı yolları bulunmaktadır. Örneğin bazı e-posta hizmeti sağlayıcıları silinen e-postaları belirli bir süre saklamakta, bu süre zarfında kullanıcı e-postayı diğer klasörlerden birine taşımazsa otomatik olarak silmektedir. Bu halde dahi bazı yazılımlarla hesaptan silinen e-postaların kurtarılabileceği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. MS Outlook'ta kalıcı olarak silinmiş bir e-posta nasıl kurtarılır - Outlooktransfer.com (Erişim Tarihi: 24.01.2025).

⁵⁶ Aynı yönde bkz. Kut/Bauer, CHK-OR Art. 13, N. 17; Schwenzer/Fountoulakis, BSK-OR Art. 13, N. 14c; Kren Kostkiewicz, Jolanta: OR Kommentar, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 4. Aufl., Orell Füssli, Zürich 2022, Art. 13. N. 14; Blättler, Manuel: "Alternativen zur qualifizierten elektronischen Signatur", Digitaler Geschäftsverkehr (Hrsg. Dominic Wyss, Manuel Blättler), Stämpfli, Bern 2022, N. 277; Müller, BK-OR Art. 13, N. 96; Gericke/Ivanovic, s. 336; Wiegand/Hurni, KUKO-OR Art. 13, N. 10; Türk hukuku açısından bu yönde bir çıkarım için bkz. Antalya, s. 460-461.

14/II) kapsamında değerlendirmek daha isabetlidir⁵⁷. Nitekim taranmış imzanın farklı belgeler altına iliştilmesi suretiyle meydana getirilen imzalı belgelerde, esas itibarla münhasıran o belge için atılmış bir imza bulunmaz. Bu durumda daha önce atılmış bir imzanın aynı dijital suretinin birden fazla belgede kullanılması söz konusu olmaktadır. Dijital suretteki bir imzanın birden fazla belgede kullanılması ise çok sayıda kıymetli evrakın mekanik bir şekilde imzalanmasından (TBK m. 15/II) farklı değildir. Taranmış belgeye eklenen imza, el ile atılan bir imza olmayıp, daha önce atılan bir imzanın dijital kopyası olduğuna göre bu durumu imzanın el yazısı dışında bir araçla atıldığı bir hâl olarak değerlendirmek doğru olur.

Taranmış imzanın dijital belgeler üzerine eklenmesini TBK m. 15/II çerçevesinde değerlendirdikten sonra aydınlatılmaya muhtaç başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. İlgili hükme göre el yazısı dışında başka bir araçla atılan imzaların muteber addedilebilmesi ve yazılı şekil şartını sağlaması için örf ve adetin (iş hayatındaki genel alışkanlıkların) buna cevaz vermesi gerekmektedir. Somut olayda mekanik yollarla atılmış imzanın iş hayatındaki genel temayülle örtüşüp örtüşmediği mahkeme tarafından tespit edilir⁵⁸. Araştırmalarımız neticesinde şu ana kadar bu yönde mahkeme kararına rastlanılmamıştır.

Taranmış imzalar kullanılarak oluşturulan belgelerin yazılı şekil şartına uyup uymadığı meselesi doktrinde tartışmaya yol açmıştır. Taranmış imza kullanılarak yazılı şekil şartının sağlanamayacağını ileri süren görüşün temel gerekçesi örf ve adetin bunu kabul etmemesi noktasında temerküz etmektedir⁵⁹. Taranmış imza kullanılmak suretiyle meydana getirilen belgelerin adı yazılı şekil şartını sağlamayacağını kabul eden diğer bir görüşe göre ise böyle bir yolun tercih edilmesiyle birlikte metin ve imza arasındaki fizikî bağ kopartıldığı gibi üçüncü kişilerin de aynı imzayı kullanarak dijital belge üretme olanağı birtakım ispat sorunlarını da beraberinde getirir⁶⁰. Diğer bir görüş ise teknik gelişmeleri göz önünde tutarak kâğıt üzerine el ile atılmış bir belgenin taranıp dijital forma dönüştürülmesi ile daha önce taranmış bir

⁵⁷ Wicki-Birchler/Dobec, s. 280; Schwenzer/Fountoulakis, BSK-OR Art. 13, N. 14d; Blättler, N. 285; Lienhard, s. 1266; Müller, BK-OR Art. 14, N. 16; Benzer yönde bkz. Erturgut, s. 63.

⁵⁸ Wicki-Birchler/Dobec, s. 280; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 327.

⁵⁹ Lienhard, s. 1266; Müller gerekçe belirtmeksizin taranmış imzanın bir belgeye eklenmesi suretiyle ortaya çıkan dijital belgenin yazılı şekil şartını sağlamayacağını kabul etmektedir. Bu konuda bkz. Müller, BK-OR Art. 13, N. 95.

⁶⁰ Şenocak, s. 124.

imzanın dijital belgelere eklenmesi suretiyle oluşturulacak imzalı yeni belgeler arasındaki farkı ortaya koymanın oldukça zor olduğundan hareket etmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre adı yazılı şeklin anlam ve amacı dikkate alındığında bu iki seçenek arasında ayırım yapmayı gerektirecek haklı gerekçeler ortaya koyulamaz. Nitekim her iki halde de adı yazılı şeklin ispat fonksiyonu caridir. Öte yandan imzanın, yükümlülük altına giren kişiyi düşündürme ve uyarma fonksiyonu açısından da benzer bir yorum yapılabilir. Fizikî bir belgeyi el ile imzaladıktan sonra tarayarak hukukî işlem kurmaya çalışan kişi, bu işlem sonunda yükümlülük altına girebileceğinin farkındadır. Keza taranmış imzayı dijital belgelere ekleyerek imzalı dijital belge oluşturan kişi de yükümlülük altına girebileceğinin farkındadır. Bu yönüyle imzanın amacı her iki halde de tecelli etmiş olmaktadır. Schwenzer/Fountoulakis'in önderlik ettiği bu görüş nihai olarak tahrifata karşı yeterli korumanın sağlanması kaydıyla taranmış imzanın dijital belgelere koyulduğu hallerde adı yazılı şeklin sağlanacağı kanaatindedir. Mekanik yolla üretilen imzaların hukukî sonuç doğurması için örf ve adetin buna müsaade etmesi gereksinimi ise yazarlar tarafından faks teknolojisi bakımından kabul edilen esasların taranmış imzalar açısından da geçerli olabileceği gerekçesiyle çözüme kavuşturulmaktadır⁶¹.

II. DİJİTAL ORTAMDAKİ İMZALARA BAĞLI OLARAK ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR

Dokunmatik yüzeye atılan imzalarla ya da elle imzalanmış fizikî bir belgenin taranması suretiyle meydana getirilen dijital belgeler insanlara sağladığı kolaylıklar yanında birtakım riskleri de beraberinde getirmektedir. Dijital dünyadaki imzalarla meydana getirilen belgelerin muteber sayılıp sayılamayacağı hususunda bir sonunca varırken aşağıda detaylandırılacak rizikolar belirleyici rol oynayabilir. Dijital belgelerde söz konusu olabilecek rizikolar imzanın mahfuz olması gereken birtakım unsurların mevcut olmaması ve imzanın taklit edilmesi ya da kopyalanması suretiyle ortaya çıkabilir⁶². Bu tarz riskler imzaya atfedilen fonksiyonlarının hayata geçmesine engel olduğu ölçüde, dijital belgenin adı yazılı şekil şartını yerine getirdiğin-

⁶¹ Schwenzer/Fountoulakis, BSK-OR Art. 13, N. 14d.

⁶² Elektronik veri niteliğindeki dijital belgeler, usul hukuku açısından belge vasfını korumakla birlikte veriyi meydana getiren kişinin kimliğinin tespitindeki bazı zorluklar ve verinin sonradan değiştirilmiş olma rizikosunu ispat gücünü etkileyebilir. Dijital ortamdaki imzalar salt tahrifata ve kopyalamaya daha elverişli olmaları sebebiyle belge niteliğini yitirmez, fakat uyumsuzluğun ispatı noktasında ne kadar işlevsel olacakları kuşku uyandırır.

den söz edilemez. Ortaya çıkabilecek riskleri hafifletmek ya da ortadan kaldırmak adına birtakım tedbirler alınabilir. Çeşitli protokollerin kullanılması, tarama sürecinin nasıl işletileceğinin şeffaf bir şekilde belirlenmesi, tarama faaliyetinin olabildiğince erken yapılması, üçüncü kişilerin müdahale edemeyeceği kapalı sistemlerin tercih edilmesi, taranmış belgelerin bütünlüğünü zedeleyecek, sonradan bu belgeler üzerinde gerçekleştirilecek müdahalelere mâni olacak yöntemlerin devreye sokulması ya da tarama faaliyetinin bağımsız üçüncü bir kişiye yaptırılması alınabilecek önlemlere örnek teşkil etmektedir⁶³. Keza dijital ortamdaki belgeler, oluşturulduktan sonra üzerinde değişiklik yapılmamasını temin eden bir veri taşıyıcısında tutulursa, veri taşıyıcısına kaydedildiği tarihten itibaren belgenin bütünlüğünün korunmuş olduğu kabul edilebilir⁶⁴.

Dijital belgenin uygulama alanının genişlemesiyle birlikte ileri sürülecek itirazların temelde imzanın sahteliği veya taklidi iddiaları etrafında toplanacağı söylenebilir. Dijital belge üzerindeki imzanın belgeye erişen herkes tarafından kopyalanıp başka bir belge üzerine yapıştırılabilme ihtimali⁶⁵ göz önünde tutulacak olursa meselenin idraki daha da kolaylaşacaktır. Fakat böyle bir belgeyi elde etmeksizin, imza örneğinin tutulduğu veri taşıyıcısından ya da programdan siber saldırı yollarıyla imzaya erişilmesi, böylece imzanın ilk elden kullanılması da olasıdır. İkinci durumda imzası elde edilen kimse genellikle bu hadiseden, ancak imzanın daha sonra kullanılmasıyla haberdar olmaktadır. Dijital ortamlarda saklanan imzaların korunması noktasında dikkat edilmesi gereken en önemli husus, imzanın tutulduğu dosyaya erişim için güçlü şifreler oluşturulmasıdır. Zira doğrudan doğruya imza sahibiyle ya da onun yakın çevresiyle iletişime geçerek çeşitli manipülasyon araçları kullanılmakta, bu vesileyle kolay tahmin edilebilir şifreler öğrenilebilmekte ya da teknik imkânlar el verdiği ölçüde, özellikle olası bütün şifre kombinasyonları deneyecek programlar kullanılmaktadır⁶⁶. Güçlü ve tahmin

⁶³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Fässler**, Lukas: “Durchklick: Elektronische Aktenführung – Beweisführung mit eingescannten Dokumenten”, *Anwaltsrevue* 2014, s. 383 vd.; Ayrıca bkz. **Brändli**, Beat: “Verfahrens- und Gerichtsorganisationsrecht / Digitale Revolution und die einhergehende prozessuale Beweisproblematik”, *Recht im digitalen Zeitalter - Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen* (Hrsg. Lukas Gschwend, Peter Hettich, Markus Müller-Chen, Benjamin Schindler, Isabelle Wildhaber), Dike, 2015, s. 700.

⁶⁴ **Braun**, s. 32.

⁶⁵ **Keser Berber**, Leyla: ““İmzalıyorum O Halde Varım” Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2000/2, s. 537-538.

⁶⁶ **Wicki-Birchler/Dobec**, s. 285.

edilemez şifrelerin oluşturulması imza sahibini hem manipülasyona hem de programlara karşı daha fazla koruyacaktır.

Dijital belgede yer alan bir imzanın sahteliğine yönelik bir iddia ileri sürüldüğünde meselenin açıklığa kavuşturulması bilirkişi incelemesini gerekli kılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında imzalı bir belgede imza, sahibini tespit etmeye yarayacak çizgi kalitesi, basınç, el hareketlerinin yönü ve akışı gibi temel özellikleri muhtevi olmadığı takdirde imzada eksik bilgidен söz edileceğini kabul etmiştir^{67 68}. Orijinal olmayan bir belgede, özellikle el ile kâğıt üzerine imza atılmış bir belgenin taranmak suretiyle dijital şeklinin üretildiği hallerde Federal Mahkeme tarafından belirtilen bu unsurları tespit etmek olanağı oldukça kısıtlıdır. Uyuşmazlık esnasında yapılacak bilirkişi incelemeleri için belgenin dijital formunun yanında, orijinal şeklinin de bulunması gerekir. İnceleme, orijinal kâğıt belgede yer alan mürekkep, selüloz gibi maddelerin varlığına bağlıysa taranmış belge tek başına yeterli olmayacak, mukayese için orijinal belgenin varlığına ihtiyaç duyulacaktır⁶⁹. Orijinal belge herhangi bir şekilde yok olmuşsa, sağlıklı bir bilirkişi incelemesinin yapılacağı zemin de ortadan kalkmış olur. Bununla birlikte dijital teknolojilerin kendisine tanıdığı kolaylıklardan ve imkânlardan faydalanan kimse, dijital belgenin doğruluğuna ve bütünlüğüne yönelik itirazlar ileri sürülebileceğinin farkında olmalı, buna bağlı olarak ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlara katlanmalıdır⁷⁰.

Bu açıklamalardan sonra dijital ortamdaki belgelerde yer alan imzaların meydana getirebileceği başlıca riskleri; yeterli güvenlik önlemleri alınmadığı takdirde belgenin tahrif edilmesi, belgenin oluşturulma veya değiştirilme

⁶⁷ Bundesgericht, 9C_634/2014 (31.08.2015); Benzer yönde Ankara BAM, 22. HD., T. 28.11.2024, E. 2022/1835, K. 2024/1530 (Lexpera, Erişim Tarihi: 28.01.2025); Dijital belgelerde yer alan el yazısı suretindeki imzaların oluşturulma yöntemlerine yukarıda detaylarıyla değinilmiştir. Burada Federal Mahkeme tarafından imzada aranan bilgilerin doğrudan doğruya dijital ortamda oluşturulan belgeler açısından (dokunmatik yüzeye atılan imza) mevcut olabileceği, buna karşılık orijinal bir belgenin taranarak dijital ortama aktarıldığı hallerde bu bilgilerin kaybolabileceğini ya da tespit edilemeyeceğini vurgulamakla yetiniyoruz. Aynı yönde bkz. **Egli**, Urs: “Eingeschränkter Beweiswert digitalisierter Geschäftsunterlagen”, in: dRSK (30.03.2016), N. 5.

⁶⁸ Türk hukukunda Kıyak/Şensöz, imzada bulunması gereken bu unsurların eksikliği halinde ortaya çıkabilecek ispat problemlerini ortaya koymaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Kıyak/Şensöz**, s. 807-808; karşı. **Erturgut**, s. 61-62.

⁶⁹ **Fässler**, s. 385; Yargıtay uygulaması imza incelemesinin belgenin aslı üzerinden yapılması yönündedir. Bkz. Yarg. 19. HD., T. 9.2.2017, E. 2016/17270, K. 2017/950 (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.01.2025); Yarg. 19. HD., T. 18.09.2006, E. 2006/6590, K. 2006/8445 (Lexpera, Erişim Tarihi: 24.01.2025).

⁷⁰ **Egli**, N. 6.

zamanının tespit edilememesi, belgeyi algılanabilir bir forma dönüştüren teknolojilere muhtaç olunması ve kullanılan sistemlere göre belgenin farklı görünüm arz edebilmesi, uygun bir şekilde muhafaza edilmediği takdirde belgenin yok olması ve kurtarılamaması, ilave denetim yöntemleri kullanılmadığı takdirde gönderilen belgenin teslim alındığının belirlenememesi başlıkları altında toplamak mümkündür⁷¹.

Dokunmatik ekranlara atılan imzalarla meydana getirilen belgelerin adı yazılı şekil şartını yerine getirmesi noktasında maddî hukuk açısından teorik zemin bulunmakla birlikte ispat noktasında ortaya çıkabilecek sorunları bertaraf edebilmek için imzanın imza sahibinden sadır olduğunu ortaya koyacak bilgilerin bulunması gerekir. Bu bilgileri barındıran bir imzanın ispat açısından kâğıt üzerine atılan imzadan farkı yoktur⁷². Fakat hukukî işlemin dijitalleşmesiyle birlikte tarafların mekân yönünden birbirinden uzaklaşmaları, her bir tarafın kendine ait teknolojik cihazları kullanması manasına gelmekte, bunun doğrudan sonucu olarak imza sahibi kişinin imzaya itirazı neticesinde, karşı tarafın dayanabileceği deliller, özellikle imzaya ilişkin temel unsurlar yine imza sahibinin hâkimiyet sahasında kalmaktadır. Böyle bir durumda imzanın sıhhati ister istemez tartışma konusu olmaktadır.

El ile imzalanmış fizikî bir belgenin taratılması sonucunda oluşturulan dijital belgeler açısından da benzer bir değerlendirme yapmak mümkündür. Böyle bir durumda dijital belge üzerindeki imzanın taşınması gereken bilgilerin hepsini tespit etmek olanaklı değildir. Uyuşmazlık sırasında bilirkişi incelemesinde belirleyici rol oynayacak asıl belge yine imza sahibinin hâkimiyetinde ve takdirinde kalır. Asıl belgeyi elde edemeyen karşı taraf, imzanın sahteliğine ilişkin ileri sürülecek itiraz karşısında zayıf konumda kalır.

El ile atılmış bir imzanın taranarak dijital suretinin oluşturulması, daha sonra dijital belgelere taranan bu imzanın kopyala-yapıştır yöntemiyle eklenmesi suretiyle elde edilen dijital belgelerin ise ispat gücü yönünden en zayıf belgelerden birisi olduğu söylenebilir⁷³. Nitekim belgede yer alan imzanın herkes tarafından kopyalanması ve bu suretle yeni dijital belge oluşturulması imkân ve ihtimal dahilindedir. Kaldı ki taranmış imzanın eklendiği dijital belgelerde belgenin fizikî aslından söz etmek dahi mümkün değildir. Uyuşmazlığa bağlı olarak bilirkişi incelemesi yaptırılacak olursa, bilirkişi

⁷¹ **Furrer**, Andreas/**Wartmann**, Jeremias: “Beweisführung mit digitalen Daten”, Auf zu neuen Ufern! - Festschrift für Walter Fellmann (Hrsg. Karin Müller, Jörg Schwarz), Stämpfli, Bern 2021, s. 471 vd.

⁷² **Schwenzer/Fountoulakis**, N. 31.14; **William**, s. 86.

⁷³ **Erturgut**, s. 63.

incelemesinin istinat edeceği asıl belgenin olmaması pek çok durumda iddi-
anın ispat edilememesine yol açabilir.

SONUÇ

İnsanların hukukî işlemlerini yoğun bir biçimde dijital ortamlara kay-
dırma temayülü göz önünde tutulduğunda Türk Borçlar Kanunu'ndaki şekle
ilişkin düzenlemelerin çağın şartlarına uygun düşecek şekilde yeniden yo-
rumlanması gerekmektedir. Şekil serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak taraf-
lar şekil şartına tâbi olmayan bir sözleşmeyi diledikleri şekilde yapabilirler.
Böylece dijital teknolojiler vasıtasıyla oluşturdukları imzalı dijital belgeleri
sözleşmenin kurulması için yeterli görebilirler. Yükümlülük altına giren
tarafın el ile imza atmak zorunda olduğu adı yazılı şekilde, özellikle dokun-
matik ekranlara atılan imzalar ile elle imzalanmış fizikî belgenin taranması
suretiyle oluşturulan dijital belgeler şekil şartının sağlanması noktasında
elverişli olabilirler. Bilhassa imzada bulunması gereken, imza sahibine ait
karakteristik unsurların mevcut olması geleneksel anlamda kâğıt üzerine el
ile atılan imza ile dijital ortamdaki imzaları birbirine yakınlaştırmaktadır.
Fakat altını çizerek vurgulamak gerekir ki yalnızca pratik ihtiyaçlar, kanun
koyucunun el yazısı ile imzaya yüklediği anlamı bütünüyle değiştiremez.
İmzalı dijital belgelerin yazılı şekil şartını sağlayabilmesi için en azından el
ile atılan imzanın amaç ve işlevlerinin, dijital imza açısından da gerçekleş-
mesi beklenebilir. Daha önceden taranmış imzaların dijital ortamdaki belge-
lere eklenmesiyle meydana getirilen belgelerde ise TBK m. 15/II'nin tipik
bir uygulaması söz konusu olacağı için bunun örf ve adetçe kabul edilmediği
gerekçesiyle adı yazılı şekil şartının sağlanmadığı söylenebilir. Bu surette
meydana getirilen dijital belgeler ile elle imzalanmış fizikî belgelerin taran-
masıyla oluşturulan dijital belgeleri birbirinden ayırt etmek hususunda yaşa-
nacak zorluklar ise çelişkiler yaratmaktadır.

İnsan fitratı yeni bir olguyla karşılaştığında, içindeki muhafazakâr ruh
derhal harekete geçmekte ve yeniliklerle mücadele eden, onları yasaklamak
isteyen bir tutum takınmaktadır. Bahis mevzuu yenilikler idrak edilene, te-
ferruatı ortaya koyulana ve beraberinde getirdiği tehlikeler bertaraf edilene
kadar tercih edilebilecek en kolay yol da budur. Buna karşılık muhtemel
risklerin ortadan kaldırılmasına yönelik atılacak adımlar, örneğin imza atılan
dokunmatik ekrana sahip cihazların basınç, zaman, hareket akışı gibi el ha-
reketine ilişkin karakteristik bilgileri kaydetmesi; imzalı dijital belge oluşturu-
lduktan sonra dosyanın şifrelenmesi ya da müdahaleye karşı koruyucu
programlarla muhafaza edilmesi vb. yöntemlerin yaygınlaşması, meseleye
ilişkin önyargıların kırılmasını sağlayabilir.

KAYNAKÇA

- Acar**, Ayşe Ece: Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, 1. Bası, Onikilevha, İstanbul 2013.
- Altaş**, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin, Ankara 1998.
- Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Legal, İstanbul 2016.
- Atamer**, Yeşim M./**Furrer**, Andreas (Hrsg.): CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, 4. Aufl., Schulthess, Zürich 2023, (Kısaltma: Yazar, CHK-OR Art. ...).
- Başlar**, Yusuf: “Elektronik Delilin Toplanması ve Muhafazası”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Y. 2020, s. 77-107.
- Berger**, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Stämpfli, Bern 2018.
- Birincioğlu**, İsmail/**Kurtaş**, Ömer/**Çakır**, İsmail/**Turan**, Nurşen: “El Yazısı İncelemelerinde Fulaj Kavramı”, 6. Anadolu Adli Bilimler Kongresi (6-9 Eylül 2007) Manisa Sözel ve Poster Bildiriler Kitabı, Celal Bayar Üniversitesi Matbaası, Manisa 2007, s. 125-129.
- Birincioğlu**, İsmail/**Özkara**, Erdem: “Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı ve İmza Analizi ile Islak İmza Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, Y. 2010, s. 403-433.
- Blättler**, Manuel: “Alternativen zur qualifizierten elektronischen Signatur”, Digitaler Geschäftsverkehr (Hrsg. Dominic Wyss, Manuel Blättler), Stämpfli, Bern 2022, s. 103-116.
- Brändli**, Beat: “Verfahrens- und Gerichtsorganisationsrecht / Digitale Revolution und die einhergehende prozessuale Beweisproblematik”, Recht im digitalen Zeitalter - Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen (Hrsg. Lukas Gschwend, Peter Hettich, Markus Müller-Chen, Benjamin Schindler, Isabelle Wildhaber), Dike, 2015, s. 683-702.
- Braun**, Anna: “Die Wohnungsabgabe und das Abgabeprotokoll”, mietrechtspraxis (mp) 2020, s. 7-35.
- Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Schulthess, Zürich 1988.

- Cerutti, Romeo/Inderkum, Matthias:** “Rechtliche Aspekte des Digital Banking bei Vermögensverwaltungsverträgen”, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 112/2016, s. 31-35.
- Egli, Urs:** “Eingeschränkter Beweiswert digitalisierter Geschäftsunterlagen”, in: dRSK (30.03.2016).
- Erbayraktar, Burcu:** Güvenli Elektronik İmza, 1. Bası, Onikilevha, İstanbul 2016.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Bası, Legem, Ankara 2023.
- Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal:** Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I, Yetkin, Ankara 2022.
- Ergün, Mevci:** Sözleşmeler Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Legem, Ankara 2024.
- Erturgut, Mine:** Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Yetkin, Ankara 2004.
- Fässler, Lukas:** “Durchklick: Elektronische Aktenführung – Beweisführung mit eingescannten Dokumenten”, Anwaltsrevue 2014, s. 380-385.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976.
- Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus:** Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2018.
- Furrer, Andreas/Wartmann, Jeremias:** “Beweisführung mit digitalen Daten”, Auf zu neuen Ufern! - Festschrift für Walter Fellmann (Hrsg. Karin Müller, Jörg Schwarz), Stämpfli, Bern 2021, s. 467-490.
- Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 11. Aufl., Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2020.
- Gericke, Dieter/Ivanovic, Tanja:** “Genügen PDF-Dateien dem Schriftformerfordernis?”, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 113/2017, s. 335-341.
- Gümüş, Mustafa Alper:** Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin, Ankara 2021.
- Higi, Peter/Bühlmann, Anton/Wildisen, Christoph (Hrsg.):** Zürcher Kommentar – Die Miete (Art. 266-268b OR), 5. Aufl., Schulthess, Zürich 2020, (Kısaltma: Yazar, ZK-OR Art. ...).

- Honsell**, Heinrich (Hrsg.): Kurzkomentar Obligationenrecht, 1. Aufl., Helbing Lichtenhahn, Basel 2014, (Kısaltma: Yazar, KUKO-OR Art. ...).
- Huguenin**, Claire: Obligationenrecht, 3. Aufl., Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2019.
- Hürlimann**, Daniel: Zur Rechtskraft der Unterschrift auf einem Touchscreen (Gutachten von Ass.-Prof. Dr. iur. Daniel Hürlimann im Auftrag der Kantonspolizei Zürich), St. Gallen 2016.
- Keser Berber**, Leyla: ““İmzalıyorum O Halde Varım” Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2000/2, s. 503-556, (Kısaltma: Keser Berber, İmzalıyorum).
- Kıyak**, Emre/Şensöz, Ahmet: “Autopenle veya Dijital Ekranı Atılan İmza ile Elle Atılan İmzanın Karşılaştırılması”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 2, Y. 2021, s. 791-838.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt, 7. Bası, Filiz, İstanbul 2017.
- Kren Kostkiewicz**, Jolanta/**Wolf**, Stephan/**Amstutz**, Marc/**Fankhauser** Roland (Hrsg.): OR Kommentar, 4. Aufl., Orell Füssli, Zürich 2022, (Kısaltma: Yazar, OFK-OR Art. ...).
- Kurşat**, Zekeriya: “Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasının Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXV, S. 1, Y. 2017, s. 413-430.
- Lienhard**, Andreas: “Arbeitsrechtliche Herausforderungen in Krisen”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2020, s. 1264-1275.
- Meier-Hayoz**, Arthur (Hrsg.): Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Stämpfli, Bern 1986, (Kısaltma: Yazar, BK-OR Art. ...).
- Müller**, Christoph (Hrsg.): Berner Kommentar, Art. 1-18 OR. Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli, Bern 2018, (Kısaltma: Yazar, BernK-OR Art. ...).
- Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 16. Bası, Vedat, İstanbul 2018.
- Probst**, Thomas: “Digitalisierung und Vertragsrecht - Probleme des Schutzes der Privatsphäre aus vertragsrechtlicher Sicht”,

Digitalisierung und Schutz der Privatsphäre (Hrsg. Astrid Epiney, Déborah Sangsue), Schulthess, Zürich 2018, s. 41-76.

Sağlam, İpek: Elektronik Sözleşmeler, Legal, İstanbul 2007.

Schwenzer, Ingeborg/**Fountoulakis**, Christiana: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Stämpfli, Bern 2020.

Şenocak, Zarife: “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, Y. 2001, s. 97-135.

Şimşek, Merve Melis/**Özcan**, Tuğba/**Ergun**, Tamer/**Çelik**, Vural: “Elektronik İmza Seviyeleri”, Bilgi Yönetimi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2019, s. 136-144.

Tekinay, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Alttop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz, İstanbul 1993.

Wicki-Birchler, David/**Dobec**, Marko: “Unterschreiben von Verträgen im digitalen Raum”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2023, s. 278-285.

Widmer-Lüchinger, Corinne/**Oser**, David (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529), 7. Aufl., Helbing Lichtenhahn, Basel 2020, (Kısaltma: Yazar, BSK-OR Art. ...).

William, Oliver D.: “Digitalisierung im Versicherungsvertragsrecht”, Haftung und Versicherung (HAVE) 2019, s. 83-89.

İnternet Kaynakları

Akıncı, Derya: Rezistif ve Kapasitif Ekran Arasındaki Fark, REZİSTİF VE KAPASİTİF EKRAN ARASINDAKİ FARK (icc.com.tr).

DPI Nedir ve Neden Bilinmesi Gerekir? (bidolubaski.com).

Keser Berber, Leyla: “Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki Yazılı Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İmza Açısından Yeri”, Biyometrik İmza (bilgi.edu.tr), (Kısaltma: Keser Berber, Biyometrik İmza).

MS Outlook’ta kalıcı olarak silinmiş bir e-posta nasıl kurtarılır - Outlooktransfer.com.

Özkaya, Emre: Teknolojik Karşılaştırma: Kapasitif ve Rezistif Dokunmatik Ekranlar, Teknolojik Karşılaştırma : Kapasitif ve Rezistif Dokunmatik Ekranlar (icc.com.tr).

Rezistif ve kapasitif ekran arasındaki fark - CHIP Online.

ZARURET HALİ GÖRÜŞÜ BAKIMINDAN GÜNEY KIBRIS RUM YÖNETİMİ'NİN AVRUPA BİRLİĞİ ÜYELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1648586>

Dr. Tayfur YUMUŞAK*

Öz

Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatıyla GKRY'nin AB'ye üyelik başvurusu yapması, beraberinde birçok hukuki itirazı da getirmiştir. Zira Kurucu Andlaşmalara dayanan Kıbrıs Cumhuriyeti, Kıbrıslı Türkler ile Rumların devlet yönetimine belirli oranda katılımı ile yürüyen bir ortaklık cumhuriyeti olarak tasarlanmıştır. 1960 yılında kurulan bu devlet, 1963 yılında başlayan Rum merkezli şiddet olayları nedeniyle sarsıntıya uğramıştır. Bu olaylar neticesinde Kıbrıslı Türkler devlet organlarındaki ve kamu idarelerindeki görevlerinden dışlanmış, yok sayılmışlardır. Kıbrıslı Rumlar kendi başlarına Kıbrıs'ın tamamını yönetmek istemiş, bu kapsamda zaruret hali görüşünü hukuki dayanak olarak ileri sürmüşlerdir. Bu gerekçe AB tarafından kabul görmüş, GKRY'nin Birliğe üyelik başvurusu kabul edilmiştir. Ancak zaruret halinin şartları oluşmamıştır, dolayısıyla GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB'ye üyelik başvurusu yapma ehliyeti bulunmamaktadır. Bugün bu konu AB'nin, GKRY üyeliği üzerinden Doğu Akdeniz deniz yetki alanlarında söz sahibi olmak istemesinden ötürü tekrar gündeme gelmiştir. Şu halde, GKRY'nin zaruret hali görüşüne dayanan AB üyeliği sürecinin, hukuki dayanaktan yoksun olduğunun uluslararası kamuoyuna tekrardan açıklanması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

GKRY, AB'ye Üyelik Başvurusu Süreci, Zaruret Hali, Kurucu Andlaşmaların İhlali, Hukuki İtirazlar

* Avukat, Ankara 2 Nolu Baro, Ankara (tayfur.yumusak@hotmail.com) ORCID: 0000-0002-7901-5090 (Gönderim Tarihi: 28.02.2025-Kabul Tarihi: 14.05.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**EVALUATION OF THE EUROPEAN UNION MEMBERSHIP OF
THE GREEK CYPRIOT ADMINISTRATION OF SOUTHERN
CYPRUS FROM THE PERSPECTIVE OF STATE OF NECESSITY**

(Research Article)

Abstract

The application of the GCASC to the EU as the Republic of Cyprus has brought with it many legal objections. Because the Republic of Cyprus, based on the Founding Treaties, was designed as a partnership republic with a certain level of participation of Turkish Cypriots and Greek Cypriots in state administration. This state, which was established in 1960, was shaken by the violent incidents centered on the Greek Cypriots that started in 1963. As a result of these incidents, Turkish Cypriots were excluded from their duties in state bodies and public administrations and were ignored. The Greek Cypriots wanted to govern the whole of Cyprus on their own and in this context, they put forward the idea of a state of necessity as a legal basis. This justification was accepted by the EU and the application of the GCASC to the Union was accepted. However, the conditions of a state of necessity were not met, therefore the GCASC does not have the authority to apply for EU membership on behalf of the Republic of Cyprus. Today, this issue has come to the agenda again because the EU wants to have a say in the maritime jurisdiction areas of the Eastern Mediterranean through the membership of GCASC. In this case, it should be explained to the international community once again that the EU membership process of the GCASC, which is based on the view of state of necessity, lacks a legal basis.

Keywords

GCASC, The Process of Membership to the EU, State of Necessity, Violation of the Founding Treaties, Legal Objections

GİRİŞ

Türkiye, Yunanistan ve İngiltere arasında varılan mutabakat neticesinde Kurucu Andlaşmalar akdedilmiştir. Kurucu Andlaşmalar'dan kastedilen “Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kurucu Andlaşması”, “Garanti Andlaşması”, “İttifak Andlaşması” (buraya kadar sayılanlar Zürih Andlaşması olarak da anılmaktadır) ve “Londra Andlaşması”dır¹. Kurucu Andlaşmaların çizdiği çerçeveye uygun olarak 16 Ağustos 1960 tarihinde Kıbrıs Cumhuriyeti devleti tarih sahnesine atılmıştır. Bu devlet ile Kıbrıslı Türk ve Rum toplumları arasında dengeye dayalı bir düzen oluşturulmuştur². Devlet organlarına ve kamu idarelerine iki toplum bakımından belirli oranlarda katılım sağlanması kararlaştırılmış, bu şekliyle ortaklık cumhuriyeti kurulmuştur³.

1960 yılında kurulan iki toplumlu denge düzeni, 30 Kasım 1963 tarihinde Kıbrıslı Rumların Anayasa'yı değiştirme talepleri ile bozulmuştur⁴. Değişiklik taleplerinin özü Kıbrıslı Türkleri devlet organlarından ve kamu idarelerinden atma ve Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olma amaçlarını içermektedir. Doğal olarak bu talepler Kıbrıslı Türkler tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine Kıbrıslı Rumlar, Kurucu Andlaşmaların geçersiz olduklarını ileri sürmüştür⁵. Ardından Adada şiddet hareketlerine girişmiş, Türklere karşı yok etme eylemlerini başlatmışlardır⁶. Bu tedhiş ortamında Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı, yürütmedeki Türk Bakanlar, yasadaki Türk milletvekilleri, yargıdaki Türk yargıçlar ile kamu idarelerindeki Türk memurlar görevlerine gidemez hale gelmişlerdir⁷. Bunun neticesinde Kıbrıslı Rumlar Anayasa'yı tek taraflı ve Anayasa'da belirtilen usullere ay-

¹ Bu Andlaşmalar 1959-1960 Andlaşmaları olarak da anılmaktadırlar, doktrinden açıklamalar için bkz. **Arsava**, Fusun: “Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Siyasi Bilimler Fakültesi, C. 51, S. 1, 1996, s. 43.

² **Özersay**, Kudret: Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme, Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, Ankara 2009, s. 33-49.

³ **Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kurucu Andlaşması**, m. 1-16, kaynak için bkz. “Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Temel Yapısı,” T.C. Dışişleri Bakanlığı, https://www.mfa.gov.tr/kibris-cumhuriyetinin-temel-yapisi-_zurih_11-subat-1959_.tr.mfa, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

⁴ **Arsava**, s. 45.

⁵ **Keessing's Contemporary Archives**: 1963-1964 Vol 15, Keessing's Publication Limited, London 1964, s. 20115; Ayrıca bkz **Ehrlich**, Thomas: International Crises and the Role of Law; Cyprus, 1958-1967, Oxford University Press, Oxford 1974, s. 50; **Özersay**, s. 64.

⁶ **Pazarıcı**, Hüseyin: Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, Turhan Kitapevi, 2015, s. 171.

⁷ **Vatansever**, Müge: “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, 2010, s. 1512.

kırı olarak değiştirmiş, bu değişikliği zaruret hali görüşü kapsamında yaptıklarını açıklamışlardır⁸.

Zaruret hali istisnai bir durumdur. Buna göre bir devletin varlık koşullarını tehdit eden, olağan düzen içerisinde aşılamayan bazı olağanüstü olaylar meydana gelmişse, olağanüstü tedbirler alınabilir, tehlike anı geçene kadar anayasal düzen dışına çıkılabilir⁹. Bu tedbirleri alan devletin uluslararası sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak Kıbrıs sorunu kapsamında zaruret halinin şartları oluşmamıştır¹⁰. Buna rağmen Kıbrıslı Rumlar, içinde Türklerin bulunmadığı bir yönetim ile Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak hareket etmeye başlamışlardır. Buna gerekçe olarak sunulan zaruret hali görüşü, Avrupa Birliği (AB) tarafından da kabul görmüştür. Bu kapsamda Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY), 4 Temmuz 1990 tarihinde Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi sıfatıyla AB'ye üyelik başvurusunda bulunmuştur¹¹. Bu müracaat AB Komisyonu'nun 30 Haziran 1993 tarihli görüşü ile "kabul edilebilir" bulunmuştur¹². 12 Aralık 1997 tarihli Lüksemburg Zirvesi ile müzakereler aşamasına geçilmiş, bu aşamanın tamamlanmasının ardından GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB'ye üye olarak kabulüne karar verilmiş, GKRY 1 Mayıs 2004 tarihinden itibaren AB üyesi olmuştur¹³.

⁸ **Pazarcı**, s. 171.

⁹ **Trimikliniotis**, Nicos/**Demetriou**, Corina: Legal Framework In The Republic of Cyprus, Displacement in Cyprus Consequences of Civil and Military Strife Report 3, Peace Research Institute, Norway 2012, s. 30.

¹⁰ Zaruret haline ilişkin şartlar 2001 tarihli "Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletlerin Sorumluluğu" adlı Taslak'ta yer almaktadır, kaynak için bkz. **United Nations**: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), m. 33, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2025); Doktrindeki açıklamalar için bkz. **Stavsky**, Mark M.: "The Doctrine of State Necessity in Pakistan", CILJ, C. 16, S. 2, 1983, s. 358; **Necatigil**, M. Zaim: The Cyprus Question and Turkish Position in International Law, Oxford University Press, Oxford 1989, s. 56; **Özersay(a)**, Kudret: "The Excuse of State Necessity And Its Implications on the Cyprus Conflict", Perceptions, C. 9, S. 4, 2005, s. 70.

¹¹ **Topur**, Tuncer: Dünya ve Türkiye-AB-Kıbrıs Üçgeni, Yeni Türkiye Yayınları, 2002, s. 371.

¹² **European Commission**: "Res 93/5 (30 June 1993)", https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/doc_93_5, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹³ GKRY tek ve yasal temsilci sıfatı ile Kıbrıs Cumhuriyeti adına Avrupa Birliği ile Katılım Andlaşması imzalamış, bu Andlaşma Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde (L 236, 23.09.2003) yayımlanmıştır, bkz. **Eur-Lex**: "Katılım Andlaşması", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12003T/TTE>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

GKRY'nin AB üyeliğinin uzun zaman sonra tekrar gündeme gelmesi, Doğu Akdeniz deniz yetki alanları nedeniyle söz konusu olmuştur. Zira AB, GKRY'nin üyeliği sayesinde Doğu Akdeniz'deki doğal gaz alanları üzerinde hak iddia etmekte, bu durum Türkiye ile AB'yi karşı karşıya getirmektedir¹⁴. Şu halde Türk tarafı görüşlerini oluştururken ilk olarak GKRY'nin AB üyeliğine ilişkin başvuru sürecinin hukuki dayanaktan yoksun olduğuna dair argümanları ortaya koymalıdır.

Bu makalede GKRY tarafından Kıbrıs Cumhuriyeti adına yapılan üyelik başvurusunun zaruret hali görüşü bakımından tartışması yapılmıştır. Bu kapsamda GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak AB'ye yaptığı başvuruya, bu başvurunun dayandığı zaruret hali görüşüne ilişkin tartışmalara, Türk ve Rum taraflarının ileri sürdükleri hukuki görüşlere, bu görüşler içerisinde zaruret haline ne şekilde yer verildiğine ve nihayetinde AB'nin yaklaşımına ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

I. GKRY'NİN AB'YE ÜYELİK BAŞVURUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti Adına Başvuru Yapması

Kıbrıs Cumhuriyeti ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasındaki ilk ilişki, 1962 yılına dayanmaktadır¹⁵. 1962 yılında Kıbrıs Cumhuriyeti adına or-

¹⁴ **Yumuşak**, Tayfur: "Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması Sorunu", Terazi Hukuk Dergisi, C. 16, S. 174, 2021, s. 337; **Hava**, Hüseyin Tamer: "Doğu Akdeniz'deki Doğal Gaz Rezervlerinin Ekonomik ve Güvenlik Boyutuyla Türkiye Açısından Değerlendirmesi", Güvenlik Stratejileri, C. 16, S. 35, 2020, s. 675; **Topçu**, Mert Can: "Doğu Akdeniz'in Enerji Jeopolitiği ve Deniz Yetki Uyuşmazlıkları Çerçevesinde Türkiye - GKRY Anlaşmazlıkları", Uluslararası İlişkiler ve Politika Dergisi, C. 1, S. 1, 2021, s. 50; **Mat**, T. Y./**Köse**, M. A./**Armağan**, M. İ.: "Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Doğu Akdeniz Meselesine İlişkin Güncel Siyasi Gelişmeler ve Meselenin Uluslararası Hukuk Boyutu", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 79, S. 3, 2021, s. 1085; **Şafak**, Erdi: "Doğu Akdeniz'de Enerji, Değişen Dengeler", Yakın Doğu Enstitüsü, Rapor 2, 2019, 2019, s. 29; **Özgen**, Cenk: "Doğu Akdeniz'de Enerji Güvenliğine Yönelik Bir Girişim: Akdeniz Kalkanı Harekâtı", Akademik Ortadoğu, C. 8, S. 1, 2013, s. 104; **Kedikli**, Umut/**Deniz**, Taşkın: "Enerji Kaynakları Mücadelesinde Doğu Akdeniz Havzası ve Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı", Alternatif Politika, C. 7, S. 3, 2015, s. 400; **Yaycı**, Cihat: "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye", Bilgi Stratejileri, C. 4, S. 6, 2012, s. 2.

¹⁵ Cümle içerisinde yer alan Avrupa Toplulukları, AB'nin geçirdiği sürece ve bunun neticesi olarak isim değişikliğine işaret etmektedir, bkz. **Bayram**, Mehmet Hanifi: Avrupa Birliği Hukuku Dersleri, Seçkin, Ankara 2022, s. 40; **Kaya**, Ferat: Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Avrupa Birliği'ne Üyeliği ve Kıbrıs Sorunu, Ufuk Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 36.

tak üyelik başvurusu yapılmıştır. Bu dönemde Kıbrıs Cumhuriyeti, Kurucu Andlaşmaların çizdiği sınırlar içerisinde varlığını sürdüren iki toplumlu bir ortaklık cumhuriyeti idi¹⁶. İki toplum arasındaki denge 1963 yılının sonlarına doğru Kıbrıslı Rumların anayasayı değiştirme talepleri ve ardından ortaya çıkan Rum terörü nedeniyle bozulmuştur¹⁷. Bu tarihten sonra Kıbrıslı Türkler, Cumhurbaşkanı Yardımcılığı, bakanlık, milletvekilliği görevlerinden ve kamu idaresindeki memurluklardan alıkonulmuş, Kıbrıslı Rumlar devletin tek ve yasal temsilcisi oldukları iddiasını ortaya atmışlardır¹⁸. Zaruret hali görüşü ile ifade edilen bu yönetim anlayışı 1963 yılından günümüze kadar devam etmektedir¹⁹.

GKRY tek ve yasal temsilci sıfatıyla Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB ile ilişkilerini sürdürmek ve tam üyelik hedefine ulaşmak istemiştir. Doktrinde, GKRY'nin AB'ye üyelik amacının şu gerekçelere dayandığı ileri sürülmüştür²⁰: **i-)** Önemli bir siyasi ve ekonomik güç olan AB ile yakınlaşarak Türkiye'nin Kıbrıs üzerindeki haklarını azaltmak. **ii-)** Tam üyelik statüsüne eriştiğinde AB üyesinin topraklarının Türkiye tarafından işgal edildiği tezini güçlendirmek. Bu amaçlanan ile GKRY Türkiye'ye karşı AB'yi arkasına almak istemiştir. **iii-)** 1 Ocak 1981 tarihinde Yunanistan AB'ye tam üye olmuştur²¹. Bu gelişmenin ardından GKRY de tam üyelik statüsüne erişip AB içerisinde Türkiye'ye karşı iki oy hakkına sahip olmak istemiştir. **iv-)** GKRY tarafından savunulan zaruret hali görüşünü meşru bir zemine taşımak. GKRY, AB'ye tam üye olması halinde Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilci-

¹⁶ **Mor**, Hasan: "Kıbrıs Sorununun Türkiye - AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, s. 988.

¹⁷ **Hacıbekiroğlu**, Zübeyde: Kıbrıs Sorunu ve Tarafların Tutumu, İstanbul Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1995, s. 14.

¹⁸ **Toluner**, Sevin: Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004, s. 199.

¹⁹ **Pazarıcı**, s. 171.

²⁰ **Hatip**, Emine: Kıbrıs Sorununda Avrupa Birliği'nin Rolü (1990-2004), Atılım Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 44; **Özarslan**, Bahadır Bumin: Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku Açısından Kıbrıs Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 79; **Bozkurt**, Enver/**Demirel**, Hava: Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği Kapsamında Kıbrıs Sorunu, Nobel, 2004, s. 203; **Akbayrak**, Duygu: Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Avrupa Birliğine Üyelik Süreci ve Türkiye Avrupa Birliği İlişkilerinde Kıbrıs Sorunu, Ufuk Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 32.

²¹ Yunanistan ile AB arasında Katılım Andlaşması imzalanmış, bu Andlaşma, 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir, bkz **Eur-Lex**: "Katılım Andlaşması", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A11979H%2FTXT>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

si olarak kabul görecektir, bu şekliyle zaruret hali görüşü meşruiyet zeminini artırmış olacaktır. **vi-)** Kurucu Andlaşmaların etkisiz kılınarak bu Andlaşmalar ile Kıbrıslı Türkler lehine kurulan denge düzenini ortadan kaldırmak. Bu amaçlanan ile Enosis'i gerçekleştirme hayali söz konusudur²².

Bu başlık altındaki ilk paragrafta ifade edildiği üzere AB ile Kıbrıs Cumhuriyeti arasında ilk ilişki 1962 yılında meydana gelmiştir. Ancak yukarıdaki gelişmeler dikkate alındığında “Kıbrıs Cumhuriyeti” ifadesinde kastedilen Kurucu Andlaşmalara dayanan, Kıbrıslı Türk ve Rum toplumları tarafından idare edilen, iki toplumlu bir ortaklık cumhuriyetidir. Bu ortaklık cumhuriyeti 30 Kasım 1963 tarihinde Kıbrıslı Rumlar'ın Kıbrıslı Türkleri devlet organları ile kamu idarelerindeki görevlerinden uzaklaştırmaları ile sarsılmış, Kıbrıslı Rumlar zaruret hali görüşüne dayanarak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olduklarını iddia etmişlerdir. Bu kapsamda AB ile ilişkileri Kıbrıslı Rumlardan teşekkül eden GKRY yürütmüştür. Kıbrıs Cumhuriyeti ile GKRY arasındaki farkı ortaya koyduktan sonra bundan sonra AB ile ilişkiler bakımından GKRY ifadesinin kullanılacağı ifade edilmelidir.

AB, GKRY ile görüşmeleri 70'li yıllara kadar ertelemiş ancak 1972 yılının başlarında görüşmeleri başlatmıştır²³. Görüşmeler neticesinde Roma Andlaşması m. 238 uyarınca 19 Aralık 1972 tarihinde Avrupa Ekonomik Topluluğu GKRY ile bir Andlaşma imzalamış, Andlaşma 1 Ocak 1973'te yürürlüğe girmiştir²⁴. Andlaşma'nın içeriğinde yalnızca gümrük birliğine yer verilmiş, iki aşamalı gümrük birliğinin kurulacağından bahsedilmiştir²⁵.

²² Enosis, Yunanca kökenli bir kelime olup “birleşme” anlamına gelir. Kıbrıslı Rumların, Kıbrıs Adası'nı Yunanistan ile birleştirme arzusunu ifade etmektedir. Bu fikir, özellikle 19. ve 20. yüzyıllarda Kıbrıs'taki Rumlar arasında yaygın bir milliyetçi hedef olmuş ve bu bağlamda İngiliz yönetimine ve daha sonra Türk tarafına karşı çeşitli siyasi ve askeri hareketler doğurmuştur. 1950'lerde EOKA adlı terör örgütü, Enosis amacıyla silahlı mücadele başlatmıştır, açıklamalar için bkz. **Pazarcı**, s. 171; **Vatansever**, s. 1496.

²³ Ertelemenin temel nedeni siyasi nedenlere dayanmaktadır. Fransa, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin garantör devletlerinden İngiltere'nin tam üyelik başvurusu veto etmiş, bu nedenle GKRY'nin üyelik başvurusu 1970'li yıllara kadar bekletilmiştir, açıklamalar için bkz. **Kaya**, s. 41.

²⁴ **Mor**, s. 988.

²⁵ Bu Andlaşma bir ortaklık andlaşmasıdır. 1962 yılında Kıbrıs Cumhuriyeti tarafından yapılan başvuru ortak üyelik üzerineyken 19 Aralık 1972 tarihli andlaşma, ortaklık andlaşmasıdır. Ortak üyelik ile ortaklık andlaşmasının birbirinden farklı olduğu ifade edilmelidir. AB ile ortaklık andlaşması, AB (veya öncülü olan Avrupa Ekonomik Topluluğu - AET) ile bir devlet arasında imzalanan ve o devletin AB ile ekonomik, siyasi ve hukuki iş birliğini geliştirmesini öngören resmi bir andlaşmadır. Bu tür andlaşmalar ge-

Kıbrıslı Türkler bu gelişmelere karşı itirazda bulunmuşlardır. Kıbrıslı Türklere göre akdedilen Andlaşma 1960 Kıbrıs Anayasası'na aykırı olup geçerli kabul edilemez²⁶. Anayasa'ya göre Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı'nın veto yetkisinin bulunduğu bir konuda ve bu kişinin yokluğunda andlaşma akdedilemez²⁷. Ayrıca Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kurucu Andlaşması'na göre Kıbrıslı Rumlar tek başlarına Kıbrıs Cumhuriyeti'ni temsil edemezler²⁸.

Kıbrıslı Türklerin bu haklı itirazlarına rağmen GKRY ile AB arasındaki ilişkiler olumlu yönde artarak devam etmiştir. Bu kapsamda 19 Aralık 1972 tarihinde imzalanan Andlaşma'nın ikinci aşaması olarak 19 Ekim 1987 tarihinde "Gümrük Birliği Andlaşması" imzalanmıştır. Bu şekliyle GKRY ile Avrupa Toplulukları arasında gümrük birliği kurulmuştur²⁹. Andlaşma'nın akdedilmesinde ve genel olarak GKRY- AB ilişkilerinin olumlu ilerlemesinde 1 Ocak 1981 tarihinde AB'ye tam üye olan Yunanistan'ın katkısının bulunduğu ifade edilmelidir³⁰.

Gümrük birliğinin sağlanmasından sonra GKRY 4 Temmuz 1990 tarihinde tam üyelik için AB'ye başvurmuştur³¹. Başvuru Konsey tarafından

nellikle bir ülkenin AB üyeliğine hazırlık sürecini başlatan ilk adımdır. Ancak bu zorunlu değildir. Bazı durumlarda tam üyelik dışında kalıcı bir ortaklık andlaşması da yapılabilir. Bu yönde açıklamalar için bkz. **Begaj**, Jonida: "AB'ye Katılımı Hazırlayan Ortaklık Anlaşmalarının Tarihi ve Siyasi Süreç Kapsamında Şekillenmesi ve AB Üyeliği Üzerindeki Etkisi", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 29.

²⁶ **Kıbrıs Anayasası**, m. 50, bkz. Kıbrıs Anayasası: <https://mevzuat.gov.ct.tr/Portals/48/KIBRIS%20CUMHURİYETİ%20ANAYASASI%201960.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

²⁷ "Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı; Bakanlar Kurulu kararı, dışişleri, ulusal savunma veya güvenlikle ilgiliyse, bu karara karşı 4 gün içinde veto kullanma hakkına sahiptir (md. 57/3). 50. md.'de (50/1, a), Yunanistan ve Türkiye'nin ikisinin birden katıldığı uluslararası kuruluşlar ve ittifak antlaşmalarına Cumhuriyet'in katılması konusu, "dışişleri" teriminin kapsamı dışında tutulduğundan, a contrario yorumla, her iki devletin ikisinin de katılmadığı kuruluş ve andlaşmalara Cumhuriyet'in katılması konusu, bu terimin kapsamına girmektedir. Bu nedenle, Cumhurbaşkanı Yardımcısının, gerek Temsilciler Meclisi, gerekse Bakanlar Kurulu'nun her iki devletin de birlikte katılmadığı bu türden örgütlenmelere, Cumhuriyet'in girişi konusunda alacakları kararlara karşı veto hakkı bulunmaktadır", bkz. **Özersay**, s. 41; ayrıca bkz. **Toluner**, s. 213.

²⁸ **Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kurucu Andlaşması**, m. 5.

²⁹ Cümle içerisinde yer alan Avrupa Toplulukları, AB'nin o dönemki adını ifade etmektedir, açıklamalar için bkz. **Bayram**, s. 40; **Kaya**, s. 36.

³⁰ **Eur-Lex**: "Katılım Andlaşması", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A11979H%2FTXT>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

³¹ **Toluner(a)**, Sevin: "Kıbrıs'ın Avrupa Birliğine Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği Üzerine", MHVMÖHB, C. 22, S. 2, 2002, s. 858; **Günar**, Altuğ: "Güney Kıbrıs Rum

Komisyon'a gönderilmiş³², Komisyon 30 Haziran 1993 tarihinde verdiği görüşü ile GKRY'nin üyeliğini olumlu karşılamıştır³³. Komisyon görüşünün içeriğinde; “Kıbrıs'ın coğrafi konumu; 2000 yıldan beri Avrupa kültürünün ve uygarlığının bir parçası olmasını sağlayan derin tarihi bağları; Kıbrıs halkı tarafından paylaşılan değerlerdeki ve Kıbrıs halkının kültürel, siyasi, ekonomik ve sosyal hayatına yansıyan tavırlarındaki Avrupai etkinin yoğunluğu; Avrupa Birliği ile olan her türlü ilişkisinin değeri; Kıbrıs'a, bütün şüphelerden uzak bir şekilde, Avrupai bir kimlik ve karakter bahşeder ve Birliğe olan bağlılığını ortaya koyar. Bunun dışında Komisyon, Kıbrıs Rum tarafının üyeliğinin, her iki toplumu daha güvenli ve daha müreffeh kılacağına, her iki toplumu birbirine daha da yakınlaştıracığına inanmaktadır. Komisyon, Kıbrıs Rum tarafının Birliğe katılmasının, Kıbrıs sorununa dengeli, barışçı ve sonuç getirici bir çözüm bulmaya da imkân sağlayacağını düşünmektedir” açıklamalarına yer vermiştir³⁴.

Komisyon'un olumlu görüşü AB'nin diğer kurumlarının kararlarına da yansımıştır. Bu kapsamda AB Konseyi, Komisyon'un olumlu görüşünü onaylamıştır. İlk olarak 4 Ekim 1993 tarihinde toplanan AB Genel İşler Konseyi bu konuda onay kararı vermiş, ardından bu karar AB Konseyi'nin Korfu Zirvesi esnasında teyit edilmiştir³⁵. Bir diğer kurum olan AB Parlamentosu da GKRY'nin üyelik başvurusuna ilişkin 12 Temmuz 1995 tarihli rızasını açıklamıştır³⁶. Rıza açıklamasında GKRY tarafından Kıbrıs Cumhuriyeti adına yapılan başvurunun Adada var olan sorunlara ilişkin barışçı çözüm getireceği ve Türk-Rum toplumlarına olumlu neticeler kazandıracağı vurgulanmıştır³⁷.

GKRY'nin aday ülke statüsüne erişmesinden sonra müzakereler aşaması Lüksemburg'da düzenlenen Zirve'de ele alınmış, Konsey buna ilişkin

Yönetimi'nin (Kıbrıs Cumhuriyeti'nin) Avrupa Birliği Üyeliğinin Kıbrıs Sorununa Etkisi”, Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları S. 37, 2020, s. 103.

³² Avery, Graham/Cameron, Fraser: The Enlargement of the European Union, Sheffield Academic Press, 1999, s. 24.

³³ European Commission: “Res 93/5 (30 June 1993)”.

³⁴ European Commission: “Res 93/5 (30 June 1993)”.

³⁵ European Council: “Corfu Summit Presidency Conclusions (24-25 June 1994), https://www.europarl.europa.eu/summits/cor1_en.htm, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

³⁶ European Parliament: “Resolution on Cyprus's Application for Membership of the European Union, (12 July 1995)”, <https://www.statewatch.org/media/documents/e-library/1995-res-057.pdf>, s. 1-2, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

³⁷ Doktrinden açıklamalar için bkz. Özersay(b), Kudret: Kıbrıs Konusu, içinde Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşı'ndan Bugüne Olgular, Belgeler Yorumlar, Ed. Baskın Oran, İletişim Yayınları 2013, s. 141.

olumlu görüşünü açıklamıştır³⁸. Aynı görüş içerisinde 30 Mart 1998 tarihinde GKRY'nin katılım sürecinin başlaması kararlaştırılmıştır³⁹.

Sırasıyla Komisyon'un olumlu görüşü, Parlamento'nun rızası ve nihayetinde Konsey'in onayı içerisinde Kıbrıs'ta meydana gelen Rum merkezli şiddet olaylarına, Kurucu Andlaşmalara aykırı şekilde yapılan Anayasa değişikliğine ve Kıbrıslı Türklerin devlet organları ile kamu idarelerindeki görevlerinden uzaklaştırılmalarına değinilmemiştir. Daha doğrusu AB kurumları bu konulara girmekten kaçınmıştır. Bu şekliyle AB, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak GKRY'yi tanıdığını göstermiştir⁴⁰. Bir başka ifade ile AB, GKRY tarafından savunulan zaruret hali görüşünü kabul etmiştir⁴¹. Aşağıda GKRY tarafından savunulan zaruret hali görüşüne ve buna ilişkin tartışmalara yer verilmiştir.

B. AB Tarafından Kabul Edilen Zaruret Hali Görüşünün Değerlendirilmesi

1. Zaruret Halinin Tanımlanması

Türk ve Rum toplumları arasında denge düzeni sağlayan ve bir ortaklık cumhuriyeti olarak tasarlanan Kıbrıs Cumhuriyeti 16 Ağustos 1960 tarihinde kurulmuştur⁴². Bu devlet, Kurucu Andlaşmalar ile bu Andlaşmalar'ı çerçeve alan Kıbrıs Anayasası üzerine bina edilmiştir. Bu şekliyle Kıbrıslı Türk ve Rum tarafları arasında denge düzeni kurulmuş, her iki tarafın belirli oranlarda devlet yönetimine katılımı esas alınmıştır. Bu hususlar, "Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kurucu Andlaşması"nda düzenlenmiştir⁴³. Bu kapsamda Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Başkanlık Rejimi ile yönetileceği, Cumhurbaşkanı'nın Rum, Yardımcısının Türk olacağı, her birinin kendi toplumları tarafından ayrı ayrı 5 yıl süre için seçilecekleri, her birinin veto yetkisine sahip olacakları (bura ya kadar yapılan açıklamalar için bkz Andlaşma m. 1 – 4), yürütme yetkisinin Rum Cumhurbaşkanı ve Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı tarafından

³⁸ **European Council**: "Luxemburg Summit Presidency Conclusions (12 December 1997)", https://www.europarl.europa.eu/summits/lux1_en.htm, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

³⁹ **Özarlan**, s. 84.

⁴⁰ **Toluner**, s. 210.

⁴¹ **Arsava**, s. 51; Bu kabulün değerlendirmesi bakımından AB Kıbrıs'ta hâkim olan Kurucu Andlaşmalara aykırı bir karar vermiştir, bu yönde açıklamalar için bkz. **Bozkurt/Demirel**, s. 205.

⁴² **Mor**, s. 988.

⁴³ **Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kurucu Andlaşması**, m. 1-16.

kullanılacağı, bu yetkinin kullanımında on kişilik Bakanlar Kurulu oluşturulacağı, Kurul üyelerinin yedisinin Rumlardan, üçünün Türklerden seçileceği, Bakanların da kendi toplumları tarafından seçilecekleri (Andlaşma m. 5), yasama yetkisinin Temsilciler Meclisi tarafından yerine getirileceği, yasama meclisi üyeliklerinin yüzde yetmişinin Rumlardan yüzde otuzunun Türklerden oluşacağı, bunların kendi toplumları tarafından ayrı ayrı genel oyla seçilecekleri (Andlaşma m. 6), iki toplumun kendilerine ait birer meclisleri olacağı (Andlaşma m. 61), adli yargı teşkilatının en yüksek organı olan Yüksek Mahkeme'nin dört üyesinden ikisinin Rum, birinin Türk, diğer kalanının bağımsız üyelere seçileceği (Andlaşma m. 16) kararlaştırılmıştır.

Denge düzeni üzerine oturan bu ortaklık cumhuriyetine en karşıt görüş Kıbrıslı Rumlar tarafından gelmiştir. Kıbrıslı Rumlar, 30 Kasım 1963 tarihinde 13 maddelik bir anayasa değişikliği önerisi sunmuştur⁴⁴. Öneri özünde, ortaklık cumhuriyetinin kurucu ayağı olan Kıbrıslı Türkleri azınlık gören ve yönetimden dışlayan maddeleri içermiştir⁴⁵. Doğal olarak bu öneri, Türkler tarafından kabul görmemiştir. Bunun üzerine Ada'da Rum kaynaklı şiddet hareketi başlamıştır. Şiddet yoluyla Türkler sindirilmek istenmiştir. Ardından Kıbrıslı Rumlar, tek taraflı ve anayasal usullere aykırı olarak GKRY kanunlarıyla; andlaşmalarla garanti edilmiş Kıbrıs Anayasası'nın bazı temel hükümlerini değiştirme yoluna gitmişlerdir. Bu değişiklikleri de zaruret hali görüşüne dayandırmışlardır⁴⁶. Bu kapsamda öncelikle zaruret haline ilişkin açıklamalar yapılmalıdır.

⁴⁴ **Arsava**, s. 45.

⁴⁵ “30 Kasım 1963'te Makarios, ayrı Türk belediyelerinin kurulması, devlet görevlerine Türklerin %30 oranında alınması, Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısının veto hakkını kullanması, Türk Cemaatine tanınan hakların sınırlandırılması gibi konuları içeren Kıbrıs Anayasası'nın 13 maddesinin değiştirilmesine yönelik teklifini Türk tarafına ve diğer garantör devletlere sunmuştur. Kıbrıslı Türkleri azınlık statüsüne düşüren bu teklif, Türkiye ve Kıbrıslı Türkler tarafından reddedilmiştir. Böylece Makarios, 3 yıllık uzlaşma ortamını yeniden soruna dönüştürmüştür”, açıklamalar için bkz. **Vatansever**, s. 1512.

⁴⁶ **Günar**, s. 103; **Toluner(a)**, s. 858.

⁴⁶ Kıbrıs sorunu bakımından zaruret haline ilişkin açıklamalar için bkz. **Papastylianos**, Christos: “The Cypriot Doctrine of Necessity and the Amendment of the Cypriot Constitution: The Revision of the Unamendable Amendment Rules of the Cypriot Constitution Through a Juridical Coup D'État”, ICL Journal, C. 17, S. 3, 2023, s. 313; **Kyriakou**, Nikolas/**Skoutaris**, Nikos: Cyprus A Territorially Divided Member State, National Constitutions and EU Integration, Hurt Publishing, London 2022, s. 387; **Papastylianos(a)**, Christos: “The Cypriot Doctrine of Necessity within the Context of Emergency Discourse: How a Unique Emergency Shaped a Peculiar Type of Emergency Law”, The Cyprus Review, C. 30, S. 1, 2018, s. 113; **Emilianides**, Achilles C.: “Accession of the Republic of Cyprus to the EU, The Constitution And the Cypriot

Uluslararası Hukuk Komisyonu, “Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletlerin Sorumluluğuna Dair Taslak” maddeleri arasında zaruret haline yer vermiştir⁴⁷. Zaruret halinin ayrıntılı biçimde yorumunu yapan Komisyon, konuyla ilgili olduğu ölçüde uluslararası yargı ve hakemlik kararlarını, doktrini ve devlet uygulamalarını saptamıştır⁴⁸. Bunun yanı sıra; Uluslararası Adalet Divanı, Slovakya ile Macaristan arasındaki “Gabcíkovo-Nagymaros Davası” kararında, Komisyonun sözü edilen yorumuna gönderme yaparak zaruret halinin teamül niteliğini haiz bir kural olduğunu açıklamıştır⁴⁹.

Uluslararası hukukta zaruret hali bir devletin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle, yükümlülüklerini yerine getirmesini çok zorlayan ya da olanaksız kılan durumları içermektedir. İçinde bulunulan koşuldan kastedilen şey, anayasa yapıcılarının öngöremediği problemleri ve devletin varlığını tehdit eden unsurları içermektedir⁵⁰. Şu halde ilgili devlet bu tehditleri ortadan kaldırmak için tâbi olduğu yükümlülüklerle riayet etmeyebilir, bunlara aykırı düzenlemeler getirebilir. Bu düzenlemeler uluslararası sorumluluğa neden olmaz⁵¹. Zira zaruret hali kapsamında getirilen düzenlemeler, ilgili devletin varlığına yönelik tehditleri ortadan kaldırma amacına yönelik bir çözüm

Doctrine of Necessity”, Cyprus Yearbook of International Relations, 2007, s. 66; **Kombos**, Constatos: The Doctrine of Necessity in Constitutional Law, Sakkoulas Publications, Athens 2015, s. 6; **Trimikliniotis/Demetriou**, s. 28; **Stavsky**, s. 343; **Necatigil**, s. 50; **Talmon**, s. 37; **Özersay(a)**, s. 32.

⁴⁷ **United Nations**: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), m. 33, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

⁴⁸ **United Nations**: Yearbook of International Law Commission 1980, United Nations Publication, New York 1981, s. 34 - 52, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1980_v2_p2.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

⁴⁹ 1977 yılında Macaristan ile Çekoslovakya (sonradan Slovakya) arasında imzalanan bir anlaşmayla, Tuna Nehri üzerinde Gabcíkovo-Nagymaros hidroelektrik projesi planlanmıştır. Ancak Macaristan, ekosisteme zarar verdiği ve yer altı sularının etkilendiği gerekçesiyle 1989 yılında projeyi durdurmuştur. Macaristan bunu yaparken m. 33 kapsamında zaruret halini hukuki dayanak olarak sunmuştur. Uyuşmazlık önüne gelen Divan, zaruret halinin şartlarının oluşmadığını, bu kapsamda Macaristan tarafından Anlaşma’nın tek taraflı değiştirilemeyeceğini, bunun yerine müzakere süreci yürütülerek çevresel kaygıları göz önünde bulunduran ortak bir mutabakata ulaşılması gerektiğini ifade etmiş, bu kapsamda Macaristan’ın zaruret hali görüşünü haksız bulmuştur. Zaruret halinin teamül niteliğini haiz olduğunu gösterir açıklamalar için bkz **Judgment of the ICJ: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)**, *Judgment*, I.C.J. Reports 1997, p. 7, 51. paragraf, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/92/092-19930714-ORD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

⁵⁰ **Trimikliniotis/Demetriou**, s. 30.

⁵¹ **Pazarıcı**, s. 175.

sunmaktadır⁵². Çözüm sunulan tehdit, yükümlülüklerin yerine getirilmesini imkânsız kılmaktadır. Bu yönüyle zaruret hali istisna niteliğindedir.

Zaruret halinin varlığına ilişkin bazı şartlar aranmaktadır⁵³. İlk olarak, zaruret hali kapsamında belirlenen davranış; devletin esaslı bir menfaatini pek yakın ve ağır bir tehlikeye karşı korumak için tek olanak/son çare olmasıdır. Esaslı menfaat kavramı her somut olaya göre değişmektedir⁵⁴. Zira esaslı menfaat belirli bir tanıma sahip değildir. Ancak şurası açık ki, esaslı menfaat, “pek yakın” ve “ağır” bir tehlikeye karşı korunuyor olmalı ve zaruret hali kapsamındaki düzenleme ya da uygulama, menfaati korumak için tek olanağı ve son çareyi oluşturmalıdır⁵⁵. Uluslararası Adalet Divanı, “Gabčíkovo-Nagymaros Davası” kararında Macaristan’ın, Slovakya’ya karşı andlaşmadan doğan yükümlülüğünü yerine getirmemesinin zaruret hali dolayısıyla haklı görülemeyeceğine karar vermiştir⁵⁶. Divan’a göre andlaşmayı uygulamamak, Macaristan’ın uğradığı çevresel tehdidin ortadan kalkması için tek olanak olarak değerlendirilemez. İkinci olarak, zaruret hali kapsamında belirlenen davranış, karşılarında yükümlülük altında olduğu devletin ya da devletlerin ya da uluslararası toplumun bütününe esaslı bir menfaati-ne ağır bir şekilde zarar getirmemelidir⁵⁷. Divan bu şartın yerine getirilip getirilmediğini sıkı sıkıya denetlemekte ve şartın yerine getirilmemesi halinde zaruret halini var olmadığına hükmetmektedir⁵⁸. Bu iki olumlu şarta ek olarak iki de olumsuz şart bulunmaktadır⁵⁹. Şayet bunlar mevcutsa zaruret halinden ötürü hukuka aykırılık ortadan kalkmaz: i-) Söz konusu uluslararası yükümlülük, zaruret halini ileri sürebilme olanağını engellememelidir. ii-) Devlet bu durumun ortaya çıkmasına katkıda bulunmamış olmalıdır.

⁵² Trimikliniotis/Demetriou, s. 30.

⁵³ United Nations: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), m. 25.

⁵⁴ Erkiner, H. Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, Seçkin, Ankara 2023, s. 162; Uzun, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Seçkin, Ankara 2021, s. 74.

⁵⁵ Erkiner, s. 162; Uzun, s. 75.

⁵⁶ Judgment of the ICJ: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, 42. paragraf.

⁵⁷ Judgment of the ICJ: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, 46. paragraf.

⁵⁸ Judgment of the ICJ: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, 46. paragraf.

⁵⁹ United Nations: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), m. 25.

2. Kıbrıs Sorunu Kapsamında Zaruret Hali Görüşü

GKRY zaruret haline ilişkin görüşünü 25 Nisan 1964 tarihli “*Kıbrıs Cumhuriyeti v. Mustafa İbrahim ve diğerleri*” (The Case of Ibrahim) davası esnasında ileri sürmüştür⁶⁰. Dava kapsamında Girne’de dört Kıbrıslı Türk, silah ve mermi taşıdıkları gerekçesiyle yakalanmış ve tutuklanmışlardır. Üç Kıbrıslı Rum yargıçtan oluşan yeni Kıbrıs Yüksek Mahkemesi önündeki yargılama sırasında davalılar, Mahkemeyi kuran Yasa’nın 1960 Kıbrıs Anayasası’na aykırı olduğunu, bu yeni Mahkemenin başvurulara bakma yetkisine sahip olmadığını ileri sürerek itiraz etmişlerdir⁶¹. Buna göre Yeni Yüksek Mahkeme’yi kurma iddiasındaki 33/1964 sayılı Adalet İdaresi Yasası Anayasa’ya aykırıdır⁶². Zira Kıbrıs Anayasası’na göre gerek Cumhuriyet Yüksek Anayasa Mahkemesi, gerek Yüksek Mahkeme üyeleri arasında Kıbrıslı Türk yargıçların da bulunması zorunludur⁶³. Bu hüküm ihlal edilmez niteliktedir⁶⁴.

⁶⁰ 25 Nisan 1964 tarihli “*Kıbrıs Cumhuriyeti v. Mustafa İbrahim ve diğerleri*” (The Case of Ibrahim), kaynak için bkz. **Cyprus Law Reports**: “The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964)”; Doktrinden açıklamalar için bkz. **Papastylanos**, s. 314; **Emilianides**, s. 68.

⁶¹ **Cyprus Law Reports**: “The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964)”, s. 199-201; Doktrinden açıklamalar için bkz. **Emilianides**, s. 68.

⁶² **Emilianides**, s. 68.

⁶³ **Kıbrıs Anayasası**, m. 133.1, “bir Yunan, bir Türk ve tarafsız bir yargıçtan oluşan bir Cumhuriyet Yüksek Anayasa Mahkemesi” kurulmasını öngörmektedir; **Kıbrıs Anayasası**, m. 153/1’e göre, “iki Yunan yargıç, bir Türk yargıç ve tarafsız bir yargıçtan oluşan bir Yüksek Adalet Divanı” olmalıydı.

⁶⁴ **Kıbrıs Anayasası**, m. 179/1, “bu Anayasa Cumhuriyetin en yüksek yasasıdır” şartını koşar; Buna karşın doktrinde ileri sürülen karşı görüşler için bkz. “Mahkemenin zaruret hali kararının altında yatan gerekçe, acil bir durumda anayasal olarak kabul edilebilir önlemleri özetleyen Kıbrıs Anayasası’nın 183. maddesine değil, Anayasa’nın Kıbrıs Cumhuriyeti’nin en yüksek yasası olduğu 179. maddesine dayanmaktadır. Söz konusu görüşü yazan Yargıç Triantafylides, anayasanın üstünlüğünün halkın iradesine dayanmasından kaynaklandığını, ancak Kıbrıs’ta durumun böyle olmadığını savundu. Kıbrıs Cumhuriyeti’nin doğmasına yol açan süreç Yunanistan, Türkiye ve İngiltere arasında imzalanan Andlaşmalarla söz konusu olmuştur”, açıklamalar için bkz. **Kombos**, s. 166; “Mahkeme, “salus populi suprema lex esto” (Halkın iyiliği en yüksek yasadır) ve “necessitas non habet legem” (Zorunluluk yasaya bağlanamaz) gibi hukuki ilkelere dayanarak, zaruret hali doktrininin, 1960 Anayasası’nın katı ve dar kapsamlı yapısının doğrudan bir sonucu olduğunu ve bir devletin, Anayasası yüzünden yok olmasının düşünilmez olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, Anayasa’nın 179. maddesi gereğince Anayasa’nın en yüksek yasa olduğu kabul edilmekle birlikte eğer devletin temel işlevlerinden biri düzgün bir şekilde yerine getirilemiyorsa veya mevcut anayasa hükümleriyle karşılanamayacak bir durum ortaya çıkmışsa yetkili organların, zaruret halini karşılayacak adımları atabileceği vurgulanmıştır. Zaruret hali doktrini, anayasal bir ilke değil aksine

Şu halde yalnızca Kıbrıslı Rum yargıçlardan oluşan Kıbrıs Yüksek Mahkemesi'nin varlığı, oluşumu ve kararları Kıbrıs Anayasası'nın açık ihlalidir. Ayrıca Türk ve Rum topluluklarına mensup yargıçlardan oluşan özel mahkeme, hukuk davalarına ve sanık ile mağdurun farklı topluluklara mensup oldukları ceza davalarına bakacaktır⁶⁵. Oysa bu davada sanıkların dördü de Türk olmasına rağmen Başsavcı ile Mahkeme'nin bütün üyeleri Kıbrıslı Rum yargıçlardan oluşmuştur⁶⁶.

Bu itirazlara karşı Mahkeme, değişikliklerin zaruret hali kapsamında yapıldığını ifade etmiş, ardından zaruret halinin hangi gerekçelere dayandırıldığını açıklamıştır⁶⁷. Bu açıklamalar aynı zamanda GKRY'nin resmi görüşünü oluşturmaktadır⁶⁸.

