

III. Uluslararası • International

Necmettin Erbakan Üniversitesi
Hukuk Kongresi
Necmettin Erbakan Law Congress **2023**

TAM METİN BİLDİRİ KİTABI
FULL TEXT BOOK





neupress.org



Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları: 230
ULUSLARARASI NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK
KONGRESİ TAM METİN BİLDİRİ KİTABI

Genel Yayın Yönetmeni/Editor in Chief

Dr. Öğr. Üyesi Fatih KALECİ

Editör/Editor

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

Tasarım/Design

Büşra UYAR

Muhammed Sami TEKİN

Redaktör/Redactor

Sema ERDOĞDU

E-ISBN

978-625-6802-24-7

Baskı/Printing

Necmettin Erbakan University Press (NEU PRESS)

Yaka Mah. Yeni Meram Cad. Kasım Halife Sok. B Blok

No: 11 Meram / KONYA / TÜRKİYE

0332 221 0 575 - www.neupress.org

Sertifika No: 48888

NEU PRESS 1. Baskı, Konya/TÜRKİYE

Ekim 2023, vii + 568 sf., 16x24 cm

Kategori/Category

Hukuk Temel Alanı



Lisans Türü | OA License: CC BY 4.0

Erişim | Access: neupress.org

Copyright 2023

**This book is published under a CC BY license, which means that you can copy, redistribute, remix, transform, and build upon the content for any purpose, even commercially, as long as you give appropriate credit, provide a link to the license, indicate if changes were made, and do not impose additional terms or conditions on others that prohibit them from exercising the rights granted by that license, including any effective technological measures.*

İÇİNDEKİLER

ANAYASA HUKUKU

Siyasi Mesele Doktrini	2
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK	
Kuzey Afrika Ülkelerinin Siyasal Sistemlerinin Genel Hatları	19
Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM	
Eşitlik İlkesi Bağlamında Yasamanın Aşkın Ya da Eksik Düzenleme Yapmasının Yargısal Denetimi	40
Arş. Gör. Sümeyye ULUSOY	
İsviçre Konfederasyonu'nda Siyasal Parti Sistemi ve Mevcut Görünüm	55
Barkın ÖZYURT	

İDARE HUKUKU

Tam Yargı Davalarında İspat Yükü	69
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN	
İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararlarına Karşı Başvuru Süresine İlişkin Bir Değerlendirme	84
Dr. Öğr. Üyesi Harun YILMAZ	
İçtihatların Birleştirilmesi Kararlarının Anayasal Değeri	104
Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK	

DEVLETLER UMUMİ HUKUKU

İklim Değişikliği Davaları: Urgenda Vakfı V. Hollanda Hükümeti Davası	123
Dr. Öğr. Üyesi Seher ÇAKAN	
Uluslararası Adalet Divanı'nın Misyon Binası Vasinın Kazanılmasına İlişkin Yaklaşımına Eleştirel Bir Bakış	137
Dr. Öğr. Üyesi Tuğrul ÇAKIR	
Deniz Güvenliği ve Uluslararası Deniz Hukukundaki Zorluklar: Keşfedilmemiş Sularda Gezinmek	157
Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ	
Milletlerarası Hukukta, Silahlı Çatışma ve Terörle Mücadele Ayrımına İlişkin Ölçütler ve Bunun Hukuki Sonuçları	171
Arş. Gör. Şeyma Nur DEMİRAY	
BM Barışı Koruma Operasyonlarında Silahsız İnsansız Hava Araçlarının Kullanımı: İsnat Edilebilirlik Sorununun Değerlendirilmesi	202
Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ	

MEDENİ HUKUK

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 28.02.2022 Tarihli, 2021/8076 Esas ve 2022/1622 Karar Sayılı Hükmü Çerçevesinde Mehir Senedinin Geçerliliğiyle Evlenmenin Yokluğunun Değerlendirilmesi	223
Arş. Gör. Dr. Bedia GÜLEŞ	
Kat Mülkiyeti Kanunu ve Yargıtay Uygulamaları Çerçevesinde Anayapının Güçlendirilmesi ve Kat Maliklerinin Bu Kapsamda Borçları ve Yükümlülükleri	242
Arş. Gör. Dr. Ayşe KARACA ÖZ	
7445 Sayılı Kanun ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa Eklenen (HUAK M. 17/B/2) Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi Üzerine Bir Değerlendirme ..	253
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Kağan ZENGİN	

Tıbbi Müdahaleye Rızada Bilgilendirme Zamanı281
Dr. Öğr. Üyesi Aziz Erman BAYRAM

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU

Fikri Mülkiyet Hukuku ile İcra İflas Hukuku Perspektifinden NFT'lere İlişkin
İnterdisipliner Bir Değerlendirme316
Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL - Dr. Öğr. Üyesi Barış GÖZÜBÜYÜK

CEZA HUKUKU

Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi334
Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR

Soruşturmada ve Kovuşturmada Tüzel Kişilerin Temsili348
Arş. Gör. Ayşe Nur AYDIN

YAPAY ZEKA VE BİLİŞİM HUKUKU

Ceza Muhakemesinde Yapay Zekanın Kullanımı Örnekleri-Gerekçeler-Eleştiriler
ve Geleceğe Bakış366
Dr. Öğr. Üyesi Soner DEMİRTAŞ

Kripto Paraların Niteliği ve Müsaderesi380
Avukat Şerife Sena SOLAK

HUKUK TARİHİ VE İSLAM HUKUKU

İslâm Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Çocuğun Tedibi407
Arş. Gör. Dr. Mustafa ÜNAL

Osmanlı Devleti Yargı Teşkilatında Avukatlık Kurumunun Ortaya Çıkış Süreci
.....421
Avukat Tuğçe AÇIKGÖZ

HUKUK FELSEFESİ

Vatandaşlıktan Otokratlığa Princeps Kavramının Hermenötiği437
Dr. Öğr. Üyesi Burçin AYDOĞDU

MEDENİ USUL HUKUKU

Sigorta Tahkimine İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2023 Tarihli ve
2019/20425 Sayılı Bireysel Başvuru Kararının Değerlendirilmesi454
Dr. Öğr. Üyesi Cansu KORKMAZ

İCRA VE İFLAS HUKUKU

Taşkın Haciz İşleminin Niteliği471
Doç. Dr. Evren KOÇ

Menfi Tespit Davasının İflas Davasına Tesiri Hakkında Tespitler494
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Serhat KONURALP

Yargı Kararları Çerçevesinde İtirazın İptali Davasının Kısmî Dava Olarak Açılması..
.....512
Dr. Öğr. Üyesi Nurbanu ERZURUMLU IŞIK

Rızaen Satış İşlemine (İİK M. 111/A) Karşı Muhalefet Yolları530
Avukat Mehmet Ünsal CANDEMİR

2019/20425 Sayılı Bireysel Başvuru Kararının Değerlendirilmesi454
Dr. Öğr. Üyesi Cansu KORKMAZ

**ANAYASA
HUKUKU**

SİYASİ MESELE DOKTRİNİ

Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0001-8258-9880

osenturk@selcuk.edu.tr

ÖZET

Amerika Birleşik Devletleri'nde siyasi mesele doktrini Yüksek Mahkeme'nin kararları ile ortaya çıkmıştır. Bu doktrin kuvvetler ayrılığı ile ilgili meselelerin dava konusu olması halinde, federal mahkemelerin meseleleri çözmekten kaçınması anlamına gelmektedir. Bu doktrin gereğince federal mahkemeler, yasama veya yürütme organının takdir yetkisi kapsamında gördüğü konularda esasa ilişkin karar vermeyerek, konuyu yargı denetimi dışında tutmaktadır. Başka bir ifade ile bir davada verilecek karar siyasal nitelikte ise, yargı yetkisini aşacak şekilde takdir hakkını kullanmasına veya Anayasayla yasama veya yürütme organlarına verilen yetkileri ihlal etmesine sebep olacaksa, mahkeme bu konuda karar vermekten kaçınacaktır. Bu doktrin yasama ve yürütme organlarının çatışması halinde, anayasal kuvvetleri dengelemek ve meseleyi çözmek için yargısal standartların olmadığı, meselenin siyasi takdir kapsamında olduğu durumlarda uygulanmaktadır. Siyasi mesele doktrini sayesinde, federal mahkemelerin bakabileceği davalar sınırlandırılmaktadır. Ayrıca yasama veya yürütme organının eylemlerinin hangi durumlarda yargı denetimine tabi olmayacağı ortaya konulmuş olacaktır.

Federal mahkemeler yasamanın ve yürütmenin kararlarını denetlemektedir. Dolayısıyla bu tür anayasal konular federal mahkemelerin gündemine sıkça geldiği için, siyasi mesele ifadesi yanıtıcı olabilmektedir. Siyasi mesele terimi ile, genel olarak herhangi bir siyasi sorun ya da siyasi nitelikteki davalar kastedilmemektedir. Siyasi mesele terimi, organlardan yalnızca birinin görevlendirildiği ya da yargının inceleme yetkisinin dışındaki konuları ifade etmektedir. Bir konunun siyasi bir mesele olarak nitelendirilmesi halinde federal mahkemelerin bu konu hakkında karar verme yetkisi ortadan kalkacaktır.

1962 tarihli Baker v. Carr davasında Yüksek Mahkeme, siyasi mesele terimini tanımlamak için altı unsur belirlemiştir. Bu altı kriter, Yüksek Mahkeme'nin siyasi mesele doktrinini uyguladığı kararlarında halen uygulanmaktadır. Ancak siyasi mesele doktrini konusunda hem Baker

kararının alındığı dönemde hem de sonrasında tartışmalar devam etmiştir. Mahkeme kararlarında da siyasi mesele doktrininin nasıl tanımlanacağı, anayasal dayanağı ve doktrinin hangi amaca hizmet ettiği gibi temel konularda çelişkiler ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme de şimdiye kadar vermiş olduğu kararlarda bu ihtilafları kapsamlı bir şekilde çözmemiştir. Bu çalışmada siyasi mesele doktrininin ortaya çıkışı, gerekçeleri ve sınırları konusu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Siyasi mesele doktrini, Kuvvetler ayrılığı, Suçlama usulü, Baker v. Carr davası, Yüksek mahkeme.

POLITICAL QUESTION DOCTRINE

ABSTRACT

In the United States of America, the political question doctrine emerged with the decisions of the Supreme Court. This doctrine means that when separation of powers issues are the subject of litigation, federal courts refrain from resolving them. Pursuant to this doctrine, the federal courts do not decide on the merits of matters that are within the discretionary power of the legislature or the executive branch, and thus exclude the matter from judicial review. In other words, if the decision to be rendered in a case would cause the judiciary to make political decisions, to exercise discretion in excess of its authority, or to violate the powers granted to the legislative or executive branches by the Constitution, the court will refrain from ruling on the matter. This doctrine is applied in cases where the legislative and executive branches are in conflict, where there are no judicial standards to balance constitutional powers and resolve the issue, and where the issue is within the scope of political discretion. The political question doctrine limits the cases that federal courts can hear. It also establishes the circumstances in which the actions of the legislative or executive branch are not subject to judicial review.

Federal courts review the decisions of the legislature and the executive. Therefore, the term “political question” can be misleading, as such constitutional issues frequently come before the federal courts. The term political question does not refer to any political question in general or to cases of a political nature. The term “political question” refers to matters to which only one of the organs has been entrusted or which are beyond the jurisdiction of the judiciary to examine. If a matter is characterized as a political question, the federal courts will cease to have jurisdiction to decide on it.

In the 1962 case of Baker v. Carr, the Supreme Court identified six elements to define the term political question. These six criteria are still applied in the Supreme Court's decisions applying the political question doctrine. However, the debate on the political question doctrine continued both during and after the Baker decision. In the Court's decisions, contradictions have emerged on fundamental issues such as how to define the political question doctrine, its constitutional basis and the purpose it serves. The Supreme Court has not comprehensively resolved these disputes in its judgments so far. This study will examine the emergence, justifications and limits of the political question doctrine.

Keywords: Political question doctrine, Separation of powers, Impeachment, Baker v. Carr, Supreme court.

GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletleri'nde siyasi mesele doktrini Yüksek Mahkeme'nin kararları ile ortaya çıkmıştır. Federal mahkemelerde dava açabilmenin şartlarından biri, davanın konusunun siyasi mesele doktrini kapsamına girmemesidir¹. Siyasi mesele doktrini yasama ve yürütme organının işlemlerinin hangi noktadan itibaren yargısal denetimine tabi olamayacağını tespiti açısından önemlidir. Türk hukuku açısından bu konu hem anayasa hem de idare hukukunu ilgilendiren oldukça geniş bir alana yayılmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada, siyasi mesele doktrininin genel çerçevesi Amerika Birleşik Devletleri hukuku açısından çizilecektir. Türk hukuku açısından bir değerlendirme yapılmayacaktır.

TANIM

Federal mahkemelerin, yasama veya yürütme organının takdir yetkisi kapsamında gördüğü konularda esasa ilişkin karar vermeyerek, konuyu yargı denetimi dışında tutması esasına dayanır. Başka bir ifade ile bir davada verilecek karar yargının siyasi kararlar vermesine, yetkisinin aşacak şekilde takdir hakkını kullanmasına veya Anayasayla yasama veya yürütme organlarına verilen yetkileri ihlal etmesine sebep olacak şekilde takdir hakkını kullanmasına veya Anayasayla yasama veya yürütme organlarına verilen yetkileri ihlal etmesine sebep olacaksa, mahkeme bu konuda karar vermekten kaçınacaktır. Siyasi mesele doktrini federal mahkeme kararları için geçerlidir, eyalet mahkemelerinin siyasi mesele doktrinini gerekçe göstererek davaları reddedebilmesi mümkün değildir.

Bu doktrin kuvvetler ayrılığı ile ilgili meselelerin dava konusu olması halinde, federal mahkemelerin meseleleri çözmekten kaçınması anlamına gelmektedir. Bu doktrin gereğince federal mahkemeler, yasama veya

[1] Öztürk, Fatih. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2011, s. 65.

yürütme organının takdir yetkisi kapsamında gördüğü konularda esasa ilişkin karar vermeyerek, konuyu yargı denetimi dışında tutmaktadır. Başka bir ifade ile bir davada verilecek karar yargının siyasi kararlar vermesine, yetkisinin aşacak şekilde takdir hakkını kullanmasına veya Anayasayla yasama veya yürütme organlarına verilen yetkileri ihlal etmesine sebep olarsa, mahkeme bu konuda karar vermekten kaçınacaktır². Bu doktrin yasama ve yürütme organlarının çatışması halinde, anayasal kuvvetleri dengelemek ve meseleyi çözmek için yargısal standartların olmadığı, meselenin siyasi takdir kapsamında olduğu durumlarda uygulanmaktadır³. Siyasi sorun doktrini, Kongre veya yürütme organının eylemlerinin ne zaman yargı denetimine tabi olmayacağını ortaya konulmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla siyasi mesele doktrini, anayasal sorunun çözümünün başka bir erkin sorumluluğunda olduğu konularda mahkemelerin karar verememesi anlamına gelmektedir⁴. Siyasi mesele doktrini yasama ve yürütme güçleri karşısında yargının kendi kendini frenlemesidir.

ABD Anayasası hükümet sistemindeki birçok görevin yerine getirilmesini açık bir şekilde düzenlemeyerek, konuyu yasama ve yürütme organlarının karşılıklı uzlaşarak çözüm üretmesine bırakmıştır. Dolayısıyla siyasi mesele doktrini, Anayasa'nın bu yaklaşımına uygun bir şekilde mahkemelerin "siyasi çalılıklardan" kaçınmasına yardımcı olacaktır⁵. Böylelikle siyasi açıdan tartışmalı konularda karar verme yetkisi, temel belirleyici kararları almakla yükümlü olan seçilmiş organlara verilmiş olacaktır. Esasında, siyasi mesele doktrinin temelinde demokrasinin temel prensibi vardır. Buna göre siyasi meseleleri seçilmiş kuvvetlerin (yasama ve yürütme) çözmesi siyasi olarak sorumlu olmayan hakimlerin ise siyasi sorunlara karışmaması gerekir⁶. Bu durum kuvvetler ayrılığının sağlanmasının da temel bir gereğidir. Üstelik mahkemelerin temel görevi politika belirlemek değil, yargılama yapmaktır. Federal mahkemelerinin meşruluğunun temelinde de tarafsız yargılama yapma görevi vardır. Dolayısıyla siyasi mesele doktrini, federal yargının meşruluğunun sağlanmasına da hizmet edecektir.

Federal mahkemeler hem yasamanın hem de yürütmenin kararlarını

[2] Congressional Research Service (CRS). "The Political Question Doctrine: An Introduction (Part 1)", 2022, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10756>, Erişim Tarihi: 05.05.2023.

[3] Reich, Yaron Z. "United States v. AT&T: Judicially Supervised Negotiation and Political Questions", *Columbia Law Review*, Vol. 77, No. 3, 1977, s. 484-485.

[4] Grove, Tara Leigh. "The Lost History of The Political Question Doctrine", *New York University Law Review*, Volume 90, 2015, s. 1909.

[5] Yargıç Frankfurter'ın Görüşü, *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946), s. 556, <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep328/usrep328549/usrep328549.pdf>, Erişim Tarihi, 17.05.2023.

[6] Öztürk, s. 49.

denetlemektedir. Dolayısıyla bu tür anayasal konular federal mahkemelerin gündemine sıkça geldiği için, siyasi mesele ifadesi yanıltıcı olabilmektedir. Siyasi mesele terimi ile, genel olarak herhangi bir siyasi sorun kastedilmemektedir. Siyasi mesele terimi, organlardan yalnızca birinin görevlendirildiği ya da yargının inceleme yetkisinin dışındaki konuları ifade etmektedir⁷. Bir konunun siyasi bir mesele olarak nitelendirilmesi halinde federal mahkemelerin bu konu hakkında karar verme yetkisi ortadan kalkacaktır.

1962 tarihli Baker v. Carr davasında⁸ Yüksek Mahkeme, bir davanın siyasi mesele içerip içermediğini belirlemek için altı kriter belirlemiştir. Bu kriterleri; (1) Anayasanın yasama ya da yürütme organlarından birini açıkça görevlendirilmesi durumu (2) konunun çözümü için uygulanabilir yargısal standartların olmaması (3) yargısal takdir yetkisi ile açıkça bağdaşmayacak türde bir politika tespiti olmaksızın karar vermenin imkansız olması (4) bir mahkemenin yasama veya yürütme organının işbirliği olmaksızın bağımsız bir çözüm üretmesinin imkansız olması (5) daha önceden verilmiş siyasi bir karara bağlı kalınması yönünde olağanüstü bir ihtiyacın hasıl olması (6) yasama veya yürütme organları tarafından resmi açıklamalar yapılmış olmasının önemli sorunlara sebep olması, şeklinde sıralamak mümkündür⁹.

Bu altı kriter, Yüksek Mahkeme'nin siyasi mesele doktrinini uyguladığı kararlarında halen uygulanmaktadır. Ancak günümüzde ilk iki kriter daha önemli hale gelmiştir. Zira Mahkeme, Baker sonrası tüm davalarda siyasi sorun doktrinini uygularken neredeyse sadece ilk iki faktöre dayanmıştır¹⁰.

DOKTRİNİN ANAYASAL TEMELLERİ

Amerika Birleşik Devletleri'nde siyasi mesele doktrini Yüksek Mahkeme'nin kararları ile ortaya çıkmıştır. Federal mahkemelerde dava açabilmenin şartlarından biri, davanın konusunun siyasi mesele doktrinini kapsamına girmemesidir. Siyasi mesele doktrininin temelleri, Marbury v. Madison davasında verilen karara dayandırılmaktadır¹¹. Buna göre: *"Mahkemenin görevi yalnızca bireylerin hakları konusunda karar vermektir, yürütmenin takdir yetkisine sahip olduğu görevleri nasıl yerine getirdiğini araştırmak değildir. Doğası gereği siyasi olan ya da Anayasa ve*

[7] Congressional Research Service (CRS), (Part 1).

[8] Baker et al. v. Carr et al., U.S. Reports: Baker et al. v. Carr et al., 369 U.S. 186 (1962), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep369/usrep369186/usrep369186.pdf>, s. 217.

[9] Baker v. Carr, s. 217.

[10] Dodson, Scott. "Article III and the Political Question Doctrine", *North Western University Law Review*, Volume 116, No. 3, 2021, s. 682.

[11] Congressional Research Service (CRS), (Part 1).

*yasalar tarafından yürütmeye bırakılmış olan bir karar, bu mahkemede asla alınmaz*¹².

Yüksek Mahkeme Baker kararında siyasi sorun doktrinini “kuvvetler ayrılığının temel bir gereği” olarak ifade etmiş, ancak ilk kararlarında doktrini Anayasa’nın herhangi bir hükmüne dayandırmamıştır¹³. Baker kararından sonra siyasi mesele doktrini, öğretilde Anayasa’nın III. maddesine dayandırılmıştır. Buna göre federal mahkemeler, yalnızca “davalar” ve “uyuşmazlıklar” üzerinde sınırlı bir “yargısal” yetkiye sahiptir¹⁴. Yüksek Mahkeme 2019 yılında *Rucho v. Common Cause* kararı ile doktrinin Anayasal kaynağı olarak III. maddeyi göstermiştir.

Ancak siyasi mesele doktrini konusunda hem Baker kararının alındığı dönemde hem de sonrasında tartışmalar devam etmiştir. Zira siyasi mesele doktrini, federal mahkemelerin önlerine gelen sorunları uygun bir şekilde karara bağlama konusundaki yükümlülüğü ile çatışmaktadır¹⁵. Ayrıca Mahkeme kararlarında da siyasi mesele doktrininin nasıl tanımlanacağı, anayasal dayanağı ve doktrinin hangi amaca hizmet ettiği gibi temel konularda çelişkiler ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme de şimdiye kadar vermiş olduğu kararlarda bu ihtilafları kapsamlı bir şekilde çözmemiş, tek ve tutarlı bir doktrin ortaya koyamamıştır.

Yargı yetkisi ve yargısal kısıtlama arasındaki bu gerilim, bu konuda Anayasa’da açık bir hüküm olmaması sebebiyle daha da kötüleşerek, siyasi soru doktrininin kapsamı ve meşruluğu hakkında tartışmalara yol açmıştır¹⁶. Örneğin bir görüş Mahkeme’nin meşruiyetini korumak için siyasi mesele doktrininin kullanılması gerektiğini savunmuş diğer bir görüş ise Yüksek Mahkeme’nin yargısal denetim görevinden kaçmasının anayasaya aykırı olduğunu kabul etmiştir¹⁷. Başka bir görüş ise, doktrininin yalnızca Anayasa’nın federal mahkemeler dışında bir organı açıkça yetkilendirdiği durumlarda uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁸.

[12] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), s. 170, <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>, Erişim Tarihi: 30.05.2023.

[13] Dodson, s. 682.

[14] Dodson, s. 682. Buna göre mahkemeler talep üzerine diğer birimlere tavsiye niteliğinde görüş bildiremez, soyut açıklamalar yapamaz; somut bir dava olsa bile nihai karar verme yetkisine sahip olmadıkları için tavsiye niteliğinde görüş veremez; uyuşmazlığın konusu dışında ve tarafların hukuki durumları üzerinde sonuç doğurmayan kararlar veremezler. Bickel, Alexander M. “The Passive Virtues”, *Harvard Law Review*, Volume 75, Issue 1, 1961, s. 42.

[15] Dodson, s. 686.

[16] Dodson, s. 687.

[17] Dodson, s. 687.

[18] Wechsler, Herbert. “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, Nov., Volume 73, No. 1, 1959, s. 7-9.

KONU HAKKINDAKİ TEMEL KARARLAR

Luther v. Borden Kararı

Siyasi mesele kavramı 1849 tarihli Luther v. Borden kararı ile daha derin bir anlam kazanmıştır. Dava konusu olaylar Rhode Island eyaletinde meydana gelmiştir. Bu eyalette bir ayaklanma meydana gelmiş ve yeni bir eyalet hükümeti kurmaya çalışılmıştır. Bu girişim mevcut hükümet tarafından sıkıyönetim ilan edilerek bastırılmıştır. Daha sonra, bir isyancı federal mahkemede hükümet yetkilileri aleyhine mülküne izinsiz girildiği gerekçesiyle dava açmıştır. Yetkililerin eylemlerinin sıkıyönetim altında yasal olduğu iddiasına karşı, davacı ise hükümetin ve sıkıyönetimin gayrimeşru olduğunu ileri sürmüştür. Alt federal mahkeme hükümetin yasallığına ilişkin kanıtları değerlendirmiş, daha sonra yasal olduğuna karar vermiştir¹⁹.

Temyiz istemi üzerine, Yüksek Mahkeme Anayasa'nın Garanti Maddesi olarak adlandırılan Madde IV/Bölüm 4 kapsamında bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre: "Birleşik Devletler bu Birlik'teki her eyalete Cumhuriyet türü yönetim şeklini garanti edecek ve eyaletlerin her birini istilaya ve yasama organının ya da (yasama organı toplanamadığında) yürütme organının başvurusu ile iç saldırılara karşı koruyacaktır". Bu madde gereğince Birleşik Devletler, her eyalette yöneticileri halkın kendisinin seçtiği cumhuriyet türü yönetim şeklini garanti edecektir. Yüksek Mahkeme, Garanti Maddesinde yer alan "Birleşik Devletler" ifadesini "Kongre" olarak yorumlamaktadır²⁰. Bir eyalet hükümetinin cumhuriyet türü olup olmadığı kararının mahkemelerce değil, Kongre tarafından vermesi gerektiği kanaatine varmıştır. Mahkeme, güvence maddesinin "doğası gereği siyasi" olduğunu ve "bir Eyalette hangi hükümetin kurulu olduğuna karar verme yetkisinin Kongre'ye ait olduğunu" belirtmiştir²¹. Yüksek Mahkeme'ye göre, Kongre'nin bir eyaletin senato ve temsilciler meclisi üyelerini kabul etmesi, o eyalet yönetimini cumhuriyet türü olarak kabul ettiğini göstermektedir²².

Bu maddeye göre ayaklanmalar veya eyalet içindeki şiddet hareketleriyle ilgili olarak eyaletin yasama meclisi veya valisi, federal yardım isteyebilir. 28 Şubat 1795 tarihli kanunla, Birleşik Devletler hükümetinin müdahale etmek zorunda olduğu bir acil durumun ortaya çıkıp çıkmadığına karar verme ve ayaklanmaları bastırmak için silahlı kuvvetleri göreve çağırma yetkisi Başkan'a verilmiştir²³.

[19] Luther v. Borden et al., 48 U.S. (7 How.) 1 (1849), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/lj/usrep/usrep048/usrep048001/usrep048001.pdf>, Erişim Tarihi: 31.05.2023, s. 1-2.

[20] Luther v. Borden, s. 43.

[21] Luther v. Borden, s. 42.

[22] Luther v. Borden, s. 42.

[23] Luther v. Borden, s. 43.

Başkan eyalet yasama ya da yürütme organının başvurusu üzerine harekete geçecektir ve dolayısıyla harekete geçmeden önce yasama organının hangi kişilerden oluştuğunu ve valinin kim olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Mahkeme'ye göre mevcut davada, Başkan'ın ayaklanmayı bastırmak için silahlı kuvvetleri harekete geçirme kararı, Birleşik Devletler'in eski hükümetin yasal ve dolayısıyla cumhuriyetçi olduğunu kabul etmesi anlamına gelmektedir²⁴. Eyaletlerdeki hükümet değişiklikleri "siyasi iktidar tarafından çözülmesi gereken bir sorun" olduğu için Mahkeme'ye göre "mahkemeler bu kararı dikkate almak ve uygulamakla yükümlüdür"²⁵. Yüksek Mahkeme alt federal mahkemenin eyalet hükümetin yasal olup olmadığını incelemesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ancak yine de esasa ilişkin doğru sonuca ulaştığı için alt mahkemenin kararını onamıştır²⁶.

Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon Kararı

Mahkeme 1912 tarihli Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon davasında Garanti Maddesini açıkça yargı yetkisinin dışında bırakmıştır²⁷. Davaya konu olan olaylar şu şekildedir: Halk girişimi neticesinde yapılan oylamada, belirli işletmelere vergi getiren bir eyalet anayasa değişikliği kabul etmiştir²⁸. Bu kapsamdaki bir işletme ödeme yapmayı reddedince, eyalet vergi ve cezalar için dava açmıştır. İşletme cevabında, verginin Anayasa'nın Garanti Maddesine aykırı bir girişim süreciyle kabul edildiği için hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür²⁹. Zira işletmeye göre, halkın doğrudan karar alması cumhuriyetçi hükümet modeli ile bağdaşmamaktadır. Mahkeme kararında, bu sorunun siyasi nitelikte olduğunu ve bu nedenle yargı gücü tarafından ele alınamayacağını, konunun Anayasayla yalnızca Kongre'nin kararına bırakıldığını belirlemiştir³⁰. Halk girişimi prosedürünün eyalet hükümetini cumhuriyetçi olmaktan çıkarıp çıkarmayacağını belirleme yetkisi Kongre'ye aittir dolayısıyla yargının alanına dahil değildir³¹.

Baker v. Carr Kararı

1962 tarihli Baker v. Carr davasında verilen karar modern siyasi mesele

[24] Luther v. Borden, s. 44.

[25] Luther v. Borden, s. 47.

[26] Luther v. Borden, s. 46-47.

[27] "Sunulan meselelerin özünde siyasi ve hükümete ilişkin olduğu ve Kongre'ye verilen yetkilerin kapsamına girdiği ve bu nedenle yargı yetkisinin kapsamına girmediği bu mahkeme tarafından uzun zamandan beri kesin olarak tespit edildiğinden, açılan davanın yargı yetkimiz dahilinde olmadığı...sonucuna varılmaktadır". Pacific Telephone Co. v. Oregon, 223 U.S. 118 (1912), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/lj/usrep/usrep223/usrep223118/usrep223118.pdf>, Erişim Tarihi: 31.05.2023, s. 151.

[28] Pacific Telephone Co. v. Oregon, s. 133-135.

[29] Pacific Telephone Co. v. Oregon, s. 136.

[30] Pacific Telephone Co. v. Oregon, 133.

[31] Pacific Telephone Co. v. Oregon, 150-151.

doktrininin temeli olarak kabul edilmektedir. Bu davadaki olayların temelinde Tennessee eyaletinin nüfus dağılımının önemli ölçüde değişmesine rağmen 1901'den sonra seçim çevrelerinin güncellenmemesi durumu vardır. Bu durumun bazı seçmenlerin oyunun diğerlerinden daha değerli olmasına sebep olmak suretiyle Eşit Koruma Maddesi'ni ihlal ettiği ileri sürülmüştür³². Bölge Mahkemesi, konu hakkında yargı yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle şikâyeti reddetmiştir. Yüksek Mahkeme'nin önüne giden davada Mahkeme, yargılama yapılabilmesinin "ileri sürülen görevin yargısal olarak tanımlanıp tanımlanamayacağına ve ihlalinin yargısal olarak belirlenip belirlenemeyeceğine ve ileri sürülen hak için korumanın yargısal olarak şekillendirilip şekillendirilemeyeceğine" bağlı olduğunu belirtmiştir³³. Yüksek Mahkeme bu davada daha önce belirttiğimiz altı kriteri açıklamıştır. Mevcut davada ise bu kriterlerden herhangi birinin bulunmadığını, dolayısıyla siyasi mesele doktrininin uygulanamayacağını ifade etmiştir. Davadaki sorun, eyaletin eyleminin Federal Anayasaya uygun olup olmadığıdır. Yasama ya da yürütme organı tarafından karara bağlanmış ya da bağlanması gereken bir mesele değildir³⁴. Yüksek Mahkeme Bölge Mahkemesi'nin federal anayasaya uygunluk denetimi yapılabileceği, özellikle eşit koruma ilkeleri kapsamında davanın karara bağlanabileceği gerekçesiyle Bölge Mahkemesinin kararını bozmuştur³⁵.

Powell v. McCormack Kararı

1969 yılında Powell v. McCormack³⁶ davası da konu ile ilgili temel kararlardan biri olarak kabul edilir. Temsilciler Meclisi'nde görev yapmak üzere usulüne uygun olarak seçilen Powell'ın kamu fonlarını zimmetine geçirdiği ve New York mahkemelerinin işleyişini suistimal ettiği suçlamalarının ardından, Meclis'in aldığı bir kararla göreve başlaması engellenmiştir³⁷. Nihai olarak Yüksek Mahkeme'nin önüne giden dava ile ilgili olarak Mahkeme, bu davanın kuvvetler ayrılığı doktrini uyarınca yargıya götürülemeyecek "siyasi bir mesele" içermediğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, Meclis'in Anayasa'da açıkça belirtilen nitelikleri taşıyan bir üyenin görevini sona erdirme yetkisi yoktur³⁸.

Powell hakkında alınan 278 sayılı Meclis Kararı, Anayasa Madde I Bölüm 5 kapsamında alınmamıştır. Bu madde gereğince her iki meclis üçte iki çoğunlukla karar alarak bir üyesini ihraç edebilir. Ancak bu olayda üçte

[32] Baker et al. v. Carr, s. 186.

[33] Baker et al. v. Carr, s. 198.

[34] Baker et al. v. Carr, s. 226.

[35] Baker et al. v. Carr, s. 237.

[36] Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l/usrep/usrep395/usrep395486/usrep395486.pdf>, Erişim Tarihi: 01.06.2023.

[37] Powell v. McCormack, s. 186.

[38] Powell v. McCormack, s. 486-488.

ikilik bir çoğunlukla ihraç kararı alınmamış, seçilmiş üye oy çokluğuyla Temsilciler Meclis'i üyeliğine kabul edilmemiştir. Bu kararın dayanağı her meclisin kendi üyelerinin yasal niteliklere sahip olup olmadığını ve dürüst bir biçimde seçilip seçilmediğini saptamaya yetkili olduğu esasdır. Meclisler üyelerinin nitelikleri konusunda bir yargıya varırken yalnızca Anayasa'da belirtilen yaş, vatandaşlık ve ikamet koşullarını inceleyebilir. Ancak Meclisler ihraç kararı alırken, üyenin göreve uygun olup olmadığı konusunda başka hususları da dikkate alabilir.

Gilligan v. Morgan Kararı

1973'te karara bağlanan Gilligan v. Morgan davasında, kampüste yaşanan bir kargaşa döneminde, vali tarafından düzeni korumak için çağrılan Ulusal Muhafızların, yeterince eğitilmiş olmadıkları için öğrencilerin konuşma ve toplanma haklarını ihlal ettiği ve bazı öğrencilerin yaralanmasına ve ölümüne neden olduğu iddia edilmiştir. Bu olayda davacılar tazminat talebinde bulunmamıştır. Mahkeme'ye göre davacıların talepleri Ohio Ulusal Muhafızlarının eğitim ve silahlanmalarına ilişkin esasların yargısal olarak değerlendirilmesini istemekten ibarettir. Ayrıca, Ulusal Muhafızların eylemlerinin kontrol edilebilmesi için eğitim, silah türü ve emirlerin kapsamı ve türüne ilişkin yargısal standartlar oluşturması talep edilmektedir³⁹. Mahkeme Ulusal Muhafızların eğitimi ve silahlanması konusunun anayasa ile yasama ve yürütme organlarına bırakıldığı, kolluk kuvvetlerinin silahlanma ve eğitimlerinin nasıl olması gerektiği konusunda yargısal makamların karar veremeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmiştir⁴⁰. Mahkeme davanın "askeri bir gücün oluşturulması, eğitimi, teçhizatı ve kontrolüne ilişkin karmaşık, ince ve profesyonel kararları" içerdiğini kabul etmiş ve siyasi mesele doktrininin uygulanmasına karar vermiştir.

Nixon/Amerika Birleşik Devletleri Kararı

Yüksek Mahkeme Nixon/Amerika Birleşik Devletleri davasında, Senato tarafından yapılan impeachment yargılamalarına ilişkin bazı sorunları "mahkeme tarafından karara bağlanamayan, siyasi bir mesele" olarak kabul etmiştir⁴¹. Dava konusu olayda Federal Bölge Mahkemesi Baş Yargıçı olan Nixon, görev yaptığı süre boyunca büyük jüriye yanlış beyanda bulunduğu için suçlu bulunmuş ve hapis cezasına çarptırılmıştır.

[39] Gilligan v. Morgan, 413 U.S. 1 (1973), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep413/usrep413001/usrep413001.pdf>, s. 5-6.

[40] Gilligan v. Morgan, s. 5. "Ulusal Muhafızların davranışlarının her zaman yargı denetimi dışında olduğu ya da hukuk ihlalleri veya askeri personelin belirli hukuka aykırı davranışları için adli bir forumda hesap sorulamayacağı sonucuna varmadığımız ya da bunu ima etmediğimiz açık olmalıdır... Biz sadece bu davada böyle bir sorunun ortaya çıkmadığını düşünüyoruz... Gilligan v. Morgan, s. 11-12.

[41] Nixon v. United States, 506 U.S. 224 (1993), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep506/usrep506224/usrep506224.pdf>, Erişim Tarihi: 21.11.2021.

Nixon, Temsilciler Meclisi tarafından suçlanıp impeachment usulü ile yargılanmak üzere Senato'ya sevk edilmiştir.

“Suçlama Yargılaması Oturumlarındaki Usul ve Çalışma Yöntemine İlişkin Kurallar” (*Rules of Procedure and Practice in the Senate when Sitting On Impeachment Trials*) Madde XI gereğince bir komisyon oluşturulmuştur. Senato'da oluşturulan bu komisyon tanıkları dinleyerek bir rapor hazırlamış ve raporunu Senato'ya sunmuştur⁴². Senato yargılama neticesinde Nixon'ı suçlu bularak yargıçlık görevine son vermiştir.

Nixon, oluşturulan komisyonun tanık dinlemesine itiraz etmiştir. Nixon'a göre, bu kural yargılamanın yalnızca Senato tarafından yapılacağına ilişkin Anayasa hükmüne (Madde I, Bölüm 3/6) aykırılık oluşturmaktadır. Nixon XI. maddenin yargılama yapma yetkisini Senato'dan alarak, Anayasaya aykırı bir şekilde komisyona devrettiğini ileri sürmüştür. Alt mahkeme, bunun “mahkeme tarafından karara bağlanamayan, siyasi bir mesele” olduğunu tespit ederek davayı reddetmiştir. Federal Yüksek Mahkemesi de Senato'nun impeachment yargılaması usulüne ilişkin olarak belirlediği kuralların, mahkemeler tarafından denetlenemeyeceğini belirterek bu kararı onaylamıştır. Anayasa'ya göre impeachment yargılaması konusunda “tek” yetkili makam Senato'dur. Bu nedenle Anayasa'da yer alan “yargılama” ifadesinin neleri kapsadığını (tanık dinleme, hüküm verme gibi) belirleme yetkisi de Senato'ya bırakılmıştır. Anayasaya göre Senato'da yapılacak impeachment yargılamalarında gözetilmesi gereken üç kural vardır. Bunlar Senato üyelerinin yemin etmiş olması, mahkûmiyet kararı için üçte ikilik çoğunluğun sağlanması ve Başkan yargılandığında Yüksek Mahkeme Başkanı'nın oturuma başkanlık etmesidir. Mahkemeler bu esaslar dışında Senato'nun impeachment yargılaması usulüne ilişkin olarak belirlediği kuralları denetleyemez.

Zivotofsky v. Clinton Kararı

Siyasi mesele doktrininin özel bir öneme sahip olduğu alanlardan biri de dış ilişkilerdir. Mahkeme 1918'de verdiği bir kararda: “Devletimizin dış ilişkilerinin yürütülmesi Anayasa ile Devletin yürütme ve yasama -‘siyasi’- organlarına verilmiştir ve bu siyasi yetkinin kullanılması konusu yargısal soruşturmaya veya karara tabi değildir⁴³”. Ancak, “dış ilişkilere değinen her dava veya ihtilaf yargılama yetkisinin dışında değildir⁴⁴”.

[42] Bu komisyon, “Suçlama Yargılaması Oturumlarındaki Usul ve Çalışma Yöntemine İlişkin Kurallar” (*Rules of Procedure and Practice in the Senate when Sitting on Impeachment Trials*) Madde XI gereğince oluşturulmuştur.

[43] Oetjen v. Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1917), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep246/usrep246297/usrep246297.pdf>, Erişim Tarihi: 01.06.2023, s. 302.

[44] Baker et al. v. Carr, s. 211.

Mahkeme her bir sorunu somut olay çerçevesinde değerlendirmektedir. Örneğin, birçok dava, yargının antlaşmaların geçerliliği veya yabancı hükümetlerin tanınması ile ilgili belirli konularda siyasi organlara saygı göstermek zorunda olduğu sonucuna varmıştır⁴⁵. Konu ile ilgili önemli kararlardan biri de *Zivotofsky v. Clinton* kararıdır. *Zivotofsky* Kudüs'te doğmuştur; Amerikan vatandaşı olan ailesi, pasaportunda "İsrail" ibaresinin yer alması için başvuru yapmıştır. 2003 Mali Yılı Dış İlişkiler Yetkilendirme Yasası'nın 214(d) maddesi uyarınca: "Kudüs şehrinde doğan bir Birleşik Devletler vatandaşının doğum kaydı, vatandaşlığının tasdiki veya pasaportunun verilmesi amacıyla, Bakan, vatandaşın veya vatandaşın yasal vasisinin talebi üzerine, doğum yerini İsrail olarak kaydedecektir". Dışişleri Bakanlığı'nın Kudüs ve İsrail ile ilgili konularda tarafsızlığın sağlanmasına yönelik politikası gerekçe gösterilerek bu talep reddedilmiştir. Alt mahkemeler siyasi sorun doktrinine dayanarak yargı yetkisi olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Kararda Anayasa'nın yürütmeye tanıma konusunda münhasır yetki verdiği ve bu yetkinin kullanılmasının mahkemeler tarafından incelenemeyeceği belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme ise, siyasi mesele doktrininin federal bir yasanın anayasaya uygunluğuna ilişkin davaları reddetmeyi haklı gösteremeyeceği sonucuna varmıştır ve alt mahkemenin kararını bozmuştur⁴⁶. Buna göre mahkemelerin ilgili yasanın 214(d) maddesinin Anayasaya aykırı olup olmadığını tespit etmesi gerekir⁴⁷.

Rucho v. Common Cause Kararı

2019 yılında *Rucho v. Common Cause* davasında verilen karar, seçim çevrelerinin bir partinin lehine olacak şekilde belirlenmesi konusunda verilmiş bir karardır. Bu tür davalar daha önce de Yüksek Mahkemenin önüne gelmiş ancak Mahkeme bu davaların federal mahkemeler tarafından çözümlenmeye uygun olup olmadığı konusunda uygulanabilir yargısal standartlar oluşturamamıştır.

Rucho v. Common Cause davasına konu olan olaylar kısaca şu şekildedir:

[45] *Commercial Trust Co. v. Miller*, 262 U.S. 51 (1923), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep262/usrep262051/usrep262051.pdf>, Erişim Tarihi: 01.06.2023.

[46] *Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S. 189 (2012), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep566/usrep566189/usrep566189.pdf>, Erişim Tarihi: 01.06.2023. s. 189-190.

[47] Nihayetinde mahkemeler kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar vermiş ve Yüksek Mahkeme de 2015 yılında bu kararı onaylamıştır. Yüksek Mahkeme, Başkan'ın yabancı ulusları tanıma konusunda münhasır yetkiye sahip olduğuna ve bu nedenle Kongre'nin Dışişleri Bakanlığı'ndan pasaportlarda Kudüs'ün İsrail'in bir parçası olduğunu belirtmesini talep edemeyeceğine hükmetmiştir. Buna göre başkan, yabancı bir egemeni resmi olarak tanıma konusunda münhasır yetkiye sahiptir. Anayasa Kongre'ye değil, Başkan'a kendi inisiyatifile tanıma işlemini gerçekleştirilmesi için araçlar tahsis etmiştir. Ulus, hangi hükümetlerin Birleşik Devletler nezdinde meşru olup hangilerinin olmadığı konusunda "tek bir sesle konuşmalıdır". *Zivotofsky v. Kerry*, 576 U.S. 1 (2015), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/13-628/>, Erişim Tarihi: 01.06.2023.

Kuzey Carolina ve Maryland'deki bazı seçmenler ve diğer davacılar⁴⁸, seçim çevrelerinin oluşumun anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla dava açmışlardır. Kuzey Carolina'daki davacılar seçim çevresi planının Demokratlara karşı ayrımcılık yaptığını iddia ederken, Maryland'deki davacılar ise Eyaletlerinin planının Cumhuriyetçilere karşı ayrımcılık yaptığını iddia etmiştir. Her iki davada da Bölge Mahkemeleri davacılar lehine karar vermiş ve davalılar doğrudan Yüksek Mahkemeye temyiz başvurusunda bulunmuşur⁴⁹. Yüksek Mahkeme siyasi amaçlarla seçim bölgelerinin sınırlarının değiştirilmesinin anayasaya aykırı olduğunu tespit edebilecek standartları belirleme görevinin Mahkeme'nin kapasitesinin ötesinde olduğuna ve bu nedenle bu tür iddiaların yargılamaya konu olamayacak siyasi meseleler olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ilgili Bölge Mahkemelerinin kararlarını iptal edilmiş ve davaların yetkisizlik nedeniyle reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme kararında söz konusu olan seçim bölgesi planlarının, her açıdan son derece partizan (tarafalı) olduğunu kabul etmektedir. Ancak asıl mesele, bu planları anayasaya aykırı bulan alt mahkemelerin yargı yetkisini uygun bir şekilde kullanıp kullanmadıklarıdır⁵⁰. Rucho v. Common Cause davasında Mahkeme siyasi mesele doktrinini doğrudan Anayasa'nın III. maddesine dayandırmıştır⁵¹. Dolayısıyla bu davalarda karar verilebilmesi için öncelikle sorunun "yargısal nitelikte" bir "dava" veya "ihtilaf" olduğunun tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵². Çünkü yargı organları, sorunun çözümünün siyasi organlardan birine bırakıldığı veya yargısal olarak belirlenebilir ve uygulanabilir standartların bulunmadığı hukuka aykırılık iddiaları hakkında karar veremez. Böyle bir durumda iddianın "siyasi bir mesele" teşkil ettiği ve mahkemelerin yargılama yetkisi dışında olduğu kabul edilmektedir⁵³.

[48] Bu davada, siyasi amaçlarla seçim bölgelerinin sınırlarının değiştirildiği iddiasında bulunan bir davacının, taraf ehliyetine sahip olabilmesi için iddia edilen "parçalanmış" (cracked) veya "sıkıştırılmış" (packed) bir bölgede yaşadığını ispatlaması gerekir. "Parçalanmış" bölge, bir partinin destekçilerinin birden fazla bölge arasında bölündüğü ve böylece partinin hiçbirinde çoğunluğu elde edemediği bir bölgedir. "Sıkıştırılmış" bölge ise, bir partinin destekçilerinin yüksek oranda yoğunlaştığı bir bölgedir, bu nedenle bu bölgeyi büyük bir farkla kazanırlar ve diğer bölgelerde şanslarını artıracak birçok oyu "boşa harcarlar". Rucho v. Common Cause, s. 4. [49] Rucho v. Common Cause, 588 U. S. S. (2019), https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-422_9o1.pdf, Erişim Tarihi: 01.06.2023, s. 1.

[50] Rucho v. Common Cause, s. 4.

[51] "Anayasa'nın III. maddesi federal mahkemeleri 'davalar' ve 'ihtilaflar' hakkında karar vermekle sınırlandırmaktadır. Bu sınırlamayı, federal mahkemelerin yalnızca 'tarihsel olarak yargı süreci yoluyla çözülebileceği düşünülen' sorunları ele alabileceği şeklinde anlıyoruz". Rucho v. Common Cause, s. 6-7.

[52] Rucho v. Common Cause, s. 7.

[53] Mahkemenin yetkisi, "bir davacının belirli bir yasal hak iddiasını yasal ilkelere göre çözüme gerekliliğine dayanır ve bununla sınırlıdır". Bu davadaki sorun siyasi amaçlarla seçim bölgelerinin sınırlarının değiştirildiği iddialarının çözümünde "federal yargı için uygun bir rol" olup olmadığıdır. Bu tür iddiaların yasal hak iddiaları olup olmadığı, yasal ilkelere göre çözülebilir olup olmadığı veya çözümlerini başka bir yerde bulması gereken siyasi sorular olup olmadığına tespit edilmesi gerekir. Rucho v. Common Cause, s. 7.

Anayasa Madde I, Bölüm 4/1, eyalet yasama organlarına Kongre üyeleri için “seçimlerin yapılma zamanları, yerleri ve şeklini” belirleme yetkisi verirken Kongre’ye de bu tür düzenlemeleri “yapma veya değiştirme” yetkisi vermiştir. Ancak eyaletlerin seçim bölgelerini belirleme yetkisi, Kongre bu konuda kanun yapmasa bile, sınırsız değildir. Örneğin, eyaletler seçim bölgelerini 14. Değişiklik, Bölüm 1’de düzenlenen Eşit Koruma Maddesini ihlal edecek şekilde belirleyemez⁵⁴. Bu madde gereğince davada temyiz başvurusu yapanlar, seçimlerle ilgili bu tür sorunları sadece Kongre’nin çözebileceğini ileri sürmüştür. Mahkeme’ye göre de tarihsel olarak bakıldığında anayasa yapımcıların konuyu eyalet yasama meclislerine devrettiği, Federal Kongreye de kontrol ve denge sağlama yetkisi verdiği açıktır. Anayasa yapımcılar bu konuda federal mahkemelere bir yetki vermemiştir⁵⁵. Yine de mahkemeler, seçim bölgeleriyle ilgili çeşitli soruları çözmek amacıyla bazı kararlar vermiştir. Yüksek Mahkeme de eşit oy ilkesi ve ırk ayrımcılığına dayalı seçim yolsuzlukları (gerrymandering) söz konusu olduğunda, Eyaletlerin seçim çevrelerini oluşturmasından kaynaklanabilecek en azından bazı sorunlarla ilgili olarak mahkemelerin bir rolü olduğunu kabul etmiştir⁵⁶. Ancak Mahkeme siyasi amaçlarla seçim bölgelerinin sınırlarının değiştirildiğine yönelik iddiaların farklı nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

Siyasi amaçlarla seçim bölgelerinin sınırlarının değiştirildiği iddialarını çözmek için oluşturulacak bir standardın “belirli ve kesin bir gerekçeye” dayanması ve “açık, uygulanabilir ve siyasi olarak tarafsız” olması gerekir. Ancak “seçim bölgelerinin çizilmesini yasama süreci yoluyla kontrol etme fırsatı Birleşik Devletler’de siyasetin kritik ve geleneksel bir parçasıdır”. “Partizan nedenlerle çizilen tüm seçim bölgesi çizgilerinin düzeltilmesini gerektiren geniş kapsamlı bir standart, federal ve eyalet mahkemelerini Amerikan siyasi sürecine benzeri görülmemiş bir müdahalede bulunmaya zorlayacaktır”. Başka bir ifadeyle seçim bölgeleri belirlenirken zaten siyasi saiklerle hareket edilir, bir partinin hakimiyetinin çok fazla olduğuna karar vermek için yargısal bir standart sağlanamaz.

Mahkeme’ye göre temyiz talebinin temelinde, partilerin eyalet çapında aldıkları oylarla orantılı bir temsil elde etme hakkına sahip olması gerektiği iddiası vardır. Mahkeme eşit oy ilkesi gereğince, her bir kişinin temsilcilerin seçiminde eşit söz hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Bu ilke, bir kişinin siyasi partisinin eyalet çapındaki destek payıyla orantılı bir temsil elde etme hakkına sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Eşit

[54] Dodson, s. 700; Baker et al. v. Carr, s. 226.

[55] Rucho v. Common Cause, s. 10-11.

[56] Rucho v. Common Cause, s. 2.

oy ilkesi her bir oyun eşit ağırlık taşınması gerektiği fikrine dayanmakta, bölgelendirme işleminin adil olup olmadığı konusu ise Mahkemenin yetkisi dışında kalmaktadır⁵⁷. Temyize gidenler, Mahkeme eşit oy iddialarını karara bağlayabiliyorsa, siyasi amaçlarla seçim bölgelerinin sınırlarının değiştirme iddialarını da değerlendirebileceğini iddia etmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, bir kişi, bir oy kuralının matematiksel olarak uygulanması nispeten kolaydır⁵⁸. Aynı şey seçim bölgelerinin sınırlarının siyasi amaçlarla değiştirildiği iddiaları için söylenemez, çünkü Anayasa bir seçim bölgesinin bir siyasi partiye adil davranıp davranmadığını değerlendirmek için objektif bir ölçü sunmamaktadır⁵⁹.

Deneyimler, seçim sonuçlarını doğru bir şekilde tahmin etmenin kolay olmadığını kanıtlamaktadır ve yargıçlardan belirli bir bölgelendirme haritasının gelecek seçimlerde nasıl bir sonuç doğuracağını tahmin etmelerini istemek, anayasal hükümleri yargısal uzmanlığın dışındaki istikrarsız bir zemine dayandırma riski taşımaktadır⁶⁰. Varsayımlara dayalı olarak bir seçim bölgesinin adaletsiz sonuçlar doğuracağını kabul etmek ve bu suretle kanunun anayasaya aykırı olduğuna hükmetmek mümkün değildir⁶¹.

Mahkeme son olarak temyiz başvurusunda bulunanların istediği şeyin, yargı yetkisinin eşi benzeri görülmemiş bir şekilde genişletilmesine sebep olacağını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca son 45 yıl boyunca çeşitli taleplere rağmen, siyasi amaçlarla seçim bölgesinin sınırlarının değiştirildiği gerekçesiyle hiçbir kanunu anayasaya aykırı bularak iptal etmediğini de belirtmiştir. "Yargı yetkisinin genişletilmesi herhangi bir ihtilaf alanına değil, Amerikan siyasi hayatının en yoğun partizan yönlerinden birine müdahale olacaktır. Bu müdahalenin kapsamı ve süresi sınırsız olacaktır - hem eyalet hem de federal temsilciler için her yeni bölge seçiminde ülke çapında tekrar tekrar tekrarlanacaktır. Bugünkü kararın demokratik ilkeler üzerindeki etkisi değerlendirilirken, Federal Devletin seçilmemiş ve siyasi olarak hesap vermeyen bir organının böylesine olağanüstü ve benzeri görülmemiş bir rol üstlenmesinin etkisi göz ardı edilemez"⁶². Mahkeme ayrıca çok sayıda eyaletin, yasalar yoluyla seçim bölgelerinin

[57] Rucho v. Common Cause, s. 17-18. "...her parti için ideal sandalye sayısına karar vermesi ve bu dengeden sapmanın hangi noktada çok ileri gittiğini belirlemesi gerekecektir. Eğer 5-3'lük bir dağılım eyalet çapındaki oy toplamlarına en yakın şekilde karşılık geliyorsa, yasama organlarının belirli bir ölçüde, siyasi amaçlarla seçim bölgelerinin sınırlarının değiştirme yetkisine sahip olduğu göz önüne alındığında 6-2'lik bir dağılıma izin verilebilir mi?". Rucho v. Common Cause, s. 20.

[58] "Başka bir deyişle, her bir temsilci (yaklaşık olarak) aynı sayıda seçmene karşı sorumlu olmalıdır". Rucho v. Common Cause, s. 20.

[59] Rucho v. Common Cause, s. 20.

[60] Rucho v. Common Cause, s. 25.

[61] Rucho v. Common Cause, s. 23.

[62] Rucho v. Common Cause, s. 31.

belirlenmesinde partizan değerlendirmeleri kısıtladığını da belirtmiştir. Bunu yapmanın bir yolu seçim bölgelerini çizme yetkisini bağımsız komisyonlara vermektir. Eyalet anayasalarıyla seçim bölgelerinin belirlenmesine ilişkin temel kriterler belirlemek de bunlardan biridir⁶³.