Mahkemeye göre Kıbrıslı Türkler, Kıbrıs Cumhuriyeti Hükümeti'ne karşı örgütlü ve silahlı isyan hali içerisindedir⁶⁹. Bu durum can kaybına ve maddi hasara yol açmıştır. Bu kapsamda isyancı gruplar, devlet topraklarının bazı alanlarını kontrol altına almıştır⁷⁰. Birleşmiş Milletler Barış Gücü, barışı tesis etmek ve daha fazla kan dökülmesini önlemek amacıyla Adada görev almıştır. Bu ortamda Anayasa Mahkemesi Ağustos 1963'ten, Yüksek Mahkeme Haziran 1964'ten itibaren işlevini durdurmuştur. Dolayısıyla adalet idaresi sistemi çökme tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır⁷¹. 21 Aralık 1963 tarihinden bu yana ne Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı, ne Türk Bakanlar ne de Temsilciler Meclisi'nin Türk üyeleri Hükümetin işlerine katılmamıştır⁷². Kıbrıslı Türk memurlar ise bakanlıklardaki ve ofislerdeki görevlerine devam etmemişlerdir⁷³. Yargıda görev alan Türk yargıçların görevlerinin başında olmamaları, bu üyeleri Rum Cumhurbaşkanı ile birlikte ortak atayacak olan

Anayasa'nın 179. maddesine dayalı imzalanmış bir ilke olarak kabul edilmiştir.”, açıklamalar için bkz. **Emilianides**, s. 69.

⁶⁵ **Kıbrıs Anayasası**, m. 155/3.

⁶⁶ “**The Ibrahim Case (1964)**”, s. 206-207.

⁶⁷ Mahkeme tarafından ileri sürülen zaruret hali görüşünün hukuki şartları sağladığına ilişkin açıklamalar için bkz. **Emilianides**, s. 82; **Papastylianos(a)**, s. 113; **Kombos**, s. 6; Bununla birlikte **Kombos** her ne kadar hukuki şartların karşılandığını ifade etmişse de zaruret halinin sınırları konusunda belirsizlik ve çelişki bulunduğunu da itiraf etmiştir, bkz. **Kombos**, s. 240.

⁶⁸ **Kyriakou/Skoutaris**, s. 388.

⁶⁹ “**The Ibrahim Case (1964)**”, s. 206-207.

⁷⁰ **Emilianides**, s. 67.

⁷¹ “**The Ibrahim Case (1964)**”, s. 207 ve 249.

⁷² “**The Ibrahim Case (1964)**”, s. 225 ve 249; Doktrinden açıklamalar için bkz. **Papastylianos**, s. 320.

⁷³ **Papastylianos**, s. 320.

Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı'nın da görevine dönmeyişi adalet hizmetlerinin karşılanmasına engel olmuştur⁷⁴. Şu halde adalet hizmeti dâhil tüm kamu hizmetlerinin durması nedeniyle devletin çökmesi tehlikesine karşı 33/1964 sayılı Adalet İdaresi Yasası'nın çıkarılması zaruret kazanmış, böylece kamu yararı gözetilmiştir⁷⁵. Zaruret hali görüşünün bir yansıması olan bu Yasa'nın Kıbrıs Anayasası'na aykırılığı ileri sürülemez. Kıbrıslı Türkler tarafından ileri sürüldüğü gibi zaruret haline başvurmak yerine Kıbrıs Anayasası çerçevesinde olağanüstü hal ilan edilmesi ile bir sonuca ulaşılması imkânsızdır⁷⁶. Zira olağanüstü hal şartlarında yalnızca bazı temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması, durdurulması söz konusuysa adli hizmetlerin yürütülmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır⁷⁷. Kıbrıs Anayasası yürürlükte olup getirilen düzenlemeler geçici niteliktedir. Zaruret haline neden olan sebepler ortadan kalktığında geçici düzenlemeler de ortadan kalkacaktır⁷⁸. Bu şekliyle zaruret haline ilişkin şartların gerçekleştiği açıklanmıştır⁷⁹.

⁷⁴ **Emilianides**, s. 67.

⁷⁵ “**The Ibrahim Case (1964)**”, s. 208.

⁷⁶ “**The Ibrahim Case (1964)**”, s. 215, 225 ve 257; Doktrinden açıklamalar için bkz. **Papastylianos**, s. 316.

⁷⁷ “**The Ibrahim Case (1964)**”, s. 215, 225 ve 257; “*Anayasa acil durumların varlığı halinde bazı çareleri öngörür, ancak Kıbrıs'ta zaruret haline neden olan olay acil bir durumun varlığı değil devlet organlarının işlevini yerine getirememesidir. Bu sebeple olağanüstü hal yerine zaruret hali kapsamında tedbirlere başvurulmuştur. Olağanüstü halde, devlet organlarının işlevlerini yerine getirmesi söz konusudur. Zaruret halinde ise devlet organlarının Anayasa'nın öngördüğü şekilde işleyişi söz konusu olmaz*”, açıklamalar için bkz. **Papastylianos**, s. 316.

⁷⁸ **Emilianides**, s. 69.

⁷⁹ “*Zaruret hali doktrini, son kırk yıldır Kıbrıs Cumhuriyeti'nin varlığının temel dayanağı olmuştur ve doğrudan, halkın iradesinden ziyade yabancı güçler tarafından kendi çıkarlarını korumak amacıyla Kıbrıs halkına empoze edilen, şanssız ve işlemeyecek şekilde tasarlanmış bir anayasanın sonucudur. Kıbrıs Cumhuriyeti, birçok hükmü hiçbir zaman fiilen uygulanmamış ya da uygulanamaz olmasına rağmen yazılı bir anayasaya sadık kalmıştır. Ayrıca, uygulanamaz hale gelmiş anayasa maddelerinin değiştirilmesi gibi önemli gelişmeler ... bu doktrinin temel amacının anayasal düzeni ve vatandaşların temel bireysel özgürlüklerini uzun vadede korumak olduğunu teyit etmektedir*”, açıklamalar için bkz. **Emilianides**, s. 82; Buna karşın zaruret halinin şartlarının oluştuğunu ileri süren bazı yazarlar bunun uygulamasına ilişkin eleştiriler ileri sürmektedirler. Bu kapsamda zaruret hali uygulamaları ile Anayasanın temel hükümlerinin değiştirildiği ifade edilmiştir. “*Mahkeme'nin İbrahim davasında verdiği karar hukuki bir darbenin temel özelliklerini içermektedir. Yani bir mahkemenin, anayasal düzenin normatif temellerinde köklü bir değişim yapması söz konusudur. Mahkeme tarafından uygulanan zaruret hali doktrini, Anayasa'ya aykırı olarak, devlet organlarının işlevinde köklü bir değişiklik getirmektedir. Bu, devlet organlarının işleyiş sürecindeki basit bir değişiklik değil Kıbrıs Anayasası'nın temel özelliklerinde bir değişikliktir. Yönetim yapısının tamamının temel*

Mahkemenin / daha geniş bir ifade ile GKRY'nin hukuksal gerekçesi olan zaruret haline ilişkin şartların gerçekleştiği ileri sürülmüş olsa da doktrinde aksi yönde görüşler bulunmaktadır⁸⁰. Şöyle ki; zaruret hali tek olanak ve son çaredir, mevcut hukuk düzeni içerisinde giderilebilecek bir tehdit ya da acil durumun varlığı halinde zaruret haline başvurulamaz⁸¹. Bunun yerine olağanüstü hal ilan edilmesi yoluna gidilir. Mahkeme, olağanüstü hale başvurulmasının var olan tehditlere karşı bir çözüm oluşturmayacağını ileri sürmüş olsa da, mevcut hukuk düzeni içerisinde bu çarenin tüketilmemiş olması bir eksikliktir⁸².

Zaruret hali kapsamında Adalet İdaresi Yasası çıkarılmadan önce Kıbrıslı Rumlar, Mahkeme'nin Türk yargıcı olan üyelerini görevlerine dönmeye ikna etmek için herhangi bir çaba göstermemişlerdir⁸³. Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı'nın işbirliği yapmaması dışında herhangi bir gerekçe sunamamışlardır. Kaldı ki, Kıbrıs Anayasası'na göre Cumhurbaşkanı Yardımcısı'nın işbirliği yapmama hakkı da bulunmaktadır⁸⁴.

Uluslararası Adalet Divanı, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* davasında taraflar arasında müzakere yürütülmesini, bu kapsamda diğer çareler tüketilmeden zaruret haline başvurulmamasını kararlaştırmıştır⁸⁵. Ancak Kıbrıslı Rumlar, açıkça Kurucu Andlaşmaların ve anayasanın değiştirilmesi anlamı-

özelliği olan iki toplumluluk, aynı zamanda bir emniyet sübabıydı veya en azından Anayasa yapıcılar tarafından öyle kabul edilmişti.”, açıklamalar için bkz. **Papastylianos**, s. 326.

⁸⁰ “Yargıç Josephides, bu doktrinin uygulanabilmesi için “ön koşulların” yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiş ve şu dört unsura dikkat çekmiştir: 1- Olağanüstü koşulların ortaya çıkması, 2- Orantılılık, 3- Alınan önlemlerin geçici nitelikte olması, 4- Başka bir çözüm yolunun bulunmaması. Ancak Mahkeme, yalnızca ilk kriter olan olağanüstü koşulların varlığını sorgulamış, diğer üç kriteri değerlendirmemiştir. Rum-Yunan yargıçlar, adada süregelen silahlı çatışmalar ve düzensizliği vurgulamış ve bu durumun zorunluluk hali için yeterli “kaçınılmaz ve istisnai” koşulları sağladığı sonucuna varmışlardır. Buna karşın, Mahkeme'nin diğer şartları uygulamama kararı, 1963-1964 yılları arasındaki olayların detayları dikkate alındığında tartışmalıdır; çünkü bu döneme dair gelişmeler, söz konusu kriterlerin yerine getirilmediğini açıkça göstermektedir. Yani teknik olarak doktrine atıf yapılmış olsa da, kriterlerin tamamı hukuki anlamda titizlikle uygulanmamıştır.”, açıklamalar için bkz. **Özersay(a)**, s. 53.

⁸¹ **Özersay(a)**, s. 54.

⁸² **Stavsky**, s. 358.

⁸³ **Stavsky**, s. 358.

⁸⁴ **Kıbrıs Anayasası**, m. 183.

⁸⁵ **Judgment of the ICJ: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)**, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, 46. paragraf.

na gelen zaruret haline başvurmadan önce garantör devletlerle müzakere dahi etmemiştir. Dolayısıyla alternatif çareler tüketilmemiştir⁸⁶.

Zaruret haline meşru ve yasal otorite tarafından başvurulabilir⁸⁷. Bu kapsamda şu açıklamalara yer verilmelidir: 30 Kasım 1963 tarihli tek taraflı Anayasa değişikliği sonrası GKRY, Ada'nın tek ve yasal temsilcisi iddiasıyla hareket etmiştir⁸⁸. Kıbrıslı Türkler devlet organları ile kamu idarelerindeki görevlerinden dışlanmış, yok sayılmışlardır⁸⁹. Dönemin BM Genel Sekreteri, Güvenlik Konseyi'ne sunduğu raporda Kıbrıslı Türklerin görevden çekilmelerine ya da ihraç edilmelerine Kıbrıslı Rumların katkı sağladığını açıklamıştır⁹⁰. Dolayısıyla dengenin bozulmasına katkı veren, Kıbrıslı Türkleri kamu alanlarından dışlayan GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin meşru ve yasal otoritesi olmadığı açıktır⁹¹. Şu halde GKRY'nin zaruret hali görüşü ile tek taraflı Anayasa'yı değiştirme yoluna gitmesi, ortaklık cumhuriyetini yıkmaya çalışması kabul edilemez⁹².

Mahkeme, zaruret halinin bir gerekçesi olarak BM Güvenlik Konseyi'nin 186 sayılı Kararı'nı göstermiştir⁹³. Karar'da yer alan Kıbrıs Cumhuriyeti nitelendirmesi, Mahkeme tarafından GKRY'nin tek ve yasal temsilci olduğu şeklinde anlaşılmıştır. Aslında BM Güvenlik Konseyi, Kurucu Andlaşmalara uygun bir şekilde Kıbrıs Hükümeti'nin temsil edilmediğini bilmesine rağmen bunu "iç mesele" olarak nitelendirmiştir⁹⁴. Ancak bu nitelendirme oldukça sorunludur. Zira uluslararası andlaşmalarla kurulan bir düzenin bozulması "iç mesele" olarak nitelendirilemez. Düzenin devam etti-

⁸⁶ "Mahkeme, zaruret hali doktrininin uygulanmasında, tüm alternatiflerin tükenmiş olması şartını karşılamakta yetersiz kalmıştır. Gerek iç hukukta mevcut olan çözümlerin (madde 183), gerekse uluslararası yükümlülükler (garantörlerle müzakere) yeterince araştırılmadan devre dışı bırakılmış, bu da doktrinin uygulamasını hukuki olarak zayıflatmıştır." Özersay(a), s. 54.

⁸⁷ Özersay(a), s. 55.

⁸⁸ Necatigil, s. 55.

⁸⁹ Necatigil, s. 56.

⁹⁰ BM Özel Temsilcisi'nin Raporu'na göre GKRY Ada'da ki zaruret haline son verme olasılığını içeren tüm önerileri reddetmiştir, bkz. **UN Security Council**: S/5950, 10 September 1964, 9. Paragraf, <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Cyprus%20S%205950.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

⁹¹ Necatigil, s. 56.

⁹² Özersay(a), s. 55.

⁹³ **UN Security Council**: S/186, 4 March 1964, <https://digitallibrary.un.org/record/112185?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

⁹⁴ Talmon, s. 38.

rilmesi Kıbrıs Cumhuriyeti ve diğer garantör devletler bakımından bir yükümlülüktür⁹⁵.

Nihayetinde zaruret hali bakımından “ilgili devletin katkı vermemesi” olumsuz şartı aranmaktadır⁹⁶. Bu kapsamda Annan Planı çerçevesinde Kıbrıs adasında yapılan referandumun neticesi önem arz etmektedir⁹⁷. Referandumda Kıbrıslı Rumlar hayır oyu kullanarak normal şartlara dönüşü engellemiş, bu iradelerini açıkça ortaya koymuşlardır. Netice olarak GKRY'nin zaruret hali görüşüne dayanması son derece tartışmalı hale gelmiştir⁹⁸.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında zaruret halinin şartlarının oluşmadığı açıktır⁹⁹. Buna rağmen GKRY bu görüş üzerinden Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi sıfatıyla hareket etmektedir¹⁰⁰. Bu görüş aşağıda ayrıntılarıyla görüleceği üzere AB tarafından kabul görmüştür¹⁰¹. Bu kabul üzerinden AB, GKRY'nin 3 Temmuz 1990 tarihinde yaptığı adaylık

⁹⁵ Talmon, s. 38.

⁹⁶ United Nations: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), m. 25/2.

⁹⁷ Annan Planı BM Genel Sekreteri Kofi Annan tarafından hazırlanan federal çözüm planıdır. Plan, Kıbrıs Adası'nın Türk ve Rum kesimlerinin birleşmesini sağlayarak tek bir devlet olarak AB'ye katılımı mümkün kılmayı amaçlamaktaydı. Bu kapsamda Plan iki bölge, iki toplumlu federasyonu merkezine almıştır. 24 Nisan 2004 tarihinde adanın her iki tarafında eşzamanlı referandum yapıldı. Plan Kıbrıslı Türkler tarafından %65'lik evet oyuyla kabul edilirken Kıbrıslı Rumlar tarafından %76'lık hayır oyuyla reddedilmiştir. Normal koşullara dönüşü engellemesine rağmen GKRY, referandumdan 5 gün sonra, 1 Mayıs 2004 tarihinde Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatıyla AB'ye tam üye olmuştur. Referandumda evet oyu kullanmasına rağmen AB müktesebatı Ada'nın kuzeyinde uygulanmamakta, Kıbrıslı Türkler süreç dışında bırakılmaktadır. Kıbrıslı Rumların “hayır” oyu ve AB üyeliğini yine de elde etmeleri, Kıbrıs sorununu kalıcı hale getirmiştir. Bu açıklamalar ışığında zaruret hali bakımından aranan “ilgili devletin katkı sunmaması” şartı Kıbrıs özelinde gerçekleşmemiştir. GKRY, normal şartlara dönüşü engellemiştir. Verilen hayır oyuyla GKRY'nin zaruret hali görüşünü ileri sürmesi tartışmalı hale gelmesine rağmen AB bunu görmezden gelmiş, bu kapsamda GKRY'nin tam üyeliğini kabul etmiştir, bu yönde açıklamalar için bkz. Özersay(a), s. 70; Pazarcı, s. 164.

⁹⁸ Özersay(a), s. 70.

⁹⁹ Pazarcı, s. 175.

¹⁰⁰ “En önemlisi, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin parçalanması ve “Helenleşmesi”ne rağmen, 4 Mart 1964'te Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin devletliğini dolaylı olarak onaylayarak, yalnızca Kıbrıslı Rumlardan oluşan Hükümetin meşruiyetini kabul etmiştir. Bu, 1964 tarihli 186 sayılı Karar'ın oy birliğiyle kabul edilmesiyle gerçekleştirilmiştir.”, açıklamalar için bkz. Kyriakou/Skoutaris, s. 388.

¹⁰¹ European Commission: “1998 Turkey Regular Report (27.11.1998)”, s. 20, https://enlargement.ec.europa.eu/turkey-regular-report-1998_en, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

başvurusunu kabul etmiştir. 1 Mayıs 2004 tarihinde tam üyelikle neticelenecek adaylık başvurusuna ilişkin aşağıda tarafların görüşüne ve nihayetinde AB'nin yaklaşımına yer verilmiştir¹⁰².

C. Tarafların Yaklaşımları ve Hukuki Görüşleri

1. Tarafların Yaklaşımları

GKRY'nin üyelik başvurusuna ilk itiraz KKTC'den gelmiştir. KKTC Cumhurbaşkanı Rauf Denktaş üyelik başvurusuna ilişkin itiraz nedenlerini ve taleplerini içeren bir Muhtıra yayınlamıştır¹⁰³. Buna göre GKRY'nin Ada'nın tamamı adına söz söyleme yetkisi yoktur. AB, GKRY'nin başvurusu karşısında işlem tesis etmemelidir. AB kurumları en fazla yapılan başvurunun yasal olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapmalıdır. Aynı Muhtıra'da BM Güvenlik Konseyi'nin 649 sayılı Kararı'na atıf yapılmıştır¹⁰⁴. Zira ilgili Karar'da GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olmadığı ifade edilmiştir. Bu Karar dayanak gösterilerek ilgili başvurunun reddedilmesi talep edilmiştir¹⁰⁵. Buna paralel olarak garantör devlet Türkiye, Dışişleri Bakanlığı üzerinden yaptığı bir açıklama ile GKRY'nin üyelik başvurusuna itiraz etmiştir. Bu kapsamda KKTC ile ilişkilerin derinleştirilmesi yönünde hareket edileceği belirtilmiştir¹⁰⁶.

¹⁰² GKRY 1 Mayıs 2004 tarihinde Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatıyla AB'ye tam üye olmuştur, bu Andlaşma AB Resmi Gazetesi'nde (L 236, 23.09.2003) yayımlanmıştır, **Eur-Lex**: "Katılım Andlaşması", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12003T/TTE>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹⁰³ 12 Temmuz 1990 tarihli muhtıranın tam metni için bkz. **Gürel**, Şükrü S.: Değişmekte Olan Dünyada Türk - Yunan İlişkileri ve Kıbrıs Sorunu, içinde Yeni Dünya Düzeni ve Türkiye, Ed. Sabahattin Şen, Bağlam Yayınları, 1992, s. 156; **Ertekün**, Münir Necati: The Status of Two Peoples in Cyprus, The Turkish Republic Of Northern Cyprus, 1990, s. 39; **Fırat**, Melek: 1990-2001 Yunanistan'la İlişkiler, içinde Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşı'ndan Bugüne Olgular, Belgeler Yorumlar, Ed. Baskın Oran, İletişim Yayınları, 2001, s. 453.

¹⁰⁴ BM'nin bu Kararı "iki toplumlu, iki bölgeci federasyon" çözüm modelini açık şekilde desteklemesi bakımından dönüm noktasıdır. Kıbrıslı Türklerin siyasi eşitliğini tanıyan ve çözümün tek taraflı değil, iki tarafın rızasına dayalı olması gerektiğini vurgulayan bir belgedir, bkz. **UN Security Council**: S/649, 12 March 1990, <https://digitallibrary.un.org/record/87038?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹⁰⁵ **İlkova**, Nazan/**Bolat**, Ömer: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Tarihsel Gelişim, Sosyo - Ekonomik Durum, Avrupa Topluluğu İle İlişkiler, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, 1991, s. 59.

¹⁰⁶ T.C. Dışişleri Bakanlığı sözcüsü 18 Eylül 1990'da Türkiye'nin hukuki itirazlarını içeren basın açıklaması yapmıştır, aktarım için bkz. **İlkova/Bolat**, s. 64.

Doktrinde GKRY'nin yaptığı başvurunun üyelik ile neticelenmesi halinde bazı amaçlarına ulaşacağı görüşü ileri sürülmüştür¹⁰⁷. GKRY'nin AB üyesi olarak kabulü halinde ilk olarak Türkiye için iddia ettiği "Kıbrıs'ı işgal eden devlet" görüşü güçlenecektir¹⁰⁸. İkinci olarak AB üyesi olan Yunanistan ile birleşme ve ekonomik Enosis'i gerçekleştirme amacına yaklaşmış olacaktır¹⁰⁹. AB içerisinde sahip olunan iki oy hakkı ile Türkiye-AB arasındaki ilişkilerde belirleyici olmak istenecektir. AB üyeliğinin en önemli neticesi Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi iddiasını içeren zaruret hali görüşünün meşruiyet zemini artırılmış olacaktır. Bu şekliyle Kurucu Andlaşmalar fiilen geçersiz sayılacaktır. GKRY'nin tam üyelikten bir diğer muradı Doğu Akdeniz ile ilgilidir¹¹⁰. 2000'li yıllarından başında Doğu Akdeniz'de keşfedilen doğalgaz rezerv alanlarının kendi görüşüne uygun şekilde paylaşılması bakımından Türkiye'ye karşı güçlü müttefik kazanmaktır¹¹¹.

AB'nin yaklaşımına aşağıda yer verilmiştir. Ancak bu kısımda kısaca ifade etmek gerekirse AB, GKRY tarafından ortaya atılan zaruret hali gerekçesini benimsemiş, dolayısıyla bunlar tarafından yapılan başvurunun geçerli kabul etmiştir¹¹². 1 Mayıs 2004 tarihinde tam üyelikle neticelenecek bu başvuru AB'nin zaruret hali görüşüne tam destek verdiği anlamına gelmektedir¹¹³.

Garantör devletlerden Yunanistan 1 Ocak 1981 tarihinde AB üyesi olmuştur¹¹⁴. Bundan sonra Yunanistan'ın temel politikası GKRY'nin tam üyeliğini sağlamaktan geçmiştir. Buna karşı çıkılması halinde AB'nin karar alma mekanizmasını veto ile kilitleyeceği yönünde tehditlerde bulunmuş, bunun neticesinde istediğini elde etmiştir¹¹⁵. Dolayısıyla Yunanistan, GKRY'nin AB üyeliğini desteklemiştir.

Bir diğer garantör devlet İngiltere, Kurucu Andlaşmaların hukuksal geçerliliklerini teyit etmekle birlikte GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB

¹⁰⁷ Pazarcı, s. 189; Bozkurt/Demirel, s. 203.

¹⁰⁸ Pazarcı, s. 189.

¹⁰⁹ Bozkurt/Demirel, s. 203.

¹¹⁰ Hatip, s. 55.

¹¹¹ AB'nin de Doğu Akdeniz deniz yetki alanlarının belirlenmesinde rol oynamak istediği, bu sebeple GKRY'nin tam üyeliğine yeşil ışık yaktığı ileri sürülmektedir, bkz. Hatip, s. 55.

¹¹² Kyriakou/Skoutaris, s. 388.

¹¹³ Kyriakou/Skoutaris, s. 388.

¹¹⁴ Eur-Lex: "Katılım Andlaşması", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A11979H%2FTXT>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹¹⁵ Bozkurt/Demirel, s. 986.

üyeliğine başvuru yapmasının mümkün olduğunu, üyeliğe engel bir durumun bulunmadığını, AB'ye tam üyeliğin başka bir devletle birleşme anlamına gelmeyeceğini ileri sürmüştür¹¹⁶. GKRY tarafından yapılan başvurunun Kıbrıs sorununun çözümüne önemli katkı sunacağı kanaatini paylaşmıştır¹¹⁷.

Tarafların yaklaşımları bu olmakla birlikte aşağıda bu yaklaşımlara Türk ve Rum taraflarının tezleri kapsamında detaylıca yer verilmiştir.

2. Tarafların Hukuki Görüşleri

GKRY'nin AB'ye tam üyelik başvurusuna ilişkin Türk tarafı (Türkiye ve Kıbrıslı Türkler), hukuki itirazlarını Uluslararası Hukuk Profesörü *Maurice Mendelson*'dan alınan görüş kapsamında ileri sürmüştür. *Mendelson*, 6 Haziran 1997 tarihinde ilk mütalaasını hazırlamıştır¹¹⁸. Buna karşın GKRY ile Yunanistan her biri uluslararası hukuk profesörü olan *James Crawford*, *Gerhard Hafner* ve *Alain Pellet*'ten hukuki görüş istemiş, bu üç profesör 24 Eylül 1997 tarihinde hazırladıkları bir mütalaayla cevaplarını sunmuşlardır¹¹⁹. *Mendelson* cevap mütalaasına karşı 12 Eylül 2001 tarihli ek mütalaa sunmuştur¹²⁰. Buna karşın *Crawford/Hafner/Pellet* tarafından ek mütalaa cevap niteliğinde 17 Kasım 2001 tarihli ek mütalaa sunulmuştur¹²¹. Bu dört mütalaanın tamamı taraflarca BM'ye gönderilmiş, ardından

¹¹⁶ İngiltere'nin yaklaşımına ilişkin bkz. **Özersay(a)**, s. 163; Kıbrıs Barış Harekatı'nın 50. yıldönümünde konuşan dönemin İngiltere Dışişleri Bakanı Straw, GKRY'nin AB üyeliğine olumlu yaklaşımlarının hata olduğunu açıklamıştır, bkz. **Kıbrıs Postası**: "İngiltere'nin Eski Dışişleri Bakanı Straw: En Büyük Pişmanlığım Güney Kıbrıs'ın AB Üyeliği", 22 Temmuz 2024, <https://www.kibrispostasi.com/c42-INGILTERE/n527076-ingilterenin-eski-disisleri-bakani-straw-en-buyuk-pismanligim-guney-kibrisin-ab-uyeligi>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹¹⁷ **Özersay(a)**, s. 163.

¹¹⁸ **Mendelson**, Maurice: "Opinion of Professor M. H. Mendelson Q.C. On The Application Of The Republic of Cyprus to Join The European Union", bkz. **UNGA**: "Res 56/451 (9 October 2001)", UNGA, <https://digitallibrary.un.org/record/450007?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹¹⁹ **Crawford, J./Hafner, Gerhard/Pellet, Alain**: "Republic of Cyprus: Eligibility for EU Membership", bkz. **UNGA**: "Res 52/481 (17 October 1997)", <https://digitallibrary.un.org/record/245282?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹²⁰ **Mendelson(a)**, Maurice: "Further Opinion of Professor M. H. Mendelson Q.C. On The Application Of The Republic of Cyprus to Join The European Union", bkz. **UNGA**: "Res 56/451 (9 October 2001)", <https://digitallibrary.un.org/record/450007?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹²¹ **Crawford, J./Hafner, Gerhard/Pellet, Alain(a)**: "The Eligibility of the Republic of Cyprus for EU Membership", bkz. **UNGA**: "Res 56/723 (20 December 2001)", UNGA, <https://digitallibrary.un.org/record/455805?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

BM Belgesi olarak yayınlatılmıştır¹²². Tarafların hukuki görüşleri karşılıklı olarak hazırlanmış olan bu mütalaalarda yer almaktadır. Bu sebeple tarafların görüşlerine değinilirken bu mütalaalarda yer alan görüşler esas alınacaktır.

İlgili mütalaalarda tartışılan hususlar Kurucu Andlaşmaların ve bunlara dayanan Kıbrıs Anayasasının bazı maddelerine dayanmıştır. Bu kapsamda Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kurucu Andlaşması bakımından m. 8'de yer alan "veto yetkisi"¹²³, m. 21'de yer alan "toprak bütünlüğü garantisi"¹²⁴, m. 22'de yer alan "Enosis ve taksim yasağı"¹²⁵ ve m. 23'te yer alan "en çok gözetilen ulus kaydı"¹²⁶ hükümleri üzerinde durulmuş, sayılan bu hükümlerin yorumu anlaşmazlık konusu olmuştur. Garanti Andlaşması bakımından m. 1'de yer alan "Enosis ve taksim yasağı" ile m. 2'de yer alan "garantör devletlerin Enosis ya da taksimi teşvik etmekten kaçınmaları" hükümlerinin yorumu anlaşmazlık konusu olmuştur¹²⁷. Kıbrıs Anayasası bakımından m. 50'de yer

¹²² **Pazarcı**, s. 183.

¹²³ İlgili maddeye göre Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanı Yardımcısının, Türkiye ve Yunanistan'ın birlikte katıldığı ittifaklara ve uluslararası kurumlara Kıbrıs Cumhuriyeti'nin de katılması dışında savunma, güvenlik konuları ve dış işleriyle ilgili herhangi bir yasa veya karara karşı, ayrı ayrı veya birlikte kullanılmak üzere nihai veto hakları olacaktır. Doktrinden açıklamalar için bkz. **Özarlan**, s. 25.

¹²⁴ İlgili maddeye göre Kıbrıs Cumhuriyeti, Yunanistan, İngiltere ve Türkiye arasında yeni Kıbrıs Devletinin bağımsızlığını, toprak bütünlüğünü ve anayasasını garanti edecek bir andlaşma yapacaktır. Kıbrıs Cumhuriyeti, Yunanistan ve Türkiye arasında bir de askeri ittifak antlaşması yapılacaktır. Bu iki andlaşma, anayasa hükmünde olacaktır. Nitekim bu madde kapsamında Garanti ve İttifak Andlaşmaları yapılmıştır. Doktrinden açıklamalar için bkz. **Özarlan**, s. 30.

¹²⁵ Kıbrıs özelinde Enosis, Kıbrıs'ın Yunanistan'a bağlanması fikridir. Enosis yasağı, birleşme yasağını içerir. Kurucu Andlaşmalarda açıkça Kıbrıs Cumhuriyeti'nin, hiçbir şekilde Yunanistan ile birleşmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Taksim, Kıbrıs'ın Türk ve Rum bölgeleri olarak ikiye bölünmesini içerir. Taksim yasağı bölünme yasağıdır. Andlaşmalar, Kıbrıs'ın herhangi bir şekilde bölünmesini, parçalanmasını veya bir başka devletle birleşmesini yasaklar. Bu yönde açıklamalar için bkz. **Pazarcı**, s. 171; **Vatansever**, s. 1496.

¹²⁶ İlgili maddeye göre Kıbrıs Cumhuriyeti İngiltere, Yunanistan ve Türkiye'ye, niteliği ne olursa olsun, her türlü andlaşmalar için, en ziyade müsaadeye mazhar ülke koşulu tanıyacaktır. Bu hüküm, İngiltere'ye tanınacak askeri üs ve kolaylıklarla ilgili olarak Kıbrıs Cumhuriyeti ile Birleşik Krallık arasında imzalanan andlaşmalar uygulanmayacaktır. Maddede yer alan en ziyade müsaadeye mazhar ülke koşulu ifadesi en çok gözetilen ulus kaydı anlamına gelmektedir. Doktrinden açıklamalar için bkz. **Özarlan**, s. 26.

¹²⁷ **Garanti Andlaşması**, m. 1: "... Kıbrıs Cumhuriyeti, ayrıca tümüyle veya bir bölümüyle herhangi bir devlet ile hiçbir şekilde siyasi veya ekonomik bütünleşmeye girmeyeceğini taahhüt eder. Kıbrıs Cumhuriyeti, bu maksatla adanın gerek birleşmesini, gerekse taksimini doğuracak doğrudan doğruya (direkt olarak) veya dolaylı olarak gerçekleştirme-

alan “veto yetkisi”, m. 170’de yer alan “en çok gözetilen ulus kaydı” ve m. 185’te yer alan “Enosis ve taksim yasağı” hükümlerinin yorumu anlaşmazlık konusudur¹²⁸.

Üst paragraftan sunulan bilgiler ışığında anlaşmazlık konuları; Kurucu Andlaşmaların geçerli olup olmadığı, Enosis ve taksim yasağına riayet edilip edilmediği, bir devlet olarak Kıbrıs’ın (ekonomik ve/veya siyasi) bir kuruluşu doğrudan ya da dolaylı olarak katılıp katılmadığı, garantör devletlerin bunu teşvik etmekten kaçınıp kaçınmadıkları ve en çok gözetilen ulus kaydına riayet edilip edilmediği hususlarından ibarettir. Ancak aşağıda da yer verildiği üzere taraflar zaruret hali görüşünü tartışmamış, bunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini incelememişlerdir. Bu durum GKRY’nin Kıbrıs Cumhuriyeti’nin tek ve yasal temsilcisi olmadığını, dolayısıyla AB’ye üyelik başvurusu yapmaya ehil olmadığını ortaya koymak bakımından ciddi bir eksiklik olmuştur.

Türk tarafı adına *Mendelson* tarafından sunulan görüşlere ilişkin açıklamalar şu şekildedir:

- *Mendelson* Türk tarafının görüşlerini yansıtan mütalaasında ilk olarak Kurucu Andlaşmaların hukuki geçerliliğini sorgulamıştır¹²⁹. Bunun neticesinde Andlaşmalar’ın halen geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre Andlaşmalar hukuken geçersiz olsalar bile burada izlenmesi gereken yöntem “1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi”nde belirtilmiştir¹³⁰. Sözleşme m. 50’ye göre geçersizlik iddiasına ilişkin nedenler ilgili taraflara yazılı olarak bildirilmelidir. Somut olayda garantör devletler tarafından böyle bir bildirim yapılmamıştır. Dolayısıyla Andlaşmalar halen geçerlidir¹³¹.

ye yardımcı ve teşvik edici tüm hareketleri yasaklar.”; **Garanti Andlaşması**, m. 2/2: “Yunanistan, İngiltere ve Türkiye, Kıbrıs Cumhuriyeti’nin diğer herhangi bir devlet ile gerek birleşmesini gerekse Ada’nın taksimini doğrudan doğruya, veya dolaylı olarak gerçekleştirmeye yardım ve teşvik edici bir amacı olan tüm hareketleri kendi yetki ve ilgileri oranında önlemeyi üstlenirler.”, kaynak için bkz. **Garanti Andlaşması**, (11 Şubat 1959) https://www.mfa.gov.tr/garanti-antlasmasi-_zurich_11-subat-1959_.tr.mfa, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹²⁸ Kurucu Andlaşmalarda yer alan hükümlere Kıbrıs Anayasası’nda yer verilmiştir, bkz. **Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası**, (11 Ağustos 1960) <https://mevzuat.gov.ct.tr/Portals/48/KIBRIS%20CUMHURİYETİ%20ANAYASASI%201960.pdf> (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹²⁹ **Mendelson**, s. 56.

¹³⁰ **United Nations**: Vienna Convention on the Law of Treaties (23 Mayıs 1969), https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=treaty&mtmsg_no=xxiii-1&chapter=23&Temp=mtmsg3&clang=_en (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹³¹ **Mendelson**, s. 60.

- *Mendelson* Garanti Andlaşması m. 1/2'nin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin herhangi bir devletle kısmen ya da tamamen ekonomik ya da siyasi bir birliğe onay vermediğini ileri sürmüştür¹³². Bu hüküm bir devlet olarak Kıbrıs'ın AB üyeliğine engel olur niteliktedir. Hükümde yer alan "herhangi bir devlet" şeklindeki tekil nitelendirmenin birçok üye devletten oluşan AB'yi kapsamayacağı yönündeki karşıt görüşe cevap veren Mendelson, İngilizcenin yapısal dil özelliklerinden hareket etmiştir. Bu kapsamda tekil ifade çoğulu da kapsar. "Herhangi bir devlet" tabiri, "devletler" tabirini kapsar. Bu sonuca İngiltere Yorumlama Yasası'ndan da ulaşılabilir. İlgili Yasa "*Herhangi bir yasada, aksi niyet olmadıkça tekil kelimeler çoğul, çoğul kelimeler tekil anlam taşır*" hükmünü içermektedir¹³³. AB üyeleri göz önüne alındığında GKRY dil, din, ırk, mezhep, kültür, tarih birlikteliği bakımından Yunanistan ile benzerlik taşımakta, bu da ikili arasında yakın ilişki doğurmaktadır. Şu halde GKRY'nin AB üyeliği halinde m. 1/2 kapsamında yasaklanan "Birlik" Yunanistan ile gerçekleşmiş olur¹³⁴.

- *Mendelson* garantör devletlerin GKRY'nin AB üyeliğine engel olmakla yükümlü olduklarını, bunun Garanti Andlaşması m. 2'den kaynaklandığını ileri sürmüştür. İlgili düzenlemeye göre garantör devletler m. 1'de belirtilen yükümlülükler tabidir, kurulmuş olan düzeni sürdürmek ve korumakla yükümlüdürler. Bu kapsamda AB'ye yapılan üyelik başvurusu Anayasa ve Andlaşmalar'dan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali anlamına gelir. Üyelik başvurusunun Yunanistan ve İngiltere tarafından veto edilmemesi, bu garantör devletlerin Kurucu Andlaşmalar ile Anayasa'dan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettikleri anlamına gelir¹³⁵.

- *Mendelson* Kıbrıs Cumhuriyeti'nin, akdedeceği bütün andlaşmalar bakımından garantör devletlerin tamamına "en çok gözetilen ulus kaydını" uygulayacağını ileri sürmüştür¹³⁶. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kurucu Andlaşması m. 23 ile Kıbrıs Anayasası m. 170'ten bu sonuca ulaşılabilir. İlgili maddelerde düzenlenen kayıt, Kıbrıs Cumhuriyeti ile ilişkileri bakımından garantör devletlerin birbirlerine karşı üstün olmalarına engel olma amacı taşımaktadır. Daha özelde Yunanistan ile "ekonomik Enosis" kurulmasına engel olma amacı taşımaktadır. Ancak GKRY'nin AB üyeliği başvurusu bu amaç ile bağdaşmaz¹³⁷. Zira başvurunun kabulü neticesinde üyelik durumu

¹³² *Mendelson*, s. 68.

¹³³ *Mendelson*, s. 69.

¹³⁴ *Mendelson*, s. 68.

¹³⁵ *Mendelson*, s. 70.

¹³⁶ *Mendelson*, s. 70.

¹³⁷ *Mendelson*, s. 71.

GKRY ile bir diğer üye Yunanistan arasında “ekonomik Enosis” birlikteliği oluşmasına neden olacaktır.

- *Mendelson*, yukarıda da ifade edildiği üzere ilk mütalaasına ek olarak 21 Haziran 1997 tarihli “Avusturya Notu” adlı mütalaasını hazırlamıştır. Bu mütalaanın içeriğinde AB üyelerinin Avusturya’yı örnek olarak göstermesi meselesi üzerinde durmuştur. İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya ile birleşerek Mihver Devletler safında yer alan Avusturya savaşın sonunda kaybetmiş, ardından galip devletler ile bir andlaşma imzalamak durumunda kalmıştır. Galip devletler Amerika Birleşik Devletleri, Sovyet Rusya, İngiltere ve Fransa’dır. Bu devletler ile Avusturya arasında 19 Mayıs 1955 tarihinde imzalanan “Bağımsız ve Demokratik Avusturya’nın Yeniden Kurulması İçin Devlet Andlaşması” ile Avusturya’nın Almanya ile ekonomik ve veya siyasi birliktelik kurmasına yasak getirilmiştir¹³⁸. İlgili Andlaşma’ya göre Avusturya bu yasağı ihlal edecek nitelikte doğrudan ya da dolaylı faaliyet yürütmeyecek, andlaşma akdetmeyecek ve propaganda yapmayacaktır. AB’ye üye devletler bu Andlaşma ile Garanti Andlaşması’nın ortak hükümler içerdiğini buna rağmen Avusturya’nın AB üyesi olduğunu dolayısıyla Kıbrıs Cumhuriyeti’nin de AB üyesi olabileceğini buna engel bir durumun bulunmadığını iddia etmişlerdir. *Mendelson* bu görüşe itirazda bulunmuştur¹³⁹. Zira iki Andlaşma’nın uygulaması bakımından bazı farklılıklar bulunmaktadır. Avusturya örneğinde Andlaşma’nın taraflarından Avusturya’nın üyeliğine bir itiraz gelmemiştir¹⁴⁰. Uluslararası hukuka egemen olan kural ve ilkelere göre andlaşmanın tarafları bakımından andlaşma hükümlerinin uygulanmasından vazgeçilebilir. Buna karşın Kıbrıs Cumhuriyeti’nin tek ve yasal temsilcisi sıfatı ile GKRY’nin AB’ye üyelik başvurusuna Türkiye ve KKTC tarafından itiraz edilmiştir¹⁴¹. Avusturya ile ilgili Andlaşma’da yalnızca Almanya’ya atıfta bulunulmuş, Kıbrıs Cumhuriyeti’ne ilişkin Andlaşmalar’da ise “herhangi bir devlet” tabiri ile daha geniş bir atıf yapılmıştır¹⁴². Dolayısıyla AB’ye üye devletler tarafından ileri sürülen benzerlik hukuki dayanaktan yoksundur.

***Mendelson* tarafından Türk tarafı adına ileri sürülen hukuki görüşlere karşı GKRY adına *Crawford/Hafner/Pellet* tarafından cevabi nitelikte mütalaa hazırlanmıştır.**

¹³⁸ *Mendelson*, s. 81.

¹³⁹ *Mendelson*, s. 81.

¹⁴⁰ *Mendelson*, s. 82.

¹⁴¹ *Mendelson*, s. 82.

¹⁴² *Mendelson*, s. 83.

- Crawford/Hafner/Pellet Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsız bir devlet olduğunu, bu devletin AB üyelerinin tamamı tarafından tanındığını, tek ve yasal hükümetinin GKRY olduğunu, Ada'nın kuzeyinde var olan KKTC'nin ise yalnızca Türkiye tarafından tanındığını, başka bir devlet tarafından tanınmadığını ifade etmişlerdir¹⁴³.

- Bu tespitin ardından *Crawford/Hafner/Pellet*, Garanti Andlaşması m. 1/2'de geçen "devlet" terimini yorumlamışlardır. Bu terimin ilgili maddede tekil anlamda kullanıldığı, bu nedenle yasağın tek bir devleti kapsadığını ancak uluslararası bir devletler grubunu kapsamadığını iddia etmişlerdir¹⁴⁴. Bu tespitten sonra AB'nin niteliği üzerine açıklamalar yapılmıştır. Buna göre AB'nin, münhasır bir hukuk sistemi ve kendisini oluşturan üyelerden ayrı bir tüzel kişiliği bulunmaktadır. Üye devletler egemenliklerinden kaynaklanan yetkilerinin bir kısmını AB'ye devretmişlerdir. Bu niteliklere sahip olan AB bir devlet değildir. Kendisine üye olan devlet diğer üye devletlerle ekonomik ya da siyasi karakterde birleşmiş sayılmaz¹⁴⁵. Bu gerekçelerle Garanti Andlaşması m. 1/2'de yer alan ifadelerin olağan anlamı ile metin içindeki yeri, maddenin konusu ve amacı dikkate alındığında AB üyeliği herhangi bir devlet ile ekonomik veya siyasi bir birliktelik anlamını taşımaz¹⁴⁶.

- *Crawford/Hafner/Pellet* tarafından Avusturya örneği üzerinde de durulmuştur. Yukarıda açıklandığı üzere ilgili Andlaşma kapsamında Avusturya'nın Almanya ile ekonomik ve/veya siyasi bir birlik oluşturması yasaklanmıştır. Buna rağmen Avusturya'nın AB üyeliği sürecinde sorun yaşanmamıştır. Zira ilgili Andlaşma ile getirilen yasak yalnızca Almanya ve Avusturya arasında akdedilecek iki taraflı andlaşmalarla sınırlıdır. Kaldı ki Almanya, AB içerisinde tek egemen güç değildir. Yalnızca tek bir oy hakkına sahiptir. Bu açıklamalar GKRY'nin üyelik süreci için de geçerli kabul edilmelidir. Daha açık bir ifade ile AB üyeleri Birliğin karar alma mekanizmasında münferiden etkili olamaz. Bu sebeple GKRY'nin üyeliği Yunanistan ile ya da herhangi bir üye devletle birlik oluşturma şeklinde değerlendirilemez¹⁴⁷.

- *Crawford/Hafner/Pellet*'e göre 1963 yılından itibaren Ada'da başlayan şiddet dönemine ilişkin yaşanan anayasal zorluklar nedeniyle Kıbrıslı Türkler devlet organları ile kamu idarelerindeki görevlerinden çekilmişler-

¹⁴³ Crawford/Hafner/Pellet, s. 3.

¹⁴⁴ Crawford/Hafner/Pellet, s. 6.

¹⁴⁵ Crawford/Hafner/Pellet, s. 7.

¹⁴⁶ Crawford/Hafner/Pellet, s. 8.

¹⁴⁷ Crawford/Hafner/Pellet, s. 13.

dir¹⁴⁸. 1974 yılında Türkiye'nin Kıbrıs'a müdahalesi sonrasında Kıbrıslı Türkler bu defa Ada'nın kuzeyinde bağımsız bir Kıbrıs Türk devleti kurmak istemiş ve Kıbrıs Cumhuriyet içerisindeki görevlerine yine dönmemişlerdir. Bu gerekçelerle Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısına ve Türk Bakanlara ilişkin hükümler görevleri başında bulunmamaları/görevlerine dönmemeleri nedeniyle işlevini yitirmiştir¹⁴⁹. Buna rağmen Kıbrıs'ın yürütme yetkilerinin yerine getirilmesi bu kapsamda dış ilişkilerinin yürütülmesi bakımından uluslararası toplum GKRY'yi etkin ve tam ehliyeteye sahip bir hükümet olarak tanımaktadır¹⁵⁰. Şu halde GKRY'nin AB'ye üye olarak katılması olağan kabul edilmelidir. Görev başında bulunmayan/görevine dönmeyen Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı'nın kullanmadığı veto yetkisi nedeniyle GKRY'nin AB'ye üyelik başvurusu geçersiz sayılamaz¹⁵¹.

- *Crawford/Hafner/Pellet'e* göre mevcut duruma göre zaten ortada bir Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı yoktur. Bunun yerine Kıbrıs Cumhuriyeti'ni yönetmek bakımından uluslararası toplum tarafından kabul gören GKRY hükümeti vardır. Veto yetkisini içeren kuralın uygulanamaması nedeniyle oluşmuş bu fiili durumun reddedilmesi halinde 1963 yılından beri Kıbrıs adına imzalanan binlerce andlaşmanın geçersiz olması gerekir¹⁵². Bu durum da kabul edilemez.

- *Crawford/Hafner/Pellet'e* göre “en çok gözetilen ulus kaydı”, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin (garantör devletler dışındaki) üçüncü devletlerle, bu devletlere fayda sağlayan andlaşmalar yapmasına engel bir hüküm içermemektedir. Üçüncü devletlere sağlanan faydaların garantör devletlere sağlanması bu faydanın sağlandığı andlaşmadan sonra bir andlaşma yapılması şartına bağlıdır. Ancak garantör devlet sıfatıyla Türkiye Kıbrıs Cumhuriyeti'nden en çok gözetilen ulus kaydının uygulanmasını talep dahi etmemiştir. Kaldı ki GKRY'nin AB üyeliği halinde en çok gözetilen ulus kaydı bakımından Türkiye'ye fayda sağlama yükümlülüğü de bulunmamaktadır¹⁵³. Zira Türkiye, Garanti Andlaşması'nda yer alan müdahale hakkını ihlal etmiş ve Kurucu Andlaşmalardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. İhlalde bulunan Türkiye'nin GKRY'nin üyeliğine hukuki itiraz ileri sürme hak ve yetkisi bulunmamaktadır¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Crawford/Hafner/Pellet, s. 14.

¹⁴⁹ Crawford/Hafner/Pellet, s. 14.

¹⁵⁰ Crawford/Hafner/Pellet, s. 15.

¹⁵¹ Crawford/Hafner/Pellet, s. 16.

¹⁵² Crawford/Hafner/Pellet, s. 17.

¹⁵³ Crawford/Hafner/Pellet, s. 18.

¹⁵⁴ Crawford/Hafner/Pellet, s. 18.

Tarafların ileri sürdükleri mütalaalar incelendiğinde her iki tarafın Kurucu Andlaşmaların varlığını/geçerliliğini kabul ettiği ve görüşlerini bu Andlaşmalar'a dayanarak oluşturduğu anlaşılabacaktır¹⁵⁵. Ancak bu mütalaalar içerisinde zaruret hali tartışılmamış, bunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine değinilmemiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere 30 Kasım 1963 tarihinde Kıbrıslı Rumlar Anayasayı değiştirmek istemiş, ancak bu değişiklik talepleri Kıbrıslı Türkler tarafından reddedilince Adada Rum merkezli şiddet hareketleri başlamıştır. Ardından Kıbrıslı Rumlar Kurucu Andlaşmalara aykırı bir şekilde Kıbrıs Anayasasını değiştirmiş, Türkleri devlet organları ile kamu idarelerindeki görevlerinden uzaklaştırmışlardır. Bunun neticesinde Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak hareket etmeye başlamışlardır¹⁵⁶. Kıbrıslı Rumlar bu olup bitene gerekçe olarak zaruret hali görüşünü sunmuşlardır. Yukarıda da ifade edildiği üzere zaruret halinin şartları oluşmamıştır¹⁵⁷. Şu halde Kurucu Andlaşmalara göre GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olmadığı açıktır. Zaruret halinin şartları oluşmadığından GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB'ye üyelik başvurusu yapma hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Ancak bu durum Kıbrıslı Türkler adına sunulan mütalaaların merkezine alınmamış, bunun yeterince tartışması yapılmamıştır.

Kıbrıslı Türkler adına mütalaaları sunan Mendelson bu hususa yalnızca bir paragrafta değinmiştir¹⁵⁸. Zaruret haline başvurulmasına gerekçe gösterilen şiddet olaylarına Rumların neden olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca zaruret halinin anayasayı ihlal etmek için bir gerekçe olarak sunulmasının tartışmalı olduğunu, bunun yalnızca anayasa ihlali şeklinde bir iç hukuk meselesi olarak görülemeyeceğini ileri sürmüştür. Zira Kıbrıs Cumhuriyeti'nin varlığı ve korunması Kurucu Andlaşmalar ile temin edilmiştir, dolayısıyla iç hukuk ile birlikte uluslararası andlaşmaların ihlali de söz konusudur. *Mendelson*'un açıklamaları bu şekliyle sona ermiştir. Bu açıklamalarda zaruret halinin şartları, bu şartların oluşup oluşmadığı, dolayısıyla GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB'ye üyelik başvurusu yapmaya ehil olup olmadığı tartışması yapılmamış, zaruret hali tartışması mütalaanın merkezine yerleştirilmemiştir.

Buna karşın Kıbrıslı Rumlar adına *Crawford/Hafner/Pellet* tarafından sunulan mütalaalarda zaruret hali görüşüne değinilmemiştir. Bunun yerine Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsız bir devlet olduğu, AB üyelerinin tamamı

¹⁵⁵ Özarslan, s. 87.

¹⁵⁶ Toluner, s. 211.

¹⁵⁷ Stavsky, s. 358; Özersay(a), s. 70; Necatigil, s. 55.

¹⁵⁸ Mendelson, 99. paragraf.

tarafından tanındığı, tek ve yasal hükümetinin GKRY olduğu, 1963 yılından itibaren Adada meydana gelen şiddet olaylarına rağmen bu hükümetin tam ve etkin bir şekilde görevlerini yerine getirdiği ileri sürülmüştür¹⁵⁹. GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal hükümeti olduğundan dolayı AB'ye üyelik başvurusu yapmaya ehil sayıldığı kabul edilmişse de buna dayanak olarak gösterilen zaruret hali görüşünün geçerliliği tartışılmamış, şartlarının oluşup oluşmadığı tahlil edilmemiş, bunun yerine doğrudan bu görüş kabul edilmiştir.

GKRY'nin AB'ye üyelik başvurusunun hukuki geçerliliği, zaruret hali görüşü tartışılmadan yapılamaz. Dolayısıyla bu konuda eksiklik olduğu açıktır. Buna rağmen Türk tarafı görüşlerini sunarken bugün dahi zaruret halinin şartlarının oluşmadığını dolayısıyla GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB'ye üyelik başvurusu yapma ehliyetine sahip olmadığını uluslararası kamuoyuna anlatmalıdır.

II. AVRUPA BİRLİĞİNİN YAKLAŞIMI

AB'nin Kıbrıs sorununa yaklaşımı süreç içerisinde değişime uğramıştır¹⁶⁰. 1974 öncesi dönemde AB, Türkiye-Yunanistan arasında var olan sorunlara dolayısıyla Adada yaşayan Türk ve Rum toplumlarına eşit mesafede yaklaşmıştır. 20 Temmuz 1974 tarihinde Türkiye'nin gerçekleştirdiği Kıbrıs Barış Harekâtı neticesinde AB, Kıbrıs'a yönelen her türlü müdahaleye karşı olduğunu belirten açıklamalar yapmıştır¹⁶¹. AB, Kıbrıs'taki dengeleri Türkiye tarafından yürütülen harekâtın bozduğunu iddia etmiş olsa da dengeler 1963 yılında Kıbrıslı Rumların Anayasa'yı değiştirme ve Kıbrıslı Türkleri dışlama/yok etme eylemleri neticesinde bozulmuştur¹⁶². Bu yaklaşımına rağmen AB taraflara eşit ve objektif yaklaşma gayretini devam ettirmiştir¹⁶³. Ancak Yunanistan'ın üyeliğinden itibaren AB'nin Kıbrıs sorununa yaklaşımı değişmiş, taraflı hale gelmiştir¹⁶⁴. Yunanistan'ın, GKRY'nin üyelik sürecine karşı çıkılması halinde veto ile karar alma mekanizmasını çalışamaz hale getireceği yönündeki tehdidi AB'yi GKRY'nin lehinde kararlar almaya mecbur etmiştir¹⁶⁵. Bunun bir neticesi olarak AB, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak GKRY'yi kabul etmiştir. Bir diğer ifade ile GKRY

¹⁵⁹ Crawford/Hafner/Pellet, s. 3.

¹⁶⁰ Topur, s. 371.

¹⁶¹ Hatip, s. 48.

¹⁶² Hacıbekiroğlu, s. 14.

¹⁶³ Hatip, s. 48.

¹⁶⁴ Akbayrak, s. 44.

¹⁶⁵ Hatip, s. 49.

tarafından savunulan zaruret hali görüşü AB tarafından kabul görmüştür¹⁶⁶. Sonuç olarak AB, Adada yalnızca GKRY'nin varlığını tanımış, Kıbrıslı Türkleri/KKTC'yi görmezden gelmiştir¹⁶⁷.

Zaruret hali görüşünün kabul edildiğine ilişkin yaklaşım AB kurumlarının kararlarına yansımıştır. İlk olarak GKRY'nin üyelik başvurusu, Komisyon'un 30 Haziran 1993 tarihli görüşü ile kabul edilebilir bulunmuştur¹⁶⁸. Akabinde AB Konseyi, Komisyon tarafından verilen olumlu görüşü onaylamıştır¹⁶⁹. Bu onayın dayanmış olduğu 4 Ekim 1993 tarihli AB Genel İşler Konseyi'nin kararında, AB'ye üyelik başvurusunun yalnızca GKRY hükümeti tarafından yapıldığı açıkça belirtilmiştir. Bu karar, GKRY'nin Adanın tamamını temsil eden tek meşru hükümet olarak kabulünü ortaya koymaktadır¹⁷⁰. Bir diğer AB kurumu olan Parlamento da GKRY'nin üyelik başvurusuna ilişkin 12 Temmuz 1995 tarihli açıklamasında bu hususlara olumlu yaklaştığını ifade etmiştir¹⁷¹. Bu açıklamalar ışığında ve AB kurumlarının iradesini yansıtan metinler dikkate alındığında GKRY tarafından savunulan

¹⁶⁶ **European Commission:** "1998 Turkey Regular Report (27 November 1998)", s. 20.

¹⁶⁷ AB zaruret hali görüşünü kabul etmiştir. Bu kabulü, garantör devlet Türkiye'nin üyelik sürecinin yürütülmesi bakımından bir şart olarak sunmuştur. Daha açık bir ifade ile AB Türkiye'den GKRY'yi Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak tanımaması talep etmiştir. Bu talep için bkz. **European Council:** "Brussels Summit Presidency Conclusions (17-18 June 2004)", s. 11, https://www.europarl.europa.eu/summits/pdf/bru0404_en.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2025); Türkiye, GKRY'yi tanımayı reddetmiştir. Buna karşın AB Türkiye'nin Ek Protokol'ü GKRY'yi kapsayacak şekilde uygulamadığı sürece sekiz fasılda müzakerelerin açılmamasına, herhangi bir faslın geçici olarak kapatılmasına ilişkin kararı onaylamıştır. **European Council:** "Brussels Summit Presidency Conclusions (14-16 December 2006)", s. 3, https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/92202.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2025); AB, günümüze kadar Türkiye'nin üyelik sürecinin yürütülmesini GKRY'nin tanınması sürecine bağlayan kararlar almaktadır. Buna karşın Türkiye görüşlerinden vazgeçmemiş, GKRY'nin tanınması anlamına gelen bir işlemi günümüze kadar gerçekleştirmemiştir. Son tarihli AB kararları için bkz. **European Commission:** "2024 Turkey Regular Report (30 October 2024)", s. 50, https://enlargement.ec.europa.eu/turkiye-report-2024_en, (Erişim Tarihi: 10.05.2025); **European Council:** "Special Meeting (1 February 2024)", s. 4, <https://www.consilium.europa.eu/media/69874/20240201-special-euco-conclusions-en.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025); **EU General Affairs Council:** "Council conclusions on Enlargement (17 December 2024)", s. 26, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16983-2024-INIT/en/pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹⁶⁸ Komisyon kararı için bkz. **European Commission:** "Res 93/5 (30 June 1993)"; Doktrinden açıklamalar için bkz. **Özarlan**, s. 82.

¹⁶⁹ **European Council:** "Corfu Summit Presidency Conclusions (24-25 June 1994).

¹⁷⁰ **European Council:** "Corfu Summit Presidency Conclusions (24-25 June 1994).

¹⁷¹ **European Parliament:** "Resolution on Cyprus's Application for Membership of the European Union, (12 July 1995)", s. 1-2.

zaruret hali görüşünün kabul edildiği sonucu çıkmaktadır. Bunun neticesi olarak AB, GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olduğunu kabul etmiş ve üyelik başvurusunun olumlu karşılandığını açıklamıştır.

Bu durum AB Komisyonu tarafından hazırlanan ilerleme raporlarına da yansımıştır. İlgili raporlarda AB kurumları tarafından Kurucu Andlaşmaların halen yürürlükte olduğu, buna bağlı olarak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin devam ettiği, tek ve yasal temsilcisinin GKRY olduğu, Ada'nın kuzeyinde var olan KKTC'nin Türkiye dışında hiçbir devlet tarafından tanınmadığı, Türkiye'nin Adada işgalci olduğu ifadelerine yer verilmiştir¹⁷². Aynı şekilde ilgili raporlarda Birlik tarafından *Loizidou* davasında AİHM tarafından “Ada’da tek ve yasal hükümet GKRY’dir” kararı benimsenmiş, böylece zaruret hali görüşü meşruiyet zeminini genişletmiştir¹⁷³.

AB Zirveleri neticesinde yayınlanan sonuç bildirgelerinde de aynı ifadelere yer verilmiştir. Başvurudan sonraki ilk Zirve olan 21-22 Haziran 1993 tarihli Kopenhag Zirvesi’nde Kıbrıs Cumhuriyeti’nin tek ve yasal temsilcisi olarak GKRY’nin varlığı kabul edilmiş, bu şekliyle GKRY’nin zaruret hali görüşü teyit edilmiştir¹⁷⁴.

Zirveler neticesinde bu sonuca ulaşılmasında, AB üyesi olan Yunanistan’ın Birliğin karar alma mekanizmasını veto ile kilitleme tehdidi rol oynamıştır. İlk olarak 24-25 Haziran 1994 tarihli Korfu Zirvesi neticesinde - GKRY’nin üyelik sürecinin sorunsuz ilerleyeceğine ilişkin- Yunanistan’a garanti verilmiştir¹⁷⁵. Aynı durum 12 Aralık 1997 tarihli Lüksemburg Zirvesi esnasında da söz konusu olmuştur¹⁷⁶. Ancak bu garantilerin bazı engeller

¹⁷² **European Commission**: “1998 Turkey Regular Report (27.11.1998)”, s. 20; Bu ifadele- re 1998 tarihli İlerleme Raporu’nda yer verilmiştir. İzleyen Rapor’da işgalci kelimesi yerine Türkiye ile AB’nin Kıbrıs sorununa yaklaşımının bağdaşmadığına dikkat çekil- miştir, bkz. **European Commission**: “1999 Turkey Regular Report (27.11.1999)”, s. 41, https://enlargement.ec.europa.eu/turkey-regular-report-1999_en, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹⁷³ Bu yöndeki rapor için bkz. **European Commission**: “2004 Turkey Regular Report (27.11.2004)”, s. 30, http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/report_2004/, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹⁷⁴ **European Council**: “Copenhagen Summit Presidency Conclusions (21-22 June 1993)”, <https://www.consilium.europa.eu/media/21225/72921.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹⁷⁵ **European Council**: “Corfu Summit Presidency Conclusions (24-25 June 1994)”; Dokt- rindeki tespitler için bkz. **Ramming**, Saskia: “Cyprus’s Accession Negotiations to the European Union: Conditional Carrots, Good Faith, and Miscalculations”, *International Negotiation A Journal of Theory and Practice*, C. 13, S. 3, 2008, s. 370.

¹⁷⁶ **European Council**: “Luxemburg Summit Presidency Conclusions (12 December 1997)”, https://www.europarl.europa.eu/summits/lux1_en.htm, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

ileri sürülerek yerine getirilmemesi neticesinde Yunanistan, AB'nin karar alma mekanizmasını veto ile kilitlemiştir. Bunun neticesinde Helsinki Zirvesi'nde GKRY'nin tam üyeliğine ilişkin ileri sürülen tüm engellerin nihai olarak kaldırıldığı açıklanmış, akabinde Yunanistan vetosunu çekmiştir¹⁷⁷. Süreç 12-13 Aralık 2002 tarihli Kopenhag Zirvesi neticelenerek GKRY'nin üyelik başvurusu kabul edilmiş, GKRY 1 Mayıs 2004 tarihinde AB'ye tam üye olmuştur¹⁷⁸.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere AB'nin zaruret hali görüşü üzerinden GKRY'nin varlığını tanıdığı ve Birliği tam üye olarak kabul ettiği açıktır. Ancak yukarıdaki ilgili kısımda ifade edildiği üzere Kıbrıs sorunu kapsamında zaruret halinin şartları oluşmamıştır. Buna rağmen AB, bunun tartışması yapmamış, zaruret hali görüşünün hukuki geçerliliğini sorgulamamıştır. Dolayısıyla GKRY'nin AB'ye üyelik başvurusu ve ardından kabul edilen üyeliği son derece tartışmalıdır. Zira GKRY, Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB'ye üyelik başvurusu yapmaya ehil değildir.

Günümüzde bu sorunun tekrardan gündeme gelmesi Doğu Akdeniz deniz yetki alanları nedeniyle söz konusu olmuştur. AB, Doğu Akdeniz'de GKRY'nin üyeliği üzerinden rol almak istemektedir¹⁷⁹. Bu kapsamda AB zaruret hali görüşünü motamot savunmakta, bunun sonucu olarak Adadaki Türklerin varlığını yok saymakta, bunların deniz yetki alanları üzerinde hak ve yetkilerinin bulunmadığı yönünde adımlar atmaktadır¹⁸⁰. Bu durum Kıbrıslı Türkler/KKTC ve garantör devlet Türkiye ile arasında hukuki ihtilafların ortaya çıkmasına neden olmaktadır¹⁸¹. Şu halde Türk tarafı görüşlerini

¹⁷⁷ **European Council**: "Helsinki Summit Presidency Conclusions (10-11 December 1999)", m. 9, https://www.europarl.europa.eu/summits/hel1_en.htm, (Erişim Tarihi: 10.05.2025); Doktrinden açıklamalar için bkz. Hatip, *Avrupa Birliği'nin Rolü*, 49.

¹⁷⁸ **European Council**: "Copenhagen Summit Presidency Conclusions (12-13 December 2002)", <https://www.consilium.europa.eu/media/20906/73842.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹⁷⁹ **Yumuşak**, s. 337; **Hava**, s. 675; **Topçu**, s. 50; **Mat/Köse/Armağan**, s. 1085; **Şafak**, s. 29; **Özgen**, s. 104; **Kedikli/Deniz**, s. 400; **Yaycı**, s. 2.

¹⁸⁰ AB Komisyonu'nun Türkiye hakkındaki bazı ilerleme raporlarında buna ilişkin net ifadeler kullanılmıştır, bkz. **European Commission**: "Türkiye Report 2018 (17 April 2018)", s. 60, https://enlargement.ec.europa.eu/turkiye-report-2018_en, (Erişim Tarihi: 10.05.2025); **European Commission**: "Türkiye Report 2022 (12 October 2022)", s. 79; https://enlargement.ec.europa.eu/turkiye-report-2022_en, (Erişim Tarihi: 10.05.2025); Bununla birlikte AB Zirveleri'nde de benzer ifadelere rastlamak mümkündür, bkz. **European Council**: "Brussel Summit Presidency Conclusions (2 October 2020)", s. 11; <https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

¹⁸¹ Türkiye zaruret hali görüşünün şartlarının yerine gelmediğini ifade etmekte, Adada Türklerin varlığının da göz önünde bulundurulmasını istemektedir. Bu yönde hareket

oluştururken öncelikle zaruret hali kapsamında GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB'ye üyelik başvurusu yapmaya ehil olmadığını ortaya koymalı, bu husus uluslararası kamuoyuna açıklanmalıdır. Bunun neticesinde GKRY'nin AB üyeliği, dolayısıyla AB'nin Doğu Akdeniz'deki varlığı sorgulanmalıdır.

SONUÇ

Kurucu Andlaşmalara göre 16 Ağustos 1960 tarihinde Kıbrıs Cumhuriyeti kurulmuş, bu devletin, Kıbrıslı Türkler ile Rumların devlet yönetimine belirli bir oranda katılımı ile şekilleneceği kararlaştırılmıştır. İki toplumlu bir ortaklık cumhuriyeti olarak tasarlanan Kıbrıs Cumhuriyeti, 30 Kasım 1963 tarihinde Kıbrıslı Rumların Anayasa'yı değiştirme talepleri ile sarsıntıya girmiştir. Değişiklik isteklerinin özü Kıbrıslı Türkleri yönetimden uzaklaştırıp Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kendi başlarına yönetmeyi içermiştir. Tabii olarak bu talepler Kıbrıslı Türkler tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine Türkleri sindirmek adına Adada Rum merkezli şiddet eylemleri başlamıştır. Bu şiddet ortamında Rumlar, Kurucu Andlaşmalara aykırı bir şekilde Anayasa'yı değiştirmiş, Türkleri devlet yönetiminde dışlamış, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak hareket etmeye başlamışlardır. Bu olup bitenin gerekçesi olarak zaruret hali görüşünü ortaya atmışlardır.

Zaruret hali görüşü AB tarafından kabul görmüş, GKRY tarafından 4 Temmuz 1990 tarihinde üyelik başvurusu olumlu karşılanmıştır. Bu olumlu karşılamanın içeriğinde, 1963 yılında Kurucu Andlaşmalara aykırı bir şekilde Anayasanın değiştirilmesi ve Kıbrıslı Türklerin devlet yönetiminden dışlanmaları hususlarına değinilmemiştir. Bunun yerine Kıbrıs Cumhuriyeti adına GKRY'nin tek ve yasal temsilci sıfatıyla başvuru yapabileceği açıklanmıştır.

GKRY'nin AB'ye yaptığı üyelik başvurusunun hukuki geçerliliğine ilişkin Türk ve Rum taraflar görüşlerini sunmuşlardır. Sunulan görüşler ana eksende Kurucu Andlaşmalar ile Anayasa'da yer alan “veto yetkisi”, “toprak bütünlüğü garantisi”, “Enosis ve taksim yasağı ile garantör devletlerin bunu teşvik etmekten kaçınması” ve “en çok gözetilen ulus kaydı” hükümlerinin tartışılması üzerine şekillenmiştir. Ancak bu görüşler içerisinde zaruret hali görüşü tartışılmamış, bunun şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmemiş, bu kapsamda GKRY'nin Kıbrıs Cumhuriyeti adına başvuru yapmaya

eden Türkiye'ye karşı AB yaptırımlar uygulamaktadır, bkz. **European Commission:** “Türkiye Report 2020 (6 October 2020)”, s. 67, https://enlargement.ec.europa.eu/system/files/2020-10/turkey_report_2020.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

ehil olup olmadığı üzerinde durulmamıştır. Türk tarafının görüşlerini sunan *Mendelson*, mütalaası içerisinde yalnızca bir paragrafta zaruret halinin şartlarının oluşmadığını ifade etmişse de bu hususu görüşünün eksenine yerleştirmemiştir.

Makalede de ifade edildiği üzerinde Kıbrıs özelinde zaruret halinin şartları oluşmamıştır. GKRY tarafından 25 Nisan 1964 tarihli “Kıbrıs Cumhuriyeti v. Mustafa İbrahim ve diğerleri” davası esnasında zaruret hali görüşünün gerekçeleri ortaya konmuşsa da bunların yetersiz olduğu açıktır. Bir kere GKRY tarafından zaruret haline başvurulmasına gerekçe gösterilen “tehditler” mevcut hukuk düzeni içerisinde baş edilebilecek bir duruma işaret etmektedir. Bunun denenmemiş olması zaruret halinin tek olanak ve/veya son çare şartının karşılanmadığını gösterir. Kaldı ki bahsedilen tehditler, Adada meydana gelen şiddet olaylarıdır ki, bunun da Rum merkezli olduğu açıktır. Dolayısıyla Rumların kendi yarattıkları bir gerekçeye sığınarak Anayasayı tek taraflı ve usullere aykırı bir şekilde değiştirmeleri kabul edilemez. İkinci olarak zaruret hali kapsamında Anayasa’yı değiştiren Kıbrıslı Rumlar/GKRY olmuştur. Ancak zaruret haline yalnızca meşru ve yasal otorite tarafından başvurulabileceğinden bu şartta karşılanmamıştır. Zira GKRY Kıbrıs Cumhuriyeti adına yasal ve meşru otorite değildir. Nihayetinde zaruret hali bakımından “ilgili devletin katkı vermemesi” şeklindeki olumsuz şart aranmaktadır. Bu kapsamda Annan Planı çerçevesinde Kıbrıs Adası’nda referandumda Kıbrıslı Rumlar hayır oyu kullanarak normal şartlara dönüşü engellemiş ve bu iradelerini açıkça ortaya koymuşlardır. Bu durum GKRY’nin zaruret hali görüşünü gerekçe olarak sunmasını son derece tartışmalı hale getirmiştir.

GKRY’nin üyelik başvurusu sırasında AB tarafından zaruret hali görüşünün şartlarının karşılanıp karşılanmadığına dair bir değerlendirme yapılmamıştır. Bunun yerine doğrudan GKRY’nin Kıbrıs Cumhuriyeti’nin tek ve yasal temsilcisi olduğu kabul edilmiştir. Bu kabul AB kurumlarının kararlarına net bir şekilde yansımış, bunun neticesinde GKRY 1 Mayıs 2004 tarihinde AB’ye üye olarak kabul edilmiştir. Günümüzde bu sorunun tekrardan gündeme gelmesi AB’nin Doğu Akdeniz deniz yetki alanlarına ilişkin GKRY’nin üyeliği üzerinden hak talep etmesi nedeniyle söz konusu olmuştur. Bu da Kıbrıslı Türkler/KKTC ve garantör devlet Türkiye ile AB arasında hukuki anlaşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Şu halde Türk tarafı görüşlerini oluştururken zaruret hali kapsamında GKRY’nin Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB’ye üyelik başvurusu yapmaya ehil olmadığını ortaya koymalı, bunun neticesinde AB’nin Doğu Akdeniz’deki varlığı sorgulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbayrak, D.:** Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Avrupa Birliğine Üyelik Süreci Ve Türkiye Avrupa Birliği İlişkilerinde Kıbrıs Sorunu, Ufuk Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi Ankara 2021.
- Arsava, F.:** "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", AÜSBFD, C. 51, S. 1, 1996, s. 43-51.
- Avery, G./Cameron, F.:** The Enlargement of the European Union, Sheffield Academic Press, 1999.
- Bayram, M. H.:** Avrupa Birliği Hukuku Dersleri, Seçkin, Ankara 2022.
- Begaj, Jonida:** "AB'ye Katılımı Hazırlayan Ortaklık Anlaşmalarının Tarihi Ve Siyasi Süreç Kapsamında Şekillenmesi ve AB Üyeliği Üzerindeki Etkisi", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 29-72
- Bozkurt, E./Demirel, H.:** Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği Kapsamında Kıbrıs Sorunu, Nobel, 2004.
- Crawford, J./Hafner, G./Pellet, A(a):** "The Eligibility of the Republic of Cyprus for EU Membership", bkz. **UNGA:** "Res 56/723 (20 December 2001)", <https://digitallibrary.un.org/record/455805?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- Crawford, J./Hafner, G./Pellet, A:** "Republic of Cyprus: Eligibility for EU Membership", bkz. **UNGA:** "Res 52/481 (17 October 1997)", <https://digitallibrary.un.org/record/245019?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- Ehrlich, T.:** International Crises and the Role of Law; Cyprus, 1958-1967, Oxford University Press, Oxford 1974.
- Emilianides, Achilles C.:** "Accession of the Republic of Cyprus to the EU, The Constitution And the Cypriot Doctrine of Necessity", Cyprus Yearbook of International Relations, 2007, s. 65-82.
- Erkiner, H.:** Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, Seçkin, Ankara 2023.
- Ertekün, M. N.:** The Status of Two Peoples in Cyprus. The Turkish Republic Of Northern Cyprus, 1990.
- EU General Affairs Council:** "Council conclusions on Enlargement (17 December 2024)", <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16983-2024-INIT/en/pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

- European Commission:** “1998 Turkey Regular Report (27.11.1998)”, https://enlargement.ec.europa.eu/turkey-regular-report-1998_en, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Commission:** “1999 Turkey Regular Report (27.11.1999)”, https://enlargement.ec.europa.eu/turkey-regular-report-1999_en, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Commission:** “2004 Turkey Regular Report (27.11.2004)”, http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/report_2004/, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Commission:** “2024 Turkey Regular Report (30 October 2024)”, https://enlargement.ec.europa.eu/turkiye-report-2024_en, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Commission:** “Res 93/5 (30 June 1993)”, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/doc_93_5, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Commission:** “Türkiye Report 2018 (17 April 2018)”, https://enlargement.ec.europa.eu/turkiye-report-2018_en, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Commission:** “Türkiye Report 2020 (6 October 2020)”, https://enlargement.ec.europa.eu/system/files/2020-10/turkey_report_2020.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Commission:** “Türkiye Report 2022 (12 October 2022)”, https://enlargement.ec.europa.eu/turkiye-report-2022_en, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Council:** “Brussel Summit Presidency Conclusions (2 October 2020)”, <https://www.consilium.europa.eu/media/45910/021020-euco-final-conclusions.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Council:** “Brussels Summit Presidency Conclusions (14-16 December 2006)”, https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/92202.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Council:** “Copenhagen Summit Presidency Conclusions (12-13 December 2002)”, <https://www.consilium.europa.eu/media/20906/73842.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Council:** “Copenhagen Summit Presidency Conclusions (21-22 June 1993)”, <https://www.consilium.europa.eu/media/21225/72921.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

- European Council:** “Corfu Summit Presidency Conclusions (24-25 June 1994)”, https://www.europarl.europa.eu/summits/cor1_en.htm, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Council:** “Helsinki Summit Presidency Conclusions (10-11 December 1999)”, https://www.europarl.europa.eu/summits/hell1_en.htm, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Council:** “Luxemburg Summit Presidency Conclusions (12 December 1997)”, https://www.europarl.europa.eu/summits/lux1_en.htm, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Council:** “Special Meeting (1 February 2024)”, <https://www.consilium.europa.eu/media/69874/20240201-special-euco-conclusions-en.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- European Parliament:** “Resolution on Cyprus’s application for membership of the European Union, (12 July 1995)”, <https://www.statewatch.org/media/documents/e-library/1995-res-057.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- Fırat, M.:** 1990-2001 Yunanistan’la İlişkiler, içinde Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşı’ndan Bugüne Olgular, Belgeler Yorumlar, Editör Bas-kın Oran, İletişim Yayınları, 2001.
- Güner, A.:** “Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin (Kıbrıs Cumhuriyeti’nin) Avrupa Birliği Üyeliğinin Kıbrıs Sorununa Etkisi”, Yakın Dönem Tür-kiye Araştırmaları, S. 37, 2020, s. 95-118.
- Gürel, Ş. S.:** Değişmekte Olan Dünyada Türk-Yunan İlişkileri ve Kıbrıs Sorunu, İçinde Yeni Dünya Düzeni ve Türkiye. Editör Sabattin Şen, Bağlam Yayınları, 1992.
- Hacıbekiroğlu, Z.:** Kıbrıs Sorunu ve Tarafların Tutumu, İstanbul Üniver-sitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995.
- Hatip, E.:** Kıbrıs Sorununda Avrupa Birliği’nin Rolü (1990-2004), Atılım Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.
- Hava, H. T.:** “Doğu Akdeniz’deki Doğal Gaz Rezervlerinin Ekonomik ve Güvenlik Boyutuyla Türkiye Açısından Değerlendirmesi”, Güvenlik Stratejileri, C. 16, S. 35, 2020, s. 675-706.
- İlkova, N./Bolat, Ö.:** Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Tarihsel Gelişim, Sosyo - Ekonomik Durum, Avrupa Topluluğu İle İlişkiler, İktisadi Kal-kınma Vakfı Yayınları, 1991.
- Judgment of the ICJ:** Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, <https://www.icj-cij.org/sites/default>

/files/case-related/92/092-19930714-ORD-01-00-EN.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

Kaya, F.: Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Avrupa Birliği'ne Üyeliği ve Kıbrıs Sorunu, Ufuk Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.