SONUÇ

Siyasi mesele doktrini Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin içtihatlarıyla oluşturulmuştur. Bu doktrin temel siyasi politikaların belirlenmesinde seçilmiş makamların karar vermesi esasına dayanır. Siyasi olarak sorumluluğu bulunmayan atanmış yargıçlar temel politikaların belirlenmesi sürecine müdahil olmamalıdır. Örneğin, silahlı kuvvet kullanılmasına karar vermek, yabancı bir devleti resmi olarak tanımak, silahlı kuvvetlerin eğitimi ve teçhizatlarına karar vermek, uluslararası antlaşmalar yapmak gibi yetkilerin kullanılması gibi durumlarda uygulanabilir yargısal standartlar oluşturulması mümkün değildir. Bu gibi durumlarda verilecek bir mahkeme kararı bu konudaki siyasi tercihleri denetlemek anlamına gelecektir. Mahkemeler bu tür konularda karar almaya yetkin değildir. Ayrıca mahkemelerin bu kararlardan dolayı demokratik olarak sorumlu tutulabilmeleri de mümkün değildir. Yargı yetkisinin doğası gereği mahkemelerin, siyasal takdire dayalı konularda karar vermemesi yerinde olacaktır. Bu durum kuvvetler ayrılığının sağlanması açısından da önemlidir. Ayrıca siyasi takdir alanına müdahale edilmesi, yargı makamlarının meşruluğunun sorgulanmasına da sebep olacaktır. Zira yargılama fonksiyonun temelinde tarafsızlık düşüncesi vardır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde federal düzeydeki mahkemeler bu gerekçelerle, sorunun çözümünün siyasi organlardan birine bırakıldığı veya yargısal olarak belirlenebilir ve uygulanabilir standartların bulunmadığı hukuka aykırılık iddiaları hakkında karar vermemektedir. Böyle bir durumda iddianın “siyasi bir mesele” teşkil ettiği ve mahkemelerin yargılama yetkisinin dışında olduğu kabul edilmektedir.

Ancak mahkemelerin önüne gelen bir uyuşmazlığı çözmeye yükümlüğü karşısında, siyasi mesele doktrini konusu oldukça tartışmalı hale gelmektedir. Federal Yüksek Mahkeme kararlarında da siyasi mesele doktrininin nasıl tanımlanacağı, anayasal dayanağının ne olduğu ve doktrin hangi amaca hizmet ettiği gibi temel konularda çelişkiler ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme şimdiye kadar vermiş olduğu kararlarda bu ihtilafları kapsamlı bir şekilde çözmemiştir.

[63] Rucho v. Common Cause, s. 32.

KAYNAKÇA

- Bickel, Alexander M. "The Passive Virtues", *Harvard Law Review*, Volume 75, Issue 1, 1961, s. 40-79.
- Congressional Research Service (CRS). "The Political Question Doctrine: An Introduction (Part 1)", 2022, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10756>, Erişim Tarihi: 05.05.2023.
- Dodson, Scott. "Article III and the Political Question Doctrine", *North Western University Law Review*, Volume 116, No. 3, 2021, s. 681-735.
- Grove, Tara Leigh. "The Lost History of The Political Question Doctrine", *New York University Law Review*, Volume 90, 2015, s. 1908- 1974.
- Öztürk, Fatih. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2011.
- Reich, Yaron Z. "United States v. AT&T: Judicially Supervised Negotiation and Political Questions", *Columbia Law Review*, Volume 77, No. 3, 1977, s. 466-494.
- Wechsler, Herbert. "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Nov., Volume 73, No. 1, 1959, s. 1-35.

KUZEY AFRİKA ÜLKELERİNİN SİYASAL SİSTEMLERİNİN GENEL HATLARI

Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM

Karabük Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi

ORC-ID: 0000-0002-7617-2429

abdulazimibrahim@karabuk.edu.tr

ÖZET

Bu çalışmada Kuzey Afrika devletlerinin siyasal sistemleri ve uğramış olduğu anayasal reformlar irdelenmiştir. Arap Baharı ile demokratikleşme yolunda atılan adımlar doğrultusunda irdelenen beş ülkenin de anayasalarında değişikliklere gidilmiş, ülkelerin siyasal sistemleri değişikliğe uğramıştır. Her ülkede parlamentoların yasama süreçleri ve organları, yürütmenin görevleri ve etkisi üzerine tartışılmıştır. Bazı ülkelerde geçmiş yönetimlerin yarattığı etkiler hâlâ görülürken, bazı devletlerde ise tamamen demokratik yönetime geçmek için adımlar atılmıştır. Hükümet sistemlerinin yaratmış olduğu istikrar veya istikrarsızlık genel hatlarıyla ortaya konulmuştur.

Afrika anayasalarının kısa bir tarihsel genel bakışla ele alınmış ardından bu anayasaların hazırlanması ve hazırlanma aşamasını şekillendiren ve etkileyen siyasi ve güvenlik gerilimlerinin analitik bir karşılaştırma yaparak anayasaların oluşumundaki temel faktörler ortaya konulmuştur. İlk olarak Afrika ülkelerinin bağımsızlığı ile ortaya çıkan ve genel olarak Batı anayasalarının özelde ise İngiliz ve Fransız anayasalarının çarpıtılmış bir kopyası olan Afrika anayasaları konusu incelenmiştir.

Kuzey Afrika anayasalarının hazırlanması aşamaları birçok zor siyasi, hukuki ve coğrafi baskılardan geçmiş bunların en önemlileri: “örtülü darbeler” aşaması; diğer yandan Bazı ülkelerde hükümeti deviren Afrika askeri kurumları, bu Kitadaki anayasal hayatı etkileme gayreti içinde olmuşlardır. Afrika’da yüzden fazla askeri darbe olmuş ve Afrika orduları bu darbeler aracılığıyla, kurulu anayasaları değiştirerek siyasi hayata müdahalelerini meşrulaştırmaya çalışmıştır.

Adı geçen bazı ülkelerin anayasaları, yürürlükteki yasal düzenlemeleri ve sistemleri alenen ihlal ederek, anayasal görevi sona ermiş bir başkana yeni bir fırsat tanımak için defalarca ve pervasızca değiştirilmiştir. Güney Afrika’da olduğu gibi, Afrika da başarılı anayasal deneyimler yaşanmıştır. Afrika’daki anayasal durum ve siyasi yaşamla ilişkisi, yönetim modeli

ve bu kıtadaki siyasi aktörlerin devlete bakışı, bu kıtada modern bir devlet inşa etme yolunu açıkça yansıtan çok önemli konular olmaya devam ediyor. Afrikalı yasa koyucunun ciddiyetinin boyutu, Afrika'daki yönetim deneyiminin ne olduğu ve bu ülkeleri bekleyen beklentiler halen de günümüze kadar yerine getirmemiştir.

Son olarak Afrika kıtası öteden beri devletleşme gayreti söz konusudur. Ancak kolonizasyonla birlikte bölgede, bölgesel bölgenin şartların dışında oluşumlar ve başka devletlerin özellikle Avrupa devletlerinin güdümünde yönetimler oluşmuştur. Bu kolonizasyonla birlikte birçok devletin bağımsızlığını ilan ettiğini görülmektedir. Bu bağımsız devletler hegemonyası altında kaldıkları devletlerin siyasal sistemlerinden belirli ölçütte etkilenmişlerdir. Kurumsal yapılarını tam manada gerçekleştirmemişlerdir. Arap baharı ile birlikte demokratikleşme ve yeni siyasal sistem arayışı içerisine girmişlerdir. Çalışmada bu girişinin sonucunda ortaya çıkan siyasal sistemlerin genel hatları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Fas, Libya, Cezayir, Mısır, Tunus, Hükümet Sistemi, Yasama, Yürütme.

A GENERAL OVERVIEW OF THE POLITICAL SYSTEMS OF NORTH AFRICAN STATES

ABSTRACT

In this study, the political systems of the North African states and the constitutional reforms which they have undergone are examined. The constitutions of all five states have been modified as a result of the changing political systems in line with the steps taken towards democratization in the wake of the Arab Spring. The legislative processes and organs of parliaments in each country, together with the functions and influence of the executive bodies, are discussed. In some countries, the effects of previous administrations are still visible, while in some, steps have been taken to transition to fully democratic rule. The stability or instability created by the government systems has been put forward in general terms.

Providing an overview, African constitutions are briefly discussed, and then the main factors in the formation of constitutions are revealed by making an analytical comparison of the political and security tensions that shape and affect the preparation phases of these constitutions. Firstly, African constitutions, which emerged with the independence and

may be deemed as distorted copies of Western constitutions, British and French constitutions in particular, are examined.

The stages of preparation of the North African constitutions have gone through many difficult political, legal and geographical pressures, the most important of which are “the covered coups”. On the other hand, African military institutions, which overthrew the government in some countries, tried to influence the constitutional life in the continent. There have been more than a hundred military coups in Africa, and the armies have tried to legitimize their intervention in political life by changing the established constitutions through the coups.

The constitutions of some of the countries in question have been obviously altered by publicly dismantling the executive legislation and systems, instilling a new opportunity for constitutionally out of office president. As in South Africa, there have been successful constitutional experiences in Africa. The constitutional situation and its relation to political life in Africa, the model of governance and the view of the state by the political actors in this continent remain very important aspects that clearly reflect the way of building a modern state in the continent. Considering the seriousness of the African legislator and the experience of governance in Africa, it is seen that the expectations in these countries have not been fulfilled yet.

Finally, there has been efforts for statehood in the African continent for a long time. However, with the colonization, formations outside the regional conditions and administrations under the control of other states, especially European states, were formed in the region. It is seen that many states declared their independence after the colonization. However, to a certain extent, the independent states have been influenced by the political systems of the states under their hegemony. Thus, one may say that they could not fully realize their institutional structures. With the Arab spring, they sought democratization and a new political system. This study aims to reveal the general lines of the political systems that emerged as a result of these attempts.

Keywords: Morocco, Libya, Algeria, Egypt, Tunisia, Government Systems, Legislative, Executive.

GİRİŞ

Kuzey Afrika ülkeleri; Tunus, Fas, Libya, Cezayir ve Mısır devletlerinin siyasal sistemleri ve geçmişte uğradığı anayasal reformların irdelendiği çalışmada özellikle Arap Baharı süreci ile Kuzey Afrika ülkelerinin değişen siyasal sistemleri ele alınmış, mevcut yönetim şekli üzerine incelemeler yapılmıştır. Libya Devleti'nde bulunan istikrarsızlık ve çift başlı yönetim, Fas Krallığı'ndaki güç dengesi, öne çıkan siyasi partiler, seçim sistemleri gibi yönetim şeklini belirleyen unsurlar üzerinde durulmuştur.

İnceleme konusu yapılan 5 devletin siyasal sisteminde de Arap Baharı'nın önemli bir etkisi bulunmaktadır. Tunus'ta başlayan Arap Baharı dalgası kısa sürede diğer devletlerde de etkisini göstermekle beraber siyasal sistemlerinde ve anayasa değişikliklerinde köklü reformlara gidilmiştir. Birçok ülke demokratik değişim doğrultusunda siyasal sistemini yenilerken genellikle istikrarsız yönetimlerle karşı karşıya kalınmıştır. Özellikle Libya toprakları içerisinde 2 farklı yönetimin bulunması bu duruma örnektir.

Bir başka deyişle Mağrip ülkeleri ismiyle adlandırılan Kuzeybatı Afrika ülkeleri ve bunun dışında Mısır Devleti siyasi, hukuki ve sosyo-politik yönden incelenmiştir. Söz konusu ülkelerin nüfusunun çoğunluğunu Arapların, Berberilerin ve diğer grupların oluşturduğu göz önüne alındığında bu bölgede Müslümanlığın etkili olduğu görülmektedir. Ayrıca bir dönem Osmanlı hakimiyeti altında bulunan bu ülkelerin 19. Yüzyıla gelindiğinde Avrupalı güçler tarafından sömürgeleştirildiği de bilinmektedir.

1930'lu yıllarda Fas ile başlayıp daha sonra Tunus, Cezayir gibi ülkelerde yükselen milliyetçilik akımı Mağrip ülkelerinin bağımsızlığını ilan etmeleri ile bugünkü haline ulaşmıştır. Sömürge sonrası bağımsızlıklarını kazanan bu devletler ulus devletler halinde örgütlenmiştir. Yapısal bakımdan farklı özellikler gösterenler de genelde otoriter ve oligarşik bir yapıya bürünmüşlerdir. Mutlak siyasi güç genelde küçük bir azınlığın kontrolünde gelişmiştir. Baskıcı yönetimler ve sosyo-ekonomik sorunlar birbirine eklenince bu bölgelerde siyasi yapı sorgulanmaya başlanmış ve demokratik düzene geçme çabaları ortaya çıkmıştır. Bu çalışma her ülke için öncelikle genel bilgiler içermekle birlikte daha sonra siyasal sistemi ve geçmişte yaşamış olduğu yönetim reformlarını ele almaktadır

TUNUS CUMHURİYETİ

Tunus Cumhuriyeti'ne Genel Bakış

Resmi adıyla Tunus Cumhuriyeti, Kuzey Afrika'da yer alan ve Akdeniz'e

kıyısı olan, doğusunda Libya, batısında Cezayir yer alan Arap İslam Cumhuriyetidir.¹ Ülkenin %99'u İslam dinine mensup olmakla birlikte, resmi diller arasında Arapça ve Fransızca yer almaktadır.² Gelişmekte olan ekonomiler arasında yer alan Tunus Cumhuriyeti, ekonomik gelir anlamında diğer Kuzey Afrika ülkelerinden ayrılarak başta turizm olmak üzere; gıda, tarım, petrol ve tekstil gibi üretimlerle ekonomik anlamda avantajlı bir konuma sahiptir ve Tunus'un ekonomisinde hizmet sektörü önemli bir paya sahiptir.³

Günümüzde siyasal sistemi parlamenter cumhuriyet sistemi olan, ülkenin Cumhuriyete geçişinde Arap Baharı bir dönüm noktası gibi değerlendirilebilir. Arap Baharı sürecinin etkileri incelendiğinde Tunus'un diğer ülkelere nazaran ayırt edici yönü, olayların bizzat Tunus'ta başlayarak bölge ülkelere sıçramasıdır. Demokratik dönüşüm içerisinde yer alan Tunus Cumhuriyeti, ilk çok partili demokrasiye adım atan ülke durumundadır. Tunus'un diğer Arap ülkelerinden farkının olması, Arap Baharı ile demokratik seçimlerin işlendiği, yeni anayasanın hazırlandığı ve yürürlüğe konduğu, 2011 öncesinde yaşanan insan hakları ihlallerinin artık yaşanmayacağı sinyali vermesiyle İslami çerçevede yer alan En-Nahda Partisi ile Seküler çerçevede yer alan Nida Tunus Partisi'nin kutuplaştırıcı söylemler yerine demokratik ülkelerde olduğu gibi uzlaştırıcı hareket etmesidir.⁴ Ülkelerde yaşanan devrim sonralarında genelde oluşan boşluk ve kargaşa durumları Tunus'ta Yasemin Devrimi'nden sonra oluşmamış, devrim sürecinde ise siyasi partilerin kapatılmaması ve devrim sonrası ise Nahda Partisi'nin Tunus'ta aktif olarak yer alması, demokratikleşme açısından önem teşkil etmektedir.⁵ Eylemler öncesinde En-Nahda'nın yasaklı olması ve süreç sonrası siyasal aktör olarak Tunus'ta yer alması da göz önüne gelmektedir.

Tunus Cumhuriyeti Hükümet Sistemi

Anayasa'ya göre Tunus Cumhuriyeti bağımsız ve egemen, resmi dini İslam olan, yönetim şekli Cumhuriyettir. Anayasa'da "laiklik" ilkesi yer almazken din ve devlet işlerinin ayrı tutulmasına önem verilmiştir.⁶

[1] Burakcan Kazan. "Orta Doğu'da Ulus-Devlet İnşası ve Arap Baharı, Suriye ve Tunus Karşılaştırması", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Kırıkkale 2019, s. 137.

[2] Anadolu Ajansı, Ülke Profilleri: Tunus, <https://www.aa.com.tr/tr/ulke-profilleri/tunus/903482>, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

[3] İnsamer, Tunus, https://insamer.com/tr/tunus_830.htm, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

[4] Özkoç, Özge. "Tunus'ta Demokrasiye Geçiş Süreci ve En-Nahda'nın İdeolojik Dönüşümü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 74, Sayı: 3, Ankara 2019, s. 690.

[5] Yaman, Yusuf. "Tunus'ta İstikrarın Üç Sacayağı", *Bilecik Şeyh Edebalı Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, Bilecik 2018, s. 28.

[6] Bkz, Birleşmiş Markalar Derneği, *Tunus Ülke Raporu*, <http://www.birlesmismarkalar.org.tr/uploads/Tunus.pdf>, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

Demokratikleşme süreci sonrasında Tunus Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla beraber yeni Anayasa hazırlanırken “Ulusal Kurucu Meclis” seçimleri gerçekleştirmiş ve bahsedildiği üzere Tunus'ta koalisyon hükümeti kurulmuştur.⁷

Parlamerter Cumhuriyet Sistemi Tanımı

Genel tabiri itibariyle parlamerter cumhuriyet; yasama, yürütme ve yargı organlarının sert bir ayırmadan ziyade yumuşak bir denge mekanizması işlevi görerek, kuvvetlerin iş birliği üzerine dayanan yönetim biçimidir. Parlamerter sistemin temel özelliği, hükümetin parlamento ile belirlenmesi ve hükümetin devamlılığı için ise parlamentonun güveninin sağlanması olarak açıklanabilmektedir.⁸ Parlamerter sistemde öne çıkan unsur, yürütme organının yasama organı tarafından belirlenmesidir. Parlamentodaki çoğunluk hükümeti belirlediği için, hükümeti görevden alabilme yetkisine de sahiptir. Yürütme de bakanlar kurulu ve devlet başkanı yer alırken, yürütme yetkisinin çoğunluğu bakanlar kurulunda bulunmaktadır.⁹ Yürütmenin bakanlar kurulu ve devlet başkanında paylaşılması ise çift başlı yürütme olarak nitelendirilmiştir.

Tunus Cumhuriyeti Yasama Organı

Tunus'ta 2014 yılında Ulusal Kurucu Meclis'in yeni Anayasa taslağını onaylamasıyla beraber seçim yasası da gündeme gelmiştir. Seçim yasası içeriğinde parlamento, cumhurbaşkanlığı ve referandum sistemleri düzenlenirken, parlamento seçimleri nispi temsil sistemine göre gerçekleştirilecek ve 217 milletvekilinden oluşacak, oy kullanma sürecinde seçmenler tek listeye oy verecek, 27 seçim bölgesi olacak, Basit Kota sistemi uygulanacak ve Yüksek Seçim Kurulu seçimleri denetleyecektir.¹⁰ Görüldüğü üzere Arap Baharı sonrası Tunus'ta demokratikleşme adına adımlar atılmıştır. Anayasa'da belirtildiği üzere Parlamento, Cumhurbaşkanlığı seçimleri yapılmakta ve yönetim şekli ise Parlamerter Cumhuriyet olarak belirlenmiş, birçok siyasi parti temsil edilmek üzere parlamentoda yer almıştır. Yeni Anayasada karşımıza çıkan temel maddeler ise, Tunus'un bağımsız, egemen, özgür bir devlet olması ve yönetim şeklinin ise Cumhuriyet olmasıdır. 2014'te yer alan seçim sistemine göre, seçime katılan partilerin listelerinde kadın-erkek

[7] Bkz T.C. Dışişleri Bakanlığı, “Tunus'un Siyasi Görünümü”, <http://www.mfa.gov.tr/tunus-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

[8] Tunçkaşık, Halit. “Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, Parlamerter Sistem”, *TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları*, Yayın No: 8, Ankara 2017, s. 1.

[9] Asilbay, İ. Halil. “Parlamerter Sistem ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 104, Ocak/Şubat 2013, s. 253.

[10] Nebahat Tanrıverdi YAŞAR, “Tunus Siyasetinde Yeni Döneme Doğru: 2014 Parlamento Seçimleri”, *ORSAM*, No:14, Ekim 2014, s. 3.

eşitliği olması gerekirken, her 6 adaydan birisi 35 yaş altı, her seçim bölgesinde ise 10 aday arasında bir engelli bulunmak zorundadır.¹¹ Devrim sonrasında temsil oranını artırmak için seçim barajı %3 olarak belirlenmiş, Tunus Cumhuriyetinde parlamento başbakan seçimi, hükümetin denetimi, anayasal kurumlarına atama gibi birçok görevi üstleniyor ve Cumhurbaşkanı ise yasamada onay mercii olarak görev almaktadır.¹² Meclise giren partiler neticesinde Cumhurbaşkanı hükümetin kurulması için 2 ay süre tanıyor ve Cumhurbaşkanı kabineyi kurmada görevlendirilecek kişiyi kendisi belirlemektedir.¹³ Demokratikleşme adımları sonrası Tunus'ta kurulan hükümetlerin süreleri kısa olması ve istikrarın sağlanamaması sonrası 2016 tarihinde Ulusal Birlik Hükümeti kurulması fikri ortaya atılmıştır.¹⁴ Tunus'ta öne çıkan siyasi partiler; Nida Tunus, Halk Cephesi İttifakı (sol partilerin kurduğu ittifak partisi) ve Cumhuriyetçi Kongre Partisi'dir.

Arap Baharı sürecinde, 2011 yılında Tunus Cumhuriyetinde ilk bağımsız ve demokratik özgür seçimler gerçekleştirilirken uluslararası gözlemciler Kurucu Meclisin seçimlerini meşru, adil ve şeffaf olarak gerçekleştirdiğini dile getirmiş, ilk seçimlerden ise Nahda Partisi birinci sırada, Cumhuriyet İçin Kongre Partisi ise ikinci sırada yer almıştır.¹⁵ Her iki partide seçimlerden sonra tekrar otoriter/baskıcı bir yönetim olmaması adına söz verirken demokratik yönetim anlayışının devam ettirilmesi gerektiğini söylemiştir.¹⁶

Tunus Cumhuriyeti Yürütme Organı

Parlamentar sistemde görüldüğü üzere yürütme ikili bir yapıdan oluşmakta, yani bakanlar kurulu ve devlet başkanı etrafında şekillenmektedir. Yasemin Devrimi sonrasında siyasi parti açma konusunda engeller kaldırılırken devrim öncesinde Tunus'ta yedi parti mevcut iken devrim sonrası demokratikleşme yönünde siyasi parti sayısı yüzü geçmiş; Marksist, komünist, Arap Birliği yanlısı, işçi yanlısı, sosyal demokrat gibi birçok ideoloji ve görüşe ait siyasi partiler kurulmuştur.¹⁷ 2011 yılında yapılan ilk seçim sonuçlarına göre; "217

[11] Bkz, Anadolu Ajansı, "5 Soruda Tunus'ta Parlamento Seçimleri", <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/5-soruda-tunusta-parlamento-secimleri/1602041>, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

[12] Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/5-soruda-tunusta-parlamento-secimleri/1602041>.

[13] Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/5-soruda-tunusta-parlamento-secimleri/1602041>.

[14] T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Tunus'un Siyasi Görünümü", <http://www.mfa.gov.tr/tunus-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

[15] Mercan, M. Hüseyin & Kılavuz, M. Tahir. "Tunus'ta Demokratikleşme ve Elit Teorisi", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 55, İstanbul 2017, s. 84.

[16] İbrahim, Abdülazim. *Ortadoğu ve Kuzey Afrika Ülkeleri Anayasası*. 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 789.

[17] Yaman, Yusuf. "Tunus'ta İstikrarın Üç Sacayağı", *Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, Bilecik 2018, s. 28.

sandalyeli meclisin %37 oyla 89 sandalye muhafazakâr Nahda Partisi almış, solcu Cumhuriyet İçin Halk Kongresi 29 sandalye, Et-Tekettul Partisi ise 21 sandalye olarak Nahda ile adına “Troyka” denilen üçlü bir koalisyon hükümeti kurmuşlardır.”¹⁸ Seçimler sonucunda ise El-Baci Kaid es-Sibsi Tunus’ta seçimle gelen ilk Cumhurbaşkanı olmuştur. Şu an ülkenin Cumhurbaşkanı Kays Said, Başbakanı ise İlyas el-Fahfah’dır. Kays Said, cumhurbaşkanlığı seçimlerine bağımsız aday olarak katılmış ve ikinci turda seçilmiştir.

MISIR ARAP CUMHURİYETİ

Mısır Arap Cumhuriyeti’ne Genel Bakış

Resmi adıyla Mısır Arap Cumhuriyeti, jeopolitik olarak Afrika’nın Kuzeydoğusunda yer alan, batıda Libya, güneyde Sudan ve Sina Yarımadası üzerinden İsrail ve Filistin ile komşu olmakla birlikte Kuzey Afrika’nın en kalabalık ülkesidir.¹⁹ Başkenti Kahiredir. Oldukça köklü bir medeniyet geçmişi olan Mısır halkının büyük bir bölümü Müslümanlardan oluşmaktadır. Arap dünyasında en fazla nüfusuna sahip olan Mısır, petrol kaynağı ile kendine yeten bir ülke olarak kabul edilmektedir.²⁰ Ülke halkının 1/3’lük kısmı tarım sektöründe bulunmaktadır. Şu an ülkenin yönetiminde Cumhurbaşkanı olarak Abdülfettah Al Sisi, Başbakan ise Mustafa Madbuli bulunmaktadır. Yarı Başkanlık Üniter Cumhuriyet ile yönetilmektedir.

Uzun süre Osmanlı hakimiyeti altında devam eden Mısır, 1922 yılında Birleşik Krallıktan bağımsızlığını kazanmış, 1953’te ise Cumhuriyet yönetim biçimine geçilmiştir. Kuzey Afrika ve Ortadoğu’da 2011 yılı itibarıyla etkisi başlayan Arap Baharı olayları Mısır’ı da derinden etkilemiştir. Arap Baharı olayları kısa sürede Mısır’a da sıçramış, demokrasi halk tarafından talep edilmiştir. Diğer Kuzey Afrika ülkelerinde olduğu gibi Mısır’da da uzun yıllardır iktidarda tek kişi, Hüsnü Mübarek (1981/2011) bulunmuştur. Arap Baharı süreci ise otoriter rejimleri derinden etkilemiştir. 25 Ocak veya Tahrir Devrimi ismiyle anılan ve 2011 yılında Mısır halkının geniş katılımıyla iki hafta boyunca süren protestolar neticesinde Cumhurbaşkanı Hüsnü Mübarek istifa etmiştir.

Mısır Arap Cumhuriyeti Hükümet Sistemi

22 Mayıs 1980 tarihinde yapılan referandum ile anayasada, “Mısır Arap

[18] Yaman, a.g.m., s. 28.

[19] Cakova, Emre. “Dünden Bugüne Mısır Arap Cumhuriyeti”, https://www.academia.edu/8139228/Dünden_Bugüne_Mısır_Arap_Cumhuriyeti, (Erişim Tarihi: 30.04.2020).

[20] T.C. Ticaret Bakanlığı, “Mısır, Ülke Profili”, <https://ticaret.gov.tr/yurtdisi-teskilati/afrika/misir/ulke-profil/genel-bilgiler>, (Erişim Tarihi: 30.04.2020).

Cumhuriyeti halk kuvvetlerinin birliğine dayalı sosyalist ve demokratik bir devlet” olarak tanımlanmıştır.²¹ Anayasaya göre devletin başı Cumhurbaşkanıdır ve Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilebilmektedir. 1952 yılında Hür Subaylar tarafından askeri darbe ile kurulan Mısır’da 2005 yılına kadar devlet başkanlığı seçimlerinde tek aday gösterilmiş, 2005 sonrasında ilk kez çok adaylı seçim yapılmasına rağmen, seçimler şeffaf/özgür bir ortamda gerçekleşmediği için devlet başkanı çoğu kez %90 civarında oy almıştır.²² Başbakan, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenirken yasama parlamentoya ait olup ayrıca parlamentonun bütçe belirleme ve devletin genel politikalarını belirleme yetkisine de sahiptir.²³ Parlamento seçimler 5 yılda bir tekrarlanmak beraber, yürütme ise Bakanlar Kuruluna bağlı Başbakan, Bakan ve Bakan yardımcılara aittir.

Yarı Başkanlık Sistemi Tanımı

Yarı başkanlık sistemi parlamenter sistem ve başkanlık sisteminin özelliklerini birlikte taşımaktadır. Duverger Yarı Başkanlık sistemini şu şekilde tanımlamıştır: “Bir siyasi rejim, anayasasında üç unsuru içeriyorsa yarı-başkanlık olarak kabul edilir: Başkan halk tarafından seçilmektedir. Başkan oldukça önemli yetkilere sahiptir. Yürütme ve idari yetkilere sahip başbakan ve bakanlar vardır ve parlamento karşı çıkmadığı sürece görevde kalırlar.”²⁴ Yarı Başkanlık sisteminin ayırt edici özelliği, devlet başkanının halk tarafından belirlenmesidir. Parlamenter sistemde yürütme organı nasıl ki yasama organının güven oyuna ihtiyaç duyuyorsa, yarı başkanlık sisteminde de bakanlar kurulu, yasama organının güven oyuna ihtiyacı vardır. Diğer önemli bir nokta ise devlet başkanının yetkilerinin parlamenter sisteme göre daha fazla olmasıdır.