Kedikli, Umut/Deniz, Taşkın: “Enerji Kaynakları Mücadelesinde Doğu Akdeniz Havzası ve Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı”, Alternatif Politika, C. 7, S. 3, 2015, s. 399-424.

Keesing's Contemporary Archives: 1963-1964 Vol 15, Keesing's Publication Limited, London 1964.

Kombos, Constatios: The Doctrine of Necessity in Constitutional Law, Sakkoulas Publications, Athens 2015.

Kyriakou, Nikolas/Skoutaris, Nikos: Cyprus A Territorially Divided Member State, National Constitutions and EU Integration, Hurt Publishing, London 2022.

Mat, T. Y./Köse M. A./Armağan, M. İ.: “Türkiye ile Avrupa Birliği Arasında Doğu Akdeniz Meselesine İlişkin Güncel Siyasi Gelişmeler ve Meselenin Uluslararası Hukuk Boyutu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 79, S. 3, 2021, s. 1067-1101.

Mendelson(a), M.: “Further Opinion of Professor M. H. Mendelson Q.C. On The Application Of The Republic of Cyprus to Join The European Union”, bkz. **UNGA:** “Res 56/451 (9 October 2001)”, <https://digitallibrary.un.org/record/450007?v=pdf>, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

Mendelson, M.: “Opinion of Professor M. H. Mendelson Q.C. On The Application Of The Republic of Cyprus to Join The European Union”, bkz. **UNGA:** “Res 56/451 (9 October 2001)”, <https://digitallibrary.un.org/record/450007?v=pdf>. (Erişim Tarihi: 10.05.2025).

Mor, H.: “Kıbrıs Sorununun Türkiye - AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, s. 983-1026.

Necatigil, M. Z.: The Cyprus Question and Turkish Position in International Law, Oxford University Press, Oxford 1989.

Özarslan, B. B.: Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku Açısından Kıbrıs Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2006.

- Özersay(a)**, K.: “The Excuse of State Necessity And Its Implications on the Cyprus Conflict”, *Perceptions*, C. 9, S. 4, 2004, s. 31-70.
- Özersay(b)**, K.: Kıbrıs Konusu, İçinde Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşı’ndan Bugüne Olgular, Belgeler Yorumlar, Editör Baskın Oran, İletişim Yayınları, 2013.
- Özersay**, K.: Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme, Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, Ankara 2009.
- Özgen**, Cenk: “Doğu Akdeniz’de Enerji Güvenliğine Yönelik Bir Girişim: Akdeniz Kalkanı Harekâtı”, *Akademik Ortadoğu*, C. 8, S. 1, 2013, s. 101-114.
- Papastylianos(a)**, Christos: “The Cypriot Doctrine of Necessity within the Context of Emergency Discourse: How a Unique Emergency Shaped a Peculiar Type of Emergency Law”, *The Cyprus Review*, C. 30, S. 1, 2018, s. 113-143.
- Papastylianos**, Christos: “The Cypriot Doctrine of Necessity and the Amendment of the Cypriot Constitution: The Revision of the Unamendable Amendment Rules of the Cypriot Constitution Through a Juridical Coup D’ État”, *ICL Journal*, C. 17, S. 3, 2023, s. 313-336.
- Pazarıcı**, H.: Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, Turhan Kitapevi, 2015.
- Ramming**, S. “Cyprus’s Accession Negotiations to the European Union: Conditional Carrots, Good Faith, and Miscalculations”, *International Negotiation A Journal of Theory and Practice*, C. 13, S. 3, 2008, s. 365-386.
- Stavsky**, M. M.: “The Doctrine of State Necessity in Pakistan”, *CILJ*, C. 16, S. 2, 1983, s. 341-358.
- Şafak**, Erdi: “Doğu Akdeniz’de Enerji, Değişen Dengeler”, *Yakın Doğu Enstitüsü, Rapor 2*, 2019, 2019, s. 1-47.
- Talmon**, S.: “The European Union – Turkey Controversy Over Cyprus Or A Tale Of Two Treaty Declaration”, *Chinese Journal of International Law*, C. 5, S. 3, 2006, s. 579-595.
- Toluner(a)**, S.: ‘Kıbrıs’ın Avrupa Birliğine Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği Üzerine”, *MHVMÖHB*, C. 22, S. 2, 2002, s. 857-888.
- Toluner**, S.: Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004.

- Topçu**, M. C.: “Doğu Akdeniz’in Enerji Jeopolitiği ve Deniz Yetki Uyuşmazlıkları Çerçevesinde Türkiye - GKRY Anlaşmazlıkları”, *Uluslararası İlişkiler ve Politika Dergisi*, C. 1, S. 1, 2021, s. 38-56.
- Topur**, T.: *Dünya ve Türkiye - AB - Kıbrıs Üçgeni*, Yeni Türkiye Yayınları, 2002.
- Trimikliniotis**, N./**Demetriou**, C.: *Legal Framework In The Republic of Cyprus, Displacement in Cyprus Consequences of Civil and Military Strife Report*, Peace Research Institute, Norway 2012.
- United Nations**: *Yearbook of International Law Commission 1980*, United Nations Publication, New York 1981, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1980_v2_p2.pdf, (Erişim Tarihi: 10.05.2025).
- Uzun**, Elif: *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Seçkin, Ankara 2021.
- Vatansever**, M.: “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, 2010, s. 1487-1530.
- Yaycı**, Cihat: “Doğu Akdeniz’de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye”, *Bilgi Stratejileri*, C. 4, S. 6, 2012, 1-70.
- Yumuşak**, T.: “Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 174, 2021, s. 325-345.

TIBBİ CİHAZ HUKUKU BAĞLAMINDA TEŞHİS VE TEDAVİDE KULLANILAN YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1590956>

Arş. Gör. Aliye AKGÜN TOKER^{* **}

Öz

Teşhis ve tedavi amacıyla kullanılan yapay zekâ sistemleri tıbbi cihaz niteliği taşımaktadır. Bu nedenle teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arz edilebilmesi Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde yer alan hükümlere tabidir. Yapay zekâ sistemlerinin taşıdıkları çeşitli özellikler nedeniyle, tıbbi cihazlara ilişkin düzenlemelerin tıbbi cihaz niteliğindeki yapay zekâ sistemlerinin güvenli bir şekilde piyasaya arz edilmeleri için uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda, çalışmada Türk Hukuku bakımından teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arzı ve mevzuatta değişiklik yapılması ihtiyacının bulunup bulunmadığı ele alınmıştır. Ayrıca Türk Hukuku bakımından önem arz ettiği için tıbbi cihazları da kapsamına alan Yapay Zekâ Tüzüğü'nün ilgili hükümleri çalışma kapsamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ Sistemleri, Tıbbi Cihaz, Tıbbi Cihazların Piyasaya Arzı, Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Yapay Zekâ Tüzüğü

^{*} Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İzmir (aliye.akgun@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0003-4593-7377 (Gönderim Tarihi: 25.11.2024 -Kabul Tarihi: 25.12.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

^{**} Bu makale, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında yazılmakta olan “Teşhis ve Tedavide Yapay Zekânın Kullanılmasından Doğan Hukuki Sorumluluk” adlı tez çalışmasından üretilmiştir. Yazar, 2214A Yurt Dışı Doktora Sırası Burs Programı kapsamında sağladığı destek nedeniyle TÜBİTAK BİDEB’e teşekkür eder.

**ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS USED FOR
DIAGNOSIS AND TREATMENT IN
THE CONTEXT OF MEDICAL DEVICE LAW**

(Research Article)

Abstract

Artificial intelligence systems used for diagnostic and treatment purposes are classified as medical devices. Therefore, the placement of AI systems used in diagnosis and treatment on the market is subject to the provisions outlined in the Medical Device Regulation and the In Vitro Diagnostic Medical Device Regulation. Given the various characteristics of AI systems, it is necessary to assess whether the regulations concerning medical devices are sufficient to ensure the safe market introduction of AI systems classified as medical devices. In this context, the study examines the placing on the market of AI systems used in diagnosis and treatment, and whether there is a need to amend the legislation under Turkish law. Additionally, since it is significant under Turkish law, the relevant provisions of the Artificial Intelligence Act, which also encompasses medical devices, are examined within the scope of the study.

Keywords

Artificial Intelligence Systems, Medical Device, Placing on the Market of Medical Devices, Medical Device Regulation, Artificial Intelligence Act

GİRİŞ

Yapay zekâ sistemlerinin araştırma sahalarından çıkarak gerçek hayatta uygulamaya geçirilme potansiyelinin yüksek olduğu alanlardan birisi de sağlık alanıdır. Sağlıkta yapay zekâ sistemlerinin kullanım alanları oldukça geniştir. Hastane yönetimi süreçlerine yapay zekâ sistemlerinin dahil edilerek süreçlerin verimli hale getirilmesinden, ilaç geliştirme süreçlerinde yapay zekâ sistemleri kullanılarak sürecin kısaltılmasına kadar birçok örnekten söz etmek mümkündür. Yapay zekâ sistemleriyle ilgili olarak büyük beklentilerin mevcut olduğu alan ise şüphesiz ki teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleridir. Teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri, çeşitli yönlerden incelenmeye muhtaç bir konudur. Bunlardan birisi de teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemlerinin güvenli bir şekilde piyasaya arz edilmelerinin hangi şekilde temin edileceği meselesidir.

Ürünlerin güvenli bir şekilde piyasaya arz edilmeleri veya hizmete sunulmaları için ürün güvenliği düzenlemeleri öngörülmektedir. Teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri, tıbbi cihaz niteliğinde oldukları için tıbbi cihazlara ilişkin ürün güvenliği mevzuatı olan Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'ne tabidirler. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde tıbbi cihazlarda kullanılan teknolojiden bağımsız olarak düzenlemelere yer verildiği için söz konusu düzenlemeler esas olarak yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazlar bakımından da geçerlidir. Ancak, bu durumda söz konusu düzenlemelerin yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazların güvenli bir şekilde piyasaya arz edilebilmeleri için uygun olup olmadığı, yapay zekâ sistemlerinin belirli özellikleri sebebiyle yeni düzenlemelere ihtiyaç bulunup bulunmadığı gibi sorular ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemlerinin tıbbi cihaz mevzuatı kapsamında incelenmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

Yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazlar bakımından önem arz eden bir düzenleme ise yakın zamanda yürürlüğe girmiş olan Avrupa Birliği'nin Yapay Zekâ Tüzüğü düzenlemesidir. Avrupa Birliği'nde tıbbi cihazlara ilişkin kabul edilmiş olan temel ürün güvenliği düzenlemeleri 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü ve 2017/746 sayılı İn Vitro Tanı Tıbbi Cihaz Tüzüğü'dür. Yapay Zekâ Tüzüğü kapsamında tıbbi cihazlar da yer almaktadır. Bu doğrultuda Avrupa Birliği'nde yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazların piyasaya arzında Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nün yanında Yapay Zekâ Tüzüğü'nde yer alan hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Ülkemizde tıbbi cihazlar için kabul edilmiş olan Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Avrupa Birliği'nin tıbbi cihaz düzenlemeleri ile uyumlu olarak

hazırlanmıştır. Bu nedenle gerek Avrupa Birliği mevzuatıyla uyum gerekse de ülkemizde tıbbi cihaz düzenlemelerinin yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazlar bakımından yeterliğini incelemek için Yapay Zekâ Tüzüğü hukukumuz bakımından da önem arz etmektedir.

Son olarak konunun sorumluluk hukuku bakımından da önem arz ettiğini vurgulamak gerekir. Teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri zarara yol açtığında sorumluluğu söz konusu olabilecek kişiler arasında hekimler, sağlık kuruluşları ve tıbbi cihaz üreticileri yer almaktadır. Ürün güvenliği mevzuatına uygun olarak piyasaya arz edilmemiş olan tıbbi cihazların kullanılması hekimlerin ve sağlık kuruluşlarının sorumluluğunun doğmasına neden olur. Bunun dışında, hekimlerin ve sağlık kuruluşlarının yükümlülüklerinin belirlenmesinde tıbbi cihaz mevzuatı etkili olabilir. Tıbbi cihaz üreticilerinin ise tıbbi cihazların yol açtığı zararlar nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümleri uyarınca veya ürün sorumluluğu kapsamında sorumlulukları söz konusu olabilir. Tıbbi cihaz üreticilerinin yükümlülüklerinin somutlaştırılması bakımından tıbbi cihaz mevzuatı önem arz eder. Tıbbi cihazların ürün sorumluluğu kapsamında hatalı olup olmadıklarının tespitinde dikkate alınacak hususlardan birisi de tıbbi cihaz mevzuatında cihazların piyasaya arzı için öngörülmüş koşullardır.

I. TEŞHİS VE TEDAVİDE KULLANILAN YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİ

A. Yapay Zekâ Kavramı

Teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleriyle ilgili açıklama yapmadan önce yapay zekâ kavramına kısaca değinmek gerekir. Yapay zekâ kavramının tanımıyla ilgili olarak üzerinde neredeyse uzlaşımın bulunduğu tek hususun yapay zekâyı tanımlamanın zorluğu olduğunu söylemek abartı bir söylem olmayacaktır. Zira zekâyı tanımlamanın zorluğu, yapay zekânın birçok bilim alanını ilgilendiren bir konu olması, yapay zekâ teknolojisinin dinamik bir yapıda olması gibi nedenler kavramın herkes tarafından kabul edilen bir tanımının mümkün olmamasına yol açmaktadır¹. Yapay zekâ kavramı genel olarak, karmaşık problemlerin bağımsız olarak çözümlenmesi için tasarlanmış yazılım tabanlı sistemler olarak ifade edilebilir.

¹ Bu hususta bkz. Scherer, Matheww U.: "Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, And Strategies", Harvard Journal of Law & Technology, Vol:29, No:2, Spring 2016, s. 359-362.

Yapay zekânın kavramsal olarak ortaya çıkışı ve bu hususta daha yoğun çalışmaların yapılması 1950’li yıllarda gerçekleşmiştir². İnsanın düşünme ve algılama yeteneğinin makinelere aktarılması için çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Yapay zekâ çalışmalarında esasen sembolik ve alt-sembolik olmak üzere iki farklı yaklaşımdan söz etmek mümkündür³. Yapay zekâ ile ilgili ilk çalışmalar, bilgilerin makinelere aktarıldığı sembolik (bilgi tabanlı) yapay zekâ sistemleri olarak ortaya çıkmıştır. Sembolik yapay zekâ sistemlerinde kural- ların tek tek programlanması oldukça zahmetli olmalarına ve kısıtlı bir kapasiteye sahip olmalarına neden olmuştur. Sembolik yapay zekânın dezavantaj- ları karşısında, bilimsel ve teknik alandaki gelişmelerle birlikte alt-sembolik yapay zekâ uygulamaları ortaya çıkmıştır⁴. Alt-sembolik yapay zekâ sistem- lerinde bir hedefe ulaşmak için çözüm yolunun belirlenmesi bakımından insan müdahalesi bulunmamaktadır. Bu yapay zekâ yönteminin en önemli uygulamaları makine öğrenmesi ve derin öğrenmedir⁵. Alt-sembolik yapay zekâ sistemlerinde program verilerden öğrenerek girdi ve çıktılar arasında bağlantı kurmaktadır. Alt-sembolik yapay zekâ sistemleri özellikle karmaşık problemlerin çözümü için uygundur.

Yapay zekâ sistemlerinin hukuki bakımından daha yoğun tartışılması alt-sembolik yapay zekâ sistemlerinin sahip olduğu bazı özellikler nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bunlardan bazıları yapay zekâ sistemlerinin teknik anlamda sahip olduğu otonomi özelliği⁶, bazı yapay zekâ sistemlerinde mevcut olan

² Bkz. **Nilsson**, Nils J.: *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*, Cambridge University Press, 2009, s. 73 vd.

³ Sembolik ve alt-sembolik yapay zekâ hakkında bkz. **Ilkou**, Eleni/**Koutraki**, Maria: “Symbolic Vs Sub-symbolic AI Methods: Friends or Enemies?”, *Workshop on Combining Symbolic and Sub-symbolic Methods and their Applications (CSSA)*, 2020, <https://ceur-ws.org/Vol-2699/paper06.pdf>, (Erişim Tarihi:28.8.2024); **Polat**, Cemre: *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 14-15.

⁴ Sembolik yapay zekâ için eski moda yapay zekâ (Good Old Fashioned Artificial Intelligence) tabiri de kullanılmaktadır. Söz konu ifade ilk olarak filozof John Haugeland tarafından 1985 yılında çıkardığı kitapta (Artificial Intelligence: The Very Idea) kullanılmıştır.

⁵ **Ilkou/Koutraki**, s. 2; **Niederée**, Claudia/**Nejdl**, Wolfgang: “Technische Grundlagen der KI”, *Künstliche Intelligenz und Robotik*, Hrsg.Martin Ebers/Christian Heinze/Tina Krügel/ Björn Steinrötter, C.H. Beck, München, 2020, s. 44.

⁶ Yapay zekâ sistemlerinde otonomi kavramı, sistemlerin belirlenen amaç doğrultusunda bağımsız hareket edebilme yeteneğini ifade etmektedir. Yapay zekâ sistemleri otonomi özelliğini, öğrenme yetenekleri sayesinde kazanmaktadır. Bkz. **Batache**, Djamil: *Künstliche Intelligenz in der Medizin aus haftungsrechtlicher Perspektive*, Dike Verlag, Baden-Baden, 2023, s. 32-33.

kara kutu (black box) özelliği ve yapay zekâ sistemlerindeki karmaşıklık özellikleridir⁷. Çalışmada da yapay zekâ sistemlerinin bu özellikleri dikkate alınarak tıbbi cihaz mevzuatının teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri için uygunluğu hakkında değerlendirme yapılacaktır.

B. Yapay Zekâ Sistemlerinin Teşhis ve Tedavide Kullanımı

Yapay zekâ teknolojilerinin teşhis ve tedavideki kullanımı yeni bir durum değildir. 1970’li yıllarda tıp alanında kullanılmak üzere uzman sistemler geliştirilmiş ve sonrasında uygulamaya geçirilmiştir⁸. Uzman sistemlerde, bir alandaki uzman bilgisi sisteme aktarılmaktadır. Uzman sistemler, geleneksel teknolojiye dayandığı için potansiyelleri sınırlı kalmıştır. Bilgi işlem teknolojilerindeki gelişmeler ve büyük veriye erişim yansımaları tıp alanında da kendisini göstermiş; otonom yapay zekâ sistemleri bu alana dahil edilmiştir.

Tıpta yapay zekâ sistemlerinin en büyük potansiyele sahip olduğu alanın teşhis olduğu söylenebilir. Yapay zekâ sistemlerinin bireylerin sağlık verilerinin değerlendirmesiyle hastalıklarının erken tespiti mümkün olmaktadır⁹. Özellikle görüntü değerlendirmesine dayalı olarak işlev gösteren yapay zekâ sistemleri hastalıkların teşhisinde önemli bir potansiyele sahiptir¹⁰. Bazı durumlarda geliştirilen sistemler erken teşhis konulabilmesine imkân sağlamakta veya uzmanlardan daha fazla doğruluk oranı ile teşhis koyabilmektedir. 2018 yılında FDA (Amerika Gıda ve İlaç Dairesi), diyabetik retinopatiyi

⁷ Bu hususta bkz. **Ebers**, Martin: “Regulating AI and Robotics: Ethical and Legal Challenges”, Algorithms and Law, Ed. Martin Ebers ve Susana Navas, Cambridge University Press, 2020, s. 44-50; **Wildhaber**, Isabelle: “Eine Einführung in die ausservertragliche Haftung für Künstliche Intelligenz (KI)”, Haftpflichtprozess 2021, Haftung für Künstliche Intelligenz, (teil-)automatisierte Fahrzeuge, Drohnen und Software, Entwicklungen im Dienstleistungs-, Privatversicherungs-, Prozess-, Staatshaftungs- und Haftpflichtrecht, Hrsg. Walter Fellmann, Zürich/Basel/Genf, 2021, s. 19-24.

⁸ Uzman sistemler ve tıpta uzman sistemler hakkında bkz. **Akalın**, Betül: Sağlık Hizmetleri ve Yönetiminde Yapay Zekâ, Hiperyayın, İstanbul, 2020, s. 110-121.

⁹ Örneğin astım, alzheimer, depresyon gibi hastalıkları teşhis edebilen; epilepsi nöbetlerini önceden tahmin edebilen yapay zekâ sistemleri geliştirilmektedir. Bkz. Kassel, Kristin/Pfannstiel, Mario A.: “Einsatzgebiete künstlicher Intelligenz bei chronischen Erkrankungen – Ein erster Überblick im Diagnostik- und Therapiebereich”, Künstliche Intelligenz im Gesundheitswesen, Hrsg. Mario A. Pfannstiel, Springer, Wiesbaden, 2022, s. 436-443.

¹⁰ **Gassner**, Ulrich M./**Juknat**, Ulrich: “Künstliche Intelligenz in der Medizin”, E-Health/Dijital Health, Hrsg. Wolfgang A. Rehmann/Christian Tillmanns, C.H.Beck, München, 2022, s. 253.

tespit edebilen bir IDx-DR isimli yapay zekâ sistemine onay vermiştir¹¹. Diyabetik retinopati, yüksek kan şekerinin retinaya zarar vermesi sonucu ortaya çıkan ve görme kaybına yol açabilen bir göz hastalığıdır. Hastalığın erken tedavisi ve dolayısıyla erken teşhisi gözdeki hasarın ve görme kaybının engellenmesini sağlamaktadır. Söz konusu sistem göz retina görüntülerini yapay zekâ algoritması ile analiz etmektedir. Sonuçların bir hekim tarafından analiz edilmesi gerekmemektedir. Bu nedenle göz uzmanı olmayan hekimler tarafından da kullanılabilir.

Yapay zekâ sistemleri tedavi alanında da çeşitli potansiyellere sahiptir. Örneğin hastalıklara ilişkin uygun tedavinin belirlenmesi için yapay zekâ sistemleri geliştirilmektedir¹². Özellikle kişiselleştirilmiş tedavi bakımından yapay zekâ sistemleri büyük önem taşımaktadır¹³. Bunun dışında cerrahi alanın önceden veya ameliyat sırasında yapay zekâ sistemleri aracılığıyla değerlendirilmesi ve böylelikle komplikasyon oranlarının azaltılması konusunda yapay zekâ sistemleri önemli bir araştırma alanı teşkil etmektedir¹⁴. Ayrıca ilaçların birbiriyle olan etkileşimi veya ilacın hasta üzerindeki etkisini tespit etmek için yapay zekâ sistemleri kullanılmaktadır.

Bahsettiğimiz durumlar dışında yapay zekâ sistemlerinin doğrudan tedavi sürecinde kullanımı özellikle robotik sistemler aracılığıyla gerçekleşmektedir. Çoğunlukla cerrahi müdahalelerde kullanılan robotik sistemlerin tedavide kullanımları farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin DaVinci robotik cerrahi sisteminde, cerrah ayrı bir konsolun başında bulunur ve cerrahın hareketleri eş zamanlı olarak robotik kollar tarafından gerçekleştirilir¹⁵. Hastadan uzak bir konumda bulunan hekimin hareketlerinin hastanın başında bulunan robotik sisteme aktarılması söz konusu olduğu için DaVinci robotik

¹¹ Bkz. <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-permits-marketing-artificial-intelligence-based-device-detect-certain-diabetes-related-eye>, (Erişim Tarihi: 1.7.2024); Ayrıca bkz. **Batache**, s. 52.

¹² Örneğin IBM Watson for Oncology çeşitli kanser türleri için tedavi planları ve seçeneklerini belirler. Bkz. <https://www.ibm.com/docs/en/announcements/watson-oncology?region=CAN>, (Erişim Tarihi: 1.7.2024); Ayrıca bkz. **Akal**, Afşar: “Kanser Tedavisinde Yapay Zekâ Kullanımı”, Sağlık Bilimlerinde Yapay Zekâ, Ed. Melih Bulut ve diğerleri, Çağlayan Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 44-47.

¹³ **Gassner/Juknat**, s. 255.

¹⁴ **Eckhoff**, Jennifer A./**Fuchs**, Hans F./**Meireles**, Ozanan R.: “Anwendung von künstlicher Intelligenz in der onkologischen Chirurgie des oberen Gastrointestinaltrakts”, Die Onkologie, 2023, s. 516-517.

¹⁵ Bkz. <https://www.intuitive.com/en-us/patients/da-vinci-robotic-surgery>, (Erişim Tarihi: 1.7.2024).

cerrahi sistemi telemanipülasyon sistemleri içerisinde yer alır¹⁶. Sistem bağımsız olarak hareket etmediği için otonomi özelliğine sahip değildir. Sistemde kullanılan üç boyutlu görüntüleme teknolojisi cerraha ameliyatı gerçekleştirirken daha iyi bir görüş imkânı sağlar. Ayrıca ameliyatın daha az kesi ile gerçekleşmesi hastaların iyileşme süreleri bakımından fayda sağlar.

Robotik cerrahi teknolojilerinin bir kısmında robotik sistem kullanıcıdan bağımsız olarak müdahaleleri gerçekleştirmektedir. Örneğin, kalça protezi ameliyatlarında kullanılan Robodoc cerrahi robotu, önceden tanımlanmış operasyon planına göre frezeleme işlemini gerçekleştirmektedir¹⁷. Robodoc önceden tanımlanmış işlem adımlarını gerçekleştirdiği için otonom olarak hareket etmemektedir. Tedavi alanında kullanılan robotların otonomi özelliği sınırlı olsa da bu konuda yapılan çalışmalar önümüzdeki dönemde otonomi özelliğine sahip robotların geliştirilmesi ve klinik uygulamaya girmesinin imkânsız olmadığını göstermektedir. STAR (Smart Tissue Autonomous Robot) isimli robot domuzlar üzerinde bağırsak anastomozu işlemini en az insan müdahalesi ile gerçekleştirmiştir¹⁸. STAR robotu dokunun nefes alma verme hareketini, deformasyonun tespit etmek; robotik aletin dokuya temasını tahmin etmek, robotik aleti dokunun nefes alma verme hareketiyle senkronize etmek gibi çeşitli otonom özelliklerle donatılmıştır¹⁹. Robot, bağırsak dikme gibi karmaşık bir işlemi aynı işlemi gerçekleştiren insanlardan daha iyi performansla gerçekleştirmiştir²⁰. Bu durum ilerleyen zamanlarda cerrahi alanında da rutin bazı işlemlerin yapay zekâ sistemlerine bırakılabileceğini göstermektedir²¹.

¹⁶ Bkz. **Blehschmitt**, Lisa: Die straf und zivilrechtliche Haftung des Arztes beim Einsatz roboterassistierter Chirurgie, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017, s. 29-31.

¹⁷ **Blehschmitt**, s. 17; Önceden belirlenmiş adımları gerçekleştirilen robotik cerrahi sistemlerinin kemik cerrahisinde kullanılması uygundur. Ancak, yumuşak doku cerrahisinde insan yapılarının farklı şekilde olması, dokulara uygulanacak baskının belirlenmesi gibi konular cerrahi süreci karmaşıklştırmaktadır. Bu nedenle önceden belirlenmiş adımları gerçekleştiren robotik cerrahi sistemleri yumuşak doku cerrahisinde kullanılmak için uygun değildir. Bu hususta bkz. **Blehschmitt**, s. 26-27; **Saeidi**, H./**Opfermann**, J. D./**Kam**, M./**Wei**, S./**Leonard**, S./**Hsieh**, M. H./**Kang**, J. U./**Krieger**, A.: "Autonomous robotic laparoscopic surgery for intestinal anastomosis", Science Robotics, Vol:7, Issue:62, January 2022, <https://www.science.org/doi/epdf/10.1126/scirobotics.abj2908>, (Erişim Tarihi:11.7.2024), s. 1.

¹⁸ **Saeidi/Opfermann/Kam/Wei/Leonard/Hsieh/Kang/Krieger**, s. 2.

¹⁹ **Saeidi/Opfermann/Kam/Wei/Leonard/Hsieh/Kang/Krieger**, s. 2.

²⁰ Bkz. <https://hub.jhu.edu/2022/01/26/star-robot-performs-intestinal-surgery/>, (Erişim Tarihi: 11.7.2024).

²¹ Aynı yönde bkz. **Gassner/Juknat**, s. 255.

Robotların tedavi alanında kullanımı yalnızca cerrahi müdahalelerle sınırlı değildir. Tümör tedavisinde kullanılan CyberKnife robotu cerrahi müdahale içermeyen radyoterapide kullanılmaktadır²². Radyoterapi ile iyonlaştırıcı ışın ile tümör dokusu yok edilmektedir. CyberKnife robotu işlem esnasında birçok açıdan radyasyon dozlarını iletmek için hastanın etrafında döner. Radyoterapide sağlıklı dokuların zarar görmemesi önem arz eder. CyberKnife robotu hastanın ve buna bağlı olarak tümör dokusunun konumundaki hassas değişiklikleri bile algılayarak radyasyon dozlarının sağlıklı dokulara zarar vermesini engellemektedir. CyberKnife robotu bu şekilde radyasyon dozlarını iletirken kullanıcıdan bağımsız olarak ve önceden belirlenmiş kesin adımlar olmadan konumlama işlemini gerçekleştirebilmektedir. Bu nedenle CyberKnife robotu otonomi özelliğine sahiptir.

Verilen örnekler ışığında teşhis ve tedavide yapay zekâ sistemlerinin potansiyellerinden en uygun şekilde faydalanmak için güvenli şekilde piyasaya arz edilmelerini sağlayacak sistemin mevcut olması gerekir. Bu nedenle bir sonraki başlıkta Türk Hukuku'nda mevcut tıbbi cihaz düzenlemeleri kapsamında konu ele alınacaktır.

II. TIBBİ CİHAZ HUKUKU KAPSAMINDA TEŞHİS VE TEDAVİDE KULLANILAN YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİ

A. Türk Hukuku'nda Tıbbi Cihazlara İlişkin Düzenlemeler

Ülkemizdeki tıbbi cihazlarla ilgili hukuki düzenlemeler Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlu olarak gerçekleştirilmiştir. Avrupa Birliği'nde tıbbi cihazlarla ilgili olarak ilk düzenlemeler 1990'lı yıllarda ortaya çıkmış ve tıbbi cihazlarla ilgili olarak çeşitli direktifler yürürlüğe konulmuştur. Bunlar 90/385/EEC sayılı Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Direktifi²³, 93/42/EEC sayılı Tıbbi Cihazlar Direktifi²⁴, 98/79/EC sayılı İn Vitro Tıbbi Tanı Cihazları Direktifi'dir²⁵. Bu direktifler arasında 93/42/EEC sayılı Tıbbi Cihazlar Direktifi temel direktif niteli-

²² Bkz. <https://cyberknife.com/cyberknife-how-it-works/>, (Erişim Tarihi: 1.7.2024).

²³ Council Directive of 20 June 1990 on the approximation of the laws of the Member States relating to active implantable medical devices, 90/385/EEC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31990L0385>, (Erişim Tarihi: 1.9.2024).

²⁴ Council Directive 93/42/EEC of 14 June 1993 concerning medical devices, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0042>, (Erişim Tarihi: 1.9.2024).

²⁵ Directive 98/79/EC of The European Parliament and of The Council of 27 October 1998 on in vitro diagnostic medical devices, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0079&from=EN>, (Erişim Tarihi: 1.9.2024).

ğindeydi. Diğer direktiflerle ise tıbbi cihazlar arasında daha küçük bir alanı teşkil eden vücuda yerleştirilebilir aktif tıbbi cihazlar ve vücuttan alınan örneklerin vücut dışında incelenmesinde kullanılan cihazları ifade eden in vitro tanı amaçlı tıbbi cihazlar düzenlenmiştir²⁶. 2007 yılında Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Direktifi ve Tıbbi Cihazlar Direktifi'nde 2007/47/EC sayılı Direktif ile değişiklik yapılmıştır. Hukukumuzda ise, Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlu olarak 2007 yılında Vücut Dışında Kullanılan (In Vitro) Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği²⁷, 2011 yılında ise Tıbbi Cihaz Yönetmeliği²⁸ ve Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği²⁹ yürürlüğe konulmuştur.

2017 yılında Avrupa Birliği'nde tıbbi cihazlarla ilgili mevzuatta değişiklikler yapılmıştır. Bu düzenlemelerle özellikle 2010 yılında Fransız PIP (Poly Implant Prothese) şirketinin hatalı ürettiği meme implantlarıyla ortaya çıkan tıbbi cihaz hukukundaki yetersizlikleri ortadan kaldırmak amaçlanmıştır³⁰. 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü (Medical Device Regulation, MDR)³¹ ile 90/385/EEC sayılı Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Direktifi ve 93/42/EEC sayılı Tıbbi Cihazlar Direktifi yürürlükten kaldırılmıştır. 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü, pandemi sebebiyle ancak 26.5.2021 tarihinde yürürlüğe girmiş, Tüzük içerisinde de birçok geçiş hükmüne yer verilmiştir. 2017/746 sayılı In Vitro Tanı Tıbbi Cihaz Tüzüğü (In Vitro Diagnostic Medical Device Regulation, IVDR)³² ile, 98/79/EC sayılı In Vitro Tıbbi Tanı Cihazları Direktifi yürürlükten kaldırılmıştır. 2017/746 sayılı Tüzük de 26.5.2022 tarihinde yürürlüğe girebilmiştir.

²⁶ **Lücker**, Volker: Spickhoff Medizinrecht, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, (Gesetz zur Durchführung unionsrechtlicher Vorschriften betreffend Medizinprodukte (Medizinprodukte-recht-Durchführungsgesetz – MPDG), Vorbemerkung, pr.4.

²⁷ Vücut Dışında Kullanılan (In Vitro) Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği, (RG. Sayısı: 26398, RG. Tarihi:9.1.2007).

²⁸ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, (RG. Sayısı:27957, RG. Tarihi:7.6.2011).

²⁹ Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği, (RG. Sayısı:27957, RG.Tarihi:7.6.2011).

³⁰ **Reitebuch**, Lukas: Mobile Health Applications-Rechtliche Rahmenbedingungen von Gesundheits-Apps, Springer Verlag, Berlin, 2022, s. 54.

³¹ Regulation (Eu) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02017R0745-20230311>, (Erişim Tarihi: 5.9.2024).

³² Regulation (EU) 2017/746 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on in vitro diagnostic medical devices and repealing Directive 98/79/EC and Commission Decision 2010/227/EU, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/746/oj>, (Erişim Tarihi: 5.9.2024).

Tıbbi cihazlara ilişkin Avrupa Birliği'nin yeni düzenlemeleri önemli değişiklikler içermesinin yanında, üye devletlerde uygulanma etkisi yönünden önceki düzenlemelerden ayrılmaktadır. Tıbbi cihazlara ilişkin önceki düzenlemeler direktif (yönerge) niteliğinde olup, üye devletlerde doğrudan uygulanma yeteneğine sahip değillerdi. Direktifler üye devletler için ulaşıl-mak istenen sonuç bakımından bağlayıcı olup, şekil ve yöntem bakımından üye devletler serbesttirler (Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİA), m.288/3). Tüzükler ise, tamamen bağlayıcıdır ve üye devletlerde doğrudan uygulanır (ABİA, m.288/2). Bu nedenle 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü ve 2017/746 sayılı İn Vitro Tanı Tıbbi Cihaz Tüzüğü üye devletlerde doğrudan uygulanma yeteneğine sahiptir³³.

Avrupa Birliği'nde tıbbi cihazlara ilişkin düzenleme değişikliklerinin hukukumuzda da etkisi olmuş ve bu hususlarda yeni düzenlemeler yapılmıştır. 2021 yılında Tıbbi Cihaz Yönetmeliği³⁴ yürürlüğe konulmuş; Yönetmelik ile 2011 tarihli Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır. Yine 2021 yılında İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği³⁵ yürürlüğe konularak 2007 tarihli Vücut Dışında Kullanılan (İn Vitro) Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği yürür-lükten kaldırılmıştır. Tıbbi cihazlarla ilgili söz konusu düzenlemeler dışında hukukumuzda birçok düzenleme mevcuttur³⁶. Tıbbi cihazların piyasaya arz edilmesine ilişkin temel nitelikli düzenlemeler ise Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'dir.

Bu düzenlemeler çerçevesinde genel tıbbi cihazlar başlığı altında tıbbi cihazların, tıbbi cihazlar ve in vitro tanı amaçlı tıbbi cihazlar olarak ikiye

³³ Üye devletler tüzüklerle ilgili gerekli olduğu ölçüde iç hukukta düzenleme yapabilirler. Almanya'da söz konusu tüzüklerin uygulanması ve tamamlanması amacıyla uygulama kanunu yürürlüğe konulmuştur (Gesetz zur Durchführung unionsrechtlicher Vorschriften betreffend Medizinprodukte (Medizinprodukte-recht-Durchführungsgesetz – MPDG), <https://www.gesetze-im-internet.de/mpdg/>), (Erişim Tarihi:16.9.2024); Birlik üyesi olmayan İsviçre'de de tıbbi cihazlara ilişkin düzenleme Avrupa Birliği tıbbi cihaz düzenlemelerine paralel olarak İlaçlar ve Tıbbi Cihazlara İlişkin Federal Yasa (Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte-Heilmittelgesetz, (HMG)) kap-samında düzenleme yapılmıştır. Bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2001/422/de>, (Erişim Tarihi: 16.9.2024).

³⁴ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, (RG. Sayısı: 31499 (Mükerrer), RG. Tarihi:2.6.2021).

³⁵ İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, (RG. Sayısı: 31499 (Mükerrer), RG. Tarihi:2.6.2021).

³⁶ Hukukumuzda tıbbi cihazlarla doğrudan ve dolaylı olarak ilgili olan birçok hukuki düzenleme mevcuttur. Bu hususta açıklamalar için bkz. **Yünlü**, Semih: "Güncel Tıbbi Cihaz ve Ürün Mevzuatı Bağlamında Hukuki Sorumluluk Genel Çerçevesi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:184, Aralık 2021, s. 2415-2422.

ayrıldığı söylenebilir. Tıbbi cihazların büyük bir bölümü Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'ne tabi olup in vitro tanı amaçlı tıbbi cihazlar ise daha küçük bir alanı işgal etmektedir. Bunun dışında Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin birçok hükmü paralellik göstermektedir. Bu nedenle tıbbi cihazlarla ilgili açıklamalarda genel olarak Tıbbi Cihaz Yönetmeliği esas alınacaktır. Son olarak belirtmek gerekir ki Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Avrupa Birliği düzenlemeleri temel alınarak hazırlandığı için Yönetmelik hükümlerinin açıklanması ve değerlendirilmesinde yabancı öğretiden faydalanılması uygun olacaktır.

B. Teşhis ve Tedavide Kullanılan Yapay Zekâ Sistemlerinin Tıbbi Cihaz Niteliği

1. Genel Olarak

Bu başlık altında öncelikle tıbbi cihaz kavramı açıklanacak, sonrasında teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemlerinin tıbbi cihaz niteliği açıklanacaktır. Tıbbi cihazın tanımına Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin 3. maddesinde tanımlar başlığı altında yer verilmiştir. Buna göre tıbbi cihaz;

“1) Amaçlanan asli fonksiyonunu, insan vücudu içerisinde veya üzerinde farmakolojik, immünolojik veya metabolik etkiler ile sağlamayan fakat fonksiyonunu yerine getirirken bu etkiler tarafından desteklenebilen ve spesifik olarak;

i) Hastalığın; tanısı, önlenmesi, izlenmesi, tahmini, prognozu, tedavisi veya hafifletilmesi,

ii) Yaralanma veya sakatlığın; tanısı, izlenmesi, tedavisi, hafifletilmesi veya kompanse edilmesi,

iii) Anatominin ya da bir fizyolojik yahut patolojik sürecin veya durumu; araştırılması, ikame edilmesi veya modifikasyonu,

iv) Organ, kan ve doku bağışları dâhil olmak üzere, insan vücudundan elde edilen örneklerin in vitro tetkiki vasıtasıyla bilgi sağlanması,

tıbbi amaçlarından biri veya daha fazlası için, imalatçı tarafından insan üzerinde tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tasarlanan alet, aparat, teçhizat, yazılım, implant, reaktif, materyal veya diğer malzemeleri,

2) Gebeliğin önlenmesine veya desteklenmesine yönelik cihazları,

3) 1 inci maddenin ikinci fıkrasında atıfta bulunulan cihazların ve bu bendin (1) numaralı alt bendinde atıfta bulunulan cihazların temizliği,

dezenfeksiyonu veya sterilizasyonu için özel olarak tasarlanan ürünleri” ifade eder (m.3/1/eee)³⁷.

2017/745 sayılı Tüzük’e paralel olarak düzenlenmiş hükme göre tıbbi cihaz tanımı oldukça geniş kaleme alınmıştır³⁸. Tıbbi cihazın tanımından yola çıkarak tıbbi cihazdan bahsedebilmek için üç unsurun bir arada bulunması gerektiği söylenebilir. Bunlar fizyolojik bileşen, etki mekanizması ve tıbbi kullanım amacıdır³⁹.

İlk olarak tıbbi cihazın işleyişini sağlayan unsur olarak fizyolojik bileşene sahip olması gerekir. Tıbbi cihazın bu unsuru alet, aparat, teçhizat, yazılım, implant, reaktif, materyal ve diğer malzemeler olarak çok geniş bir şekilde ifade edilmiştir⁴⁰. Burada yer verilen geniş tanım sebebiyle, diğer unsurların da karşılanması durumunda tıbbi cihaz tanımı dışında kalabilecek bir ürün bulunmamaktadır⁴¹.

Yapay zekâdan söz etmemizin sebebi esasen yazılımdır. Yazılım unsuru bir donanıma gömülü halde olabilir veya bağımsız bir şekilde bulunabilir. Tıbbi cihaz tanımı göz önünde bulundurulduğunda bir donanıma gömülü olan yapay zekâ yazılımlarının tıbbi cihaz olarak nitelendirilmeleri bakımından özellik arz eden bir durum söz konusu değildir. Düzenleme, yazılımların

³⁷ İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’ne göre in vitro tanı cihazı; “*Yalnızca veya esas olarak;*

1) Fizyolojik veya patolojik bir sürece veya duruma ilişkin,

2) Konjenital fiziksel veya zihinsel bozukluğa ilişkin,

3) Tıbbi bir duruma veya hastalığa yatkınlığa ilişkin,

4) Potansiyel alıcılar için güvenlik ve uyumluluğu belirlemeye yönelik,

5) Tedavi cevabını veya reaksiyonlarını tahmin etmeye yönelik,

6) Tedavi tedbirlerini tanımlamaya veya izlemeye yönelik,

hususlardan biri veya daha fazlası hakkında bilgi sağlamak amacıyla, kan ve doku bağışları dâhil olmak üzere, insan vücudundan elde edilen numunelerin incelenmesinde imalatçı tarafından in vitro olarak kullanılması amaçlanan, gerek tek başına gerekse birlikte kullanılan, reaktif, reaktif ürün, kalibratör, kontrol materyali, kit, alet, aparat, ekipman parçası, numune kapları, yazılım veya sistem olan tıbbi cihazları” ifade eder (m.3/1-ü).

³⁸ MDR, Art.2/1.

³⁹ **Jabri**, Sarah: “Artificial Intelligence and Healthcare: Products and Procedures”, *Regulating Artificial Intelligence*, Ed. Thomas Wischmeyer ve Timo Rademacher, Springer, 2020, s. 312 vd.; **Reitebuch**, s. 54 vd.

⁴⁰ İn vitro tanı cihazlarında da bu unsur *gerek tek başına gerekse birlikte kullanılan reaktif, reaktif ürün, kalibratör, kontrol materyali, kit, alet, aparat, ekipman parçası, numune kapları, yazılım veya sistem* olarak oldukça geniş bir şekilde ele alınmıştır.

⁴¹ **Lücker**, MPDG § 2 pr.10; **Reitebuch**, s. 55.

da tek başına tıbbi cihaz olarak nitelendirilmelerine imkân vermektedir⁴². Ancak düzenlemede yazılım kavramı tanımlanmamıştır. Bu nedenle klasik yazılımların yanında yapay zekâ yazılımlarının da tıbbi cihaz niteliğinde olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekir.

Tıbbi Cihaz Tüzüğü ve Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde yazılım kavramı tanımlanmamakla birlikte 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü (m. 103) ile kurulmuş olan Tıbbi Cihaz Koordinasyon Grubu (Medical Device Coordination Group) tarafından yayımlanmış olan 2019/11 sayılı Yazılımın Sınıflandırılması ve Kalifikasyonu Hakkında Kılavuz'da⁴³ yazılım kavramının tanımı verilmiştir⁴⁴. Söz konusu Kılavuz bağlayıcı nitelikte olmasa da Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nün yorumlanması bakımından önem arz etmektedir. Kılavuz'daki tanıma göre yazılım, girdi verilerini işleyen ve çıktı verilerini oluşturan bir dizi talimattır⁴⁵. Buna göre yazılımdan söz edebilmek için girdi verilerinin bir dizi talimata göre işlenerek çıktı verisinin oluşturulması gere-

⁴² Yazılımların tıbbi cihaz niteliğinde olabileceği mevzuatta açıkça düzenlenmiştir. Ancak, Türk Hukukunda ürün sorumluluğunun koşulu olarak yazılımların "ürün" niteliğinde olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Ürün sorumluluğunun düzenlendiği 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda ürün, "*her türlü madde, müstahzar veya eşya*" olarak tanımlanmıştır (m.3/1-s). Bu kapsamda yazılımların ürün niteliğinde olup olmadığı daha ayrıntılı tartışılmaya muhtaç olsa da çalışmanın kapsamı nedeniyle yalnızca yazılımların ürün olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünde olduğumuzu ifade etmek isteriz. Bu yönde bkz. **Yünlü**, s. 2425; Aksi yönde görüş için bkz. **Polat**, s. 181; Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde tıbbi cihazların neden olduğu zararlardan dolayı 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu kapsamında, ürün sorumluluğu hükümleri uyarınca tazminat talep edilebileceği açıkça düzenlenmiştir (m.10/16). Bu düzenleme karşısında yalnızca fiziki varlığa sahip tıbbi cihazların neden olduğu zararlar için ürün sorumluluğuna başvurulabileceğini, tıbbi cihaz niteliğindeki yazılımlar için ürün sorumluluğuna başvurulamayacağını kabul etmek adil ve tutarlı bir sonuca yol açmaz. Bu durum da yazılımların ürün olarak kabul edilmeleri gerektiği görüşünü desteklemektedir.

⁴³ **Medical Device Coordination Group**: MDCG 2019-11 Guidance on Qualification and Classification of Software in Regulation (EU) 2017/745 – MDR and Regulation (EU) 2017/746 –IVDR, https://health.ec.europa.eu/system/files/202009/mdc_mdcg_2019_11_guidance_qualification_classification_software_en_0.pdf, (Erişim Tarihi: 20.9.2024), (Guidance on Qualification and Classification of Software), s. 5; Tıbbi Cihaz Koordinasyon Grubu'nun görevlerinden biri Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nün etkili ve uyumlu bir şekilde uygulanmasını sağlamak için kılavuzlar geliştirmektir (MDR, Art.105/c). Bu doğrultuda Tıbbi Cihaz Koordinasyon Grubu tarafından hazırlanan kılavuzlardan biri 2019/11 sayılı Yazılımın Sınıflandırılması ve Kalifikasyonu Hakkında Kılavuzdur.

⁴⁴ **Medical Device Coordination Group**, Guidance on Qualification and Classification of Software, s. 5.

⁴⁵ "*For the purpose of this guidance, "software" is defined as a set of instructions that processes input data and creates output data.*".

kir. Yapay zekâ yazılımlarında da girdi verileri işlenerek çıktı verileri elde edilmektedir. Ancak, yapay zekâ yazılımlarında talimat dizisi programcı tarafından belirlenmemekte, yazılım tarafından oluşturulmaktadır. Klasik yazılımlarda algoritma açıkça yazılımı tasarlayan kişi tarafından belirlenir. Kılavuz'daki tanıma göre talimatların kim tarafından oluşturulduğu önem arz etmemektedir. Asıl önemli olan husus, girdi verilerinin işlenerek çıktı verisinin oluşturulmasıdır. Bu nedenle yapay zekâ yazılımlarını Kılavuz'da yer alan yazılım tanımı kapsamında kabul etmek mümkündür⁴⁶. Bu doğrultuda, yapay zekâ sistemi olarak kabul edilen tüm yazılımların Tıbbi Cihaz Yönetmeliği kapsamında kaldığı söylenebilir. Ayrıca Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin amaçlarından birinin hastalar, kullanıcılar ve diğer kişiler için sağlığın yüksek sevide korunması olduğu; tıbbi cihaz kavramının fizyolojik bileşenin oldukça geniş bir şekilde tanımlandığı ve yazılım kavramı bakımından herhangi bir sınırlandırma yapılmaması nedeniyle yapay zekâ yazılımları da tıbbi cihaz kapsamında kabul edilebilir. Zira, yapay zekâ yazılımlarını tıbbi cihaz kapsamından çıkararak güvenlik standartlarından muaf tutmanın makul bir gerekçesi yoktur.

Yapay zekâ yazılımları statik nitelikte olabilir. Statik yapay zekâ yazılımları öğrenme süreci tamamlanmıştır ve yeni verilerle öğrenme süreci devam etmemektedir. Statik yazılımların aksine öğrenmeye devam eden (öğrenen) yapay zekâ yazılımlarında yazılım öğrenmeye devam ederek değişmektedir. Tıbbi cihaz olarak nitelendirme bakımından da yapay zekâ yazılımlarının statik olması veya öğrenen yapay zekâ yazılımı olması bir önem arz etmemektedir⁴⁷. Her iki türdeki yapay zekâ yazılımları tıbbi cihazın diğer unsurlarını karşılamak kaydıyla tıbbi cihaz olarak kabul edilebilirler. Sonuç olarak, klasik yazılımların yanında yapay zekâ yazılımları da tıbbi cihaz olarak nitelendirilmeye elverişlidir⁴⁸.

Tıbbi cihazın tanımına göre sahip olması gereken ikinci unsur etki mekanizması ile ilgilidir. Tıbbi cihazlar ile ilaçların her ikisinde tıbbi amaç mevcuttur. Ancak etki mekanizması yönünden tıbbi cihazlarda olumsuz bir koşulun varlığı gereklidir⁴⁹. Tıbbi cihazlar amaçlanan asli fonksiyonlarını, insan vücudu içerisinde veya üzerinde farmakolojik, immünolojik veya

⁴⁶ **Schreitmüller**, Zeynep: Regulierung intelligenter Medizinprodukte, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2023, s. 128-129; Kılavuzda yer alan yazılım tanımı teknik gelişmelerin gerisinde kaldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **Reitebuch**, s. 57.

⁴⁷ **Schreitmüller**, s. 142.

⁴⁸ **Schreitmüller**, s. 129; **Batache**, s. 40.

⁴⁹ **Lücker**, MPDG § 2 pr.14.

metabolik etkiler ile sağlamazlar, fakat fonksiyonunu yerine getirirken bu etkiler tarafından desteklenebilirler⁵⁰. Tıbbi cihazların bu özelliği ilaçlarla arasında ayırım yapılmasını sağlamaktadır⁵¹. Zira bahsedilen özellikler ilaçlara ait özelliklerdir⁵². Bu özellik, yazılımlar ve bu doğrultuda yapay zekâ sistemleri bakımından belirleyici bir unsur olmaktan uzaktır.

Tıbbi cihazın son ve en önemli unsuru ise tıbbi kullanım amacıdır. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde bu husus açıkça belirtilmiştir. Tıbbi cihazın tıbbi kullanım amacı Yönetmelik'te i) hastalığın tanısı; önlenmesi, izlenmesi, tahmini, prognozu, tedavisi veya hafifletilmesi; ii) yaralanma veya sakatlığın; tanısı, izlenmesi, tedavisi, hafifletilmesi veya kompanse edilmesi, iii) anatominin ya da bir fizyolojik yahut patolojik sürecin veya durumun; araştırılması, ikame edilmesi veya modifikasyonu; iv) organ, kan ve doku bağışları dâhil olmak üzere, insan vücudundan elde edilen örneklerin in vitro tetkiki vasıtasıyla bilgi sağlanması olarak ifade edilmiştir⁵³. Yönetmelik'te ayrıca gebeliğin önlenmesine ve desteklenmesine yönelik cihazlar ile belirli cihazların temizliği, dezenfeksiyonu ve sterilizasyonu için özel olarak tasarlanan ürünlerin de tıbbi cihaz olduğu kabul edilmiştir.

Sağlık alanında çeşitli amaçlarla kullanılan birçok cihaz mevcuttur. Tıbbi cihazın bu unsuru gereği yalnızca tıbbi kullanım amacı olan cihazlar tıbbi cihaz olarak nitelendirilebilecektir. Tıbbi cihazın bu unsuru özellikle yapay zekâ destekli sistemlerin tıbbi cihaz olarak tanımlanması bakımından önemlidir. Bu doğrultuda teşhis veya tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri tıbbi cihaz olarak nitelendirilmek için gereken kavramsal gereklilikleri karşılarlar⁵⁴. Yapay zekâ yazılımları tarafından elde edilen sonuçlar olasılık-

⁵⁰ İn vitro tanı cihazları ise, kan ve doku bağışları dâhil olmak üzere, insan vücudundan elde edilen numunelerin incelenmesinde in vitro olarak, yani vücut dışında kullanılmak üzere tasarlanırlar.

⁵¹ **Jabri**, s. 313; **Reitebuch**, s. 59.

⁵² Tıbbi cihazların benzer ürünlerden farkı hususunda bkz. **Lücker**, MPDG § 2 pr.15-21; **Kibar**, Ahmet Fevzi: Ürün Sorumluluğu Bağlamında Hatalı Tıbbi Cihazdan Doğan Hukukî Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 32-39.

⁵³ İn vitro tanı araçlarında ise kullanım amacı fizyolojik veya patolojik bir sürece veya duruma, konjenital fiziksel veya zihinsel bozukluğa, tıbbi bir duruma veya hastalığa yakınlığa, potansiyel alıcılar için güvenlik ve uyumluluğu belirlemeye, tedavi cevabını veya reaksiyonlarını tahmin etmeye, tedavi tedbirlerini tanımlamaya veya izlemeye ilişkin bilgi sağlamaktır.

⁵⁴ Piyasaya arz edildiğinde tıbbi kullanım amacına sahip olmayan ve kullanımı esnasında öğrenmeye bağlı olarak tıbbi kullanım amacı ortaya çıkan yazılımlar da tıbbi cihaz niteliğini elde ederler. Bu durumda yazılım tıbbi cihaz niteliğinde olduğu için tıbbi cihaz mevzuatının gerekliliklerine tabi olur. **Schreitmüller**, s. 144.

sal bir sonucu ifade etmektedir. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde belirtilen tıbbi amaçlar arasında hastalığın tahmini ve prognozuna (hastalığın seyri hakkında tahmin) da yer verilerek oldukça geniş bir şekilde ele alınmıştır. Bu nedenle yapay zekâ sistemlerinin sonuçlarının tıbbi amaç kapsamında kalması hususunda bir problemle karşılaşılmaz⁵⁵.

Bir donanıma gömülü yapay zekâ yazılımları da donanımın bütün olarak tıbbi kullanım amacına sahip olduğu durumlarda tıbbi cihaz niteliğini taşır. Bu durumda yazılım tek başına tıbbi kullanım amacına sahip olmadığı için tıbbi cihaz niteliğinde değildir. Yazılımın işlevi donanımın teknik olarak kontrol edilmesini sağlamaktır⁵⁶. Tıbbi cihaz niteliği ise sadece yazılıma ait değil, bir bütün olarak cihaza aittir. Bu nedenle yazılım tıbbi cihazın piyasaya arzı için gereken koşullar bakımından ayrı olarak değerlendirilmezler. Bu tür yazılımlar donanımdan ayrı olarak piyasaya arz edilemezler ve başka bir tıbbi cihazda kullanılamazlar⁵⁷. Ancak, yazılımlarla ilgili özel gereklilikler öngörülmüşse bunların karşılanması gerekir.

Bir donanıma gömülü yapay zekâ yazılımlarına örnek olarak tıbbi kullanım amacı olan robotlar gösterilebilir. Bazı durumlarda robotların tıbbi kullanım amacının tespiti zorluk teşkil edebilir. Örneğin fizik tedavide kullanılan robotlar (dış iskeletler) tıbbi robot niteliğindeyken, benzer yapıdaki bir robot (dış iskelet) yalnızca hastaların hareket etmesi (bir yerden bir yere ulaşması) amacına sahipse tıbbi kullanım amacından ve dolayısıyla tıbbi cihazdan söz edilemeyecektir. Sağlıkta robotların kullanıldığı bir alan da kişisel olarak veya hastanelerde hasta bakımında, örneğin ilaç ve yiyecek taşınması gibi alanlarda kullanılmasıdır. Bu tür robotlar da tıbbi kullanım amacı mevcut olmadığı için tıbbi cihaz niteliğinde değildir.

Sonuç olarak, tıbbi cihazın tanımı göz önünde bulundurulduğunda bir donanıma gömülü olan veya tek başına yazılım⁵⁸ şeklindeki teşhis veya tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri tıbbi cihaz niteliğini taşımaktadır.

⁵⁵ **Schreitmüller**, s. 126-127; Söz konusu sonuçların tıbbi amaçlar içerisinde “tanı” kavramı içerisinde de değerlendirilmesi mümkündür. Bkz. **Gassner**, Ulrich M./**Schreiegg**, Tobias: “Software als Medizinprodukt”, **MPR**, 6/2019, s. 199; Tıbbi cihaz olarak değerlendirme açısından bir sorun mevcut olmasa da sınıflandırma açısından tıbbi amacın kesin olarak belirlenmesi önem arz etmektedir. Bkz. **Schreitmüller**, s. 128.

⁵⁶ **Jabri**, s. 315; **Reitebuch**, s. 58.

⁵⁷ **Jabri**, s. 315.

⁵⁸ Bu durumda işlevi yalnızca yazılımı çalıştırmak olan cihaz (bilgisayar, telefon) tıbbi cihaz niteliği taşımamaktadır. **Reitebuch**, s. 58; Tıbbi kullanım amacı bulunan yazılımların, yazılımı çalıştırmak dışında işlev gösteren bir donanıma ihtiyaç duydukları durumlar olabilir. Örneğin, harici bir donanımın (örneğin akıllı bir saat) veri toplaması ve top-

2. Yazılımların Tıbbi Cihaz Niteliği

Yapay zekâ sistemlerinin teşhis ve tedavi alanındaki potansiyelinin daha çok tek başına yazılımlar şeklindeki tıbbi cihazlar teşkil etmektedir. Sağlık alanında kullanılan yazılımların çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda tıbbi cihaz niteliğindeki yazılımlar ve tıbbi cihaz niteliğinde olmayan yazılımlar arasındaki ayrım önem arz etmektedir. Bu nedenle, bu başlık altında yazılımların tıbbi cihaz niteliği konusuna daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Yazılımların tıbbi cihaz olarak nitelendirilmesinde belirleyici unsur, tıbbi kullanım amacıdır. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'ne göre kullanım amacı *"etikette, kullanım talimatında veya tanıtım / satış materyallerinde veya bildirilerinde imalatçı tarafından sağlanan bilgilere göre ve klinik değerlendirilmede imalatçı tarafından belirtildiği şekilde bir cihazın amaçlanan kullanımını"* ifade etmektedir (m.3/1-hh)⁵⁹. Bu düzenlemeye göre tıbbi cihazlarda, tıbbi cihaz olarak nitelendirilmenin en önemli unsuru olan kullanım amacı imalatçı tarafından subjektif olarak belirlenmektedir⁶⁰. Bu durumda ürünün tıbbi kullanım amacına uygun fonksiyon gösterme potansiyeline sahip olması da önem arz etmemektedir. Örneğin sesleri yükseltmeye yönelik bir yazılımın kullanım amacı işitme engeli bulunan bireyleri desteklemek olarak belirtilmişse tıbbi cihaz olarak nitelendirilecek; böyle bir kullanım amacından söz edilmemişse tıbbi cihaz olarak nitelendirilemeyecektir⁶¹.

Tıbbi cihazların güvenli bir şekilde piyasaya arz edilmesi için öngörül-müş olan mevzuat uyarınca tıbbi cihaz niteliğinin imalatçının subjektif irade-

lanan verilerin tıbbi kullanım amacına sahip yazılım tarafından analiz edilmesi durumunda böyle bir durum söz konusudur. Bu durumda donanımın farklı şekillerde nitelendirilme ihtimalleri mevcuttur. Donanım; tıbbi cihaz, tıbbi cihaz aksesuarı veya tıbbi cihaz olmayan bir ürün olarak piyasaya arz edilebilir. Bu hususla ilgili Tıbbi Cihaz Koordinasyon Grubu tarafından 2023/4 sayılı Kılavuz hazırlanmıştır. Bkz. **Medical Device Coordination Group**: Guidance on MDSW intended to work in combination with hardware or hardware components, https://health.ec.europa.eu/system/files/2023-10/md_mdcg_2023-4_software_en.pdf, (Erişim Tarihi:20.8.2024).

⁵⁹ Hüküm 2017/745 sayılı Tüzük'te (MDR) yer alan hükmün çevirisinden ibarettir: *"'intended purpose' means the use for which a device is intended according to the data supplied by the manufacturer on the label, in the instructions for use or in promotional or sales materials or statements and as specified by the manufacturer in the clinical evaluation"*, (Art.2/12); İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde de kullanım amacı aynı şekilde tanımlanmıştır (m.3/1-hh).

⁶⁰ Tıbbi cihazlarda nitelendirme bakımından tıbbi ürünlerde olduğu gibi objektif kriterlere yer verilmemiştir. **Jabri**, s. 313-314.

⁶¹ **Reitebuch**, s. 61.

sine göre belirlenmesi ilk bakışta doğru bir yöntem olarak görülmeyebilir. Zira, imalatçı gerçekte tıbbi kullanım amacı bulunmasına rağmen, yasal gerekliliklerinden kaçınmak amacıyla kullanım amacında tıbbi bir amaca yer vermeyebilir. Özellikle yazılımlar (uygulamalar, app) bakımından piyasada bulunan birçok yazılımın tıbbi cihaz niteliğinde olmasına rağmen, yasal olarak bu şekilde işlem görmediğinden söz edilmektedir⁶².

Belirtilen riski barındırmasına rağmen tıbbi cihazlarla ilgili olarak kullanım amacının imalatçı tarafından subjektif olarak belirlenmesinin ve dolayısıyla tıbbi cihaz niteliğinin imalatçı tarafından belirlenmesinin nedenine değinmek gerekir. Sağlıkla ilgili ilaç ve kozmetik gibi ürünlerin niteliği objektif olarak belirlenirken, ürünün niteliğinin subjektif olarak belirlenmesi tıbbi cihazlara özgü bir durumdur⁶³. Bu durumun sebebi ise tıbbi cihazların diğer ürünlerin aksine, tıbbi olmayan amaçlarla kullanıma imkânının da bulunmasıdır⁶⁴. Örneğin, lateks eldivenler veya kesici aletler tıbbi alanlarda kullanılabileceği gibi tıbbi olmayan amaçlarla kullanıma da uygundur⁶⁵. Tıbbi cihazların piyasaya arzı, bu nitelikte olmayan diğer ürünlerin piyasaya

⁶² Bkz. **Reitebuch**, s. 62.

⁶³ **Reitebuch**, s. 63; Örneğin hukukumuzda ilaç (beşeri tıbbi ürün); “İnsanlardaki hastalığı tedavi edici veya önleyici özelliklere sahip olarak sunulan veya farmakolojik, immüno- lojik veya metabolik etki göstererek fizyolojik fonksiyonları düzeltmek, iyileştirmek, değiştirmek veya tıbbi teşhis amacıyla insanlarda kullanılan veya insana uygulanan, madde veya maddeler kombinasyonu” olarak tanımlanmıştır (İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik, m.4/1-l). Kozmetik ürün ise “İnsan vücudunun dış kısımlarına; epiderma, tırnaklar, kıllar, saçlar, dudaklar ve dış genital organlarına veya dişler ile ağız mukozasına uygulanmak üzere hazırlanmış, tek veya temel amacı bu kısımları temizlemek, koku vermek, görünümünü değiştirmek, bunları korumak, iyi bir durumda tutmak veya vücut kokularını düzeltmek olan bütün madde veya karışımları” olarak tanımlanmıştır (Kozmetik Yönetmeliği, m.4/h). Bu düzenlemelere göre ürünler objektif olarak belirli özellikleri taşımaları halinde ilaç veya kozmetik ürün niteliğini taşırlar.

⁶⁴ **Reitebuch**, s. 64-65.

⁶⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı konuyla ilgili verdiği bir ön kararda bu noktaya vurgu yapılmıştır. Söz konusu olayda BioSemi şirketi ActiveTwo isimli yazılım niteliğindeki ürünün sahibidir. Ürün insan vücudundan gelen elektrik sinyallerini kaydedebilmektedir. Ürün tıbbi cihazların taşınması gereken CE işaretini taşımamaktadır ve üretici web sayfasında ürünün tıbbi kullanıma yönelik olmadığını belirtmiştir. Ürünün kullanıcıları ağırlıkları olarak bilişsel bilim alanında çalışan araştırmacılarıdır. BrainProducts şirketi ActiveTwo ürünün tıbbi cihaz niteliğinde olduğu ve CE işareti taşınması gerektiğini ileri sürerek dava açmıştır. Alman Federal Adalet Mahkemesi, üretici tarafından fizyolojik bir sürecin araştırılması için tasarlanan bir ürünün, yalnızca tıbbi bir amaçla kullanılması halinde mi tıbbi cihaz olarak nitelendirileceği sorusunu ön karar için Avrupa Birliği Adalet Divanı’na yöneltmiştir. Bkz. Schlussanträge des Generalanwalts Paolo Mengozzi vom 15.05.2012 - C-219/11, Brain Products GmbH gegen BioSemi VOF u. a. (PharmR, 2012, S. 307-314), s. 311; **Reitebuch**, s. 65.

arzına göre daha fazla güvenlik gerekliliklerine ve belirli prosedürlere tabi olduğu için daha zordur. Tıbbi amaçla kullanılma potansiyeli olan her ürünü tıbbi cihaz olarak nitelendirmek, bu ürünlerin piyasaya arzını oldukça sıkı şartlara bağlamak anlamına gelir. Tıbbi cihazlarla ilgili düzenlemelerin amacı ise; hastalar, kullanıcılar ve diğer kişilerin korunması için tıbbi amaçla kullanılan ürünler bakımından yüksek kalite ve güvenlik standartları belirlemektir. Kullanım amacının objektif olarak belirlenmesi halinde tıbbi cihazlarla ilgili düzenlemelerin amacı aşılabacak ve tıbbi cihaz kategorisinin net olarak belirlenmesi imkânsız hale gelecektir. Tüm bu nedenlerle, kullanım amacının subjektif olarak belirlenmesi tıbbi cihazlar bakımından isabetli bir yaklaşımdır. Kullanım amacının subjektif olarak belirlenmesi, imalatçının tıbbi cihaz düzenlemelerinden kaçması riskini taşısa da tıbbi cihaz tanımının objektif olarak belirlenmesi tıbbi cihazlar için uygun bir yöntem değildir.

Kullanım amacının subjektif olarak belirlenmesi tıbbi cihaz düzenlemelerinden kaçma riskini barındırırken ve kullanım amacının objektif ölçülere göre belirlenmesi tıbbi cihazlar için gerekli ve uygun değilken, bu riske karşı nasıl önlem alınması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Subjektif kullanım amacını sınırlandıran herhangi bir hüküm mevzuatta yer almamaktadır. Bu nedenle subjektif kullanım amacının sınırlandırılmasının hukuki dayanağı olarak, ürün güvenliği ve kullanıcı sağlığının korunması için hükmün amaca uygun sınırlandırılmasına (teleolojik redüksiyon, teleologische Reduktion) dayanılmaktadır⁶⁶. Subjektif kullanım amacının nasıl sınırlandırılacağı hususunda Alman öğretisinde farklı görüşler ifade edilmiştir⁶⁷. Bu görüşlerden kanaatimizce uygulanması yerinde olan sınırlama, keyfilik kontrolüdür⁶⁸. Keyfilik kontrolü, üreticinin kullanım amacını belirlerken bu kara-

⁶⁶ **Gassner**, Ulrich M.: “MedTech meets M-Health”, MPR, 3/2015, s. 77; **Ortner**, Robert: Medizin-Apps als Medizinprodukt: Regulierung eines Risikoprodukts, Peter Lang, Berlin, 2018, s. 102.

⁶⁷ Bu hususta ileri sürülen görüşlerden biri sınırlandırma için ürünün gerçek performansına ve objektif olarak beklenen uygulama şekline odaklanmaktadır. Bkz. **Lücker**, MPDG § 6 pr.3; Başka bir görüş olarak ise bilim ve teknolojinin sınırları ileri sürülmüştür. Buna göre, üreticinin tıbbi cihaz olarak nitelendirme imkânı, ancak bilim ve teknolojiye göre gerekçelendirebildiği takdirde mümkün olmalıdır. Bkz. **Webel**, Dirk: Nomos Kommentar-Gesamtes Medizinrecht, 3. Auflage, Hrsg. Karl Otto Bergmann/Burkhard Pauge/Heinz-Dietrich Steinmeyer, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, (Medizinproduktegesetz, Medizinprodukte-Betreiberordnung), MPG, § 3, pr.5; Diğer bir objektif sınırlama yöntemi ise kullanım amacının objektif olarak anlaşılır ve kesin bir şekilde gösterilmesidir. Bkz. OLG Frankfurt, Urteil vom 21.1.1999, 6 U 71/98, (PharmR 2000, Heft 1, S. 17-21); Bu görüşler hakkında genel olarak bkz. **Reitebuch**, s. 66-68.

⁶⁸ Bu yönde bkz. **Prütting**, Jens/**Wolk**, Tom: “Software unter dem Regime der europäischen Medizinprodukteverordnung (2017/745/EU)”, MedR, (2020) 38, s. 360.

rında keyfi davranamayacağını, yani bilimsel olarak savunulamaz veya çelişkili bir biçimde davranamayacağını ifade etmektedir. Buna göre, ürünün tıbbi olmayan kullanım amacı kullanıcılar tarafından kolaylıkla anlaşılabilir olmalıdır. Söz konusu görüş, ilk olarak Alman Federal Mahkemesi (BGH) tarafından “ActiveTwo” kararında ifade edilmiş⁶⁹, sonrasında öğreti tarafından da kabul görmüştür⁷⁰. Federal Mahkeme söz konusu kararda bir ürünün objektif olarak tıbbi amaç için kullanımı uygun olsa da kullanım amacının imalatçı verilerine göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu kararda ayrıca subjektif kullanım amacının sınırları vurgulanmış ve tıbbi amaçlarla kullanılması mümkün olan bir ürünün üretici tarafından tıbbi olmayan kullanım amacıyla sınırlandırılmasının açık olması ve keyfi olmaması gerektiği ifade edilmiştir.

Kullanım amacının subjektif olarak belirlenmesi tıbbi cihazlar bakımından uygun olan yöntemdir. Ancak, tıbbi cihazlar ile ilgili hükümlerin amacı tıbbi cihazlar bakımından yüksek güvenlik seviyesi öngörülerek kullanıcıların korunması olduğu için, subjektif kullanım amacı imalatçılara tamamen keyfi bir şekilde hareket etme imkânı anlamına gelmemektedir. Aksi takdirde, tıbbi kullanım amacı olsa bile imalatçıların bu amacı dışlayarak tıbbi cihaz düzenlemelerinden kaçmaları mümkün olur. Bu sonuç ise tıbbi cihazlarla ilgili düzenlemenin amacına aykırı olacaktır. Bu nedenle subjektif kullanım amacının keyfilik kontrolü ile objektif olarak sınırlandırılması gerekir. Subjektif kullanım amacı objektif olarak sınırlandırıldığı için Alman öğretisinde tıbbi cihazlar bakımından imalatçının tanımlama hakimiyetinin bulunmadığı, yalnızca tanımlama gücü olduğundan söz edilmektedir⁷¹. Kanaatimizce, hukukumuz bakımından da tıbbi cihazla ilgili subjektif kullanım amacının sınırlandırılması gerektiği, sınırlandırma hususunda Yönetmelik’te bir düzenleme yer almadığı için bu hususta örtülü boşluk bulunduğu, bu nedenle keyfilik kontrolünün amaca uygun sınırlandırma olarak uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Yazılımlar bakımından özellikle imalatçıların uygulamaları, kullanıcılara uygulamayı sundukları platformlarda “sağlık ve fitness” kategorisinde sundukları, uygulama özelliklerinde tıbbi cihaz olmadığını, tıbbi amaç taşımadığını belirttikleri durumlarla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu yazılımlardan bir kısmı tıbbi cihaz niteliğinde olmasına rağmen tıbbi cihaz olarak nitelendirilmemekte ve tıbbi cihazlar ile ilgili gereklilikler yerine getirilmemek-

⁶⁹ BGH, Urteil vom 18. 4. 2013 – I ZR 53/09, NJW-RR, 2014, Heft:1, s. 46.

⁷⁰ Bu yönde bkz. **Reitebuch**, s. 68-74.

⁷¹ Bkz. **Gassner**, M-Health, s. 78.

tedir. Bu durumlarda, yalnızca imalatçı tarafından belirlenen kullanım amacına göre yazılımın tıbbi cihaz olup olmadığı değerlendirilmemelidir. İmalatçının subjektif kullanım amacını belirlerken keyfi davranıp davranmadığı dikkate alınarak tıbbi cihaz niteliği hususunda sonuca varılmalıdır. İmalatçıların sundukları uygulamaları bu şekilde tanımlamaları, söz konusu uygulamaların tıbbi cihaz olarak nitelendirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Örneğin söz konusu uygulamanın, kullanıcılarda bir hastalığın teşhis edilmesi şeklinde işlev göstermesi, uygulamanın tıbbi olmayan kullanım amacının kullanıcılar tarafından anlaşılabilmesini mümkün kılmaz. Bu durumda, imalatçının çelişkili davrandığı ve uygulamanın tıbbi cihaz niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Uygulama üreticilerinin tıbbi cihaz nitelendirmesinden kaçmak için uyguladıkları başka bir yöntem ise, uygulamalara tıbbi amaç işlevi dışında eğlence amaçlı başka özellikler eklemeleridir. Tıbbi ve tıbbi olmayan kullanım amacına birlikte sahip yazılımlar da tıbbi kullanım amacını barındıkları için tıbbi cihaz olarak nitelendirilmelidir.

Bilişim teknolojileri alanında yaşanan gelişimle özellikle sağlık alanında yazılımlar bakımından büyük bir ivme yakalanmıştır. Bu yazılımlar arasında insanların sağlık durumlarını izlemek ve geliştirmek için kullandıkları çeşitli yazılımlar da bulunmaktadır. Yazılımların tıbbi amaca sahip olup olmadığı çoğu zaman yalnızca mevzuatta sayılan tıbbi amaçlara göre kolaylıkla belirlenememektedir. Bu nedenle yazılımlar tıbbi cihaz niteliğinde olup olmadığı hususunda çeşitli durumların ana hatlarıyla belirlenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu belirlemeler yapılırken tıbbi cihaz mevzuatımıza kaynaklık sağladığı için Avrupa Birliği Hukuku ve yorum kaynaklarından yararlanılması kaçınılmazdır. Bu hususta ilk olarak, 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü (m. 103) ile kurulmuş olan Tıbbi Cihaz Koordinasyon Grubu (Medical Device Coordination Group) tarafından yayımlanmış olan 2019-11 sayılı Yazılımın Sınıflandırılması ve Kalifikasyonu Hakkında Kılavuz⁷² önem taşımaktadır.

Kılavuz'da yazılımların tıbbi cihaz olarak nitelendirilmesiyle ilgili çeşitli kriterlere ve örneklerle yer verilmiştir. Öncelikle yazılımların tıbbi cihaz olarak nitelendirilmesinde çalıştırıldıkları ortamın (bilgisayar, bulut, cep telefonu gibi) ve işletim sisteminin herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁷³. Tıbbi cihaz yazılımları sağlık profesyonelleri ve bunlar dışındaki kişilerin (hastalar veya diğer kullanıcılar) kullanımına yönelik olarak tasarlanmış

⁷² **Medical Device Coordination Group**, Guidance on Qualification and Classification of Software.

⁷³ **Medical Device Coordination Group**, Guidance on Qualification and Classification of Software, s. 7.

olabilirler⁷⁴. Yazılım yalnızca verilerin depolanması, iletişim, arşivleme, basit arama veya kayıpsız sıkıştırma işlevleri için kullanılıyorsa tıbbi cihaz olarak nitelendirilemeyecektir⁷⁵. Teletıp, telekomünikasyon ve iletişim teknolojilerinin kullanılarak tıbbi hizmetleri sağlamak için hasta ve doktor arasında uzaktan iletişim sağlanması anlamına gelmektedir. Teletıp yazılımları tek başına tıbbi bir amaca sahip olmadığı, iletişim amacıyla kullanıldığı için tıbbi cihaz niteliğinde değildir⁷⁶. Yazılımın işlevi tıbbi bilgileri işlemek, analiz etmek, oluşturmak veya değiştirmek ise ve bu bilginin oluşturulması veya değiştirilmesi tıbbi bir amaç için kullanılıyorsa yazılım tıbbi cihaz olarak kabul edilir⁷⁷. Bilgiler yalnızca uyumluluk amacıyla değiştiriliyorsa tıbbi amaç söz konusu olmadığı için tıbbi cihaz niteliğinden söz edilemez. Ancak, tıbbi bilgiler örneğin doktorların verileri anlamasını kolaylaştırmak için değiştiriliyorsa tıbbi cihaz olarak nitelendirilecektir⁷⁸. Son olarak, yazılımın tıbbi cihaz olarak kabul edilebilmesi için bireysel olarak bir hastaya yönelik işlev göstermelidir. Bu doğrultuda, örneğin yalnızca araştırma amaçlı veri toplanmasına, genel (bireysel hastaya yönelik olmayan) teşhis ve tedavi yolları sağlanmasına, bilimsel literatür sağlanmasına yönelik yazılımlar tıbbi cihaz olarak kabul edilemezler⁷⁹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, 93/42/EEC sayılı Tıbbi Cihazlar Direktifi'nin yürürlükte olduğu dönemde yazılımların tıbbi cihaz niteliğinin belirlenmesi bakımından yorum yapılmasına katkı sağlayacak çeşitli kararları bulunmaktadır. Bu kararlar, 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nün yürürlükte olduğu dönemde de yazılımların tıbbi cihaz niteliğinin yorumlanması bakımından dikkate alınmalıdır⁸⁰. Avrupa Birliği Adalet Divanı 2012 yılında vermiş olduğu ön karar özellikle tıbbi cihazlara ilişkin "*anatominin ya da bir fizyolojik yahut patolojik sürecin veya durumun; araştırılması, ikame edilmesi veya modifikasyonu*" tıbbi amacıyla ilgilidir⁸¹. Karara göre, söz

⁷⁴ **Medical Device Coordination Group**, Guidance on Qualification and Classification of Software, s. 7.

⁷⁵ **Medical Device Coordination Group**, Guidance on Qualification and Classification of Software, s. 8.

⁷⁶ Bu yönde bkz. **Reitebuch**, s. 84.

⁷⁷ **Medical Device Coordination Group**, Guidance on Qualification and Classification of Software, s. 6.

⁷⁸ **Reitebuch**, s. 78, dn.205.

⁷⁹ **Medical Device Coordination Group**, Guidance on Qualification and Classification of Software, s. 8.

⁸⁰ **Reitebuch**, s. 82.

⁸¹ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Paolo Mengozzi vom 15. 05. 2012 - C-219/11, (PharmR, Heft:7, 2012, S. 307-314).

konusu hükmün yalnızca lafzının dikkate alınması halinde, tıbbi cihaz mevzuatı kapsamına alınması istenmeyen birçok ürün de tıbbi cihaz kapsamına dahil olabilecektir. Örneğin günlük hayatta sıklıkla kullanılan nabız sayar, kalori tüketimini gösteren adım sayarlar fizyolojik süreçle ilgili olarak bilgi sağlamaktadırlar. Ancak bu tür yazılımlar tıbbi bağlamda kullanılmamaktadırlar. Tıbbi cihaz mevzuatının amacı dikkate alındığında ise, belirtilen işlevler bakımından yalnızca tıbbi amaçla kullanılan ürünlerin tıbbi cihaz olarak nitelendirilmek istendiği kabul edilmelidir⁸². Bu nedenle, insanlara günlük hayatlarında tıbbi bir amaç olmaksızın fizyolojik süreçleriyle bilgi sağlayan yazılımlar tıbbi cihaz kapsamına dahil değildirler.

Avrupa Birliği Adalet Divanı 2018 yılında verdiği bir ön kararda da tıbbi amaca ilişkin somutlaştırma yapmıştır⁸³. Söz konusu kararda hasta verilerini kullanarak kontrendikasyon, ilaç etkileşimlerini ve doz aşımalarını belirlemek için tasarlanan yazılımların tıbbi amaca sahip olduğu ve tıbbi cihaz niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bunun dışında yazılım sadece verileri toplayıp arşivliyorsa veya iletiyorsa, tedaviyi gerçekleştiren hekime ilaç hakkında genel bilgi sağlıyorsa veya ilacın üreticisi tarafından kullanım talimatlarında belirtilen kontrendikasyonları bildiriyorsa tıbbi amaçtan söz edilemeyecektir⁸⁴. Kararda ayrıca, yazılımın doğrudan insan vücudu içerisinde veya üzerinde etkiye yol açmamasının tıbbi cihaz niteliğini etkilemeyeceği, önemli olan hususun tıbbi kullanım amacı olduğu, tıbbi cihazın etki şekline odaklanılmadığı ifade edilmiştir⁸⁵.

Yazılımların tıbbi cihaz olarak nitelendirilmesi bakımından olumsuz bir sınırlandırmaya 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nün gerekçesinde yer verilmiştir⁸⁶. Buna göre sağlık hizmetinde kullanılsa bile genel amaçlı yazılımlar veya yaşam stili ve sağlıklı yaşam amacıyla kullanılan yazılımların tıbbi cihaz niteliğinde olmadığı ifade edilmiştir. Bu tür yazılımlar bakımın-

⁸² EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Paolo Mengozzi vom 15. 05. 2012 - C-219/11, PharmR, Heft:7, 2012, s. 312-313.

⁸³ EuGH (Vierte Kammer), Urteil vom 7.12.2017 – C-329/16 (Syndicat national de l'industrie des technologies médicales (Snitem)/Premier ministre u. a.), (EuZW, 2018, H:4, S. 166-168).

⁸⁴ EuGH (Vierte Kammer), Urteil vom 7.12.2017 – C-329/16, EuZW, 2018, H:4, s. 167.

⁸⁵ EuGH (Vierte Kammer), Urteil vom 7.12.2017 – C-329/16, EuZW, 2018, H:4, s. 167.

⁸⁶ REGULATION (EU) 2017/745 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC, (19), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0745>, (25.4.2023).

dan bir tanımlama ise yapılmamıştır. Genel olarak hareketli bir yaşam tarzının gerçekleştirilmesi, beslenme alışkanlıklarına rehberlik etme gibi işlevler gösteren bu tür yazılımlar amaç olarak tıbbi cihazın tanımında belirtilmiş olan “hastalıkların önlenmesi ve hafifletilmesi” amacıyla bağdaşmaktadır. Zira, sağlıklı yaşam tarzının seçilmesiyle genel olarak hastalıkların önlenmesi ve hafifletilmesi amaçlanmaktadır. Ancak, açıkça mevzuatta belirtilmemiş olsa da lafza sıkı sıkıya bağlı kalınmadan amaçsal yorum yapılması gerektiği ve bu tür yazılımlarda tıbbi amaç söz konusu olmadığı için tıbbi cihaz niteliğinde olmadıkları söylenebilir.

Yazılımların tek başına tıbbi cihaz olarak tıbbi cihaz mevzuatına tabi olması durumunun yanında, tıbbi cihaz aksesuarı olarak da tıbbi cihaz mevzuatına dahil olmaları söz konusu olabilir. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’ne göre tıbbi cihaz aksesuarı “*Kendi başına bir tıbbi cihaz olmadığı halde, özellikle tıbbi cihaz/cihazların kullanım amacına/amaçlarına uygun olarak kullanılması mümkün kılmak ya da tıbbi cihaz/cihazların kullanım amacı/amaçları bakımından tıbbi işlevselliğine doğrudan ve spesifik olarak yardımcı olmak üzere imalatçısı tarafından bir ya da birden fazla belirli tıbbi cihazla birlikte kullanımı amaçlanan parçayı*” ifade eder (m.3/1-fff)⁸⁷. Söz konusu maddede tıbbi cihaz aksesuarının fizyolojik unsuru “parça” olarak ifade edilmiştir⁸⁸. Söz konusu kelime ilk olarak fiziksel varlığı bulunan şeyleri getirirse de tıbbi cihaz mevzuatının amacı, tıbbi cihazın tanımında fizyolojik bileşen unsurunun oldukça geniş bir şekilde ele alınması ve kaynak düzenleme olan 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü’nün giriş bölümünde de yazılımların tıbbi cihaz aksesuarı olabileceklerinin ifade edilmiş olması göz önünde bulundurulduğunda, yazılımların tıbbi cihaz aksesuarı olabilecekleri kabul edilmelidir⁸⁹. Yazılımların tıbbi cihaz aksesuarı olarak kabul edilebilmeleri için bir tıbbi cihazın kullanım amacına uygun olarak kullanılmasını mümkün kılmak veya tıbbi cihazların kullanım amaçları bakımından tıbbi işlevselliğine yardımcı olmak için tasarlanmış olmaları gerekir. Tıbbi cihaz aksesuarı olarak yazılımlar, tıbbi amaca sahip olmadıkları için tıbbi cihaz niteliğinde değildirler, ancak tıbbi cihazların kullanımı için gereklidirler⁹⁰. Tıbbi cihaz aksesuarları tıbbi cihaz olmamakla birlikte bunların piyasaya arz edilmesi ve piyasa-

⁸⁷ İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’nde de in vitro tanı cihazı aksesuarı tanımını aynı doğrultuda yapmıştır (m.3/1-v).

⁸⁸ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’nin kaynak mevzuatını oluşturan 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü’nde tıbbi cihaz aksesuarının fizyolojik unsuru “şey, nesne, eşya” anlamına gelen “article” kelimesi ile ifade edilmiştir (Art.2/2).

⁸⁹ Reitebuch, s. 88-90.

⁹⁰ Jabri, s. 316-317.

da bulundurulmasıyla ilgili esaslar tıpkı tıbbi cihazlar gibi Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir⁹¹.

Bunun dışında sağlık alanında çeşitli amaçlarla kullanılan yazılımlar mevcuttur. Tıbbi cihaz veya tıbbi cihaz aksesuarı olarak nitelendirilemeyecek yazılımlar tıbbi cihazlara ilişkin düzenlemelerin kapsamı dışında olacak⁹² ve bu Yönetmelik'teki gerekliliklere tabi olmayacaktır.

C. Teşhis ve Tedavide Kullanılan Yapay Zekâ Sistemlerinin Piyasaya Arzı

Tıbbi cihazların piyasaya arz edilmeleri ve piyasada bulundurulmaları için çeşitli koşullara uyulması gerekir. Bunun önkoşulu tıbbi cihaz mevzuatına göre tıbbi cihaz nitelendirmesi yapılmış olmasıdır. Tıbbi cihazların piyasaya arzı ve kullanımı için tıbbi ürünlerde olduğu gibi resmi onaya, yani ruhsata gereksinim bulunmamaktadır⁹³. Tıbbi cihazların piyasaya arzı için mevzuat uyarınca belirlenmiş olan genel güvenlik ve performans gerekliliklerini karşılamaları gerekir⁹⁴. Ayrıca, üreticilerin tıbbi cihazların mevzuatta öngörülmüş olan uygunluk değerlendirme prosedürü uyarınca cihazın uygunluğunun değerlendirmesini gerçekleştirmeleri gerekmektedir (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.52)⁹⁵. Bunun dışında üreticilerin tıbbi cihazların piyasa-

⁹¹ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin 1. maddesinin 2. fıkrasında yönetmeliğin amacı doğrultusunda tıbbi cihazların, tıbbi cihaz aksesuarlarının ve Yönetmeliğin uygulandığı Ek XVI'da listelenen ürünlerin cihaz olarak adlandırılacağı ifade edilmiş, piyasaya arz edilmeleri ve bulundurma bakımından yapılan düzenlemelerde "cihaz" kavramı kullanılarak tıbbi cihazlar ve tıbbi cihaz aksesuarları aynı esaslara tabi tutulmuşlardır; Aynı esaslar in vitro tanı amaçlı tıbbi cihazlar bakımından da geçerlidir.

⁹² **Jabri**, s. 317.

⁹³ **Jabri**, s. 310-311; Beşeri tıbbi ürünlerin piyasaya arz edilmeleri için ruhsatlandırılmaları gerekir. Bkz. Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.5/1: "Bu Yönetmelik hükümlerine göre Kurum tarafından ruhsatlandırılmayan hiçbir beşeri tıbbi ürün piyasaya sunulamaz.", (RG. Sayısı:31686, RG. Tarihi:11.12.2021); Tıbbi cihazların piyasaya arz edilmeleri için karşılaması gerekliliklere ilişkin değerlendirme ise özel kuruluş niteliğinde olan onaylanmış kuruluşlar tarafından yürütülür.

⁹⁴ "Madde 5 - (1) Usulüne uygun olarak temin edildiğinde ve doğru şekilde kurulduğunda, bakımı yapıldığında ve kullanım amacına uygun şekilde kullanıldığında bu Yönetmeliğin gerekliliklerini karşılayan cihazlar, piyasaya arz edilebilir veya hizmete sunulabilir. (2) Bir cihaz, kullanım amacı dikkate alınmak suretiyle, Ek I'de belirtilen ve cihaz için geçerli olan genel güvenlik ve performans gerekliliklerini karşılar.", (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği); Aynı hüküm İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin 6. maddesinde yer almaktadır.

⁹⁵ İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.50.

ya arz edilmeleri için risk yönetim sistemi ve kalite yönetim sistemi kurmaları gerekir (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.10/2, m.10/9)⁹⁶.

Uygunluk değerlendirme faaliyetlerinin kapsamı bakımından mevzuatta riske dayalı sınıflandırma yapılmıştır. Bunlar, riskin artışı ve gerekliliklerin düzeyindeki artışa paralel olarak sınıf I, IIa, IIb ve III olarak belirlenmiştir⁹⁷. Sınıf I risk düzeyi en düşük, sınıf III ise risk düzeyi en yüksek sınıfı ifade etmektedir. Kalibrasyon, test, belgelendirme ve muayene gibi uygunluk değerlendirme faaliyetleri onaylanmış kuruluşlar tarafından yürütülür. Onaylanmış kuruluşlar, tüm tıbbi cihazların uygunluk değerlendirme sürecine dahil olmazlar. Sınıf IIa, IIb, III'te yer alan tüm tıbbi cihazlar⁹⁸ ve sınıf I'de yer alan tıbbi cihazların bir kısmı için onaylanmış kuruluşlar uygunluk değerlendirme sürecine dahil olurlar⁹⁹.

Tıbbi cihaz imalatçılarının mevzuatta öngörölmüş gereklilikleri yerine getirdiklerini ispat etmek için uyumlaştırılmış standartlar ve ortak spesifikasyonlardan yararlanmaları mümkündür. Standartlar, ulusal veya uluslararası standardizasyon kuruluşları tarafından teknolojinin en gelişmiş durumunu belirleyen metinlerdir. Bu bakımdan uyumlaştırılmış standartlar, yasal gerekliliklerin somutlaştırılmasına da hizmet etmektedir. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde uyumlaştırılmış standart; “*uyumlaştırılmış Avrupa Birliği*

⁹⁶ İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.11/2, m.11/9.

⁹⁷ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.51/1; İn vitro tanı amaçlı tıbbi cihazlarda ise sınıflandırma risk düzeyi en düşüktü en yükseğe doğru olacak şekilde sınıf A, B, C ve D olarak belirlenmiştir (İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.49); Ayrıca tıbbi cihazların sınıflandırılmasıyla ilgili olarak bkz. **Jabri**, s. 318-320; **Kibar**, s. 29-31.

⁹⁸ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği m.52/3-4-5.

⁹⁹ “İsmlama imal edilen veya araştırma amaçlı cihazlar hariç olmak üzere, sınıf I cihazların imalatçıları, Ek II ve Ek III'te belirtilen teknik dokümantasyonu hazırladıktan sonra 19 uncu maddede atıfta bulunulan AB uygunluk beyanını düzenlemek suretiyle ürünlerinin uygunluğunu beyan eder. Eğer bu cihazlar, piyasaya steril durumda arz ediliyorsa, ölçüm fonksiyonu varsa veya tekrar kullanılabilir cerrahi aletlerse; imalatçı Ek IX'un I.ve III. Bölümlerinde veya Ek XI Kısım A'sında belirtilen prosedürleri uygular. *Ancak, onaylanmış kuruluşun bu prosedürlere dâhil olması;*

a) *Steril durumda piyasaya arz edilen cihazlar söz konusu olduğunda, steril koşulları oluşturmak, güvenceye almak ve sürdürmekle ilgili hususlarla,*

b) *Ölçüm fonksiyonu olan cihazlar söz konusu olduğunda, cihazların metrolojik gerekliliklere uygunluğuyla ilgili hususlarla,*

c) *Tekrar kullanılabilir cerrahi aletler söz konusu olduğunda, özellikle temizlik, dezenfeksiyon, sterilizasyon, bakım, fonksiyonel testler ve ilgili kullanım talimatı başta olmak üzere cihazın tekrar kullanımı ile ilgili hususlarla, sınırlıdır.*”, Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.52/6; İn vitro tanı amaçlı cihazlar bakımından bu husus Yönetmelik m.50'de düzenlenmiştir.

Mevzuatını uygulamak amacıyla Komisyon'un talebine istinaden kabul edilen bir Avrupa standardı” olarak tanımlanmıştır. Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanan uyumlaştırılmış standartlara uyarak imalatçılar yasal gereklileri karşıladıklarını ispat edebilirler¹⁰⁰. Bu hususla ilgili olarak uyumlaştırılmış standartların bağlayıcı düzenlemeler olmadığını vurgulamak gerekir.

Tıbbi cihazlara ilişkin mevzuatta uyumlaştırılmış standartlar dışında ortak spesifikasyonlar aracılığıyla yasal gerekliliklerin yerine getirildiğini ispat etme imkânı öngörülmüştür. Uyumlaştırılmış standartların mevcut olmadığı veya yetersiz olduğu durumlarda ortak spesifikasyonlar boşluğun doldurulmasına hizmet etmektedir¹⁰¹. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde ortak spesifikasyonlar; *“Bir cihaza, sürece veya sisteme uygulanabilen yasal yükümlülüklere uymayı mümkün kılan, standart harici teknik ve/veya klinik gereklilikler dizisi”* olarak tanımlanmıştır (m.3/öö)¹⁰². Ortak spesifikasyonları belirleme yetkisi Avrupa Komisyonu'na aittir. Ortak spesifikasyonların ispat hususunda işlevi Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Birinci fıkrada atıfta bulunulan ortak spesifikasyonlara uygun olan cihazların bu Yönetmeliğin söz konusu ortak spesifikasyonlar veya bunların ilgili bölümleri tarafından kapsanan gerekliliklerine uygun olduğu varsayılır.”*, (m.9/2)¹⁰³. İmalatçıların ortak spesifikasyonlara uymamaları ancak

¹⁰⁰ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.8/1: *“Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde referans numaraları yayımlanmış ilgili uyumlaştırılmış standartlara veya bu standartların ilgili bölümlerine uygun olan cihazların, bu Yönetmeliğin bu standartlar veya bunların bölümleri tarafından kapsanan gerekliliklerine uygun olduğu varsayılır. Aynı husus; kalite yönetim sistemleri, risk yönetimi, piyasaya arz sonrası gözetim sistemleri, performans çalışmaları, klinik kanıt veya piyasaya arz sonrası performans takibi (PMPF) ile ilgili olanlar dâhil olmak üzere, iktisadi işletmeciler veya sponsorlar tarafından bu Yönetmelik uyarınca yerine getirilmesi gereken sistem ya da süreç gereklilikleri için de uygulanır. Bu Yönetmelikte uyumlaştırılmış standartlara yapılan atıflar, referansları Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanmış standartlar olarak anlaşılır.”*; Aynı düzenleme İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği'nde de yer almaktadır (m.9/1).

¹⁰¹ “1 inci maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendi ile bu maddenin beşinci fıkrası, geçici 1 inci maddenin on üçüncü ve on dördüncü fıkraları ile 17 nci maddenin beşinci fıkrasına ve bu hükümlerde ifade edilen son tarihe hâle gelmeksizin, uyumlaştırılmış standartların olmadığı veya ilgili uyumlaştırılmış standartların yetersiz olduğu ya da kamu sağlığı sorunlarının ele alınmasına ihtiyaç duyulduğu durumlarda Ek I'de belirtilen genel güvenlik ve performans gereklilikleri, Ek II ve Ek III'te belirtilen teknik dokümantasyon, Ek XIV'te belirtilen klinik değerlendirme ve piyasaya arz sonrası klinik takip veya Ek XV'te belirtilen klinik araştırmaya ilişkin gereklilikler hakkında Komisyonca yayımlanan ortak spesifikasyonlar geçerlidir.”, (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.9/1).

¹⁰² İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.3/rr.

¹⁰³ İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.10/2.

asgari olarak ortak spesifikasyonlara eş değer bir güvenilirlik ve performans seviyesi sağlayan çözümler benimsediklerini usulüne uygun olarak gerekçelendirmeleri durumunda mümkün olur¹⁰⁴. Uyumlaştırılmış standartlar uyulması ihtiyari düzenlemelerken, ortak spesifikasyonların bağlayıcı etkisi olduğunu söylemek mümkündür.

Onaylanmış kuruluşlar tarafından gerekliliklerini yerine getiren tıbbi cihazlar için uygunluk sertifikası düzenlenir¹⁰⁵. Ayrıca üretici tarafından tıbbi cihazın mevzuattaki gereklilikleri karşıladığı ve Avrupa Birliği uyum mevzuatına uygun olduğunu gösterir CE işareti tıbbi cihaza iliştilir¹⁰⁶. Tıbbi cihazların piyasaya arzı sonrası için de imalatçılara piyasa gözetim sistemi kurma ve uygulama yükümlülüğü getirilmiştir¹⁰⁷. Tıbbi cihazların piyasaya arzı öncesi denetim bakımından onaylanmış kuruluşlar yetkili kılınmışken, piyasa sonrası denetim ve gözetim için ulusal makamlar yetkili kılınmıştır¹⁰⁸. Ülkemiz bakımından bu denetim ve gözetimi gerçekleştirecek olan ulusal makam Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'dur.

Tıbbi cihazların piyasaya arzının genel çerçevesi bu şekilde açıklandıktan sonra, mevzuat kapsamında teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arzı açıklanacaktır. Bu kapsamda öncelikle uygunluk değerlendirme prosedürü bakımından önem arz ettiği için teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemlerinin sınıflandırılması konusuna değinilecektir.

1. Teşhis ve Tedavide Kullanılan Yapay Zekâ Sistemlerinin Sınıflandırılması

Tıbbi cihazların piyasaya arz edilmeden önce gerçekleştirmeleri gereken uygunluk değerlendirme prosedürünün kapsam ve içeriği tıbbi cihazların riske dayalı sınıflandırmasına göre belirlenmektedir. Bu nedenle teşhis ve

¹⁰⁴ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.9/3; İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.10/3.

¹⁰⁵ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.56; İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.53.

¹⁰⁶ “İsmarlama imal edilen veya araştırma amaçlı cihazlar hariç olmak üzere, bu Yönetmeliğin gerekliliklerine uygun olduğu kabul edilen cihazlar, Ek V’te gösterildiği şekilde CE uygunluk işareti taşır.”, Tıbbi Cihaz Yönetmeliği m.20/1; “Performans çalışmalarına yönelik cihazlar hariç olmak üzere, bu Yönetmeliğin gerekliliklerine uygun olduğu kabul edilen cihazlar, Ek V’te gösterildiği şekilde CE uygunluk işareti taşır.”, İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği, m.19/1.

¹⁰⁷ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.81 vd.; İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.78 vd.

¹⁰⁸ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.90 vd.; İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.87 vd.

tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri uygunluk değerlendirme prosedürü kapsamında ele alınmadan önce tıbbi cihaz mevzuatına göre sınıflandırma konusunun ele alınması gerekir.

Tıbbi cihazların sınıflandırma kuralları Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin Ek VIII kısmında 22 kuralla düzenlenmiştir¹⁰⁹. Sınıflandırma, cihazların kullanım amacı ve yapısı gereği barındırdığı riskler dikkate alınarak yapılır¹¹⁰. Bir cihazı çalıştıran veya kullanımı etkileyen yazılım cihaz ile aynı sınıfta yer alır. Yazılım herhangi bir cihazdan bağımsız olması durumunda ise bağımsız olarak sınıflandırılır (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, EK VIII m.3.3).

Sınıflandırma kuralları arasında 11. kuralda ise tıbbi cihaz niteliğindeki yazılımlarla ilgili olarak sınıflandırma kuralı öngörülmüştür. Buna göre; *“Tanılama veya terapötik amaçlı kararlar almak için kullanılan bilgileri sağlayan yazılımlar sınıf IIa olarak sınıflandırılır. Ancak, bu kararlar:*

- Ölüm veya kişinin sağlık durumunda geri dönüşü olmayan bir bozulmaya neden olabilecek bir etkiye sahip ise, bu yazılımlar sınıf III olarak sınıflandırılır,

- Bir kişinin sağlık durumunda ciddi bozulma veya cerrahi bir müdahaleye neden olabilecek bir etkiye sahip ise, bu yazılımlar sınıf IIb olarak sınıflandırılır.

Fizyolojik süreçleri izlemesi amaçlanan yazılımlar, sınıf IIa olarak sınıflandırılır. Ancak, hayati fizyolojik parametrelerin izlenmesi amaçlanıyorsa ve bu parametrelerdeki varyasyonlar hastada ani tehlike ile sonuçlanabilecek nitelikteyse, bu yazılımlar sınıf IIb olarak sınıflandırılır.

Diğer tüm yazılımlar sınıf I olarak sınıflandırılır.”

Yazılımların sınıflandırılmasında teşhis veya tedavide karar almak için bilgi sağlayan yazılımların sınıf IIa olarak sınıflandırılacağı belirtilmiştir. Ancak kararların kişi sağlığı üzerindeki etkisine göre; örneğin ölüm veya kişinin sağlık durumunda geri dönüşü olmayan bir bozulmaya neden olabilecek ya da bir kişinin sağlık durumunda ciddi bozulma veya cerrahi bir müdahaleye neden olabilecek bir etkiye sahip olması durumunda daha yüksek risk grubunda yer alacağı düzenlenmiştir. Daha yüksek risk grubunda sınıflandırma bakımından zararın ağırlığı esas alınmıştır. Yazılımlarla ilgili bu düzenleme oldukça geniş yorumlanabilecek bir düzenleme niteliğindedir¹¹¹.

¹⁰⁹ İn vitro tanı amaçlı tıbbi cihazlarda sınıflandırma kuralları ilgili Yönetmelikte Ek VIII kısmında 7 kural ile düzenlenmiştir.

¹¹⁰ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.51/1 ve Ek III, m.3.1.

¹¹¹ Prütting/Wolk, s. 363; Schreitmüller, s. 117-118.

Zira, birçok durumda yazılımların daha yüksek risk grubunda sınıflandırılmasına neden olabilecek olan sağlıkla ilgili etki olasılık dahilindedir. Bu durum tıbbi cihaz imalatçıları açısından daha fazla yükümlülük anlamına gelmektedir.

Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde yer alan diğer düzenlemeler ve amaca göre yorum yapıldığında yazılımlarla ilgili sınıflandırma kuralının daha dar yorumlanması gerekmektedir¹¹². Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde sınıflandırmada cihazın kullanım amacı ve barındırdığı riskin esas alınacağı ifade edilmiştir (m.51/1). Yönetmelik'in tanımlar maddesinde ise risk, "*Zararın oluşma olasılığı ile şiddetinin kombinasyonu*" olarak tanımlanmıştır (m.3/bbb). Yazılımlarla ilgili sınıflandırma kuralında ise yalnızca zararın şiddeti esas alınmıştır. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde diğer hükümlere de uygun olarak yazılımların sınıflandırılmasında aynı zamanda zararın oluşma olasılığı da dikkate alınmalıdır¹¹³.

Bir yapay zekâ sisteminin donanıma gömülü şekilde işlev göstermesi halinde kullanım amacına göre mevzuatın ilgili hükmüne göre sınıflandırılması gerekir. Örneğin terapötik amaçlı iyonlaştırıcı radyasyon yayan yapay zekâ destekli tıbbi cihazın sınıf IIb olarak sınıflandırılması gerekir¹¹⁴.

Teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemlerinde önemli potansiyeli tek başına yazılım şeklindeki yapay zekâ sistemleri teşkil etmektedir. Yazılımlarla ilgili sınıflandırma kuralına göre tanılama veya terapötik kararlar almak için kullanılan bilgileri sağlayan yazılımlar sınıf IIa olarak sınıflandırılır. Ancak yazılımların taşıdıkları riske göre daha yüksek risk grubunda sınıflandırılması mümkündür. Buna göre teşhis ve tedavi amaçlı kullanılan yazılımlar en az sınıf IIa grubunda yer alırlar¹¹⁵. Bunun sonucu olarak da teşhis veya tedavi amaçlı yapay zekâ yazılımlarının uygunluk değerlendirme sürecine onaylanmış kuruluşun dahil olması gerekir.

Bu noktada yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazların taşıdıkları özellikler nedeniyle yapılan sınıflandırmada daha yüksek risk grubunda ele alınmasının gerekli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

¹¹² Schreitmüller, s. 119-120.

¹¹³ Schreitmüller, s. 119.

¹¹⁴ "Terapötik amaçlı olarak iyonlaştırıcı radyasyon yayan tüm aktif cihazlar; bu tür cihazları kontrol eden veya izleyen ya da onların performansını doğrudan etkileyen cihazlar da dâhil, sınıf IIb olarak sınıflandırılır.", (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Ek VIII m.6.1. Kural 9 f.3).

¹¹⁵ Dettling, Heinz-Uwe: "Künstliche Intelligenz und digitale Unterstützung ärztlicher Entscheidungen in Diagnostik und Therapie", PharmR, 2019, s. 638; Schreitmüller, s. 130.

Yapay zekâ sistemlerinin gücü büyük veri setlerinden beslenerek otonom karar alabilmelerinde ve öğrenme sürecine bağlı olarak kendilerini geliştirmelerinde yatmaktadır. Yapay zekâ sistemlerinin bu özelliği kimi zaman insanlar tarafından öngörülmemiş olan yaratıcı olarak nitelenebilecek sonuçlara ulaşılmasını sağlamaktadır. Ancak, yapay zekâ sistemlerinin bu özelliği kimi zaman hatalı sonuçlara ulaşılmasına da yol açabilir. Buradaki hata durumu, algoritma hatasından farklı bir durumdur. Teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemlerinin bu şekildeki hata eğilimi iki farklı şekilde karşımıza çıkabilir. İlk olarak yazılım, yanlış pozitif hatası verebilir. Bu şekildeki bir hataya örnek olarak hastalığın teşhisi amacıyla kullanılan yazılımın çıktı olarak pozitif sonuç vermesi, ancak gerçekte negatif olduğu durumlar gösterilebilir¹¹⁶. Diğer bir hata türü ise yanlış negatiftir. Bu durumda ise bir olgu mevcut olmasına rağmen yazılım tarafından üretilen sonuç negatif olur¹¹⁷. Söz konusu durumun sorumluluk hukuku bakımından nasıl değerlendirileceği ayrı bir konudur. Tıbbi cihazların sınıflandırılması ile ilgili olarak konu ele alındığında ise, söz konusu hata ihtimallerinin klasik yazılımlarda da mevcut olduğu söylenebilir. Nitelik açısından söz konusu risk klasik ve yapay zekâ yazılımlarda eşit olarak yer almaktadır¹¹⁸. Sınıflandırmada yazılımın performansı değil, kullanım amacı ve buna bağlı olarak insan sağlığı üzerindeki etkisi önemlidir. Bu nedenle otonomi özelliğine sahip yazılımların hatalı çıktılar üretme ihtimalleri sınıflandırma bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması ihtiyacını doğurmamaktadır¹¹⁹.

Yapay zekâ yazılımları piyasaya arz edilmeden öğrenme sürecini tamamlamış veya kullanımları sırasında öğrenme sürecine devam edebilirler. Piyasaya arz edilmeden önce öğrenme süreci tamamlanmış ve bu şekilde piyasaya arz edilmiş yazılımlar statik niteliktedir. Bu aşamadan sonra yazılım değişmemekte, belirli bir girdiye bağlı olarak ortaya çıkan sonuç her zaman aynı olmaktadır. Yapay zekâ yazılımının öğrenme sürecine devam ettiği durumlarda yazılım yeni örneklerle karşılaştıkça kendini geliştirebilmektedir. Yapay zekâ yazılımlarının öğrenen yazılımlar şeklinde piyasaya arz edilmeleri durumunda tıbbi cihaz sınıflandırmasında daha yüksek risk sınıfında ele alınıp alınmayacağı sorusu akla gelebilir. Sınıflandırmada tıbbi cihazın piyasaya arz edildiği zamandaki kullanım amacı ve barındırdığı risk

¹¹⁶ Jabri, s. 320.

¹¹⁷ Jabri, s. 321.

¹¹⁸ Jabri, s. 321.

¹¹⁹ Bkz. Schreitmüller, s. 131-132.

dikkate alınır. Dolayısıyla yapay zekâ sisteminin statik veya öğrenen yazılım niteliğinde olmasının sınıflandırma bakımından bir etkisi yoktur¹²⁰.

Yapay zekâ sistemlerinin karmaşık teknolojiler içermesi opaklık özelliğine yol açmakta ve ulaştıkları sonuçlara nasıl ulaşıldığı sorusunu cevaplanmasını zorlaştırmaktadır. Ancak, yapay zekâ sistemlerinin şeffaf olmamaları sınıflandırma bakımından daha yüksek bir risk sınıfında bulunmalarına yol açmaz. Opaklık özelliği, sınıflandırma konusundan çok uygunluk değerlendirme prosedüründe dikkate alınması gereken güvenlik gereklilikleri konusuyla ilgilidir¹²¹.

Yapay zekâ sistemlerinin sınıflandırma konusuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken son konu insan-makine etkileşimi bağlamında kullanıcıların tıbbi cihaz üzerindeki kontrol seviyelerinin sınıflandırmayı etkileyip etkilemeyeceği meselesidir. Örneğin, tıbbi cihaz niteliğindeki bir yazılım hastalığa ilişkin tahminde bulunabilir ve nihai karar cihazın kullanıcısı hekime bırakılabilir. Bu durumun aksine hastalığa ilişkin teşhis yazılım tarafından yapılabilir ve teşhis konusunda hekime bir hareket alanı bırakılmayabilir. Tıbbi cihazların sınıflandırılmasıyla ilgili hükümler incelendiğinde kullanıcıların kontrol seviyelerinin gerek bir fiziki varlığa sahip gerekse tek başına yazılım şeklindeki tıbbi cihazların sınıflandırılmasında rol oynamadığı görülmektedir. Sınıflandırma, daha önce de vurguladığımız gibi cihazın kullanım amacı ve barındırdığı riske göre yapılmaktadır. Bir hastalığa ilişkin kararın alınmasında yapay zekâ yazılımının kullanılması veya kararın insan müdahalesi olmadan yazılım tarafından verilmesi, kararın insan sağlığı etkisi üzerinde farklı durumların ortaya çıkmasına neden olmamaktadır. İnsan-makine etkileşimi bağlamında yapay zekâ sistemi üzerinde insanların kontrol seviyelerini sınıflandırma kuralından ziyade güvenlik gereklilikleri bağlamında ele almak gerekir.

¹²⁰ Öğrenen yazılımların performansının ve buna bağlı olarak kullanım amacının değişmesi söz konusu olabilir. Bu durumda kullanım amacının değişmesine bağlı olarak tıbbi cihazın yeniden sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde tıbbi cihazların değişikliklere bağlı olarak tekrar sınıflandırılmalarına ilişkin düzenleme mevcut değildir. Ancak, tıbbi cihazda değişiklik olabileceği ihtimali çeşitli hükümlerde ele alınmış ve belirli koşullarda tıbbi cihazın yeni bir uygunluk değerlendirme prosedürüne tabi tutulacağı düzenlenmiştir. Sınıflandırma kurallarının amacı tıbbi cihazın karşılaması gereken gerekliliklerin belirlenmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle tıbbi cihazların değişikliği durumunda yeniden sınıflandırmaya ilişkin düzenleme bir eksiklik oluşturmamaktadır. Bkz. **Schreitmüller**, s. 146-148.

¹²¹ **Schreitmüller**, s. 132.

2. Teşhis ve Tedavide Kullanılan Yapay Zekâ Sistemlerinin Piyasaya Arz Edilme Koşulları

Tıbbi cihazlar piyasaya arz edilmeden önce imalatçı tarafından Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin Ek IX ve Ek XI'de yer alan uygunluk değerlendirme prosedürlerinden birisine göre uygunluk değerlendirmesinin gerçekleştirilmesi gerekir (m.52/1). Sınıf IIa ve daha yüksek sınıfta yer alan tıbbi cihazlar bakımından uygunluk değerlendirme prosedürüne onaylanmış kuruluşların dahil edilmesi gerekir. Uygunluk değerlendirmesi sonucunda gerekliliklerin karşılandığının belirlenmesi halinde onaylanmış kuruluş tarafından uygunluk sertifikası düzenlenir. Teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri en az sınıf IIa'da yer aldıkları için uygunluk değerlendirme prosedürüne onaylanmış kuruluşların dahil olması gerekir.

Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde yapay zekâ sistemlerine özgü kurallar yer almamaktadır. Ayrıca tıbbi cihaz niteliğindeki yapay zekâ sistemlerine özgü olarak kabul edilmiş olan uyumlaştırılmış standartlar ve ortak spesifikasyonlar da şu an için mevcut değildir. Mevcut yasal çerçevenin güvenli yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arz edilmeleri için uygun olup olmadığı ve yapay zekâ sistemlerinin özellikleri dikkate alındığında tıbbi cihaz niteliğindeki yapay zekâ sistemleri için yeni düzenlemelere ihtiyaç bulunup bulunmadığının tespiti önem arz etmektedir.

Uygunluk değerlendirme prosedürünün temelini genel güvenlik ve performans gereklilikleri oluşturmaktadır. Genel güvenlik ve performans gereklilikleri Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nin Ek I kısmında düzenlenmiştir. Bu kısımda yapay zekâ sistemleri bakımından özel düzenlemeler yer almasa da yazılımlarla ilgili gereklilikler özel olarak ele alınmıştır¹²². Bu gereklilikler

¹²² “17.1. Yazılımlar dâhil olmak üzere elektronik programlanabilir sistemler içeren cihazlar ya da kendi başına cihaz olan yazılımlar; tekrarlanabilirliği, güvenilirliği sağlamak ve amaçlanan kullanımları doğrultusunda performans göstermek üzere tasarlanır. Tek hata durumu halinde, ortaya çıkan riskleri veya performans bozukluğunu gidermek ya da mümkün olduğu kadar azaltmak için uygun önlemler alınır.

17.2. Yazılım içeren cihazlar veya kendi başına cihaz olan yazılımlar söz konusu olduğunda, bu yazılımlar; geliştirme yaşam döngüsü, bilgi güvenliği, risk yönetimi, doğrulama ve validasyon ilkeleri dikkate alınmak suretiyle en son teknolojik gelişmelere uygun olarak geliştirilir ve imal edilir.

17.3. Bu Ekin 17 numaralı maddesinde atıfta bulunulan ve mobil bilgi işleme platformlarıyla kombinasyon halinde kullanılması amaçlanan yazılımlar; mobil platformun spesifik özellikleri (örneğin ekranın boyutu ve kontrast oranı) ve kullanımlarıyla ilişkili dış faktörler (ışık veya gürültü seviyesine göre değişen ortam) dikkate alınarak tasarlanır ve imal edilir.

yalnızca tek başına yazılım şeklindeki tıbbi cihazlar için değil, yazılım içeren tüm sistemler bakımından geçerlidir. Bu nedenle söz konusu gereklilikler hem tek başına yazılım şeklindeki hem de bir donanıma gömülü olan yapay zekâ sistemleri bakımından geçerlidir.

Yazılım içeren sistemlerle ilgili öngörülen gerekliliklere göre yazılımlar veya yazılım içeren cihazlar tekrarlanabilir, güvenilir ve amaçlanan kullanımları doğrultusunda performans göstermeleri gerekir. Güvenilir yapay zekâ sistemleri oluşturmanın en önemli koşullarından biri, gücünü veri setlerinden alan yapay zekâ sistemleri için veri kalitesidir. Zira, veri kalitesi yapay zekâ sistemlerinin performansını etkilemektedir. Bu nedenle tıbbi cihaz olarak geliştirilen yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesinde verilerin doğru, kesin, kullanım amacı bakımından yeterince temsili olması, güncel olması gerekir. Verilerin kalitesine ilişkin bir düzenleme yazılımlarla ilgili gerekliliklerin arasında yer almaktadır. Yazılımlar bakımından öngörülen doğrulama ve validasyon ilkeleri yazılım kalitesi için öngörülen ilkelerdir¹²³. Dolayısıyla sistemin kalitesinin büyük ölçüde veri kalitesine bağlı olduğu yapay zekâ sistemlerinde verilerin kalitesi gerekliliği doğrulama ve validasyon ilkelerine dayandırılabilir¹²⁴.

Yapay zekâ sisteminin performansı ile ilgili somut gerekliliklerden birisi de sistemin ulaştığı sonuçların yanlış olmamasıdır. Yapay zekâ sistemi geliştirilirken veri toplama, veri işleme, algoritma geliştirme gibi çeşitli aşamalarda yanlışlık dahil olabilir¹²⁵. Yazılımlarda yanlışlığın tamamen ortadan

17.4. *İmalatçılar; yazılımın amaçlandığı şekilde çalışması için gerekli olan donanım, bilgi teknolojileri (BT) ağ karakteristikleri ve yetkisiz erişime karşı koruma dâhil bilgi teknolojileri (BT) güvenlik önlemleri ile ilgili asgari gereklilikleri belirler.*”, Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Ek I, m.17.1; Söz konusu düzenleme aynı şekilde İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’nde de yer almaktadır. Bkz. İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Ek I, m.16.1.

¹²³ Kalite Yönetim Sistemleri için temel kavramları, ilkeleri belirleyen ISO 9000:2015 belgesinde doğrulama, belirlenen gerekliliklerin (belirlenmiş ihtiyaç ya da beklenti) yerine getirildiğinin objektif kanıtların sağlanması yoluyla teyit edilmesi (3.8.12); validasyon ise belirli bir kullanım amacı veya uygulama için gerekliliklerin yerine getirildiğinin objektif kanıtların sağlanması yoluyla teyit edilmesi (3.8.13) olarak tanımlanmıştır. Bkz. **International Organization for Standardization**: ISO 9000:2015 Quality management systems — Fundamentals and vocabulary, <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso:9000:ed-4:v1:en>, (Erişim Tarihi:15.8.2024); Özetle doğrulama ürün ile ilgili gerekliliklerin yerine getirilmesini, validasyon ise kullanıcı gereksinimlerinin yerine getirilmesi anlamına gelmektedir. **Dettling**, s. 637.

¹²⁴ **Schreitmüller**, s. 136-137.

¹²⁵ Verilerin yanlışlığına neden olması mümkün olduğu için yanlışlık sorunu aynı zamanda veri kalitesi ile de bağlantılıdır.

kaldırılması amaçlansa da yanlışlığın tamamen ortadan kaldırılmasının neredeyse imkânsız olduğu ifade edilmektedir¹²⁶. Tıbbi cihaz mevzuatında da yanlışlığın tamamen ortadan kaldırılması yerine yanlışlığın azaltılmasına yönelik hükümler öngörülmüştür. Tıbbi cihazların performansı ile ilgili gereklilikler yanlışlığın azaltılması gerekliliğinin yasal dayanağı olarak gösterilebilir. Bunun dışında mevzuatta yanlışlığın ortadan kaldırılması ile ilgili çeşitli hükümlerde somut düzenlemelere yer verilmiştir¹²⁷. Örneğin Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek XV m.3.6.4 hükmünden yanlışlığı azaltmak için önlemler alınması gerektiği (örneğin randomizasyon gibi) sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde de yanlışlığı azaltmaya yönelik hükümlere yer verilmiştir¹²⁸.

Yapay zekâ sistemlerinde şeffaflıkla ilgili ortaya çıkan problemlerin tıbbi cihazların uygunluk değerlendirmesindeki etkisini de ayrıca ele almak gerekir. Yapay zekâ sistemlerindeki kara kutu özelliği karar vermenin temel unsurlarının açık ve anlaşılır olmamasını ifade etmemektedir. Yapay zekâ sistemlerinin teknik olarak şeffaf olduğu durumlarda dahi kullanıcılar bakımından karar vermenin temel unsurları anlaşılabilir. Tıbbi cihazlara ilişkin mevzuatta teknik olarak şeffaflığa veya karar vermenin temel unsurlarının anlaşılabilirliğine ilişkin bir gereklilik mevcut değildir. Mevzuatta şeffaflıkla ilişkilendirilebilecek gereklilik tıbbi cihazların güvenliğidir. Bu durumda tıbbi cihazın teknik olarak şeffaf olmamasının cihazın güvenliği bakımından sorun oluşturup oluşturmadığının ve piyasaya arz edilmesine engel olup olmayacağının sorusunun cevaplanması gereklidir. Yapay zekâ sistemlerinin şeffaf olmaması doğrudan güvenli olmadıkları anlamına gelmemektedir. Şeffaf olmayan yapay zekâ sistemleri yüksek derecede performans sergileyebilirler. Şeffaflık tıbbi cihazın güvenli olduğunun gösterilmesi bakımından önemli bir unsurdur¹²⁹. Ancak şeffaf olmayan tıbbi cihazın güven-

¹²⁶ **COCIR**: Artificial Intelligence in EU Medical Device Legislation, May 2021, https://www.cocir.org/fileadmin/Publications_2021/COCIR_Analysis_on_AI_in_medical_Device_Legislation_-_May_2021.pdf, (Erişim Tarihi: 15.8.2024), (Artificial Intelligence), s. 22.

¹²⁷ Bu hususta bkz. **COCIR**, Artificial Intelligence, s. 23; **Schreitmüller**, s. 137-138.

¹²⁸ İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde bias (yanlılık) kavramının tercümesi sapma olarak yapılmıştır. Örneğin İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek XII 2.3.1'e göre; klinik performans çalışmalarının, potansiyel sapmayı (bias) en aza indirirken verilerin ilgililiğini en yüksek seviyeye çıkaracak şekilde tasarlanmaları gerekmektedir.

¹²⁹ Şeffaflığın bir amaç değil, güvenin sağlanması bakımından araç olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **COCIR**, Artificial Intelligence, s. 18.

liği olduğu eğitim verileri, doğrulama gibi başka araçlarla da sağlanabilir¹³⁰. Bu nedenle cihazın güvenli olduğu ispat edilebildiği müddetçe şeffaflık konusu tıbbi cihazların piyasaya arzı bakımından engel oluşturmaması gerekir. Mevcut yöntemlere göre daha yüksek performans sergileyen bir cihazın yeterince açıklanamadığı için kullanımının engellenmesi etik açıdan da uygun bulunmamaktadır¹³¹.

Tıbbi cihazların şeffaflığı kapsamında değerlendirilebilecek diğer bir konu ürünlerin güvenli bir şekilde kullanılabilmesi için kullanıcıların yeterli seviyede bilgilendirilmesidir. Tıbbi cihaz mevzuatında kullanıcıların tıbbi cihaz hakkında bilgilendirilmesi tıbbi kullanım talimatı¹³² ve etiketleme ile güvence altına alınmıştır. Tıbbi cihazların karşılaması gerekliliklerden biri, her tıbbi cihazın beraberinde kullanıcı ya da uygun olduğu takdirde diğer bir kişi için yararlı olabilecek her türlü güvenlik ve performans bilgilerini bulundurmasıdır. Bu tür bilgiler cihazın kendisinin üzerinde, ambalajının üzerinde ya da kullanım talimatında bulunabilir ve imalatçının bir web sitesi varsa bu web sitesinde sunulur ve güncel tutulur¹³³. Mevzuatta tıbbi cihazın kullanıcılarının bilgilendirilmesine yönelik hükümler yapay zekâ sistemlerinin güvenli bir şekilde kullanılmasını sağlama bakımından yeterlidir. Yapay zekâ sisteminin özellikleri göz önünde bulundurularak sistemin güvenlik ve performans bilgileri konusunda kullanıcı bilgilendirilmelidir¹³⁴.

Yazılımlardaki bilgi teknolojisi riskleri yapay zekâ sistemlerinde de mevcuttur. Yapay zekâ sistemleri bakımından saldırılar eğitim verileri, modele yönelik saldırılar, giriş verileri gibi çeşitli düzeylerde gerçekleşebilir¹³⁵. Tıbbi cihaz mevzuatının amacı hastaların, kullanıcıların ve diğer kişiler için sağlığın korunması esas olarak tıbbi cihazların piyasaya arz edilmesini sağlamaktır. Bu nedenle yapay zekâ sistemleri de piyasaya arz edilirken hasta

¹³⁰ **Schreitmüller**, s. 134.

¹³¹ **COCIR**, Artificial Intelligence, s. 18; **Schreitmüller**, s. 135.

¹³² Kullanım talimatı, “cihazın kullanım amacı, uygun kullanımı ve alınması gereken önlemler hakkında kullanıcıyı bilgilendirmek üzere imalatçı tarafından sağlanan bilgileri” ifade etmektedir (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.3/11; İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.3/11).

¹³³ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek I, III. Bölüm, 23.1; İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek I, III. Bölüm, 20.1.

¹³⁴ Örneğin öğrenmeye devam eden yapay zekâ sistemleri söz konusu olduğunda sistemin nasıl öğrendiği, değişiklik kapsamının ne olduğu, kullanıcının değişiklikten önceki duruma dönüp dönemeyeceği gibi çeşitli konularda kullanıcıların bilgilendirilmesinin gerekli olduğu söylenebilir. Bkz. **COCIR**, Artificial Intelligence, s. 20.

¹³⁵ **Schreitmüller**, s. 139.

sağlığını tehlikeye atmamak için bilgi teknolojisi risklerini ortadan kaldırmak için gerekli önlemler alınmalıdır. Tıbbi cihaz mevzuatında yapay zekâ sistemleri özelinde olmasa da yazılım niteliğindeki veya yazılım içeren tıbbi cihazlar bakımından tasarım ve imalat ile ilgili gereklilikler arasında söz konusu gereklilik düzenlenmiştir. Buna göre; *“imalatçılar; yazılımın amaçlandığı şekilde çalışması için gerekli olan donanım, bilgi teknolojileri (BT) ağ karakteristikleri ve yetkisiz erişime karşı koruma dâhil bilgi teknolojileri (BT) güvenlik önlemleri ile ilgili asgari gereklilikleri belirler.”*¹³⁶. Bunun dışında, imalatçıların risk yönetimi kapsamına bilgi teknolojisi risklerini de dahil etmelerini gerekir. İmalatçılar tek hata durumu halinde, ortaya çıkan riskleri veya performans bozukluğunu gidermek ya da mümkün olduğu kadar azaltmak için uygun önlemler almakla yükümlüdürler¹³⁷. Bilgi teknolojisi güvenliğinin yalnızca imalatçı tarafından sağlanması mümkün olmayabilir. Kullanıcıların da bilgi teknolojisi güvenliğinin sağlanması için çeşitli eylemlerde bulunmaları gerekebilir. Bu nedenle imalatçıların kullanıcıları saldırılara karşı nasıl korunmaları gerektiği konusunda bilgilendirmeleri gerekir¹³⁸. Bilgi teknolojisi risklerini ortadan kaldırmaya yönelik tüm gereklilikler yapay zekâ sistemlerine de uygulanabilir. Sonuç olarak, tıbbi cihaz mevzuatında yer alan düzenlemelerin yapay zekâ sistemlerinde bilgi teknolojisi risklerini kapsama aldığı ve siber saldırılara karşı dayanıklı yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arz edilmesi için gerekli yasal düzenlemelerin mevcut olduğu söylenebilir.

Tıbbi cihaz niteliğindeki yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arz edilebilmeleri bakımından değerlendirilmesi gereken başka bir husus insan-

¹³⁶ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek I, II. Bölüm, 17.4; İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek I, II. Bölüm, 16.4.

¹³⁷ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek I, II. Bölüm, 17.1/son cümle; İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek I, II. Bölüm, 16.4/son cümle.

¹³⁸ Genel gereklilikler uyarınca güvenliliğe yönelik bilgiler (uyarılar/önlemler/kontrendikasyonlar) ile uygun olduğu hallerde kullanıcılara eğitim sağlanır. Bkz. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek I, I. Bölüm, 4/c; Kullanım talimatında yer verilmesi gereken hususlardan biri *“Cihaz arızası ya da cihazın performansında güvenliği etkileyebilecek değişiklikler meydana gelmesi durumunda uyarılar, önlemler ve/veya alınacak tedbirler”* hakkındadır. Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek I, III. Bölüm, 23.4./ö; İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’nde söz konusu gereklilik daha açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre kullanım talimatında, *“Kendileri cihaz olan yazılımlar ya da yazılım dâhil elektronik programlanabilir sistemler içeren cihazlar için donanım, bilgi teknolojileri ağları karakteristikleri ve yetkisiz girişlere karşı koruma dâhil olmak üzere bilgi teknolojileri güvenlik tedbirleri ile ilgili olarak yazılımın amaçlandığı şekilde çalışması için gerekli olan asgari gereklilikler”* yer almalıdır. Bkz. İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek I, III. Bölüm, 20.4.1/dd.

makine etkileşimi bağlamında otonomi seviyesinin uygunluk değerlendirmesini nasıl etkileyeceği sorusudur. Bu hususta tıbbi cihaz mevzuatında özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususta dikkate alınabilecek düzenleme, genel gereklilikler arasında yer verilen “en son teknolojik gelişmeler dikkate alınarak cihazların güvenli bir şekilde tasarlanması” esasıdır. Cihazların güvenli bir şekilde tasarlanması gerekliliği otonomi seviyesi bakımından yapay zekâ sistemlerine genel bir sınırlama getirmemektedir. Zira, yapay zekâ sisteminin güvenli şekilde kullanımı için farklı seviyelerde insan kontrolü gerekebilir. Bazı yapay zekâ sistemleri bakımından yüksek seviyede insan kontrolü gerekebilirken, bazı kullanım durumlarında sistemin güvenli bir şekilde çalışması için insan müdahalesinin en düşük seviyede olması gerekebilir¹³⁹. Sonuç olarak tıbbi cihaz mevzuatının insan-makine etkileşimi bağlamında otonomi seviyeleri bakımından herhangi bir sınırlama getirmediği söylenebilir. Kanaatimizce tıbbi cihaz mevzuatının amacı bakımından böyle bir sınırlama da gerekli değildir. Bu hususta mevzuatta ileride değişiklik yapılması halinde esnek düzenlemelere yer verilmesinde fayda vardır.

Tıbbi cihaz mevzuatında yapay zekâ sistemlerine özgü düzenlemeler gibi öğrenmeye devam eden yazılımlar özel olarak dikkate alınmamıştır. Öğrenmeye devam eden yazılımların özellikleri nedeniyle tıbbi cihaz mevzuatı bakımından ayrıca değerlendirme yapmak gereklidir. Mevzuatta tıbbi cihazlar için öngörülen gereklilikler öğrenmeye devam eden yapay zekâ sistemleri bakımından da geçerlidir. Bu gereklilere göre bir donanıma gömülü olan veya tek başına tıbbi cihaz olan yazılımların tekrarlanabilir ve güvenilir olmaları gerekir¹⁴⁰. Bu bağlamda tekrarlanabilirlik, yazılımın performansının aynı koşullar altında aynı kabul edilebilecek sonuçlar üretme derecesi olarak tanımlanabilir¹⁴¹. Tekrarlanabilirlik statik nitelikteki yapay zekâ sistemlerinde özel bir sorun ortaya çıkarmamaktadır¹⁴². Ancak, aynı husus öğrenmeye devam eden yapay zekâ sistemleri bakımından geçerli değildir¹⁴³. Zira, öğrenmeye devam eden yapay zekâ sistemleri statik nitelikte değildir.

¹³⁹ Bkz. **COCIR**, Artificial Intelligence, s. 7.

¹⁴⁰ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek I, II. Bölüm, 17.1.

¹⁴¹ **COCIR**, Artificial Intelligence, s. 24.

¹⁴² **Haftenberger**, Anna: Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2023, s. 199.

¹⁴³ Bkz. **Dettling**, s. 637; **Heil**, Maria: “Die neue KI-Verordnung (E) - Regulatorische Herausforderungen für KI-basierte Medizinprodukte-Software”, MPR, 1/2022, s. 10; **Thiermann**, Arne/**Böck**, Nicole: “Künstliche Intelligenz in Medizinprodukten: Regulatorisches Regelwerk und Haftungsvorgaben”, RDİ, 2022, s. 335; **Haftenberger**, s. 199-200.

ler. Öğrenme süreçleri boyunca kendilerini geliştirirler. Girdilere bağlı olarak sonuç her zaman aynı olmaz. Esasen öğrenen yazılımlar performanslarının tekrarlanabilir olması için tasarlanmazlar. Ancak, tıbbi cihaz mevzuatının öğrenen yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arzı bakımından uygun yasal çerçeveye sahip olduğunu söylemek zordur. Kanaatimizce mevcut düzenlemede aranan tekrarlanabilirlik özelliğinin öğrenen yapay zekâ sistemleri tarafından temin edilememesi piyasaya arz edilmeleri bakımından engel oluşturmamalıdır. Zira, tekrarlanabilirlik özelliği öğrenen yapay zekâ sistemleri için güvenilirliği sağlayan bir özellik değildir¹⁴⁴. Öğrenen yapay zekâ sistemlerinin güvenli olmaları çeşitli şekillerde temin edilip ispat edildiği müddetçe piyasaya arzları mümkün kabul edilmelidir. Aksi takdirde, yapay zekâ sistemlerinin önemli potansiyelinden faydalanmanın önü kapatılmış olacaktır. Avrupa Birliği tıbbi cihaz düzenlemelerini de etkileyen Yapay Zekâ Tüzüğü'nde de öğrenen yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arz edilmeleri bakımından bir engel bulunmamaktadır. Hukukumuz bakımından da bu doğrultuda yorum yapmak mümkündür.

Piyasaya arz edildikten sonra öğrenmeye devam eden yazılımlarla ilgili ele alınması gereken bir diğer konu ise öğrenme neticesinde meydana gelen değişikliklere mevzuat bağlamında nasıl tepki verileceği meselesidir. Öğrenen yazılımlarda yazılımın performansında, girdi türlerinde, kullanım amacında değişiklikler olabilir. Tıbbi cihaz mevzuatında yapay zekâ sistemlerinin adapte olma özellikleriyle ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, tıbbi cihazlarda piyasaya arz edildikten sonra değişiklik yapılması durumu yapay zekâ sistemlerine özgü değildir. Tıbbi cihazlar piyasaya arz edildikten sonra imalatçılar tarafından değişiklik yapılması mümkündür. Bu nedenle tıbbi cihazlarda değişiklik ile ilgili çeşitli hükümlere farklı kısımlarda yer verilmiştir.

İmalatçıların genel yükümlülükleri arasında cihaz tasarımındaki veya özelliklerindeki değişikliklerin zamanında ve yeterli şekilde dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir¹⁴⁵. Kalite yönetim sistemine ve teknik dokümantasyonun değerlendirilmesine dayalı uygunluk değerlendirmesinde tıbbi cihazlarda değişiklik ile ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; “*Onaylanan cihazdaki değişiklikler; cihazın güvenlik ve performansını ya da cihaz-*

¹⁴⁴ Yapay zekâ sistemleri için tekrarlanabilirlik yerine yeniden üretilebilirlik özelliğinin aranmasının uygulama açısından daha fazla esneklik sağlayacağı ifade edilmiştir. Bkz. **COCIR**, Artificial Intelligence, s. 24-25.

¹⁴⁵ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.10/9; Ayrıca bkz. İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, m.11/8.

zın kullanımı için öngörülen şartları etkileyebilecekse, AB teknik dokümantasyon değerlendirme sertifikasını düzenlemiş olan onaylanmış kuruluştan onay gerektirir”¹⁴⁶. Tıbbi cihazda değişiklik yapılmasıyla ilgili olarak değişikliklerin değerlendirilmesi bakımından onaylanmış kuruluşlar yetkilendirilmişlerdir¹⁴⁷. İmalatçı, onaylanmış tıbbi cihazda değişiklik yapmayı planlaması halinde onaylanmış kuruluşu bununla ilgili olarak bilgilendirmesi gerekir. Onaylanmış kuruluş başvuruyu değerlendirir ve değişikliğin yeni bir uygunluk değerlendirmesi gerektirip gerektirmediğine ya da AB teknik dokümantasyon belgesine ek bir belge ile belirtilip belirtilemeyeceğine karar verir. Değişikliklerin ek bir belge ile belirtilebileceğine karar verilirse, onaylanmış kuruluş değişiklikleri değerlendirir ve onaylaması halinde sertifikaya ek bir belge düzenlenir (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Ek IX, m.4.10).

Tıbbi cihazlarda meydana gelen değişiklik ile ilgili başka bir düzenlemeye ise tip incelemesine dayalı uygunluk değerlendirmesinde yer verilmiştir. Buna göre; “Kullanım amacının ve kullanım şartlarının sınırlandırılması da dâhil onaylanmış cihazdaki değişiklikler; bu tür değişikliklerin genel güvenlilik ve performans gerekliliklerine veya ürünün kullanımına yönelik öngörülen şartlara uygunluğu etkileyebileceği durumlarda AB tip inceleme sertifikasını düzenleyen onaylanmış kuruluştan onay gerektirir.”¹⁴⁸. Başvuru

¹⁴⁶ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek IX, II. Bölüm, 4.10/Birinci cümle.

¹⁴⁷ “Onaylanmış kuruluş; imalatçıların bilgi verme yükümlülükleri ile aşağıda belirtilen hususlardaki değişikliklerin değerlendirilmesi ile ilgili olarak işleyen ve dokümanite edilmiş prosedürlere ve imalatçılarla yapılan sözleşmeye dayalı düzenlemelere sahip olur:

- Onaylanmış kalite yönetim sistemi veya sistemleri ya da kapsanan ürün yelpazesi,
 - Onaylanmış cihaz tasarımı,
 - Cihazın kullanım amacı ya da cihaza ilişkin iddialar,
 - Onaylanmış cihaz tipi,
 - Bir cihazın ihtiva ettiği veya bir cihazın imalatı için kullanılan ve bu Ekin 4.5.6 numaralı maddesi uyarınca spesifik prosedürlere tabi olan maddeler.
- Birinci paragrafta atıfta bulunulan prosedürler ve sözleşmeye dayalı düzenlemeler, aynı paragrafta atıfta bulunulan değişikliklerin önemini kontrol etmeye yönelik tedbirler içerir. Söz konusu onaylanmış kuruluş dokümanite edilmiş prosedürleri uyarınca:
- İmalatçıların, birinci paragrafta atıfta bulunulduğu şekilde değişikliklere yönelik planları ve bu tür değişikliklere ilişkin ilgili bilgileri ön onay için sunmasını sağlar,
 - Önerilen değişiklikleri değerlendirir ve bu değişikliklerden sonra kalite yönetim sisteminin ya da cihaz tasarımının veya cihaz tipinin hala bu Yönetmeliğin gerekliliklerini karşılayıp karşılamadığını doğrular,
 - İmalatçıya kararını bildirir ve değerlendirmesinin gerekçeli sonuçlarını içeren bir rapor veya uygulanabilir olduğunda bir ek rapor sunar.”, Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek VII, m.4.9.

¹⁴⁸ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek X, 5.2.

sahibi değişiklikler hakkında AB tip inceleme sertifikasını düzenleyen onaylanmış kuruluşu bilgilendirir. Onaylanmış kuruluş planlanan değişiklikleri inceler ve kararını imalatçıya bildirir. Onaylanmış tipteki değişikliğe onay verilmesi halinde AB tip inceleme sertifikasına ek bir belge verilir. Onaylanmış bir cihazın kullanım amacındaki ve kullanım şartlarındaki değişiklikler söz konusu ise, yeni bir uygunluk değerlendirme başvurusu yapılması gereklidir¹⁴⁹.

Tıbbi cihazlardaki değişiklikler ile ilgili düzenlemeler incelendiğinde imalatçının müdahalesi ile gerçekleşen değişiklikler göz önünde bulundurularak hazırlandıkları görülmektedir. Ancak hükümlerin lafzı dikkate alındığında öğrenen yazılımlarda meydana gelen değişiklikler bakımından da uygulanmalarında bir engel bulunmamaktadır¹⁵⁰. Tıbbi cihaz mevzuatındaki düzenlemelere göre, tıbbi cihazlardaki değişikliklerin uygulanabilmesi onaylanmış kuruluşlardan onay alınması veya bazı durumlarda yeni bir uygunluk değerlendirmesi yapılması gerekmektedir. Tıbbi cihazlardaki değişiklikle ilgili hükümlere göre, tıbbi cihazdaki değişikliğin önemli olduğu durumlarda yeni bir uygunluk değerlendirmesi yapılması esası kabul edilmiştir¹⁵¹.

Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında öğrenen yazılımlarda performans değişikliği, kullanım amacının değişikliği gibi değişiklikler imalat-

¹⁴⁹ Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek X, 5.3.

¹⁵⁰ **Schreitmüller**, s. 150-151.

¹⁵¹ Bu esasa yönelik bir çıkarım da tekil cihaz kimliğine (UDI) ilişkin hükümlerden yapılabilir. Bkz. **Schreitmüller**, s. 151; Avrupa Birliği'nin 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nde ve Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'nde yeni bir düzenleme olarak tekil cihaz kimliğine (UDI- Unique Device Identification) yer verilmiştir. Bir cihazın tanımlanmasını sağlayan UDI, UDI-DI ve UDI-PI'den oluşur. UDI-DI (Device Identifier) cihaz modeline özgü, UDI-PI (Production Identifier) ise cihazın üretim birimini tanımlayan koddur. Cihaz yazılımındaki değişiklikler UDI-DI veya UDI-PI'de değişiklik yapılmasını gerektirir. Önemli değişikliklerde cihaz modeline özgü olan yeni bir UDI-DI gereklidir. Yeni bir UDI-DI'nın söz konusu olduğu durumlar Yönetmelikte şu şekilde düzenlenmiştir: *"Aşağıdakileri değiştiren bir modifikasyon olduğunda, yeni bir UDI-DI gerekir:*

a) Orijinal performansı,
b) Yazılımın güvenliğini veya kullanım amacını,
c) Verilerin yorumlanmasını.

Bu tür modifikasyonlar; yeni veya modifiye edilmiş algoritmalar, veri tabanı yapıları, işletim platformu, mimari veya yeni kullanıcı arayüzleri ya da birlikte çalışabilirliğe yönelik yeni kanallar içerir." (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek VI, Kısım C, 6.5.2).

Minör yazılım revizyonlarında ise yeni bir UDI-DI gerekli olmayıp yalnızca cihazın üretim birimini tanımlayan UDI-PI değişikliği gerekir. Minör yazılım revizyonlarına örnek olarak genel olarak hata (bug) düzeltmeleri, güvenlik amaçlı olmayan kullanılabilirlik iyileştirmeleri, güvenlik yamaları veya işletim verimliliği ile ilişkili değişiklikler gösterilmiştir (Tıbbi Cihaz Yönetmeliği Ek VI, Kısım C, 6.5.3).

çının yeni uygunluk değerlendirmesi başvurusu yapmasını gerektirecektir. Bu durum, her değişiklikte yeni bir başvuru yapılmasını gerektirdiği için inovasyonu olumsuz olarak etkileme potansiyeline sahiptir. Bu nedenle, öğrenen yazılımlarla ilgili olarak değişiklik sürecini daha kolaylaştıracak yönde düzenlemeler yapılması önerilmektedir. Bu yönde somut adımlar ilk olarak FDA (Amerika Birleşik Devletleri Gıda ve İlaç Dairesi) tarafından atılmıştır. FDA 2019 yılında “Yapay Zekâ Tabanlı Tıbbi Cihaz Yazılımlarına İlişkin Değişiklikler İçin Önerilen Düzenleyici Çerçeve” belgesini yayımlanmıştır¹⁵². Söz konusu belgede yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazlarda meydana gelen değişikliklerin piyasaya arz edilmeden önce öngörülen değişiklikler kapsamında olması halinde yeni bir başvuru gerektirmeyeceği esas kabul edilmiştir¹⁵³. Söz konusu yaklaşım Yapay Zekâ Tüzüğü’nde de benimsenmiştir (AIA, Art.43/4). Avrupa Birliği’nin tıbbi cihaz düzenlemeleriyle uyum sağlamak ve yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazlar bakımından uygun hukuki çerçeveyi oluşturmak için Tıbbi Cihaz Yönetmeliği’nde bu yönde bir değişiklik yapılmasında fayda vardır.

III. YAPAY ZEKÂ TÜZÜĞÜ VE 2017/745 SAYILI TIBBİ CİHAZ TÜZÜĞÜ’NE ETKİSİ

A. Yapay Zekâ Tüzüğü ve 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü Arasındaki İlişki

Avrupa Birliği’nde yapay zekâ sistemlerine özgü düzenlemeler içeren ilk bağlayıcı düzenleme 2024/1689 sayılı Yapay Zekâ Tüzüğü (Artificial Intelligence Act, AIA) olmuştur. Tüzük, 12 Temmuz 2024 tarihinde Avrupa Birliği Resmî Gazetesi’nde yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur¹⁵⁴.

Yapay Zekâ Tüzüğü’nün amacı insan odaklı ve güvenilir yapay zekâ sistemlerini teşvik ederken, aynı zamanda sağlık, güvenlik ve Avrupa Birliği

¹⁵² **FDA:** Proposed Regulatory Framework for Modifications to Artificial Intelligence/Machine Learning (AI/ML)-Based Software as a Medical Device (SaMD) - Discussion Paper and Request for Feedback, 2019, <https://www.fda.gov/media/122535/download?attachment>, (Erişim Tarihi: 15.8.2024).

¹⁵³ **FDA**, s. 12-13.

¹⁵⁴ Artificial Intelligence Act, REGULATION (EU) 2024/1689 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689>, (Erişim Tarihi: 20.9.2024).

Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel haklar bakımından yüksek düzeyde koruma sağlamaktır (m.1). Yapay Zekâ Tüzüğü kapsam olarak Avrupa Birliği içerisinde üretilen ve piyasaya arz edilen tüm yapay zekâ sistemleri bakımından uygulanabilir. Tüzük kapsamına faaliyetleri yürüten kuruluşun türü önem arz etmeksizin münhasıran askeri, güvenlik veya ulusal güvenlik amacıyla pazarlanan veya hizmete sunulan yapay zekâ sistemleri dahil edilmemiştir (m.3/3). Ayrıca, Tüzük kuralları tüketicinin korunmasına ve ürün güvenliğine ilişkin diğer Birlik düzenlemelerinin uygulanmasına hâlel getirmez (m.3/9).

Tüzük kapsamında yapay zekâ sistemleri bakımından riske dayalı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu kapsamda kabul edilemez riskli yapay zekâ uygulamaları¹⁵⁵, yüksek riskli yapay zekâ uygulamaları, şeffaflık riski taşıyan yapay zekâ uygulamaları¹⁵⁶ ve düşük riskli yapay zekâ uygulamaları¹⁵⁷ ayrımı yapılmıştır. Tüzük'te ayrıca genel amaçlı yapay zekâ modelleri ve sistemik risk oluşturan genel amaçlı yapay zekâ modelleri için özel kurallar öngörülmüştür (m.51-55).

Yapay Zekâ Tüzüğü'nde kapsamlı düzenlemelere yer verilen ve en yüksek düzeyde gerekliliklerin arandığı alan yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkindir. Yüksek riskli olarak değerlendirilen yapay zekâ uygulamaları insanların sağlığı, güvenliği veya temel hakları üzerinde olumsuz etkiler yaratma potansiyeline sahip olan sistemlerdir. Risk sınıflandırmasında yapay zekâ sistemlerinin kullanım amaçları esas alınmıştır. Yüksek riskli olarak kabul edilen yapay zekâ uygulamalarının kapsamı 6. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, ilk olarak Tüzük'ün EK 1 listesinde yer alan Birlik uyum mevzuatı kapsamında yer alan ve piyasaya arz edilmesi için üçüncü

¹⁵⁵ Kabul edilemez risk taşıyan yapay zekâ uygulamaları yasaklanmıştır. Tüzük'ün 5. maddesinde yasaklanmış yapay zekâ uygulamalarına yer verilmiştir. Yasaklanan bazı yapay zekâ uygulamaları şu şekildedir: Kişilerin bilinçli karar verme yeteneklerini zayıflatan (m.5/1-a), kişilerin sosyal davranışlarına veya kişisel özelliklerine göre değerlendiren veya sınıflandıran (m.5/1-c), gerçek kişilerin suç işleme potansiyellerinin değerlendiren veya tahmin eden (m.5/1-d), tıbbi veya güvenlik sebepleri dışında işyeri veya eğitim kurumlarında gerçek kişilerin duygu çıkarımını yapan (m.5/1-f), istisnai uygulamalar hariç olmak üzere kolluk kuvvetlerinin amaçları doğrultusunda kamuya açık alanlarda gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin kullanılması şeklindeki (Art.5/1-h) yapay zekâ uygulamaları.

¹⁵⁶ Gerçek kişilerle etkileşime geçmeyi veya içerik üretmeyi amaçlayan belirli yapay zekâ sistemlerinin taşıdığı riskler nedeniyle bilgilendirme ve şeffaflık yükümlülükleri öngörülmüştür (AIA, Art.50).

¹⁵⁷ Spam filtresi gibi düşük riskli yapay zekâ uygulamaları için mevcut yükümlülükler dışında Tüzükte ayrıca bir yükümlülük öngörülmemiştir.

taraf uygunluk değerlendirmesi tabi tutulan ürünler yüksek riskli kabul edilmiştir (m.6/1). Bu kapsamda yüksek riskli olarak kabul edilen yapay zekâ sistemlerine örnek olarak tıbbi cihazlar, asansörler ve asansörlerin güvenlik bileşenleri, oyuncaklar, teleferik tesisatları, kişisel koruyucu ekipmanlar gösterilebilir. Bunun dışında Tüzük'ün EK 3 listesinde yer alan yapay zekâ sistemleri de yüksek riskli olarak kabul edilmiştir (m.6/2). Ancak bu liste kapsamında yer alan yapay zekâ sistemlerinin kişilerin sağlık, güvenlik ve temel hakları bakımından önemli risk teşkil etmemeleri koşuluyla yüksek riskli olarak kabul edilmeyecekleri düzenlenmiştir (m.6/3). Yapay zekâ sistemlerinin yüksek riskli kabul edilmemeleri için karşılamaları gereken koşullara ayrıca hükümde yer verilmiştir.

Yapay Zekâ Tüzüğü'nde yer alan düzenlemeye göre, uygunluk değerlendirmesine tabi olan tıbbi cihaz niteliğindeki veya bir tıbbi cihazın güvenlik bileşeni olan yapay zekâ sistemleri Tüzük kapsamında yüksek riskli olarak kabul edilmiştir¹⁵⁸. Bu doğrultuda da Tıbbi Cihaz Tüzüğü'ne göre sınıf IIa ve üzeri sınıflarda yer alan tıbbi cihazlar ve tıbbi cihaz aksesuarları Yapay Zekâ Tüzüğü'ne göre yüksek riskli yapay zekâ sistemleri arasında yer alırlar¹⁵⁹. Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nde yer alan sınıflandırma kurallarına göre teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri sınıf IIa ve üzeri sınıflarda yer alırlar. Bu nedenle teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri Yapay Zekâ Tüzüğü'ne göre yüksek riskli yapay zekâ sistemleri arasında yer alırlar.