Mısır Arap Cumhuriyeti Yasama Organı

Mısır Arap Cumhuriyetinde değiştirilen Anayasa sonucunda sistem değişmekle birlikte; Yasama organı “Temsilciler Meclisi ve Şura Konseyi” tarafından yapılmaktadır. Yasama organı için milletvekilleri doğrudan 5 yıllık dönem için seçilir ve doğrudan seçilen sandalye sayısı 150, Cumhurbaşkanı tarafından ise 1/10 oranında üyeler atanır, Şura Konseyi üyeleri ilse 6 yıllık dönem için seçilmektedir.²⁵ Hüsnü Mübarek sonrasında Mısır’da karma seçim sistemi uygulanmış, parlamento

[21] Tiğli, İbrahim. “Mısır’da Sosyal Hareketler Kifaye Hareketleri ve Müslüman Kardeşler”, *DÜBAM Yayınları*, Şubat 2011, s. 5.

[22] Tiğli, a.g.e., s. 5.

[23] Tiğli, a.g.e., s. 5.

[24] Erdem, Kasım. “Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri Yarı-Başkanlık Sistemi”, *TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları*, Yayın No: 6, Ankara 2017, s. 1.

[25] Örtlek, Muhammed. “Mısır’da Yeni Anayasa Referandumunu”, *Uluslararası Ortadağı Barış Araştırmaları Merkezi*, Ocak 2014, s. 11-12.

498 sandalyeden oluşmuş, üçte biri iki sandalyeli dar seçim çoğunluk usulüyle, üçte ikisi ise nispi temsil/Hare kotasıyla seçilmiştir.²⁶ Seçmenler 2 farklı oy kullanarak bir oyu dar çevre diğer oyu ise geniş çevre için kullanmıştır. Ordu-Siyaset ilişkisi Kuzey Afrika ülkelerinde sıkça görülen bir durum olmakla beraber iki kurumu birbirinden ayrı tutmak demokratik yönetimler için vazgeçilmez bir unsurdur. Mısır'da sivil-asker ilişkileri ise yeni anayasada ayrılmamış, ordunun bütçesinin seçilmiş meclis tarafından denetlenmesi engellenmiştir.²⁷

Mısır Arap Cumhuriyeti Yürütme Organı

Yürütme görevinde bulunan başkan halk tarafından 4 yıllık bir dönem için seçilmektedir. Cumhurbaşkanı Başbakanı atar ve Başbakan kabineyi oluşturur. Arap Baharı sürecinden sonra Mısır'ın yönetimine General Al Sisi geçmiştir. Eylemlerden sonra ilk anayasa değişikliği gerçekleşmiştir. Ordu tarafından değiştirilen Anayasa maddeleri doğrultusunda; *“Cumhurbaşkanlığı adaylarının potansiyel havuzu arttırıldı, cumhurbaşkanlığı iki dönemle sınırlandırıldı, seçimlerin adli denetimi eski haline getirildi ve OHAL durum koşulları kısıtlandı. Maddelerin değiştirilmesi için verilen evet oyunun oranı yüzde 77 çıkmıştır. Birkaç ay sonra yeni hükümet seçilmiştir. Bu seçimde Müslüman Kardeşlerin adayı olan Muhammed Mursi cumhurbaşkanı seçilmiştir. İktidara gelir gelmez yeni anayasa değişim sürecini 2012’de başlatmıştır.”*²⁸ Yeni anayasa süreci ile demokratik anlayış benimsenmek istese de inanç özgürlüğü konusunda azınlıklara özgürlük tanınmamıştır.²⁹ Her ne kadar kuvvetler ayrılığı ilkesi benimsense de yürütmenin yetkilerinin artırılması kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelemektedir.³⁰ Arap Baharı sonrasında temelde bakıldığında demokratikleşme yönünde yeni adımlar atılırken Mısır'da liberalleşmeden ziyade yürütmenin gücünün artırılması yönünde anayasa değişiklikleri yapılmıştır. 2012 sonrası anayasa değişikliğinde yürütmenin gücünün artması sonucu geçmişte olduğu gibi yine otoriter yönetime fırsat tanımıştır.³¹ Orduya fazla güç verilmesi ve yürütmede görevde olması baskıcı rejimlerin gelişmesine yol açmıştır. 2014 ve 2012 anayasaları karşılaştırıldığında 2012 anayasası daha çok başkanlık sistemi ağırlıklı iken 2014 anayasası karma yönetim

[26] Cop, Burak. “Ortadoğu’da Diktatörlük Sonrası Seçim Sistemi Tasarımı: Mısır ve Irak”, İstanbul Üniversitesi *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No: 53, Ekim 2015, s. 98.

[27] Wara, a.g.m., s.89.

[28] Wara, Yusuf Abubakar. “Arap Baharından Sonra Mısır ve Tunus’un Anayasa Sürecinin Karşılaştırılması”, *Uluslararası Sosyal Bilimler Akademi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2019, s. 87.

[29] İbrahim, Abdülazim. Mukayeseli Hukukta Azınlık Hakları, 2005 Irak Anayasası örneği, Adalet yayınevi, Ankara, 2022, s. 87

[30] Wara, Yusuf Abubakar. “Arap Baharından Sonra Mısır ve Tunus’un Anayasa Sürecinin Karşılaştırılması”, *Uluslararası Sosyal Bilimler Akademi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2019, s. 88-89.

[31] İbrahim, s. 721.

sistemini benimsemiştir.³² Mısır'da yapılan her anayasa değişikliğinde göze çarpan husus yürütmenin gücünün sürekli artırılması ve kuvvetler ayrılığı prensibinin yok sayılmasıdır. Yönetim biçimi ne olursa olsun yürütmenin gücünün aşırılığı ve denetlenmemesi demokratik yönetimlerden ziyade sürekli baskıcı ve otoriter rejimlerin gelişmesine olanak tanımıştır. Ülkede bulunan azınlık hakları, muhalefetin baskılanması, seçimlerde eşit davranılmaması ve yargı sistemindeki bozukluklar antidemokratik yönetimi beraberinde getirmiş ve Arap Baharı sonrasında demokratikleşme çabaları ya anayasada sınırlı kalmış ya da otoriter yönetimlere Mısır'da olduğu gibi devam edilmiştir.³³

Mısır Arap Cumhuriyeti Yargı Organı

Yargı, Yüksek Anayasa Mahkemesi'ne ait olup, 1 Başkan ve 10 Yargıçtan oluşmaktadır.³⁴ Yarı Başkanlık Sisteminde yer alan yasama-yürütme-yargı erklerinin dengesi genelde yasama ve yürütme ikilisi arasında değişmesiyle sistemin özellikleri ortaya çıkmaktadır. Yargı ise daima bağımsız bir şekilde yer alıp, bazı temel hak ve hürriyetleri güvence altına almaktadır. Mısır'da ise yargı organı baskı aracı olarak kullanılmaktadır. Mısır'da yargı konusunda öne çıkan bir kavram, siyasetle iletişim içinde kalan "Yargıçlar Kulübü", yargıçların bir araya gelip oluşturdukları bir platformdur.³⁵

CEZAYİR DEMOKRATİK HALK CUMHURİYETİ

Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti'ne Genel Bakış

40 milyon nüfusu ile Afrika Kıtası'nın en büyük ülkesi olan Cezayir, bir İslam ülkesi durumundadır. Resmi dilleri arasında Arapça, Fransızca ve Berberi dilleri bulunmakla birlikte birçok uluslararası kuruluşu üyedir. Ülkenin %99'unu Müslümanlar oluşturmaktadır. Ekonomisi petrol ve doğalgaz sektörü üzerine şekillenmiştir. Cezayir'de diğer Kuzey Afrika ülkeleri gibi II. Dünya Savaşından sonra, 1962 yılında bağımsızlığını kazanmıştır. Arap ülkelerinde gözlemlenen ordu-siyaset ilişkisi Cezayir'de de mevcut iken, birçok çatışmayı beraberinde getirmiştir. Cezayir, Arap Baharı sürecinden az etkilenen ülkelerdendir. Bağımsızlık sonrası Cezayir'de diğer ülkelere nazaran iç çatışmalar daha az olmuştur. Libya'da veya Suriye'de olduğu gibi çatışmaların şiddeti daha azdır. Demokratikleşme yönünde bir nebze daha başarılı olmuştur.

[32] Wara, a.g.m., s. 89.

[33] İbrahim, s. 721.

[34] Örtlek, a.g.e., s.11-12.

[35] Anadolu Ajansı, "Mısır'da Yargının Zoru Ne?" <https://www.aa.com.tr/tr/analiz/misir-da-yarginin-zoru-ne/1441400>, (Erişim Tarihi: 13.05.2020).

Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Hükümet Sistemi

Cezayir devletinin mevcut yönetim şekli Üniter Yarı Başkanlık Cumhuriyettir. Devlet Başkanı Abdülmecit Tebbun, Başbakanı Abdülaziz Cerad'dır. Yarı Başkanlık Sistemi, Mısır Arap Cumhuriyeti'nde değinildiği gibi parlamenter ve başkanlık sisteminin karışımı şeklinde açıklanmaktadır. Devlet başkanının halkoyu ile belirlenmesi, yürütme gücünün artırılması, parlamentonun güvenine ihtiyaç duyan bir bakanlar kurulu ve başbakan olması gibi temel özellikleriyle yarı başkanlık sistemi açıklanabilmektedir.³⁶ Yarı Başkanlık sistemine ek olarak üniter yapı ise, merkezi yönetimi tanımlamaktadır.

Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Yasama Organı

Yasama görevi iki kanattan oluşan parlamentoya aittir: Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi (Senato). Ulusal Halk Meclisi 5 yıllık süre ile seçilen 462 milletvekilinden, 1996 Anayasası ile kurulan Millet Konseyi ise 144 senatörden oluşmaktadır.³⁷ Senatörlerin 3'te 1'i Cumhurbaşkanı tarafından atanıp, geri kalan 3'te 2'lik kısım ise 6 yıllık dönemler için seçilip her 3 yılda bir yarısı yenilenmektedir.³⁸ Milletvekili seçilme yaşı en az 40 olarak belirlenmiştir. Vekilliğin düşürülme durumunda ek olarak, eğer milletvekili gayriahlaki durum sergilerse parlamentonun çoğunluğu ile vekilliği düşürülebilmektedir. Her ile 2 sandalye düşecek şekilde milletvekilleri belirlenmektedir.

Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Yürütme Organı

Mevcut yönetimin yarı başkanlık, merkeziyetçi cumhuriyet olan Cezayir'de idari olarak 48 vilayet bulunur. Anayasa gereği seçilen Cumhurbaşkanı 5 yıllık süre ile seçilir ve Başbakan ve Bakanlar Kurulunu atar ve Bakanlar Kuruluna başkanlık ederek kararname çıkarma hakkına sahiptir.³⁹ Cumhurbaşkanı'nın seçimi genel, gizli oy ve doğrudan seçim ile belirlenmektedir. Seçim ise oyların salt çoğunluğu ile kazanılmaktadır. Cumhurbaşkanı seçilme şartı için; yabancı uyruklu olmaması, 40 yaşını geçmesi, Müslüman olması, en az 10 yıldır Cezayir'de ikamet etmesi gerekmektedir. Cezayir Cumhurbaşkanı bir kez yeniden seçilebilmektedir. Cezayir Anayasasına göre Başbakanın yetkileri ise; yürütme alanında kararname çıkarmak, hükümet toplantılarına başkanlık etmek, kanun ve yönetmelikleri uygulamak ve hükümet üyelerini belirlemektir. Savaş döneminde ise anayasa askıya alınıp,

[36] Akıncı, Berat. "Yeni Sistem Önerisi Olarak Yarı-Başkanlık Sistemi ve Dünyadaki Uygulamaları", *Journal of Social And Humanities Sciences Research*, Cilt: 3, Sayı: 3, 2016, s. 102.

[37] T.C. Dışişleri Bakanlığı, <http://www.mfa.gov.tr/cezayir-siyasi-gorunumu.tr.mfa>.

[38] T.C. Dışişleri Bakanlığı, <http://www.mfa.gov.tr/cezayir-siyasi-gorunumu.tr.mfa>.

[39] T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Cezayir'in Siyasi Görünümü", <http://www.mfa.gov.tr/cezayir-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

tüm yetki Cumhurbaşkanında toplanmıştır. Cumhurbaşkanı Bakanlar meclisinin yanı sıra Yüksek Güvenlik Konseyi'ne de başkanlık etmektedir. (Yüksek Güvenlik Konseyi hakkında kısa bilgi versen iyi olur)

Cezayir'in Cumhurbaşkanı Tebbun, yeni Anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanının yetkilerinin azaltılması ve sadece 2 dönem seçilmesini sağlayacak bir anayasa değişikliği yapacağını belirtmiştir.⁴⁰ Arap ülkelerinin çoğunluğunda uzun yıllar iktidarda ya tek kişi ya da belli bir grup bulunmaktadır. Arap Baharı süreci ile demokratikleşme adımları atılan ülkelerde, anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanının yani yürütmenin yetkilerinin sınırlandırılması veya denetlenmesinin artırılması gözükmektedir. Ek olarak demokratikleşme yönünde anayasada gösteri yapma hakkına da yer verileceğini Cezayir Cumhurbaşkanı belirtmiştir. Cezayir'de önde gelen siyasi partiler: Cezayir Ulusal Hareketi, İslami Selamet Cephesi ve Demokratik Ulusal Birlik partileridir.

Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Yargı Organı

Cezayir'de yargı görevini ifa eden Anayasa Konseyi; "yeni cumhurbaşkanı seçimlerinde adaylık başvuruları, aday listesinin açıklanması, cumhurbaşkanının görevden alınması ve seçim sonucunun açıklanması gibi kritik görevler üstleniyor ve Cezayir anayasasına göre geçici cumhurbaşkanının istifa etmesi halinde, Anayasa Konseyi Başkanı bu görevi üstleniyor."⁴¹ Ayrıca Cezayir'de Hakimler Yüksek Konseyi adı altında yargı görevinde bulunan, 29 hâkimden oluşan bir yapı da mevcuttur.

LİBYA DEVLETİ

Libya Devleti'ne Genel Bakış ve İki Ayrı Hükümet'in Oluşum Süreci

Libya Devleti, Afrika kıtasında yer alan, esas olarak "Trablus veya Trablus Bengazi" ismiyle anılan ve Sudan, Cezayir ve Kongo'dan sonra en büyük yüz ölçümüne sahip ülke durumundadır.⁴² Ülkenin yönetimi uzun yıllar süren iç savaş dolayısıyla şu an Geçici Parlamenter Cumhuriyet'tir. Libya Devleti'nin büyük bir bölümü çöl oluşturduğu için halkın çoğunluğu kıyı bölgelerini tercih etmektedir. Resmi dili Arapçadır.

[40] Anadolu Ajansı, "Cezayir'in Yeni Cumhurbaşkanı'ndan Anayasa Değişikliği Vurgusu", <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/cezayirin-yeni-cumhurbaşkanından-anayasa-degisikligi-vurgusu/1678671>, (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

[41] Can, Faruk. "Cezayir'de Anayasa Konseyi Başkanı Bilayz İstifa Etti", *EuroNews*, <https://tr.euronews.com/2019/04/16/cezayir-de-anayasa-konseyi-baskan-bilayz-istifa-etti-bu-teffika-protestolar>, (Erişim Tarihi: 14.05.2020).

[42] Ceviz, Nurettin. "Libya Tarihine Kısa Bir Bakış", *Orta Doğu Analiz*, Cilt: 3, Sayı: 27, Mart 2011, s. 81.

Libya Devleti'nin şu an ki yönetim sistemini ve mevcut durumunu anlamak için uzun yıllardır iktidarda olan Kaddafi dönemine değinmek faydalı olacaktır. 1963 yılında üsteğmen rütbesinde olan Muammer Kaddafi ve arkadaşları 1952 yılında gizli bir teşkilat kurduktan sonra 1 Eylül 1969 yılında Libya'da "Kudüs Operasyonu" ismiyle bir devrim gerçekleştirerek ülkenin yönetimini ele geçirmiş, devrim kısaca özgürlük, sosyalizm ve birlik olarak özetlenmiştir.⁴³ Kaddafi ve arkadaşları yönetimi ele geçirdikten itibaren Kaddafi'nin Nasır hayranlığı ile yönetim amacı Arap milliyetçiliği ve Arap Birliği kurma doğrultusunda ilerlemiş, Kaddafi yönetiminde bulunduğu ilk yirmi yıl boyunca Pan-Afrika Birliğini kurmak için birçok girişimde bulunmuştur.⁴⁴ Kaddafi genel olarak antikapitalist ve antiemperyalist bir çizgide siyaset izlemiştir. Darbe gerçekleştikten sonra monarşi yönetimine son vermiş, Libya Arap Cumhuriyeti'ni kurmuştur. Kaddafi kabileciliği ve nepotizmi eleştirse de iktidarı ele geçirdikten sonra kendi uygulamış ve devletin önemli kademelerine akrabalarını getirmiştir.⁴⁵ İktidarda kaldığı 42 sene boyunca ülkenin geleneksel güç dengelerini ve sosyal dini dokusu üzerinde müdahalelere izin vermeden kendi kurmuş olduğu Cemahiriye sistemiyle(büyük cemahiriyye) adıyla da bilinmektedir.⁴⁶halkın mutlak güç olduğu bir sistem inşa ederek, yönetimde kilit noktalara yerleştirdiği sadık adamları ile uzun yıllar siyasette rolünü devam ettirmiştir.⁴⁷ Libya'da aşiretlerin siyasetteki rolü fazlasıyla önemli iken Kaddafi'nin aşiretlerden aldığı destek sayesinde uzun yıllar iktidarda kaldığı açıklanırken, yine Kaddafi'nin düşüşünde ise, aşiretlerin desteğini kaybetmesinin de rolü vardır.⁴⁸

Kaddafi yönetime geldikten sonra eski rejime oranla köklü değişiklikler yapmıştır. Kaddafi, kadınlara tanınan haklardan, alkolün yasaklanmasına ve şeriat kuralları içinde birçok yeniliği beraberinde getirmiştir. 1970

[43] Caner, Cantürk & Şengül, Betül. "Devrimler, Kaos ve İstikrar Arayışları İçinde Libya: Tarihsel ve Yapısal Bir Analiz", *Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 6, 2018, s. 51.

[44] Baltalı, Mehmet Ercan. "Libya'da Kaddafi Dönemi: Yönetim Tarzı ve Yarattığı Sorunlar", İnönü Üniversitesi *Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 15.

[45] Güneş, Burak. "Libya İç Savaşı ve Kriz Yönetimi", *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, Ankara 2018, s. 274.

[46] Büyük Cemahiriye, Muammer Kaddafi döneminde Libya'daki rejimin resmi adıdır. Büyük Sosyalist Halkın Libya Arap Cemahiriyesi o dönemde Libya devletinin resmi adına dahil edilmişti. Albay Muammer Kaddafi'nin Yeşil Kitap'ta ortaya koyduğu fikirlerinden biridir. Cemahiriye, Temel Halk Kongreleri aracılığıyla insanların kendilerini vesayetsiz yönettikleri sistem olarak tanımlanmaktadır. Yani ister şehir ister köy ister yerleşim bölgesi (kitlesele komün) olsun, yerin temel düzeyinde. Her bölgedeki insanlar temel halk konferanslarına bölünmüştür (sekreteryalı halk konferansını yürütmek için seçilir ve halk komiteleri konferans tarafından verilen kararları uygulamak için seçilir).

[47] Bölme, Selin M. & Ufuk Ulutaş vd., "İsyân, Müdahale ve Sonrası: Libya'da Dönüşümün Sancıları", *SETA*, No: 5, Aralık 2011, s. 583.

[48] Dirioz, Ali Oğuz. "Libya'daki Politik Dönüşümün Sorunları ve Fırsatları", *Ortadoğu Analiz*, Cilt: 4, Sayı: 38, Ankara 2012, s. 64.

yılları itibariyle Kaddafi'nin düşünce yapısında köklü değişiklikler olmuştur. Bu değişiklikleri ise “Yeşil Kitap” isminde yayımlamıştır. İlk bölüm 1976'da basılan Yeşil Kitap, bu bölümde demokrasi sorununun çözümü üzerine yazılmış, Kaddafi iktidar kavramını ele almış ve modern temsili ve parlamenter demokrasiye ağır eleştiriler getirmiştir.⁴⁹ Yeşil Kitabın ikinci bölümünde ekonomi konusuna değinen Kaddafi, ekonomi modelinde sosyalizmi işaret etmiş ve son olarak üçüncü bölümde ise aile konusu başta olmak üzere Yeşil Kitabın ilkelerini 3 bölümde açıklamıştır.⁵⁰ Yeşil Kitap doğrultusun uyguladığı ilkeler ile iktidarda kalan Kaddafi döneminde Libya hem iç hem de dış problemler ile karşı karşıya kalmıştır. Dış politikada da içeride olduğu gibi sert bir tavır sergilemiştir. Bu dönemde Libya petrolden elde ettiği gelirin büyük bir bölümünü dünyada bağımsızlık hareketleri için silahlı mücadele eden hareketlere destek vermiş ve bu doğrultuda Libya 1990'lı yıllarda ağır yaptırımlara maruz kalırken siyasal izolasyonla baş etmek zorunda kalmıştır.⁵¹ 1992 yılında Libya Birleşmiş Milletler ambargosuna maruz kalmış, 1993'te ise Libya dışındaki mal varlıkları durdurulmuştur. Bu ambargolar Libya ekonomisini 1990'lı yıllarda fazlasıyla olumsuz etkilemiştir.⁵² Kaddafi'nin otoriter ve baskıcı yönetimleri, dış politikada sert tavır izlemesi Libya'nın Batı ile olan ilişkilerine zarar vermiştir.

Kaddafi, Afrika ülkeleri ile olan ilişkilerine fazlasıyla önem vermiş, Arap Birliği başta olmak üzere Afrika ülkeleri ile de birlik oluşturmak için iktidarda kaldığı süre boyunca politikalarını bu doğrultuda şekillendirmiştir. Bazı Afrika ülkeleri ile de başarısız girişimler olmuştur. 1969'dan 2011'e kadar Kaddafi döneminde, Arap Baharı'nın başlamasıyla birlikte muhalefet ayağa kalkmış ve Tunus'ta başlayan gösteriler Libya'ya da sıçramıştır. Kaddafi dönemi Libya (1969-2011) incelendiğinde genel olarak baskıcı ve otoriter yönetim, Arap Birliği için mücadele ve Batı ile olan ilişkilerin olumsuzluğu görülmektedir.

Arap Baharı ile Tunus'ta başlayan gösteriler kısa sürede Libya'da da başlamıştır. Libya'da yıllardır süren baskıcı yönetimlerden bunalan halk, çevre ülkelerinde etkisiyle Kaddafi yönetimine karşı ayaklanma başlatmıştır. Diğer Kuzey Afrika ülkelerine göre Arap Baharı'nın yansımaları Libya'da daha farklı seyretmiştir. “*Libya'da durum Trablus merkezli Kaddafi güçleri ile Bingazi merkezli muhalif güçler arasında bir iç savaş gibi cereyan etmeye başlamış ve çatışmalarda her iki tarafın da*

[49] Caner, Cantürk & Şengül, Betül. “Devrimler, Kaos ve İstikrar Arayışları İçinde Libya: Tarihsel ve Yapısal Bir Analiz”, s. 52.

[50] Caner / Şengül, a.g.m., s. 52.

[51] Riad, Domazeti & Altun, Taner. “Libya: Çalınmış Devrim”, *Araştırma* 59, İNSAMER, Mart 2018, s. 2.

[52] TRT Haber, “Kaddafi Dönemi Libya”, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/kaddafi-donemi-libya-449674.html>, (Erişim Tarihi: 28.04.2020).

*birbirine üstünlük kurmakta başarısız oldukları bir dönemde ülkenin adeta ikiye bölündüğü gözlenmiştir.*⁵³ Uzun yıllardır iktidarda olan Kaddafi yönetiminin antidemokratik politikaları ve diğer Arap ülkelerinde de aynı politikaların sergilenmesi Arap Baharı'nın hızla yayılmasına sebep olmuş, Libya'da ise bu durum iç çatışmaya evrilmiştir. 2011 Ocak'ta başlayan gösteriler 17 Şubat 2011 tarihinde "Öfke Günü" gösterileri ile başlayarak Kaddafi'nin Bingazi'deki kontrolü kaybedilmiş ve Libya'da bir iç savaş başlamıştır.⁵⁴ Aynı yıl 2011'de insan hakları savunucu Fethi Terbil'in tutuklanması gösterilerin artmasına sebep olmuş, muhalifler Doğu Libya'da kontrolü ele geçirmiştir.⁵⁵ 19 Mart 2011 tarihinde Fransa, İngiltere ve ABD'nin birlikte yürüttükleri koalisyon güçleri Kaddafi'ye karşı askeri harekât başlatmış ve harekâtı bir süre sonra NATO üstlenerek 23 Ağustos 2011 tarihinde önce Trablus daha sonra Sirte şehri ele geçirilmiştir.⁵⁶ Aynı gün ise Kaddafi'nin ölmesi ile birlikte çatışmalar son bulmuştur.

Geçici Parlamenter Cumhuriyet ve Libya Devleti Hükümet Sistemi

Geçici hükümet, Libya'da bir önceki bölümde değinildiği gibi istikrarsızlık sonucu oluşmuştur. Genelde olağanüstü durumlardan olağan duruma geçerken kurulan Geçici Hükümet sistemi, Libya'da uzun süredir devam etmektedir. Libya Devleti'nde şu an iki farklı yönetimin olmasının sebebi görüldüğü gibi Kaddafi döneminin getirdiği iç çatışmalardır. 2011'den sonra Libya yeni Anayasa süreci ile demokratik kurumlar inşa etmek istemiş, 2014-2015 yıllarında Birleşmiş Milletler ile beraber yürütülen süreç sonucu, 2015 yılında Libya Siyasi Anlaşması imzalanarak "Ulusal Mutabakat Hükümeti" kurulmuş ve ülkenin tek meşru hükümeti olarak tanınmıştır.⁵⁷

2014 yılından sonra ise Temsilciler Meclisi Libya'nın yasama organı olarak görevini sürdürmüştür.⁵⁸ Alınan kararların danışma mercii olarak ise Yüksek Devlet Konseyi kurulmuştur. Ulusal Mutabakat Hükümetini başta Birleşmiş Milletler olmak üzere birçok Avrupa ülkesi ve Türkiye tanımıştır. Tobruk merkezinde yer alan Temsilciler Meclisi ise Rusya, Mısır, Fransa gibi devletlerden destek görmektedir. Libya Devleti'nde

[53] Dirioz, Ali Oğuz. "Libya'daki Politik Dönüşümün Sorunları ve Fırsatları", *Orta Doğu Analiz*, Cilt: 4, Sayı: 38, Ankara 2012, s. 65.

[54] Erken, Ali. "Kabile Düzeni Enkazında İstikrar Arayışı", (Orta Doğu Çatışmaları, Ed. Ahmet Emin DAĞ), *İnsani ve Sosyal Araştırmalar Merkezi*, Ocak 2015, s. 243.

[55] Demir, İdris. "Libya'daki iç savaş ve Küresel Petrol Fiyatları", *Adam Akademi*, Cilt: 4, Sayı: 1, İstanbul 2014, s. 60.

[56] Özgen, Cenk. "Avrupa Birliği Ortak Güvenlik ve Savunma Politikasında İlk Çatlak: Libya Krizi", *ODÜ Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 15, Ordu 2016, s. 165.

[57] T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Libya'nın Siyasi Görünümü", <http://www.mfa.gov.tr/libya-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

[58] T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Libya'nın Siyasi Görünümü", <http://www.mfa.gov.tr/libya-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim Tarihi: 02.05.2020).

bulunan iki farklı yönetim bu şekilde gözükmekte ve Geçici Parlamenter olarak tanımlanmaktadır. Yani olağanüstü durumlar sonrası yaşanan istikrarsızlığı gidermek amacı ile geçici kurulan hükümettir. Libya Devleti'nin şu an 2 farklı yönetimden ziyade ek olarak "Derne Mücahitleri Şura Konseyi" isimli, ülkenin Kuzey Doğusunda yer alan küçük bir bölge de işgal durumundadır. Yaşanan iç savaş durumunda ise yargı Libya Yüksek Mahkemesi'ne aittir.

FAS KRALLIĞI

Fas Krallığı'na Genel Bakış

Atlantik Okyanusu'na ve Akdeniz'e kıyısı bulunan Fas Krallığı, Kuzey Afrika'da yer alan, doğusunda Cezayir, güneyinde ise Moritanya olan bir devlettir.⁵⁹ Resmi dili Arapça olmakla beraber ülkenin %98'i Müslümanlardan oluşmaktadır. Arapça ise resmi dil olarak kullanılmaktadır. Fas Krallığı "Parlamenter Monarşi" ile yönetilmektedir. Kral VI. Muhammed, Başbakan ise Sadettin El Osmani 'dir. Parlamenter Monarşi sisteminde Kral devleti temsilen simge olarak yer alırken hükümet ise halk tarafından belirlenir. Kral ayrıca dini bir lider olarak da gözükmektedir.1956 yılında bağımsızlığını kazanan Fas Krallığı, 1996 yılında kabul edilen 4. Anayasaya belirlenen hükümler çerçevesinde tanımlanmaktadır.⁶⁰

Fas Krallığı Hükümet Sistemi

Fas Krallığı, 1956'lı yıllarda Fransa ve İspanya'nın hakimiyetinden çıkarak bağımsızlığını ilan eden Mağrip ülkelerden biridir. Afrika Devleti kimliğiyle Afrika Birliği kurma ülküsüne sahip olan Fas uluslararası alanda aktif faaliyet gösteren ülkeler arasındadır. 1962 yılında demokratik unsurlar içeren anayasasının kabulüyle Fas Krallığı parlamenter monarşi ile yönetilmeye başlamıştır.⁶¹

Parlamenter Monarşi Sistemi Tanımı

Parlamenter sistemde değinildiği üzere yürütme bakanlar kurulu ve devlet başkanı arasında paylaşılmaktaydı. Parlamenter monarşide ise devlet başkanlığı görevini kral, monark veya hükümdar yürütmektedir.⁶² Bazı devletlerde devlet başkanlığını yürüten kral simgesel olarak yer alırken, bazı devletlerde ise mutlak bir özgül ağırlığı mevcuttur. Parlamenter monarşinin bir diğer ayırt edici özelliği, cezai sorumluluk

[59] KFA, "Fas Ülke Raporu", http://www.kfa.com.tr/panel/datas/fuar1/35/files/fas_ulke_raporu.pdf, (Erişim Tarihi: 03.05.2020).

[60] Erciyes Üniversitesi-AFESAM, "Afrika Ülke Raporları, Fas", https://afesam.erciyes.edu.tr/Dosyalar/Afrika_Ulke_Raporlari_Fas.pdf,(Erişim Tarihi: 03.05.2020).

[61] İbrahim, s.151.

[62] Asilbay, İ. Halil. "Parlamenter Sistem ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 104, Ocak/Şubat 2013, s. 253.

üzerinden monarşilerde kralın kişiliği kutsal ve dokunulmaz olarak algılanmakla birlikte cezai sorumluluğa sahip değildir.⁶³ Temel olarak parlamenter monarşi açıklandığında monarşi görevinde bulunan kralın veya hükümdarın yürütmede görevini sürdürmesine ek olarak, yasama görevinde ise bir parlamentonun bulunması ve kralın yürütme yetkisinin bazı anayasal gelişmelerle sınırlandırılmasıdır.

Fas Krallığı'nın Yasama Organı

Fas Parlamentosu 2 farklı organ tarafından oluşmaktadır: Temsilciler Meclisi ve Danışmanlar Meclisi. Temsilciler Meclisi 395 sandalyeden oluşurken 5 yıllığına tüm seçmenlerin katılımı ile tek dereceli olarak seçilmektedir.⁶⁴ Danışmanlar Meclisi ise meslek odaları ve yerel danışmanlar gibi temsilcilerden oluşmaktadır. 270 üyesi bulunmaktadır. Danışmanlar Meclisi üyeleri 3/5'i her bölgede, yerel yönetimlerin temsilcilerinden oluşurken, 2/5'lik kalan kısım meslek odalarından veya ulusal, ücretli temsilcilerinin oluşturduğu seçim kurulu tarafından belirlenmektedir.⁶⁵ Danışmanlar Meclisi'nin 1/3'i, üç yılda bir yenilenmekle beraber 9 yıllık süre ile seçilmektedir. Danışmanlar Meclisi Başkanı ise 3 yıl süre ile seçilir. Fas'ın önde gelen partileri Adalet ve Kalkınma Partisi ve İstiklal Partisi'dir.

Fas Krallığı'nın Yürütme Organı

Fas Krallığı'nın yürütme organını Kral VI. Muhammed ve Başbakan Sadettin El Osmani bulunmaktadır. Parlamenter monarşide kralın yetkileri bazı anayasal gelişmeler ile sınırlandırılmış ve parlamentonun da yetkileri artırılmıştır. Fas'ta da aynı durum gözlemlenmektedir. Kralın yetkileri 2011 Anayasası öncesinde fazlasıyla bulunmakta iken, anayasa reformları ile birlikte yürütme yetkisi bazı noktalarda sınırlandırılmıştır. Fas'ta 1 Temmuz 2011 yılında kabul edilen yeni Anayasa'da; *"insan haklarının ve uluslararası insan hakları hukukunun bütünlüğü ve evrenselliği gözetilerek korunmasını ve geliştirilmesini taahhüt eder"*⁶⁶ maddesi, temel hak ve hürriyetleri güvence altına aldığını göstermektedir. Yeni Anayasa'da önemli olan bir diğer husus, muhalefete bir statü tanınarak parlamento çalışmalarında ve siyasi hayata dair çeşitli haklar tanınmıştır.⁶⁷ Kral ile hükümet arasında 2011 Anayasası'na göre güç dengesi getirilmiş, kralın yetkilerinin sınırlandırılması ve hükümetin ise

[63] Asilbay, a.g.m., s. 254.

[64] T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Fas'ın Siyasi Görünümü", <http://www.mfa.gov.tr/fas-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim Tarihi:03.05.2020).

[65] T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Fas'ın Siyasi Görünümü", <http://www.mfa.gov.tr/fas-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim Tarihi:03.05.2020).

[66] Achargui, Mohamed. "21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemesinin Rolü", *Anayasa Yargısı*, Cilt:29, Sayı:1, 2012, s. 180.

[67] Mohamed Achargui, a.g.e., s. 180.

yetkilerinin artırılması yönünde taslak hazırlanmasına rağmen, Kralın kararlarında önemli bir yeri bulunmaktadır.⁶⁸ Fas yasalarına göre ayrıca Kral, Yüksek Güvenlik Konseyi Başkanı, Genelkurmay Başkanı ve Halife sıfatını da taşımaktadır.⁶⁹

2011 yılında başlayan Arap Baharı eylemleri Fas'ta da etkisini göstermiştir. Diğer ülkelere göre Arap Baharı Fas'ta uzlaşma ile son bulmuştur. Halkın talepleri genel olarak kralın yetkilerinin sınırlandırılması ve hak ve hürriyetlerin artırılması yönünde olmuştur. Fas'ın bu süreçte diğer ülkelerden ayırt edici özelliği Kralın protestolara hızlı cevap vermesi ve talepler noktasında ortak karar verebilmesidir.

SONUÇ

Kuzey Afrika ülkelerinin hükümet sistemlerinde görüldüğü üzere siyasi istikrarsızlık bulunmaktadır. Arap Baharı sonrası demokratikleşme adımı atan ülkelerin hükümet sistemlerinde bazı sorunlar öne çıkmıştır. Muhalefetin baskılanması, antidemokratik seçim koşulları, yürütmenin gücünün fazlalığı veya kuvvetler ayrılığının olmaması gibi sorunlar Kuzey Afrika devletlerinin hükümet sistemlerinde görülmüştür. Öne çıkan bir diğer problem her anayasa değişikliğinde yürütmenin yani Cumhurbaşkanı/Başkan'ın yetkilerinin artırılması veya ordunun yönetime dahil olması, gücünün artırılmasıdır. Parlamentolar genellikle iki kanattan oluşmuş ve bir danışma meclisi bulundurulmuştur. Libya dışında diğer diğer devletlerde toprak bütünlüğünün sağlandığı gözükmemektedir. Geçmişte bu devletlerin yasama-yürütme-yargı gibi kuvvetlerin dengesi üzerine bir tecrübesi olmadığından demokratik yönetimlere geçildiğinde de başarı veya istikrar beklenmesi doğru olmayacaktır. Demokrasi uzun yıllar sonra yerleşen bir kültür haline geldikten sonra yönetimlerinde aynı değişimi geçirerek demokratik olması daha olası bir sonuçtur. Arap Baharı'nın etkisiyle geçilen demokratik yönetimlerin birkaç yıl içerisinde başarılı olması beklenemez bir durumdur. Fakat Tunus veya Fas bir nebze bu durumu iyi idare etmiştir. Şüphesiz eylemlerden en zararlı çıkan ülke Libya olmuştur.

[68] Mehmet Akar, "FAS 2015" (Ed. Kemal İNAT, Muhittin ATAMAN, Ortadoğu Yıllığı 2015), *Açılım Kitap*, Sakarya 2016, s. 403.

[69] Anadolu Ajansı, "Fas'ta Genel Seçimlere Doğru", <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/fasta-genel-secimlere-dogru/657970>, (Erişim Tarihi: 03.05.2020).

KAYNAKÇA

- Achargui, Mohamed. "21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemesinin Rolü", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 29, Sayı: 1, 2012, s. 180.
- Akar, Mehmet. "FAS 2015" (Ed. Kemal İNAT, Muhittin ATAMAN, Ortadoğu Yıllığı 2015), *Açılım Kitap*, Sakarya 2016, s. 401-412.
- Akıncı, Berat. "Yeni Sistem Önerisi Olarak Yarı-Başkanlık Sistemi ve Dünyadaki Uygulamaları", *Journal Of Social And Humanities Sciences Research*, Cilt: 3, Sayı: 3, 2016, s. 98-118.
- Asilbay, İ. Halil. "Parlamentar Sistem ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 104, Ocak/Şubat 2013, s. 248-264.
- Baltalı, Mehmet Ercan. "Libya'da Kaddafi Dönemi: Yönetim Tarzı ve Yarattığı Sorunlar", *İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Malatya, 2019.
- Bölme, Selin M. & Ulutaş Ufuk vd., "İsyan, Müdahale ve Sonrası: Libya'da Dönüşümün Sancıları", *SETA*, No: 5, Aralık 2011, s. 582-586.
- Caner, Cantürk & Şengül, Betül. "Devrimler, Kaos ve İstikrar Arayışları İçinde Libya: Tarihsel ve Yapısal Bir Analiz", *Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 6, s. 45-70.
- Ceviz, Nurettin. "Libya Tarihine Kısa Bir Bakış", *Ortadoğu Analiz*, Cilt: 3, Sayı: 27, Mart 2011, s. 80-89.
- Cop, Burak. "Ortadoğu'da Diktatörlük Sonrası Seçim Sistemi Tasarımı: Mısır ve Irak", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, No: 53, Ekim 2015, s. 87-101.
- Demir, İdris. "Libya'daki İç savaş ve Küresel Petrol Fiyatları", *Adam Akademi*, Cilt: 4, Sayı: 1, İstanbul 2014, s. 60.
- Diriöz, Ali Oğuz. "Libya'daki Politik Dönüşümün Sorunları ve Fırsatları", *Ortadoğu Analiz*, Cilt: 4, Sayı: 38, Ankara 2012.
- Erdem, Kasım. "Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri Yarı-Başkanlık Sistemi", *TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları*, Yayın No: 6, Ankara 2017.
- Erken, Ali. "Kabile Düzeni Enkazında İstikrar Arayışı", (Ortadoğu Çalışmaları, Ed. Ahmet Emin DAĞ), *İnsani ve Sosyal Araştırmalar Merkezi*, Ocak 2015.
- Güneş, Burak. "Libya İç Savaşı ve Kriz Yönetimi", *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, Ankara 2018, s. 263-291.
- İbrahim, Abdülazim. *Ortadoğu ve Kuzey Afrika Ülkeleri Anayasası*. 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- İbrahim, Abdülazim. *Mukayeseli Hukukta Azınlık Hakları*, 2005 Irak Anayasası örneği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Kazan, Burakcan. "Orta Doğu'da Ulus-Devlet İnşası ve Arap Baharı, Suriye ve Tunus Karşılaştırması", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Kırıkkale 2019.
- Mercan, M. Hüseyin & Kılavuz, M. Tahir. "Tunus'ta Demokratikleşme ve Elit Teorisi", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 55, İstanbul 2017, s. 75-92.
- Örtlek, Muhammed. "Mısır'da Yeni Anayasa Referandumu", *Uluslararası Ortadoğu Barış Araştırmaları Merkezi*, Ocak 2014.
- Özgen, Cenk. "Avrupa Birliği Ortak Güvenlik ve Savunma Politikasında İlk Çatlak: Libya Krizi", *ODÜ Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 15, Ordu 2016, s. 143-176.
- Özkoç, Özge. "Tunus'ta Demokrasiye Geçiş Süreci ve En-Nahda'nın İdeolojik Dönüşümü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 74, Sayı: 3, Ankara 2019, s. 689-718.
- Riad, Domazeti & Altun, Taner. "Libya: Çalınmış Devrim", *Araştırma* 59, İNSAMER, Mart 2018.
- Tunçkaşık, Halit. "Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, Parlamentar Sistem", *TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları*, Yayın No: 8, Ankara 2017.

- Wara, Yusuf Abubakar. "Arap Baharından Sonra Mısır ve Tunus'un Anayasa Sürecinin Karşılaştırılması", *Uluslararası Sosyal Bilimler Akademi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2019, s. 83-94.
- Yaman, Yusuf. "Tunus'ta İstikrarın Üç Sacayağı", *Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, Bilecik 2018, s. 19-38.
- Yaşar, Nebahat Tanrıverdi. "Tunus Siyasetinde Yeni Döneme Doğru: 2014 Parlamento Seçimleri", *ORSAM*, No: 14, Ekim 2014.

İNTERNET KAYNAKLARI

- Anadolu Ajansı, "5 Soruda Tunus'ta Parlamento Seçimleri", <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/5-soruda-tunusta-parlamento-secimleri/1602041>, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).
- Anadolu Ajansı, "Cezayir'in Yeni Cumhurbaşkanı'ndan Anayasa Değişikliği Vurgusu", <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/cezayirin-yeni-cumhurbaşkanından-anayasa-degisikligi-vurgusu/1678671>, (Erişim Tarihi: 01.05.2020).
- Anadolu Ajansı, Ülke Profilleri: Tunus, <https://www.aa.com.tr/tr/ulke-profilleri/tunus/903482>, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).
- Birleşmiş Markalar Derneği, *Tunus Ülke Raporu*, <http://www.birlesmismarkalar.org.tr/uploads/Tunus.pdf>, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).
- Cakova, Emre. "Dünden Bugüne Mısır Arap Cumhuriyeti", https://www.academia.edu/8139228/Dünden_Bugüne_Mısır_Arap_Cumhuriyeti, (Erişim Tarihi 03.05.2020).
- Erciyes Üniversitesi-AFESAM, "Afrika Ülke Raporları, Fas", https://afesam.erciyes.edu.tr/Dosyalar/Afrika_Ulke_Raporlari_Fas.pdf, (Erişim Tarihi: 03.05.2020).
- Can, Faruk. "Cezayir'de Anayasa Konseyi Başkanı Bilayz İstifa Etti", *Euronews*, <https://tr.euronews.com/2019/04/16/cezayir-de-anayasa-konseyi-baskan-bilayz-istifa-etti-buteflika-protestolar>, (Erişim Tarihi: 14.05.2020).
- İnsamer, Tunus, https://insamer.com/tr/tunus_830.htm, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Cezayir'in Siyasi Görünümü", <http://www.mfa.gov.tr/cezayir-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim Tarihi: 1.05.2020).
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Libya'nın Siyasi Görünümü", <http://www.mfa.gov.tr/libya-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (Erişim Tarihi: 02.05.2020).
- T.C. Ticaret Bakanlığı, "Mısır, Ülke Profili", <https://ticaret.gov.tr/yurtdisi-teskilati/afrika/misir/ulke-profilii/genel-bilgiler>, (Erişim Tarihi: 30.04.2020).
- TRT Haber, "Kaddafi Dönemi Libya", <https://www.trthaber.com/haber/dunya/kaddafi-donemi-libya-449674.html>, (Erişim Tarihi: 28.04.2020).

EŞİTLİK İLKESİ BAĞLAMINDA YASAMANIN AŞKIN YA DA EKSİK DÜZENLEME YAPMASININ YARGISAL DENETİMİ

Arş. Gör. Sümeyye ULUSOY

KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-9510-5219

sumeyye.ulusoy@karatay.edu.tr

ÖZET

Eşitlik ilkesi, devlete kişiler ya da gruplar arasında ayrımcılık yapmama yükümlülüğü getiren, anayasal bir ilkedir. Bu anayasal ilkeye aykırılığı bir örneğini oluşturan aşkın düzenleme ise yalnızca bazı kişiler için öngörülmesi gereken bir durumun herkesi kapsayacak şekilde geniş kapsamlı olarak düzenlenmesidir. Örneğin bazı kamu hizmetlerinde görevin gerektirdiği bir nitelik dolayısıyla devlet güvenliği için yabancı kişilerle evlenilmesini yasaklayan düzenlemenin, tüm kamu görevlileri için geçerli olacak şekilde düzenlenmesi aşkın bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin kapsamının bu kadar geniş tutulmasının, makul ve nesnel bir nedeninin olmaması halinde; bu düzenleme, kamu güvenliği açısından önem arz etmeyen bir görevi yerine getiren kamu görevlisi için eşitlik ilkesini ihlal eden bir düzenleme haline gelecektir. Eksik düzenleme ise aşkın düzenlemenin tam aksine; aynı durumda olan kişilerden bazılarının düzenleme kapsamına alınıp, bazılarının düzenleme kapsamı dışında tutularak, düzenlemeden kaynaklanan haklardan yararlanamamaktadır. Böyle bir ayrımın makul ve nesnel bir nedene dayanmaması ise düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı hale getirecektir. Örneğin aynı kabahate bağlı idari para cezasına çarptırılmış kişilerden bazılarının ödemelerinin iadesini öngören ancak makul ve nesnel bir neden olmaksızın, bazılarının ödemelerinin iadelerinin yapılmayacağını öngören düzenleme eşitlik ilkesine aykırı bir düzenleme olarak değerlendirilecektir. Yani aşkın ve eksik düzenleme yapmak kanun koyucunun takdir alanında bir konudur ancak bazı sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamaların başında da bu şekilde aşkın ve eksik düzenleme yapmasının makul ve nesnel bir neden olması gerekliliği gelmektedir. Aksi halde söz konusu düzenleme eşitlik ilkesine aykırı hâle gelecektir.

Yargısal denetim noktasında ise kanunların yargısal denetimini sağlamak Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle makul ve nesnel bir nedeni bulunmadığı müddetçe eşitlik ilkesine aykırılığı muhtemel olan, aşkın ve eksik kapsamlı

düzenlemelerinin denetlenmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır. Bununla birlikte eşitlik ilkesi bağlamında gerçekleştirilecek olan yargısal denetimler, yasamanın takdir alanına müdahil olması riskini içerisinde barındırmaktadır. Ancak bu risk, eşitlik ilkesi bağlamında iptali talep edilen kanunların, incelemeden, doğrudan yasamanın takdir alanında değerlendirilerek reddedilmesi şeklinde bir ön kabule neden olmamalıdır. Çünkü böyle bir ön kabul, eşitlik ilkesinin anayasal bir ilke olduğunun reddi anlamına gelecektir. Bu riski en aza indirmek için ise eşitlik ilkesi bağlamında gerçekleştirilen denetimlerde belirli bir yöntemin izlenmesi tavsiye edilmektedir. Çalışmanın içeriğinde de eşitlik ilkesi hakkında kısaca bilgi verildikten sonra bu yöntemin ne olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin geçmişten günümüze bu yöneme uygun denetimler gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik ilkesi, Aşkın düzenleme, Eksik düzenleme, Anayasa Mahkemesi denetimi.

JUDICIAL REVIEW OF OVER-REGULATION OR UNDER-REGULATION OF THE LEGISLATURE IN THE CONTEXT OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

ABSTRACT

The principle of equality is a constitutional principle that imposes an obligation on the state not to discriminate between individuals or groups. Overregulation, which sets an example of the violation of this constitutional principle, is a comprehensive regulation of a case that should be predicted only for some people to involve everyone. For example, it is overregulation that prohibits marriage to foreign persons for state security due to a qualification required by the duty in some public services and applies to all public officials. In case there is no reasonable and objective reason for the scope of this regulation to be so comprehensive, it will become a regulation that violates the principle of equality for a public official performing a duty that is not important for public safety. Contrary to over-regulation, under-regulation does not take advantage of the rights arising from the regulation by including some of the people in the same boat within the scope of the regulation and excluding some of them from the scope of the regulation. If such a distinction is not based on a reasonable and objective reason, it will make the regulation contrary to the principle of equality. For example, the regulation that stipulates the refund of the payments of some of the

persons sentenced for the same crime, but that the payments of some of them will not be refunded without a reasonable and objective reason will be considered as a regulation contrary to the principle of equality. So overregulation and under-regulation is a matter for the discretion of law-maker but is subject to certain limitations. The necessity of having a reasonable and objective reason for such overregulation and under-regulation is one of these limitations. The necessity of having a reasonable and objective reason for such overregulation and under-regulation is one of these limitations. Otherwise, the said regulation will become contrary to the principle of equality.

As for the judicial review, ensuring the judicial review of laws is among the duties of the Constitutional Court. Therefore, unless there is a reasonable and objective reason, the review of over-regulation and under-regulation, which is likely to contradict the principle of equality, will be made by the Constitutional Court. However, the judicial review to be made in the context of the principle of equality carry the risk of interfering with the discretion of the legislation. Nevertheless, in the context of the principle of equality, this risk should not give rise to the presupposition that the laws requested to be annulled should be evaluated and rejected directly at the discretion of the legislation without being examined. Because such a presupposing would mean the rejection of the principle of equality as a constitutional one. It is recommended to follow a certain method in the reviews made in the context of the principle of equality to minimize this risk. This study tried to determine what this method is and whether the Constitutional Court has made reviews under this method from the past to the present after providing a piece of brief information about the principle of equality in the content of the study.

Keywords: Principle of equality, Over-regulation, Under-regulation, Constitutional Court review.

GİRİŞ

Eşitlik ilkesi, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi daha da çoğaltılabilecek nedenlerden dolayı ayırım yapılmaksızın kanun önünde eşit olması demektir. Bir başka boyutla eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunanlara aynı davranılması, farklı durumda bulunanlara farklı davranılması demektir. Eşitlik ilkesi, 1982 Anayasası'ndaki düzenlenişine göre devlet yönetimine hâkim olan bir ilkedir ve devlet organlarının bu ilkeye uyması anayasal bir zorunluluktur. Bu bağlamda diğer devlet organlarıyla birlikte yasamanın da bu ilkeye uyması zorunludur. Aksi halde yasama işlemleri anayasa mahkemesi denetiminden geçerek Anayasaya aykırı olan düzenlemeleri iptal müeyyidesine tabi olmaktadır. Yasamanın eşitlik ilkesi bağlamında anayasaya aykırı işlemlerinin görünümünü, gruplandırılmalarında nesnel ve makul neden ve ölçülülük ilkesine uygunluk taşımayan, aşkın ve eksik düzenlemeler oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi geçmiş tarihlerde bazı kararlarında eşitlik ilkesine aykırı olarak düzenlenmiş yasama işlemlerini iptal müeyyidesine tabi tutarken; bazı kararlarında yasama işleminin getirdiği eşitsizlik halini işlemin iptali için yeterli görmemiştir. Söz konusu bu çalışmada ise genel olarak eşitlik ilkesi hakkında kısaca bilgi verilmiştir, aşkın ve eksik kapsam tanımları yapılmış olup bu tür işlemlerde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

GENEL OLARAK EŞİTLİK İLKESİ

Eşitlik ilkesi, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde¹ ve çoğu anayasalarda² kabul edilmiş olan bir ilkedir. Eşitlik ilkesi, aynı durumda olan kişilere aynı; farklı durumda olan kişilere farklı davranmayı gerektiren bir ilkedir. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi, aynı durumda olanlara makul ve nesnel bir neden olmaksızın farklı davranmayı yasaklayan bir ilkedir³. Bir başka tanıma göre; devletin bir grup kişiyi

[1] Eşitlik ilkesi, "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi"nin 2. ve 3. maddelerinde, "İnsan Hakları Evrensel Beyanname"nin 7. maddesinde, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin Ek 12 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde, "Avrupa Sosyal Şartı"nın 20. maddesi ve insan haklarının kullanımına birçok maddesinde, "Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi"nin 3, 4, 5. maddelerinde ve "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme"nin her bir maddesi cinsiyete dayalı eşitsizliğin giderilmesini düzenlemektedir.

[2] Öncelikli olarak Osmanlı- Türk Anayasalarında en baştan itibaren eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre 1876 Kanun- u Esasi'nin 17. maddesinde, 1924 Anayasası'nın 69. maddesinde, 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 3. maddesinde, İtalya Cumhuriyeti Anayasası'nın 3. maddesinde, Fransa Anayasası'nın 1. maddesinde, Amerikan Anayasası'nın 14. Değişikliğinin 1. bölümünde eşitlik ilkelerine değinilmektedir.

[3] Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 446; Erdoğan, Mustafa. *Anayasal Demokrasi*, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, s. 144; Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 219-220.

haklarından yoksun bırakma yetkisinin olmamasıdır⁴.

Eşitlik tanımından da anlaşılacağı üzere eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ile ayrılmaz bir bütünün parçalarını oluşturmaktadır⁵. Eşitlik, ayrımcılık yapılmamasını, ayrımcılık ise eşitliğin ihlal edilmesi anlamlarına gelmektedir. Eşitlik, aynı durumda olanlara aynı davranılmasını gerektirdiği için ilkenin pozitif yönünü; ayrımcılık ise makul ve nesnel neden olmaksızın farklı davranılması anlamına geldiği için eşitlik ilkesinin negatif yönünü oluşturmaktadır⁶. Yani ayrımcılık, eşitlik ilkesinin gereğini yerine getirmek için yasaklanması gereken bir olgudur. Haliyle ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesine hizmet eden bir ilkedir⁷.

Eşitlik ilkesi, insan hakları belgelerinde ve anayasalarda genellikle bu iki boyutu da içerecek şekilde düzenlenmektedir⁸. Bununla birlikte eşitlik ilkesi, farklı yönlerden de ayrıma tabi tutulmaktadır. Bunlardan en yaygın olanını, ilkenin maddi ve şekli eşitlik ayrımı oluşturmaktadır⁹. Buna göre hukuki eşitlik olarak da adlandırılan şekli eşitlik, hukuk önünde aynı durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara farklı davranılması anlamına gelmektedir¹⁰. Maddi eşitlik ise insanların kanun önünde aynı oldukları halde içinde buldukları şartlar dolayısıyla dezavantajlı olarak kabul edilmeleri ve bu durumda olan kişilere yönelik özel tedbirlerin alınmasıdır. Yani maddi eşitlik, eşitliğin fiilen sağlanmasını öngören bir kabuldür. Bu nedenle şekli eşitlik tanımında yer alan, farklı olanlara farklı

[4] Erdoğan, Mustafa, *Anayasa ve Özgürlük*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 191.

[5] Eren, s. 444.

[6] Karan, Ulaş. *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 68-69; Eren, s. 444.

[7] Karan, s. 69.

[8] Eren, s. 444.