¹⁵⁸ “Irrespective of whether an AI system is placed on the market or put into service independently of the products referred to in points (a) and (b), that AI system shall be considered to be high-risk where both of the following conditions are fulfilled:

(a) the AI system is intended to be used as a safety component of a product, or the AI system is itself a product, covered by the Union harmonisation legislation listed in Annex I;

(b) the product whose safety component pursuant to point (a) is the AI system, or the AI system itself as a product, is required to undergo a third-party conformity assessment, with a view to the placing on the market or the putting into service of that product pursuant to the Union harmonisation legislation listed in Annex I.”, (AIA, Art.6/1).

¹⁵⁹ Tüzük'ün tasarı aşamasından bu yana Tıbbi Cihaz Tüzüğü uyarınca uygunluk değerlendirmesine tabi tıbbi cihazların genel olarak yüksek riskli yapay zekâ sistemleri olarak kabul edilmesi ve somut kullanım şekillerinin riske dayalı sınıflandırılmaması eleştirilmiştir. Ancak Tüzük'ün kabul edilen son halinde bu hususta bir değişiklik yer almamaktadır. Bu hususta bkz. **Heil**, s. 6-7; **Schreitmüller**, s. 293-294; **Hoos**, Katja: “KI trifft auf Medizinprodukte – Das zukünftige Zusammenspiel von AI-Act und MDR”, ZfPC, 2024, s. 171; Ayrıca bkz. **Frost**, Yannick/**Steininger**, Manuela/**Vivekens**, Sabrina: “Nutzen, Chancen, Risiken und Haftung bei der Verwendung von Künstlicher Intelligenz im Kontext der KI-Verordnung und KI-Haftungsrichtlinie”, MPR, 2024, s. 12.

Yapay Zekâ Tüzüğü'ne göre yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arz edilmeden önce uygunluk değerlendirme prosedürü yürütülerek ikinci bölümde yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için öngörülmüş olan gerekliliklerin karşılandığı ispat edilmelidir (m.43). Yapay Zekâ Tüzüğü'nde de Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nde olduğu gibi söz konusu gereklilikler soyut bir şekilde düzenlenmiş; uyumlaştırılmış standartlar ve ortak spesifikasyonlar aracılığıyla söz konusu gerekliliklerin somutlaştırılmasına imkân tanınmıştır (m.40-41). Sağlayıcı uyumlaştırılmış standartlara veya ortak spesifikasyonlara uyarak ilgili gerekliliklerin yerine getirildiğini ispat edebilir. Gereklilikleri karşılayan yapay zekâ sistemleri için onaylanmış kuruluşlar tarafından sertifika verilir (m.44). Ayrıca sağlayıcı tarafından yüksek riskli yapay zekâ sisteminin ikinci bölümde belirtilen gereklilikleri karşıladığı belirten AB uygunluk beyanı hazırlanır (m.47) ve yapay zekâ sistemine CE işareti iliştiirilir (m.48).

Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için öngörülmüş olan gereklilikler; risk yönetim sisteminin kurulması (m.9), veri ve veri yönetimi (m.10), teknik dokümantasyon hazırlanması (m.11), kayıt tutma (m.12), şeffaflık ve kullanıcılara bilgi sağlanması (m.13), insan gözetimi (m.14), doğruluk, sağlamlık ve siber güvenliktir (m.15). Yapay Zekâ Tüzüğü'nde sektörden bağımsız düzenleme yapıldığı için bazı gereklilikler Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nde yer alan düzenlemelerle örtüşmektedir. Kayıt tutma, insan gözetimi gibi gereklilikler ise tıbbi cihazlar için öngörülen gereklilikler bakımından yeni düzenlemelerdir.

Yapay Zekâ Tüzüğü tasarı aşamasından bu yana gerek tıbbi cihazlar özelinde gerekse de genel olarak çeşitli yönlerden eleştirilmektedir. Tüzük Tasarısı'nın ilk halinde yapay zekâ sistemi tanımı oldukça geniş bir şekilde tanımlanmıştı. Yapılan geniş tanım nedeniyle geleneksel yazılımların da Tüzük kapsamında kalarak yüksek düzeyde gerekliliklere tabi olacağı ve bu durumun inovasyonu olumsuz etkileyeceği gerekçesiyle yapılan tanım eleştirilmiştir¹⁶⁰. Tanıma ilişkin yapılan eleştiriler tasarı aşamasında dikkate alınmış ve Tüzük'ün son halinde yapay zekâ kavramı geleneksel yazılımlar ile arasında sınır çekebilmek için otonomi özelliğine vurgu yapılarak tanımlan-

¹⁶⁰ Bu hususta bkz. **Schreitmüller**, s. 289-291; Ayrıca bkz. **Saliba**, Jean L.: "Medizinprodukte unter dem Einfluss Künstlicher Intelligenz", Medizinprodukterecht im Wandel, Festschrift für Ulrich M. Gassner zum 65. Geburtstag, Ed. Roman Grinblat, Sibylle ve Scholtz Sophy, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022, s. 492-494; Klasik yazılımların yapay zekâ sistemlerinden ayırt edilebilmesi için yapay zekanın tanımında otonomi özelliğine tanımda yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **Heil**, s. 4.

miştir¹⁶¹. Tüzük hakkında başka bir eleştirilen husus ise, yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazlar bakımından Tıbbi Cihaz Tüzüğü ile dikkate alınması gereken Yapay Zekâ Tüzüğü'nde bazı kavramların Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nde yer alan kavramlarla uyumlu şekilde kullanılmamasıdır¹⁶².

Yüksek riskli yapay zekâ sistemleriyle ilgili öngörölmüş olan gereklilikler hakkında da cevaplanması gereken bazı sorular mevcuttur¹⁶³. Bu hükümlerden biri şeffaflık ile ilgili düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre; yüksek riskli yapay zekâ sistemleri kullanıcıların sistemin çıktısını yorumlayabilmesi ve uygun şekilde kullanabilmesini sağlamak için operasyonlarının yeterli şekilde şeffaf olmasını sağlayacak şekilde tasarlanacak ve geliştirileceklerdir (m.13/1). Şeffaflık gerekliliğinde, kullanıcıların sistemi yorumlayabilmesine odaklanılmıştır. Bu doğrultuda hükmün ikinci fıkrasında yapay zekâ sistemlerine kullanım talimatlarının eşlik edeceği düzenlenmiştir. Kullanım talimatlarında asgari olarak yer alması gereken hususlara ise üçüncü fıkrada yer verilmiştir. Bunun dışında şeffaflık gerekliliğini sağlamak için alınması gereken önlemler sağlayıcının değerlendirmesine bırakılmıştır¹⁶⁴. Hükümde belirtilen “yeterli şekilde şeffaflık” ile ne kastedildiği tam olarak açık değildir¹⁶⁵. Bu durumda yanıtlanması gereken önemli sorulardan biri yapay zekâ sisteminin çıktılarının neden sonuç ilişkisi bağlamında açıklanamadığı sistemlerin şeffaflık gerekliliğini yerine getirip getirmediğinin nasıl değerlendirileceğidir¹⁶⁶. Şeffaflık gerekliliğiyle ilgili düzenlemelerin bütünü dikkate alındığında kullanıcıların sahip olması gereken bilgilerin yapay zekâ

¹⁶¹ AIA, Art.3/1.

¹⁶² Bkz. **Heil**, s. 7-8; **Schreitmüller**, s. 292.

¹⁶³ Söz konusu gereklilikler ilgili olarak soruna yol açan hükümlerden biri “veri ve veri yönetimi” hükmü (m.10) idi. Tasarı aşamasındayken söz konusu düzenlemeye göre; eğitim, doğrulama ve test veri setlerinin ilgili, temsili, hatasız ve eksiksiz olması gerekmektedir. Verilere ilişkin mutlak aranan bu koşulların pratikte imkânsız olması nedeniyle hüküm eleştirilmekteydi. Bkz. **Bomhard**, David/**Merkle**, Marieke: “Europäische KI-Verordnung - Der aktuelle Kommissionsentwurf und praktische Auswirkungen”, RDi, 2021, s. 280; **Heil**, s. 9; **Schreitmüller**, s. 299-300; Tüzük'ün kabul edilmiş son halinde veri setleriyle ilgili gerçekleştirilmesi imkânsız olan koşullar yumuşatılmıştır. Buna göre; eğitim, doğrulama ve test veri setlerinin ilgili, yeterince temsili ve mümkün olan en iyi ölçüde hatasız ve kullanım amacı bakımından eksiksiz olması gerekmektedir (m.10/3).

¹⁶⁴ **Schreitmüller**, s. 301-302; **Merkle**, Marieke Luise: “Transparenz nach der KI-Verordnung – von der Blackbox zum Open-Book?”, RDi, 2024, s. 414.

¹⁶⁵ **Bomhard/Merkle**, s. 280.

¹⁶⁶ Tam bir şeffaflık aranması kara kutu olarak nitelendirilen yapay zekâ sistemlerinin söz konusu gerekliliği hiçbir zaman karşılayamamasına ve özellikle tıp alanında sıklıkla bu yöntemlerle geliştirilen sistemlerin önünde engel teşkil edecektir. Bu yönde değerlendirme için bkz. **Heil**, s. 9.

sistemin güvenli bir şekilde kullanımını temin etmeye yönelik olduğu görülmektedir. Bu nedenle yapay zekâ sisteminin güvenli kullanımı temin edildiği müddetçe tam bir şeffaflık düzeyinden vazgeçilebileceğini kabul etmek gerekir¹⁶⁷. Zira sağlık alanında yapay zekâ sisteminin mevcut olmadığı cihazlarda dahi cihazın performansı etki mekanizmalarının açıklanabilirliğinin önüne geçmektedir¹⁶⁸.

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin en çok tartışmaya açık hükümlerinden birisi, bu sistemler için öngörülmüş olan insan gözetimi gerekliliğidir¹⁶⁹. Söz konusu hükme göre; yüksek riskli yapay zekâ sistemleri kullanımında oldukları süre boyunca; uygun insan-makine arayüzü de dahil olmak üzere gerçek kişiler tarafından denetlenebilecek şekilde tasarlanacak ve geliştirileceklerdir (m.14/1). Aynı hükümde insan gözetimini gerçekleştirecek kişilerin yapmasına imkân sağlanacak durumlar arasında “yüksek riskli yapay zekâ sisteminin işleyişine müdahale etmek veya durdurma düğmesi veya benzer bir prosedür aracılığıyla sistemi kesintiye uğratmak” sayılmıştır (m.14/4-e). Bu düzenlemeler, işleyişi esnasında gerçek kişiler tarafından denetim veya müdahale imkanının olmadığı yapay zekâ sistemlerinin kullanımının Tüzük tarafından yasaklandığı şeklinde yorumlanabilir¹⁷⁰. Ancak her durumda gerçek bir kişinin yapay zekâ sistemi çalışırken müdahale imkanının bulunması sistemin güvenli şekilde çalışması anlamına gelmemektedir. Bazı durumlarda yapay zekâ sisteminin daha iyi performansla ve güvenli bir şekilde çalışması için işleyiş esnasında herhangi bir insan müdahalesinin bulunmaması gerekir¹⁷¹. İnsan gözetimiyle ilgili hükümde insan gözetiminin sağlık, güvenlik ve temel haklara yönelik riskleri önlemeyi veya en aza indirmeyi amaçlaması gerektiği ifade edilmiştir (m.14/2). Ayrıca insan gözetimini gerçekleştiren kişiye sağlanacak imkanların uygun ve orantılı olması gerekmektedir. Kanaatimizce bu düzenlemeler dikkate alınarak yapay zekâ sistemlerinin sağlık bakımından risklerini ortadan kaldırmak veya azaltmak için sistemin işleyişi esnasında mutlaka gerçek kişinin müdahale imkânı olmadan da tasarlanabileceklerini kabul etmek gerekir¹⁷². Bu durum-

¹⁶⁷ Schreitmüller, s. 302; Tüzük’ün şeffaflık yaklaşımının genel olarak kara kutu sistemlerini yasaklamadığı yönünde bkz. Merkle, s. 414.

¹⁶⁸ Hoos, s. 175.

¹⁶⁹ Bkz. Heil, s. 9.

¹⁷⁰ Schreitmüller, s. 303; Gassner, Ulrich M.: “Menschliche Aufsicht über intelligente Medizinprodukte”, MPR, 2023, (Menschenliche Aufsicht), s. 9-10.

¹⁷¹ Bomhard/Merkle, s. 281; Schreitmüller, s. 303; Gassner, Menschenliche Aufsicht, s. 9-10; Ayrıca bkz. Hoos, s. 174.

¹⁷² Benzer yönde bkz. Schreitmüller, s. 304.

da insan gözetimi tedbiri sistemin işleyişi öncesinde veya sonrasında denetlenmesi şeklinde uygulanabilir¹⁷³.

Yapay Zekâ Tüzüğü'nde yapay zekâ sistemlerinin dinamik yapısı uygunluk değerlendirme sürecinde ayrıca dikkate alınmış ve FDA tarafından tıbbi cihazlara yönelik olarak benimsenmiş yaklaşım yönünde bir esas benimsenmiştir. Buna göre uygunluk değerlendirme prosedürü gerçekleştirilmesi gereken yüksek riskli yapay zekâ sistemleri önemli değişiklik meydana gelmesi durumunda yeni bir uygunluk değerlendirmesine tabi tutulurlar. Ancak piyasaya arz edildikten veya hizmete sunulduktan sonra öğrenmeye devam eden yapay zekâ sistemleri için sağlayıcı tarafından ilk uygunluk değerlendirmesinde ve teknik dokümantasyonda belirlenmiş olan yapay zekâ sistemi ve performansındaki değişiklikler önemli değişiklik teşkil etmeyecektir (m.44/3). Dolayısıyla, öğrenmeye devam eden yapay zekâ sistemleri için öngörülmüş değişiklikler kapsamında meydana gelen değişiklikler yeni bir uygunluk değerlendirme prosedürü gerektirmeyecektir.

Yapay Zekâ Tüzüğü'nde sektörlere özgü düzenlemeler yer almadığı için yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin çeşitli düzenlemeler Tıbbi Cihaz Tüzüğü ile paralellik göstermektedir. Bu nedenle aynı konuya ilişkin birden fazla düzenlemenin bulunmasının özellikle yapay zekâ tabanlı tıbbi cihaz üreticileri bakımından belirsizliklere yol açacağı, yükümlülükleri önemli ölçüde arttıracığı; bu nedenle tıbbi cihaz sektörünü ve inovasyonu olumsuz etkileyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁷⁴. Özellikle Tüzük tasarı halindeyken bu hususta bazı adımlar atılmış ve düzenlemelerin örtüşen yönlerini uygun bir şekilde ele almak için çeşitli esaslar kabul edilmiştir.

Yapay Zekâ Tüzüğü ve Tıbbi Cihaz Tüzüğü bakımından paralellik arz eden konulardan biri uygunluk değerlendirme prosedürüdür. Yapay Zekâ Tüzüğü'ne göre 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü kapsamında uygunluk değerlendirme prosedürüne tabi olan sınıf IIa ve üzeri sınıflarda yer alan tıbbi cihazlar yapay zekâ sistemine sahip olmaları halinde yüksek riskli yapay zekâ sistemi olarak kabul edilirler. Bunun sonucu olarak ise yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazların Yapay Zekâ Tüzüğü'ne uyarınca piyasaya arz edilmeden önce uygunluk değerlendirme prosedürünün gerçekleştirilmesi gerekir. Halihazırda uygunluk değerlendirme prosedürü gerçekleştirmekle yükümlü olan sağlayıcıların yapay zekâ tabanlı ürünler nedeniyle iki farklı

¹⁷³ Bkz. **Schreitmüller**, s. 303.

¹⁷⁴ Bkz. **Heil**, s. 7; Bu hususla ilgili olarak tıbbi cihazların Tüzük kapsamından çıkarılması ve yapay zekâ sistemlerine özgü gerekliliklerin Tıbbi Cihaz Tüzüğü'ne dahil edilmesi gibi öneriler sunulmuştur. Bkz. **Heil**, s. 11; **Schreitmüller**, s. 297.

uygunluk değerlendirme prosedürü yürütmekle yükümlü olmalarını engellemek için Yapay Zekâ Tüzüğü'nde bu hususta ayrıca bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu doğrultuda, yapay zekâ sistemi içeren tıbbi cihaz sağlayıcıları Tıbbi Cihaz Tüzüğü kapsamında uygunluk değerlendirme prosedürü yürüteceklerdir. Yapay Zekâ Tüzüğü'nün ikinci bölümünde yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için öngörülmüş olan gereklilikler tıbbi cihazlar için geçerli olacak ve uygunluk değerlendirme prosedürünün bir parçası olacaktır. Tıbbi Cihaz Tüzüğü kapsamında uygunluk değerlendirme prosedürü gerçekleştirmeye yetkili olan onaylanmış kuruluşlar, Yapay Zekâ Tüzüğü kapsamında onaylanmış kuruluşlar için öngörülmüş olan gereklilikleri taşımaları halinde Yapay Zekâ Tüzüğü'nde öngörülen gereklilikleri kontrol etmeye yetkili olacaklardır (m.43/3)¹⁷⁵.

Yapay zekâ sistemi içeren tıbbi cihazların piyasaya arz edilebilmeleri veya hizmete sunulabilmeleri için Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nde yer alan gereklilikler dışında Yapay Zekâ Tüzüğü'nde yer verilen gereklilikleri de karşılamaları gerekir¹⁷⁶. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi Yapay Zekâ Tüzüğü'nde öngörülen gerekliliklerin bir kısmı Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nde yer alan gerekliliklere karşılık gelmektedir. Bu nedenle Yapay Zekâ Tüzüğü'nde sağlayıcıların; tutarlılığı sağlamak, tekrarı önlemek ve ek yükleri en aza indirmek için, gerekli test ve raporlama süreçlerini, bilgi ve belgeleri Birlik mevzuatı kapsamında gerekli olan dokümantasyon ve prosedürlere uygun şekilde entegre etme seçeneğine sahip oldukları düzenlenmiştir (m.8/2).

Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nde tıbbi cihazlar için imalatçıların piyasaya arz sonrası gözetim sistemi kurması ve uygulaması öngörülmüştür. Yapay Zekâ Tüzüğü'ne göre de sağlayıcıların piyasaya arz sonrası gözetim sistemi kurması gerekmektedir (m.72). Bu hükümde; tutarlılığı sağlamak, tekrarı önlemek ve ek yükleri en aza indirmek için Birlik mevzuatı kapsamında halihazırda piyasaya arz sonrası gözetim sistemi kurmakla yükümlü olan sağlayıcıların, Tüzük uyarınca gerekli olan unsurları mevcut sistem ve planlarına dahil etme imkanların olduğu düzenlenmiştir (m.72/4).

¹⁷⁵ Uygunluk değerlendirme prosedürünün Tıbbi Cihaz Tüzüğü kapsamındaki onaylanmış kuruluşlara bırakılması, bu onaylanmış kuruluşların tıbbi cihazlara aşına olması nedeniyle olumlu olarak karşılanmıştır. Bkz. **Fuderer**, Markus: "Doppelte Konformitätsbewertung bei KI-basierten Medizinprodukten?", MPR, 4/2022, s. 125; Ancak tıbbi cihazlarla ilgili uygunluk değerlendirme prosedürünü gerçekleştirmeye yetkili olan onaylanmış kuruluşların sayısının az olması, tüm bu kuruluşların da yapay zeka tabanlı tıbbi cihazlara ilişkin uygunluk değerlendirme prosedürü bakımından yetkili olmaması olumsuz bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz. **Heil**, s. 9; **Schreitmüller**, s. 304-305; **Hoos**, s. 172.

¹⁷⁶ Artificial Intelligence Act, Art.8.

B. Yapay Zekâ Tüzüğü'nün Türk Hukuku Bakımından Önemi

Hukuk sistemimizde tıbbi cihazlarla ilgili mevzuatın dayanağını Avrupa Birliği düzenlemeleri teşkil ettiği için Avrupa Birliği'nin tıbbi cihazlara ilişkin düzenlemelerinde yaşanan gelişmeler hukukumuz bakımından önem arz etmektedir. Bu konuyla ilgili yaşanan önemli gelişme Avrupa Birliği'nde yürürlüğe konulmuş olan Yapay Zekâ Tüzüğü'dür.

Yapay Zekâ Tüzüğü'nün tıbbi cihazları da kapsamına alması nedeniyle düzenlemenin artık yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazlar bakımından Tıbbi Cihaz Tüzüğü'yle birlikte dikkate alınması gerekmektedir. 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü ve Tıbbi Cihaz Yönetmeliği esasen teknolojiden bağımsız olarak tıbbi cihazlarla düzenlemeler içerdiği için yapay zekâ tabanlı tıbbi cihazların da güvenli olmasını temin etmek bakımından temel düzeyde koruma sağlamaktadır. Ancak hukuki belirsizliği ortadan kaldırmak ve yapay zekâ sistemlerinin çeşitli özellikleri sebebiyle karanlıkta kalan hususları düzenleme bakımından Yapay Zekâ Tüzüğü'nün konuyu ele alması olumlu bir gelişmedir. Örneğin Tıbbi Cihaz Tüzüğü'nde yalnızca imalatçıların yükümlülükleri ele alınmışken Yapay Zekâ Tüzüğü'nde başka ekonomik aktörlerin de yükümlülükleri açıkça düzenlenmiştir.

Bu gelişmeler ışığında, Avrupa Birliği'nin tıbbi cihaz mevzuatıyla uyumu ve yapay zekâ sistemlerinin tıbbi cihazlar bakımından özelliklerini dikkate alarak piyasaya sunulmalarını sağlamak bakımından ülkemiz tıbbi cihaz mevzuatında da değişiklik yapılmasında fayda vardır. Bu hususta yapılacak düzenlemenin Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'ne eklenecek hükümlerle ve mevcut hükümlere uyumu dikkate alınarak gerçekleştirilmesi olumlu bir yaklaşım olarak tavsiye edilebilir.

SONUÇ

Hukukumuzda tıbbi cihazlar ile ilgili temel düzenlemeler Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmeliği'dir. Söz konusu düzenlemeler tıbbi cihazların güvenli bir şekilde piyasaya arz edilmesine yönelik düzenlemelerdir. Bir donanıma gömülü olan veya tek başına yazılım şeklindeki teşhis ve tedavide kullanılan yapay zekâ sistemleri tıbbi cihaz niteliğindedir. Dolayısıyla tıbbi cihaz niteliğindeki yapay zekâ sistemlerinin de piyasaya arz edilmeleri bakımından ilgili düzenlemelerin dikkate alınması gerekir.

Tıbbi cihazlar piyasaya arz edilmelerinden önce resmi bir onay gerekmez. Bunun yerine, riske göre yapılan sınıflandırmalara göre belirli sınıf ve üzeri tıbbi cihazların onaylanmış kuruluşlar tarafından yürütülen uygunluk değerlendirme prosedürüne tabi tutulması gerekir. Teşhis ve tedavide kulla-

nılan yapay zekâ sistemleri bakımından söz konusu sınıflandırma dikkate alındığında onaylanmış kuruluşlar dahil olmadan piyasaya arz edilmelerinin mümkün olmadığı söylenebilir. Onaylanmış kuruluşlar tarafından uygunluk değerlendirme prosedüründe tıbbi cihazların güvenlik ve performans gerekliliklerini yerine getirip getirmediikleri incelenir. Tıbbi cihaz mevzuatı esas olarak tıbbi cihazlarda kullanılan teknolojiye bağımsız düzenlemeler içerdiği için ilgili hükümlerin tıbbi cihaz niteliğindeki yapay zekâ sistemlerine de uygulanması gerekir. Tıbbi cihazların piyasaya arzı için öngörülen gereklilikler tıbbi cihaz niteliğindeki yapay zekâ sistemlerinin de güvenli şekilde piyasaya arzı için belirli bir seviyede koruma sağlamaktadır. Ancak yapay zekâ sistemlerinin çeşitli özellikleri tıbbi cihaz mevzuatında değişiklik yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.

Avrupa Birliği'nde yakın bir tarihte Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuş olan Yapay Zekâ Tüzüğü tıbbi cihazları da kapsayan düzenlemeler içermektedir. Avrupa Birliği'nin tıbbi cihazlarla ilgili düzenlemeleri uyarınca uygunluk değerlendirme prosedürlerine onaylanmış kuruluşların dahil olması gereken tıbbi cihaz niteliğindeki yapay zekâ sistemleri Yapay Zekâ Tüzüğü'ne göre yüksek riskli yapay zekâ sistemi niteliğindedir. Tüzük'te yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin piyasaya arz edilmeden önce karşılaması gereken çeşitli koşullara yer verilmiştir. Mevcut hukuki durumda Avrupa Birliği'nde tıbbi cihaz niteliğindeki yapay zekâ sistemleri, temel tıbbi cihaz düzenlemeleri olan 2017/745 sayılı Tıbbi Cihaz Tüzüğü ve 2017/746 sayılı İn Vitro Tanı Tıbbi Cihaz Tüzüğü yanında Yapay Zekâ Tüzüğü'nde yer alan gerekliliklere de tabi olurlar.

Ülkemiz tıbbi cihaz mevzuatı Avrupa Birliği tıbbi düzenlemeleri esas alınarak hazırlanmıştır. Bu nedenle Avrupa Birliği mevzuatına uyum ve tıbbi cihaz niteliğindeki yapay zekâ sistemlerinin çeşitli özellikleri nedeniyle ortaya çıkan düzenleme ihtiyacının karşılanması bakımından Yapay Zekâ Tüzüğü ile yaşanan gelişme önem arz etmektedir. Tıbbi cihazlarla ilgili mevcut hükümlerle uyumu sağlamak ve çifte düzenlemelerden kaçınmak için, değişikliklerin Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve İn Vitro Tanı Amaçlı Tıbbi Cihaz Yönetmelik'lerine eklenecek hükümlerle yapılması uygun bir çözüm yolu görünmektedir.

Tıbbi cihaz mevzuatı güvenli ürünlerin piyasaya arz edilmesini sağlamanın yanında sorumluluk hukuku bakımından da önem arz etmektedir. Özellikle tıbbi cihaz üreticilerinin yükümlülüklerinin somutlaştırılması bakımından tıbbi cihaz mevzuatı etkili olmaktadır. Bu nedenle hukuki sorumluluk bakımından belirliliğin sağlanması için tıbbi cihaz mevzuatının yeniden ele alınmasında fayda vardır.

KAYNAKÇA

- Akal**, Afşar: “Kanser Tedavisinde Yapay Zekâ Kullanımı”, Sağlık Bilimlerinde Yapay Zekâ, Ed. Melih Bulut ve diğerleri, Çağlayan Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 28-56.
- Akalm**, Betül: Sağlık Hizmetleri ve Yönetiminde Yapay Zekâ, Hiperyayın, İstanbul, 2020.
- Batache**, Djamila: Künstliche Intelligenz in der Medizin aus haftungsrechtlicher Perspektive, Dike Verlag, Baden-Baden, 2023.
- Blechschnitt**, Lisa: Die straf und zivilrechtliche Haftung des Arztes beim Einsatz roboterassistierter Chirurgie, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017.
- Bomhard**, David/**Merkle**, Marieke: “Europäische KI-Verordnung - Der aktuelle Kommissionsentwurf und praktische Auswirkungen”, RDİ, 2021, s. 276-283.
- COCIR**: Artificial Intelligence in EU Medical Device Legislation, May 2021, https://www.cocir.org/fileadmin/Publications_2021/COCIR_Analysis_on_AI_in_medical_Device_Legislation_-_May_2021.pdf, (Erişim Tarihi: 15.8.2024), (Artificial Intelligence).
- Dettling**, Heinz-Uwe: “Künstliche Intelligenz und digitale Unterstützung ärztlicher Entscheidungen in Diagnostik und Therapie”, PharmR, 2019, s. 633-642.
- Ebers**, Martin: “Regulating AI and Robotics: Ethical and Legal Challenges”, Algorithms and Law, Ed. Martin Ebers ve Susana Navas, Cambridge University Press, 2020, p. 37-99.
- Eckhoff**, Jennifer A./**Fuchs**, Hans F./**Meireles**, Ozanan R.: “Anwendung von künstlicher Intelligenz in der onkologischen Chirurgie des oberen Gastrointestinaltrakts”, Die Onkologie, 2023, s. 515-521.
- FDA**: Proposed Regulatory Framework for Modifications to Artificial Intelligence/Machine Learning (AI/ML)-Based Software as a Medical Device (SaMD) - Discussion Paper and Request for Feedback, 2019, <https://www.fda.gov/media/122535/download?attachment>, (Erişim Tarihi: 15.8.2024).
- Frost**, Yannick/**Steininger**, Manuela/**Vivekens**, Sabrina: “Nutzen, Chancen, Risiken und Haftung bei der Verwendung von Künstlicher Intelligenz im Kontext der KI-Verordnung und KI-Haftungsrichtlinie”, MPR, 2024, s. 4-20.

- Fuderer**, Markus: “Doppelte Konformitätsbewertung bei KI-basierten Medizinprodukten?”, MPR, 4/2022, s. 121-125.
- Gassner**, Ulrich M.: “MedTech meets M-Health”, MPR, 3/2015, S.73-82, (M-Health).
- Gassner**, Ulrich M.: “Menschliche Aufsicht über intelligente Medizinprodukte”, MPR, 2023, S. 5-11, (Menschenliche Aufsicht).
- Gassner**, Ulrich M./**Juknat**, Ulrich: “Künstliche Intelligenz in der Medizin”, E-Health/Dijital Health, Hrsg. Wolfgang A. Rehmann/Christian Tillmanns, C.H.Beck, München, 2022, s. 240-282.
- Gassner**, Ulrich M./**Schreiegg**, Tobias: “Software als Medizinprodukt”, MPR, 6/2019, s. 198-201.
- Haftenberger**, Anna: Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2023.
- Heil**, Maria: “Die neue KI-Verordnung (E) - Regulatorische Herausforderungen für KI-basierte Medizinprodukte-Software”, MPR, 1/2022, S.1-11.
- Hoos**, Katja: “KI trifft auf Medizinprodukte – Das zukünftige Zusammenspiel von AI-Act und MDR”, ZfPC, 2024, s. 168-175.
- Ilkou**, Eleni/**Koutraki**, Maria: “Symbolic Vs Sub-symbolic AI Methods: Friends or Enemies?”, Workshop on Combining Symbolic and Sub-symbolic Methods and their Applications (CSSA), 2020, <https://ceur-ws.org/Vol-2699/paper06.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.8.2024).
- International Organization for Standardization**: ISO 9000:2015 Quality management systems — Fundamentals and vocabulary, <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso:9000:ed-4:v1:en>, (Erişim Tarihi: 15.8.2024).
- Jabri**, Sarah: “Artificial Intelligence and Healthcare: Products and Procedures”, Regulating Artificial Intelligence, Ed. Thomas Wischmeyer ve Timo Rademacher, Springer, 2020, p. 307-335.
- Kassel**, Kristin/**Pfannstiel**, Mario A.: “Einsatzgebiete künstlicher Intelligenz bei chronischen Erkrankungen – Ein erster Überblick im Diagnostik- und Therapiebereich”, Künstliche Intelligenz im Gesundheitswesen, Hrsg. Mario A. Pfannstiel, Springer, Wiesbaden, 2022, s. 431-450.
- Kibar**, Ahmet Fevzi: Ürün Sorumluluğu Bağlamında Hatalı Tıbbî Cihazdan Doğan Hukukî Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

- Lücker**, Volker: Spickhoff Medizinrecht, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, (Gesetz zur Durchführung unionsrechtlicher Vorschriften betreffend Medizinprodukte (Medizinprodukte-recht-Durchführungsgesetz – MPDG)).
- Medical Device Coordination Group**: MDCG 2019-11 Guidance on Qualification and Classification of Software in Regulation (EU) 2017/745 – MDR and Regulation (EU) 2017/746 –IVDR, https://health.ec.europa.eu/system/files/202009/md_mdcg_2019_11_guidance_qualification_classification_software_en_0.pdf, (Erişim Tarihi: 20.9.2024), (Guidance on Qualification and Classification of Software).
- Medical Device Coordination Group**: Guidance on MDSW intended to work in combination with hardware or hardware components, https://health.ec.europa.eu/system/files/2023-10/md_mdcg_2023-4_software_en.pdf, (Erişim Tarihi: 20.8.2024).
- Merkle**, Marieke Luise: “Transparenz nach der KI-Verordnung – von der Blackbox zum Open-Book?”, RDİ, 2024, S.414-419.
- Niederée**, Claudia/**Nejdl**, Wolfgang: “Technische Grundlagen der KI”, Künstliche Intelligenz und Robotik, Hrsg.Martin Ebers/Christian Heinze/Tina Krügel/Björn Steinrötter, C.H. Beck, München, 2020.
- Nilsson**, Nils J.: The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements, Cambridge University Press, 2009.
- Ortner**, Robert: Medizin-Apps als Medizinprodukt: Regulierung eines Risikoprodukts, Peter Lang, Berlin, 2018.
- Polat**, Cemre: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Prütting**, Jens/**Wolk**, Tom: “Software unter dem Regime der europäischen Medizinprodukteverordnung (2017/745/EU)”, MedR, (2020) 38, s. 359-365.
- Reitebuch**, Lukas: Mobile Health Applications-Rechtliche Rahmenbedingungen von Gesundheits-Apps, Springer Verlag, Berlin, 2022.
- Saeidi**, H./**Opfermann**, J. D./**Kam**, M./**Wei**, S./**Leonard**, S./**Hsieh**, M. H./**Kang**, J. U./**Krieger**, A.: “Autonomous robotic laparoscopic surgery for intestinal anastomosis”, Science Robotics, Vol:7, Issue:62, January 2022, <https://www.science.org/doi/epdf/10.1126/scirobotics.abj2908>, (Erişim Tarihi:11.7.2024).

- Saliba**, Jean L.: “Medizinprodukte unter dem Einfluss Künstlicher Intelligenz”, Medizinprodukterecht im Wandel, Festschrift für Ulrich M. Gassner zum 65. Geburtstag, Ed. Roman Grinblat, Sibylle ve Scholtz Sophy, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022, s. 487-506.
- Scherer**, Matheww U.: “Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, And Strategies”, Harvard Journal of Law & Technology, Vol:29, No:2, Spring 2016, p. 353-400.
- Schreitmüller**, Zeynep: Regulierung intelligenter Medizinprodukte, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2023.
- Thiermann**, Arne/**Böck**, Nicole: “Künstliche Intelligenz in Medizinprodukten: Regulatorisches Regelwerk und Haftungsvorgaben”, RDİ, 2022, s. 333-339.
- Webel**, Dirk: Nomos Kommentar-Gesamtes Medizinrecht, 3. Auflage, Hrsg. Karl Otto Bergmann/Burkhard Pauge/Heinz-Dietrich Steinmeyer, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, (Medizinproduktegesetz, Medizinprodukte-Betreiberverordnung).
- Wildhaber**, Isabelle: “Eine Einführung in die ausservertragliche Haftung für Künstliche Intelligenz (KI)”, Haftpflichtprozess 2021, Haftung für Künstliche Intelligenz, (teil-)automatisierte Fahrzeuge, Drohnen und Software, Entwicklungen im Dienstleistungs-, Privatversicherungs-, Prozess, Staatshaftungs- und Haftpflichtrecht, Hrsg. Walter Fellmann, Zürich/Basel/Genf, 2021, s. 15-70.
- Yünlü**, Semih: “Güncel Tıbbi Cihaz ve Ürün Mevzuatı Bağlamında Hukuki Sorumluluk Genel Çerçevesi”, Terazı Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:184, Aralık 2021, s. 2412-2432.

YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE MOBBİNG (PSİKOLOJİK TACİZ) VE İSPAT SORUNU

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1651596>

Sibel GÜZELDAĞ*

Öz

İşyerinde mobbing (psikolojik taciz), sistematik ve örtük doğası nedeniyle ispatı zor ancak mağdurlar üzerinde yıkıcı etkiler bırakan bir olgudur. Hukuki süreçlerde en büyük sorun, mağdurların delil sunma zorlukları ve ispat yükünün nasıl paylaştırılacağıdır. Türkiye’de mobbing Borçlar Kanunu, İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu gibi yasal düzenlemelerle ele alınsa da yargı kararları bu olgunun ispatında mağdur lehine kolaylık sağlanması gerekliliğini vurgulamaktadır. Yargıtay ve Danıştay içtihatları, dolaylı delillerin kabulü ve işverenin ispat yükünün artırılması yönünde gelişirken, mevcut mevzuatın uygulanabilirliği ve mağdurların korunması konusundaki belirsizlikler devam etmektedir. Bu çalışmanın amacı, yargı kararları çerçevesinde mobbingin hukuki niteliğini ve ispat sürecindeki sorunları değerlendirerek, adalet mekanizmasının bu olguya nasıl yanıt verdiğini tartışmaya açmaktır. Ayrıca, farklı hukuk sistemleriyle karşılaştırmalı bir bakış sunarak, Türkiye’de mobbing davalarındaki ispat yükü ve delil değerlendirme süreçlerine ilişkin hukuki çerçevenin geliştirilmesine yönelik değerlendirmeler yapmaktır.

Anahtar Kelimeler

Mobbing, Psikolojik Taciz, Psikolojik Şiddet, İspat, Eşit Davranma İlkesi

* Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Hukuk Bilimleri Dalı Doktora Öğrencisi, Bursa (sibelsguzeldag@gmail.com) ORCID: 0000-0002-8596-521X (Gönderim Tarihi: 04.03.2025-Kabul Tarihi: 20.04.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**MOBBING WITHIN THE FRAMEWORK
OF JUDICIAL DECISIONS (PSYCHOLOGICAL HARASSMENT)
AND THE PROBLEM OF PROOF**

(Research Article)

Abstract

Workplace mobbing (psychological harassment) is a phenomenon that is difficult to prove due to its systematic and covert nature but has devastating effects on the victims. The biggest problem in legal proceedings is the difficulty for victims to provide evidence and how the burden of proof will be allocated. Although mobbing in Turkey is addressed by legal regulations such as the Code of Obligations, Labour Law and Civil Servants Law, judicial decisions emphasise the need to facilitate the proof of this phenomenon in favour of the victim. While the jurisprudence of the Court of Cassation and the Council of State has developed in the direction of accepting circumstantial evidence and increasing the burden of proof of the employer, uncertainties regarding the applicability of the existing legislation and the protection of the victims continue. The aim of this study is to discuss how the justice mechanism responds to this phenomenon by evaluating the legal nature of mobbing and the problems in the proof process within the framework of judicial decisions. In addition, by providing a comparative perspective with different legal systems, it evaluates the development of the legal framework regarding the burden of proof and evidence evaluation processes in mobbing cases in Turkey.

Keywords

Mobbing, Psychological Harassment, Psychological Violence, Evidence, Principle of Equal Treatment

*“İnanıyorum ki, dünyadaki yaşamın kuralı şudur,
herkesin en hassas yeri neresiyse, neyse en dayanamadığı,
kişi tam da oradan incitilir.
oradan nasıl çıkacağıdır,
esas olan”¹*

GİRİŞ

Çalışma hayatında mobbing, bireyin mesleki ve kişisel bütünlüğünü zedeleyen, iş ortamında güvenlik ve huzuru tehdit eden ciddi bir olgudur. İş ilişkilerinde hiyerarşik yapı, güç dengeleri ve sosyal izolasyon süreçleri, mobbingin en belirgin unsurlarını oluşturmakta olup, bu tür vakaların hukuki açıdan nasıl ispat edileceği, yargı süreçlerinde önemli bir tartışma alanı yaratmaktadır. Özellikle mobbingin sistematik ve örtük yapısı, mağdurların delil sunmasını güçleştirerek adalet mekanizmasına erişimini zorlaştırmaktadır. Son yıllarda yargı mensupları, akademisyenler, sağlık çalışanları ve kamu görevlileri başta olmak üzere pek çok meslek grubunda mobbing vakalarının arttığı görülmektedir. Ancak bu tür olaylarda en temel sorun, mobbing iddialarının hukuki çerçevede nasıl ispatlanacağı ve yargının bu tür vakalara yaklaşımıdır. Türkiye’de mobbing Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Medeni Kanun ve Devlet Memurları Kanunu’nda çeşitli yasal düzenlemelerle ele alınmaktadır. Ne var ki bu düzenlemelerin uygulanabilirliği ve özellikle ispat yükü açısından yaşanan sorunlar, mobbing davalarında mağdurların hukuki korumaya erişimini zorlaştırmaktadır. Özellikle işveren-çalışan ilişkilerinde güç asimetrisi, ispat sürecini mağdur açısından daha da güç hale getirmektedir. Bu bağlamda, yargı içtihatları mobbingin hukuki niteliğini ve delil sistemini şekillendirirken, ispat sürecinin adalet mekanizması içindeki yerini ve mağdurlar açısından yarattığı güçlükleri tartışmaya açmaktadır.

I. MOBBİNG KAVRAMI VE TARİHÇESİ

A. Öğretide Mobbing Tanımı

Mobbing (psikolojik taciz) iş ortamında belirli kişi ya da grupları hedef alan, onları sistematik bir şekilde baskı altına alma ve nihayetinde iş yerinden uzaklaştırma amacı taşıyan, kasıtlı ve sürekli psikolojik saldırı davranışlarını ifade etmektedir. Kavram ilk kez 1980’lerde İsveçli bilim insanı *Heinz*

¹ Rahel Varnhagen’dan aktaran **Wardetzki**, Bärbel: İşyerinde İncinme, İletişim, İstanbul 2022.

Leymann tarafından, iş yerinde düşmanca tutum ve davranışları tanımlamak amacıyla kullanılmıştır². *Leymann*'a göre mobbing, bir veya birden fazla kişi tarafından, mağdurun psikolojik veya fiziksel bütünlüğünü zedelemek amacıyla gerçekleştirilen, tekrarlayan ve istenmeyen davranışlardan oluşur³.

Bu kavram, özellikle mağdurun sistematik şekilde taciz, kötü muamele ve sosyal dışlanmaya maruz kalmasını ve zamanla bu sürecin kişide derin bir mağduriyet duygusuna dönüşmesini açıklamak için geliştirilmiştir. Bu yönüyle mobbing, yalnızca bireysel çatışma ya da iş yeri anlaşmazlığından farklı olarak, birden fazla failin (veya pasif destekçilerin) eşlik ettiği, mağdurun yalnızlaştırıldığı ve giderek ruhsal, fiziksel ve mesleki olarak yıprandığı bir süreci ifade eder⁴.

B. Mobbing Davranışlarının Sınıflandırılması

Mobbing davranışları beş başlık altında sınıflandırmıştır:

1. İletişime yönelik saldırılar,
2. Sosyal ilişkilere saldırılar,
3. Sosyal itibara saldırılar,
4. Mesleki yetkinliğe ve yaşam kalitesine yönelen saldırılar,
5. Sağlığa yönelen saldırılar⁵.

Bu sınıflamayı kırk beş ayrı davranış örneğiyle somutlaştıran *Leymann*, söz konusu eylemlerin en az altı ay boyunca, haftada bir veya birkaç kez tekrar etmesi durumunda mobbingden söz edilebileceğini belirtmiştir⁶.

² **Leymann**, Heinz: Mobbing, Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann. Reinbek 1993, s. 21; **Arnautović**, İvan: "Theoretical aspects in the defining of mobbing (or bullying)", Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe, 2013, Vol. 16, No. 2, The role of the state in the economy (2013), p. 195, [https://www.jstor.org/stable/43293517, (Erişim Tarihi: 05.11.2024)]; Bu hususta bilgi için **Tınaz**, Pınar: İşyerinde Psikolojik Şiddet (Mobbing), 3. Baskı, Beta, İstanbul 2011, s. 11.

³ **Leymann**, s. 21.

⁴ **Einarsen**, Ståle Valvatne/**Hoel**, Helge/**Zapf**, Dieter/**Cooper**, Sir Cary L.: Bullying and Harassment in the Workplace, 3rd Edition, CRC Press, 2020, s. 5.

⁵ **Leymann**, s. 21.

⁶ **Leymann**, Heinz: "The Content and Development of Mobbing at Work," European Journal of Work and Organizational Psychology 5, no. 2, 1996, s. 168; **Davenport**, Noa Zanolli/**Schwartz**, Ruth Distler/**Elliott**, Gail Pursell: Mobbing - An Emotional Abuse in the American Workplace, Civil Society Publishing, 1999, s. 34 vd.; **Büyükkılıç**, Gül: "İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi", İSGHD, C. 9, S. 33, 2012, Legal, s. 81; **Erkal**, Atila: İdare Hukukunda Mobbing, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 14 vd.

Mobbing olgusu kurumsal açıdan düşünüldüğünde hem özel sektörde hem de kamu kurum ve kuruluşlarında gözlemlenebilmektedir⁷. Bu tür davranışlar yalnızca mağdurun ruhsal sağlığını olumsuz etkilemekle kalmaz, aynı zamanda mesleki performansını düşürür, iş ilişkilerini bozar ve sosyal çevresini ciddi biçimde zedeler⁸. Bu sürecin merkezinde, bireyin sistematik biçimde dışlanması, yalnızlaştırılması ve giderek savunmasız hale gelmesiyle ortaya çıkan, derin ve yıpratıcı bir psikolojik çöküntü yer alır⁹.

C. Literatürde Farklı Kavramsal Yaklaşımlar

Mobbing kavramı literatürde zaman zaman farklı terimlerle ifade edilmiştir. Bu durumun temelinde, kavramın disiplinler arası bir yapıya sahip olması ve tanımlama biçimlerinin kültürel, hukuki ve bilimsel bağlama göre farklılık göstermesidir¹⁰. Örneğin *Davenport*, *Schwartz* ve *Elliott*, mobbingi; kişinin itibarını zedelemeyi, mesleki konumunu sarsmayı ve nihayetinde onu istifaya zorlamayı amaçlayan bir tür “iş yerinde ruhsal terör” olarak tanımlamaktadır¹¹. Bu tanım, yalnızca davranışın niteliğine değil, mağdur üzerinde yarattığı sonuçlara da dikkat çekmektedir. Literatürde “taciz”, “psikolojik terörizm”, “yatay şiddet” veya “haklı çatışma” gibi kavramlar da çoğunlukla bireyler arası sistematik baskıyı tanımlamak için kullanılmıştır¹². Türk literatüründe ise “işyerinde psikolojik taciz”, “iş yerinde psikolojik terör”¹³,

⁷ **Erkal**, s. 13; **Tunçer**, Polat: “Mobbing ve İş Hukuku”, Akademik Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6, S. 39; Ağustos 2019, s. 84; *Yaman* şu hususa vurgu yapmaktadır: “*Psikoşiddet uygulayanlar görev bakımından sırasıyla ana bilim dalı başkanı, bölüm başkanı, dekan ve rektördür.*” (**Yaman**, s. 110).

⁸ **Yüçetürk/Öke**, p. 61.

⁹ **Çelik**, Nuri/**Caniklioglu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. B., Beta Yayınları, İstanbul 2022, s. 357; **Bilge**, Selahattin Samet: “Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, s. 1275.

¹⁰ Kavramın detaylı açıklaması için bkz. **Davenport/Schwartz/Elliott**, s. 20; **Palabıyık**, Buğra: Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 24.

¹¹ **Davenport/Schwartz/Elliott**, s. 40.

¹² <https://www.leymann.se/English/11130E.HTM>,

(Erişim Tarihi: 05.11.2024); **Davenport/Schwartz/Elliott**, s. 48.

¹³ “*Psikolojik taciz*” ifadesi, mobbing kavramı ile kıyaslandığında belirli hâllerde mobbing kavramını aşan özellik göstermektedir [**Centel**, Tankut: “Hukuki Boyutlarıyla Mobbing”, 1. Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştayı Bildiriler Kitabı, (der.) İsmail Akgün, Özyurt, Ankara 2013, s. 50; **Yüçetürk**, E. Elif/**Öke**, M. Kemal: “Mobbing and bullying: legal aspects related to workplace bullying in Turkey”, *South East Europe Review*, s. 61; **Göymen**, Yusuf/**Şöhret**, Mesut: “Mobbing Olgusu:

“psikoşiddet”¹⁴ gibi kavramlar kullanılmaktadır. Bu bağlamda *Tınaz*, mobbingi “bir veya birkaç kişinin, belli bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirdiği, uzun süreli, sistematik, olumsuz tutum ve davranışlar bütünü” olarak tanımlamaktadır¹⁵. Bu tanım hem davranışın sürekliliği hem de hedef alınışlık boyutunu vurgulaması açısından önemlidir.

Mobbing yalnızca üst pozisyonundaki yöneticilerin astlarına yönelik uyguladığı bir baskı biçimi değildir. Hiyerarşik ilişkilerden bağımsız olarak, aynı düzeydeki çalışanlar arasında ya da alt kademe çalışanların üst pozisyonundaki kişilere karşı yönelttiği davranışlarla da ortaya çıkabilir. Bu bağlamda literatürde “dikey” ve “yatay” mobbing ayrımları yapılmakta; dikey mobbing, yukarıdan aşağı veya aşağıdan yukarı yönlü psikolojik baskıyı ifade ederken, yatay mobbing eş düzeydeki bireyler arasında gerçekleşen sistematik tacizi tanımlamaktadır¹⁶.

Bazı çalışmalar, benzer psikososyal baskı türlerinin farklı sosyal bağlamlarda da gözlemlenebileceğini ortaya koymuştur. Örneğin, okullarda öğrenciler arasında görülen akran zorbalığı, askeri yapılarda yeni katılan askerlere yönelik uygulanan sistematik dışlama, psikolojik baskı örnekleri olarak değerlendirilmektedir. İngiltere ve Avustralya’da bu tür davranışlar çoğunlukla “zorbalık” (“bullying”) terimi ile tanımlanırken, kavram fiziksel, psikolojik ve sosyal yönleriyle ele alınmaktadır¹⁷. ABD ve Avrupa literatü-

Türk Hukuk Sistemi ve Dünyadaki Yeri”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, V. 4, S. 2, 2020, s. 4; **Tunçer**, s. 84; **Sevimli**, K. Ahmet: “Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 36, 2013, s. 114].

¹⁴ **Yaman**, Erkan: Yönetim Psikolojisi Açısından İşyerinde Psikoşiddet -Mobbing-, Nobel, Ankara 2009, s. 22-23.

¹⁵ **Tınaz**, s. 8; *Tınaz’a göre yalnız bireyler, yapıları farklı olan ya da başkaları ile kaynaşmayanlar, başarılı kişiler ve ilgili pozisyona yeni katılan kişiler ideal kurbanlar arasındadır. Yapılan araştırmalar mobbing uygulayanları 14 farklı profilde tanımlamışlardır: “Narsisist, hiddetli, bağırğan, iki yüzlü yılan, megaloman, eleştirici, hayal kırıklığına uğramış, fesat, tesadüfi, pusuda bekleyen, dalkavuk, zorba, korkak, kıskanç, hırslı” tiplerden oluşmaktadır (Tınaz, s. 69-87, 104-105). Poussard/Çamuroğlu’na göre ise yüksek kaygı seviyesi, düşük benlik değeri ve özgüven eksikliği mağdur kişilik özellikleri olarak kabul görmektedir (Minibaş Poussard, Lale/İdiğ Çamuroğlu, Meltem: Psikolojik Taciz İş Yaşamında Gerilim, Akılçelen, Ankara 2015, s. 71).*

¹⁶ **Davenport/Schwartz/Elliott**, s. 48; **Okan İbiloğlu**, Aslıhan: “Farklı Yönleriyle Mobbing (Psikolojik Şiddet)”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, C. 12, S. 3, 2020, s. 331; **Sevinç Yaman**, Pınar: İş Hukukunda Mobbing, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 58.

¹⁷ **Lippel**, Katherine/Vézina, Michel/Bourbonnais, Renée/Funes, Amélie: “Workplace psychological harassment: Gendered exposures and implications for policy”,

ründe ise okul ortamında “zorbalık” terimi tercih edilirken, iş yeri bağlamında yaşanan sistematik psikolojik baskılar için “mobbing” kavramı kullanılmaktadır¹⁸. ABD ve Avrupa literatüründe bu ayrım oldukça net bir şekilde yer bulmaktadır.

Türk hukuk literatüründe mobbing kavramı görece yeni olmakla birlikte hem akademik tartışmalarda hem de yargı kararlarında kavramsal gelişimini devam ettirmektedir. Yargıtay’ın özellikle son yıllarda verdiği kararlarla bu olgunun sınırlarını çizdiği ve tanımını netleştirdiği görülmektedir. Ancak, mobbingin hukuki yollarla ileri sürülmesinde karşılaşılan en büyük sorunlardan biri ispat yüküdür. Mobbingin hem fiziksel hem de psikolojik unsurlar içermesi, çoğu zaman dolaylı ve örtük biçimde ilerlemesi ve mağdurun yalnız bırakılması gibi nedenler, ispat sürecini zorlaştırmaktadır.

II. YARGI KARARLARINDA MOBBİNG TANIMI

Türk hukukunda mobbing kavramının, doğrudan yasal bir tanımı bulunmamakla birlikte, kavram yargı kararları ve içtihatlar yoluyla somut bir içerik kazanmıştır. Anayasa, Türk İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu gibi normatif düzenlemeler çerçevesinde gelişen içtihatlar, mobbingin tanımı ve unsurlarını ortaya koymaktadır.

A. İlk Tanım: Mobbingin Hukuki Dilde Yer Alma Süreci

İlk olarak, Ankara Sekizinci İş Mahkemesi tarafından verilen bir kararda mobbing kavramı şu şekilde tanımlanmıştır:

*“Mobbing kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan, her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içermektedir”*¹⁹.

International Journal of Law and Psychiatry 46 (2016), Elsevier, p. 74; Ekin, Ali: İşçi Onurunun Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 77-78.

¹⁸ İngilizce konuşulan ülkelerde “zorbalık” (“bullying”), Fransızca konuşulan ülkelerde ise “taciz” (“harcèlement”) kavramı kullanılmakla birlikte, birçok Avrupa ülkesinde bu olgu genellikle “mobbing” terimiyle ifade edilmektedir (Einarsen/Hoel/Zapf/Cooper, s. 4-5).

¹⁹ “...Davacı, kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken, tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırılmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağrılarak ‘sen bu işi beceremiyorsun’ gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır...” [(Ankara 8. İş Mahkemesi, T. 20.12.2006, E. 2006/19, K. 2006/625, (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 11.12.2024)); Bir ilk olma özelliğini taşı-

Bu karar, mobbing kavramının Türk hukukunda tanımlanmasının başlangıç noktası olmuştur.

B. Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında mobbingi doğrudan tanımlamaktan ziyade, konu hakkındaki iddiaları “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı” (m. 17), “adil yargılanma hakkı” (m. 36) ve “çalışma hakkı” (m. 49) çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu yaklaşım, mobbingin yalnızca bir işyeri sorunu değil, aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkili olduğunu ortaya koymaktadır. Mahkeme, özellikle kamu görevlilerine yönelik dışlayıcı, itibarsızlaştırıcı veya baskılayıcı eylemlerin belirli bir yoğunluk ve süreklilik taşıması durumunda, bu eylemleri mobbing kapsamında değerlendirmektedir.

Nitekim *Aynur Özdemir ve Hacer Kahraman* başvurularında Mahkeme, iş yerinde belirli bir süre boyunca sistematik şekilde sürdürülen; yıldırma, dışlama, pasifize etme ya da işten uzaklaştırma amacı güden davranışların, mağdurun kişilik haklarına, mesleki statüsüne, sosyal ilişkilerine ve özellikle ruhsal sağlığına zarar verici nitelikte olması halinde mobbing olarak kabul edileceğini açıkça belirtmiştir²⁰.

Hüdayi Ercoşkun ve Zülküf Kılıç kararlarında ise Mahkeme mobbingin, çalışma barışı ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi bozabilecek düzeyde ağır sonuçlar doğurabileceğini vurgulamış; mobbing eylemlerinin bireyler üzerinde ciddi ve uzun süreli etkiler yaratabileceğini belirtmiştir²¹.

C. İdari Yargı Kararlarında Tanımı ve Uygulama

İdari yargıda mobbing olgusuna ilişkin değerlendirmeler, kamu görevlilerinin görevleri sırasında, maruz kaldıkları sistematik, psikolojik baskılar çerçevesinde şekillenmektedir. Hiyerarşik yapı içerisinde çalışan personelin karşılaştığı yıldırıcı ve dışlayıcı davranışlar, mahkemeler tarafından genellikle bu eylemlerin kişilik hakları, mesleki konum ve psikolojik bütünlük üzerindeki etkileri dikkate alınarak ele alınmaktadır. Bu kapsamda, 657 sayılı

yan kararla ilgili olarak, mağdurun mobbing hakkındaki mektubuna, çalışmanın sonunda yer verilmiştir (Tınaz, s. 236).

²⁰ AYM, *Aynur Özdemir ve Diğerleri*, B. No: 2013/2453, 24.3.2016, § 77; AYM, *Hacer Kahraman*, B. No: 2013/7935, 20.4.2016, § 67 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.11.2024).

²¹ AYM, *Hüdayi Ercoşkun Başvurusu*, B. No: 2013/6235, 10.3.2016, § 72; AYM, *Zülküf Kılıç Başvurusu*, B. No: 2018/27032, 14.9.2022, § 30 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.11.2024).

Devlet Memurları Kanunu'nun 10'uncu maddesi, kamu görevlilerinin görevlerini eşitlik ilkesine uygun biçimde yürütmeleri gerektiğini hükme bağlamaktadır²². Görev sırasında sergilenen ve psikolojik bütünlüğü zedeleyici davranışlar, ilk bakışta kişisel kusur gibi görünse de eğer bu eylemler kamu hizmeti sınırları içinde ve görevle bağlantılı işlenirse, idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu gündeme gelmektedir²³.

Bu yaklaşıma örnek olarak, Danıştay İkinci Dairesi'nin vermiş olduğu kararda; bir öğretmenin aynı gün içerisinde birden fazla okulda görevlendirilmesi, ders saatlerinin çakışması ve iş planının keyfi biçimde değiştirilmesi gibi uygulamalar, sistematik baskı olarak kabul edilmiştir. Mahkeme, söz konusu uygulamaların yıldırma amacı taşıdığına ve bu yönüyle mobbing niteliğinde olduğuna karar vermiştir²⁴. Bu karar, idari yargının mobbing kavramını yalnızca rahatsız edici uygulamalarla sınırlı tutmadığını aksine süreklilik, kast, zarar ve yıldırma amacı gibi unsurlar üzerinden değerlendirildiğini ortaya koymuştur.

Öte yandan, idari yargının her iddiayı mobbing kapsamında değerlendirmede de görülmektedir. Denizli Bölge İdare Mahkemesi'nin 28/2/2013 tarihli kararında, mobbing iddiası delil yetersizliği, kast unsurunun ve sistematik yapının somut biçimde ortaya konulamadığı ve işlemlerin kamu yararına uygun yürütüldüğü gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme, söz konusu işlemlerin ayrımcılık içermediği ve rencide edici nitelikte olmadığı kanaatine varmıştır²⁵.

²² **Tekin**, Abdullah Harun: Anayasa Mahkemesi ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararlarında Mobbing, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 53.

²³ **Pala Kavalcı**, Melike: "Kamu Görevlilerinin Mobbing Davranışlarının İdari Eylem Niteliği", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S. 1, s. 249.

²⁴ "Mobbing; işyerlerinde bir veya birden fazla kişi tarafından diğer kişi ya da kişilere yönelik gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan; mağdur ya da mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine veya sağlıklarına zarar veren; kötü niyetli, kasıtlı, olumsuz tutum ve davranışlar bütünü olarak tanımlanmaktadır." [Danıştay 2. D., T. 5.10.2017, E. 2015/6046, K. 2017/6537 (<https://www.lexpera.com.tr/>), Erişim Tarihi: 09.01.2025)].

²⁵ "Bir çalışana yönelmiş baskının mobbing olarak nitelendirilebilmesi için bu eylemlerin öncelikle kasıtlı, belli bir düzen içinde ve sistematik olarak uygulanması gerekir. Davacının kurumdaki tutumu ve yöneticilerin kamu görevini yerine getirme çabaları dikkate alındığında, yapılan işlemlerin ayrımcı ya da rencide edici bir amaca dayanmadığı, idari sorumluluk çerçevesinde kaldığı anlaşılmaktadır." [Denizli BİM., T. 28.2.2013, E. 2012/920, K. 2013/158, (<https://www.lexpera.com.tr/>), Erişim Tarihi: 04.04.2025)].

Bu tür kararlar, idari yargının mobbing iddialarını değerlendirirken öznel şikâyetlerden ziyade, nesnel ve ölçülebilir unsurları esas aldığı göstermektedir. Bu bağlamda yalnızca rahatsızlık veya memnuniyetsizlik gibi sübjektif hisler, mobbingin varlığını kanıtlama için yeterli görülmemekte, bunun yerine somut eylemlerle desteklenen ve ölçülebilir etkiler taşıyan durumlar aranmaktadır.

D. Yargıtay Kararları Mobbing Tanımı ve Uygulama

Yargıtay, mobbing kavramını yerleşik içtihatları doğrultusunda şekillendirmiş ve bu konuda önemli tanımlamalara yer vermiştir²⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25/9/2013 tarihli kararında mobbing; işyerinde bir çalışanın işveren ya da iş arkadaşları tarafından, belirli bir süre boyunca sistemli şekilde kötü muamele, dışlanma, tehdit ve aşağılama gibi davranışlara maruz bırakılması ve durumun kişinin hak ve onurunu zedelememesi olarak tanımlanmıştır. Aynı kararda, bu tür fiillerin çoğu zaman işçiye istifaya zorlamayı amaçladığı ve bu nedenle mobbingin varlığı için davranışların süreklilik, kast ve sistematiklik unsurlarını taşıması gerektiği vurgulanmıştır²⁷.

Yargıtay'ın bir başka Hukuk Genel Kurulu kararında ise mobbingin yalnızca işverenden kaynaklanan bir durum olarak değerlendirilmediği, üst ya da eş düzeydeki çalışanlar arasında da ortaya çıkabilen bir durum olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda, sistematik ve tekrarlayan olumsuz davranışların mesleki itibarı zedelemesi, psikolojik bütünlüğü bozması ve iş ortamını çekilmez hale getirmesi durumlarında mobbingin varlığından söz edilebileceği ifade edilmiştir²⁸.

²⁶ Yargıtay 22. HD., T.10.02.2020, E. 2016/28981 K. 2020/2087, T.10.02.2020; Yargıtay 22 HD., T. 02.06.2020, E.2017/42766, K.2020/5460, T. 02.06.2020 (<https://legalbank.net/arama>, Erişim Tarihi: 09.04.2025).

²⁷ “İşyerinde psikolojik taciz (mobbing) çağdaş hukukun son zamanlarda mahkeme kararlarında ve öğretide dile getirdiği bir hukuki kurumdur. Örneğin Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasten güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işçinin başta işveren olmak üzere amirleri tarafından gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. (BAG, 15.01.1997, NZA. 1997) Görüleceği üzere işçi bir taraftan diğer işçiye, diğer taraftan işverene karşı korunmaktadır. İşçinin anlattığı mobbing teşkil eden olayların tutarlık teşkil etmesi, kuvvetli bir emarenin bulunması gerekmektedir. Kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya uğraması mobbingin varlığını tartışmasız ortaya koyar” [Yargıtay HGK., T. 25.9.2013, E. 2012/9-1925, K. 2013/1407, (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 04.04.2025)].

²⁸ Kararda, kavramsal tanımlama için Pınar Tınaz'ın İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) eserine atıf yapılmıştır. Bu hususta bkz. Yargıtay HGK., T. 24.01.2018, E. 2017/3017, K. 2018/99, (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 04.04.2025).

Yargıtay içtihatlarında yalnızca mağdurun beyanının mobbingin varlığı için yeterli kabul edilemeyeceği, olayların belirli bir süreklilik içinde ve kasıtlı şekilde gerçekleşmiş olması gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, her haksız ya da nezaketsiz tutumun mobbing olarak değerlendirilememesi gerektiği; olayların bütünsel yapısının ve mağdur üzerinde yarattığı etkinin dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği vurgulanmaktadır²⁹. Örneğin işçinin diğer çalışanlar arasında yalnızlaştırılması³⁰, psikolojik sorunu bulunmadığını belgelemek zorunda bırakılması ya da görev yerine dönüşünün bu belgeye bağlanması³¹ gibi uygulamalar Yargıtay tarafından mobbing kapsamında değerlendirilmiştir.

E. Avrupa Birliği Hukukunda Mobbingin Hukuki Çerçevesi

1. Normatif Dayanaklar: ILO 190 Sayılı Sözleşme ve AB Direktifleri

Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerinde mobbing kavramı genellikle “iş yerinde psikolojik şiddet” veya “taciz” başlıkları altında değerlendirilmekte olup, bu konuda oluşturulan normatif çerçeve hem uluslararası hem de AB düzeyindeki temel belgelerle oluşturulmuştur³². Bu belgelerin başında Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) 2019 tarih ve 190 sayılı “Şiddet ve Taciz Sözleşmesi” yer almaktadır. Bu sözleşme, iş yaşamında şiddet ve tacizi; fiziksel, psikolojik, cinsel ya da ekonomik zarar doğuran ve kabul edilemez nitelikteki davranışlar, tehditler ya da uygulamalar olarak tanımlamakta ve taraf devletlere ise işyerlerinde çalışanları bu tür risklere karşı koruyucu önlemler alma yükümlülüğü yüklemektedir³³.

²⁹ Yargıtay 22. HD, T. 28.12.2017, E. 2016/6932, K. 2017/31060; Yargıtay 9. HD, T. 02.11.2020, E. 2017/17931, K. 2020/14104 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 09.04.2025).

³⁰ Yargıtay 9. HD., T. 22.3.2010, E. 2010/10905, K. 20210/7511 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 09.04.2025).

³¹ Yargıtay 9. HD., T. 24.22.2011, E. 2009/19775, K. 2011/45510 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 09.04.2025).

³² “Framework Agreement on Harassment and Violence at Work”, Brussels, 26/04/2007 (<https://www.etuc.org/en/framework-agreement-harassment-and-violence-work>, Erişim Tarihi: 10.04.2025)]; “Workplace bullying, harassment and cyberbullying: Are regulations and policies fit for purpose”, Eurofound, 25.09.2024 (<https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2024/workplace-bullying-harassment-and-cyberbullying-are-regulations-and-policies-fit>, Erişim Tarihi: 10.04.2025)].

³³ International Labour Organization (ILO), “Violence and Harassment Convention”, (No. 190), Geneva, 2019 [(https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190, (Erişim Tarihi: 10.04.2025))].

AB iç hukukunda ise mobbing, iş sağlığı ve güvenliği, ayrımcılık yasası ve insan onurunun korunması ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu kapsamda 89/391/EEC sayılı “İş Sağlığı ve Güvenliği Çerçeve Direktifi”, işverenlere yalnızca fiziksel değil, aynı zamanda psikososyal risklere karşı da çalışanlarını koruma yükümlülüğü getirmektedir³⁴.

Buna ek olarak “2000/78/EC sayılı Ayrımcılık Yasağı Direktifi”, iş yerinde yaş, cinsiyet, engellilik, din ve inanç temelinde ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu düzenleme, ayrımcılığa dayalı mobbing türlerinin de yaptırıma tabi tutulmasını sağlamaktadır³⁵. İlgili düzenlemelere paralel olarak “Avrupa Sosyal Şartı”nın 26’ncı maddesi de çalışanların onurunu ve psikolojik bütünlüğünü koruyacak bir iş ortamının sağlanmasını taraf devletler açısından bir yükümlülük olarak güvence altına almaktadır³⁶.

2. Üye Devlet Yaklaşımları: Fransa ve Almanya Örneği

a. Fransa’da Mobbing Yaklaşımı: Geniş ve Etki Odaklı Yorum

Fransız hukukunda mobbing tanımı oldukça geniş bir çerçevede ele alınmaktadır. Failin zarar verme kastı aranmaksızın, çalışanın psikolojik ya da mesleki bütünlüğünü zedeleyen her türlü tekrarlayıcı davranış bu kapsamda değerlendirilmektedir. Nitekim Fransız Yargıtayının 10/11/2009 tarihli HSBC kararında, çalışanın iş koşullarını kötüleştiren, haklarını ve onurunu ihlal etme potansiyeli taşıyan ve sağlığını olumsuz yönde etkileyen eylemlerde, failin niyetine bakılmaksızın mobbing oluştuğunu kabul etmiştir. Bu karar, Fransız içtihadının mağdurun maruz kaldığı etkinin esas alındığını göstermesi bakımından önem taşımaktadır.

Ancak bu geniş tanımlama, her türlü olumsuz iş yeri davranışının mobbing olarak değerlendirilmesi ve ispat yükünün işverene kayması riskini doğurduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁷. Fransa’daki bir diğer önemli

³⁴ Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work [(https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31989L0391, (Erişim Tarihi: 02.04.2025)].

³⁵ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation [(https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:html, Erişim Tarihi: 02.04.2025)].

³⁶ European Social Charter (Revised), 1996, European Treaty [(https://rm.coe.int/168007cf93 (Erişim tarihi: 02.04.2025)].

³⁷ **Laviolette**, Sandrine: “Violence, Bullying and Management: How Do Courts Address Psychosocial Risk at Work?”, (ed.) Loïc Lerouge, Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law, Springer, 2022, p. 182-183.

örnek olan *France Télécom* davası, “kurumsal düzeyde mobbing” kavramının somutlaştığı bir süreçtir³⁸. Şirket yöneticilerinin psikolojik taciz suçlamasıyla yargılandığı bu dava, iş yerinde sistematik baskıların dramatik sonuçlar doğurabileceğini göstermiştir. Bir çalışanın intiharının ardından, geride bıraktığı mektupta maruz kaldığı psikolojik baskıları anlatması kamuoyunda büyük yankı uyandırmış³⁹; bu olay, ülkede mobbinge karşı özel önlemlerin hayata geçirilmesinde dönüm noktası olmuştur⁴⁰. Her ne kadar yargılama ceza hukuku kapsamında gerçekleşmiş olsa da *France Télécom* vakası, mobbingin yalnızca bireyler arasında değil, kurumsal yapılar içinde de sistematik biçimde gerçekleşebileceğini gösteren önemli bir örnektir. Bu tür vakalarda, mobbing ile intihara arasında doğrudan bir nedensellik kurmak her zaman mümkün olmasa da iş yerindeki sistematik baskının ciddi sonuçlar doğurabileceği açıkça ortaya konmuştur.

b. Almanya’da Mobbing Yaklaşımı: Dar ve Kriter Odaklı Yorum

Fransa’daki geniş yorumun aksine, Almanya’da yargı içtihatları mobbingin daha dar çerçevede ele alınması gerektiği yönündedir. Alman yargısı, her iş yeri anlaşmazlığının doğrudan mobbing kapsamında değerlendirilmesinin isabetli olmadığını vurgulanmakta; bu tür iddialarda özellikle “sistema-

³⁸ 17 Aralık 2002 tarihinde 2002-23 sayılı Fransız İş Kanunu’na “psikolojik taciz suçu” eklenmiştir. Hem Ceza Kanununa hem de İş Kanunu’na eklenen bu düzenleme, Fransız doktrininde tartışmalara yol açmış; Ceza Kanunu’na eklenen suçun, İş Kanunu’na nazaran daha “geniş” kapsamlı olduğu, İş Kanunu’ndaki düzenlemenin yalnızca “işçi” statüsünde olanları kapsadığı ifade edilmiştir [Detaylı bilgi için bkz. **Akyürek**, Güçlü: “France Telecom Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing) Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, 2022, s. 99].

³⁹ *Michel Deparis*’in intihar etmeden evvel kaleme aldığı veda mektubunda: “*Sürekli acil durum, fazla çalışma, eğitim eksikliği, şirkette tam bir organizasyonsuzluk*” olduğunu belirtmiş, “*son günlerde “acıması” bir duruma düştüğünü, işinin buna yol açtığını ve intiharından France Télécom’un sorumlu olduğunu*”, “*işinin buna yol açtığını ve intiharından France Télécom’un sorumlu olduğunu*” vurgulamıştır. Kendisinden evvel 7 kişi ve kendisini takiben 8 kişi daha intihar eylemini gerçekleştirmiştir (**Akyürek**, s. 112-113). 2006-2008 yılları arasında özelleştirilen şirketin “*Next*” ve “*Act*” planları doğrultusunda, 22.000 kişi işten çıkarılmıştır. 2022 yılında Mahkeme’ye 19 intihar ve 12 intihar girişimi olmak üzere toplam 39 dava açılmıştır [<https://www.humanite.fr/social-et-economie/didier-lombard/suicides-a-france-telecom-le-harcelement-moral-institutionnel-definitivement-reconnu-par-la-justice>, Erişim Tarihi:01.02.2025 (Fransızca orijinal metin, *Google Translate* vasıtasıyla çevrilmiş ve yazar tarafından gözden geçirilmiştir)].

⁴⁰ **Velázquez**, Manuel: “Comparative Study of the Psychosocial Risks Prevention Enforcement by the European Labour Inspectorates”, (ed.) Loïc Lerouge, *Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law*, Springer, p. 46; <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/s95960391.html>, (Erişim Tarihi: 14.12.2024).

tiklik” ve “süreklilik” unsurlarının somut biçimde ortaya konulmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir. Nitekim Schleswig-Holstein Bölge İş Mahkemesi’nin kararında da bu hususa açıkça değinilmiş ve geçici ya da münferit nitelikteki anlaşmazlıkların mobbing olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir⁴¹.

Benzer şekilde, Berlin Bölge İş Mahkemesi de yöneticinin otoriter tutumunun tek başına mobbing oluşturmayacağını; bu tür bir değerlendirmenin yapılabilmesi için çalışanı bilinçli biçimde demotive edilmesi yönünde bir niyetin bulunması ve söz konusu davranışların sistematik niteliğinin kanıtlanması gerektiğini vurgulamıştır⁴². Alman yargısı, iş yerinde yaşanan çatışmaların veya yönetsel sertliğin belirli bir eşiği aşmadıkça mobbing olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir. Bu yaklaşım, hukuki değerlendirmelerde davranışların bağlamı ile tekrar sıklığına özel bir önem atfetmekte, değerlendirmelerin nesnel ölçütlere dayalı olarak yapılmasını öngörmektedir.

c. Değerlendirme

Fransa ve Almanya arasındaki görüş farkı, mobbingin tanımlanması ve buna bağlı hukuki sonuçlar bakımından kayda değer bir ayrışmaya işaret etmektedir. İlgili Fransız içtihatlarında, mağdurun maruz kaldığı sonucun esas alındığı, failin kastının aranmaksızın koruma sağlandığı ve müdahale alanının geniş tutulduğu bir yorum benimsemektedir. Buna karşılık Alman içtihatları sistematiklik, süreklilik ve kast unsurlarının varlığını aramaktadır. Bu unsurların bu unsurların ise somut ve nesnel delillerle ispat edilmesini zorunlu kılan daha dar ve temkinli bir yaklaşım sergilemektedir.

Söz konusu yaklaşım farkı işverenin hukuki sorumluluğunun sınırlandırılmasından, mağdurun ispat yüküne kadar çeşitli alanlarda uygulama farklılıklarına yol açmakta ve yargısal sürecin şekillenmesinde doğrudan etkili olmaktadır. Bununla birlikte, her iki ülke içtihadında ortak nokta, mobbingin yalnızca bireysel düzeyde bir sorun değil, aynı zamanda kurumsal yapılarla ilişkilendirilebilecek sistematik bir olgu olduğu yönündedir.

F. Öğreti ve İçtihatlarda Mobbingin Unsurları

Öğretide ve yargı içtihatlarında, mobbing tanımına dair belirli unsurlar öne çıkmaktadır. Genellikle, belirli davranışların mobbing olarak değerlendiril-

⁴¹ LAG Schleswig-Holstein, 19.3.2002, 3 Sa 001/02 (<https://dejure.org/>, Erişim Tarihi: 09.11.2024); **Bilgili**, Abbas: İş Hukuku Açısından Mobbing (Psikolojik Taciz), 2. Baskı, Karahan, Adana 2012, s. 111.

⁴² LAG Berlin, 15.7.2004, 16 Sa 2280/03 (<https://dejure.org/>, Erişim Tarihi: 09.11.2024); **Bilgili**, s. 114.

rilebilmesi için aşağıda sıralanan kriterlerin birlikte ya da ağırlıklı biçimde bulunması gerekmektedir:

1. Süreklilik: Mobbing, münferit ya da geçici olaylardan ibaret olmayıp, belirli zaman diliminde tekrarlanan ve istikrarlı biçimde devam eden davranışlar bütünüdür. *Leymann*'a göre, bu tür davranışların en az altı ay süresince haftada birkaç kez tekrar etmesi gerekir⁴³.
2. Sistematiiklik: Mobbing fiilleri, belli bir plan doğrultusunda ve organize şekilde mağdura yöneltilir. Bu yönüyle davranışlar tesadüfi değil, bilinçli ve hedef odaklıdır⁴⁴.
3. Kast: Fail, mağdura zarar verme, onu dışlama ya da işten ayrılmaya zorlama yönünde özel bir iradeye sahip olmalıdır⁴⁵.
4. Zarar: Mobbing yalnızca psikolojik zarar doğurmakla sınırlı kalmaz, aynı zamanda mağdurun mesleki gelişimine ve sosyal bütünlüğe de zarar verir⁴⁶.
5. Hiyerarşi: Mobbing, sadece üst konumdaki kişilerin astlarına yönelik davranışlarıyla sınırlı olmayıp, aynı hiyerarşik düzeydeki veya ast konumdaki kişilerin eylemleriyle de ortaya çıkabilmektedir⁴⁷.

Yargıtay içtihatlarına göre, bu unsurların bir arada bulunmadığı durumlarda, davranışların yalnızca rahatsız edici, kaba ya da nezaketsiz olması, mobbingin varlığı için yeterli görülmemektedir. Sürekli ve ölçsüz eleştir, sosyal izolasyon, görevlerin anlamsızlaştırılması, tehdit, aşağılayıcı söz veya jestler gibi davranışlar tek başına değil, ancak süreklilik ve sistematiiklik arz ettiğinde mobbing kapsamında değerlendirilir⁴⁸.

III. MOBBİNGE DAİR YASAL DÜZENLEMELER

A. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

Türk hukukunda mobbing kavramı açık bir tanıma kavuşturulmamış olmakla birlikte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417'nci maddesi, işverenin işçiyi iş ilişkisi süresince her türlü psikolojik ve cinsel tacize karşı

⁴³ **Leymann**, Heinz: "The Content and Development of Mobbing at Work" *European Journal of Work and Organizational Psychology* 5, no. 2 (1996), s. 168.

⁴⁴ **Leymann**: "The Content and Development of Mobbing at Work", s. 170; **Davenport/Schwartz/Elliott**, s. 50.

⁴⁵ **Davenport/Schwartz/Elliott**, s. 34.

⁴⁶ **Davenport/Schwartz/Elliott**, s. 183.

⁴⁷ **Davenport/Schwartz/Elliott**, s. 48.

⁴⁸ Yargıtay HGK., T. 25.9.2013, E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 04.04.2025).

koruma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Anılan hüküm uyarınca işveren, işçinin kişiliğine saygı gösterilen, huzurlu ve güvenli bir çalışma ortamı sağlamakla yükümlüdür. Bu çerçevede, işverenin mobbing niteliği taşıyabilecek davranışlara karşı önleyici ve düzeltici tedbirler alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde, işverenin, işçinin maruz kaldığı manevi zarar nedeniyle tazminat sorumluluğu doğmaktadır.

Bununla birlikte, mobbing kavramının yasal sınırlarının belirsizliği, uygulamada hangi davranışların mobbing olarak değerlendirileceği hususunda yorum farklılıklarına yol açmaktadır. Bu nedenle, mobbingin hukuki çerçevesi büyük ölçüde öğretilerdeki görüşler ve yargı kararları doğrultusunda şekillenmektedir⁴⁹.

B. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

Mobbing, bireyin kişilik haklarını hedef alan, sistematik ve tekrarlayıcı nitelikte zarar verici davranışlar bütünüdür⁵⁰. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) kişinin onurunu, saygınlığını, özel ve aile yaşamını kapsayan kişilik değerlerini koruma altına almaktadır. Bu çerçevede, psikolojik taciz niteliğindeki fiiller de kişilik hakkı ihlali kapsamında değerlendirilmekte-

⁴⁹ Centel, s. 50-51; **Dalgaldere**, Ayşegül: Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing), Şeçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 109; Yapılan araştırmalar doğrultusunda Türkiye’de sıklıkla görülen mobbing uygulamaları şu şekildedir: “Yaptığı iş ve bu işin sonuçları hakkında sürekli kusur bulunması,
b. Başkalarının yanında aşağılayıcı ve onur kırıcı konuşulması,
c. Sürekli anlamsız ve gereksiz işler verilmesi,
d. Yaptığı işin hissettirilmeden kontrol edilmesi,
e. Yaptığı işin, kendisinden daha düşük pozisyondaki kişiler tarafından kontrol edilmesi,
f. İtibarını düşürecek şekilde, niteliksiz işler verilmesi,
g. Ortak yapılan işlerin sonuçlarından yalnızca mağdurun sorumlu tutulması,
h. Mağdur bir ortama girdiğinde ortamın bilerek terk edilmesi,
i. Görmezden gelinme, mağdura yokmuş gibi davranılması,
j. Sahip olduğu yetki ve sorumlulukların azaltılması,
k. Özel yaşantısı ile ilgili asılsız söylentiler çıkarılması,
l. Mağdurun işiyle ilgili yeteneklerini gösterme olanaklarının kısıtlanması,
m. Terfi yolunun engellenmesi,
n. Dışlanma,
o. İş için gerekli bilgilerin saklanması, kişinin olmadığı günlerde toplantı yapılması,
p. Haksız gerekçelerle soruşturmalar yapılması ya da tutanak tutulması.” (İbiloğlu, s. 335).

⁵⁰ Kişilik haklarıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **Serozan**, Rona: “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14, 1977, s. 93.

dir⁵¹. Özellikle TMK'nın 24'üncü ve 25'inci maddeleri, kişilik hakkına yönelen saldırıların önlenmesi, mevcut ihlalin durdurulması, sonuçlarının giderilmesi ve uğranılan zararların tazmini açısından mağdura önemli haklar sağlamaktadır⁵².

Ne var ki mobbing olgusu, tekil ya da izole davranışlardan ibaret olmayıp, süreklilik ve kast unsurları içeren bir süreç içerisinde gelişir. Bu nedenle, açılacak davalarda yalnızca fiilin varlığı değil, bu davranışların sistematik tekrarı ve mağdurun kişilik hakları üzerindeki somut etkileriyle birlikte ispat edilmelidir⁵³.

C. 4857 sayılı İş Kanunu

Türk İş Hukukunda mobbing kavramı açıkça tanımlanmamakla birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükümleri mobbing davranışlarına yönelik hukuki dayanak oluşturmaktadır. Bu kapsamda 24'üncü maddenin II/b bendi, işverenin onur kırıcı, küçük düşürücü veya tehdit içeren tutumları karşısında işçiye, hizmet sözleşmesini "haklı nedenle feshetme" hakkı tanımaktadır. Bu düzenleme, mobbing fiillerinin dolaylı da olsa hukuki yaptırıma tabi tutulduğunu göstermektedir.

Ayrıca Kanun'un 5'inci maddesi, işverenin işçilere eşit davranma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Eşit davranmama, dışlama, ayrımcılık veya görevde keyfi farklılaştırmalar gibi uygulamalar, ayrımcılığa dayalı mobbing fiilleri olarak değerlendirilmektedir. Bu gibi durumlarda ispat yükü işverene geçmektedir⁵⁴. Diğer yandan 77'nci madde uyarınca işverenin, iş yerinde çalışanların sağlığını ve güvenliğini koruma yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. Bu çerçevede işveren, çalışanların yalnızca fiziksel değil, ruhsal bütünlüklerini de korumakla yükümlüdür. Bu gözetim borcu, işverenin güvenli ve sağlıklı bir çalışma ortamını tesis etme ve sürekliliğini sağlama sorumluluğunu da beraberinde getirmektedir⁵⁵. İşverenin işçiye onur kırıcı sözler

⁵¹ Palabıyık, s. 171.

⁵² Medeni Kanun m. 25/1: "Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir..."

⁵³ Demircioğlu, Huriye Reyhan: "Kişilik Hakkı İhlâlinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Y2007, s. 132-133.

⁵⁴ Albayrak, Hakan: "Medeni Usul Hukukunda İspat Kolaylığı Kavramı", Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C.4, S. 2, Ekim 2024, s. 949.

⁵⁵ Özkul, Burcu/Çarıkçı, İlker H.: "Mobbing ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, s. 494; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 362.

söylemesi, tehdit içeren ifadeler kullanması ya da bezdirici tutumları, işçiye hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı verir⁵⁶. Zira bu tür davranışlar, dürüstlük kuralı uyarınca iş ilişkisini sürdürmeyi işçiden beklenemeyecek hâle getirmektedir⁵⁷.

İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin son fıkrası "işçi lehine ispat kolaylığı" sağlayan özel bir düzenleme içermektedir⁵⁸. Ancak bu hüküm, Medeni Usul Hukuku açısından ele alındığında, tarafların eşitliği ilkesiyle çelişen bir görünüm arz etmektedir. Bu hüküm bazı durumlarda "adil yargılanma hakkı" ve "hukuki dinlenilme hakkı" ilkeleriyle çatışma yaratmaktadır⁵⁹. Ne var ki, mobbing vakalarının doğası gereği ispatı güçtür. Mobbingin sistematik yapısı, sürecin ispatını zorlaştırdığından, Yargıtay dolaylı ispat araçlarını kabul etmektedir⁶⁰.

Bu çerçevede, Medeni Usul Hukuku'ndaki tarafların eşitliği ilkesi ile İş Kanunu'nun işçi lehine sağladığı ispat kolaylığı arasında denge kurulmaya çalışılmaktadır. İş Kanunu'nun 5'inci maddesine göre mobbing iddialarında ispat yükü işverene aittir. Bu noktada karşı tarafa geçen ispat yükü değil, delil ikâme yüküdür. İspat yükü taşıyan taraf, emareler ve fiili karineler yoluyla bir hâkimde kanaat oluşturur ve böylece karşı taraf bu kanaati çürütmekle yükümlü olur⁶¹. Dolaylı ispat yönteminde, "doğrudan deliller" yerine "komşu vakıaların ispatı" ile hâkimde olayın gerçekleştiğine dair kanaat

⁵⁶ **Tunçomağ**, Kenan: İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul 1988, s. 211; **Sizek**, Sarper: İş Hukuku, 5. B., Beta, İstanbul 2009, s. 649-650; **Özcan**, Durmuş: İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Adalet, Ankara 2013, s. 49; **Şakar**, Müjdat: Gerekeçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 4. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2009, s. 373; **Lokmanoğlu**, Salim Yunus: İşyerinde Psikolojik Taciz -Mobbing-, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 163; **Ekin**, s. 224.

⁵⁷ **Ekin**, s. 224; **Sevinç Yaman**, s. 149.

⁵⁸ İş Kanunu m. 5/son: "20'nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."; **Okur**, Zeki: "İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, C. 74, Haziran 2016, s. 589; **Ertan**, Emre: "İşyerinde Psikolojik Taciz", 1. Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştayı Bildiriler Kitabı, (der.) İsmail Akgün, Özyurt, Ankara 2013, s. 204; **Sevimli**, s. 124.

⁵⁹ **Okur**, s. 589.

⁶⁰ Yargıtay 22. HD., T. 21.2.2014, E. 2014/2157, K. 2014/3434, (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 10.11.2024).

⁶¹ **Albayrak**, s. 953; **Dalgahdere**, s. 94.

oluşturulması hedeflenmektedir⁶². Bu çerçevede, İş Kanunu 5'inci maddesinin yedinci fıkrası, ispat yükü açısından işçi lehine kolaylık sağlanmaktadır.

D. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) mobbing kavramı açıkça tanımlanmamıştır. Bu nedenle, bu tür uyuşmazlıklarda ispat süreci, genel usul hükümleri doğrultusunda yürütülmektedir. HMK'nın 190'ıncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca, iddia sahibi taraf hukuki menfaat elde edebilmek için ileri sürdüğü vakıaları ispatla yükümlüdür⁶³. Aynı zamanda, 194'üncü madde taraflara vakıaları somutlaştırma yükümlülüğü getirmektedir.

Uygulamada ise Yargıtay mobbing iddialarına özgü ispat güçlüklerini dikkate alarak “işçi lehine yorum” ilkesine dayalı yaklaşım geliştirmiştir⁶⁴. Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, mobbing iddialarında kesin ve şüpheden uzak delillerin aranmasının şart olmadığını, kuşku uyandırabilecek olguların dahi değerlendirme konusu yapılabileceğini belirtmektedir⁶⁵. Bu esnek yaklaşım, mobbingin doğrudan gözlemlenmesi ve belgelenmesinin güç olduğu durumlarda önem taşımaktadır. Buna karşın, bazı *karşı oy* yazılarında bu yaklaşım eleştirilmiş, mobbingin sistematik yapısının kuşkudan uzak delillerle konulmadığını ve bu nedenle ispatının objektif temellere dayanması gerektiği vurgulanmıştır⁶⁶.

E. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda (DMK) mobbing terimi doğrudan yer almamakla birlikte, konu hakkında dolaylı koruma sağlayan çeşitli hükümler mevcuttur. DMK'nın 8'inci maddesi, memurların iş birliği içinde

⁶² Albayrak, s. 949; Tanrıver'den nakleden Palabıyık, s. 229; Taşkın, Ahmet: “Mobbing Davalarında İspat Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 2, Y. 2016, s. 415; Lokmanoğlu, s. 163.

⁶³ Çil, Şahin: “6100 sayılı HMK'ya göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 2, 2014, s. 99; Okur, s. 596.

⁶⁴ Okur, s. 596; Erkal, s. 274.

⁶⁵ Mobbingin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlaline gerek olmadığı, kişilik haklarına yönelik haksızlığın yeterli olduğu, ayrıca mobbing iddialarında şüpheden uzak kesin deliller aranmayacağı; davacı işçinin, kendisine işyerinde mobbing uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguların ileri sürmesinin yeterli olduğu, işyerinde mobbing gerçekleşmediğini ispat külfetinin davalıya düştüğü...” [Yargıtay 22. HD., T. 27.12.2013, E. 2013/693, K. 2013/30811, (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 08.11.2014)].

⁶⁶ Centel, s. 52.

çalışmasını düzenleyerek, kurumsal uyum ve iş ortamında sağlıklı ilişkilerin teşvik edilmesini amaçlamaktadır. 10'uncu maddenin ikinci fıkrası ise, amirlerin maiyetindeki memurlara adil, eşit ve hakkaniyetli biçimde davranmasını öngörmektedir. Bu hüküm, mobbing yasağı ile doğrudan bağlantılıdır.

Amirler yetkilerini, kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslar çerçevesinde kullanmakla yükümlüdür⁶⁷. Bu zorunluluk keyfi ve ayrımcı uygulamalardan kaçınmayı da içermektedir. Amirlerin, hiyerarşi içerisindeki konumu dikkate alındığında, bu düzenlemeler kamu görevlileri arasında haksız baskı, yıldırma ve ayrımcılığa karşı bir güvence niteliği taşımaktadır. Kamu görevlilerinin görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi, iş ortamındaki uyumu bozması ya da çalışanların psikolojik ve mesleki bütünlüğünü zedeleyici davranışlar sergilemesi durumunda disiplin hükümleri devreye girmektedir. Bu bağlamda Kanun'un 125'inci maddesi, disiplin cezası uygulanacak fiilleri düzenlemektedir. Mobbing niteliğindeki eylemler, niteliğine göre uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya devlet memurluğundan çıkarma cezaları kapsamında değerlendirilebilmektedir⁶⁸.

F. 6071 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda mobbing kavramı yerine “işyerinde yıldırma” ifadesi kullanılmıştır. Kanun'un 2'nci maddesinin (g) bendi, yıldırma; belirli ayrımcılık temellerine dayalı olarak kişinin dışlanması, işinden soğutulması veya bıktırılması amacıyla gerçekleştirilen sistematik davranışlar olarak tanımlamaktadır. Ka-

⁶⁷ Üst kademedeki çalışanların alt kademeye yönelik baskısı kadar, alt kademedeki çalışanların da üst kademeye yönelik baskı uygulaması mümkündür. Bu durum “*hiyerarşik (dikey) şiddet*” olarak adlandırılmaktadır (Çaptuğ Dilek, Mehpare: “İş Yerinde Psikolojik Tacize Maruz Kalan Kamu Personelinin İzleyebileceği Hukuki Başvuru Yolları”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısında Teşekkür Armağanı, S. 2022/2, s. 364).

⁶⁸ Danıştay İkinci Dairesi'nin ilgili kararında, kamu görevlilerinin görevden alınmasına ilişkin işlemlerin hukuka uygunluk taşıması gerektiğini vurgulamıştır. Kararda, davalı idarenin, davacıya yönelik sistematik biçimde yıldırma, pasifize etme ve işten uzaklaştırmayı amaçlayan işlemler tesis ettiği, görev yerini sürekli değiştirdiği, yersiz soruşturmalara maruz bırakarak disiplin cezaları verdiği tespit edilmiştir. Bu durumun mobbing niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Bu karar Devlet Memurları Kanunu'nun 125'inci maddesi çerçevesinde, kamu görevlilerine yönelik haksız ve keyfi uygulamalara karşı bir güvence sağladığını göstermektedir. Aynı zamanda, mobbing kapsamında değerlendirilebilecek haksız görev değişiklikleri ve psikolojik baskı unsurlarının da idari yargı denetimine tabi olduğu ortaya konulmuştur [Danıştay 2. D., T. 22.10.2020, E. 2020/516 K. 2020/3123, (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 02.02.2025)].

nun'un 4'üncü maddesi yıldırma'yı ayrımcılık türleri arasında saymakta ve yasağın kapsamını genişletmektedir. Ayrıca 17'nci madde uyarınca, iş yerinde yıldırma'ya maruz kaldığını iddia eden gerçek ve tüzel kişiler, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na (TİHEK) başvuruda bulunabilmektedir. TİHEK, Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (I) bendi ve 17'nci maddesi uyarınca yıldırma vakalarını inceleme, re'sen araştırma yapma ve gerekli hâllerde idari yaptırım uygulama yetkisine sahiptir⁶⁹. Mobbingin tespiti hâlinde, ilgili kişi veya kurumlara idari para cezası uygulamaktadır⁷⁰. Bu yönüyle TİHEK, ayrımcılığa dayalı mobbing türleriyle mücadelede idari denetim ve yaptırım aracı olarak önemli bir rol üstlenmektedir.

G. 2025/3 sayılı Genelge

6 Mart 2025 tarihli ve 2025/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi, iş yerinde mobbingin önlenmesine yönelik olarak kurumlarda farkındalık oluşturmaya, yönetsel uygulamaları güncellemeyi ve iş yerinde sağlıklı bir iletişim ortamı tesis etmeyi amaçlayan önemli bir düzenlemedir. Bu düzenleme, 2011/2 sayılı Genelge'ye kıyasla daha somut ve net yönetsel çerçeve sunarak, kurumsal uygulamalarda yol gösterici bir belge niteliğindedir⁷¹.

⁶⁹ İş yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, (yay. haz.) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü İstihdam Politikaları Daire Başkanlığı, No. 69, 4. B., Ankara 2017, s. 31 [<https://www.csgb.gov.tr/media/1328/i%C5%9Fyerlerinde-psikolojik-taciz-mobbing-bilgilendirme-rehberi-2017.pdf>], (Erişim Tarihi: 09.11.2024)]; **Tekin**, s. 103, 117 vd.

⁷⁰ TİHEK'in 2023/913 sayılı kararında, Artvin Belediyesi'nde çalışan bir personelin siyasi görüşü nedeniyle sistematik yıldırma (mobbing) maruz kaldığı iddiasını incelemiştir. Yapılan değerlendirmede, personelin 2014-2019 yılları arasında Basın Yayın Birimi'nde görev yaptığı ancak 2019 yerel seçimleri sonrasında 4 farklı birimde sistematik olarak ve mesleki tecrübesine uygun olmayan şekilde görevlendirildiği tespit edilmiştir. Son olarak Temizlik İşleri Müdürlüğü'nde çöp toplama aracı arkasında çalışmaya zorlandığı belirlenmiştir. TİHEK, bu değişikliklerin kişiyi işinden soğutma, dışlama ve bıkırtma amacı taşıdığını değerlendirerek, iş yerinde yıldırma (mobbing) iddialarının çürütülemediği ve ayrımcılık yasağının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda, muhatap belediye hakkında 89.571 TL idari para cezası uygulanmasına, ayrımcılık yasağı ihlâlinin kamuoyuna duyurulmasına ve tarafların karara karşı 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemesi'ne başvurma hakkına sahip olduğuna hükmedilmiştir [Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), 2023/913 Sayılı Karar, 28.11.2023 (www.tihek.gov.tr), Erişim Tarihi: 25.01.2025]; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) 2023 Yıllı Faaliyet Raporu, s. 77, <https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/Faaliyet-Raporlari>, (Erişim Tarihi: 02.04.2025)].

⁷¹ "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi", 2025/3 Sayılı Genelge, R.G. 06.03.2025 - 32833 [<https://www.resmigazete.gov.tr/>], (Erişim Tarihi: 09.04.2025)].

Genelge’de insan onuruna saygılı, sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının oluşturulması temel hedef olarak belirlenmiştir. Özellikle risk temelli yaklaşımın benimsenmesiyle birlikte, yöneticilere önleyici ve koruyucu stratejiler geliştirme sorumluluğu da yüklenmiştir. Ayrıca işyerlerinde farkındalık artırıcı eğitimlerin teşvik edilmesi, sağlıklı iletişim ortamının sağlanması ve mobbing iddialarının etkin şekilde soruşturulması gerekliliğinin altı çizilmiştir.

Genelge’de ayrıca mağdurların hak arama sürecini destekleyecek mekanizmalara da yer verilmiştir. Bu kapsamda, “ALO 170” danışma hattına özel bir önem atfedilmiş; ayrıca mağdurların başvurularını iletebilecekleri kurumlar arasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), Kamu Denetçiliği Kurumu ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı sayılmıştır⁷².

Bu hususlara ek olarak, gizlilik ilkesine riayet, tarafların özel yaşamlarının korunması ve kurumsal itibarın zedelenmemesi gibi etik ilkeler de genelgede açık şekilde belirtilmiştir. Ayrıca toplu iş sözleşmelerine mobbinge karşı koruyucu hükümlerin eklenmesinin teşvik edilmesi, sendikal düzeyde kurumsal mücadeleyi güçlendirme yönünde atılmış önemli bir adımdır.

Genel hatlarıyla 2025/3 sayılı Genelge, işyerlerinde mobbinge mücadelede kurumsal farkındalığın artırılması, mağdurların yasal haklarını etkin biçimde kullanabilmesi ve iç çözüm mekanizmalarının teşvik edilmesi açısından önemli ve güncel bir düzenlemedir. Bununla birlikte genelgenin bağlayıcılığı sınırlıdır; mağdurların korunmasına yönelik başvuru usulleri ile süreç yönetimi ayrıntılı biçimde düzenlenmemiştir. Bu yönüyle 2025/3 sayılı Genelge, mobbinge mücadelede kurumsal bir irade ortaya koymakla birlikte, bağlayıcılığı ve denetim gücü sınırlı olduğu için daha çok farkındalık oluşturmayı amaçlayan, rehber niteliğinde düzenleyici bir belge olarak değerlendirilmektedir.

IV. MOBBİNG DAVALARINDA İSPAT SORUNU VE KARŞILAŞILAN ZORLUKLAR

A. Genel Değerlendirme

Mobbing davalarında ispat yükü ve karşılaşılan zorluklar, yargılama usulüne göre farklılık göstermektedir. Medeni Usul Hukuku ve İdari Yargı-

⁷² *Mobbing ile Mücadele Derneği* tarafından hazırlan raporda ALO 170 hattına gelen çağrılarının %81’i özel sektör, %19’u ise kamu çalışanlarından oluşmaktadır [https://mobbing.org.tr/wp-content/uploads/2023-MOBBING-RAPORU-02022024-1-2.pdf, (Erişim Tarihi: 11.11.2024)].

lama Usulü, delil değerlendirme kriterleri ve ispat yükünün dağılımı açısından farklı esaslara dayanmaktadır. Bu durum, mobbing iddialarının yargı mercilerince ele alınış biçimini ve davaların sonuçlanma sürecini etkilemektedir.

Mobbing, örtülü biçimde gelişen ve süreklilik arz eden bir yapıya sahip olduğu için mağdurların doğrudan ve somut deliller sunması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Fiillerin genellikle tanık olmaksızın gerçekleşmesi, yalnızca sözlü iletişimle sınırlı kalması ve sistematik yapısı, ispat sürecini zorlaştıran başlıca etkenlerdendir. Buna ek olarak iş yerindeki hiyerarşik yapı ve iş güvencesi kaygısı nedeniyle çalışanların tanıklık yapmaktan kaçınması, delil ikamesini daha da güçleştirmektedir⁷³.

Bu bağlamda, mobbing davalarında kesin ve mutlak ispat şartı aranması hem adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle hem de özellikle iş hukukunda geçerli olan 'işçi lehine yorum' ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle yargı içtihatlarında, mobbingin doğrudan değil, dolaylı ve emare niteliğindeki delillerle de ispat edilebileceği yönünde bir yaklaşım gelişmiştir⁷⁴. Soyut ve örtük nitelikte gerçekleşen bu ihlallerde, mutlak ispat yerine, makul şüpheyi aşan kanaatin oluşması yeterli görülmektedir⁷⁵.

B. Medeni Usul Hukuku Açısından İspat Yükü

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 190'ıncı maddesi uyarınca, ispat yükü kural olarak lehine sonuç doğuracak vakayı ileri süren tarafa aittir. Mobbing gibi nitelik itibarıyla gizli, süreklilik içeren ve çoğu zaman özel alanlarda gerçekleşen fiillerde klasik delil anlayışı yetersiz kalmaktadır. Bu tür fiillerin çoğunlukla özel alanlarda, tanık olmaksızın ve sözlü ifadelerle gerçekleşmesi, delil sunumunu güçleştirmektedir⁷⁶. Ayrıca mağdurun yaşadığı psikolojik etkilerin dışsal olarak gözlemlenememesi, tanıkların çekimserliği veya olayların kişisel çatışma gibi yorumlanması, ispat sürecini daha da karmaşıktırılmaktadır. Bahsedilen nedenlerle, mobbingin ispatı hususunda yargı mercilerinin yaklaşımı büyük önem taşımaktadır.

Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, mobbing davalarında kesin delil şartının her zaman karşılanamayabileceğini ve dolaylı delillere dayanılarak

⁷³ Taşkın, s. 413.

⁷⁴ Yargıtay HGK., T. 24.1.2018, E. 2017/3017, K. 2018/99; Yargıtay 22. HD., T. 21.2.2014, E. 2014/2157, K. 2014/3434 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 04.04.2025).

⁷⁵ Palabıyık, s. 232; Dalgahidere, s. 165.

⁷⁶ Centel, s. 52; Okur, s. 596.

sonuca ulaşılabileceğini açıkça kabul etmektedir⁷⁷. Bu kapsamda tanık beyanları, e-posta ve mesaj kayıtları, yazılı şikayetler, resmî tutanaklar ve performans değerlendirme raporları gibi dolaylı deliller dikkate alınmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun emsal niteliğindeki kararında, davacının kısa süre içerisinde defalarca görev yerinin değiştirilmesi mobbingin ispatı açısından önemli bir gösterge olarak değerlendirilmiştir⁷⁸. Karara konu olayda, 56 yaşında ve evli olan davacı “14 yıl aralıksız olarak davalı bankanın İstanbul işyerinde avukat olarak çalışmasının ardından Adana ve farklı illerde kısa sürelerle 9 ay boyunca ve 30 kez yer değiştirmek suretiyle...” görevlendirilmiştir. Yargıtay, bu uygulamayı hayatın olağan akışına aykırı bulmuş; bu durumun yıldırma ve bezdirme amacı taşıdığı sonucuna varmıştır. Ayrıca işverenin, bu görevlendirmelere ilişkin rasyonel bir gerekçe sunamaması, mobbingin varlığına dair kuvvetli bir emare olarak kabul edilmiştir.

Bu ve benzeri içtihatlar, iş hukukunda geçerli olan “işçi lehine yorum ilkesi”, “feshin son çare olması” (*ultima ratio*) ilkesi ve “hayatın olağan akışı” gibi temel prensipler çerçevesinde değerlendirmeye olanak sağlamaktadır⁷⁹. Bu doğrultuda, mobbing iddialarının tam ispatını aramak yerine, mağdurun sunduğu emarelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve hâkimde bu yönde kanaat oluşması yeterli sayılmaktadır⁸⁰.

C. İdari Yargılama Hukuku Açısından İspat Yükü

İdari yargılama usulünde, Medeni Usul Hukuku’ndan farklı olarak “re’sen araştırma ilkesi” geçerlidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) uyarınca hâkim, delillerin toplanması ve maddi gerçeğe ulaşma konusunda aktif bir rol üstlenmektedir. Ancak İYUK’ta ispat yükü ve delil türlerine ilişkin açık ve sistematik düzenlemeler yer almamakta, bu durum

⁷⁷ İlgili kararda: “...yüzde yüzlük bir ispatın aranmadığı, şüpheden uzak delil aramanın ceza yargılamasına ait olduğu, özel hukuk ve iş hukuku yargılamasında vicdani kanaatin oluşmasına yetecek kadar bir ispatın yeterli olduğu, taraflarca ileri sürülen delillerin sıhhat ve kuvvetinde tereddüt edilmesi halinde işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması gerektiği, mobbing gibi diğer dava türlerine göre ispatı nispeten daha zor olan bir konuda kesin ve mutlak bir ispatın aranmayacağı, bu konuda işçi lehine ispat kolaylığı göstermenin hakkaniyet ve adalete daha uygun olacağı” sonucuna varılmıştır [Yargıtay 22 HD., T. 21.2.2014, E. 2014/2157, K. 2014/3434 (<https://www.lexpera.com.tr/>), Erişim Tarihi: 09.12.2014)].

⁷⁸ Yargıtay HGK., T. 25.9.2013, E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 (<https://www.lexpera.com.tr/>), Erişim Tarihi: 14.12.2024).

⁷⁹ Erkal, s. 272; Taşkın, s. 410.

⁸⁰ Demircioğlu, s. 132.

uygulamada yorum ve içtihat farklılığına neden olmaktadır. Söz konusu normatif boşluğu gidermek amacıyla, İYUK'un 31'inci maddesi uyarınca gerekli hâllerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) hükümlerine kıyasen başvurulmaktadır. Özellikle delil tespiti ve değerlendirilmesi noktasında HMK hükümleri tamamlayıcı olarak devreye girmektedir⁸¹.

İdari yargılamada yazılı usul geçerli olduğundan, tanık deliline başvurulması ancak istisnai hâllerde mümkündür. Öğretide *Gözübüyük*, *Tan* ve *Bayazıt*, tanık delilinin idari yargılama yapısı ile sınırlı uyum gösterdiğini belirtmiştir⁸². Bununla birlikte, İYUK'un 20'nci maddesi uyarınca re'sen araştırma ilkesi doğrultusunda, hâkimin tanık dinlenmesine karar vermesi mümkündür⁸³. Bu konuda *Kaplan*, özellikle maddi vakıaların açıklığa kavuşturulması amacıyla tanık beyanlarının işlevsel olabileceğini ifade etmektedir⁸⁴.

Danıştay Beşinci Dairesi, mobbingin varlığına hükmedilebilmesi için fillerin sistematik, süreklilik arz eden ve kasıtlı nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda ispat yükü kural olarak davranışa maruz kalan kişiye ait olup, yıldırma eylemleri mağdur tarafından somut ve objektif delillerle ortaya konulmalıdır⁸⁵.

Sonuç olarak mobbing davalarında idari ve adli yargı mercilerinin delil değerlendirme süreçleri farklılık göstermekle birlikte, her iki sisteminde de

⁸¹ İdari Yargılama Usulü Kanunu Madde 31 – “1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakim davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır”; Ayrıca bkz. **Yasin**, Melikşah: İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 144.

⁸² **Gözübüyük**, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, 33. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 465; **Tan**, Turgut/**Bayazıt** Bahar: İdare Hukuku, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s. 1151; Bu hususta bkz. Danıştay 8. D., T. 25.02.2004, E. 2003/3369, K. 2004/917 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 09.04.2025)].

⁸³ **Boz/Çakıcı/Ardıç/Yekebaş**, s. 179, 183.

⁸⁴ **Kaplan**, Gürsel: “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 13, C. 13, S. 1, s. 7; *Kaplan*'ın İdari Yargılama Hukuku kitabında ise idari yargıda başvurulamayacak deliller arasında “tanık” delili olduğu belirtilmiştir. Bu hususta bkz. **Kaplan**, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2020, s. 484.

⁸⁵ Danıştay 5. D., T. 18.11.2020, E. 2016/24415, K. 2020/5256 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 20.12.2014).

mağdurun ileri sürebileceği delil ve emarelerin niteliği önemlidir. İdari yargılamada ispat rejimi re'sen araştırma ilkesine dayanmakla birlikte, başvurunun iddiasını destekleyici nitelikte kuvvetli, tutarlı ve objektif deliller ortaya koyması beklenmektedir.

D. Fiillerin Öznel ve Soyut Niteliğinin İspat Hukukuna Etkisi

Mobbing fiillerinin büyük ölçüde öznel algıya dayalı ve soyut nitelikte olması, ispat sürecini zorlaştıran unsurlar arasındadır. Bu tür davranışlar, çoğunlukla mağdurun kişisel algısıyla yakından ilişkili olup yoruma açıktır. Örneğin, bir kişinin rahatsız edici bulmadığı sözlü bir ifade, bir başkası için psikolojik baskı unsuru olarak değerlendirilebilir. Bu durum, mobbing vakalarının objektif bir şekilde değerlendirilmesini zorlaştırarak ispat sürecini karmaşık hâle getirmektedir.

Mobbing, genellikle fiziksel müdahaleye dayanmayan; sözlü, duygusal ve sosyal içerikli sistematik davranış biçimlerinden oluşur. Bu bağlamda, vakaların ispatına yazılı ya da görsel nitelikli delillere ulaşmak çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Özellikle astların amirleri aleyhine tanıklık yapması gereken hâllerde delil ikamesi süreci daha da zorlaştırmaktadır. Bahsedilen nedenler doğrultusunda “her türlü delille ispat” benimsenmiş; tanık beyanları, e-posta, raporlar, kamera kayıtları gibi bilgi ve belgeler delil olarak kabul edilmektedir⁸⁶.

Mobbing gibi sistematik ihlâl süreçlerinde, tüm unsurlarının doğrudan ve açık biçimde ispatı mümkün değildir. Bu nedenle mahkemeler “dolaylı ispat” ve “komşu vakalar” üzerinden değerlendirme yapmaktadır⁸⁷. Hâkim,

⁸⁶ Açı, Selami: “Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz), 1. Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştayı Bildiriler Kitabı, (der.) İsmail Akgün, Özyurt, Ankara 2013, s. 193; Savaş Kutsal, Burcu: “Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, C. 74, Haziran 2016, s. 639; Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. B., Yetkin, Ankara 2018, s. 296; Erkal, s. 275.

⁸⁷ İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, s. 38; “Mahkemece, davacının, davalı işyerinde, işveren tarafından sürekli ve sistematik bir biçimde aşağılandığı, kişiliğinin ve saygınlığının zedelendiği, kötü muameleye maruz kaldığı ve mobbinge uğradığı şüpheden uzak bir şekilde ispat edilemediği gerekçesiyle hüküm kurulmuş ise de iddia, birbirini doğrulayan ve tamamlayan davacı ve davalı şahit anlatımları, davacının aynı mahiyette olan ve aynı bulgulara işaret eden birbiriyle ve anlatılanlarla uyumlu birden fazla doktor raporu göz önüne alındığında, mobbing olgusunun açık bir şekilde ispat edildiği; kaldı ki, hukuk yargılamasında ve özellikle de mobbinge dayanan iddialarda yüzde yüzlük bir ispatın aranmadığı, şüpheden uzak delil aramanın ceza yargılamasına ait olduğu, özel hukuk ve iş hukuku yargılamasında vicdani kanaatin

olayın doğrudan delili bulunmasa da, diğer olgular arasında kurduğu mantıksal bağlantılar yoluyla kanaat geliştirebilmektedir⁸⁸.

Öte yandan, tanıklık mobbing davalarında en sık başvurulanan delil türleri arasındadır. Ancak tanık beyanı, taşıdığı sınırlılıklar nedeniyle öğretide eleştiriye konu olmaktadır. Nitekim *Kuru*, tanıklığı “ispat gücü zayıf bir delil” olarak nitelendirmiştir. Bu eleştirinin temelinde, tanıkların olaylara tüm yönleriyle vakıf olamaması, ifadelerin sübjektif unsurlar içermesi ve zamanla hafızada meydana gelebilecek zayıflıkların, gerçeğin doğru biçimde yansıtılamaması riskini artırması yatmaktadır⁸⁹.

Bununla birlikte, Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi’nin 17/10/2019 tarihli kararında da açıkça belirtildiği üzere, mobbing davalarında kesin delil aranmayacağı ve yaklaşık ispatın yeterli sayılacağı belirtilmiştir⁹⁰. Bu çerçevede tanık beyanlarının tutarlılığı, diğer delillerle desteklenmesi ve olgusal bütünlükle uyumlu olması, hâkimin kanaat oluşturmasında belirleyici olmaktadır.

E. Mobbing Davalarında Kullanılabilecek Deliller

Mobbing iddialarının hukuki zeminde değerlendirilebilmesi için, mağdurun iddiasını destekleyen somut ve objektif delillerin ikamesi büyük önem taşımaktadır. Bu yönüyle tanık beyanları, mobbing davalarında önemli bir delil kaynağı olarak öne çıkmaktadır.

Medeni usul hukuku açısından konuyu incelediğimizde, HMK’nın 240’ıncı maddesi tanıklık kurumunu düzenlemekte olup, bu hüküm çerçevesinde tanık deliline başvurulması mümkündür. Ancak mobbingin çoğunlukla uzun süreye yayılan ve kapalı ortamlarda gerçekleşen soyut bir süreç olması nedeniyle, ses kaydı veya yazılı belge gibi maddi delillere ulaşmak her za-

oluşmasına yetecek kadar bir ispatın yeterli olduğu, taraflarca ileri sürülen delillerin sıhhat ve kuvvetinde tereddüt edilmesi halinde işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması gerektiği, mobbing gibi diğer dava türlerine göre ispatı nispeten daha zor olan bir konuda kesin ve mutlak bir ispatın aranmayacağı, bu konuda işçi lehine ispat kolaylığı göstermenin hakkaniyet ve adalete daha uygun olacağı kanaat ve sonucuna varılmıştır” [Yargıtay 22. HD., T. 21.2.2014, E. 2014/2157, K. 2014/3434 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 11.12.2014)].

⁸⁸ **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016, s. 399.

⁸⁹ **Kuru**, s. 297.

⁹⁰ Yargıtay 4. HD., T. 17.10.2019, E. 2019/1136, K. 2019/4695, Yargıtay 22. HD., T. 27.12.2013, E. 2013/693, K. 2013/30811; Yargıtay 22. HD., T. 16.01.2019, E. 2016/3654, K. 2019/1020 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 08.01.2025).

man mümkün olamamaktadır⁹¹. Bu sebeple, tanık beyanları ispat hukukunda önemli bir boşluğu doldurmaktadır. İş arkadaşları, üst veya ast pozisyonundaki çalışanların tanıklığı, mağdurun maruz kaldığı sistematik davranışları doğrulayıcı nitelikte olabilir. Bununla birlikte, işyerindeki hiyerarşik yapı ve iş güvencesine ilişkin kaygılar, tanıkların çekimser kalmasına neden olabildiğinden, bu beyanların güvenilirliği ile tarafsızlığı mahkemelerce titizlikle değerlendirilmelidir.

İdari yargılama usulü açısından incelendiğinde ise yazılı usul ve re'sen araştırma ilkesi geçerli olmakla birlikte, mobbing vakalarında tanık beyanları tamamlayıcı nitelikte delil olarak değerlendirilebilmektedir. Öğretide hâkim görüş, tanık delilinin idari yargı sistemine sınırlı uyum sağladığı yönündedir⁹². Bununla birlikte İYUK'un 1'inci maddesinde düzenlenen "yazılı usul" ile ve 20'nci maddelerinde düzenlenen "re'sen araştırma ilkesi" arasında teorik düzeyde bir gerilim bulunsada uygulamada somut olayın gerekliliğine göre bu ilkeler arasında tercih mümkündür⁹³. Nitekim bazı idari yargı kararlarında, tanık dinlenmesinin hâkimin vicdani kanaatini güçlendirebileceği ve özellikle maddi vakıaların açıklığa kavuşturulmasında işlevsel bir delil aracı olabileceği kabul edilmektedir⁹⁴. İlgili mevzuatta tanıklığa dair açık bir hüküm yer almamakla birlikte, bu durum tanık beyanlarının delil olarak değerlendirilmesini bütünüyle dışlayan bir yaklaşım olarak yorumlanmamalıdır. Özellikle maddi vakıaların açıklığa kavuşturulması amacıyla, tanık beyanlarının yazılı olarak dosyaya sunulması, isabetli ve yerinde bir yöntem olarak kabul değerlendirilebilir.

⁹¹ Tanık delili hususunda ayrıca bkz. **Boz**, Selman Sacit/Çakıcı, Buket/Ardıç, Selin/ Yekebaş, Dilara: Türk İdari Yargılama Hukukunda İspat ve Deliller, (ed.) Selman Sacit Boz, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 171 vd.; **Palabıyık**, s. 238.

⁹² **Tan/Bayazıt**, s. 1151; **Yasin**, s. 40.

⁹³ İYUK'un 3'üncü maddesinde tanık deliline dair açık bir düzenleme bulunmamakta ve Kanun'un 1/2 maddesi gereğince idari yargılamada yazılı yargılama ilkesinin esas alınmaktadır. Bu nedenle, kanunda öngörülen istisnai durumlar dışında tanık deliline başvurulması mümkün değildir. Nitekim *Gözübüyük*'e göre, tanık delili idari yargılamanın niteliğiyle uyumlu değildir (**Gözübüyük**, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 33. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 465) Ancak re'sen araştırma ilkesinin düzenlendiği 20'nci maddeyi, yargılama sırasında tanık delilinin kullanılabilmesi yönünde yorumlamak mümkündür (**Boz/Çakıcı/Ardıç/Yekebaş**, s. 179, 183); *Kaplan*'a göre maddi vakıaların açıklığa kavuşturulması açısından, tanık beyanı oldukça önemlidir (**Kaplan**, Gürsel: "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 13, C. 13, S. 1, s. 7).

⁹⁴ **Yıldırım**, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Kaman**, Nur/**Özdemir**, H. Eyüp/**Üstün**, Gül/**Tekinsoy**, Okay: İdare Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 831; **Yasin**, s. 46.

Bunun dışında e-postalar, mesajlaşmalar, çalışma kayıtları, ses ve görüntü kayıtları, uzman görüşleri ve psikolojik değerlendirmeler mobbing iddialarını destekleyen deliller arasındadır⁹⁵. Özellikle resmî şikâyet dilekçeleri, disiplin tutanakları, iç yazışmalar ve idari soruşturma raporları mobbingin sistematikliğini ve sürekliliğini ortaya koyan önemli belge türleridir⁹⁶.

Sağlık raporları da bu süreçte önemli bir yer tutmaktadır. Psikiyatri uzmanları veya adli tıp uzmanları tarafından düzenlenen bu raporlar, mağdurun maruz kaldığı psikolojik baskının sonucu olarak gelişen depresyon, anksiyete ya da stres bozukluğu gibi ruhsal durumları belgelemekte ve mobbingin kişilik hakları üzerindeki etkilerini ortaya koymaktadır⁹⁷. Bu yönüyle sağlık

⁹⁵ Açı, s. 193; Savaş Kutsal, s. 639; Erkal, s. 275.

⁹⁶ Yasin, s. 105; Birbir Efendioğlu, Didem: “İdari Yargılama Hukukunda İspat Standartı”, İstanbul Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku ABD (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019, s. 98; Boz/Çakıcı/Ardıç/Yekebaş, s. 259; Dalgaldere, s. 166.

⁹⁷ Palabıyık, s. 241-242; “...Davacı, kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken, tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırılarak ‘sen bu işi beceremiyorsun’ gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır. Kişilik hakları çiğnenmiş, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmüştür. Bu davranışlar mahkememizce işçiyi yıldırmaya, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Yine tanık beyanıyla doğrulanan, davacının mesai sonrasında ağlama krizine girmesi, psikolojik tedavi görmesi, rapor alması da bu kanaati kuvvetlendirmektedir.” (Yargıtay 9. HD., T. 30.5.2008, E. 2007/9154, K. 2008/13307); “..İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Bölümünden alınan adli raporda ise, ‘... Ayrıntılı psikiyatrik muayenesinde belirlenen ‘Majör Depresyon’ klinik tanılar ile kişiden alınan tüm öykü ve bilgiler birlikte değerlendirildiğinde; davacının aktarmış olduğu iş yerinde yaşadığını belirttiği ‘psikolojik taciz ve yıldırma davranışları (mobbing) öyküsü ile uyumlu bulunduğu, psikolojik taciz ve yıldırma davranışları uygulandığı bildirilen söz konusu iş yerinin; sosyal çalışmacılar aracılığıyla incelenmesinin ve yaşandığı bildirilen sorunların bu yönü ile de değerlendirilmesinin uygun olacağı, hazırlanacak sosyal inceleme raporu doğrultusunda yeniden konu ile ilgili ek rapor düzenlenebileceği’ yönünde kanaat bildirildiği, taraf tanık beyanlarından ise, işyerinde yapılan toplantılarda kötü örnek olarak sürekli davacının gösterildiği, diğer işyeri çalışanlarının davacı ile ilişkisinin önlenerek yalnızlaştırılmaya çalışıldığı, yine davalı tanığı E.O.’nun beyanından da davacıdan yapılması istenilen sunumun dahi mutfak sandalyesi üzerinde yapması istenilerek küçük düşürücü davranışlara maruz kaldığı, ayrıca davacının kendisine uygulanan baskı için üst idareciler ile görüşmek için girişimlerde bulunup bu durumu yazılı savunmalarında dahi dile getirdiği, bu delil durumuna göre davacının mobbingi ispat ettiği sonucuna varılmıştır...” (Yargıtay 9. HD., T. 21.3.2017, E. 2015/14424, K. 2017/4612); “...Dosya kapsamındaki tanık anlatımları, sağlık raporları ve e-posta içerikleri birlikte değerlendirildiğinde; davacı işçinin hedef alınarak uzun bir süreye yayılan ve sistematik hâl alan psikolojik taciz niteliğindeki davranışlara maruz kaldığı sonucuna varılmaktadır. Davacı işçiye yönelik bu baskıların varlığına ilişkin güçlü olgular karşısında, davalı işveren da-

raporları, doğrudan delil niteliği taşımamakla birlikte, dolaylı delil kapsamında değerlendirilmekte ve ispat sürecine anlamlı katkı sunmaktadır.

Benzer biçimde Avrupa hukuk sistemlerinde de çalışanların psikolojik bütünlüğünün korunması, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde öncelikli hedeflerden biri olarak kabul edilmektedir. Avrupa iş hukukunda, işyerindeki risklerin önlenmesi ile çalışanların fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin korunması, temel ilkeler arasında yer almaktadır. Bu doğrultuda, mobbing mağdurlarının öncelikle iş müfettişliğine başvurarak kurumsal denetim mekanizmalarını harekete geçirmeleri mümkündür. Denetim sürecinin yetersiz kaldığı durumlarda ise iş mahkemelerine ya da vakıanın niteliğine göre ceza mahkemelerine müracaat mümkündür. Yargısal süreçlerde dikkat çeken bir uygulama, şiddet ve taciz vakalarında ispat yükünün mağdur lehine düzenlenmesidir⁹⁸. Bu yaklaşım çerçevesinde, işverenin ya da sorumlu kişinin iddiaların asılsız olduğunu ortaya koyma yükümlülüğü doğmaktadır. Öte yandan, ayrımcılığa dayalı taciz vakalarında mağdurların haklarının derhâl korunması amacıyla ihtiyati tedbir kararlarına başvurulması da iş mahkemeleri tarafından benimsenen bir koruma yöntemidir⁹⁹.

F. Yargı Kararlarında Benimsenen Esaslar

Adli yargı mercileri, mobbing iddialarının değerlendirilmesinde mağdurların ileri sürdüğü vakıaların sistematiklik, süreklilik ve kast unsurlarını içerip içermediğini esas almaktadır. Yargıtay Dokuzuncu ve Yirmi İkinci Hukuk Daireleri, mobbingin hukuken tanınmış ve içtihatlarla yerleşmiş bir kavram olduğunu kabul etmekle birlikte, farklı uyumsuzluklarda değişen ispat ölçütleri benimsemişlerdir.

Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin incelediği bir davada, yerel mahkeme; davacının raporlu olduğu dönemde dahi baskıya maruz kalması, yoğun iş yükü ve yüksek sesle azarlanması gibi unsurları birlikte değerlendirerek bu fiilleri mobbing kapsamında değerlendirmiştir. Tanık beyanları, e-posta içerikleri ve iş göremezlik raporunu dikkate alınarak, davacının işini bırakma noktasına geldiği sonucuna varılmıştır. Ancak Yargıtay, her ne kadar mobbingin çağdaş hukuk sistemlerinde tanınmış bir kavram olduğunu

vacıya psikolojik baskı uygulanmadığını ispat edememiştir... [Yargıtay 9. HD., T. 15.12.2021, E. 2021/12218, K. 2021/16601 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 09.04.2025)].

⁹⁸ **van der Plancke**, Véronique: "Psychosocial Risks and Belgian Labour Law: An Emphasis on Harassment", (ed.) Loïc Lerouge, *Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law*, Springer, 2022, p. 138.

⁹⁹ *Ibid.*

vurgulasa da somut olayda süreklilik ve sistematiklik unsurlarının tam olarak gerçekleşmediği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁰⁰.

Yargıtay Dokuzuncu Dairesi'nin başka bir kararında ise, davacı vekili-nin "...mobbing iddialarının yaklaşık olarak dahi ispatının yeterli sayılma-sl..." yönündeki savunması değerlendirmiş; ancak Daire, iddiaların açık, somut ve delillere dayalı biçimde ispat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁰¹. Bu karar tanık beyanlarının objektifliği sunulan delillerin nitelik ve içeriği-nin, karar sürecinde belirleyici unsur olarak kabul edildiğini göstermektedir. Ayrıca, Yargıtay'ın bazı durumlarda ispat eşiğini yükselttiğini de ortaya koymaktadır.

Buna karşılık Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi ilgili kararda daha esnek bir yaklaşım benimsemiştir. Daire mobbing iddialarında şüpheden uzak delillerin aranmasının gerekli olmadığını; kişilik haklarına yönelen haksız fiillerin ağır sonuç doğurması gerekmeden, kuşku uyandıran olguların dahi yeterli kabul edilebileceğini belirtmiştir. Ayrıca, bu tür davalarda ispat yükünün işverene geçtiğini ve mobbingin gerçekleşmediğini ortaya koyma yükümlülüğünün işverene ait olduğunu açıkça ifade etmiştir¹⁰². Bu yaklaşım,

¹⁰⁰ Yargıtay 9. HD., T. 17.02.2020, E. 2016/12989, K. 2020/2304 (<https://legalbank.net/arama>, Erişim Tarihi: 09.04.2025).

¹⁰¹ Yargıtay 9. HD., T. 2.10.2023, E. 2023/15976, K. 2023/13513 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 09.04.2025).

¹⁰² "2- Davalı işyeri çalışanlarından Ş. Ç. Ü.'nün davacıya sinirli tavırlar gösterip elinde bulunan kâğıtları ve zarfı davacının masasına ve üzerine fırlattığı, bir süre sonra söz konusu belgeleri geri alıp sinirli tavırlar sergiledikten sonra tekrar masaya fırlattığı, davacının yere düşen belgeleri topladığı, davacının bireysel pazarlama yetkilisi olarak çalıştığı sırada cari hesaplar yetkilisi olan G. B. Ç.'in davacının yerine görevlendirildiği, davacının bu görev değişikliği nedeniyle mağdur olduğu düşüncesine kapıldığı ve hastalandığı, davacının bankacılık işlemleri konusunda kurallara uygun hareket etmek istediği, bu nedenle amirleri ile sorunlar yaşadığı, uyarı, itham ve kırıcı üsluplarla baskılara maruz kaldığı, banka müdürü tarafından sorun çıkaran, uyumsuz, sevilmeyen ve kavgacı biri olarak suçlandığı, süreç içinde davacıya yönelik bu ve benzeri olumsuz davranışların tekrarlandığı, bir başka personelin yapması gereken işlerin sık sık davacıya verildiği, banka müdürü tarafından cumartesi günleri mesai yaptırıldığı, işyerinde düzenli bir çalışma şeklinin olmadığı, davacıyla aynı pozisyonda olan diğer çalışanlara anahtar ve şifreler verildiği halde davacıya verilmediği, davacının stresli çalışma ortamında bulunmanın da etkisiyle sindirim sistemi rahatsızlığı çektiği, banka şubesinin yapılan iç denetimde düşük performans gösterdiğinin belirlendiği, davacının işyeri içindeki diğer çalışanlardan soyutlandığı, son dört ay içinde yirmişer günlük raporları aldığı, son bir yıl içinde peş peşe disiplin soruşturmaları geçirerek kendisinden savunmalar istendiği, şube içi elektronik posta ile yapılan yazışmalarda "densiz" denilmek suretiyle hakarete maruz kaldığı, yapılan yazışmalarda nezaket sınırlarının aşıldığı, davacının yaşamış olduğu olumsuzlukları işyerindeki amirine ilettiği halde sorunlara çözüm getirilmediği ve kendisinde kusur bulunduğu, yaşanan olumsuzluklar sonunda

işçinin iş ilişkisi içindeki zayıf konumunu gözeten bir tutumla, yaklaşık ispat ve ilk görünüşte ispat ilkelerinin kabul edildiğini göstermektedir¹⁰³. Nitekim “ilk görünüş ispatı” kavramı da esasen ispat ölçüsünün düşürülmesinin öğretilerdeki teorik ifadesidir¹⁰⁴.

İdari yargı mercileri ise mobbingin varlığını, idarenin kamu görevlisine yönelik sistematik, ölçsüz ve haksız uygulamaları temelinde değerlendirmektedir. Danıştay İkinci Dairesi, bir öğretmenin aynı gün içerisinde birden fazla okulda görevlendirilmesi ve ders programının çakıştırılması gibi uygulamaların, öğretmenin psikolojik sağlığı ve motivasyonu üzerinde olumsuz etki yarattığına kanaat getirerek idareyi manevi tazminata mahkûm etmiştir¹⁰⁵. Benzer şekilde Aydın Birinci İdare Mahkemesi, bir öğretim görevlisinin maruz kaldığı sistematik dışlama, ders yükü azaltımı ve görev yeri değişimi gibi uygulamaların psikolojik baskı oluşturduğunu kabul etmiştir. Tanık beyanları ve yazılı deliller ışığında davacının kişilik haklarının zedelendiğine hükmederek davalı idareyi tazminata mahkûm etmiştir¹⁰⁶. Bu karar, mobbingin ispatı açısından tanık beyanları ve yazılı belgelerin önemini göstermektedir.

İdari yargı, mobbing iddialarının değerlendirilmesinde özellikle kamu görevlileri arasındaki hiyerarşik ilişkinin kötüye kullanılması, idarenin pasif tutumu ve tanık beyanlarını dikkate almaktadır. Mobbingin varlığı için ise

anksiyete bozukluğu çektiği ve sağlık sorunlarıyla uğraştığı, bir yıllık maaş artışının yalnızca 1,96 olarak öngörüldüğü; davacının işyerinde yaşadıklarını “Olaylar” başlığı altında kaleme aldığı, söz konusu yazıda tutarlılık, samimiyet ve iddia edilen hususlarla bir bütünlük görüldüğü, bu hususların mobbing teşkil ettiği tüm dosya içeriğinden anlaşılmaktadır” [Yargıtay 22. HD., T. 27.12.2013, E. 2013/693 K. 2013/30811 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 20.12.2024)].

¹⁰³ Yargıtay 9. HD., T. 17.02.2020, E. 2016/12989, K. 2020/2304; Yargıtay 9. HD., T. 15.12.2020, E. 2016/36185, K. 2020/18583; Yargıtay HGK., E. 2016/1208, K. 2020/590, T. 15.09.2020 (<https://legalbank.net/arama>, Erişim Tarihi: 09.04.2025); **Uyaroglu**, Osman: “Türk Borçlar Kanunu Madde 417 Bağlamında İşçinin Kişiliğinin Korunması”, TAAD, S. 54, Nisan 2023, s. 326.

¹⁰⁴ **Albayrak**, s. 948-949; **Taşkın**, s. 415, **Sevinç Yaman**, s. 158.

¹⁰⁵ Danıştay 2. D., T. 5.10.2017, E. 2015/6046, K. 2017/6537 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 09.01.2025).

¹⁰⁶ Bu davada, Adnan Menderes Üniversitesi Aydın Meslek Yüksek Okulu’nda öğretim görevlisi olarak çalışan davacı ders yükünün azaltıldığını, izin kullanımında zorluklarla karşılaştığını, adının “okulda konuşulmayacaklar” listesinde yer aldığını, görev yerinin değiştirildiğini ve bu durumların hem iş hem gündelik yaşamını olumsuz etkilediğini öne sürmüştür. Psikolojik olarak ciddi sıkıntılar yaşadığını belirten davacı, kişilik haklarının zarar gördüğünü iddia ederek manevi tazminat talebinde bulunmuştur [Aydın 1. İdare Mahkemesi, T. 1.7.2014, E. 2013/941 K. 2014/690 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 09.01.2025)].

belirli bir ispat standardının karşılanması aramaktadır. Nitekim bir üniversite öğretim üyesinin, doçentlik başvurusu sürecinde bölüm başkanı ve diğer öğretim üyeleri tarafından dışlandığı iddialarına ilişkin davada, tanık ifadeleri ve çok sayıda başvuruya rağmen işlem yapılmamış olması birlikte değerlendirilerek hizmet kusuru bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ancak kararın *karşı oy* gerekçesinde, yalnızca tanık beyanları ve şikâyet dilekçelerinin varlığı mobbingin için yeterli görülmemiştir¹⁰⁷. Bu yaklaşım, idari yargının delil serbestisi ilkesine rağmen, özellikle mobbing davalarında ihtiyatlı bir yaklaşım benimsediğini göstermektedir.

İlgili konu Anayasa Mahkemesi perspektifinden ele alındığında, *Hüdayi Ercoşkun* başvurusunda başvurusunun akademik görevinden uzaklaştırılması, kendisine uygun bir çalışma ortamının sağlanmaması ve psikolojik baskıya maruz bırakıldığı yönündeki iddialar incelenmiştir¹⁰⁸. Mahkeme, mobbing iddialarının hukuken geçerli kabul edilebilmesi için ikna edici delil ve açıklamaların sunulması gerektiğini vurgulamış; bu şartın sağlanması hâlinde ispat yükünün idareye geçeceğini belirtmiştir¹⁰⁹. Böylece Mahkeme, “şüpheden uzak kesin delil” aranmaksızın “kuşku uyandıran olguların ileri sürülmesini” yeterli kabul ederek yaklaşık ispat ilkesine dayalı bir de-

¹⁰⁷ Danıştay 8. D., T. 20.4.2022, E. 2018/5292, K. 2022/2874 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 11.04.2025).

¹⁰⁸ “Başvurucu; akademik olarak kendisinden yararlanılmadığını, kendisine oda ve büro malzemesi temin edilmediğini, sekiz metrekaare büyüklüğündeki penceresiz bir odanın kendisine tahsis edildiğini ve ancak 2008 yılında bilgisayar verildiğini, odasına isimlik yaptırılmadığını, tarafına ders görevi verilmediğini; görevlendirme, proje ve ücretsiz izin taleplerinin kabul edilmediğini, Bölüm Başkanı tarafından Üniversitede istenmediği ve kendisine kadro verilmeyeceği yönünde beyanlarda bulunulduğunu, uğradığı hakaretler nedeniyle başka kurumlara naklen atama girişimlerinde bulunduğunu, sağlık izni il dışında geçirmesinin uygun bulunmamasına rağmen buna aykırı davrandığı isna-diyla hakkında açılan soruşturma sonucunda muhakkik tarafından soruşturma açılmasına mahal olmadığı kararı verilmesine rağmen aynı konuda sık sık yazı yazıldığını, laboratuvarında çalışmasının engellendiğini, Bölüm Başkanlığı tarafından yıllık izin ve sağlık işlemleri için gerekli olan sevk belgelerinin verilmediğini, bu nedenle Dekanlık ve Makine Mühendisliği Bölüm Sekreterliğinden sevk evrakı aldığını, 21-23/5/2009 tarihlerinde düzenlenen Süt ve Süt Ürünleri Sempozyumu hazırlık çalışmalarında emek vermesine rağmen sempozyum düzenleme kurulu üyeliğinden çıkarıldığını, idarenin uyguladığı psikolojik şiddet, yıldırma ve bezdirme neticesinde akademisyenlik görevinden ayrılmak zorunda bırakıldığını...” iddia etmiştir. Ancak başvuru hakkındaki bazı iddiaların aksini somut kanıta dayalı olarak ispat edememiş, iddialar soyut nitelikte kalmıştır (AYM, *Hüdayi Ercoşkun Başvurusu*, B. No: 2013/6235, 10.3.2016, §§ 59, 96 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.11.2024)).

¹⁰⁹ AYM, *Hüdayi Ercoşkun Başvurusu*, § 73.

ğerlendirme yapmıştır. Bu yaklaşım çerçevesinde idarenin yükümlülüğü, mobbing uygulamadığını somut biçimde ortaya koymaktır¹¹⁰.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında yalnızca ispat yükü sorununa değil, aynı zamanda devletin pozitif yükümlülüklerine de dikkat çekmektedir. Nitekim *Zülküf Kılıç* başvurusunda Mahkeme, kamu otorite-lerinin mobbing vakıalarını tespitle yetinmemesi; mağduriyeti gidermek ve benzer durumların tekrarını önlemek amacıyla etkili ve önleyici tedbirler alma yükümlülüğünü bulunduğunu ifade etmiştir. Ayrıca mobbing iddiaları-ının ivedilikle açıklığa kavuşturulmasının hem bireysel hakların korunması hem de kamu hizmetine duyulan güvenin devamı açısından zorunlu olduğu vurgulanmıştır¹¹¹.

Genel olarak yargı kararları incelendiğinde, mobbing davalarında sis-tematiklik, süreklilik, kasıt ve psikolojik etki unsurlarının belirleyici ölçütler olarak benimsendiği görülmektedir. Bununla birlikte, farklı yargı mercileri arasında ispat yükü, delil değerlendirme yöntemleri ve koruma standartları bakımından yeknesak bir uygulamadan söz etmek zordur. Yargıtay, genellik-le yaklaşık ispat ve dolaylı delillerin kabulüne dayanan daha esnek bir yakla-şım benimserken; Danıştay, değerlendirmelerini çoğunlukla hizmet kusuru sorumluluğu çerçevesinde yürütmektedir. Anayasa Mahkemesi ise devletin pozitif yükümlülükleri ile bireylerin etkili başvuru hakkı üzerinde durmakta ve bu doğrultuda idarenin somut ve etkin eylemde bulunmasını gerekli gör-mektedir.

Öte yandan, mobbingin varlığı için belirli bir sistematik yapı ve sürekli-lik aranıyor olmakla birlikte, iş yerinde yaşanan her türlü çatışma veya geri-lim mobbing kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira sağlıklı bir çalışma ortamında zaman zaman ortaya çıkabilecek fikir ayrılıkları, iletişim sorunları ya da duygusal gerilimler, tek başına mobbingin varlığına karine teşkil et-meyecektir¹¹². Bu nedenle her somut olay, kendi bağlamı içerisinde, dikkatli ve çok yönlü bir delil değerlendirmesiyle ele alınmalıdır.

¹¹⁰ AYM, *Hüdayi Ercoşkun Başvurusu*, § 74.

¹¹¹ AYM, *Zülküf Kılıç Başvurusu*, B. No: 2018/27032, 14.9.2022, § 38.

¹¹² **Tınaz**, s. 40; *Leymann*'a göre çatışma ve mobbingi birbirinden ayıran, olayların “ne-nasıl olduğu” değil, olayların sıklığı, süresi ve bunun sonucunda oluşan psikolojik, psi-kosomatik, patolojik olgulardır [**Aytekin**, Şeyda: “Alman Mahkeme Kararları Işığında Mobbing Uygulamalarına İlişkin Bir İnceleme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2006/IV, s. 240, <https://sicil.mess.org.tr/Media/Uploads/sicil04-237-242.pdf> (Erişim Tarihi: 10.11.2024)].

SONUÇ

Mobbing, çalışanların psikolojik bütünlüğünü, onurunu ve mesleki varlığını hedef alan, iş sağlığı ve güvenliği ilkeleriyle doğrudan ilişkili olan hem bireysel hem de kurumsal düzeyde ciddi sonuçlar doğuran bir hukuki sorundur. Türkiye’de bu alanda Borçlar Kanunu, İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu başta olmak üzere mevzuatta yer alan düzenlemeler mobbingin önlenmesine dair hükümler içerse de özellikle ispat yükünün paylaşımı ve delil değerlendirme yöntemleri bakımından uygulamada belirsizlikler ve çelişkiler devam etmektedir. Yargıtay ve Danıştay kararlarında gözlemlenen farklılıklar, mobbing iddialarında kesin delil aranmasının mağdurlar açısından ciddi hukuki dezavantajlar yarattığını ortaya koymaktadır.

Çalışma hayatında güç asimetrisi dikkate alındığında, mobbing iddialarında mağdur lehine ispat kolaylığı sağlanmasının gerekliliği açıktır. Bu doğrultuda, 4857 sayılı İş Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu başta olmak üzere, çalışma hukukuna ilişkin temel düzenlemelere mobbingin tanımı ve unsurlarını açık biçimde ortaya koyan hükümler eklenmeli, ayrıca mağdur lehine özel ispat rejimlerine yer verilmelidir. “Yaklaşık ispat”, “ilk görünüş ispatı” ve “fiilî karine” esaslarına dayanan ispat yaklaşımlarının mevzuat düzeyinde açıkça tanımlanarak güvence altına alınması, yargılama süreçlerinde hukuki öngörülebilirlik ve adaletin sağlanmasına katkı sunacaktır.

Mobbing davalarında tanık ifadeleri, e-posta kayıtları, görev değişiklikleri, yazılı belgeler ve sağlık raporları gibi dolaylı ispat araçları, ispat sürecinde önemli rol oynamaktadır. Ancak bu süreçte en sık başvurulacak delil türü olan tanık beyanlarının, iş yerindeki hiyerarşi ve güvencesizlik nedeniyle çoğu zaman sağlanamaması, mağdurun delil sunma imkânını ciddi biçimde sınırlamaktadır. Özellikle idari yargıda tanık beyanlarına temkinli yaklaşılması, delil değerlendirme süreçlerinde mağdur lehine yorum ilkesinin daha etkin ve kararlı biçimde benimsenmesini zorunlu kılmaktadır. Zira uygulamada, ispat edilemediği gerekçesiyle reddedilen çok sayıda mobbing davası bulunmaktadır.

Mobbinge mücadeleyle dair bahsettiğimiz yapısal sorunlar, yalnızca bireysel başvurularla sınırlı kalmamalı; kurumsal ve kamusal düzeyde alınacak önlemlerle süreç desteklenmelidir. Bu kapsamda kamu kurumlarında ve özel sektörde mobbing şikâyetlerinin değerlendirilmesine yönelik bağımsız iç denetim, izleme ve danışmanlık birimlerinin oluşturulması, kurumsal farkındalığın gelişmesine katkı sağlayacaktır. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) ve Kamu Denetçiliği Kurumu’nun (KDK) başvuru yolla-

rının güçlendirilmeli ve gerekli hâllerde idari yaptırım mekanizmaları etkinleştirilmelidir. Ayrıca işverenlerin düzenli eğitimler yoluyla çalışanlarını bilinçlendirmesi ve toplu iş sözleşmelerine mobbingi önleyici hükümlerin dâhil edilmesi, iş yeri güvenliğini sağlama yükümlülüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir.

Bu noktada, Türkiye'de mobbingin daha etkin biçimde denetlenebilmesi için hem yasal altyapının güçlendirilmesi hem de yargı kararlarında tutarlılık ve öngörülebilirlik ilkelerinin tesis edilmesi büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte, belirli bir ciddiyet düzeyine ulaşmayan ya da kişisel ihtisarla şekillenmiş iddialar karşısında daha dikkatli ve ölçülü bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira her birey, çalışma hayatının belirli bir döneminde ayrımcılık veya mobbing riskiyle karşı karşıya kalabilmektedir.

Öte yandan, bireysel başvurular ve mağdur beyanları, mobbing olgusunun yalnızca normatif düzenlemelerle sınırlı kalmadığını, aynı zamanda insan deneyimi ve adalet algısıyla yakından ilişkili olduğunu göstermektedir. Mağdurların yaşadığı tecrübeler, mobbingin sadece bireysel bir sorun değil aynı zamanda toplumsal bir adalet meselesi olduğunu da açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim bir mağdurun şu sözleri, mobbingin özsaygı ve kişilik haklarıyla doğrudan ilişkili bir problem olduğunu çarpıcı biçimde yansıtmaktadır:

“Tabii ki çekip gidebilirdim. Bu haksızlığı ortada bırakıp bütün o suçlamaları kafamda taşıyıp kendi kendime ezmek için gitmedim. Çünkü mobbinge uğrayınca bir süre sonra siz de kendinizin hatalı ve eksik olduğunu düşünmeye başlıyorsunuz. Kendime bir kez daha haksızlık yapmaya izin vermek istemedim o yüzden hala çalışırken bu davayı açtım”¹¹³.

Bu tür tanıklıklar, mobbingin yalnızca bir dava süreci değil aynı zamanda insan onurunun, bireysel hakların ve adalet duygusunun korunması mücadelesi olduğunu gözler önüne sermektedir. Türkiye’de ispat standartlarının netleştirilmesi, tanık beyanlarının delil değeri açısından güçlendirilmesi ve delil sunma yükünün adil biçimde yeniden yapılandırılması, hukuk sisteminin adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle daha uyumlu bir işleyişe kavuşmasını sağlayacaktır.

¹¹³ İlgili mektup, mobbing mağdurunun yargıya başvurusuyla Türkiye’de ilk kez “mobbing” kavramının hukuki olarak değerlendirilmesine katkı sağladığı süreci ve bu süreçteki deneyimlerini içermektedir [Ayrıca bkz. **Tınaz**, s. 236; Ankara 8. İş Mahkemesi, T. 20.12.2006, E. 2006/19, K. 2006/625, (<https://mobbing.org.tr/mobbing-mahkeme-kararlari/>, Erişim Tarihi: 02.02.2025)].

KAYNAKÇA

- Açan**, Selami: “Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz), 1. Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştayı Bildiriler Kitabı, (der.) İsmail Akgün, Özyurt, Ankara 2013, s. 191-194.
- Akyürek**, Güçlü: “France Telecom Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing) Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, 2022, s. 97-122.
- Albayrak**, Hakan: “Medeni Usul Hukukunda İspat Kolaylığı Kavramı”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 4, S. 2, (Ekim 2024), s. 933-976.
- Arnautovic**, İvan: “Theoretical aspects in the defining of mobbing (or bullying)”, *Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe*, 2013, Vol. 16, No. 2, The role of the state in the economy (2013), pp. 193-204, <https://www.jstor.org/stable/43293517>.
- Aytekin**, Şeyda: “Alman Mahkeme Kararları Işığında Mobbing Uygulamalarına İlişkin Bir İnceleme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2006/IV, s. 237-242, <https://sicil.mess.org.tr/Media/Uploads/sicil04-237-242.pdf>
- Bilge**, Selahattin Samet: “Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, s. 1245-1290.
- Bilgili**, Abbas: *İş Hukuku Açısından Mobbing (Psikolojik Taciz)*, 2. Baskı, Karahan, Adana 2012.
- Birbir Efendioğlu**, Didem: “İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı”, *İstanbul Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku ABD (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)* İstanbul 2019.
- Boz**, Selman Sacit/**Çakıcı**, Buket/**Ardıç**, Selin/**Yekebaş**, Dilara: *Türk İdari Yargılama Hukukunda İspat ve Deliller*, (ed.) Selman Sacit Boz, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Büyükkılıç**, Gül: “İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi”, *İSGHD*, C. 9, S. 33, 2012, *Legal*, s. 71-160.
- Centel**, Tankut: “Hukuki Boyutlarıyla Mobbing”, 1. Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştayı Bildiriler Kitabı, (der.) İsmail Akgün, Özyurt, Ankara 2013, s. 49-59.
- Çaptuğ Dilek**, Mehpare: “İş Yerinde Psikolojik Tacize Maruz Kalan Kamu Personelinin İzleyebileceği Hukuki Başvuru Yolları”, *Yıldırım Beyazıt*

- Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısında Teşekkür Armağanı, S. 2022/2, s. 359-396.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Canbolat/Özkaraca, Ercüment:** İş Hukuku Dersleri, 35. B., Beta Yayınları, İstanbul 2022.
- Çil, Şahin:** “6100 sayılı HMK’ya göre İş Yargısında İspat Yüku ve Deliller”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 2, 2014, s. 87-102.
- Dalgaldere, Ayşegül:** Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Davenport, Noa Zanolli/Schwartz, Ruth Distler/Elliott, Gail Pursell:** Mobbing - An Emotional Abuse in the American Workplace, Civil Society Publishing, 1999.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan:** “Kişilik Hakkı İhlâlinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 113-146.
- Einarsen, Ståle Valvatne/Hoel, Helge/Zapf, Dieter/Cooper, Sir Cary L.:** Bullying and Harassment in the Workplace, 3rd Edition, CRC Press, 2020.
- Ekin, Ali:** İşçi Onurunun Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Erkal, Atila:** İdare Hukukunda Mobbing, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Ertan, Emre:** “İşyerinde Psikolojik Taciz”, 1. Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştayı Bildiriler Kitabı, (der.) İsmail Akgün, Özyurt, Ankara 2013, s. 203-206.
- Göymen, Yusuf/Şöhret, Mesut:** “Mobbing Olgusu: Türk Hukuk Sistemi ve Dünyadaki Yeri”, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, V. 4, S. 2, 2020, s. 1-14.
- Gözübüyük, A. Şeref:** Yönetmelik Yargı, 33. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Güven, Rana:** “İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden ‘Bezdiri’ ”, 1. Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştayı Bildiriler Kitabı, (der.) İsmail Akgün, Özyurt, Ankara 2013, s. 223-239.
- Kaplan, Gürsel:** “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 13, C. 13, S. 1, s. 33-46.
- Kaplan, Gürsel:** İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2020.

- Kurt, Resul:** “Mobbing ve Yeni Borçlar Kanunu”, 1. Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştayı Bildiriler Kitabı, (der.) İsmail Akgün, Özyurt, Ankara 2013, s. 231-243.
- Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. B., Yetkin, Ankara 2018.
- Laviolette, Sandrine:** “Violence, Bullying and Management: How Do Courts Address Psychosocial Risk at Work?”, (ed.) Loïc Lerouge, Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law, Springer, 2022, p. 179-196.
- Leymann, Heinz:** “The Content and Development of Mobbing at Work,” European Journal of Work and Organizational Psychology 5, no. 2, 1996, p. 166-184.
- Leymann, Heinz:** Mobbing, Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann, Reinbek 1993.
- Lippel, Katherine/Vezina, Michel/Bourbonnais, Renée/Funes, Amélie:** “Workplace psychological harassment: Gendered exposures and implications for policy”, International Journal of Law and Psychiatry 46 (2016), Elsevier, p. 74-87.
- Lokmanoğlu, Salim Yunus:** İşyerinde Psikolojik Taciz -Mobbing-, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Minibaş Poussard, Lale/İdiğ Çamuroğlu, Meltem:** Psikolojik Taciz İş Yaşamında Gerilim, Akılçelen, Ankara 2015.
- Okan İbiloğlu, Aslıhan:** “Farklı Yönleriyle Mobbing (Psikolojik Şiddet)”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, C. 12, S. 3, 2020, s. 330-341.
- Okur, Zeki:** “İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, C. 74, Haziran (Haziran 2016), s. 587-600.
- Özcan, Durmuş:** İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, Adalet, Ankara 2013.
- Özkul, Burcu/Çarıkçı, İlker H.:** “Mobbing ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, s. 481-499.
- Pala Kavalcı, Melike:** “Kamu Görevlilerinin Mobbing Davranışlarının İdari Eylem Niteliği”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S. 1, s. 241-263.
- Palabıyık, Buğra:** Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016.
- Savaş Kutsal, Burcu:** “Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, C. 74, Haziran 2016, s. 617-643.
- Scandella, Fabienne:** “How France Télécom broke the law”, [https://www.etui.org/sites/default/files/3-Unions-Hesamag_21_EN_WEB.pdf].
- Serozan, Rona:** “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14, 1977, s. 93-112.
- Sevimli, K. Ahmet:** “Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, C.1, S. 36, 2013, s. 107-148.
- Sevinç Yaman, Pınar:** İş Hukukunda Mobbing, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Süzek, Sarper:** İş Hukuku, 5. B., Beta, İstanbul 2009.
- Şakar, Müjdat:** Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 4. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2009.
- Tan, Turgut/Bayazıt Bahar:** İdare Hukuku, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.
- Taşkın, Ahmet:** “Mobbing Davalarında İspat Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 2, Y. 2016, s. 391-437.
- Tekin Epik, Meryem:** “Psikososyal Bir Risk Olarak İşyeri İntiharı”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C. 12, S. 2, 2020, s. 175-197.
- Tekin, Abdullah Harun:** Anayasa Mahkemesi ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararlarında Mobbing, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- Tınaz, Pınar:** İşyerinde Psikolojik Şiddet (Mobbing), 3. Baskı, Beta, İstanbul 2011.
- Tunçer, Polat:** “Mobbing ve İş Hukuku”, Akademik Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6, S. 39; Ağustos 2019, s. 81-98.
- Tunçomağ, Kenan:** İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul 1988.
- Uyaroğlu, Osman:** “Türk Borçlar Kanunu Madde 417 Bağlamında İşçinin Kişiliğinin Korunması”, TAAD, S. 54, Nisan 2023, s. 315-338.