[9] Şekli ve maddi eşitliğin daha başka farklı isimlendirilmeleri de bulunmaktadır. Buna göre: Şekli eşitlik, aritmetik eşitlik, mutlak eşitlik ya da denkleştirici adalet; maddi eşitlik, nispi eşitlik, geometrik eşitlik, dağıtıcı adalet olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021, s. 270-271; Bununla birlikte maddi eşitlik için pozitif ayrımcılık kavramı kullanılmaktadır. Ancak pozitif ayrımcılık kavramı uluslararası insan hakları belgelerinde ve anayasalarda kullanılmamaktadır. Eren, s. 447; Pozitif ayrımcılık kavramı ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca Bkz. Karaman, Ebru. *Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasal Partilerde Kadın Kotası*, 1. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 99-100; Döner, Ayhan. *Türk Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, Sayı: 149; Bayraktar, Tuğba. "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık Üzerine Kavramsal Bir İnceleme", *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2016, s. 108-118; Ünlü, Tuğba. *Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Basılmamış) Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009, s. 17-29; Pozitif ayrımcılık bağlamında gündeme gelebilecek bir başka kavram ise fırsat eşitliğidir. Buna göre fırsat eşitliği, kendisine yüklenen anlamlara göre hem maddi hem de şekli eşitliğin özelliklerini gösterebilen kavramdır hatta bu kavramı şekli ve maddi eşitliğin arasında kalmış bir kavram olarak değerlendirilen yazarlar da bulunmaktadır. Fırsat eşitliği en genel tanımıyla eşitsiz durumda bulunan kişilere eşit fırsatlar sunulması ve önlendeki engellerin kaldırılması ve böylece eşitliğin sağlanması anlamına gelmektedir ve bu yönde çabaların bulunması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Karan, s. 51.

[10] Karan, s. 37-38.

muamelede bulunulması gerektiği kısmını desteklemektedir. Ayrıca şekli eşitliğin getirmiş olduğu sorunlara, dezavantajlılığı dolayısıyla farklı durumda olan kişilere dezavantajlılığını ortadan kaldıracak şekilde, olumlu yönde farklı muamelede bulunulması destekleyen bir eşitlik anlayışıdır¹¹. Başka bir ifadeyle maddi eşitlik, haklarda ve ödevlerde yarar ve yükümlülüklerde, yetki de ve sorumlulukta, fırsat ve hizmette eşit davranılması zorunluluğudur¹².

Konumuz bağlamında önem arz eden kavramlar ise şekli ve maddi eşitliğin negatif yönü olan doğrudan ve dolaylı ayrımcılıktır. Buna göre şekli eşitliğin negatif yönü, doğrudan ayrımcılıktır ve insanın hak ve hürriyetlerini kullanmasında ve yararlanmasında her türlü ayırım, dışlama ve kısıtlama anlamına gelmektedir¹³. Bu ayırımın, ayrımcılığın yasakladığı ırk, renk dil, cinsiyet gibi temellerden birine dayandığı için adı doğrudan ayrımcılık olarak kabul edilmektedir¹⁴. Örneğin bir iş ilanına kadın başvuruların başvuramamasına rağmen erkek başvurularının başvurularının kabul edilmesi ya da din farklılığı dolayısıyla zorunlu olan eğitimin aldırılmasının önüne geçilmesi bir doğrudan ayrımcılıktır. Konumuz açısından norm düzeyinde ortaya çıkan doğrudan ayrımcılıklar ise bir hukuki düzenlemenin kapsamına belirli bir grubun alınması ya da belirli bir grubun hukuki düzenleme kapsamı haricinde tutulması dolayısıyla ortaya çıkan durumlar doğrudan ayrımcılığa neden olan norm olarak nitelendirilmektedir¹⁵. Ayrıca ileride değineceğimiz üzere bu durum yasamanın eksik düzenlemesi olarak nitelendirilebilir.

Eşitliğin bir başka görünümü olan maddi eşitliliğin negatif yönü ise dolaylı ayrımcılıktır ve makul ve nesnel bir neden olmaksızın kişilerin dezavantajlı duruma sokulması anlamına gelmektedir¹⁶. Başka bir deyişle dolaylı ayrımcılık, farklı durumda olan kişilere eşit davranılarak ayrımcılık yapılmasıdır¹⁷. Dolaylı ayrımcılığın konu bağlamında önemi ise yasamanın, herkes için aynı şekilde geçerli ve tarafsız olan ancak belirli bazı gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak etkilere sahip olabilecek nitelikte işlemler yapmasından ileri gelmektedir¹⁸. Yasamanın, grupların kendi içinde farklılığını dikkate almaksızın herkese eşit olarak uygulanmasını öngördüğü normlar, bu uygulamadan dolayı dezavantajlı gruplara dönüşebilmektedir. Yasamanın bu işlemi ise ileride değineceğimiz üzere bu durum yasamanın aşkın düzenlemesi olarak nitelendirilebilir.

[11] Karan, s. 41-42; Eren, s. 447.

[12] Özbudun, s. 155.

[13] Eren, s. 446.

[14] Karan, s. 203.

[15] Karan, s. 203.

[16] Eren, s. 448.

[17] Karan, s. 210.

[18] Karan, s. 211.

1982 ANAYASASI'NDA EŞİTLİK İLKESİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1982 Anayasası'na göre eşitlik ilkesinin kapsamı ve hukuki niteliği değerlendirildiğinde, uluslararası insan hakları belgelerinde ve anayasalarında düzenlenen eşitlik ilkesinden çok da farklı olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesi müstakil olarak düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasının "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*" hükmünden ve 4. fıkrasının "*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*" hükmünden Anayasa'nın şüphesiz bir biçimde şekli eşitliği yani hukuk önünde eşitliği kabul ettiği anlaşılmaktadır. Devamı hükümleri olan 2 ve 3. fıkranın "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*" hükümlerinden maddi eşitliğin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Kısacası 1982 Anayasası, aynı durumda olanlara aynı, farklı durumda bulunanlara ise farklı muamelede bulunulmasını öngörmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesi hükümlerinin kimleri muhatap aldığı ve kimlere eşitlik ilkesine uygun davranma yükümlülüğü yüklediği ise yine aynı maddenin 5. fıkrasının "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*" hükmünden anlaşılmaktadır. Buna göre eşitlik ilkesine uyması gereken makamlar, devlet organları ve idari makamlardır¹⁹. Bu kapsama yasama organı da bir devlet organı olması hasebiyle hiç şüphesiz dahildir²⁰.

Eşitlik ilkesinin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Buna göre bu ilke, hukuk devleti ilkesinin içerisinde yer alan bir kavram olarak nitelendirilebileceği gibi bir temel hak olarak ya da devlet yönetimine hâkim olan bir ilke olarak da değerlendirilebilecektir²¹. Eşitlik ilkesi, bu haktan yararlananlar açısından bir temel hak yani eşit işlem

[19] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 267; Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 24. Baskı, Bursa, 2019, s. 98; Eşitlik ilkesinin Anayasa kurallarının yatay etkisi sebebiyle özel kişileri de bağlayan, onları da muhatap alan bir ilke olduğu noktasında görüşler ileri sürülmüştür. Bu konu hakkındaki ayrıntılı bilgi için Bkz. Öden, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 154-157; Tanör & Yüzbaşıoğlu, s. 129; Ünlü, s. 15.

[20] Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 155; Ünlü, s. 15-16.

[21] Eşitlik ilkesini hem devlet yönetimine hâkim bir ilke hem de bir hak olarak değerlendiren görüş için Bkz. Tanör, Bülent & Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Basım, Yayım, Dağıtım, İstanbul, 2018, s. 128; Döner, s. 145; Bayraktar, s. 106-107; Ünlü, s. 15.

görmeyi ya da ayırım gözetilmesini isteme hakkı niteliğindeki²²; aynı zamanda muhatapları yani devlet organları ve idare makamlarının uyması gereken kural olarak ise anayasal bir emir, anayasal temel bir ilke niteliğindedir²³. Bu açıdan bu ilkenin Anayasa’da düzenlendiği yer önem arz etmektedir. Buna göre 1961 Anayasası’nda “temel haklar ve ödevler” kısmında düzenlenmesi eşitlik ilkesinin temel hak olduğu görüşünü desteklerken; 1982 Anayasası’nda “genel esaslar” bölümünde düzenlenmiş olması bu ilkenin devletin yönetimine hâkim bir ilke olduğu görüşünü daha çok desteklemektedir²⁴. Buna göre de eşitlik ilkesi cumhuriyetçilik, laiklik, sosyal devlet ilkeleri gibi anayasal sistemin temel yapısını belirleyen ilkelere biri olarak kabul edilmektedir²⁵. Buradan çıkan sonuç ise devlet organlarından biri olan yasama organının bu ilkeye uygun işlemlerde bulunmasının zorunlu olduğudur. Eğer ki bu zorunluluğa uymazsa yasama işlemini denetleme yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesi denetimine tabi olmasıdır²⁶.

YASAMANIN AŞKIN VE EKSİK DÜZENLEMESİ VE YARGISAL DENETİMİ

Yasamanın eksik düzenlemesi, bazı kişilere yarar sağlayan bir düzenlemenin aynı ya da benzer durumda bulunan diğer kişilerden esirgenmesi ya da bazı kişilere yükümlülükler getiren düzenlemelerin aynı ya da benzer durumdaki kişilere uygulanmaması halinde söz konusu olur²⁷. Eşitlik ilkesi de en temelde özellikle “şekli eşitlik” anlamında benzer durumda bulunanlara eşit davranılması, ayırım yapılmaması anlamına geldiğinden eksik düzenlemelerin ileride açıklanacağı üzere bazı şartlar altında Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler olarak kabulü gerebilir. Ancak AYM, eski tarihli birçok kararında şekli eşitliği ihlal ettiği iddia edilen yasamanın düzenlemelerini iptal müeyyidesine tabi görmemiştir²⁸.

[22] Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, 2018, s. 124.

[23] Özbudun, s. 154; Döner, s. 146; Bayraktar, s. 106-107; Günümüzde bireysel başvuru açısından eşitlik ilkesi usuli bir hak olarak kabul edilmektedir ve ancak bir başka maddi hakka dayalı olarak bireysel başvuruya konu yapılabilmektedir. Bkz. Eren, s. 1209.

[24] Özbudun, s. 154; Genel bir hukuk güvencesi olarak kabul eden görüş için Bkz. Erdeoğan, 2002, s. 192.

[25] Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 267; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 99.

[26] Gören, Zafer. “Genel Eşitlik İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz’a Armağan*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 3283; Bayraktar, s. 107.

[27] Öden, s. 289; Yasamanın eksik düzenlemesi genel olarak yasamanın gerekli olan kanunu çıkarmamış olması ya da yetersiz bir düzenleme içeren düzenlemeleri için kullanılan bir kavramdır. Bkz. Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 842; Ancak bizim bu çalışmada kastettiğimiz eksik düzenleme kavramı, yasama organı tarafından düzenlenmiş ve düzenlemenin hitap ettiği kesim bakımından aynı ve benzer durumda olanları aynı sınıflandırmaya tabi tutmayan düzenlemelerdir.

[28] AYM, E. 1975/147, K. 1975/201, K.T. 21.10.1975; AYM, E. 1983/1, K. 1983/5, K.T. 226.04.1983; AYM, E. 1984/1, K. 1984/2, K.T. 01.03.1984; AYM, E. 1985/33, K. 1986/22, K.T. 11.09.1986.

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi ile ilgili kararlarında kullandığı değerlendirme ölçütleri ile günümüzde aynı konuya ilişkin değerlendirme ölçütleri arasında farklar bulunmaktadır. Buna bağlı olarak da verilen kararlar açısından farklılıklar bulunmaktadır²⁹. Geçmiş dönemde AYM, eşitlik ilkesi ile ilgili iptal başvurularında, iptal konusunun yasamanın takdir alanı içerisinde değerlendirdiği için³⁰ya da şekli eşitliği dar yorumladığı için³¹ genellikle eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak ilerleyen dönemlerde AYM'nin eşitlik ilkesine ilişkin değerlendirme ölçütlerinin değişmesine bağlı olarak eşitlik ilkesi ile ilgili başvurular hakkında ayrıntılı incelemeler gerçekleştirilmiştir ve iptal kararı verdiği kararları da olmuştur³².

AYM'nin eşitlik ilkesine, özellikle şekli eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden, yasamanın eksik düzenlemelerini iptal etmemesinin nedeni temelde farklı nedenlere dayanmaktaydı. Buna göre bu nedenlerden ilki;

Belirli kişilere yükümlülük getiren kanunların eşitlik ilkesine aykırı kabul edileceğine dair görüş birliği bulunmasına rağmen; belirli kişilere yarar sağlayan ya da belirli kişileri yükümlülüğünden kurtaran kanunlar "kamu yararı" amaçlanarak konulmuş olması şartıyla eşitlik ilkesine aykırı olarak kabul edilmemiştir. Ayrıca AYM, yasama organının kanun koyma noktasında takdir hakkının bulunduğu ve belirli kişilere yarar sağlaması yapan kanunların, bu takdir hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini görüşünü benimsemiştir ve bazı kişilerin dışlanarak bazı kişilere yarar sağlayan düzenlemelerin Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesini ihlal etmediği şeklinde kararlar vermiştir³³.

Eksik düzenlemeyi yasama organının takdir alanında kabul ederek iptal istemini reddetmek belirli sınırlar dahilinde makul görülebilir. Yani belirli gerekçelerle eksik düzenlemeler yasama organının takdirinde görülebilir. Buna göre idari gerekler, yasama organının belirli bir alanda düzenleme yapması gereken alanı büyük ölçüde sınırlayabilir.

[29] Konuları farklı olan ancak kanunun düzenleme alanı dikkate alındığında benzer olaylı olarak nitelendirilebileceğimiz AYM, E. 2003/106, K. 2004/59, K.T. 12.05.2004 kararı ile AYM, E. 2023/44, K. 2023/71 K.T. 05.04.2023 kararı karşılaştırıldığında AYM'nin eşitlik ilkesinin denetimi bağlamında geçirmiş olduğu değişiklik ortaya çıkacaktır.

[30] AYM, E. 1970/36, K. 1970/50, K.T. 24.12.1970; AYM, E. 1983/12, K. 1984/5, K.T. 27.03.1984; AYM, E. 1968/60, K. 1969/36, K.T. 17.06.1969; AYM, E. 1978/56; K. 1978/60, K.T. 23.11.1978; AYM, E. 1987/14, K. 1988/1, K.T. 05.01.1988; AYM, E. 1975/147, K. 1975/201, K.T. 21.10.1975; AYM, E. 1985/33, K. 1986/22, K.T. 11.09.1986.

[31] AYM, E. 1987/14, K. 1988/1, K.T. 05.01.1988; AYM, E. 1964/12, K. 1964/47, K.T. 09.06.1964; AYM, E. 1970/17, K. 1970/37, K.T. 25.06.1970; AYM, 1985/16, K. 1986/5, K.T. 04.03.1986; AYM, E.1984/10, K. 1985/2, K.T. 22.01.1985.

[32] AYM, E. 2023/44, K. 2023/71, K.T. 05.04.2023; AYM, E.2022/155, K.2023/38, K.T. 22/02/2023; AYM, E.2022/65, K.2022/102, K.T. 08/09/2022; AYM, E.2022/22, K.2022/92, K.T. 20/07/2022.

[33] Öden, s. 165-166; AYM, E. 1970/36, K. 1970/50, K.T. 24.12.1970; AYM, E. 1983/12, K. 1984/5, K.T. 27.03.1984; AYM, E. 1968/60, K. 1969/36, K.T. 17.06.1969; AYM, E. 1978/56, K. 1978/60, K.T. 23.11.1978; AYM, 1987/14, K. 1988/1, K.T. 05.01.1988.

Örneğin mali kaynaklar, bir düzenlemenin herkesi kapsayacak şekilde düzenlenmesine mâni olacak şekilde kısıtlı haldedir. Bunun gibi bir kanun hükmünün ilgili olan bütün kişileri kapsayacak şekilde düzenlemesi gerekirken; bir takım idari engeller eksik düzenlemenin varlığını haklılaştırabilir ve bu durum yasamanın takdir alanı içerisinde değerlendirilebilir. Diğer taraftan yasama organı bazı düzenlemelerle uygun gördüğü önlemin isabetli bir önlem olup olmadığının değerlendirmesini, küçük bir grup üzerinde dar kapsamlı denemeler yaparak gerçekleştirmektedir. Bu durumda bu denemelerin herkesi kapsamadığı gerekçesiyle eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini savunmak mümkün değildir³⁴. Bu açıklamalar ışığında bakıldığında makul bir nedenin varlığı halinde eksik düzenlemeler hem yasamanın takdir alanında kabul edilip, AYM denetiminin varlığı kabul edilmeyip hem de ilgili eksik düzenleme Anayasa'ya aykırı olarak kabul edilmeyebilir³⁵.

Yasamanın eksik düzenlemelerinin AYM tarafından iptal edilmeme nedenlerinden biri de AYM'nin şekli eşitliği dar yorumlamasından ileri gelmekteydi. Buna göre AYM, şekli eşitliği, kanunun hitap ettiği kitle arasında eşit uygulanıp uygulanmaması olarak değerlendirerek dar yorumlamıştır ve kanunun hitap etmediği kitle açısından bir eşitsizliğin oluşup oluşmadığını dikkate almamıştır³⁶. Bu nedenle AYM, birçok eksik düzenlemeyi eşitlik ilkesi bağlamında Anayasa'ya aykırı olarak görmemiştir³⁷. AYM'nin bu kararları ışığında şekli eşitliği yalnızca belirli bir kanun hükmünün kapsamına giren herkese ırk, renk, dil, din ayırt etmeksizin uygulanması olarak kabul ettiği gerçeği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda AYM'nin anlayışı, çağdaş eşitlik anlayışına uygun düşmemekle birlikte kanunların içerik yönünden bir anayasal ilke olan eşitlik ilkesine uygunluğunun denetlenmesini de engellemekteydi. Böyle bir eşitlik anlayışı ile yalnızca kanunların ilişkili olduğu kişilere eşit uygulanıp uygulanmadığının denetimi yapılabilirdi. Ancak kanunların yargısal denetimi, onların yalnızca uygulanmasıyla değil; içerik denetimlerinin de gerçekleştirilmesi ile mümkün olabilmektedir³⁸.

AYM'nin geçmiş dönemde eşitlik ilkesi bağlamında kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetiminde yeterli olmayan eşitlik tanımlamalarına ve denetim ölçütlerine başvurduğu anlaşılmaktadır. Bunun nedeni ise AYM'nin yasama organının takdir hakkına aşırı müdahalede bulunduğu gibi yorumlardan kaçınma isteğidir. Anayasa

[34] Öden, s. 305-306.

[35] Öden, s. 194.

[36] AYM, E. 1987/14, K. 1988/1, K.T. 05.01.1988; AYM, E. 1964/12, K. 1964/47, K.T. 09.06.1964; AYM, E. 1970/17, K. 1970/37, K.T. 25.06.1970; AYM, 1985/16, K. 1986/5, K.T. 04.03.1986; AYM, E.1984/10, K. 1985/2, K.T. 22.01.1985.

[37] AYM, E. 1984/8, K. 1984/10, K.T. 20.09.1984; AYM, 1986/6, K. 1986/12, K.T. 17.04.1986; AYM, E. 1985/21, K. 1986/23, K.T. 06.10.1986.

[38] Öden, s. 172-173; Özbudun, s. 155.

Mahkemesinin bu şekildeki çekinceleri haksız çekinceler değildir. AYM'nin yargı-yasama çizgisini çizmede titiz davranması gerekir. Ancak bu titizlik, Anayasa Mahkemesi'nin kanunların anayasa uygunluğunun denetimini gerçekleştirmeye engel olarak görülmemelidir³⁹.

Anayasa Mahkemesi, eksik düzenlemeleri nadir de olsa eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre aynı suçu işleyen çiftçilerin oturdukları yer bakımından farklı gruplara ayrılarak değerlendirilmesini ve farklı yaptırımlara bağlanmasını imtiyazlı grupların oluşmasına neden olduğu gerekçesiyle söz konusu eksik düzenlemeyi Anayasa'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılığı gerekçesiyle iptal etmiştir⁴⁰. Anayasa Mahkemesinden de beklenen performans, her somut olay için eşitlik ilkesine aykırılığın var olup olmadığının değerlendirmesini ayrıca yapılmasıdır. Aksi halde eşitlik ilkesi bağlamında yargısal denetimin gerçekleştirilmesine ilişkin her somut olayda AYM'nin ilgili olayı yasamanın takdir hakkı kapsamında değerlendirip esas incelemeye geçmeksizin reddetmesi gerekir.

Yasamanın eşitlik ilkesi bağlamında eşitsizlikler ortaya çıkmasına neden olan bir başka düzenlemesi ise aşkın düzenlemedir. Aşkın düzenleme, bir gruplandırmanın yalnızca amacı bakımından benzer durumda olanları kapsayacak şekilde değil; o amaç bakımından benzer durumda olmayanları da kapsayacak şekilde düzenlenmesine denir⁴¹. Aşkın düzenlemenin meşruluğu, eksik düzenlemeye göre daha da eleştiriye açıktır. Çünkü eksik kapsamlı gruplandırmalar, kanunun amacıyla ilgiliyken aşkın kapsamlı düzenlemeler, kanunun amacını dışında kalan, kanunun amacı ile ilgili olmayan kişileri de kapsamına almaktadır⁴². Bu şekildeki düzenlemelerin kabul görmesi eksik düzenlemelere göre daha zor olduğu için geçmiş dönemde bile AYM'nin genel eğilimi aşkın düzenlemelerin iptal edilmesine yönelik olmuştur⁴³.

Aşkın kapsamlı düzenlemelerde eksik kapsamlı düzenlemelerde olduğu gibi yarar sağlayan düzenlemeler ve yükümlülük getiren düzenlemeler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre yarar sağlayan düzenlemelerin, eşitlik ilkesini ihlal etmediği yönünde genel bir kanaat bulunmaktayken; yükümlülük getiren düzenlemelerin eşitlik ilkesini ihlal ettiği kabul edilmiştir. Mahkemelerin de genel kabulü bu yöndeydi⁴⁴. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 788 sayılı Memurin

[39] Öden, s. 179.

[40] AYM, E. 1966/1, K. 1966/21, K.T. 19.04.1966; AYM'nin eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eksik düzenlemeyi iptal ettiği başka bir kararı için Bkz. AYM, E. 1971/59, K. 1972/19, K.T. 20.04.1972; AYM, E. 1970/48, K. 1972/3, K.T. 8-9.02.1972.

[41] Öden, s. 310; Eren, 452.

[42] Öden, s. 310.

[43] AYM, E. 1963/205, K. 1963/123, K.T. 22.05.1963; aşkın düzenlemenin eşitlik ilkesini ihlal ettiğine yönelik diğer AYM kararı için Bkz. AYM, E. 1963/198, K. 1965/1, K.T. 05.01.1965.

[44] Öden, s. 310-311.

Kanunu'nun 1393 sayılı Kanunla değişik 4/Z maddesinin tüm memurlar için koyduğu "yabancılarla evli olmama" şartının yalnızca devlet güvenliği bakımından istisnai bir mesleğe sahip olanlar açısından gerekli olduğu; devlet güvenliği açısından ifa etmiş olduğu memuriyetin bir öneminin bulunmadığı meslekler açısından böyle bir kanunun uygulanmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur⁴⁵.

Aşkın düzenleme kapsamı genel itibariyle eksik düzenlemeye göre kabulü daha zor bir düzenleme olarak görünmekle birlikte AYM'nin aşkın düzenleme niteliğindeki düzenlemeleri iptal etmediği kararları da bulunmaktadır. Örneğin köylere imece ödevi yüklenmesi esnasında çalışma kabiliyeti bulunmayan köylü kişilere de bu ödevin yüklenmesi, AYM tarafından zaten yaşı ileri ve sağlığı yerinde olmayan kişilerden uygulamada böyle bir ödev beklenilmeyeceği gerekçesiyle eşitlik ilkesini ihlal etmediği şeklinde karar verilmiştir⁴⁶.

Aşkın düzenleme kapsamında da eksik düzenlemede olduğu gibi yasamanın takdir alanının bulunduğunu ve bazı durumlarda aşkın düzenlemenin hoş görülebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Örneğin Sağlık çalışanları tarafından, 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun bazı durumlarda ve hizmetlerde grev ve lokavt yapılmasını yasaklayan düzenlemeye ilişkin olarak sağlık kurumlarında, can ve mal kurtarma işlerinde bu kurumların ivedi işlerinde bulunacak olan kişilerin grev dışında bırakılmasının yeterli olmasına rağmen bu kurumda çalışan tüm kişiler bakımından grev yasağının getirmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğuna ilişkin olarak iptal davası açılmıştır. Ancak AYM, sağlık işlerini grev yüzünden aksatma halinin, kamuda çalışan kişilere grev hakkı tanımamaktan daha büyük zararların doğmasına neden olacağı gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir⁴⁷. AYM'nin bu kararı temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçüt olarak kullanılan ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık ilkesine de hizmet eden isabetli bir karar olarak değerlendirilebilir. Sonuçta yasama burada takdir alanı çerçevesinde menfaatler arası bir dengeleme yapmıştır ve sağlık hizmetlerinin aksamamasını kamu yararı açısından eşitlik ilkesine üstün görmüştür. Bu bir konunun yasamanın takdir alanı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine kuşku yoktur.

EŞİTLİK İLKESİNE AYKIRI OLDUĞU ÖNE SÜRÜLEN DÜZENLEMELER İÇİN TAVSİYE EDİLEN DENETLEME YÖNTEMİ VE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KULLANDIĞI YÖNTEM

Eşitlik ilkesine aykırı olduğu öne sürülen düzenlemelerin tavsiye

[45] AYM, E. 1963/205, K. 1963/123, K.T. 22.05.1963; aşkın düzenlemenin eşitlik ilkesini ihlal ettiğine yönelik diğer AYM kararı için Bkz. AYM, E. 1963/198, K. 1965/1, K.T. 05.01.1965.

[46] AYM, E. 1963/198, K. 1965/1, K.T. 05.01.1965.

[47] AYM, E. 1963/337, K. 1967/31, K.T. 19-20.10.1967.

edilen yargısal denetimi dört aşamadan oluşmaktadır. Buna göre ilk aşama olarak anayasaya aykırılığı olduğu öne sürülen kanunun amacı belirlenmelidir. İkinci aşama, kanun ile yapılan sınıflandırma ile kanunun amacı arasında akla uygun bir ilişkinin olup olmadığı belirlenmelidir. Eğer sınıflandırma ile amaç arasında herhangi bir ilişki olmaksızın böyle bir düzenleme yapılmışsa; eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmelidir. Üçüncü aşamaya kanunun amacı ile yaptığı sınıflandırma arasında akla uygun bir ilişkinin olması aşamasında geçilmektedir. Bu aşamada yapılmış olan düzenlemenin eksik ya da aşkın kapsamlı olup olmadığı belirlenmesi yapılmalıdır. Eksik ya da aşkın düzenleme olarak değerlendirilemeyecek bir düzenleme ise eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine; eksik ya da aşkın bir düzenleme ise dördüncü aşamada eksik ya da aşkın düzenlemenin nesnel, makul bir nedene dayanıp dayanmadığının incelenmesi yapılmalıdır. Aşkın ya da eksik düzenlemenin nedeni nesnel ve makul bir nedene dayanmıyorsa ilgili düzenlemenin eşitlik ilkesini ihlal ettiğine karar verilmelidir⁴⁸.

Bu konuda Zafer Gören'in de benimsemiş olduğu bir yöntem bulunmaktadır. Gören'e göre her somut durumda kanunların eşitlik ilkesine uygun olup olmadığının denetimi yapılmalıdır. Bu denetim üç aşamadan oluşmaktadır. Buna göre ilk aşamada kanunun içeriksel düzenlemesinde kişiler açısından bir ayırım yapıp yapmadığı belirlenmelidir ve kanunlarda bir ayırım söz konusu ise bu ayırım kriterlerinin Anayasa'ya uygun olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmalıdır. Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrasında ayırım yasaklarına yer vermiştir. Buna göre hiç kimse dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenler dolayısıyla ayırma tabi tutulmayacaktır. Herhangi bir kanunda ayırımların temelinin bu ayırım yasaklarına dayandığı tespit edilmesi halinde kanunun iptali gerekecektir. Ayırımın bu yasakları esas almadığı tespit edilmesi halinde ikinci aşamada ayırımların meşru bir kamu yararına hizmet edip etmediğinin tespitinin yapılması gerekmektedir. Ayırımın Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen devletin temel amaçlarına aykırı bir amaç güdüyorsa; bu ayırımın haklı olmadığının kabulü gerekecektir. Ayırım, devletin temel amaçlarına aykırı değilse; üçüncü aşamaya geçilmelidir ve ayırım kriteri ile ayırım amaçları arasında bir ilişkinin var olup olmadığının tespitinin yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda ayırım kriterinin ayırım amacını gerçekleştirmeye elverişli olması şart olmakla birlikte; bu amacı gerçekleştirmeye en uygun araç olması gerekmektedir⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi bağlamındaki denetimlerinin geçmiş dönemde nasıl olduğunu yukarıda belirtilmiştir. Anayasa

[48] Öden, s. 203-204.