- van der Plancke**, Véronique: “Psychosocial Risks and Belgian Labour Law: An Emphasis on Harassment”, (ed.) Loïc Lerouge, Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law, Springer, 2022, p. 123-139.
- Velázquez**, Manuel: “Comparative Study of the Psychosocial Risks Prevention Enforcement by the European Labour Inspectorates”, (ed.) Loïc Lerouge, Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law, Springer, p. 31-53.
- Wardetzki**, Bärbel: İşyerinde İncinme, İletişim, İstanbul 2022.
- Yaman**, Erkan: Yönetim Psikolojisi Açısından İşyerinde Psikoşiddet - Mobbing-, Nobel, Ankara 2009.
- Yasin**, Melikşah: İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Yıldırım**, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Kaman**, Nur/**Özdemir**, H. Eyüp/**Üstün**, Gül/**Tekinsoy**, Okay: İdare Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Yüçetürk**, E. Elif/**Öke**, M. Kemal: “Mobbing and bullying: legal aspects related to workplace bullying in Turkey”, South East Europe Review, p. 61-70.
- “Framework Agreement on Harassment and Violence at Work”, Brussels, 26/04/2007.
- İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, (yay. haz.) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü İstihdam Politikaları Daire Başkanlığı, No. 69, 4. B., Ankara 2017, <https://www.csgeb.gov.tr/media/1328/i%C5%9Fyerlerinde-psikolojik-taciz-mobbing-bilgilendirme-rehberi-2017.pdf>
- “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi”, 2025/3 Sayılı Genelge, R.G. 06.03.2025 - 32833.
- “Workplace bullying, harassment and cyberbullying: Are regulations and policies fit for purpose”, Eurofound, 25.09.2024.
- International Labour Organization (ILO), “Violence and Harassment Convention”, (No. 190), Geneva, 2019.
- Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work
- Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation

- European Social Charter (Revised), 1996, European Treaty.
- AYM, *Aynur Özdemir ve Diğerleri*, B. No: 2013/2453, 24.3.2016.
- AYM, *Hacer Kahraman*, B. No: 2013/7935, 20.4.2016.
- AYM, *Hüdayi Ercoşkun Başvurusu*, B. No: 2013/6235, 10.3.2016.
- AYM, *Zülküf Kılıç Başvurusu*, B. No: 2018/27032, 14.9.2022.
- Aydın 1. İdare Mahkemesi, E. 2013/941 K. 2014/690, T. 1.7.2014.
- Danıştay 2. D., E. 2015/6046, K. 2017/6537, T. 5.10.2017.
- Danıştay 2. D., E. 2020/516 K. 2020/3123, T. 22.10.2020.
- Danıştay 5. D., E. 2016/24415, K. 2020/5256, T. 18.11.2020.
- Danıştay 8. D., E. 2018/5292, K. 2022/2874, T. 20.4.2022.
- Yargıtay 4. HD., E. 2019/1136, K. 2019/4695, T. 17.10.2019.
- Yargıtay 9. HD., E. 2007/9154, K. 2008/13307, T. 30.5.2008.
- Yargıtay 9. HD., E. 2009/115, K. 2009/24348, T. 12.10.2009.
- Yargıtay 9. HD., E. 2010/10905, K. 2010/7511, T. 22.3.2010.
- Yargıtay 9. HD., E. 2009/19775, K. 2011/45510, T. 24.22.2011.
- Yargıtay 9. HD., E. 2015/14424, K. 2017/4612, T. 21.3.2017.
- Yargıtay 9. HD., E. 2016/12989, K. 2020/2304, T. 17.02.2020.
- Yargıtay 9. HD., E. 2016/36185, K. 2020/18583. T. 15.12.2020.
- Yargıtay 9. HD., E. 2017/17931, K. 2020/14104, T. 02.11.2020.
- Yargıtay 9. HD., E. 2021/12218, K. 2021/16601, T. 15.12.2021.
- Yargıtay 9. HD., E. 2023/15976, K. 2023/13513, T. 2.10.2023.
- Yargıtay 22. HD., E. 2013/693, K. 2013/30811, T. 27.12.2013.
- Yargıtay 22 HD., E. 2014/2157, K. 2014/3434, T. 21.2.2014.
- Yargıtay 22. HD., E. 2016/3654, K. 2019/1020, T. 16.01.2019.
- Yargıtay 22. HD, E. 2016/6932, K. 2017/31060, T. 28.12.2017.
- Yargıtay 22. HD., E. 2016/28981 K. 2020/2087, T.10.02.2020.
- Yargıtay 22 HD., E.2017/42766, K.2020/5460, T. 02.06.2020.
- Yargıtay HGK., E. 2012/9-1925, K. 2013/1407, T. 25.9.2013.
- Yargıtay HGK., E. 2015/9-461, K. 2017/127, T. 25.01.2017.
- Yargıtay HGK., E. 2016/1208, K. 2020/590, T. 15.09.2020.
- Yargıtay HGK., E. 2017/3017, K. 2018/99, T. 24.01.2018.
- LAG Schleswig-Holstein, 19.03.2002, 3 Sa 001/02.
- LAG Berlin, 15.7.2004, 16 Sa 2280/03.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), 2023/913 Sayılı Karar, 28.11.2023.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) 2023 Yılı Faaliyet Raporu, <https://www.tihek.gov.tr/kategori/pages/Faaliyet-Raporlari>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

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

<https://legalbank.net/arama>

<https://www.csgeb.gov.tr/media/1328/i%C5%9Fyerlerinde-psikolojik-taciz-mobbing-bilgilendirme-rehberi-2017.pdf>,

<https://dejure.org/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000021270312/>

<https://www.leymann.se/English/frame.html>

<https://www.leymann.se/English/11130E.HTM>

<https://mobbing.org.tr/wp-content/uploads/2023-MOBBING-RAPORU-02022024-1-2.pdf>

<https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2024/workplace-bullying-harassment-and-cyberbullying-are-regulations-and-policies-fit>

<https://www.etuc.org/en/framework-agreement-harassment-and-violence-work>

<https://mobbing.org.tr/mobbing-mahkeme-kararlari/>

<https://www.senat.fr/dossier-legislatif/s95960391.html>.

<https://www.humanite.fr/social-et-economie/didier-lombard/suicides-a-france-telecom-le-harcelement-moral-institutionnel-definitivement-reconnu-par-la-justice>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31989L0391>

[https://eur-](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:html)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:html](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:html)

https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

<https://rm.coe.int/168007cf93>

www.tihek.gov.tr

<https://translate.google.com>

UYUMLU EYLEMLERDEN KAYNAKLI TAZMİNAT DAVALARINDA İSPAT VE DELİLLERİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1616184>

Av. Tuğba TATLI*

Öz

Bu çalışmada ilk olarak rekabet hukukunun karmaşık konularından biri olan uyumlu eylem kavramının ne olduğu, uyumlu eylemlerden kaynaklanan tazminat davaları, tazminat davalarının Rekabet Kurulu'nun ihlal kararları ile olan ilişkisi, bu bakımdan Kurul kararının bekletici mesele yapılıp yapılamayacağı doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında incelenecektir. Sonra uyumlu eylemlerden kaynaklanan tazminat davalarında Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun 59. maddesi tarafından getirilen "uyumlu eylem karinesi" incelenecektir. İspat yükünün hangi tarafta olduğu, ispat yükünün yer değiştirip değiştiremeyeceği irdelenecektir. Çalışmanın devamında ispat türleri ve ispat ölçüsü bakımından özellik gösteren durumlar örneklerle ele alınacaktır. Son olarak ise Rekabet Kurulu kararlarının tazminat davalarında delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve deliller bakımından özellik gösteren diğer meseleler incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Uyumlu Eylem, Tazminat, İspat, İspat Yükü, Karine, Delil

* Avukat, İzmir Barosu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İzmir (tugbatli7235@gmail.com) ORCID: 0009-0009-9539-5212 (Gönderim Tarihi: 09.01.2025-Kabul Tarihi: 10.04.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

PROOF AND CHARACTERISTICS OF EVIDENCE IN COMPENSATION LAWSUITS ARISING FROM CONCERTED PRACTICES

(Research Article)

Abstract

This study will first examine one of the complex topics in competition law, namely the concept of concerted practices, lawsuits arising from such practices, the relationship between these lawsuits and the Competition Board's infringement decisions, and whether the Board's decisions can be treated as a preliminary issue in light of doctrinal opinions and decisions of the Court of Cassation. Subsequently, the "presumption of concerted practice" introduced by Article 59 of the Law on the Protection of Competition in lawsuits arising from concerted practices will be analyzed. The study will further address which party bears the burden of proof and whether this burden can be shifted. In the following sections, situations that present unique characteristics in terms of types and standards of proof will be discussed with examples. Finally, the admissibility of Competition Board decisions as evidence in compensation lawsuits and other issues related to evidence that warrant special attention will be examined.

Keywords

Concerted Practice, Compensation, Proof, Burden of Proof, Presumption, Evidence

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu uyumlu eylemlerden kaynaklı tazminat davalarına ilişkin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun getirdiği uyumlu eylem karinesidir. Rekabet hukukunun en tartışmalı olan konularından biri olan uyumlu eylemlerin mahiyeti nedeniyle ispatı da çok güç olmaktadır. Kanun bu ispat zorluğunun aşılabilmesi için davacı lehine ispat kuralı getirmiştir.

Çalışmada öncelikle uyumlu eylem kavramının ne olduğu ATAD, doktrin ve Rekabet Kurul kararları ışığında ele alınarak açıklanacak. Daha sonra uyumlu eylemlerden kaynaklanan rekabet ihlallerinin özel hukuk sonuçlarına değinilecektir. Özellikle tazminat davalarının Rekabet Kurulu'nun ihlal kararları ile ilişkisi Yargıtay kararlarına da yer verilerek incelenecektir.

Son bölümde ispat kurumları bakımından kısaca bilgi verilecek ve uyumlu eylemlerden kaynaklanan tazminat davalarının gösterdiği özellikler açıklanacaktır. Daha sonra Rekabet Kurulu kararlarının adli mahkemeler bakımından delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu irdelenecektir.

I. REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER

A. Genel Olarak

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a (RKHK) göre teşebbüsler¹ arasında rekabeti engelleyici, bozucu veya sınırlayıcı *anlaşmalar*, *uyumlu eylemler* ve *teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri* hukuka aykırı ve yasaktır (RKHK m. 4/1). Madde hükmünde üç tür iş birliği sayılmakta ve bunların hangi durumlarda yasakladığının ortak olarak düzenlendiği görülmektedir. O halde neden böyle bir ayırım yapıldığı sorusu sorulacak

¹ “*Teşebbüs*, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütünlük teşkil eden birimleri ifade eder.” (RKHK m. 3)

Teşebbüs, ticari işletmeyi de içeren daha geniş kapsamlı bir kavramı ifade eder. Ticari şirketler, kooperatifler, adi şirketler, dernekler, vakıflar, meslek birlikleri, yabancı hukuk düzenine göre kurulan tüzel kişiler hatta tek bir gerçek kişi bile yerine göre teşebbüs sayılabilir. Teşebbüs kavramı hakkında detaylı bilgi için bakınız: **Aslan**, İ.Yılmaz: Rekabet Hukuku, 6. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2021, s. 71-94; **Güven**, Pelin: Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 82-100; **Günay**, Cevdet İlhan: Rekabet Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 92-93.

olursa bunun temel sebeplerinin uygulanacak hukuki yaptırımlar² ve ispat meselesi olduğu söylenebilir³.

Rekabet hukukunda uyumlu eylem kavramı ile anlaşma veya teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilemeyen eylemlerin de ihlal olarak kapsama dahil edilmesi öngörülmüştür⁴. Rekabet hukukunun konusuna giren anlaşmalar ya gizlidir ya da aslında ortada bir “anlaşma” dahi bulunmamaktadır. Bazen anlaşma bulunmamasına rağmen piyasada rekabet otoritelerinin istemediği bir davranış söz konusudur. “Anlaşma⁵” kavramı her ne kadar rekabet hukukunda borçlar hukukunda olduğundan daha geniş bir anlam taşısa da tarafların uyuşmuş olması ve kendilerini bu anlaşma ile bağlı hissetmesi anlamına geldiğinden uyumlu eylemin kapsamının belirlenmesi ve bunun ispatı önemli hale gelecektir.

Anlaşmalarda açık ve net iş birliği iradesi söz konusu iken bazen de bu iş birliği örtülüdür. Yani uyumlu eylemlerde ortak tutum ya da davranış birliğinin olduğu söylenebilir⁶. Teşebbüsler aralarında işletme bilgilerinin değişimi, işbirlikli fiyat duyuruları, işbirlikli fiyat liderliği gibi iş birliğini kolaylaştıran fiili stratejileri geliştirerek rekabeti bozucu bir koordinasyon sağlamaktadırlar⁷.

² Aşağıda açıklanacağı üzere uyumlu eylemler bakımından geçersizlik yaptırımı (RKHK m. 56) söz konusu değildir. Bkz. I. D.1.

³ **Cengiz**, Dilek: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, (Danışman: Helvacı, Mehmet), (Yayınlanmış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005, s. 13.

⁴ **Kesici**, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 60. Bu konuda ayrıca bkz. Uyumlu eylemlere yönelik hükümlerle, teşebbüslerin rekabet hükümlerini dolanma niteliği taşıyan tüm uygulama ve eylemler önleme amaçlanmıştır. **İkizler**, Metin: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 171; “Eğer böyle bir düzenleme yapılmaydı, işletmeler arasındaki rekabeti sınırlayan, ama anlaşma olarak nitelendirilemeyen dolaylı ilişkiler engellenemezdi. Bu da bir anlamda Kanunu’nun 4. maddesinin uygulanma dışı bırakılması anlamına gelirdi.” **Badur**, Emel: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara 2001, s. 64.

⁵ Rekabet hukukunda anlaşma ve borçlar hukukundaki sözleşme kavramları için bkz. **Ateş**, Mustafa: “Rekabet Hukukundaki Anlaşma ve Borçlar Hukukundaki Sözleşme Kavramları Üzerine”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 15, S. 2014/1, ss. 83-92, s. 85 vd.

⁶ Bu açıdan uyumlu eylemler hukukun caiz gördüğü paralel davranışlarla, yasaklandığı anlaşma ve kararlar arasında yer alır ve bu iki uç arasındaki tüm rekabet sınırlamaları uyumlu eylemlerin kapsamını oluşturur. **İkizler**, s. 171.

⁷ **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 15.

Görüldüğü gibi anlaşma ve uyumlu eylem farklı kavramlardır. Anlaşmadan⁸ söz edebilmek için taraflar arasında, hukuken bağlayıcı olmasa bile karşılıklı bir “irade açıklaması” olmalıdır⁹. Uyumlu eylemde ise taraflar arasında böyle bir irade açıklaması yoktur. Açık bir irade açıklamasına ulaşmamakla birlikte, teşebbüsler arasında bir bağlantı (*conduct*), bir haber ya da bilgi akışı kanalı vardır¹⁰.

Tekrar belirtmek gerekir ki teşebbüsler arasında böyle bir anlaşma hiç yapılmamış olabilir (veya bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamayabilir). Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin gerekçesinde de yer verildiği gibi bu anlaşmalar titizlikle gizlendiği için bunların varlığını ispatta çok zor olmaktadır. Bu nedenle Kanun bazı hallerin varlığı halinde uyumlu eylemin varlığını kabul etmektedir. Daha sonra açıklanacağı üzere, uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere ait olacak ve kanunun uygulanması sağlanacaktır.

B. Uyumlu Eylem Kavramı ve Anlamı

Uyumlu eylem kavramı hukukumuzda ilk kez Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile girmiştir. Ancak Kanunda tanımı yapılmamıştır. Kanunun 4. maddesinde¹¹ “uyumlu eylem karinesi” yer almakta, RKHK m. 59 ise uyumlu eylemler bakımından getirilen ispat kuralına yer vermektedir. RKHK’nun 4. maddesinin 3. ve 4. fıkralarından hareketle “uyumlu eylem”

⁸ Uygulamada, centilmenlik anlaşmaları, dolaylı mektuplaşmalar, imzasız sözleşmeler, tarafların iş birliği yapılmasına yönelik mutabakatlarını yansıtan bir sirküler, protokol veya toplantı tutanakları, tek taraflı olarak gönderilen standart satış koşullarının kabulü, faturalar üzerine basılı “ihracat yasaktır” damgasının kabulü, bir üreticinin bayilerine gönderdiği “şiddetle önerilir” ifadesini içeren mesajın kabulü, anlaşma olarak değerlendirilmiştir. Benzer örnekler için bkz. **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 26-27.

⁹ Tarafların iradelerinin hukuki bir sonuca yönelmiş olması veya belirli bir şekle tabi olması gerekmez. Sözlü, yazılı, eylemsel ya da gayri resmi her tür irade uyuşması, anlaşma olarak nitelendirilebilir. Bu yönde bkz. **Aslan**, s. 220-239; **İnan**, Nurkut/**Piker**, Mehmet: Rekabet Hukuku El Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s. 26; **Günay**, s. 149; **Güven**, Rekabet, s. 126; **Ateş**, s. 87 vd; **Akıncı**, s. 42-44; **Badur**, s. 58.

¹⁰ **Aslan**, s. 239.

¹¹ Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin **uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder** (RKHK m.4/3). Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri **uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak** sorumluluktan kurtulabilir (RKHK m.4/4).

(*Concerted Practice*) veya “uyumlu davranış”¹² kavramını şu şekilde tanımlamak mümkündür:

“İki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışlarıdır.”¹³ Bu tanım çerçevesinde uyumlu eylemlerin unsurları aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

- i. İki veya daha fazla teşebbüs olmalıdır.
- ii. Teşebbüsler arasında bir tür koordinasyon ya da iş birliği bulunmalıdır; bu durum paralel pazar davranışlarına yol açmalıdır.
- iii. Bu bağlantının amacı, rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak olmalıdır ve bu unsur tarafların bilinçli olmasını gerektirmektedir.

¹² Doktrinde uyumlu eylemden söz edilirken zaman zaman “Uyumlu davranış” kavramının da kullanıldığı görülmektedir. *Badur*, “uyumlu davranış” ve “uyumlu eylem” şeklinde farkı kullanımlara yer vermiştir. *Badur*, s. 64 vd. *İkizler*, mehzaz kanun çevirisinden kaynaklanan bu farklı kullanımı şu şekilde değerlendirmektedir: Eylem kavramı davranıştan daha dardır. Eylem aktif bir hareketken; davranış olumlu olduğu kadar olumsuz yani birşeyi yapmamayı da kapsar. Her ne kadar kavram farklılığı olsa da Türk hukukunda eylem kelimesi ile davranış (ve uygulama) anlamının kastedildiği söylenebilir. Yani uyumlu eylemlerden söz edildiği zaman teşebbüslerin eylem, uygulama ve davranışlarından söz edilmektedir. *İkizler*, s. 147-148.

¹³ *Aslan*, s. 239. *İnan*’a göre uyumlu eylem, teşebbüslerin benzer davranışlarda bulunarak bilinçli olarak kısıtlamasıdır. *İnan/Piker*, s. 30. *Topçuoğlu*, uyumlu eylem kavramının daha geniş olduğunu söyleyerek “Teşebbüsler arası uyumlu eylem, anlaşmadan farklı olarak bağlayıcı olmayan mutabakatları, tasavvur açıklamalarını, niyet açıklamalarını, his açıklamalarını, centilmenlik anlaşmalarını ve rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik bilumum paralel davranışları içine alan bir kavramdır.” şeklinde tanımlamıştır. *Topçuoğlu*, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları Ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara 2001, s. 151. “Uyumlu eylem, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında bir sözleşme olmaksızın, rekabet ederek karlarını artırmak yerine, rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik, ekonomik olmayan benzer davranışlardır.” *Akıncı*, s. 145. “Uyumlu eylem, RKHK m. 4 alanında, üçüncü kişilere karşı aleni olarak yapılan veya gizli olarak yapılmakla beraber doğrudan delillerle ve bütünüyle kanıtlanabilen, anlaşmalar teşebbüs birliklerinin kararları veya eylemleri dışında kalan; rekabeti bozucu etkileri bakımından bunlarla aynı nitelikte olan, gizlilik ve örtülülük yöntemlerini içeren bütün iş birliklerini yakalayıcı işlevi olan bir kavramdır.” *Cengiz*, Uyumlu Eylem, s. 18; Yazarlar bunu “benzeme şartı” olarak nitelendirmiştir. *Atiyas*, İzak/*Gürkaynak*, Gönenç: “Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümlemeler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV 2006, s.81; *Yılmazsoy*, Ebru: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ile Doğrudan Hüküm ve Sonuçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 54.

O halde uyumlu eylem için paralel davranışların varlığı yetmez paralel davranışların diğer bir teşebbüs ile var olan ilişki sonucu ortaya çıkması gereklidir.

Bu kapsamdan anlaşıldığı üzere uyumlu eylemler, teşebbüslerin, rekabet otoritelerinin denetimden kaçabilmek amacıyla gizlilik veya örtülülük yöntemlerini kullanarak yaptıkları iş birlikleridir¹⁴. Dolayısıyla uyumlu eylem, anlaşma seviyesine ulaşmamış teşebbüsler arası uzlaşmalar ile bir anlaşmanın varlığının ispat edilemediği durumları kapsamaktadır.

Avrupa Birliği Komisyonu'nun uyumlu eylemlere ilişkin ilk görüşleri bir boya firması hakkında verdiği kararında¹⁵ yer almaktadır. Somut olayda, komisyon aynı ürünlerin üzerindeki fiyat artışlarının aynı oranda ve eş zamanlı olmasını, temsilcilere gönderilen fiyat talimatlarından ve gizli bağlantılardan kaynaklandığı gerekçesiyle uyumlu eylemin bulunduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁶.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı¹⁷, uyumlu eylemin tanımına ilişkin ilk ilkeleri adı geçen kararda ortaya koymuştur. Divan kararına göre, uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmemekle beraber, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek ve isteyerek (kasıtlı) ikame ettikleri, aralarında pratik iş birliği sağlayan bir koordinasyon şeklindedir¹⁸. Niteliği gereği uyumlu eylem bir anlaşmanın bütün unsurlarına sahip değildir, ancak katılımcıların davranışlarından açıkça anlaşılan bir koordinasyon olmaksızın karşılıklı olarak tekrarlanarak ortaya çıkabilir¹⁹. Divanın uyumlu eylemlere ilişkin sonraki kararlarıyla²⁰ birlikte ilgili pazarın somut özellikleri de vurgulanarak, koordinasyon ve iş birliğinin ne anlama geldiğine açıklık kazandırılmaya çalışılmıştır²¹.

¹⁴ **Cengiz**, Dilek: Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu'nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi, Sayı 35, 2008, s. 3.

¹⁵ Dyestuffs kararı için bkz. **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 22.

¹⁶ **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 22.

¹⁷ Dyestuffs, Commission, 24-7-1969, OJ-1969, L-195/11. Bkz. **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 22.

¹⁸ **Arı**, Zekeriyya: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 59; **İnan/Piker**, s. 31; **Gürkaynak**, Gönenç/Yıldırım, K. Korhan/Özgökçen, M. Hakan/Aydın, A. Buğra: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları, Rekabet Dergisi, Sayı 12(4), 2011, s. 75-125, s. 96; **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 21.

¹⁹ **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 22.

²⁰ Suiker Unie v. Commission, EJC, 40-48, 50, 54-56, 111 ve 114/73, ECR 1975. Bkz. **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 22-23.

²¹ **Arı**, s. 59; **İnan/Piker**, s. 31.

Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarına bakıldığında da uyumlu eyleme ilişkin ihlallerin ağırlıklı olarak fiyat tespiti bakımından olduğu görülmektedir. Kurulun uyumlu eylemde bulundukları gerekçesiyle ihlal kararı verdiği bir soruşturmada²², aynı pazarda faaliyet gösteren beton firmalarının pazar paylaşımı yaptıkları ve fiyat tespiti yaptıkları anlaşılmıştır. Somut olayda bu firmaların aynı dönem eş zamanlı fiyat artırımını yaptıkları görülmüştür.

Kurula göre²³ uyumlu eylem kavramının ve karinesinin getiriliş amacı teşebbüsler arasındaki danışıklığın ispatlanmasında kolaylık sağlamaktır. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda, Kanunun anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki farktan ziyade teşebbüsler arasındaki danışıklığın nasıl ispat edileceğiyle ilgilendiği görülmektedir. Kısaca Kurulun piyasada rekabeti ihlal eden açık ya da örtülü davranışlarla ilgilendiği söylenebilir.

Sonuç itibarıyla doktrin, ATAD ve Kurulun, uyumlu eylemlerin unsurları hakkındaki görüşleri arasında farklar bulunsa da, aslında tüm bu sayımlarda iş birliği ya da bağlantının varlığının ön plana çıktığı görülmektedir²⁴.

Teşebbüsler arasındaki iş birliği bir anlaşmaya dayanıyorsa artık uyumlu eylemin varlığını araştırmak anlamsızdır. Böyle bir anlaşmanın varlığına kanaat getirilemiyor ama ortada da bir iş birliği varsa, bu iş birliği teşebbüslerin birbirleriyle olan bağlantıya geçmeleri sonucu pazar üzerinde paralel hareket etmelerinden doğuyorsa, o zaman da uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilir²⁵. İşte uyumlu eylemlerde görülen bu iş birliği de “*pratik iş birliği*” olarak ifade edilmektedir²⁶.

Uyumlu eylem genelde oligopol pazarlarda görülen birden çok firmanın örtülü bir şekilde danışıklılık içine girmesidir. Oligopol pazarlar az sayıda güçlü firmanın olduğu pazarlardır²⁷. Bu yüzden küçük firmalar bakımından

²² “Bir teşebbüs, diğer teşebbüslerle birlikte, **normal piyasa koşullarını altında** kendi çıkarı için doğru olan bir hareketi yapmıyorsa ya da örneğin, **fiyat** gibi bazı parametrelerin hareketleri normal koşullarda olması beklenenden farklılıklar gösteriyorsa, söz konusu pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin **uyumlu eylem yoluyla**, anılan Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği söylenebilir.” RKK. T. 20.09.2007, 07-76/908-346; Aynı yönde RKK. T. 12.11.2008, 08-63/1050-409; RKK. T. 22.04.2009, 09-17/383-91; RKK. T. 07.11.2016, 16-37/628-279; RKK. T. 21.11.2016, 16-40/662-296 (www.rekabet.gov.tr E.T: 11.05.2024).

²³ RKK. T. 22.08.2017, 17-27/452-194 (www.rekabet.gov.tr E.T: 11.05.2024).

²⁴ **Ari**, s. 63.

²⁵ **Ari**, s. 64.

²⁶ **Ari**, s. 64.

²⁷ Fiyat ve üretim stratejileri açısından karşılıklı bir bağımlılık ilişkisi içinde olan az sayıda teşebbüsten oluşan piyasalardır. Teşebbüs sayısı, her teşebbüse bir miktar pazar gücü ve-

pazara giriş tekel piyasadan daha zordur (daha çok rakip vardır). Bu pazarlarda firmaların koordinasyon veya pratik bir iş birliği²⁸ sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkileri mevcuttur. Burada da rekabet otoritelerinin firmaların gizli davranış içine girebileceği olasılığını göz önünde bulundurması gerekmektedir. Firmalar arasındaki ilişkinin niteliğine yönelik yeterli delilin bulunmadığı durumlarda, rekabet kurallarının ihlal edilip edilmediğinin ortaya konması gerekmektedir. Zaten burada karşılaşılan sorun özellikle gizli girilen bu iş birliğinin ispatının güç olmasıdır. Dolayısıyla rekabet ihlalinin varlığı için her zaman ortada bir anlaşma bulunmayabilir. Bu nedenle de ortada bir anlaşma bulunmamasına rağmen RKHK uyumlu eylemleri yani iş birliği içeren bu davranışları da yasaklamıştır.

Bazen iki rakip teşebbüs sahibinin, birlikte yiyecekleri bir akşam yemeği dahi onların aralarında anlaşmalarını ve bundan sonraki pazar davranışlarında uyum içinde davranmalarını sağlayabilir²⁹. Bazen tarafların bir araya gelmesine gerek dahi olmaz. Firmalar arasındaki bu gizli iş birliği farklı yollarla yapılabilir. Örneğin, iş birliği telefon görüşmeleriyle organize edilebilir³⁰.

Firmaların satış fiyatlarını tek tek ilan etmeleri durumunda, açıklanan fiyata uyulacağı güvencesi var ise uyumlu eylemden söz edilebilir³¹. Aynı zamanda yapılan fiyat artışı gibi aynı zamanda yapılan aynı oranda indirimler de dikkat çekici olabilir. Bu da fiyat kırma olduğu için ilgili piyasada yer alan diğer teşebbüsleri etkileyecektir. Bir tedarikçinin alıcılara farklı fiyat uygulaması, müşterilerinin siparişlerini reddetmesi gibi örnekler de verilebilir.

C. Uyumlu Eylemlerden Kaynaklanan İhlaller

Rekabet hukukunda ihlaller dikey ihlaller ve yatay ihlaller olarak ikiye ayrılır. Bunun temelinde rekabet hukukunda işletmeler arasındaki ilişkilerin dikey ilişkiler ve yatay ilişkiler olarak sınıflandırılması yer almaktadır. Üre-

recek kadar küçüktür. Oligopol piyasayı tam rekabet piyasasından, tekelci rekabet piyasasından veya tekelden ayıran en önemli ve belirleyici unsur, teşebbüslerin fiyatlandırma ve üretime ilişkin olarak aldıkları kararlarda karşılıklı bağımlılığın bulunmasıdır. (Bkz. OECD 1990; Bertrand Modeli/Rekabeti; Cournot Modeli/Rekabeti). (www.rekabet.gov.tr E.T: 08.05.2024)

²⁸ “Pratik iş birliği” terimi aslında ATAD tarafından bir davada zikredilmiştir.

²⁹ Aslan, s. 237.

³⁰ Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 17.

³¹ Akıncı, s. 152.

tim zincirinin aynı seviyesinde bulunan işletmeler (birbirine rakip olan) arasındaki ilişkiler yatay ilişkiler³² olarak adlandırılırken, farklı seviyelerinde bulunan işletmeler (birbiri ile rakip olmayan) arasındaki ilişkiler dikey ilişkiler³³ olarak adlandırılır³⁴.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un rekabeti sağlayacak şekilde uygulanabilmesi için uygun bir yaptırım sisteminin kabulü gerekir. Bu yaptırımlar hem caydırıcı olmalı hem de işletmelerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmemelidir³⁵. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine göre rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı her türlü anlaşma³⁶, uyumlu eylem ve uygulama yasaktır. İşte bu yasak kapsamındaki hukuka aykırı anlaşma ve uygulamalar hukuki açıdan idari nitelikteki çeşitli yaptırımlara tabidir.

Yaptırımlar Kurul tarafından uygulanır. Kurul, Rekabet Kurumu'nun düzenleme, denetim ve yürütme yetkilerini haiz karar alma organıdır. Kurul'un uygulama imkânı olan tüm yaptırımlar idari niteliktedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ihlali idari para cezası³⁷ ile sonuçlanır ancak ceza hukuku anlamında yaptırım uygulanmaz.

Kurul, idari para cezaları dışında, ihlali sona erdirmek için gerekli tedbirleri alma, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen her davranışın fiili ve

³² Rekabet hukukunda rekabetin kısıtlandığı endişesi genellikle rakipler arasında yani yatay düzlemdeki ilişkiler için gündeme gelmektedir. **Gürkaynak**, Gönenç: Rekabet Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 99. Rakipler arasındaki anlaşmaların aynı zamanda olumlu etkisi olmayacağından, yatay nitelikteki anlaşmalar Rekabet Hukuku sistemlerinde *per se* olarak yasaklanırlar. **Aslan**, s. 351; **Badur**, s. 61.

³³ **Aslan**, dikey anlaşmaların ilgili pazarda etkinliği artıran ve tüketicilere fayda sağlayan olumlu yönlerinin de bulunduğunu savunmaktadır. **Aslan**, s. 352. Piyasanın çalışması için dikey ekseninde yapılan bu anlaşmalara ihtiyaç vardır. Yani dikey anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı özellikleri yanında, dağıtım ve satış sonrası hizmetleri rasyonelleştirmesi, tüketicieye ilgili ürünü daha kolay bulabilme olanağı sağlaması gibi olumlu yönleri vardır. **Badur**, s. 61-62. **Topçuoğlu**, dikey sınırlamaların (makul sebeplere dayanan ekonomik sınırlamalar ise) rekabeti engelleyici nitelikte kabul edilmemesi gerektiğini hatta bu sınırlamalarının markalar arası rekabeti körükleyeceğinden, rekabet hukukunun temel hedeflerine ters düşmeyeceğini belirtmiştir. **Topçuoğlu**, s. 149.

³⁴ RKHK'un 4. maddesinin gerekçesi. (www.rekabet.gov.tr E.T: 09.05.2024).

³⁵ **Aslan**, s. 1089.

³⁶ Bu anlaşmalar bir üretim zincirinin farklı düzeylerinde yer alan teşebbüsler tarafından (dikey anlaşmalar) yapılmış olabileceği gibi, aynı seviyesinde bulunan teşebbüsler arasında da (yatay anlaşmalar) yapılmış olabilir. Önemli olan nokta bu anlaşmanın rekabet düzenini sınırlayıcı ya da bozucu bir yönünün olmasıdır.

³⁷ Bkz. İdari para cezasının düzenlendiği RKHK m. 16 hükmü.

yasal sonuçlarını ortadan kaldırma ve rekabeti tesis etme ile ihlalden önceki durumu korumak için gereken diğer tüm tedbirleri alma yetkisine sahiptir (RKHK m. 9 ve m. 27).

D. Rekabet İhlallerinin Özel Hukuk Boyutu

1. Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkına Kanunu idari yaptırımların yanı sıra eylem ve işlemlerin temelde özel hukukun konusunu oluşturması nedeniyle özel hukuka ait yaptırımlar da öngörmüştür³⁸. Özel hukuk yaptırımlarından en önemlisi haksız fiil sorumluluğudur³⁹. Geçersizlik yaptırımı⁴⁰, rekabet yasağına aykırı her türlü anlaşma ve teşebbüs birliği kararı hukuk dünyasında sonuç doğurmayacak demektir. Borçlar hukukunda geçersizlik, bir sözleşmenin taraflarının istediği hukuki hüküm ve sonuçları meydana getirmedeği halleri ifade etmektedir⁴¹. Kısaca hukuk dünyasında var olup ancak ka-

³⁸ *Gürkaynak*, RKHK'nun, idari yaptırımları birincil, geçersizlik ve tazminatı da ikincil yaptırımlar olarak değerlendirdiğini belirtmiştir. *Gürkaynak*, s. 571. "RKHK rekabetin uygulanmasında ikili bir düzen kurmuştur". *Arı*, s. 214; *Kaya*, Arslan/*Yiğit*, İlhan: "Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3, 2012, s. 1550; *Kesici*, s. 5.

³⁹ *Tekinalp*, Ünal: "Rekabet Sınırlamaları ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Nisan 2005, s. 161; *Kortunay*, Ayhan: "AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, Nisan 2008, s. 130; *Sanlı*, Kerem Cem: "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, S. 1, 2003, s. 211-217; *Kaya/Yiğit*, s. 1550; *Gürkaynak*, s. 572; *Cömert*, Akbay: Büşra: Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası, TFM, C.4, S. 2, 2018, s. 157.

⁴⁰ **Bu Kanuna Aykırı Anlaşma ve Kararların Hukukî Niteliği**

Madde 56- Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanunu'nun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir. Borçlar Kanunu'nun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.

⁴¹ *Ayan*, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 126; *Oğuzman*, M. Kemal/*Barlas*, Nami: Medeni Hukuk, (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 25. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 221 vd.; *Akıntürk*, Turgut/*Ateş*, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, 30. Baskı, Beta Yayınları, Eylül 2022, s. 58; *Antalya*, Gökhan/*Topuz*, Murat: Medeni Hukuk (Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri) C. 1, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 206; *Kayhan*, Şaban/*Ünlütepe*, Mustafa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.

nunun öngördüğü geçerlilik şartlarındaki eksiklik nedeniyle doğurmadığı duruma geçersizlik denmektedir.

Bu kavramdan yola çıkıldığında RKHK'nun ilgili hükmünde uyumlu eylemlerin yer almaması anlaşıldır. Anlaşma niteliğinde olmayan ve bağlayıcı vasfı bulunmayan uyumlu eylemlerin geçersizliğinden bahsetmek hukuk mantığıyla bağdaşmaz⁴². Zaten haksız fiil olarak nitelendirilen bir fiilin geçersizlik yaptırımına tabi tutulması da söz konusu olmayacaktır.

Doktrinde⁴³ ve yargı kararlarında⁴⁴ uyumlu eylemin haksız fiil olduğu kabul edilmektedir. Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise, sorumluluk zarar görenin sıfatı ve durumuna göre değişiklik gösterebilecek özellikle bankalar bakımından müşterileri ile aralarında bir sözleşme olduğu için sorumluluk sözleşmeye aykırılık esasına dayanmaktadır⁴⁵. Haksız fiil Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte Rekabetin Korunması Hakkına Kanun, Türk Borçlar Kanunu'na göre özel bir düzenleme getirdiğinden öncelikle uygulanacaktır⁴⁶. Rekabetin Korunması Hakkına Kanun tazminatın hesaplanmasına ve ispatlanmasında genel kurallardan ayrılmıştır. Uğranılan zararın tazmininde ise yine adli mahkemeler görevlidir.

Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 160; Geçersizlik halleri ise “kesin hükümsüzlük” ve “iptal edilebilirlik” olarak ikiye ayrılmaktadır. **Nomer**, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Beta Yayın, İstanbul 2021, s. 66.

⁴² **Aslan**, s. 1173; **Akıncı**, s. 358; **İkizler**, s. 355; **Öztürkler**, Mahmut: Rekabete Aykırılıkların Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları ve Rekabete Aykırılıktan Dolayı Uğranılan Zararın Tazmini, (Danışman: Öztürk Akkartal, Hanife), (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016, s. 132; Bu konuda bkz. **Kesici**, s. 7 vd.

⁴³ **Tekinalp**, s. 161; **Akıncı**, s. 358; **Aslan**, s. 1185; **İkizler**, s. 355-358; **Gürkaynak**, s. 572; **Kesici**, s. 42; **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 380; **Gündoğdu**, Gökmen: Güncel Yargıtay Kararları Işığında Rekabet İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Sorunu, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, s. 311-312; **Yılmazsoy**, s. 103.

⁴⁴ Yarg. 11. HD, T. 27.10.2015, E. 2015/3450, K. 2015/11139 (www.legalbank.com E.T: 08.01.2024); YHGK. T. 30.05.2018, E. 2017/19, K.2018/1151 (www.legalbank.com E.T: 08.01.2024); Yarg. 11. HD, T. 28.03.2022, E. 2021/7383, K. 2022/3486 (www.legalbank.com E.T: 08.01.2024).

⁴⁵ **Topuz**, Murat: Uyumlu Eylem Yolu ile Kartel Oluşturan Bankaların Tüketiciye Karşı Sorumluluklarının Hukuki Dayanağı, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5, S. 1, 2017, s. 191 vd.

⁴⁶ **Aslan** bu konuda, TBK'na göre özel bir kanun olan RKHK'nun tazminata ilişkin getirdiği bu düzenlemelerin genel kanunların sistemine aykırı olduğunu (genel hukuk sistemimize göre, zarar görenlerin bu zararlarını tazmin için ispat hukuku çerçevesinde her türlü deliller ispatlamasının mümkün olduğundan bahsederek RKHK'nun bu kuraldan ayrıldığını) belirterek eleştirmiştir. **Aslan**, s. 1184.

Rekabet ihlallerinden zarar gören kişilerin uğradığı zararı tazmin imkânı bulunmaktadır⁴⁷. Bunlar teşebbüsler, tüketiciler⁴⁸, mevcut veya potansiyel rakipler olabilir⁴⁹. Rekabeti sınırlayıcı uygulamaya katılan kişilerin davacı olup olamayacağı konusu doktrinde⁵⁰ tartışmalı konulardan biridir. Uyumlu eylemlerin varlığında ise (danışıklı bir ilişkiye taraf olan) teşebbüslerin, ihlalden dolayı birbirlerine karşı dava açamayacakları görüşü çoğunluktadır⁵¹.

Rekabet hukuku ihlallerinden doğan zararın giderilmesine ilişkin öngörülen tazminat sorumluluğu, Rekabetin Korunması Hakkına Kanun'un 57-59 maddeleri arasında "*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*" ana başlığı adı altında düzenlenmektedir. Rekabetin Korunması Hakkına Kanun'un 57. maddesinde⁵² tazminat hakkı, 58. maddesinde⁵³ ise

⁴⁷ 2013 yılında Kurul, on iki banka hakkında rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylem nedeniyle ihlal kararı vermiştir (RKK. T. 08.03.2013, 13/198-100). Bunun üzerine birçok tazminat davası açılmıştır. Daha önce 200 kadar ihlal kararı verilmesine rağmen tazminat davası sayısı azdır. **Sanlı**, On İki Banka, s. 1092. Rekabet hukuku ve kültürünün toplumda köklü bir geçmişe sahip olmaması ve bu alandaki düzenlemelerin yetersiz olması nedeniyle tazminat davalarının uygulamada çok görülmediği görüşü için bkz. **Kortunay**, s. 85.

⁴⁸ On iki banka kararından sonra, bir tüketicinin açtığı dava yerel mahkeme zarar ve fiil arasında uygun illiyet bağının bulunduğuna karar vererek tüketici lehine tazminata hükmetmiştir. Sonra karar Yargıtay tarafından ihlal kararına ilişkin iptal davasının kesinleşmediği nedeniyle bozulmuştur. Yarg. 13. HD., T. 25.09.2019, E. 2019/1422, K. 2019/8836 (Kararla ilgili analiz hakkında bkz. **Aslan**, s. 1203-1204).

⁴⁹ **Aslan**, davacı ve davalıların açıkça belirtilmesinin yerinde olacağı görüşündedir. **Aslan**, s. 1187-1189; **Badur**, s. 162; **İkizler**, s. 364; **Gürkaynak**, tüketicilerin uğradığı zararın ve fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı, ayrıca zararın belirlenmesinin imkânsız olduğunu bu nedenlerle de tüketicilerin davacı olamayacağı görüşündedir. **Gürkaynak**, s. 585; Davacı olabilmeye ilgili daha detaylı bilgi için bkz. **Akıncı**, s. 286 vd; **Kesici**, s. 455-456; Yazara göre şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenler de yani rekabeti ihlal edenlerden değil de onların rakiplerinden ürün aldığı için zarara uğrayanlar da davacı olabilecektir. **Yılmazsoy**, s. 150 vd.

⁵⁰ **Aslan**, s. 1186; Yazar, Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da rekabeti ihlal eden tarafların birbirlerinden tazminat talep edemeyeceklerini savunmaktadır. **İkizler**, s. 364; Yazarlara göre, bunun cevabı için teşebbüslerin yatay ilişki içinde mi oldukları yoksa dikey ilişki içinde mi oldukları sorusu sorulmalıdır. Eğer bir yatay anlaşma (uyumlu eylem de burada değerlendirilebilir) söz konusu ise anlaşmanın taraflarının birbirlerine dava açamayacakları, dikey anlaşma söz konusu ise tedarik zincirindeki zayıf tarafın bu anlaşmaya zorlanmış olabileceği nedeniyle tazminat davasının da tarafı olacağı görüşündedirler. Burada anlaşmanın taraflarından birinin diğerine anlaşmanın koşullarını empoze ettiği durumlardan bahsedilmektedir. **Gürkaynak**, s. 585-586. AB Uygulaması için bkz. **Kortunay**, s. 88; **Kesici**, s. 457-462.

⁵¹ **Arı**, s. 232; **İkizler**, s. 364; Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. **Kesici**, s. 453-483.

⁵² **Tazminat Hakkı**

zararın nasıl tazmin edileceği ve üç kata kadar tazminat müessesesi düzenlenmiştir. Kanun'un 59. maddesinde⁵⁴ ise ispat yükü düzenlenmektedir.

2. Tazminat Davaları

Adli mahkemelerin görevli olduğu tazminat davaları, Türk Borçlar Kanunu kapsamında görülecektir. Rekabetin Korunması Hakkına Kanun'da Kurul kararlarının adli mahkemelerde nasıl değerlendirileceği konusunda hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle tazminat davasının açılabilmesi için Kurulun ihlal kararının aranıp aranmayacağı konusu doktrinde⁵⁵ tartışmalıdır.

Madde 57- Her kim bu Kanuna aykırı olan **eylem**, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.

⁵³ Zararın Tazmini

Madde 58- Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.

Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.

⁵⁴ İspat Yükü

Madde 59 – Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasada fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.

⁵⁵ Doktrindeki detaylı tartışmalar için bkz. **Kesici**, s. 384 vd.

Doktrinde⁵⁶ çoğunluğa göre, mahkemelerin yetkisi düşünüldüğünde tazminat davası açılabilmesi için Kurulun ihlal kararı vermesi gerekmemektedir⁵⁷. Uygulamada ise ihlal kararının varlığı bir dava şartı olmamasına rağmen adli mahkemeler böyle bir durumda açılan tazminat davasını reddetmektedir⁵⁸. Bir ihlal kararı bulunmamakta, ancak örneğin Kurum bünyesinde devam eden bir ön araştırma veya soruşturma bulunmaktaysa, idari yargı süreci sonuçlanıncaya kadar bu durum mahkeme tarafından bekletici mesele haline getirilmektedir⁵⁹.

Yargıtayın mevcut uygulamasına bakıldığında tazminat davasına bakan mahkemelerin, davanın esasına yani rekabet ihlallerine ve bu ihlallerle bağlantılı zararlara dair karar vermeden önce Kurul kararının kesinleşmesini

⁵⁶ *Tekinalp*'e göre, "Rekabet Kurulu'nun bir mahkeme olmadığı, sadece yürütme (idare) içinde yer alan bir soruşturma kurulu konumunda bulunduğu ve vatandaşın hukuk güvenliği sağlanması amacıyla mahkeme gibi yargılama usullerini uyguladığı dikkate alınırsa, verdiği kararın, özellikle hukuka aykırılığa ilişkin tespitinin, mahkemeyi bağlaması mümkün değildir. Tazminat davasına bakan mahkemenin Kurulun hukuka aykırılığı tespit eden kararını sorgulayabileceğinden ve gereğinde kararını kendi tespiti üzerine oturtabileceğinden şüphe edilemez. Hatta, adli mahkeme, idare mahkemesinin kararını beklese bile, onun kararıyla da bağlı olmaması gerekir." *Tekinalp*, s. 262; Aynı görüş için bkz. *Gürkaynak*, s. 595; *Kesici*, s. 384 vd. *Yılmaz*, burada davanın ve soruşturmanın geldiği aşamalara bakarak bir değerlendirme yapılması gerektiği görüşündedir. Örneğin tazminat davası açılmış ama Kurul'da soruşturma yeni başlatılmışsa burada mahkemenin kurul kararını kolay kolay bekletici mesele yapmaması gerektiğini, çünkü Kurul kararının kesinleşmesinin çok uzun süreceği ve bu durumun hâkimin davaya bakmaktan kaçınması sonucu doğuracağını belirtmiştir. *Yılmaz*, Usul ve İspat, s. 114-115.

⁵⁷ Aksi görüşte olan yazar, Yargıtay'ın gerekçelerine benzer gerekçeler sunarak, Kurul kararının bekletici mesele yapılması gerektiğini belirtmiştir. *Arı*, s. 238 vd.

⁵⁸ "Mahkemece, asıl davanın kabulüne, birleştirilen 2000/743 esas sayılı davanın ve 2001/376 esas sayılı davanın kısmen kabulüne dair verilen karar Dairemizce bozulmuş, bozmaya uyulmuş, davacının dava konusu olayla ilgili olarak 19.01.2007 tarihinde Rekabet Kuruluna başvurduğu, **dava açılmadan önce davacının anılan kurula başvurmadığı, henüz dava şartının bulunmadığı ve dava açma zamanının gelmediği gerekçesiyle, asıl ve birleştirilen davaların, dava şartı yerine getirilmediğinden ayrı ayrı reddine karar verilmiştir.**" Yarg. 11. HD, T. 05.10.2009, E. 2008/5575, K. 2009/10045 (www.kazancı.com E.T: 14.05.2024); Yarg. 11. HD, T. 23.06.2010 gün ve E. 2005/3755, K. 2010/7408; Yarg. 11. HD, T. 25.03.2014 E. 2012/15359, K. 2014/5834; (www.kazancı.com E.T: 14.03.2025) Yarg. 11. HD, 08.03.2016, E. 2015/5134, K. 2016/2543 (www.lexpera.com.tr E.T:14.03.2025)

⁵⁹ Burada mahkemenin kararı ihtiyaridir. *Kesici*, s. 416; *Atıcı*, Cansu: "Rekabetin Sınırlanması Sebebiyle Özel Hukuk Alanında Çıkan Uyuşmazlıklarda Rekabet Kurulu Kararlarının Bekletici Sorun Yapılması", İzmir Barosu Dergisi 2019, S. 2019-2, s. 63.

beklemesi gerektiği sonucuna varmak mümkündür⁶⁰. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin Kurulun inceleme aşamasında olduğu bir olayda ihlal kararının henüz kararın kesinleşmemesi nedeniyle davayı reddetmesini hatalı bulmuştur⁶¹. Kurulun incelemeyi sonlandırıp ihlal kararı vermesi üzerine bu kararın iptali için ilgililer tarafından Ankara İdare Mahkemesinde iptal davası⁶² açılması mümkündür (RKHK m.55). Kanun yolu da tüketildikten sonra Kurul kararı kesinleşmektedir. Böyle hallerde de Yargıtay⁶³ yine Kurul kararı için bekletici mesele yapılması gerektiğine karar vermektedir.

⁶⁰ “4054 s. Yasa’nın 57 ve 58 nci maddelerinde ise, rekabeti önleyici eylemlerin tespitinden sonraki tazminat talepleri düzenlenmiş, tazminat taleplerinde Adli Yargı görevlidir. Tazminata karar verebilmek için, ilgili anlaşma veya uygulamanın 4054 s. Yasa’ya aykırı olup olmadığının saptanması zorunludur ki, bu tespitte önce Rekabet Kurulu ve Kurul kararına karşı da Danıştay görevlidir. Bu sebeplerle mahkemece, **öncelikle, davacının bu davadan önce 4054 s. Yasa’ya göre Rekabet Kurulu’na başvurup başvurmadığının araştırılması, başvurmuşsa, davalı eylemlerinin 4054 s. Yasa’ya aykırılığın tespiti yönünden, bu başvuru neticesini ve kesinleşmesini bekleyerek sonucuna göre karar vermesi, Rekabet Kurulu’na davadan önce başvurmamışsa, eldeki bu davayı Rekabet Kurulu’na başvurma olmadan dinlenemeyeceği ve henüz dava açma zamanı gelmediği nazara alınarak karar vermesi gerekirken, bu hususları yerine getirmeden işin esasına girilerek, yazılı biçimde hüküm tesisi doğru olmadığından kararın davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Yarg. 11. HD., T. 23.06.2006, E. 2005/3755, K. 2006/7408 (www.legalbank.com E.T: 14.05.2024). Benzer kararlar için bkz. Yarg. 19. HD., T. 06.11.2006, E. 2006/2809, K. 2006/10346; Yarg. 19. HD., T. 29.11.2007, E. 2008/3229, K. 2007/10677 (www.kazancı.com E.T: 14.05.2024).**

⁶¹ “Mahkemece, davanın Rekabet Kurulu Kararı kesinleşmeden, zamansız açıldığı gerekçesiyle, dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir. Oysa, **Rekabet Kurulu Kararı’nın kesinleşmesinin tazminat davasının açılması için ön şart olarak kabul edilmesi mümkün değildir.** Davacı, işbu dava açılmadan önce 23.11.2010 tarihinde Rekabet Kurulu’na başvurduğuna göre Rekabet Kurulu’nun davalının hakim durumu kötüye kullandığına dair başvuru ile ilgili yapacağı işlem sonucunun işbu dava için **bekletici mesele yapılması gerekir.**” Yarg. 11. HD., T. 08.03.2016, E. 2015/5134, K. 2016/2543 (www.kazancı.com E.T: 14.05.2024).

⁶² İdare mahkemesi yerindelik denetimi yapamaz, idari işlemin yerine geçecek şekilde karar veremez. Örneğin, Kurul kararını iptal eden mahkeme Kurul’un yerine geçerek karar veremez. **Aslan**, s. 1384-1385.

⁶³ “Mahkemece, davanın Rekabet Kurulu Kararı kesinleşmeden, zamansız açıldığı gerekçesiyle, dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir. Oysa, **Rekabet Kurulu Kararı’nın kesinleşmesinin tazminat davasının açılması için ön şart olarak kabul edilmesi mümkün değildir.** Davacı, işbu dava açılmadan önce 23.11.2010 tarihinde Rekabet Kurulu’na başvurduğuna göre Rekabet Kurulu’nun davalının hakim durumu kötüye kullandığına dair başvuru ile ilgili yapacağı işlem sonucunun işbu dava için **bekletici mesele yapılması gerekir.**” Yarg. 11. HD., T. 08.03.2016, E. 2015/5134, K. 2016/2543 (www.kazancı.com E.T: 14.05.2024).

Son dönemin bilinen kararlarından On İki Banka Kararında⁶⁴, bankalar müşterilerine verdiği kredilerde faize ilişkin kartel kurdukları iddiasıyla Kurul ihlal kararı vermiştir. Burada Ankara İdare Mahkemesi bankaların iptal davasını reddetmiş, Danıştay da bunu onaylamıştır. Temyiz ve karar düzeltme başvuruları neticesinde geline son aşamada Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Ankara İdare Mahkemesi'nin kararını bozmuştur⁶⁵. Güncel vaziyette ise, ilk derece mahkemesinde yargılama devam etmesine rağmen, tazminat davalarının tek tek reddedildiği, mahkeme kararı sonucunun beklenmediği görülmektedir. Nitekim Yargıtay⁶⁶ da söz konusu tazminat davalarının reddi kararını onamaktadır. Hatta kanun yolu aşamasından geçmeden kesinleşen kararlar bakımından kanun yararına bozma kararı verildiği bilinmektedir⁶⁷.

⁶⁴ RKK. T. 08.03.2013, 13/198-100 409 (www.rekabet.gov.tr E.T: 11.05.2024).

⁶⁵ Temyiz başvuruları neticesinde Danıştay 13. Dairesi'nin 21.05.2019 tarihli, 2016/4614 Esas ve 2019/1786 Karar sayılı kararı ile ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir. Danıştay bozma kararı sonrası Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 19.07.2019 tarihli, 2019/1105 Esas ve 2019/1461 Karar sayılı kararı ile direnme karar verilmiştir. Direnme kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulmuş ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2019/2391 E. – 2021/1106 K. sayılı kararı ile İlk Derece Mahkemesi Kararının “BOZULMASINA” karar verilmiştir.

⁶⁶ “Davacı; 17.01.2008 tarihinde Oyak Bank A.Ş. (... A.Ş.) den 96 ay vadeli, 1.32 faiz oranında 47.000 TL bedelli konut kredisi kullandığını, kullanılan bu kredi nedeniyle davalı bankaya toplam 34.912 TL faiz ödediğini, Rekabet Kurulu tarafından davalı bankanın da içinde olduğu 12 bankanın 08.03.2013 tarihinde konut kredilerinde birlikte fiyat belirlemek amacıyla kartel oluşturduğunun tespit edildiğini, tespit sonucu verilen para cezasının Danıştay tarafından onandığını ileri sürerek, zararının tazmini istemiştir. **Davacının dayanak yaptığı Rekabet Kurulu Kararının yukarıda belirtildiği üzere İdare Mahkemesince iptaline karar verildiği böylece Kurul kararının hukuka aykırı olduğunun idari yargı kararı ile tesbit edilmiş olduğu ve davacı ile yapılan kredi sözleşmesi kapsamında rekabetin ihlal edilmediği anlaşıldığı gibi davacının uğradığını ileri sürdüğü zararı ve zarar miktarını ispatlayamadığı görülmüştür.** Böylece, temyiz olunan kararda; hukuki ilişkinin ve bu ilişki nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kurallarının doğru şekilde belirlendiği anlaşılmakla **davanın reddine karar verilmiş olması usul ve kanuna uygun olup, kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.**” Yarg. 3. HD., T. 25.05.2023, E. 2023/84, K. 2023/1626 K.; Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD., T. 05.06.2023, E. 2023/268, K. 2023/1761 (E.T: 18.05.2023 <https://sozhukukdanismanlik.com/kartel-faizi-davalari-son-durum-2024/>).

⁶⁷ “Dava, davalı bankanın da içinde bulunduğu bankaların 2013 sonrası için kullanılan kredi kartı ve kredilerde ödenmesi gereken faiz ve gecikme faizi konusunda oluşturdukları kartel faizi tespitine ilişkin Rekabet Kurulunun 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı kararına dayanmaktadır. ..Rekabet Kurulunun 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı kararının iptaline ilişkin açılan Ankara 2. İdare Mahkemesince davanın reddine dair kararı karar düzeltme aşamasında Danıştay 13. Dairesinin 21/05/2019 tarih ve

Yargıtay daha eski bir tarihte ise, Yerel mahkemenin kararını, tazminat talebini Kurula yapılmış bir başvuru olup olmadığını değerlendirmeden karara bağladığı gerekçesiyle bozmuştur⁶⁸.

Tazminat davası açıldığında Kurul nezdinde herhangi bir inceleme yoksa mahkemenin ne yapacağı konusu da başka bir tartışma konusudur. Burada mahkemenin önünde iki ihtimal olduğu söylenebilir: İlki ihlal kararı olup olmadığına kendisi karar verebilir, ikincisi ise ihlalin tespiti için Kurul'a başvuru hususunda taraflara süre verebilir⁶⁹.

Kurul soruşturma yaparken, piyasa araştırması yapar bunun için gerekli verileri toplayıp değerlendirir. Özel bir teknik bilgiyi gerektiren bu araştırmalar için Kurum bünyesinde uzmanlar vardır. Oysa adli mahkemelerin böyle bir araştırma yapması beklenemez. Özellikle uyumlu eylemler bakı-

2016/4017 E. ve 2019/1779 K. sayılı kararı ile bozulması üzerine verilen Ankara 2. İdare Mahkemesinin 19/07/2019 tarih ve 2019/1108 E. ve K.2019/1463 K. sayılı "İsrar-Ret" kararı verilmiş ve bu kez Danıştay İdari Dava Daireleri 31/05/2021 tarih ve E.2019/2656, K.2021/1104 sayılı kararı ile bozulmuş ve yeniden yapılan yargılama neticesinde Ankara 2. İdare Mahkemesinin 2022/920 E. Ve 2022/855 K. Ve 26.04.2022 tarihinde idari işlemin iptaline karar verilmiştir..

Açıklanan mahkeme kararları ışığında; dava dosyasının dayanağı olan **Rekabet Kurulunun 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı kararının iptaline karar verildiği anlaşıldığından dava konusu olayda rekabetin ihlalinin bulunduğundan bahsedilmesi mümkün değildir.**

O halde mahkemece, davanın dayanağı olan Rekabet Kurulunun 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı kararının hukuka aykırı olduğunun idari yargı kararı ile tespit edilmiş olduğu ve davacı ile yapılan kredi sözleşmesi kapsamında **rekabetin ihlal edilmediği anlaşıldığından** davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olduğundan Adalet Bakanlığı'nın bu yöne ilişkin **kanun yararına temyiz** talebinin kabulü gerekir." Yarg. 3. HD., T. 15.03.2022, E. 2022/6115, K. 2022/8091.

⁶⁸ "Somut olayda, davalının haksız eyleminin varlığı, bu eylem nedeniyle zararın oluştuğu, zarar ile davalının eylemleri arasında illiyet bağının bulunduğu iddiaları Rekabet Kurulu'nun anılan kararına dayandırılmıştır. Bununla birlikte söz konusu kararın **iptali iste-miyle** davalı tarafından dava açıldığı ve devam eden yargılama süreci bulunduğu göze-tildiğinde ortada davacının iddialarına dayanak yapılacak türden **kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmadığı** anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, Rekabet Kurulu kararı aleyhine açılan davanın **bekletici mesele yapılarak** bu davanın sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile işin esasına yönelik karar verilmesi usul ve yasa-ya aykırıdır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma talebinin, açıklanan bu nedenle kabulü gerekir." Yarg. 13. HD., T. 25.09.2019, E. 2019/1422, K. 2019/8836 (www.legalbank.com E.T: 17.05.2024).

⁶⁹ Arı, s. 242; İkizler, s. 275; Kesici, s. 417; Yazara göre mahkeme de Kurula ihbarda bulunabilir. Atıcı, s. 63-64.

mından konu daha hassastır. Çünkü uyumlu eylemlerin varlığının kanıtlanması için ayrıntılı piyasa analizi gerekmektedir⁷⁰. Bu nedenle mahkemeler sağlıklı karar verebilmek ve çelişkili kararların önüne geçmek için ihlal kararından önce önlerine gelen tazminat davalarına bakmamaktadır. Bekletici sorun⁷¹ yapma, görülmekte olan davanın sağlıklı karara bağlanması, usûl ekonomisi ve çelişik kararlar çıkmaması bakımından önemlidir⁷².

Yukarıda belirttiğimiz gibi rekabet ihlallerinin ispatlanması çok zordur. Bu nedenle Kurul kararının varlığı, davacının bir ihlalin varlığını ispat etme yükünü yerine getirmesini sağlamaktadır⁷³. Kurulun amacı mutlak gerçekliğe ulaşmak olduğundan, yürüttüğü soruşturmalarda, tarafların beyanları ve sundukları deliller ile bağlı kalmamakta, çok yönlü incelemeler yapmaktadır⁷⁴. Bunun yanı sıra Kurulun hukuka aykırı karar ve anlaşmalara muafiyet tanıyarak bunlara hukuka uygunluk nedeni yaratabilme özelliği Kurulun uyuşmazlık konusunda görüşünün alınması için önemli bir nedendir⁷⁵. Bu nedenlerle adli mahkemeler ve Kurul kararı arasındaki ilişki ispat konusu bakımından büyük önem taşımaktadır.

Tazminat davasının kaynağı bir haksız fiil olduğu için fiil, kusur, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık gerçekleşmesi gerekmektedir (TBK m. 49). Bu unsurlar hakkında açıklamalara çalışma konusunun kapsamını genişletmemek amacıyla yer vermeyi uygun görmedik. Ancak hukuka aykırılık ve kusurun ispat bakımından gösterdiği özellikler ile kesinleşmiş bir Kurul kararının açılacak tazminat davasında nasıl değerlendirileceği (delil olabilmesi) konularına ise aşağıda değineceğiz⁷⁶.

⁷⁰ Uyumlu eylemlerin hem varlığının ispatı hem de yasaklanması anlaşma ve kararlara göre daha zordur. **Aslan**, s. 2224.

⁷¹ Bekletici sorun, hakimin bir dava hakkında karar verebilmesi için daha önce çözülmesi gereken sorunu başka bir mahkeme veya merci tarafından çözülüp, karara bağlanması gereken hallerdir. Bkz. **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku*, 11. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 315.

⁷² **Yılmaz**, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* 3. Cilt, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 3222; **Gürkaynak**, s. 595; **Atıcı**, s. 64.

⁷³ **Aslan**, s. 1201.

⁷⁴ **Aslan**, s. 1202; **Atıcı**, s. 58.

⁷⁵ **Atıcı**, s. 76.

⁷⁶ Bkz. IV, B.

II. İSPATIN KONUSU BAKIMINDAN UYUMLU EYLEMLERDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İspat konusu maddi vakılardır⁷⁷ (HMK 187/1). İspatı gereken vakıalar, hukuki sonuç bakımından önemli olanlardır⁷⁸⁻⁷⁹. İspatı gereken olaylar müspet (olumlu) olaylar olabileceği gibi, menfi (olumsuz) olaylar da olabilir⁸⁰. Bu maddi vakıaları ispat için delil gösterilir.

Hukuki sonucun, bir vakıanın mevcut olmamasına, gerçekleşmemesine veya bir süreç ya da kişi hakkındaki değer yargısının somut duruma uygun olmamasına bağlandığı durumlarda, koşul vakıayı, menfi vakıa olarak nitelendirmek gerekir⁸¹. Menfi vakıaların ispatı zordur. İspatı, sebepten hareketle, sebebin gerçekleşmediğinin ispatı; yahut sonuçtan hareketle, muhtemel sonuçların meydana gelmediğinin ispat edilmesi veya menfi vakıanın aksinin imkansız olduğunun ortaya konulması suretiyle gerçekleştirilir⁸². Bu zorluk-

⁷⁷ **İspatın konusu**

MADDE 187- (1) İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir.

(2) Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz.

⁷⁸ **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. II, Altıncı Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1968; **Yıldırım**, Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1990, s. 115; **Tanrıver**, Süha: Medeni Usul Hukuku, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 844; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 338; Örneğin, teslim, talep, kasıt, kusur, bir hususu bilme yahut bilmeme anlamında iyi niyet ve kötü niyet, haksız rekabet, zarar, ihtar, süre, kötü muamele, sözleşme gibi. **Atalı**, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayın, Ankara 2023, s. 465; **Taşpınar**, Sema: “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD 1996, C. 45, S. 1-4, s. 544; İspatı gereken olaylar, hukuki sonuç bakımından önemli; davanın haline müessir, hakim vereceği kararı etkileyen ve hakim karar verirken dikkate alması gereken olaylardır. **Başözen** Ahmet: Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 12.

⁷⁹ “Bir davada o davanın çözümünü etkileyebilecek (davanın çözümü için gerekli) olan vakıalar için delil gösterilir ve ancak bu deliller inceleme konusu yapılır. Yukarıda belirtildiği gibi hakim, ön incelemede tarafların bildirdikleri ve fakat davanın çözümü için gerekli (dava ile ilgili) olmayan vakıaları ayırır ve bunları tahkikat konusu yapamaz...” Yarg. 3. HD., T. 11.09.2012, E. 2012/12921, K. 2012/18468 (www.legalbank.net E.T: 14.05.2024).

⁸⁰ **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Basım Yayın, 2009, s. 306; **Tanrıver**, s. 848; **Yılmaz**, Şerh, s. 3496; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 341.

⁸¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 341.

⁸² **Tanrıver**, s. 848; Detaylı bilgi için bkz. **Atalay**, Oğuz: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, DEÜ Yayınları, İzmir 2001, s. 91 vd.

tan dolayı (özellikle belirsiz menfi vakıalar bakımından) ispat yükü taşımayan karşı tarafın olayın aydınlanmasına katılması yükümlülüğü vardır⁸³. Ancak böyle bir halde ispat yükünü üstüne almış sayılmaz⁸⁴.

Rekabet hukukuna aykırı bir anlaşmadan kaynaklanan tazminat davalarında ispatın konusu hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve illiyet bağının varlığı iken uyumlu eylemlerden kaynaklanan davalarda bu durum daha farklıdır. Gerçekten bir uyumlu eylemin ispatı için iki unsurun ispatı gerekir: (1) Rakip teşebbüsler arasında bir sosyal temasın (“görüşme durumu”nun) varlığının ispatı; (2) piyasa hakkında yapılan iktisadi analizin uyumlu eylemin varlığını göstermesi⁸⁵.

Teşebbüsler arasında bir temas olmasa da RKHK, piyasada gerçekleşen hareketlerden yola çıkılarak uyumlu eylemin varlığının kabul edilebileceğini belirtmektedir. Örneğin davacı ilgili pazarda davalı teşebbüsün de içinde olduğu “piyasa bölüşme” veya bu teşebbüslerin “fiyat belirleme” gibi konularda bağlantı kurduğu hakkında delil sunulabilir ancak böyle bir delil sunulmadığında kesin olarak uyumlu eylemin ispatlanamadığı sonucuna varılabacaktır.

Tek başına uyumlu eylemin varlığı (her ne kadar rekabet piyasalarında istenmeyen bir davranış ve gerçekleştiği piyasada yer alan herkesin zarar gördüğü görüşü hâkim olsa da) davacının tazmin talebini haklı kılmaz. İspat meselesi genel hükümlere (TBK m. 50) göre yapılacaktır⁸⁶. Burada davacının zararının, rekabet hukuku bakımından tazmin edilebilir türden bir zarar olduğunu ortaya koyması beklenmektedir⁸⁷.

Kusur bakımından tartışmalı olan noktalar ise, bu sorumluluğun kusursuz sorumluluk hali sayılıp sayılamayacağı ve davacı bakımından ispatının gerekip gerekmeyeceğidir. Yukarıda adı geçen Yeşil Kitapta AB Komisyonu ülkelerinde bir kısmının kusurlu sorumluluk halini benimsediği bir kısmının ise kusursuz sorumluluk esasını (hukuka aykırılığın aynı zamanda kusurun varlığına karine oluşturduğu) benimsediği yer almaktadır⁸⁸.

⁸³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 342.

⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 342, **Muşul**, Timuçin: Medeni Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 324.

⁸⁵ **Budak**, Ali Cem: “AT Konsey ve Komisyonu’nun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat” Rekabet Kurumu Yayınları Perşembe Konferansları, Ankara 2004, s. 141.

⁸⁶ **Güven**, Rekabet, s. 220; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 265; **Gürkaynak/Yıldırım/Özgökçen/Aydın**, s. 116.

⁸⁷ **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 241; **Kesici**, s. 223.

⁸⁸ **Kortunay**, s. 101.

Türk hukukunda benimsenen bir görüşe⁸⁹ göre, Rekabet hukuku bakımından kusur ve hukuka aykırılık unsuru iç içe geçmiştir. Buna göre kusurun varlığı aranmakla birlikte (ya da kusursuz sorumluluk⁹⁰ hali öngörülmektedir) sadece kusurun ispatı aranmamaktadır. Uyumlu eylemde teşebbüsler arasındaki bağlantının varlığı (ve paralel davranışların bağlantıya istinat etmesi) kusurun varlığı için yeterli olmaktadır⁹¹. Kesinleşmiş Kurul kararıyla kusur da gerçekleşmiş sayılacaktır⁹². Bizce de diğer rekabet ihlallerinden ayrılarak davacı lehine ispat kolaylığı sağlanan uyumlu eylemde kusurun ispatının davacıya yüklenmemesi gerekmektedir.

Uygulamada Kurul kararının kesinleşmesinin bekletici mesele yapıldığı bir durumda artık davaya bakan mahkemenin hukuka uygunluk ve kusur araştırması yapmayacağını belirttik. Bu yüzden davalının kusursuz olduğunu ispatlayarak aleyhe bir sonuçtan kurtulma ihtimalinin uyumlu eylemler bakımından mümkün olmadığı görüşündeyiz⁹³.

Davacı, uyumlu eylem ile uğradığı zarar arasında nedensellik bağı olduğunu ortaya koymalıdır. Nedensellik bağının bu davalar bakımından bir özellik gösterdiği fikrindeyiz. Özetlersek davacı, hukuka aykırılık ve kusuru ispat etmesi gerekmezken, zarar gördüğünü, bunun kapsamını ve zararının davalının eylemlerinden kaynaklandığını ispat etmelidir.

⁸⁹ **Sanlı**, Kerem Cem: Rekabet Kurulu'nun 12 Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılmakta Olan Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler, LHD C. 16, S. 183, 2012, s. 1096; **İkizler**, s. 357; **Akıncı**, s. 372; **Arı**, s. 216; **Cömert**, s. 162; **Yılmazsoy**, s. 143,164.

⁹⁰ İlgili düzenlemenin kusursuz sorumluluk olduğu görüşü için bkz. **Arı**, s. 216; **Akıncı**, bilinçli paralellikten kaynaklı uyumlu eylemlerde kusurun varlığının karine olarak kabul edileceğini, iş birliği hallerinde ise kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinin davalı taraf bakımından zorluk yaratacağı görüşündedir. **Akıncı**, s. 367-371; Aksi görüşte olan **İnan**, tazminat sorumluluğu için kusurun şart olduğunu, kusursuz sorumluluk hallerinin sadece kanunda sayılan hallerde kusurun aranmayacağı görüşündedir. **İnan**, Nurkut: "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II 9 Nisan 2004 Kayseri İçinde, Ankara 2004, s. 48; RKHK'da yer verilen haksız fiil sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu ancak bunun açıkça belirtilmemesinin bir eksiklik olduğu ifade edilmiştir. **Cengiz**, s. 385-386.

⁹¹ **İkizler**, s. 357.

⁹² **Sanlı**, On İki Banka, s. 1096; **İkizler**, s. 357; **Cömert**, s. 162.

⁹³ Hakim durumun varlığı halinde veya dikey bir ilişki içinde gerçekleşen ihlal halinde istisnai de olsa kusurlu olmadığını ispat eden davalının sorumluluktan kurtulabileceği görüşü için bkz. **Sanlı**, On İki Banka, s. 1097.

III. İSPAT YÜKLERİ BAKIMINDAN UYUMLU EYLEMLERDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İddia ve Somutlaştırma Yükü Bakımından⁹⁴

İddia yükü, koşul (soyut) vakıalara karşılık gelen somut vakıaları mahkemeye bildirmektir⁹⁵. İddia yükünün konusunu hukuken önemli maddi vakıalar oluşturur. O halde tarafların iddia yükünü yerine getirip getirmediği incelenirken her maddi vakıa değil somut olayda doğrudan doğruya önemli olan maddi vakıalar olup olmadığına bakılacaktır⁹⁶. Kural olarak iddia yükü, ispat yükünü taşıyan tarafta olduğundan iddia yükünün belirlenmesi önem taşımaktadır⁹⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194. maddesinde düzenlenen somutlaştırma yükü⁹⁸, maddi hukuk kuralından kendi lehine sonuç çıkartılması

⁹⁴ “Burada **iddia yükü** ile **somutlaştırma yükünü** birbirinden ayırt ederek konuya kısaca değinmek gerekirse... Somutlaştırma yükünün tam olarak yerine getirilmediği durumlarda hakimın davayı aydınlatma görevi (HMK 31. madde) ile ön inceleme hükümleri (HMK 137,140. maddeleri) dikkate alınmalıdır. Hakim, mümkün ise ön inceleme aşamasında somutlaştırmayı yeni bir vakıa meydana getirmeden mevcut vakıa kapsamında sağlamalıdır. Buna rağmen somutlaştırma sağlanmamış ise **ispat yükünün** yerine getirilmemesi nedeniyle davanın reddine karar vermek gerekecektir.” Gaziantep BAM., T. 05.12.2019, E. 2019/3270, K. 2019/2525 (www.legalbank.com E.T:11.05.2024); Bu konuda Yargıtay kararları için bkz: Yarg. T. 22. HD, 14.10.2014, E. 2014/19856, K. 2014/27673, Yarg. 9 HD., T. 16.02.2021, E. 2020/5118, K. 2021/4007; Yarg. 22. HD, T. 06.04.2017, E. 2017/6529, K. 2017/7949; Yarg. 22. HD, T. 06.10.2016, E. 2016/24910, K. 2016/22934 (www.legalbank.net E.T: 11.05.2024).

⁹⁵ Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder: İspat Yükü, Kazancı Hukuk Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1980, s. 17; Umar, Bilge: İspat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Diğer Bazı Kavramlar, 1962, s.139; Atalay, s. 24; Yılmaz, bu yükü “*iddia etme yükü*” olarak adlandırmıştır. Yılmaz, Şerh, s. 3632; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 354; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 476; Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet: Medeni Usûl Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 470; İddia yüküne kısaca tarafın talebini haklı kılabilecek hukuk kuralının gerektirdiği temel maddi vakıaları mahkeme önüne getirme yükü de diyebiliriz. Özekes, Muhammet: HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı, C. 16 2014, s. 286.

⁹⁶ Burada ispat konusu ile iddia konusu aralarında bir fark bulunduğu görülmektedir. Hem iddianın hem ispatın konusu maddi vakıalar iken yukarıda belirttiğimiz üzere iddianın konusu “önemli maddi vakıalar” (HMK m.119/1-e) iken ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturmaktadır (HMK m.187/1).