[49] Gören, s. 3284-3285.

Mahkemesi'nin günümüzde denetimlerde izlediği yöntem, öncelikli olarak iptali istenen düzenlemenin aynı ya da benzer durumda bulunan kişiler arasında ayırım yapıp yapılmadığının belirlemek ve bir ayırımın var olduğu tespit edilmesi halinde; bu ayırımın nesnel ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığının tespitini yapmak şeklindedir. Devamında ise ayırım, nesnel ve makul bir temele dayanıyorsa; ayırımın ölçülü olup olmadığı konusunun incelenmesi şeklindedir⁵⁰.

Değerlendirme yöntemleri karşılaştırıldığında, aşamalar açısından farklılıklar söz konusudur. Örneğin Klasik değerlendirme yöntemine göre ilk aşamada kanunun amacının belirlenmesi ve yapılan ayırım ile amaç arasında makul bir bağlantının var olup olmadığının tespitinin yapılması tavsiye edilmiştir. Diğer yöntemlerde bu aşamaya denilmemiştir. Ancak diğer tavsiye edilen yöntemlerde, kanunun amacının kamu yararı olup olmadığının tespitinin yapılması ya da ayırım kriteri ile amaç arasında bir ilişkinin var olup olmadığının tespit edilmesi ya da ayırımın nesnel ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığının tespitinin yapılması tavsiye edilmiştir. Bu ise dolaylı yoldan da olsa kanunun amacının belirlenmesini gerektirmektedir. Kısacası aşamaların sayısı ve ifade ediliş şekli farklı olmakla birlikte; özünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenen düzenlemenin denetlenmesinde benzer denetim yöntemi tavsiyeleri bulunmaktadır. Buna göre özet olarak aynı ya da benzer durumlar arasında bir ayırımın var olup olmadığı tespit edilmeli, var olduğu kanaatine varılırsa bu ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığının ve ölçülülük ilkesine riayet edip etmediğinin tespitinin yapılması gerekmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bir kanunun haklı nedenle sınıflar arasında ayırım yapıp yapmadığının belirlenmesi, yargı yerinin yerindelik denetimine kayma riskini çok büyük oranda artırmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin her somut olayda belirli bir yöntem izlemekle birlikte her somut olayı kendi içinde değerlendirmeye tabi tutması ve bu konuda büyük titizlik göstermesi gerekecektir.

SONUÇ

Anayasa mahkemelerinin kuruluş amacı, anayasanın üstünlüğünü sözde bırakmamak ve anayasaya aykırı olan kanunların denetleme suretiyle iptal edilmelerini sağlamaktır. Eşitlik ilkesi de Anayasamızın

[50] Ölçüte yer veren AYM kararları için Bkz. AYM, E. 2023/44, K. 2023/71, K.T. 05.04.2023; AYM, E. 2021/129, K. 2022/33, K.T. 24.3.2022; AYM, E. 2021/92, K. 2023/27, K.T. 16.02.2023; AYM, E. 2018/8, K. 2018/85, K.T. 11.7.2018; AYM, E. 2021/62, K. 2023/89, K.T. 04.05.2023; AYM, E. 2019/88, K. 2022/159, K.T. 13.12.2022; AYM, E. 2022/155, K. 2023/38, K.T. 22.02.2023; AYM, E. 2022/104, K. 2023/28, K.T. 16.02.2023; AYM, E. 2022/126, K. 2023/29, K.T. 16.02.2023; AYM, E. 2022/73, K. 2022/149, K.T. 30.11.2022; AYM, E. 2021/35, K. 2022/161, K.T. 13.12.2022; AYM, E. 2022/82, K. 2022/113, K.T. 28.09.2022; AYM, E. 2022/65, K. 2022/102, K.T. 08.09.2022; AYM, E. 2022/22, K. 2022/92, K.T. 20.07.2022; AYM, E. 2019/94, K. 2022/32, K.T. 24.03.2022.

10. maddesinde düzenlenen bir ilke olduğuna göre eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülen aşkın ve eksik düzenlemelerin denetlenmesi ve Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmesi halinde iptal edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki eşitlik ilkesine ilişkin yargısal denetimler, yasama organının takdir alanına müdahale etmeye yakın, kaygan zeminde yer alan denetimlerdir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bu alandaki denetimlerinde özellikle dikkatli olması ve yerindelik denetimi niteliğinde değerlendirilebilecek kararlar vermemesi gerekmektedir. Bu nedenle denetim anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesinin ihlal eden kanunları görmezden gelip doğrudan yasamanın takdir alanı içerisinde değerlendirmek yerine; Anayasa Mahkemesi'nin son dönemde verdiği kararlarda olduğu gibi belirli bir yöntem eşliğinde değerlendirmek daha yerinde bir uygulama olacaktır.

KAYNAKÇA

- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, 2018.
- Bayraktar, Tuğba. "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık Üzerine Kavramsal Bir İnceleme", *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2016, s. 98-120.
- Döner, Ayhan. *Türk Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Erdoğan, Mustafa. *Anayasa ve Özgürlük*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Erdoğan, Mustafa. *Anayasal Demokrasi*, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Gören, Zafer. "Genel Eşitlik İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz'a Armağan*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 3271-3293.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 24. Baskı, Bursa, 2019.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021.
- Karaman, Ebru. *Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Karan, Ulaş. *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Öden, Merih. *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Tanör, Bülent & Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Basım, Yayım, Dağıtım, İstanbul, 2018.
- Ünlü, Tuğba. *Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Basılmamış) Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009.

İSVİÇRE KONFEDERASYONU'NDA SİYASİ PARTİ SİSTEMİ VE MEVCUT GÖRÜNÜM

Barkın ÖZYURT

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-6911-4124

barkin.özyurt@bilkent.edu.tr

ÖZET

Hazırlanmış olan bu çalışma, Türk hukuk doktrininde çokça ele alınmamış ve üzerinde çalışma yapılmamış olan ve niteliği itibariyle Kıta Avrupası ülkelerinden dikkat çekici farklılıkları bulunan İsviçre Konfederasyonu'nda siyasi parti sistemini ve İsviçre'de mevcut siyasi parti görünümünü federal düzeyde ele almaktadır. Gerek hükümet sistemi gerek federal yapısıyla karşılaştırmalı hukukta önemli bir yere sahip olan İsviçre Konfederasyonu, siyasi parti sistemi ve Federal Meclisi'nin kompozisyonu ile Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülkelerden ayrılmaktadır. İsviçre Konfederasyonu'nun çok kültürlü ve dilli olan sosyo-ekonomik yapısı, federal düzeyde siyasal sistemini ve yasama organını da önemli ölçüde etkilemektedir. İsviçre'de federal yönetim yasama organı merkezli olduğundan ve yürütme organının yasama organının bir tür icrai kurulu olmasından dolayı Konfederasyon'un yönetiminde siyasi partiler ön plana çıkmakta ve yürütme organı olan Federal Konsey, modern anlamda oluşumundan itibaren en büyük dört siyasi partinin koalisyonu şeklinde tezahür etmektedir. Bu sebepten dolayı siyasi partiler, ülke yönetiminin ana unsurlarından biridir ancak Konfederasyon'un kendine has siyasi yaşamında etki ve itibarları zayıftır. Zira ülkede siyasi yaşam, tamamen siyasi partilere bağımlı olarak şekillenmemektedir.

Buna göre, hazırlanan bu çalışmada ilk olarak İsviçre'de federal düzeydeki siyasi parti sistemi genel olarak incelenecektir. Bu kapsamda, İsviçre'nin siyasi ve sosyo-ekonomik görünümü, federal düzeydeki siyasi partilerin genel hukuki özellikleri, siyasal sistemdeki yerleri, diğer Avrupa ülkelerinden ayrılan yanları ve siyasal sistemdeki zayıflıklarını ortaya koyan faktörler ele alınacaktır. Devamında ikinci bölümde, İsviçre'de günümüzdeki siyasi partiler ve İsviçre Federal Meclisi'nin mevcut siyasi görünümü incelenecektir. Bu kapsamda İsviçre'deki siyasi kanatlar ve politikaları, İsviçre Federal Meclisi'nin kompozisyonu, son seçimler olan 2019 Seçimlerinin ardından Parlamento'nun her iki kanadında temsil

eden en büyük 5 siyasi partinin [SVP (İsviçre Halk Partisi), SP (İsviçre Sosyal Demokrat Partisi), FDP (Radikal-Liberal Parti), The Centre (Merkez Parti), The Greens (İsviçre Yeşiller Partisi)] kısa tarihçesi ve politikaları ele alınacaktır. Ardından İsviçre Federal Meclisi'nde yer alan parlamento grupları ve Federal Konsey'in kompozisyonu ele alınacaktır. Nihayetinde İsviçre'deki mevcut siyasi parti sistemi, kantonal düzey ele alınmaksızın federal düzeydeki haliyle yansıtılacak ve bir sonuca ulaşılabilecektir.

Anahtar Kelimeler: İsviçre siyasi parti sistemi, İsviçre'de mevcut siyasi partiler, İsviçre Konfederasyonu hükümet sistemi, İsviçre Federal Meclisi'nin kompozisyonu, İsviçre Federal Konseyi'nin kompozisyonu.

POLITICAL PARTY SYSTEM IN THE SWISS CONFEDERATION AND CURRENT OUTLOOK

ABSTRACT

This study deals with the political party system in the Swiss Confederation at the federal level, which have not been discussed and studied in Turkish legal doctrine and which have remarkable differences from the countries of Continental Europe in terms of their nature, and the current political party appearance in Switzerland. The Swiss Confederation, which has an important place in comparative law with both its governmental system and its federal structure, differs from the countries with the Continental European legal system with its political party system and the composition of the Swiss Federal Assembly. The multicultural and multilingual socio-economic structure of the Swiss Confederation also significantly influences its political system and legislative body at the federal level. Since the federal administration in Switzerland is centered on the legislative branch and the executive branch is a kind of executive board of the legislature, political parties come to the fore in the administration of the Confederation. And the Federal Council, which is the executive body, appears as a coalition of the four largest political parties since its formation in the modern sense. For this reason, political parties are one of the main elements of the country's administration but their influence and prestige in the peculiar political life of the Confederation are weak. Because political life in the country is not completely dependent on political parties.

Accordingly, in this study, the political party system at the federal level in Switzerland will be handled in general. In this context, the political

and socio-economic outlook of Switzerland, the general legal features of the political parties at the federal level, their place in the political system, the differences from other European countries and the factors revealing their weaknesses in the political system will be explained. The second part will handle the current political parties in Switzerland and the current political outlook of the Swiss Federal Assembly. In this context, the political wings and their policies in Switzerland, the composition of the Swiss Federal Assembly, the brief history and policies of the 5 largest political parties [SVP (Swiss People's Party), SP (Swiss Social Democratic Party), FDP (The Liberals), The Centre, The Greens (Swiss Green Party)] representing both houses of Parliament after the last 2019 Elections, will be explained. Then, the parliamentary groups in the Swiss Federal Assembly and the composition of the Federal Council will be handled. As a result, the current political party system in Switzerland will be made unveiled in its federal level without handling the cantonal level, and the work will be concluded.

Keywords: Swiss Political Party System, Existing Political Parties in Switzerland, Governmental System of The Swiss Confederation, The Composition of the Swiss Federal Assembly, The Composition of The Swiss Federal Council.

GİRİŞ

Kıta Avrupası hukuk ve siyasal sistemlerinden ayrışan özellikleriyle Anayasa hukuku ve siyaset bilimi alanlarında oldukça önemli bir yere sahip ve dikkat çekici bir örnek olan İsviçre Konfederasyonu, siyasi görünümünde parçalı yahut geniş spektrumlu bir yapıdadır. Bundaki en önemli etken ise İsviçre'nin çokkültürlü, çok dilli ve geniş siyasi-ekonomik ve sosyal spektrumlu uluslararası kuruluşlara sahip olmasıdır. Ülkedeki kanton denilen federe devlet benzeri yapılanmaların bir kısmı (nüfusun yaklaşık yüzde 23'ü) Fransızcanın ağırlıkla konuşulduğu Fransız kültürü etkisindedir. Ülkedeki kantonların çoğunluğu (nüfusun yaklaşık yüzde 62'si) Almanca'nın ağırlıkla konuşulduğu Alman kültürü etkisindedir. Yine ülkedeki kantonların küçük bir kısmı (nüfusun yaklaşık yüzde 8'i) İtalyanca'nın ağırlıkla konuşulduğu İtalyan kültürünün etkisindedir. Nüfusun kalan yüzde 7'si ise yüzde 1'i Romanslardan oluşmak üzere bu üç kültürün de dışından kişilerden oluşmaktadır.

Ayrıca İsviçre'de, pek çok uluslararası örgüt ve kuruluşun genel merkezi veya geniş ölçekli merkezleri ile yine çok sayıda çokuluslu ticari müessese yahut şirket ve tüm dünyadan öğrenci kabul eden itibarlı eğitim kurumları bulunmaktadır. Bu durum ülke ekonomisini oldukça

güçlü ve kalkınmış hale getirmektedir. İlaveten, ülkede tarihsel, siyasi ve ekonomik açıdan dalgalanma oldukça azdır. Birbirinden oldukça farklı özelliklere sahip olan federe devlet statüsünde denilebilecek kantonlar, kendi iradeleriyle Konfederasyon'u oluşturmuşlar ve federal yönetim konusunda yarışmacı politika izlememektedirler. Refah seviyesi oldukça yüksek olup demokrasi kültürü yaygınlaşmış ve nüfusu ile toprakları itibarıyla oldukça küçük olan ülkede esas yönetim kantonlara dağılmıştır. Bu yapı elbette ki siyasi yaşama oldukça yansımaktadır.

Bu kapsamda çalışmanın esas konusu, İsviçre Konfederasyonu'nda siyasi parti sistemini ve Parlamento'nun kompozisyonu ile Parlamento kaynaklı yürütme organını federal düzeyde ele alarak incelemektedir. Bu sebeple kantonal düzeydeki siyasi partiler ve kantonal parlamentolar ile kantonal yönetimlerdeki siyasi partiler, bu çalışmanın sınırlandırılması amacıyla çalışma konusu dışında bulunmakta ve incelenmemektedir.

GENEL OLARAK İSVİÇRE'DE SİYASİ PARTİ SİSTEMİ

İsviçre'de siyasi parti sistemi günümüzde parlamenter sistemlerdeki parti sistemlerinden bazı özellikleriyle ayrılmış durumdadır. Hanspeter ve Trechsel'e göre İsviçre'deki parti sistemi şu üç özelliği ile göze çarpmaktadır: 1) Parçalı Görünüm; 2) Göreceli İstikrar; 3) İlimli Sağ Partilerin Egemenliği. Kerr'e göre siyasi gücün dağılımı en eksiksiz anlamını son derece parçalanmış bir parti sisteminde bulmaktadır. Pek çok partiyi içinde barındıran bu parçalı görünümdeki sistem, temelini geniş sosyal ve kültürel çeşitlilikten, İsviçre Konfederasyonu'nun federal yapısı ve seçim sisteminin etkisinden almaktadır. Sistemdeki siyasi istikrar ise iyi işleyen kurumsal sistemin birleştirici gücü ve uzlaşmacı siyasi kültürün bir sonucudur.¹ Çünkü hiçbir siyasi parti her iki mecliste de çoğunluğu oluşturacak güce sahip olamaz. Bununla birlikte aşağıda detaylıca inceleneceği üzere İsviçre'de yürütme organı olan ve Federal Konsey olarak adlandırılan hükümet, büyük partilerin bir çeşit koalisyonu sonucu kurulur ve bu koalisyon keskin bir iktidar ve muhalefet ayrımı ile çevrelenmez. Siyasi uzlaşma kültürü, ağırlığını hem hükümette hem de yasama organında hissettirir.²

Sartori'ye göre ise federal seviyedeki İsviçre Parti Sistemi ilimli çoğulculuk kategorisine mükemmel bir örnek teşkil etmektedir. Çünkü Sartori'ye göre eğer bir parti yerel yani kantonal veya federal hükümet koalisyonlarında dikkate alınırsa yahut doğrudan demokrasi araçlarıyla

[1] Kriesi, Hanspeter & Trechsel, Alexander H. "The Party System", in The Politics of Switzerland: Continuity and Change in a Consensus Democracy, Cambridge University Press, October 2008, s. 84-85, 88.

[2] Kriesi & Trechsel, s. 85; The Swiss Confederation a brief guide, https://www.bk.admin.ch/dam/bk/en/dokumente/komm-ue/buku2022/bund_kurz_erklaert_2022.pdf.download.pdf/BUKU%202022_EN_web.pdf (Erişim tarihi: 02.12.2022), s. 26, 36.

bir hükümet veya yasama organı kararını veto etmede rol oynarsa küçük bir parti olsa dahi etkin ve önemli sayılır.³

İsviçre’de vatandaşlara sağlanan doğrudan demokrasi hakları vatandaşların siyasi karar alma sürecine doğrudan erişimini sağlarken partilerin göreceli gücünü çıkar gruplarına kıyasla büyük oranda zayıflatmaktadır. İsviçre’deki siyasi partiler aslında, aktif vatandaşlara diğer ülkelerdeki partilere kıyasla daha fazla bağımlıdır. Bu durum klasik demokratik teori ile birlikte anlam kazanmaktadır zira, doğrudan demokrasilerde tüm halkı etkilemek ve yönlendirmek; temsili demokrasilerde bir yetkiliyi etkilemek veya yozlaştırmaktan çok daha zordur.⁴ Bununla birlikte, sadece örgütlü sermaye sınıfı değil aynı zamanda örgütlü iş gücü sınıfı dikkate alındığında İsviçre siyasi partileri, bu çıkar gruplarından çok daha az bağımsızdır. Çünkü özellikle işgücü sınıfı, halk inisiyatifleri, referandumlar ve bireysel adaylara özgülenmiş seçim kampanyalarındaki kişisel tercihe dayalı oylama sistemi yoluyla siyasi karar alma süreçlerine doğrudan katılmaktadır.⁵

Aynı zamanda İsviçre’de siyasi partilere kamusal bir finansman sistemi öngörülmemiştir. Yani siyasi partilerin finansmanı kendi üyeleri ve dışarıdan gelen bağışlara bağlıdır. Kamusal finansman yokluğu sebebiyle İsviçre siyasal yaşamı kişisel kampanya katkılarına bağlıdır. Üyelik aidatları genellikle yerel parti teşkilatına ödenir ve bu aidatların ancak bir kısmı kantonal ve ulusal parti teşkilatlarına kadar ulaşır. Ulusal ve kantonal partiler daha çok dış bağışçılara, üyelerinin gönüllü katkılarına ve kamu görevlerindeki yardımlarına bağlıdır. Kantonal teşkilatlar için ulusal parti örgütünün önemi, kısmen ulusal parti örgütünün kanton birimlerinden aldığı kaynakların oranına yansır. Çünkü kantonlar ulusal seçimler için seçim bölgesidir. Bu durum ulusal partileri zayıflatır çünkü kantonal teşkilatlar kendi adaylarını belirler ve kendi kampanyalarını düzenler. Ulusal partiler yalnızca bu kampanyaları koordine eder. Bu sebeple ulusal seçimler aslında kantonlarda gerçekleşir ve bu da kantonal teşkilatların önemini artırır.⁶ Bu durumda İsviçre’de diğer Avrupa ülkelerine kıyasla nispeten zayıf ulusal siyasi partiler görülmekte ve kantonal düzeyin özerkliği, ulusal parti teşkilatlarını merkezileşmemiş yapılar halinde örgütlenmeye zorlamaktadır. Buna göre büyük partiler

[3] Kriesi & Trechsel, s. 85.

[4] Erne, Roland / Schief, Sebastian. “Strong Ties between Independent Organizations: Unions and Political Parties in Switzerland”, in *Left-of-Centre Parties and Trade Unions in the Twenty-First Century* edited by Elin Haugsgjerd Allern and Tim Bale, Oxford University Press, 2017, s. 230.

[5] Erne & Schief, s. 230.

[6] Ladner, Andreas / Mathys, Laetitia. “Political Parties in Federalist Systems: Canada and Switzerland compared”, ECPR 2015 (Paper presented at the 2015 ECPR General Conference in Montreal, August 26 to 29), https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_FA8FC905278B.P001/REF (Erişim Tarihi: 20.12.2022), s. 10.

hemen hemen tüm kantonlarındaki kantonal teşkilat şubelerinden oluşmakta ve bu kurumsal koşullar, ulusal düzeyde güçlü ve merkezi parti örgütlerinin gelişmesine mâni olmaktadır.⁷

İsviçre’de siyasi parti mensupları ve politikacılar aslında profesyonel olarak siyaset bilimiyle uğraşmamaktadır. İsviçre’de tıpkı Fransa’da da olduğu gibi genel oy hakkı siyasi parti teşkilatlarının kurulmasından önce getirilmiştir. Siyasi parti örgütlenmelerinin yokluğunda yerel seçkinlerin etkileşim ağları, kitlelerin temsili için bir araç görevi görmüştür. Profesyonel olmayan politikacılardan oluşan ve ‘milis sistemi’ olarak da adlandırılabilen bu sistem siyasi partilerin örgütsel olarak zayıflığının sürmesine ve günümüze kadar gelmesine katkıda bulunmuştur.⁸ Buna göre İsviçreli politikacılar gönüllü veya yarı zamanlı olarak çalışırlar. Parti teşkilatlarının profesyonelleşmesi son yıllarda ilerleme kaydetse de bu ilerleme Avrupa’daki emsalleriyle kıyaslandığında oldukça azdır. Bu kapsamda özellikle son yıllarda parti teşkilatları, takviye çalışan alımlarında sorunlar yaşamakta ve milis sisteminin bir parçası olan kantonal meclis ve komitelerde birçok kadrosunu doldurmakta zorlanmaktadır. Bunda partilerin halk arasındaki düşük prestijinin de etkisi vardır. Bu durumun oluşmasında ise sermaye ve iş gücü sınıflarının temsilcilerinin, İsviçre’deki doğrudan demokrasi araçlarını yetenekli şekilde lehlerine kullanmaları ve siyasi partilerin kendilerinin sahip olduğu finansmana sahip olmamasının payı büyüktür.⁹ Siyasi partilerle aynı şekilde İsviçre Parlamentosu da milis sistemine uygun şekilde yarı profesyonel politikacılardan oluşmaktadır. Profesyonel mesleki faaliyetlerine devam eden politikacılar, parlamentodaki tartışmalara uygulamalı şekilde uzmanlıklarını taşımakta ve bu, onları kamuoyu için daha donanımlı ve erişilebilir kılmaktadır.¹⁰

Sonuç olarak İsviçre’de siyasi parti sistemi, diğer Avrupa ülkelerine göre devlet ve toplum düzeninde zayıf bir pozisyonundadır. Siyasi partiler, görece küçük; sınırlı finansal kaynaklara sahip, profesyonel bir parti teşkilatına sahip olmayan; merkezileşmemiş ve hiyerarşik bir görünüm arz etmeyen ve parti içi ilişkilerde homojen olmayan bir yapıdadır.¹¹ İsviçre siyasi sisteminde partilerin zayıflığı şu faktörlerle açıklanabilir:

a) ‘Sosyal, kültürel, ekonomik ve demografik çeşitlilik’, partileri büyük entegrasyon sorunları ile karşı karşıya bırakmaktadır.

b) ‘Ülkenin küçük olması’, parti teşkilatlanmalarında işe alımları

[7] Ladner & Mathys, s. 8.

[8] Kriesi & Trechsel, s. 90.

[9] Kriesi & Trechsel, s. 90-92; Erne & Schief, s. 244.

[10] The Swiss Confederation a brief guide, s. 40.

[11] Ladner & Mathys, s. 16.

ve takviye eleman potansiyelini azaltmakta ve bu durum profesyonelleşmemiş milis sistemini desteklemektedir.

c) '*Siyasi manzaranın belirgin şekilde adem-i merkezîyetçi olması*', güçlü federalizm ve kantonlarla belediyelerin özerkliğiyle birlikte, güçlü ve merkezi parti oluşumlarını önlemektedir.

d) '*Siyasi sistemin oldukça parçalı bir görünüm arz etmesi*', İsviçre Konfederasyonu'nun 26 kanton ve yaklaşık 2300 belediyeden oluşmasının bir sonucudur. Bu da, kantonal ve yerel parti örgütlerinin belli bir seçim bölgesinde asgari bir büyüklüğe ulaşmasını engellemekte ve sonuçta çeşitli düzeylerde pek çok partinin bulunmasına yol açmaktadır.¹²

GÜNÜMÜZDEKİ SİYASİ PARTİLER VE İSVİÇRE FEDERAL MECLİSİ İLE FEDERAL KONSEY'İN MEVCUT SİYASİ GÖRÜNÜMÜ

Günümüzde İsviçre'de siyasi partiler iki boyutlu bir alana yerleşen ve sağ çoğunluklu üç kanat halinde yapılanmıştır. İlk boyut, sağ ve sol arasındaki klasik muhalefettir. Sol partiler, sosyal refah devletini; çalışanların çıkarlarının korunmasını; kamu hizmetlerini; ekonomik regülasyonları ve barışçıl politikaları savunurken sağ partiler, ekonomik liberalizmi; bireysel özgürlüklerin artırılarak hem bireylere hem de ekonomiye devletin müdahalelerinin azaltılmasını; işveren ve sermaye sınıfının çıkarlarının korunmasını; bütçe disiplinini ve güçlü ulusal savunma politikalarını savunmaktadır.¹³ İkinci boyut ise sosyal ve kültürel olarak daha açık bir İsviçre'yi savunanlar ile daha geleneksel bir İsviçre'yi savunanlar arasındaki kültürel muhalefettir.¹⁴ Bu boyutlar çerçevesinde siyasi partiler, sol, sağ ve daha çok sağa yakın merkez kanat olarak konumlanmıştır. Ancak parlamentonun çoğunluğunu uzun bir süredir istikrarlı şekilde sağ ve merkez-sağ partiler oluşturmaktadır.¹⁵

İsviçre Federal Meclisi'nin parti yelpazesi genellikle aşağıda belirtilecek dört büyük parti ve onların yanındaki küçük partilerden oluşmaktadır. Ancak son seçim olan 2019 seçimlerinde dört büyük partinin yanında görüş ayrılıkları bulunmasına rağmen iki yeşiller partisi de büyük bir başarı elde etmiştir. 2019 seçimlerine göre parlamentonun Ulusal Meclis kanadında 12; Kantonlar Meclisi'nde 5 ve Federal Konsey olan hükümette 4 parti temsil edilmektedir.¹⁶ Son seçimlere göre İsviçre Federal Meclisi'ndeki parti yelpazesi; oy oranları, partilerin iki meclisteki

[12] Ladner & Mathys, s. 17.

[13] Kriesi & Trechsel, s. 96; The Swiss Confederation a brief guide, s. 25.

[14] Kriesi & Trechsel, s. 96.

[15] Kriesi & Trechsel, s. 97-98; SWI swissinfo.ch, The Swiss political system: Political parties, <https://www.swissinfo.ch/eng/political-parties/29288918> (Erişim Tarihi: 25.12.2022); The Swiss Confederation a brief guide, p. 25.

[16] The Swiss political system: Political parties; The Swiss Confederation a brief guide, s. 26.