⁹⁷ Atalay, s. 24; Umar, s.139; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 355.

⁹⁸ Somutlaştırma yükü, bir vakıa iddiası üzerine inşa edilmiş talepler ile ortaya çıkar ve tek tek olaylarda iddia yükünün değerlendirilebilir (somut) duruma getirir. Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 473.

dileğiyle mahkemeden talepte bulunan kişinin, söz konusu talebini dayandırdığı olayın unsurlarını teşkil eden olgularla birlikte mahkemeye sunmasıdır⁹⁹. Genel anlamda tarafların açıklama ödevinin¹⁰⁰ bir parçası ve dilekçeler aşamasındaki görünümüdür¹⁰¹. Aynı zamanda iddia edilen her bir vakianın hangi delil aracılığı ile ispat edilmek istendiğinin de gösterilmesi yükünü ifade eder¹⁰².

Uyumlu eylemlerden kaynaklanan tazminat davaları bakımından iddia yükünü değerlendirecek olursak, tazminat talebinde bulunan davacının fiil, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılığa ilişkin somut vakiaları ileri sürmüş olması gerekir¹⁰³. Örneğin burada davacının Kurul kararını dava dilekçesine eklemesi hukuka aykırılık ve kusur bakımından önem taşıyacaktır.

Davacı, somutlaştırma yükü çerçevesinde, davalının içinde bulunduğu uyumlu eylemi açıklayacak deliller ortaya koyacaktır. Karşı tarafın belgelerine ulaşamayacağından en azından ilgili teşebbüslerin aralarında iletişimlerini gösteren delilleri sunabilir. Bunlar, teşebbüslerin toplantı davetiyesi, toplantı notları, fiyat stratejileri hakkında bilgi sahibi olunduğunu gösteren iç yazışma belgeleri vb. olabilir.

İletişimin varlığını ortaya koyamayan davacı pazarda paralel davranışların bulunduğu dair delilleri de sunmalıdır. Örneğin birbirine paralel yayınlanan fiyat açıklamalarını, kampanya broşürlerini sunabilir. Ancak burada bahsettiğimiz, Kurul kararı olmadan, ihlalden zarar görüldüğü iddiasıyla tazminat talebinde bulunulmasıdır. Çünkü Kurulun ihlal kararının varlığı bu tartışmaları gereksiz kılacaktır. Teorik olarak mümkün görünen bu ihtimal en azından şu an yargı sistemimizde pratikte önem taşımamaktadır. Bu nedenle zarar ve illiyet bağına ilişkin somutlaştırma yapılmasının yeterli olacağı kanaatindeyiz.

Davacı bakımından burada beklenen hangi tarihler arasında ne kadar zarara uğradığını gösterecek somut vakiaları ve bununla ilgili delilleri ortaya koymasındır. Örneğin ticari defterler, mal alım satımı söz konusuysa alım satım faturaları eklenmelidir. AB uygulamasında da davacının hangi firma-

⁹⁹ Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usûl Hukuku, 7. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 2023, s. 268.

¹⁰⁰ Yılmaz, Şerh, s. 3631.

¹⁰¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 355-356.

¹⁰² Yılmaz, iddia yükü ve somutlaştırma yükünü “Somutlaştırma Yükü ve Delillerin Gösterilmesi” başlığı altında incelemiştir. Yılmaz, Şerh, s. 2629 vd.

¹⁰³ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 476;

dan ne kadar alım yaptığını ortaya koyması istenmektedir. AB Ülkelerine satış yapan bir firmanın herhangi bir AB ülkesinde dava açarken yine somutlaştırma yükü çerçevesinde uyumlu eylemi mekan bakımından da somutlaştırması beklenecektir.

Konuyu on iki banka karteli¹⁰⁴ bakımından ele alırsak davacı, hangi tarihte ne kadar kredi çektiğini, bunu davalı bankaya kaç TL olarak geri ödediğini ve bu faiz sebebiyle ne kadar zararı olduğunu açıklamalıdır. Fiyat ve kota kartelinden¹⁰⁵ bir örnek verecek olursak davacı, rakip teşebbüslerin kota ve fiyat tespitleriyle bölge paylaşımı yaptığı iddiasıyla bundan doğan zararını somutlaştırmalıdır.

B. İspat Yükü Bakımından

1. Genel Olarak

İspat yükü basit anlatımla hangi olay için ispatın kime düştüğü sorundur¹⁰⁶. Doktrinde, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının ispat edilememesi halinde aleyhe bir kararla karşılaşmak tehlikesi olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁷. İspat yükü, tarafların iddia ettikleri maddi vakıalarla ilgilidir¹⁰⁸. İspat yükü kendisine düşen taraf iddiasını ispat edemezse, diğer tarafın ispat faaliyetinde bulunmasına gerek kal-

¹⁰⁴ Karar künyesi için bkz. dn. 66.

¹⁰⁵ Kota anlaşmaları piyasa paylaşımının klasik şekillerinden birisidir. Kota anlaşması, tarafların üretim ve satış miktarlarına ait detaylı bilgilerin toplanması suretiyle, her bir tarafın kota çerçevesinde kendisine tahsis edilen miktarı aşmamasını sağlayacak bir sistemi içerir. **Topçuoğlu**, s. 225.

¹⁰⁶ **Umar/Yılmaz**, s. 5; **Taşpınar**, s. 548.

¹⁰⁷ **Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 613; **Atalay**, s. 9; **Umar**, s.139; **Kuru**, s. 1972; **Yıldırım**, s. 74; **Yılmaz**, Şerh, s. 3562; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 357; **Arslan**, Ramazan/Yılmaz, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, H. Sema/**Hanağası**, Emel: Medenî Usul Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.417; İspat yükü, belirli bir maddi olgunun, davada, taraflardan biri tarafından kanıtlanması zorunluluğunu ifade eder. Bkz. **Postacıoğlu**, İlhan E./**Altay**, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 555; İspat yükü yerine “*belirsizlik riskosu*” terimi de kullanılmaktadır. Bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 479; **Budak/Karaaslan**, s. 262; İspat yükü, davada taraflar arasında ihtilaflı olup, davanın hükme bağlanmasında etkili olan ve dosyaya girmiş bulunan bir vakıayı taraflardan hangisinin ispatla yükümlü olduğunu ifade eder. Bkz. **Muşul**, s. 321; **Budak**, Delillerin Toplanması ve İspat, s. 141; **Taşpınar**, s. 546.

¹⁰⁸ **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s.306; **Umar**, s.139; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 359; **Özekes**, Muhammet: Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 120; **Muşul**, s. 321; **Çiftçi**, Pınar: Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 406.

maz ve dava bu kimsenin aleyhine karara bağlanır¹⁰⁹⁻¹¹⁰. Bu bir yük (kulfet) olduğu için taraf veya mahkeme mutlaka ispat edilmesini isteyemez¹¹¹. İspat yükünün tarafların rolü ile ilgisi yoktur¹¹². Yani davacıda (kural olarak böyledir) olabileceği gibi davalıda da olabilir.

İspat yükünün her zaman davacıda olmayacağını belirttik. O halde ispat yükünün taraflar arasında nasıl paylaştırılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bununla ilgili genel bir kural belirlenebilmesi mümkün değildir. Doktrinde kimi yazarlarca bu konuda toplumsal ve ekonomik gelişmelerin önem arz ettiği, özellikle “ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması” gibi kavramların ispat yükünü etkileyeceği belirtilmiştir¹¹³. İş hukuku, tüketici hukuku gibi taraflardan birinin daha zayıf olduğu hukuk alanlarında ispat yükünün zayıf olan tarafın lehine olacak şekilde paylaştırıldığı görülmektedir.

İspat yükü ile ilgili asıl konu, kanunda yer alan bir karinenin varlığı olduğu için karineler hakkında bilgi verecek olursak; karine, karışık bir iş veya meselenin anlaşılmasına ve çözümlenebilmesine yarayan iz, ipucu, bir durumun anlaşılmasına yardım eden belirti olarak tanımlanmaktadır¹¹⁴.

¹⁰⁹ Yılmaz, Şerh, s. 3562; Yıldırım, s. 74; Postacioğlu/Altay, s. 556; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 309; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 418; Tanrıver, s. 883; Muşul, s. 321.

¹¹⁰ “Kendisine ispat yükü düşmeyen taraf, karşı (kendisine ispat yükü düşen) tarafın iddiasını (olguyu) ispat etmesini bekleyebilir. Kendisine ispat yükü düşen taraf iddiasını ispat edemezse, diğer (kendisine ispat yükü düşmeyen) tarafın onun iddiasının aksini (hilafları) ispat etmesine gerek yoktur; o olgu ispat edilmemiş (yani dava bakımından yok) sayılır.” HGK., T. 24.05.2017, E. 2017/1633 E., K. 2017/1013 (www.legalbank.net E.T: 11.05.2024).

¹¹¹ Kuru, s. 1972; Tanrıver, s. 844; Atalay, s. 14; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 357; Kuru, Baki/Aydın, Burak: Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 240; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 417; “Tarafları ispata zorlayan bir yükümlülük değil, yalnızca kendi yararınıdır.” Taşpınar, s. 546; Erdönmez, Güray: Medeni Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 95.

¹¹² Kuru/Aydın, s. 242; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 359; İspat yükü davacıya düşebileceği gibi davalıya da düşebilir. İspat yükünün dağılımı bakımından vakıayı ileri süren tarafın kim olduğu değil, o vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kimin lehine çıkarıldığı önemlidir. Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 419; Taşpınar, s. 548.

¹¹³ Umar/Yılmaz, s. 38-39; Taşpınar, s. 534.

¹¹⁴ Karineler bir hukuki durumun aydınlanması; bir hukuki görüşe güvenin korunması veya muamele hayatının özel gereklerinin karşılanması şeklinde bir ispat zorunluluğunu kaldırması yahut kurumların varlığının korunması gibi çeşitli amaçlara hizmet eder. Taşpınar, s. 534; Karine kavramı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Karakaş, Fatma Tülay: “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, AÜHFD, Yıl 2013, C. 62, S. 3, s. 731.

Hukukta karine, varlığı bilinen bir olaydan bilinmeyen başka bir olayın veya hukuksal durumun varlığı yahut yokluğu hakkında sonuç çıkarılmasıdır¹¹⁵. Karinenin varlığı sayesinde kimi zaman bir olgunun varlığını ispata gerek olmazken kimi zaman da karinenin varlığının sonucu olarak ispatın konusu değişmektedir¹¹⁶. Karine temeli ile karine sonucunu birbirinden ayırt etmek gerekir. Karineye dayanan taraf, ancak karine temelini ispat etmek yükü altındadır (HMK m. 190/2 gerekçesi).

Karineler, kanuni karine ve fiili karine olmak üzere ikiye ayrılır¹¹⁷. Hâkim tarafından çıkarılan bir sonuç varsa fiili karineden, kanun tarafından çıkarılan bir sonuç varsa yani kanunda düzenleniyorsa kanuni karineden bahsedilmektedir¹¹⁸. Hâkim kanuni karinelerde karine sonucu ile bağlıdır¹¹⁹. Kanuni karineye dayanan taraf ispat yükü altında olmaya devam edecek sadece ispat yükünün konusu değişecektir¹²⁰. Kanuni karineler de aksinin ispat edilip edilememesine göre kesin kanuni karine ve kesin olmayan (adi) kanuni karine şeklinde ikiye ayrılmaktadır¹²¹.

Bir diğer ayrım ise hak karineleri ve olay karineleri şeklindedir¹²². Hak karinesi, bir hakkın veya hukuksal ilişkinin var olduğu veya olmadığı hakkında bir sonuca varılması sonucunu doğurmaktadır¹²³. Belli bir hukuksal sonucun doğumu için varlığı gerekli olumlu veya olumsuz olayın gerçekleşmiş olduğunun, var olduğu anlaşılan ama bu hukuksal sonuçla ilgisi olmayan başka bir olaydan çıkartılmasına imkân tanıyan kanun hükmü olay karinesidir¹²⁴.

¹¹⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 314; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 350; Kuru/Aydın, s. 214; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s.421; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 473; Taşpınar, s. 534; Karakaş, s. 731; Başözen, s. 65; Topuz, Gökçen: Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 50.

¹¹⁶ Konuralp/Orhan Emre: “Uyumlu Eylem Karinesi ve İspat Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editörler: Emek Toraman Çolgar, Abdurrahman Kayıklık, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 426.

¹¹⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 314; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 350; Kuru/Aydın, s. 214; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s.421; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 473; Taşpınar, s. 534; Başözen, s. 66; G. Topuz, s. 55.

¹¹⁸ Taşpınar, s. 534; Başözen, s. 67; G. Topuz, s. 68.

¹¹⁹ Karakaş, s. 736.

¹²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 350.

¹²¹ Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 421; Taşpınar, s. 534; Karakaş, s. 736; Başözen, s. 67; G. Topuz, s. 55.

¹²² Taşpınar, s. 534; Karakaş, s. 737; Başözen, s. 68; G. Topuz, s. 66.

¹²³ Taşpınar, s. 535; Karakaş, s. 737; Başözen, s. 68; G. Topuz, s. 67.

¹²⁴ Taşpınar, s. 535; Karakaş, s. 737; Başözen, s. 68; G. Topuz, s. 66.

İspat yükünün ispat hakkı ile olan yakın ilişkisi nedeniyle ispat hakkı ve bu hakkın temelini oluşturan hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin uyumlu eylemlerden kaynaklı tazminat davaları ile ilgili özellik arz eden hususlarını aşağıda¹²⁵ değerlendireceğiz.

2. Uyumlu Eylemlerden Kaynaklanan Tazminat Davalarının Değerlendirilmesi

Rekabet hukuku ihlalden kaynaklı tazminat davalarında genel ispat kuralı geçerliken, Kanun koyucu uyumlu eylemler bakımından ispat yükünü kolaylaştırmıştır. Uyumlu eylemlerde ispatın yetersiz kalması ve teşebbüslerin arasındaki bağlantının ispatındaki güçlük gibi nedenlerle uyumlu eylemlerin ispatında paralel davranışlardan yola çıkarak uyumlu eylemlere varılmasını sağlayan bir karine getirilmiştir¹²⁶. Zaten rekabet hukuku karinelere dayanmak durumundadır¹²⁷.

Rekabet ihlali yapan teşebbüslerin delillere daha yakın olması ve bu delilleri ortadan kaldırmaya yatkın olması mümkündür. Rekabet hukukunda delillerin dağınık ve parçalı olması yüzünden, bunlar arasında bağlantıların kurulabilmesi ancak rekabet otoritelerinin ve yargı mercilerinin karinelere gibi araçlarla ispat yüklerinin hafifletilmesi ile mümkün olacaktır¹²⁸.

Fiyat bakımında bir örnek verecek olursak, birçok ülkede fiyat tespiti içeren anlaşmalar *per-se* yasaklanmıştır¹²⁹. Bu nedenle teşebbüslerin rekabet düzeninde korunmayan anlaşmaları veya iş birliğini gizli yapma eğilimi olmaktadır¹³⁰. Taraflarca bir araya gelinerek aleni bir şekilde yapılan rekabet hukuku anlamında bir anlaşmanın deşifre olması söz konusudur. Bu yüzden taraflar hiçbir iz bırakmadan kendilerini istenen sonuca götürebilecek bir iş birliği yapmayı isterler. Zira uygulamada teşebbüslerin tercih ettikleri reka-

¹²⁵ Bkz. Bölüm III. B. 2.

¹²⁶ **Aslan**, s. 1199; **İkizler**, s. 311; **Gürkaynak**, s. 152.

¹²⁷ **İnan**, s. 77.

¹²⁸ Bu ekonomik deliller arasındaki bağlantıların kurulabilmesi, ekonomik delillerin karmaşıklığının giderilmesi ve hatta bazen birbiri ile çelişen ekonomik deliller arasında doğru olanın tercih edilebilmesi için rekabet otoritelerinin ispat yükünü hafifletecek karinelere başvurabileceği savunulmaktadır. **Balci**, Murat/**Havan**, Muhammet Emirhan: “Türk Rekabet Hukukunda İspat Standardı”, TFM, C: 10, S: 2, 2024, s. 190.

¹²⁹ **Atiyas/Gürkaynak**, s. 92.

¹³⁰ İş birliği gizlenmekte ve örtülülük yöntemiyle kamufle edilmektedir. **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 17; Uyumlu eylemin tarafları genellikle rekabet yasaklarından kurtulmak ve bildirim şartından kaçmak amacıyla, aralarındaki ilişkiyi anlaşma boyutuna taşımamaktadırlar. **Yılmazsoy**, s. 127.

bet ihlali yöntemleri arasında gizli anlaşmalar büyük bir orana sahiptir¹³¹. Çünkü gizli anlaşmaların henüz uygulanması aşamasına geçilmeden ihbar edilmesi veya ispatlanabilmesi olasılığı düşüktür¹³².

Gizli anlaşmalar (anlaşma veya iş birliği) uygulandıktan sonra piyasada bozucu etki yaratacaktır. Bu halde Kurul veya zarar görenlerin ispat hakkı olmalıdır. İspat hakkı kısaca, somut bir vakıa iddiası hakkında bir delilin elde edilmesi ya da ikamesi ile bunun dikkate alınmasını talep hakkı olarak tanımlanabilir¹³³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinde "*Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir*" şeklinde düzenlenmiştir.

İspat hakkının dayanağı, adil yargılanma hakkı ve bu hakkın bir görünümü olan hukuki dinlenilme hakkıdır¹³⁴. Hukuki dinlenilme hakkı, tarafların delil gösterebilmesi, bu delillerin mahkemede tartışılması ve bunların dikkate alınarak karar verilmesini sağlayan bir temel haktır¹³⁵. Uyumlu ey-

¹³¹ Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 27.

¹³² Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 28.

¹³³ Pekcanitez, konuyu açıklama hakkı ve delil gösterme hakkı başlıkları altında incelemiştir. Pekcanitez Hakan: "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000, s. 775 vd; İspat hakkı taraflara iddialarını dayandırdıkları vakıaları yargılama içinde ileri sürebilme, bu vakıaların doğruluğunu deliller vasıtasıyla ispat edebilme, delillere erişebilme, delillerin toplanması faaliyetine katılabilme ve delillerin toplanması sonunda verilen karar hakkında açıklamada bulunabilme hakkıdır. Çiftçi, s. 18; Toraman, Barış: "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1493; Okumuş, Nagehan: "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkının Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi", Anayasa Yargısı, C. 40, S. 2, 2023, s. 119; Yazarlar, ispat hakkını delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile ilişkilendirmektedir. Yıldırım, s. 100 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 300.

¹³⁴ Pekcanitez, s. 754,760; Özekes, ispat hakkını (açıklama hakkı bağlamında ele alıyor) hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak belirtmektedir Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 123 vd; Benzer şekilde Yeşilova da konuyu açıklama hakkı olarak ele aldığı çalışmasında "ispat ve delil hakkından" bahsetmektedir. Yeşilova, Bilgehan: "Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği", TBB Dergisi, S. 86, 2009, s. 63,78 vd; Yıldırım, ispat hakkını genel itibarıyla delillerinin değerlendirilmesi ile ilişkilendirdiği için, mahkeme kararının gerekçesinde bir tarafın delili değerlendirilirken diğerinin delilinin dikkate alınmamasının hukuki dinlenilme hakkının ihlaline neden olacağı belirtmiştir. Yıldırım, s. 199; Toraman, ispat hakkının hukuki dinlenilme hakkının sağlanmasının bir gereği ve bir sonucu olduğu görüşündedir. Toraman, s. 1494 vd; Çiftçi, s. 63; Okumuş, s. 125 vd; O. Konuralp, s. 426.

¹³⁵ Hukuki dinlenilme hakkının usul ilkeleriyle karşılaştırılması için bkz. Pekcanitez, s. 756 vd; Toraman, s. 1496-1497; Yeşilova, s. 78; Okumuş, s. 126-127; Ayrıca sürpriz kararlar karşılaşmanın önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesidir. Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 31.

lemde tarafların hukuken bağlanmak niyetiyle yaptığı yazılı veya sözlü bir sözleşme bulunmamakla beraber yine rekabet hukukunda anlaşma¹³⁶ olarak kabul edilebilecek sözleşme öncesi görüşmelere dair taahhütler, beyanlar, kabuller, tutanaklar, görüş bildiren yazılar, centilmenlik anlaşmaları vb. bulunmamaktadır. Bu durumda da davacının mahkemeye bir belge sunması beklenemeyecektir. İşte bu nedenle ispat hakkının bir sonucu olarak kanun, davacının piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren emareler sunmasını yeterli görmüştür.

Hukuki dinlenilme hakkının yanı sıra ispat hakkı, silahların eşitliği ilkesi ile de ilişkilidir¹³⁷. Silahların eşitliği ilkesi tarafların karşılıklı olarak iddia ve delillerini ortaya koyabilmesi ve karşı tarafın iddia ve delillerine karşı da beyanda bulunabilme imkanının teminat altında olmasıdır¹³⁸. Burada taraflara her daim eşit haklar tanınmasından bahsedilmemekte adil yargılamanın gerektirdiği bir muameleden söz edilmektedir¹³⁹.

Davacının elinde davalının rekabeti bozduğuna dair belge bulunma ihtimali zayıf olduğu için, RKHK m. 59 anlamında deliller sunması halinde ispat yükünün davalıda olacağı kuralı davacının ispat hakkının korunduğunu gösterir. Örneğin zarar gören bir tüketicinin davalı teşebbüsten zayıf olduğu açıktır¹⁴⁰. Tüketici, bu hüküm sayesinde ispat hakkını kullanacak ve adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olmayacaktır. Bu nedenlerle ilgili karine getirilmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkına Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrası Kurulun soruşturma yaparken uyumlu eylemin varlığına yönelik başvurduğu hükümdür¹⁴¹. Rekabetin Korunması Hakkına Kanun'un 59. maddesinde düzenlenen "ispat yükü" başlıklı hüküm ise artık uyumlu eylemden kaynaklı

¹³⁶ Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 25-27.

¹³⁷ Silahların eşitliği ilkesinin diğer yargısal temel haklar ile ilgili ilişkisi hakkında bkz. Yeşilova, s. 54 vd; Toraman, s. 1497-1499; Okumuş, s. 127-128.

¹³⁸ Pekcanitez, s. 759-760; Esas olan iddia ve savunma makamları için geçerli usulî imkânların birbirleriyle dengeli olması; dengenin birisi aleyhine bozulmamasıdır. Yeşilova, s. 52; Okumuş, s. 127; Her iki tarafın da aynı usulî imkanlar sahip olmasının teminat altına alınmasıdır. Toraman, s. 1498.

¹³⁹ Yeşilova, s. 54. İspat kolaylığı sağlanması için teşebbüsler aleyhine bir karine getirilmesi ispat hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesini ihlali bakımından değerlendirilebilir. İspat hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi için bkz. Çiftçi, s. 547 vd.

¹⁴⁰ Davacının bir teşebbüs veya tüketici olup olmadığı fark etmeksizin davanın tarafları arasında bir eşitsizlik vardır. O. Konuralp, 440.

¹⁴¹ Kurul kararlarında "uyumlu eylem karinesinin" kullanılması bakımından açıklamalar için bkz. Atiyas/Gürkaynak, s. 80 vd.

rekabet ihlalin varlığından sonraki aşamayı anlatır. Yani rekabet ihlali sonucu zarar görenlerin uğradıkları zararı tazmin için adli mahkemelere başvurusu durumunda yargılama makamlarının dikkate alacağı usûl kuralıdır. Hükmün (RKHK m. 59) gerekçesinde de belirtildiği üzere iki kanun hükmü birbirine paraleldir ve bu “uyumlu eylem karinesi” olarak nitelendirilmiştir aslında pratikte pek bir önemi bulunmamaktadır.

İlgili hüküm şu şekildedir:

İspat Yüğü

Madde 59- Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.

Hem “kanıt” hem “ispat” kavramları kullanılmıştır. Terminoloji birliği bulunmamaktadır. Yalnızca “ispat” kavramına yer verilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bunun yanı sıra “ispatlama yükü” kavramına yer verilmektedir. İspatlama yükü denilirken ispat yükünden bahsedildiği anlaşılrsa da bu kullanım doğru değildir. Usûl hukukunda böyle bir kavram bulunmamaktadır. Bunun yerine “ispat yükü” kullanılması isabetli olacaktır.

Rekabet hukukuna ilişkin eserlerde ispat yükünün yer değiştirdiği (ters çevrildiği) lafzı bulunmaktadır¹⁴². Oysa ispat yükü yer değiştirmez¹⁴³. Burada ispat yükünün değil delil ikame yükünün yer değiştiği söylenebilir¹⁴⁴.

¹⁴² Aslan, s. 1199; Badur, s. 64, 67, 70; Kortunay, s. 120; Gürkaynak/Yıldırım/Özgökçen/Aydın, s. 115; Hatta Yılmaz da RKHK’nun 4. ve 59. maddelerinden ispat yükünün yer değiştirdiğini zikretmiştir. Yılmaz, Ejder: “Rekabet Kanunu Uygulamasına Usûl ve İspat Kuralları”, Rekabet Kurulu Perşembe Konferansları 13, Ankara Kasım 1999, s. 98; Yılmazsoy, s. 162.

¹⁴³ Budak, ispat yükünün yer değiştirmediyini, kanuni karine nedeniyle karine temelini oluşturan vakıaların ispat bakımından yeterli olacağının öngörüldüğünü belirtmiştir. Budak, Ali Cem: Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, 2003, s. 59; Postacıoğlu/Altay, s. 556; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 358; Tanrıver, s. 883; Atalay, s. 6-13; Budak/Karaaslan, s. 266; Muşul, bazı durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesinin iyiniyet kuralına uygun düşeceği ifadesini kullanmıştır. Muşul, s. 324; Başözen, s. 93; Yazarlar ispat yükünün yer değiştirdiğini belirtmeseler de, ispat yükünün yer değiştirmesi ve ispat standardının düşürülmesi arasında pratik bir fark bulunmadığını her ikisinde de teşebbüsler masumiyetlerini ispatlamak zorunda kaldığını bu yüzden karineler ile sadece ispat standardının değiştiği görüşüne katılmamışlardır. Balcı/Havan, s. 194.

¹⁴⁴ Postacıoğlu/Altay, s. 556; Atalay, s. 50.

Zaten karinelerle karşı tarafa geçen ispat yükü değil delil ikame yüküdür¹⁴⁵. Doktrinde bunlar “*özel ispat yükü kuralı*” olarak da adlandırılmaktadır¹⁴⁶.

Bu karine uyumlu eylemin varlığına ilişkindir. Belirtmemiz gerekir ki karineye dayanan tarafın ispat yükünden kurtulduğu ibaresi doğru değildir. Kanuni karinelerin getiriliş amacında olduğu gibi sadece uyumlu eylemlerde görülen ispat güçlüğüne hafifletilmesi istenmektedir¹⁴⁷. Asıl ispat yükünü taşıyan taraf (davacı) yine karine temelini oluşturan olayları ispat edecek, davalı da örneğin uyumlu eylem addedilen davranışların piyasanın yapısından kaynaklandığını, rekabeti ihlal edici bir eylem olmadığını açıklayacaktır¹⁴⁸. Burada karine sonucunun¹⁴⁹ da “uyumlu eylem” olduğunu söyleyebiliriz.

Karinenin aksi davalının ortaya koyacağı delillerle çürütülebileceğinden burada kesin olmayan bir kanuni karine söz konusudur¹⁵⁰. Kesin olmayan kanuni karinelerde kanun koyucu karineden hareketle öngörülen sonucun gerçekleşmesini kuvvetli bir olasılık olarak görmekte, ancak yine de aksinin gerçekleşebileceğini düşünmektedir¹⁵¹.

İlgili hükümde “*teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer*” denilerek davalının uyumlu eylemde bulunmadığını yani ulaşılan sonucun (burada ulaşılan sonuç davalının piyasada diğer teşebbüsler ile uyumlu eylem meydana getirmiş olması) aksini ispat olanağı tanınmaktadır. Bu olanak tanınmamış olsaydı kesin kanuni karine söz konusu olurdu¹⁵².

Konuyu bir diğer ayırım olan hak karineleri ve olay karineleri bakımından değerlendirecek olursak bunun olay karinesi olduğu kanaatindeyiz¹⁵³.

¹⁴⁵ Umar/Yılmaz, s. 174; Taşpınar, s. 535; Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 408; Başözen, s. 92; Konuralp, karinelerin asıl işlevinin ispat yükünü değil ispatın konusunu değiştirmek olduğunu belirtmektedir. O. Konuralp, s. 426.

¹⁴⁶ Başözen, s. 94.

¹⁴⁷ Umar/Yılmaz, s. 174; Taşpınar, s. 563; Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 410.

¹⁴⁸ İnan/Piker, s. 106; Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 410.

¹⁴⁹ Olay karinelerinin hukuki sonuç cümlesi karine sonucudur. G. Topuz, s. 73.

¹⁵⁰ Budak, Deliller ve İspat, s. 59; Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 410; O. Konuralp, s. 430.

¹⁵¹ Karakaş, s. 740.

¹⁵² Kanunda aksinin ispatının mümkün olduğu açıkça düzenlenmemiş kesin olmayan karineler de vardır. Kanun, karine içeren hukuk kurallarının bir kısmında açıkça aksinin ispatının mümkün olup olmadığını ifade etmiştir. Ancak bazı durumlarda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda yorum yoluyla bir sonuca varılacaktır. Karakaş, s. 750.

¹⁵³ Budak, Deliller ve İspat, s. 59; Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 410.

Belli bir hukuksal sonucun doğumu için varlığı gerekli olumlu veya olumsuz olayın gerçekleşmiş olduğunun, var olduğu anlaşılan ancak bu hukuksal sonuçla ilgisi olmayan başka bir olaydan çıkarılmasına olanak tanıyan kanun hükümleri olay karinelerini oluşturur¹⁵⁴. Olay karineleri bakımından önemli nokta ispat yükünü ortadan kaldırmayacağıdır¹⁵⁵.

*Aslan*¹⁵⁶, bu karinenin uygulanabilmesi için öncelikle mahkemeye bazı deliller sunulması gerektiğini, ancak bu delillerin uyumlu eylemin varlığına ne derecede karine teşkil edeceğinin tartışmalı olduğunu ve elde edilmesi uzmanlık gerektiren bu delillerin değerlendirilmesinin mahkemelerce çok zor olduğunu vurgulamaktadır.

Davacı, “piyasa bölüşme”, “fiyat belirleme”, “belirli satıcıların boykot edilmesi” veya “üretim veya pazarlama kotası koyma” gibi konularda delil sunarsa uyumlu eylemin varlığını (yani hukuka aykırı fiili) ispat etmiş olur¹⁵⁷. Kurulun kararlarında kullandığı delil türleri bu açıdan yol gösterici olabilir. Bunlar; fiyat bildirileri, pazar paylaşımı gösteren tablo/harita, kota hesap tablosu içeren belge veya beyan, toplantı davetiyesi, rekabet ihlalini gösteren ilanlar, duyurular, rekabeti ihlal edici kampanyalar, şirket içi yönerge ve yönetmelikler ve benzeridir¹⁵⁸.

Örneğin on iki banka olayında, davalı banka, kartelin yol açtığı faiz veya fiyat seviyesinin, kartelden kaynaklanmadığı; kartel olmasaydı da bu faizin geçerli olacağı veya bu faiz belirlenmesinde Merkez Bankasının politikasının da etkili olduğu gibi bir savunma yapabilir¹⁵⁹. Yani ekonomik konjonktür, düzenleyici denetleyici devlet kurumlarının politikaları ve kredi maliyetleri ile kar oranları ekonomik ve rasyonel gerekçelendirmeye dayanak olabilir.

Kota tespiti örneğinde, piyasaya yeni teşebbüslerin girmesi sonrasında, bir ürünün mevcut teşebbüslerce eş zamanlı olarak üretiminin artırılması halinde, Dolara bağlı girdilerin önem arz ettiği ve Dolar değeri artınca o ürünün fiyatının da tüm üreticiler açısından aynı zamanda ve oranda artmasının piyasa koşulları gereği olduğu teşebbüslerce ispatlanabilir¹⁶⁰.

¹⁵⁴ **Taşpınar**, s. 535.

¹⁵⁵ **Cengiz**, Uyumlu Eylem, s. 408.

¹⁵⁶ Yazar, mahkemelerin bu zorluğu aşabilmesi için mahkemeler ile Rekabet Kurul’u arasında bir ilişki kurulması gerektiğini belirtmiştir. **Aslan**, s. 1199-1200.

¹⁵⁷ **Yılmaz**, Ejder: “Rekabet Hukukunda İspat Yüğü”, Ankara 2006, s. 5.

¹⁵⁸ **İnan**, s. 78.

¹⁵⁹ **Sanlı**, On İki Banka, s. 1098.

¹⁶⁰ **İnan**, s. 53-54.

Davalının uyumlu eylemde bulunmadığını ispat etmesi bir menfi vakıa¹⁶¹ ispatıdır. Menfi vakıanın yokluğu hakkında hakimde yeterli kanaat uyanırsa artık ispat yükü sorunu söz konusu olmaz¹⁶². Örneğin, davalı uyumlu eylemde bulunmadığını (dolayısıyla rekabetin ihlal edilmediğini) karşı ispat veya aksini ispat faaliyeti ile ispatlamışsa ve bu nedenle tazminat talebi reddedilmişse, artık mahkeme kararının ispat yüküne dayandığından söz edilemez¹⁶³.

Bu hükmün RKHK'nun 4. maddesi¹⁶⁴ ile paralel düzenlemeler olduğunu ifade etmiştik¹⁶⁵. Kurulun soruşturma yaparken benimsediği hüküm ile bu hüküm arasındaki fark şudur. İdari süreçte teşebbüsler, uyumlu eylemde bulunmadıklarını “*ekonomik ve rasyonel gerekçelere*” dayanarak ispat etmek durumundadır. Tazminat davaları bakımından ise bu sınırlama getirilmemiştir. İnan¹⁶⁶, bu sınırlamanın tazminat davaları bakımından da olması gerektiği ve böyle bir düzenleme getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Sonuç itibarıyla davalıların herhangi bir şekilde, uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispat etmeleri yeterlidir. Uyumlu eylemlerin genellikle az sayıda güçlü firmanın bulunduğu (oligopol) pazarlarda görüldüğünü belirtmiştik. Böyle bir pazarda iş birliğinde bulunan güçlü teşebbüslerin davalı, rakip küçük teşebbüslerin veya tüketicilerin davacı olduğu bilinmektedir. İşte bu sebeple kanun koyucunun ispat dağılımını bu şekilde belirlemesi anlaşılmalıdır.

C. Delil İkame Yükü Bakımından

1. Genel Olarak

Delil ikamesi, bir davada tarafları kendi vakıa iddialarının doğru olduğu veya karşı taraf iddialarının doğru olmadığı hususunda ispat sonucuna ulaş-

¹⁶¹ Menfi vakıalar ikiye ayrılır. Belirli menfi vakıalar ve belirsiz menfi vakıalar. Belirli menfi vakıalar, bunların tersi olan belli müspet vakıalar aracılığıyla somutlaştırılacak menfi vakılardır. İspat yükünü taşıyan taraf, kendisinden menfi vakıanın anlaşılacağı somut müspet vakıaları iddia etmek ve bunlar hakkında delil ikamesini mümkün kılacak derecede iddiasını somutlaştırma yükünü tam olarak taşımaktadır (yeter ki menfi vakıa iddiası karşı tarafça ikrar edilmiş olmasın). Menfi vakıaların ispatı hakkında bkz. Atalay, s. 8 vd.

¹⁶² Umar/Yılmaz, s. 4.

¹⁶³ İkizler, s. 264.

¹⁶⁴ “Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.” (RKHK m.4/4).

¹⁶⁵ RKHK'nun özel hukuka ilişkin sonuçlarının yer aldığı hükümlerin yeniden düzenlenmesi gerektiği ve buna ilişkin öneriler için bkz. İnan, s. 55-56.

¹⁶⁶ İnan, s. 56.

bilmek ve kendi lehine karar verilmesini sağlayabilmek amacıyla, çekişmeli vakıalar hakkında deliller (ispat araçları) sunarak gerçekleştirdikleri usûlî bir faaliyettir¹⁶⁷.

Delil ikame yükü ise objektif ispat yükü kuralları sebebiyle hâkimin aleyhte karar verme tehlikesini bertaraf etmek amacıyla tarafların, delil ikamesi faaliyetiyle kendi vakıa iddialarının doğruluğu veya karşı taraf iddialarının yerinde olmadığı yolunda hakimde yeterli derecede bir kanaat oluşturma yükü olarak tanımlanabilir¹⁶⁸.

İspat yükü ile delil ikame yükünün birbirinden farkı ise şudur: İspat yükü aleyhe kararlar karşılama tehlikesinin kimin üzerinde bulunduğunu gösterirken; delil ikame yükü ise ispatın biçim ve yöntemini gösterir¹⁶⁹. İspat yükünü düzenleyen kurallar maddi hukuka ilişkinken; delil ikamesi yükünü düzenleyen kurallar ise usûl hukukuna ilişkindir¹⁷⁰.

2. Uyumlu Eylemlerden Kaynaklanan Tazminat Davalarının Değerlendirilmesi

Tazminat davaları bakımından önemli olan genellikle delillerin, ihlali gerçekleştirenlerin hakimiyetinde olması ve davacının bunlara ulaşmasındaki güçlüklerdir. Özellikle de bu sorunun Kurul karar vermeden açılan tazminat davalarında ortaya çıkması kaçınılmazdır¹⁷¹. Bu engellerin aşılması için, AB Komisyonu reform çalışmaları kapsamında yayınladığı yeşil kitapta¹⁷² ihlalin varlığının tespitine ilişkin kararın mahkemeleri bağlayıcı olması ya da böyle bir kararın varlığı halinde ispat yüküne ilişkin kanunun değiştirilmesi önerilmiştir. Kanaatimizce, bu öneri mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyebileceğinden Rekabetin Korunması Hakkına Kanun'da ispat yüküne ilişkin kural benimsenmiştir.

¹⁶⁷ Umar/Yılmaz, s. 32; Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Getirilmesine İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 162; Atalay, s.16; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 360; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 481.

¹⁶⁸ Umar/Yılmaz, s. 32; Atalay, s.16-17; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 360; Taşpınar, s. 546.

¹⁶⁹ Umar/Yılmaz, s. 32; Taşpınar, s. 546.

¹⁷⁰ Umar/Yılmaz, s. 32; Atalay, s.17; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 361; Taşpınar, s. 546.

¹⁷¹ Bu sorunun çözümüne ilişkin öneriler için bkz. Kortunay, s. 97 vd.

¹⁷² AB Komisyonu, 25 üye ülkede rekabet ihlallerinden kaynaklı tazminat talebi uygulamalarına ilişkin araştırma yaparak 2005 yılında "AB Rekabet Hukuku'nun İhlali Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarına İlişkin Yeşil Kitap" yayınlamıştır. Buna göre tazminat boyutunun pek gelişmemiş olduğunu ve önemli derecede farklar olduğu belirtilmiştir. Bu konuda bkz. Kortunay, s. 94 vd.

Burada bizce önem arz eden konu davalının delil ikame etme yüküdür. Davacının (karine teşkil eden maddi vakıayı ispat etmesi halinde), karine gereği ispat yükü kendisinde bulunan davalı, davacının delil ikamesini beklemeyen kendi lehine olan delilleri davacı ile eş zamanlı olarak yerine getirmelidir¹⁷³. Karinenin davacı tarafından henüz ispat edilemediği durumda da davalının aydınlatma ödevi gereğince delil ikamesinde bulunması gerekecektir¹⁷⁴.

IV. İSPAT ÖLÇÜSÜ BAKIMINDAN UYUMLU EYLEMLERDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

İspat ölçüsü, iddia edilen bir vakıanın, hâkim tarafından ne zaman ispatlanmış kabul edilip bu vakıaya dayanılarak karar verilebileceğini; yani hakimın dayanılan vakıayı ispatlanmış kabul edebilmesi için gereken kanaatinin derecesini ifade eder¹⁷⁵. Bir vakıa için kesinlik sınırındaki ihtimal derecesi kabul edilmiş ise, *tam ispat*; ağır basan ihtimal derecesi kabul edilmiş ise *yaklaşık ispat*¹⁷⁶ söz konusu olacaktır¹⁷⁷. İspat yükü kural olarak ancak tam ispat ile yerine getirilmiş olur.

Kanunda öngörülmesi halinde tam ispat yerine yaklaşık ispat söz konusu olacaktır. Kanunun yaklaşık ispatı caiz gördüğü durumların ortak özelliği, bunların koşullu vakıalarının ispatının güç ya da imkânsız olmasıdır. Hâkimin çoğu kez acele karar vermesi gereken durumlar ile delil ikamesinin zor olduğu ve bu sebeple kesin ispatın beklenemeyeceği hallerde dikkate alacağı ispat ölçüsüdür¹⁷⁸.

¹⁷³ Yıldırım, s. 76; Budak, Deliller ve İspat, s. 60; Budak, Delillerin Toplanması ve İspat, 156.

¹⁷⁴ Aydınlatma ödevi, delil ikame etme yükü ve diğer ispat sorunlarıyla doğrudan ilişkilidir. Erdönmez, s. 67.

¹⁷⁵ Atalay, s. 15; Yıldırım, s. 39; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 294; Tanrıver, s.878; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 364; Budak/Karaaslan, s.265; Başözen, s. 112.

¹⁷⁶ Yıldırım, “yaklaşık ispat” ifadesini kullanmayıp ispat ölçüsünün düşürülmesini, ispat yükü yerine “ağır basan ihtimalin” tercih edilmesi olarak açıklayıp bunu da “ağır basan ihtimal ilkesi” olarak adlandırmıştır. Yıldırım, s. 77-78; Bazı hallerde hakikate yakın gösterme şeklinde bir ispat söz konusudur, “istekte hakkı olma ihtimalinin mevcut olması yeterlidir.” Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 294; Yaklaşık ispatın “inanılır kılma” şeklinde anlaşılması gerektiğiyle ilgili bkz. Budak/Karaaslan, s.265.

¹⁷⁷ Atalay, s. 43; Yıldırım, s. 56-57; Tanrıver, s. 880; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 364; Başözen, s. 114.

¹⁷⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 366.

B. Uyumlu Eylemlerden Kaynaklanan Tazminat Davalarının İspat Ölçüsünün Özellikleri

Rekabetin Korunması Hakkına Kanun'da ispat ölçüsünün düşürüldüğüne dair bir hüküm bulunmamaktadır. Tazminat davaları bakımından öngörülen kuralı bu açıdan yorumlayacak olursak kanunun tam ispattan vazgeçmediği sadece bazı emarelerin varlığı halinde kanuni bir karine olarak uyumlu eylemin varlığını kabul ettiği kanaatindeyiz¹⁷⁹. Burada tam ispatın varlığı için kesinlik sınırındaki ihtimal; yaklaşık ispatın varlığı için ise ağır basan bir ihtimal derecesinin arandığı söylenebilir¹⁸⁰.

Rekabet hukukunda uyumlu eylemler için aranan ölçünün en azından usûl hukukunda aranan ölçüden daha düşük tutulmadığı söylenebilir¹⁸¹. Doktrinde¹⁸² bizim katılmadığımız bir görüşe göre, uyumlu eylem karinesi ispat yükü ile ilgili değil, uyumlu eylemin tespitinde hangi ispat ölçüsünün kullanılacağıyla ilgilidir. Kanunda düzenlenmemişken ispat ölçüsünün düşürüldüğü kabul edilirse ortaya çıkacak sonuçlar düşünüldüğünde hukuki güvenlik zedelenecektir. Bizce ispat ölçüsü düşürülmemekte sadece ispat kolaylığı sağlanmaktadır.

V. İSPAT TÜRLERİ BAKIMINDAN UYUMLU EYLEMLERDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

İspat yükü üzerine düşen tarafın giriştiği ispat faaliyetine *asıl ispat* denir. Kural olarak iddia edilen vakıa için ispat yükünü taşıyan tarafça yapılması gereken ve uygulanacak normun koşul vakıasını karşılayan somut vakıaların ispatına yönelik bu ispat faaliyetinden sonra hâkimde oluşan geçici kanaati sarsmak veya çürütmek üzere karşı tarafça yapılan ispat faaliyeti *karşı ispat* olarak adlandırılır¹⁸³.

¹⁷⁹ İkizler, s. 293; Uzunallı, s. 95; RKHK m. 4 ve m. 59 hükümleri bakımından uyumlu eylemin varlığının tam ispat ölçütü ile kanıtlanabileceği belirtilmiştir. Cengiz, s. 314.

¹⁸⁰ O halde tam ispat her zaman %100 ispatı anlatmamakta ve vakıanın doğruluğu hususunda hiçbir makul şüphe olmaması anlamına gelmektedir. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 364-366; Tanrıver, s. 879-880; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 483.

¹⁸¹ İkizler, s. 294.

¹⁸² Budak, Deliller ve İspat, s. 55.

¹⁸³ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 294; Karşı ispatın delil ikame yükü olarak adlandırılabilmesi görüşü hakkında bkz. Atalay, s. 12-13; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 367; Tanrıver, s. 871; Postacioğlu/Altay, s. 551; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 484; Başözen, s. 15; İspat yükü kendisine düşen taraf, asıl ispatı yerine getirerek iddiasını

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 191. maddesi uyarınca, “Kendisine ispat yükü düşmeyen taraf, ispat yükü kendisinde olan tarafın iddiasını ispat etmesini beklemeden, onun iddiasının aksini ispat için delil gösterebilir”. Bu delile de karşı delil denir. Aksini ispat ise varlığı karine olarak kabul edilen vakıanın gerçekleşmediği hususunda hâkimde kanaat sağlamak için yapılan ispattır, bir asıl ispattır¹⁸⁴.

Bir diğer ayrım ise doğrudan ispat ve dolaylı ispat ayrımıdır. Doktrinde emarelere dayanılarak yapılan ispat, emare ispatı ya da dolaylı ispat olarak adlandırılmaktadır¹⁸⁵. Doğrudan ispat, doğrudan doğruya koşul vakıalara yönelen ispat faaliyeti iken, emare ispatı, koşul vakıalar yerine bunlara komşu vakıaların ispatlanması yoluyla hâkimde koşul vakıaların varlığına dair kanaat uyandırma faaliyetidir¹⁸⁶.

Emarelere dayanan ispatın özel bir türü de içtihatlar yoluyla geliştirilen ilk görünüş ispatıdır¹⁸⁷. İlk görünüş ispatı, aksini kabul etmek için özel sebepler bulunmadığı sürece, doğruluğu konusunda hayat tecrübelerine göre genel bir kanaat bulunan komşu vakıaların ispatlanması üzerine, bunlardan koşul vakıaların tamamının gerçekleşmiş olduğu sonucunu çıkarmaya imkân verir¹⁸⁸. Bu yüzden ilk görünüş ispatına kuvvetli emare ispatı da denilmektedir¹⁸⁹. Tam ispattan farkı ise, bir tecrübe kuralına dayandırılan tipik hayat olayında “somut olayda da böyle olmuştur” varsayımından hareket edilmesi-
dir¹⁹⁰.

kanıtlarsa, “silahların eşitliği” kuralı uyarınca, diğer tarafın ispat edilen hususun aksini ispat etmesine olanak verilir. Buna “*karşı ispat*” denir. Bkz. **Yılmaz**, Şerh, s. 3607.

¹⁸⁴ **Atalay**, s. 7; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 294; **Postacioğlu/Altay**, s. 552; **Tanrıver**, s. 873; **Başözen**, s. 16.

¹⁸⁵ **Yıldırım**, s. 120-121; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 295; **Atalay**, s. 8; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 369; **Üstündağ**, s. 621; **Tanrıver**, s. 874; **Postacioğlu/Altay**, s. 544; **Konuralp**, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspatın Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 21; **Başözen**, s. 16, 58.

¹⁸⁶ **Yıldırım**, s. 120-122; **H. Konuralp**, s. 21; **Taşpınar**, s. 541; **Başözen**, s. 17.

¹⁸⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 369; **Üstündağ**, s. 621; **Tanrıver**, s. 875; **Postacioğlu/Altay**, s. 546; Emare ispatının ilk görünüş ispatından farklı olduğu ancak ikisinin de “delillerin değerlendirilmesi ilkesi” çatısı altında yer aldığı hakkında bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 295; **H. Konuralp**, s. 21; **Taşpınar**, s. 541-542.

¹⁸⁸ **Yıldırım**, s. 124; **Muşul**, s. 325; **İkizler**, s. 282-283; **H. Konuralp**, s. 21; Bu ispat türünde olayların tipik akışı denen durumlar söz konusudur. Yani vakıanın hayat tecrübelerine göre aksinin muhtemel olduğu iddia edilmediği sürece var olduğu kabul edilir. **Taşpınar**, s. 541-542; Bir olayın tecrübe kuralları çerçevesinde aksinin muhtemel olduğu ileri sürülmediği sürece ilk bakışta var olduğu kabul edilir. **Başözen**, s. 17.

¹⁸⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 372; **Üstündağ**, s. 622.

¹⁹⁰ **Yıldırım**, s. 125; **Taşpınar**, s. 542; **Başözen**, s. 18.

İki ispat türü arasındaki farka değinecek olursak, emarelere dayalı ispatta olayın her ayrıntısı incelenirken, ilk görünüş ispatında sadece münferit yönleri değerlendirilmektedir¹⁹¹. İlk görünüş ispatında davacı olayın tamamını değil bir kısmını ispat etmekle yetinebilir. Emare ispatında ise somut olayın tüm unsurları ispatlanabilir¹⁹². Her iki ispat türü de tecrübe kurallarından yararlanır¹⁹³.

B. Uyumlu Eylemlerden Kaynaklanan Tazminat Davalarının İspat Türlerinin Özellikleri

Davalı teşebbüslerin iddialarını ortaya koymak için davacının ispat faaliyetinde bulunmasını beklemesine gerek olmadığını yukarıda ifade etmiştik. Davalı, mahkemede uyumlu eylemde bulunmadığına yönelik savunmalarda bulunabilir. Davalının bu faaliyetleri karşı ispat ve aksini ispat olarak adlandırılır¹⁹⁴.

Henüz uyumlu eylemin varlığına kanaat getirilmeden önce, davalının ileri sürdüğü savunmalar karşı ispat faaliyeti olarak değerlendirilir. Bu ihtimal Kurul kararının olmadığı hallerde mümkün görünmektedir. Davalının müşterisine verdiği ihtiyaç kredisinin uyumlu eylemin gerçekleştiği iddia edilen tarih aralığında verilmediği savunmasını yapması karşı ispattır. Ya da (davacının) alıcının satın aldığını iddia ettiği malların satışını hiç yapmıyor olduğunu, malların başka bir tedarikçiden alınmış olabileceğini (davacının buna ilişkin alım-satım faturalarını sunması gerektiğini) ifade etmesi de örnek verilebilir.

Mahkemece uyumlu eylemin olduğuna kanaat getirilmesinden sonra ise davalı, bu kanaati çürütmek için aksini ispat faaliyetini yürütecektir¹⁹⁵. Zaten nedensellik bağının veya sorumluluğun olmadığı hakkında asıl ispat niteliğinde aksini ispat aranmaktadır¹⁹⁶. Örneğin tüm dünyada yaşanan ham madde krizi nedeniyle müşteri siparişlerinin reddinin söz konusu olduğunu, bunun diğer tedarikçiler bakımından da benzer olduğunu ortaya koyması aksini ispat olarak değerlendirilebilir. Ya da fiyat artışının oligopolistik pazardan kaynaklandığı ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir.

¹⁹¹ Taşpınar, s. 541; Emare ispatı ve ilk görünüş ispatı arasındaki farklar için bkz. Başözen, s. 60 vd.

¹⁹² Başözen, s. 60.

¹⁹³ Taşpınar, s. 541.

¹⁹⁴ İkizler, s. 334-335.

¹⁹⁵ İkizler, s. 335; İnan, s. 53.

¹⁹⁶ Yıldırım, s. 136.

Uyumlu eylemlerin doğrudan ispatının zor olması nedeniyle emarelerle ispat edilebileceği doktrin tarafından kabul edilmektedir¹⁹⁷. Kurul¹⁹⁸ da kararlarında emarelerin varlığının uyumlu eylem bakımından öneminin altını çizmiştir. Bu konu delil türleriyle de bağlantılı olduğu için aşağıda açıklanacaktır¹⁹⁹.

VI. DELİLLER VE DELİL DEĞERLENDİRMESİ BAKIMINDAN UYUMLU EYLEMLERDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Hâkimi bir iddianın doğruluğuna ya da gerçekliğine inandırma faaliyeti için kullanılan ispat araçlarına “*delil*” denir²⁰⁰. Delilin konusu maddi vakialardır (olay ve olgulardır)²⁰¹.

Deliller, ispat yükünü (delil ikame yükünü) taşıyan tarafça ileri sürülmelidir²⁰². Usûl hukukunda taraflarca getirilmesi ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre iddia ve savunmanın dayanağı olan vakıalar ve bunlara ilişkin delillerin taraflarca mahkemeye bildirilmesi gerekir; hakim kendiliğinden başvuramaz²⁰³. Kanunda belirtilen haller dışında, deliller davaya bakan mahkeme huzurunda, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir (HMK m.197/1).

B. Kesinleşmiş Kurul Kararının Adli Mahkemelerde Delil Olarak Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Kurul kararı hukuk mahkemeleri nezdinde görülen tazminat davaları bakımından “hukuka aykırılık” unsuru öze-

¹⁹⁷ Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 410; AB’de bu görüşü benimseyenler için bkz. İkizler, s. 289 dn.93.

¹⁹⁸ RKK. T. 23.08.2005, 05-60/896-241 (www.rekabet.gov.tr E.T: 19.05.2024).

¹⁹⁹ Bkz Bölüm VI. C.

²⁰⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 291-294; Üstündağ, s. 621; Postacıoğlu/Altay, s. 544; Kuru, s. 1966; Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 424; Muşul, s. 324; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 487; Delil, ispat faaliyetinde kullanılan ve dava öncesi, mahkeme dışında gerçekleşen vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasını sağlayan ve çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan inandırma araçlarıdır Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 372; H. Konuralp, s. 8.

²⁰¹ Arslan/Yılmaz/Ayvaz/Hanağası, s. 424.

²⁰² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 372.

²⁰³ Kuru/Aydın, s. 250.

linde temel alınmaktadır²⁰⁴. Yargıtay da kararlarında buna değinmektedir²⁰⁵. Bununla birlikte, zarar, nedensellik bağı, ya da aktif veya pasif husumet ehliyeti yokluğu gibi diğer kurucu unsurların tartışılması ve bunlardan herhangi birinin bulunmaması nedeniyle tazminat davasının reddedilmesi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Kesinleşmiş Kurul kararının delil niteliği doktrinde tartışmalıdır. Temel iki yaklaşım vardır: İlki, kesinleşmiş Kurul kararının kesin delil teşkil ettiği yönündedir²⁰⁶. İkincisi ise, kesinleşmiş Kurul kararının mahkeme nezdinde yürütülen yargılama açısından kuvvetli bir takdiri delil olarak değerlendirilebileceği doğrultusundadır²⁰⁷.

İlk görüşün savunduğu şudur: Kesinleşmiş Kurul kararı, tazminat davasında kesin delil olarak değerlendirilecektir. Artık yargılama esnasında hukuka aykırılık unsuru tartışma konusu olmaktan çıkarmaktadır²⁰⁸. Yani ihlal kararı var ise, mahkeme, davalı teşebbüslerin davranışlarının Kanun'a aykırı olup olmadığını değerlendirmez.

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre, bu karar mahkemede kesin delil olamaz. Kesin deliller Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda senet ve yemin olarak sınırlı sayılmıştır. Burada kesin delil kapsamında ele alınması gereken konu, kesin hükümdür. Kesin hüküm için önceki hükmün taraflarının, davanın konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekir (HMK m. 303). Burada Kurul kararının iptali davası ile tazminat davasının dava sebebi, konusu ve taraflarının aynı olmadığı açıktır. Bu nedenle kesinleşmiş Kurul kararı takdiri delildir. Rekabet otoritesi tarafından verilen ve idari temyiz

²⁰⁴ Aslan, s. 1204; İkizler, s. 356; Arı, s. 216; Kesici, s. 413.

²⁰⁵ Yarg. 13. HD., T. 25.09.2019, E. 2019/1422, K. 2019/8836 (www.legalbank.com E.T:15.05.2024).

²⁰⁶ Danıştay incelemesinden geçerek kesinleşmiş bir Kurul kararı bulunması durumunda HMK'na göre kesinleşmiş mahkeme kararı kesin delil olarak kabul edildiğinden Danıştay kararı tazminat davasında kesin delil olarak değerlendirecektir. Sanlı, Haksız Fiil, s. 262; Aksi görüş için bkz. Gürkaynak, s. 595; Kesici, s. 413; Öztürkler, s. 151-153; Kurul kararının kesin delil olmayacağı ve takdiri delil olacağı ancak tartışmalara son vermek adına, RKHK'na Kurul'un kesinleşmiş kararlarının mahkemeleri bağlayıcı olduğuna dair bir hüküm eklenmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. İkizler, s. 277.

²⁰⁷ Burada rekabeti ihlal eden bir anlaşma nasıl ispat değeri görüyorsa, Kurul kararı da aynı işlevi görür. Aslan, s. 1202; Güven, Pelin: "Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, (Kayseri 6-7 Nisan 2007, Ankara 2007), s. 226; Gürkaynak, s. 595; Kesici, s. 413.

²⁰⁸ Sanlı, On İki Banka, s. 1096.

merci tarafından kesinleşmiş olan kararın bu bakımdan kuvvetli bir delil olacağı ve aksinin kanıtlanması çok zor olacağı söylenebilir²⁰⁹.

Uygulamaya bakıldığında ise, mahkemelerin genellikle üç kişilik bir bilirkişi heyeti seçtiği görülmektedir. Bu bilirkişi heyetinin Kurul kararını çürütecek aksi yönde bir rapor oluşturması beklenir ki bu imkânsız görülmektedir. Zaten bu nedenledir ki mahkemelerin Kurul kararının aksi yönünde karar verme ihtimalinin oldukça düşük olduğu görülmektedir.

Doktrinde²¹⁰ bu konuyla ilgili çözüm önerisi olarak Kurulun resmi bilirkişi olarak düzenlenmesi gerektiği getirilmiştir. Adli yargı karşısına gelen olaylarda farklı sonuçlara ulaşılmasına engel olabilmek amacıyla bilirkişi olarak Rekabet Kurumu'na başvurulmasının yararlı bir çözüm olacağı, Kurul'a resmi bilirkişi olarak başvurulmasının Kurul kararları ile adli yargı kararları arasındaki uyumsuzluklar ortadan kaldıracığı görüşü bizce de değerlendirilebilir.

C. Deliller Bakımından Özellik Arz Eden Diğer Konular

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir (RKHK m.59/2). Anlaşmalar bakımından dahi istifade edilecek delillere kolay ulaşılamazken uyumlu eylemler için bu daha zordur²¹¹. Uyumlu eylemler bakımından genellikle ikinci derecede delil (ikincil delil) söz konusu olduğu görülmektedir. Kurul bir kararında²¹² delillerin birincil ve ikincil olarak ayrımı hakkında detaylı açıklamalarda bulunmuştur.

²⁰⁹ Kurul'un ihlal kararının varlığı, işin adeta teknik yönünün kanıtlanması sorununu ortadan kaldırmaktadır. **Aslan**, s. 1201-1202; **Atıcı**, s. 64.

²¹⁰ Yazar bunun için RKHK'da düzenlenme yapılması gerektiğini işaret etmiştir. **Budak**, Deliller ve İspat, s. 60; **Güven**, Tazminat Davaları, s. 224.

²¹¹ Deliller hakkında detaylı bilgi için bkz. **Yılmaz**, Usul ve İspat s.79-130; **Kesici**, s. 497.

²¹² Rekabet hukukunda deliller birincil ve ikincil olarak ayrılmaktadır. "Rekabet hukuku kapsamında anlaşma olarak nitelendirilebilecek bir ihlalden bahsetmek için teşebbüslerin ortak bir amaç veya sonuca yönelik niyetlerinin örtüştüğünü, bu amaca yönelik bağlılığın bilinçli olduğunu göstermek gerekmektedir. Bu bağlamda, söz konusu ilişkiyi ortaya çıkarmada kullanılan delilleri **birincil ve ikincil deliller olmak üzere iki sınıfa ayırmak** mümkündür.

Birincil deliller Kanuna aykırılık teşkil eden gizli yapılanmaları/anlaşmaları ortaya koymada kullanılan ve ispat gücü bakımından ilk planda düşünülmesi gereken delillerdir. Bu deliller, anlaşmanın tarafları, kapsamı, gerçekleştiği zaman aralığı olarak sıralanabilecek ve somut bir ihlal şablonunu ortaya koymada kullanılabilecek nitelikteki bilgi ve belgelerden oluşmaktadır. Öte yandan, söz konusu yapılanmaların "gizli" nitelikte olması nedeniyle, birincil nitelikteki delillerin varlığına ulaşmak oldukça güçtür. Bu noktada, söz konusu yapılanmaların ortaya çıkarılabilmesi amacıyla ikincil nitelikteki delillerin de varlığı önem arz etmektedir.

Kurul ikincil delillerin iletişim delilleri ve iktisadi deliller olduğunu belirtmiştir. Uyumlu eylemler bakımından özellikle iletişim delillerinin arandığı söylenebilir. Tarafların birbiriyle olan bilgi akışı önem arz etmektedir. Rakipler arası iletişimin var olduğunu gösterir deliller, toplantıya katılım, fiyatlar, talep ve kapasite kullanımının tartışıldığı toplantı notları, rakiplerin gelecekte yapabilecekleri fiyat artışları veya fiyat stratejileri hakkında bilgi sahibi olunduğunu gösteren iç yazışma niteliğindeki belgeler örnek verilebilir.

Her uyumlu eylem iddiasında karineye başvurulma zorunluluğu yoktur. Davacı tazminat talebinde bulunurken tüm unsurların gerçekleştiğini her türlü delille ispat edebilir. Davacı, davalı ve ilgililer arasında bir iletişim olduğunu ortaya koyamıyorsa o halde en azından ilgili pazarda paralel davranışların varlığı söz konusu olmalıdır. İşte yukarıda detaylı biçimde açıkladığımız uyumlu eylem karinesinin devreye girdiği hal budur.

İkincil nitelikli deliller arasında **iletişim delilleri** ile **iktisadi deliller** yer almaktadır. İletişimsel deliller, anlaşma taraflarının toplandıklarını veya iletişim kurduklarını gösteren ancak iletişimin içeriğini ortaya koymada yetersiz kalan delillerdir. Bu deliller arasında; rakipler arası iletişimin var olduğunu gösterir deliller, toplantıya katılım, fiyatlar, talep ve kapasite kullanımının tartışıldığı toplantı notları, rakiplerin gelecekte yapabilecekleri fiyat artışları veya fiyatlama stratejileri hakkında bilgi sahibi olunduğunu gösteren iç yazışma niteliğindeki belgeler yer almaktadır. İktisadi deliller ise bir anlaşmaya ulaşıldığını işaret eden firma davranışları ve aynı zamanda piyasanın bir bütün olarak davranışını, gizli fiyat tespitinin mümkün olduğunu işaret eden piyasa yapısı elemanlarını ve anlaşmanın sürdürülmesinde kullanılabilecek belirli uygulamaları içermektedir.

İktisadi deliller davranışsal ve yapısal deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Davranışsal delillerin ispat gücü, diğer ekonomik delillere oranla daha yüksek görülmektedir. Bu tür delillere örnek olarak paralel fiyatlama yapılması, rakiplerin eşzamanlı veya yakın zamanlı fiyat değişimlerinin aynı veya benzer nitelikte olması, ortak fiyat duyuruları ile aynı veya benzer nitelikli satış ve üretim politikalarının benimsenmesi ve piyasanın yapısına ilişkin bazı özellikler de (normalin üstünde kârlar, geçmişte yaşanan rekabet ihlallerinin varlığı) sayılabilmektedir. Yapısal deliller arasında ise yüksek yoğunlaşma oranları, homojen ürünlerin varlığı, dikey bütünleşme oranının yüksekliği ve giriş engellerinin yüksekliği sayılabilir. Bu tür delillerin ispat gücü görece düşük kabul edilmektedir.

Özetle; rekabet hukuku çerçevesinde bir ihlalden bahsedebilmek için, öncelikle bu ihlalin taraflarını, kapsamını ortaya koyabilecek nitelikteki birincil delillere ihtiyaç duyulmaktadır. Öte yandan, bu tip delillerin tam anlamıyla var olmadığı, somut bir ihlal şablonunun ortaya konulmasında yetersiz kalındığı durumlarda ikincil deliller devreye girmekte ve tabloda eksik kalan noktaların tamamlanması hedeflenmektedir. Bu bakımdan, dosya kapsamında elde edilen her türlü delilin, bir bütünün parçaları, bütünü açıklamada kullanılan araçlar oldukları göz önünde bulundurulmalıdır.” RKK. T. 08.05.2017, 15-29/433-116 (www.rekabet.gov.tr E.T: 11.05.2024).

Piyasada rakip teşebbüslerin eş zamanlı veya yakın zamanlı fiyat değişimlerinin aynı veya benzer nitelikte olması, ortak fiyat duyuruları ile aynı veya benzer nitelikli satış ve üretim politikalarının benimsenmesi ve normalin üstünde kârlar veya geçmişte yaşanan rekabet ihlallerinin varlığı paralel davranışlar sayılmaktadır. Bu durumda davalı bu paralelliğin ekonomik ve rasyonel gerekçelerden kaynaklandığına yönelik deliller sunmalıdır.

Rekabetin Korunması Hakkına Kanun'un 58. maddesine göre, "*Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır* (RKHK m. 58/1-Son cümle)." Kanun bu hükümle geçmiş yılların bilançolarına atıf yapmıştır. Eğer zarar gören teşebbüs uğradığı zararları kendi alıcılarına yansıtabilmiş ise zararın varlığından söz edilemeyecektir²¹³. Çünkü bu durum bilançolardan görülecektir. *Aslan*'a göre mahrum kalınan karın kanıtlanmasında da yine bilançoların delil olarak gösterilmesi gerekmekte ise de bunlarla birlikte başka geçerli delillerin de kullanılması mümkündür²¹⁴.

SONUÇ

Rekabet ihlallerinden kaynaklı tazminat davalarının görülebilmesi için Yargıtay'ın neredeyse yerleşmiş olan içtihadına göre, Kurul'un ihlal kararı olmadan tazminat davasının görülememesi öğretide eleştiri alsa da çelişkili kararların önüne geçmek için bizce doğru bir uygulamadır. Mahkemelerin bağımsızlığının zedeleneyeceği ve uzun süren kurul kararının kesinleşme sürecinden dolayı kişilerin hakkına erişmesinin zorlaştığı eleştirilerine biz de katılmaktayız. Ancak yerel mahkemelerin piyasa araştırması gerektiren bu davalar konusunda yetersiz kalacağı ortadadır. Belki de imkansız olan bu teknik konuyu mahkemelerin aşması beklenemez. Pratikte uygulama olanağı olmayan bir önerinin ortaya konulmasının pek faydası bulunmadığı görülmektedir.

Yine de On İki Banka Karteli örneğinde olduğu gibi kanun yararına bozma aşamasından sonra tekrar yerel mahkemece ele alınan bir iptal kararı varken, dolayısıyla kesinleşmemiş bir Kurul kararı varken Yargıtay'ın tazminat taleplerini reddeden mahkeme kararlarını onaması hatta bu başvuruları kabul etmesinin çelişki yarattığını düşünmekteyiz. Adli mahkemeler ve Kurul'un ilişkisinin önemi aslında ispat konusu bakımından da önem taşımaktadır. Kesinleşmiş kurul kararının varlığının adli mahkemede delil değerinin ne olacağı konusu tümüyle bu tartışmaların sonucuna bağlıdır. Belirtmeliyiz

²¹³ *Aslan*, s. 1200.

²¹⁴ *Aslan*, s. 1200.

ki Kurul kararı olmadan (ya da kesinleşmeden) tazminat davalarının görülebildiği bir ihtimalde bu kararların delil değerinin de düşeceği görüşündeyiz. Oysa şimdi bu kararlar kuvvetli delil olarak kabul edilmektedir. Belirsizliğin giderilmesi adına Kurul kararlarının mahkeme kararlarına etkisinin de Rekabetin Korunması Hakkına Kanun'da düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nda uyumlu eylemler bakımından özel olarak getirilen ispat kuralı (RKHK m. 4/4) ve tazminat davaları bakımından getirilen ispat kuralının (RKHK m. 59) ayrı ayrı düzenlenmesinin karışıklık yarattığı görülmektedir. "Ekonomik ve rasyonel gerekçelere" dayanma koşulunun tazminat davaları bakımından da geçerli olup olmayacağı konusunda tartışmalara neden olmaktadır. Kanunun sistematigiinden ve gerekçesinden iki hükmün paralel düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ancak burada bilinçli bir farklılık mı yaratılmış belirsizdir. Bu nedenle ilgili hükümlerin revize edilmesi yerinde olacaktır.

Rekabet hukukunun en tartışmalı olan konularından biri olan uyumlu eylemlerin ispatı bakımından (ispat yükü gibi ispat kurumları bakımından) Kurul kararlarının aydınlatıcı olmadığı görülmektedir. Usûl hukukunun konusu olan ispat yükü, ispat ölçüsünün ne derecede olduğu gibi tartışmaların giderilmesi gerekmektedir. Haksız fiil esasına dayanan bu tazmin sorumluluğunda genel hükümlerden ayrılan noktalar gerekirse açıkça belirtilmeli, Kurul kararının varlığının kusuru ispatı gerektirip gerektirmeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bu konudaki görüşümüze göre, Rekabetin Korunması Hakkına Kanun'un 59. maddesinde getirilen ispat kolaylığı uyumlu eylemin (rekabet hukuku ihlalinin) varlığına ilişkindir. Davacı zararın ispatını yine genel hükümlere göre yerine getirecektir. Burada uyumlu eylemin varlığının ispatlanıp ispatlanmadığının sonucunu beklemeyecek, dava açarken zararın ne olduğunu kapsamını belirtecek ve bunu destekleyen delilleri mahkemeye sunacaktır. Diğer unsurlar bakımında ise, Kurul kararının varlığı halinde davacı hukuka aykırılık ve kusuru ispatlamaktan kurtulacağı, zararını ve illiyet bağını ispatlamasının yeteceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Ateş: Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara 2001.
- Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, 30. Baskı, Beta Yayınları, Eylül 2022.
- Alangoya**, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Getirilmesine İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevhis: Medeni Usûl Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Basım Yayın, 2009.
- Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat: Medeni Hukuk (Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri) C. 1, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Arı**, Zekeriyya: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, H. Sema/**Hanağası**, Emel: Medenî Usul Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Aslan**, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku, 6. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2021.
- Atalay**, Oğuz: Medeni Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, DEÜ Yayınları, İzmir 2001.
- Atalı**, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin: Medeni Usûl Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayın, Ankara 2023.
- Ateş**, Mustafa: “Rekabet Hukukundaki Anlaşma ve Borçlar Hukukundaki Sözleşme Kavramları Üzerine”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 15, S. 2014/1, s. 83-92.
- Atıcı**, Cansu: “Rekabetin Sınırlanması Sebebiyle Özel Hukuk Alanında Çıkan Uyuşmazlıklarda Rekabet Kurulu Kararlarının Bekletici Sorun Yapılması”, İzmir Barosu Dergisi 2019, S. 2019-2, s. 53-84.
- Atıyas**, İzak/**Gürkaynak**, Gönenç: “Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, 2006, s. 80-115.
- Ayan**, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Badur**, Emel: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara 2001.

- Balcı, Murat/Havan, Muhammet Emirhan:** “Türk Rekabet Hukukunda İspat Standardı”, TFM, C. 10, S. 2, 2024, s. 187-201.
- Başözen, Ahmet:** Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Budak, Ali Cem:** Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, 2003, s. 45-62, (Deliller ve İspat).
- Budak, Ali Cem:** “AT Konsey ve Komisyonu’nun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat” Rekabet Kurumu Yayınları Perşembe Konferansları, Ankara 2004, s. 137-158, (Delillerin Toplanması).
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol:** Medeni Usûl Hukuku, 7. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 2023.
- Cengiz, Dilek:** Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, (Danışman: Helvacı, Mehmet), (Yayınlanmış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005, (Uyumlu Eylem).
- Cengiz, Dilek:** Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi, S. 35, 2008, s. 3-47, (Karine).
- Cömert Akbay, Büşra:** Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası, TFM, C. 4, S. 2, 2018.
- Çiftçi, Pınar:** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları, Adalet Yayınevi, İzmir 2018.
- Erdönmez, Güray:** Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Görgün, Şanal/Börü, Levent/Kodakoğlu, Mehmet:** Medeni Usûl Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Günay, Cevdet İlhan:** Rekabet Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Gündoğdu, Gökmen:** Güncel Yargıtay Kararları Işığında Rekabet İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Sorunu, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, s. 301-335.
- Gürkaynak, Gönenç/Yıldırım, K. Korhan/Özgökçen, M. Hakan/Aydın, A. Buğra:** Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları, Rekabet Dergisi, S. 12(4), 2011, s. 75-125.

- Gürkaynak**, Gönenç: Rekabet Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Güven**, Pelin: Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, (Kayseri 6-7 Nisan 2007, Ankara 2007), s. 213-259, (Tazminat Davaları).
- Güven**, Pelin: Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, (Rekabet).
- İkizler**, Metin: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- İnan**, Nurkut: “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 9 Nisan 2004 Kayseri İçinde, Ankara 2004.
- İnan**, Nurkut/**Piker**, Mehmet: Rekabet Hukuku El Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.
- Karakaş**, Fatma Tülay: “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, AÜHFD, Yıl 2013, C. 62, S. 3, s. 729-759.
- Kaya**, Arslan/**Yiğit**, İlhan: “Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2012, s. 1549-1567.
- Kayihan**, Şaban/**Ünlütepe**, Mustafa: 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Kesici**, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Konuralp**, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspatın Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Konuralp**, Orhan Emre: “Uyumlu Eylem Karinesi ve İspat Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editörler: Emek Toraman Çolgar, Abdurrahman Kayıklık, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 423-446.
- Kortunay**, Ayhan: “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, Nisan 2008, s. 89-118.
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. 2, 6. Baskı, İstanbul 2001.

- Kuru, Baki/Aydın, Burak:** Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Muşul, Timuçin:** Medeni Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Nomer, Haluk Nami:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Beta Yayın, İstanbul 2021,
- Pekcanitez, Hakan:** “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000, s. 753-791.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 11. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer:** Medeni Usûl Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami:** Medeni Hukuk, (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 25. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Okumuş, Nagehan:** “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkının Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, C. 40, S. 2, 2023, s. 115-157.
- Özekes, Muhammet:** Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, (Hukuki Dinlenilme).
- Özekes, Muhammet:** HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı, C. 16, 2014, s. 263-300, (Dava Dilekçesinde Eksiklik).
- Öztürkler, Mahmut:** Rekabete Aykırılıkların Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları ve Rekabete Aykırılıktan Dolayı Uğranılan Zararın Tazmini, (Danışman: Öztürk Akkartal, Hanife), (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016.
- Sanlı, Kerem Cem:** “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Sayı: 1, 2003, s. 197-262, (Haksız Fiil).
- Sanlı, Kerem Cem:** Rekabet Kurulu’nun 12 Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılmakta Olan Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler, LHD C. 16, S. 183, 2012, s. 1089-1158, (On İki Banka).
- Tanrıver, Süha:** Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, C. 1, 5. Baskı, Ankara 2024.
- Taşpınar, Sema:** “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD 1996, C. 45, S. 1-4, s. 533-572.

- Tekinalp, Ünal:** “Rekabet Sınırlamaları ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Nisan 2005, s. 259-265.
- Topçuoğlu, Metin:** Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara 2001.
- Topuz, Gökçen:** Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Topuz, Murat:** Uyumlu Eylem Yolu ile Kartel Oluşturan Bankaların Tüketicilere Karşı Sorumluluklarının Hukuki Dayanağı, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5, S. 1, 2017, s. 189-206.
- Toraman, Barış:** “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı, C. 16, 2014, s. 1483-1523.
- Umar, Bilge:** İspat Yüğü Kavramı ve Bununla İlgili Diğer Bazı Kavramlar, 1962.
- Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder:** İspat Yüğü, Kazancı Hukuk Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1980.
- Uzunallı, Sevilay:** Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Dergisi, S. 11(4), 2010, s. 59-109.
- Üstündağ, Saim:** Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000.
- Yeşilova, Bilgehan:** “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, s. 47-101.
- Yıldırım, Kamil:** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1990.
- Yılmaz, Ejder:** “Rekabet Kanunu Uygulamasına Usûl ve İspat Kuralları”, Rekabet Kurulu Perşembe Konferansları 13, Ankara Kasım 1999, s. 79-131, (Usûl ve İspat).
- Yılmaz, Ejder:** “Rekabet Hukukunda İspat Yüğü”, Ankara 2006, (İspat Yüğü).
- Yılmaz, Ejder:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 3. Cilt, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, (Şerh).
- Yılmazsoy, Ebru:** Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ile Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.