üye sayıları ve Federal Konsey'deki kontenjanları şu şekildedir:¹⁷

PARTİ ADI	OY	ULUSAL MECLİS	KANTONLAR KONSEYİ	FEDERAL KONSEY
SVP (İsviçre Halk Partisi)	%25,6	53	6	2
SP (İsviçre Sosyal Demokrat Partisi)	%16,8	39	9	2
FDP (Radikal-Liberal Parti)	%15,1	29	12	2
The Centre (Merkez Parti) Bu parti 2020 yılında CVP (Hristiyan Demokrat Parti) ile BDP (Muhafazakar Demokrat Parti) 'nin birleşimi ile kurulmuştur.	%13,8	28	13	1
The Greens (İsviçre Yeşiller Partisi)	%13,2	28	5	-
GLP (İsviçre Liberal Yeşiller Partisi)	%7,8	16	-	-
EVP (İsviçre Evanjelik Partisi)	%2,1	3	-	-
Ayrıca oy oranları %1 ve altında olan ve sadece Ulusal Meclis'te bir üyeye temsil edilen 4 siyasi parti daha vardır: EDU (Federal Demokratik Birlik; Lega/LdT (Ticinesi Halk Birliği); PdA (İsviçre İşçi Partisi) ve EaG (Sol Birliği)		4 (Toplam)	-	-

Bu partilerden parlamentonun her iki kanadında da temsil edilen büyük beşi aşağıda kısaca açıklanacaktır:

SVP: İsviçre Halk Partisi sağ kanatta, 1971'de kurulmuş olup 1990'lı yıllardan beri parlamentoda temsil edilmektedir. Christoph Blocher liderliğinde hızlı bir yükselişe geçen parti 2003 yılından beri parlamentoda her ne kadar üye tamsayısının çoğunluğuna ulaşamasa da en büyük ve en çok üyeye sahip parti konumundadır. 2003 yılındaki seçimlerle birlikte Federal Konsey'deki ikinci bakanlık kontenjanını da elde eden parti, 2007 yılında parlamentoda Blocher yerine Eveline Widmer-Schlumpf'ın Federal Konsey'e seçilmesiyle lider değiştirmesine; lider değişimiyle birlikte bazı parti üyelerinin ayrılarak BDP'yi (Muhafazakâr Demokrat Parti) kurmasına ve 2019 seçimlerinde oy kaybetmesine rağmen ülkede, parlamentoda ve sağ kanatta en büyük parti olma özelliğini korumuştur. Parti göç ve mültecilere, Avrupa Ekonomik Alanı'na üyeliğe ve dış politika açılımlarına karşı politikalarıyla öne çıkmaktadır.¹⁸

[17] The Swiss political system: Political parties; The Swiss Confederation a brief guide, s. 26-27.

[18] The Swiss political system: Political parties; Kriesi & Trechsel, s. 92; The Swiss Confederation a brief guide, s. 49.

SP: İsviçre Sosyal Demokrat Partisi sol kanatta resmi olarak 1888’de iş gücü sınıfının haklarını korumak amacıyla kurulmuş, 1970’li yıllara gelindiğinde ise uzlaşma arayan sağ kanat partileri ile yeni muhalif eğilimler (ekolojistler, pasifistler, feministler) arasında bir bölünme yaşamıştır. Daha sonraları özellikle zenginleri ve bankaları hedef alan söylem ve politikalarıyla büyük sermayelere karşı mücadelesini yeniden başlatmış, 1990’lı yıllara gelindiğinde Avrupa entegrasyonunu savunan politikalarıyla parlamentoda en büyük parti konumuna ulaşmıştır. 2019 yılındaki seçimlerde oy kaybetmesine ve parlamento üyeliklerinin bir kısmını Yeşiller Partisi’ne kaptırmasına rağmen, 2003 yılından beri ülkede ve parlamentoda en büyük ikinci parti olma, sol kanatta ise en büyük parti olma özelliğini korumaktadır. Parti aynı zamanda uzun yıllardır Federal Konsey’de iki üye kontenjanına sahiptir.¹⁹ Buna rağmen, İsviçre Sosyal Demokrat Partisi önderliğindeki İsviçre sol kanadının Batı Avrupa’daki en zayıf sol kanat olduğu söylenebilir zira Katolik iş gücü sınıfı arasındaki güçlü dinsel bağlar ve iş gücü sınıfındaki Katolik blok örgütlerinin karşı seferberlikleri sebebiyle sol hareket, en başından beri dezavantajlıydı. Aynı zamanda işçi seferberliğinin İsviçre’de doğmaya başladığı 19. yüzyılın ikinci yarısında bu alan, halihazırda sol hareketin rakipleri olan Katolik örgütler ve Demokratlar tarafından çoktan işgal edilmişti.²⁰

FDP: Sağ kanatta ancak merkeze yakın yer alan Radikal-Liberal Parti, 1848’de İsviçre’nin modern bir federal devlet olarak kurulmasından günümüze kadar kesintisiz şekilde parlamentoda ve Federal Konsey’de temsil edilen ve siyasi sistemde 1919’a kadar hegemonya kuran Radikal Parti²¹ ile 1913’te kurulan ve Radikal Parti’nin daha sağdaki kanadı sayılabilecek küçük bir parti olan Liberal Parti’nin, 2009 yılında birleşmesiyle kurulmuştur. Parti, Radikal Parti zamanından beri bireysel özgürlükleri ve devlet müdahalesinin asgari düzeyde tutulduğu liberal ekonomik sistemi benimseyen politikalarıyla öne çıkmaktadır. Partinin büyük öncülü olan Radikal Parti zamanında ise, İsviçre’nin nev-i şahsına münhasır yapısını güçlü olarak savunmasına rağmen 1990’lı yıllardan itibaren bu politikasından vazgeçmiş ve ekonomik gerekçelerle İsviçre’nin Avrupa Birliği’ne üyeliğin daha hafif bir versiyonu olan Avrupa Ekonomik Alanı’na üyeliğini desteklemiştir. Günümüzde parti, oy ve parlamento üyeliklerinin bir kısmını Liberal Yeşiller Partisi’ne kaptırmasına rağmen 2003 yılından beri sağ kanatta ikinci, parlamentodaki üçüncü büyük parti olma özelliğini korumaktadır. Aynı

[19] The Swiss political system: Political parties; Kriesi & Trechsel, s. 87; The Swiss Confederation a brief guide, s. 49.

[20] Kriesi & Trechsel, s. 87, 89.

[21] Kriesi & Trechsel, s. 88; The Swiss political system: Political parties.

zamanda Federal Konsey’de iki üyelik kontenjanına sahiptir.²²

The Centre: İsviçre siyasi parti sisteminde merkez kanatta fakat sağa yakın olarak konumlanan Merkez Parti, 2020 yılının sonunda köklü ve büyük bir parti olan CVP (Hristiyan Demokrat Parti) ile 2008 yılında SVP (İsviçre Halk Partisi) ’den ayrılanların kurduğu BDP (Muhafazakâr Demokrat Parti)’nin birleşmesiyle kurulmuştur.²³ Fransız kültürünün ağırlıkta olduğu İsviçre’nin batısındaki Katolik kantonlarda kurulan ve güçlü şekilde yerleşen Hristiyan Demokrat Parti, 1891’de Federal Meclis ve Federal Konsey’de Radikallerin hegemonyasını kıran ilk parti olmuştur. Akabinde Federal Konsey’de iki üye kontenjanına sahip olmuş ve bunu uzun yıllar devam ettirmiştir. Parlamentoda güçlü şekilde temsil edilen parti, 1980’li yıllarda toplumsal hareketliliğin artması ve toplumun daha fazla tüketime dayalı hale gelmesiyle eski gücünü ve seçmenlerini kaybetmeye başlamıştır. 1995 yılında parlamentoda en büyük üçüncü parti olan parti, 1999’da İsviçre Halk Partisi’nin seçimlerde kendisini geçmesi ve daha çok üyelik kazanmasıyla dördüncü sıraya gerilemiş; 2019’daki seçimlerde ise Yeşiller Partisi’nin de gerisinde kalarak parlamentoda beşinci sıraya düşmüştür. Hristiyan Demokratların Federal Konsey’deki üye kontenjanı ise 2003 yılından itibaren teke düşmüştür. Ancak 2020 sonunda parlamentoda grup kuramayan Muhafazakar Demokrat Parti ile birleşme sonucu Merkez Parti’nin kurulmasıyla birlikte parlamentoda dördüncü büyük parti olma özelliğini geri kazanmıştır.²⁴ Kültürel ve dini konularda Katolisizm yanlısı muhafazakar pozisyonunu sürdüren parti, geleneksel olarak liberal ekonomi politikasının ana esaslarını desteklemektedir. Aynı zamanda belirli sosyal politikaların uygulanmasını ve ailelerin desteklenmesini savunmaktadır.²⁵

The Greens: İsviçre siyasi parti sisteminde sol kanatta yer alan ve en büyük ikinci sol parti olan İsviçre Yeşiller Partisi, ulusal parti olarak 1983’te kurulmuş ve akabinde 1987’de, Ukrayna’daki Chernobyl ve İsviçre’nin Basel şehri yakınlarındaki Schweizerhalle facialarının ardından seçmen kazanmaya ve İsviçre Sosyal Demokrat Partisi ile yarışmaya başlamıştır.²⁶ 1992’de Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası ve Avrupa Ekonomik Alanı’na üyeliğe karşı çıkan partide Avrupa entegrasyonu hususunda iç bölünmeler baş göstermiş ve parti oy kaybetmiştir. 1995’ten itibaren parti, bir protesto partisinden ziyade ekolojik ve sosyal politika konularını uzlaştırmaya çalışan reformist bir

[22] The Swiss political system: Political parties; The Swiss Confederation a brief guide, s. 49.

[23] The Swiss political system: Political parties; The Swiss Confederation a brief guide, s. 27.

[24] Kriesi & Trechsel, s. 89; The Swiss political system: Political parties; The Swiss Confederation a brief guide, s. 27, 49.

[25] Kriesi & Trechsel, s. 86; The Swiss political system: Political parties.

[26] Kriesi & Trechsel, s. 87, 93; The Swiss political system: Political parties.

sol parti haline gelmiş ve Avrupa entegrasyonu konusundaki tutumunu değiştirerek AB üyeliği için müzakereleri desteklemeye başlamıştır. İklim değişikliği için artan endişeler ve çevre için başlatılan gençlik seferberliği neticesinde 2019 yılındaki seçimlerde parti, büyük bir atılım yaşayarak ülke geneli oylarda ve parlamentoda en büyük dördüncü parti konumuna gelmiştir. Ancak Merkez Parti'nin kurulması ile parlamentoda en büyük beşinci parti konumuna gerilemiştir.²⁷

İsviçre Federal Meclisi'nde hiçbirinin parlamento çoğunluğuna ulaşamadığı, Ulusal Meclis'te daha aktif, Kantonlar Konseyi'nde ise görece daha pasif tutum sergileyen altı parlamento grubu bulunmaktadır. En az beş üyeden oluşması gereken bu parlamento grupları siyasi, sosyal veya ekonomik olarak birbirine yakın görüş ve politikalara sahip parti milletvekilleri ve/veya bağımsız milletvekillerinden oluşmakta ve parlamento çalışmalarında siyasi partilerden daha aktif bir rol oynamaktadır. Ayrıca parlamentodaki komitelere üyelik için parlamento gruplarına üyelik bir ön koşul olup, komitelerdeki sandalye dağılımı parlamento gruplarının üye sayısına göre belirlenmektedir. 2019 seçimlerine göre İsviçre Parlamentosu'ndaki gruplar, oluşturan partiler ve iki meclisteki toplam üye sayıları şu şekildedir:

- İsviçre Halk Partisi Grubu: SVP+Lega+EDU+ 1 Bağımsız = 62
- Sosyal Demokrat Grup: SP = 48
- Merkez Grup: The Centre+ EVP = 44
- Radikal-Liberal Grup: FDP = 41
- Yeşiller Grubu: The Greens+ PdA+ EaG = 35
- Liberal Yeşiller Grubu: GLP = 16

İsviçre'nin kolejyal yürütme organı olan Federal Konsey'in kompozisyonu bir tür centilmenlik anlaşmasına göre belirlenir. Konfederasyon Anayasasınının 175. maddesi gereği konsey üyeleri ülkenin coğrafik ve kültürel bölgelerini adil biçimde temsil edecek şekilde seçilirler. Bu hüküm uygulamada şu şekilde anlaşılmaktadır: Konsey üyeleri çok kültürlü(multicultural) ve çok dilli(multilingual) yapıda olan İsviçre'nin hem nüfus, hem dil hem de kültürel özellikleri farklı olan kantonlarını adil şekilde temsil edecek şekilde belirlenir. Örneğin 2022 yılındaki Konseyde, ülke nüfusunun %62'sini oluşturan, Alman kültürüne sahip ve Almancanın ağırlıkla konuşulduğu kantonlardan 4; ülke nüfusunun %23'ünü oluşturan, Fransız kültürüne sahip ve Fransızcanın ağırlıkla konuşulduğu kantonlardan 2; ülke nüfusunun

[27] The Swiss political system: Political parties; The Swiss Confederation a brief guide, s. 27.

%8'ini oluşturan, İtalyan kültürüne sahip ve İtalyancanın ağırlıkla konuşulduğu kantonlardan 1 üye bulunmaktadır. Aynı zamanda en yüksek nüfusa sahip kantonlardan Zürih, Bern ve Vaud'dan da birer üye bulunmaktadır.

Bunların haricinde Konsey'in kompozisyonunda, Federal Meclis'teki siyasi partilerin de arasında bir centilmenlik anlaşması bulunmakta ve bu partilerin bir bakıma ağırlıkları oranında bir dağılım vardır. Mevcut kompozisyonda, İsviçre Halk Partisi'nden 2, İsviçre Sosyal Demokrat Partisi'nden 2; Radikal-Liberal Parti'den 2 ve Merkez Parti'den 1 üye bulunmaktadır. Merkez Parti'nin tek üyesi bulunmasına karşın, siyasi partiler arası centilmenlik anlaşmasına göre Konsey'in genel sekreteri/ idari işler başkanı (*federal chancellor*) da Merkez Parti'den seçilmiştir. Konsey'de kararlar koleyjal olarak alındığından ve Konsey'in İsviçre Federal Meclisi'ne karşı siyasi sorumluluğu bulunmadığından, Konsey üyelerinin yalnızca istifa veya yargı kararı ile görevleri sona erebilir ve Konsey, en büyük dört siyasi parti arasında tam bir siyasi konsensüse dayalı koalisyon hükümeti şeklinde tezahür eder. Buna göre yürütme kudretinde siyasi çoğunluk/iktidar ayrımı bulunmaz.²⁸

SONUÇ

Sonuç olarak bu çalışma, Türk doktrininde oldukça az ele alınan veya farklı eserlerde münferiden kısaca değinilen İsviçre Konfederasyonu'nda siyasi parti sistemi ve Federal Meclis kompozisyonuna hasredilmiştir. Bu kapsamda, önce genel olarak siyasi parti sistemi; ardından mevcut siyasi partilerden başlıcaları, Parlamento'nun mevcut kompozisyonu ve Parlamento grupları kısaca ele alınmış; en son olarak siyasi parti sisteminin bir parçası olan, İsviçre'nin yasama organı kaynaklı yürütme organı Federal Konsey açıklanmaya çalışılmıştır.

Nihayetinde, yukarıda açıklanmaya çalışılan İsviçre siyasi parti sistemi, diğer Avrupa ülkelerinden farklı özellikler barındıran; seçimlerde birbirlerine karşı üstünlük kazanan ancak yönetmeyen ve parlamento faaliyetlerinde egemen olamayan partilerden oluşan; en büyük dört partinin meclise karşı sorumlu olmayan bir koalisyon hükümeti oluşturduğu; Federalizm ve İsviçre'nin parçalı siyasi-sosyal-ekonomik-kültürel ve demografik yapısından oldukça etkilenen kendine özgü bir sistemdir. Yine İsviçre Parlamentosunda keskin bir azınlık-çoğunluk; iktidar-muhalefet ayrımı olmadığından kararlar konsensüsle alınır ve siyasi partiler uzlaşmacı ve yapıcı politikalar izlemektedirler. Federal Konsey'in de yukarıda belirtildiği üzere dört büyük siyasi parti

[28] Gülsün, Ramazan. "İsviçre Hükümet Sistemi", *International Journal of Legal Progress*, Cilt: 2, Sayı 2, Yıl: 2016, s. 145; Köken, Enes. "İsviçre'de Hükümet Sistemi", *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 3, Yıl: 2018, s. 1365-1366; The Swiss Confederation a brief guide s. 50-51.

arasındaki bir tür centilmenlik anlaşmasına göre seçilmesi sebebiyle istikrarla karakterize olan bu sisteme 'sihirli formül' benzetmesi de yapılmaktadır.²⁹

İsviçre siyasi parti sisteminin bu karakteristik özelliklerinde, özellikle de istikrarında, İsviçre Konfederasyonu'nun çok kültürlü ve dilli olan demografik ve sosyo-ekonomik yapısı; nüfusunun ve topraklarının az olması, kantonlardan oluşan federal yapısı ve doğrudan araçlarla yaygınlaşan demokrasi ile uzlaşılı kültürünün etkisi de muhakkaktır. Neticede ülke, Avrupa'daki diğer ülkelere kıyasla yakın zamanda tarihi, siyasi ve ekonomik olarak çok çalkantılar yaşamamış ve ülkedeki kantonlar kendi hür iradeleriyle Konfederasyonu oluşturmuşlardır. Bu sebeple de siyasi parti sisteminin nev-i şahsına münhasır şekilde Kıta Avrupası'ndaki diğer ülkelere karşı doğal karşılanabilir gözükmektedir.

KAYNAKÇA

- Ertürk, Ceren. "Seçim Sistemlerinin Yönetimde İstikrar ve Temsilde Adalet Üzerine Belirleyiciliği", Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Balıkesir, 2017.
- Gülsün, Ramazan. "İsviçre Hükümet Sistemi", *International Journal of Legal Progress*, Cilt: 2, Sayı 2, Yıl: 2016, s. 127-153.
- Köken, Enes. "İsviçre'de Hükümet Sistemi", *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 3, Yıl: 2018, s. 1341-1374.
- Kriesi, Hanspeter & Trechsel, Alexander H. "The Party System", in *The Politics of Switzerland: Continuity and Change in a Consensus Democracy*, Cambridge University Press, October 2008, s. 84-98.
- Ladner, Andreas & Mathys, Laetitia. "Political Parties in Federalist Systems: Canada and Switzerland compared", ECPR 2015 (Paper presented at the 2015 ECPR General Conference in Montreal, August 26 to 29), https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_FA8FC905278B.P001/REF (Erişim Tarihi: 20.12.2022).
- Roland, Erne & Schief, Sebastian. "Strong Ties between Independent Organizations: Unions and Political Parties in Switzerland", in *Left-of-Centre Parties and Trade Unions in the Twenty-First Century* edited by Elin Haugsgjerd Allern and Tim Bale, Oxford University Press, 2017, s. 226-245.
- The Swiss Confederation a brief guide, https://www.bk.admin.ch/dam/bk/en/dokumente/komm-ue/buku2022/bund_kurz_erklaert_2022.pdf.download.pdf/BUKU%202022_EN_web.pdf (Erişim Tarihi: 02.12.2022).
- The Swiss political system: Political parties, <https://www.swissinfo.ch/eng/political-parties/29288918> (Erişim Tarihi: 25.12.2022).
- Vurma, Miroslav. "Switzerland's Political System", *Studies in Social Sciences*, Volume: 9, (2013), No: 2, s. 61-78.

[29] Ertürk, Ceren. "Seçim Sistemlerinin Yönetimde İstikrar ve Temsilde Adalet Üzerine Belirleyiciliği", Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Balıkesir, 2017, s. 21-22; The Swiss Confederation a brief guide, s. 30,40,51.

**İDARE
HUKUKU**

TAM YARGI DAVALARINDA İSPAT YÜKÜ

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-5472-8967

azic@selcuk.edu.tr

ÖZET

Herhangi bir mahkemede belirli bir iddiada bulunup bundan kendi lehine sonuçlar çıkarmak isteyen tarafın, bu iddiasını kanıtlamak durumunda olmasına ispat yükü denir¹. İspat yükü belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda kural olarak vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usule ilişkin bir yüküdür².

Medeni Kanun'un 6. maddesine göre "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür". Yine aynı şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İspat Yükü başlıklı 190. maddesine göre de yine "ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir".

Bu konudaki genel kural Borçlar Kanunu'nun zararın ve kusurun ispatına ilişkin genel hükümleridir. Bu doğrultuda, tam yargı davalarında davacının hakkını ihlal eden olayı, yani idari davranışı, aradaki illiyet bağı ve varlığını iddia ettiği zararı ispat etme yükümlülüğü davacıya düşer³. Danıştay'ın konuya ilişkin genel yaklaşımının da bu şekilde olduğunu ifade etmek gerekir⁴.

İdarenin sorumluluk hallerinden biri olan kusurlu sorumluluk ihtimalinde, idarenin kusurunun varlığını ispat etmek de davacıya düşer. Ortada bir kusur karinesi varsa, bu durumda kusursuzluğunu ispat yükü idareye geçer⁵. Danıştay içtihatlarında kusur karinesine kural olarak yer verilmemektedir, Fransız Danıştay'ının kusur karinesine başvurduğu

[1] Şenlen Sunay, Süheyla. *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, İstanbul, Kazancı, 1997, s. 28.

[2] Yüksel Durmaz, Zeynep. "Vergi Hukukunda İspat ve Delil", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, *Gazi Üniversitesi (HBV) SBE*, 2010, s. 8.

[3] Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1966, Cilt: III, s. 1979-1980.

[4] D15D., E. 2013/13459, K. 2018/3300, K. T., 03.4.2018; D6D., E. 2018/9189, K. 2022/148 K. T. 06/01/2022; DİDDK., E. 2021/1308, K. 2022/1082, K. T. 30.03.2022; DİDDK., E. 2021/557, K. 2021/2241, K. T. 04.11.2021, (www.danistay.gov.tr, E. T. 05.5.2023).

[5] Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Seçkin, 14. Baskı, 2022, s. 676.

hallerde Danıştay kusursuz sorumluluğa gitme eğilimi göstermektedir⁶. Fransız Hukuku'ndaki gibi kusur karinesi uygulamasına gidilmesi durumunda, davacının ispat yükümlülüğü ortadan kalkacak ve bu yükümlülük davalı idareye geçecektir.

Kusursuz sorumlulukta ise zaten genel kural gereğince sadece idari davranış, zarar ve illiyet bağının ispat edilmesi gerekmektedir. Sosyal risk ilkesi çerçevesinde tazmin edilecek zararlar açısından illiyet bağı aranmadığı için bunun ispatına da gerek kalmamaktadır.

Tam yargı davalarındaki ispat yüküne ilişkin genel kuralın aksine, ülkemizde askeri kışlalarda meydana gelen ölümler konusunda, ölümün vazifeden kaynaklanmadığını ispat yükü davalı idare üzerinde olmaktadır⁷. Benzer şekilde, Fransız Hukuku'nda özellikle kişi hürriyetini kısıtlayıcı muamelelerde, yani cezaevi uygulamalarındaki olumsuz şartlar sebebiyle talep edilecek tazminatlar konusunda Fransız Danıştay, iddia sahibinin iddialarının ilgili idare tarafından çürütülmesini talep etmekte ve müspet bir gelişme sergilenmediği takdirde, idarenin tazminata mahkûm olacağına hükmetmektedir⁸.

Fransız Danıştay kamu görevlisine görev yerinde psikolojik baskı ve şiddet uygulanması iddialarıyla tazminat istemiyle açılan davalarda da benzer yönde karar vermekte ve bu anlamda mobbing uygulaması sayılabilecek durumlarda yine ispat yükünü davalı idareye aktarmaktadır⁹.

Ülkemizde ise Danıştay gerek cezaevlerindeki kötü koşullar sebebiyle zarar iddialarına ilişkin olarak açılan davalarda, gerekse mobbing davalarında, konuya genel olarak hizmet kusuru çerçevesinde yaklaşmakta ve ispat yükü açısından genel kurallar çerçevesinde hareket etmektedir¹⁰. Fakat Danıştay'ın bu iki konu açısından ispat yükü konusundaki katı tavrını nispeten yumuşatmakta olduğu ve söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin Danıştay kararlarındaki ispat yükünün tamamen davacıda olduğuna dair istikrarın, son yıllarda yerini görevin daha ziyade re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde mahkemede olduğu anlayışına bırakma eğilimi gösterdiği söylenebilir. Bu anlamda ciddi

[6] Karagöz, Emine Cin. "İdare Hukukunda Karine ve Varsayım", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi (HBV) SBE, 2016, s. 158.

[7] D11D., E. 2011/3388, K. 2014/2674, K. T. 05.05.2014, DD, S. 137, s. 16-19.

[8] Paillisse, Eric. "L'allègement de la charge de la preuve dans le contentieux des conditions indignes de détention", <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-allegement-de-charge-de-preuve-dans-contentieux-des-conditions-indignes-de-detention#comment-24935>, (E. T. 26.12.2022); CE, 21 Mart 2022, N 443986, www.legifrance.gouv.fr, (E. T. 05.5.2023).

[9] CE, 11 Temmuz 2011, No. 321225, www.legifrance.gouv.fr, (E. T. 05.5.2023).

[10] D10D., E. 2017/815, K. 2021/739, K. T. 24.02.2021; D10D., E. 2019/6560, K. 2020/5684, K. T. 03.12.2020; D10D., E. 2019/6774, K. 2021/5967, K. T. 03.11.2021, (www.danistay.gov.tr, E. T. 05.5.2023).

taraf iddialarının mahkemece değerlendirilmesi ve dava konusu olayın bir bütün olarak aydınlatılması suretiyle bir kanaate varılması, hatta yerine göre iddiaların aksinin idarece ispatı¹¹ gerektiği anlayışı kararlara yansımaktadır¹².

Anahtar Kelimeler: Tam yargı davası, İspat, İspat yükü, Kusur, Zarar.

THE BURDEN OF PROOF IN FULL LITIGATION

ABSTRACT

The burden of proof is that the party who makes a certain claim in any court and wants to draw conclusions in his favour must prove this claim. The burden of proof is a procedural burden that, as a rule, falls on the party claiming a fact as to whether a certain event has occurred or not.

According to Article 6 of the Civil Code, “Unless otherwise provided by law, each party is obliged to prove the existence of the facts on which he bases his right”. Similarly, according to Article 190 of the Code of Civil Procedure titled “Burden of Proof”, “the burden of proof, unless there is a special provision in the law, belongs to the party who draws a right in his favour from the legal conclusion attached to the alleged fact”.

The general rule in this regard is the general provisions of the Code of Obligations regarding the proof of damage and fault. Accordingly, the burden of proving the administrative behaviour, the causal link and the damage falls on the plaintiff in full remedy actions. It should be noted that this is also the general approach of the Council of State on the subject.

Concerning fault-based liability, it is up to the claimant to prove the fault of the administration. If there is a presumption of fault, it is up to the administration to prove the contrary. In the case of faultless liability, only the administrative behaviour, damage and causal link need to be proved in accordance with the general rule.

In French law, especially in cases of compensation claims for unfavorable conditions in prison practices and in cases filed for compensation for psychological pressure and violence against public officials in the workplace, the French Council of State requires the relevant administration to refute the allegations of the claimant and

[11] D2D., E. 2020/1124, K. 2020/3558, K. T. 17.12.2020, (www.danistay.gov.tr, E. T. 05.5.2023).

[12] D8D., E. 2012/5245, K. 2018/3740, K. T. 28.6.2018; D2D., E. 2020/1538, K. 2021/63, K. T. 06.01.2021; D2D., E. 2020/1868, K. 2020/3341, K. T. 11.11.2020, (www.danistay.gov.tr, E. T. 05.5.2023).

rules that the administration will be sentenced to compensation in the absence of a positive development.

In our country, the Council of State approaches the issue within the framework of fault of service and acts within the framework of general rules in terms of the burden of proof, both in lawsuits filed regarding damage claims due to bad conditions in prisons and in mobbing lawsuits.

However, it can be said that the Council of State moderates its strict stance on the burden of proof in terms of these two issues, and that the stability in the decisions of the Council of State regarding the said disputes, that the burden of proof is entirely on the plaintiff, has tended to leave its place to the understanding that the task is more in the court within the framework of ex officio investigation principle in recent years.

In this sense, the understanding that an opinion should be reached by evaluating serious party claims by the court and clarification of the case as a whole, and even the contrary of the claims should be proved by the administration, is reflected in the decisions.

Keywords: Full Judgement Action, Proof, Burden of Proof, Fault, Damage.

GİRİŞ

İdari uyuşmazlıklar konusunda, iptal davaları açısından olduğu kadar tam yargı davaları açısından da ispat yükü konusunda gerek hukuk sistemimizde gerekse Fransız hukukunda, çok istisnai birtakım örnekler haricinde, herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu dava açısından konu tamamen mahkeme içtihatlarıyla şekillenmektedir.

Tam yargı davaları açısından ispatın konusunu tarafların üzerinde anlayamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur. Bu vakıalar ise doğrudan veya dolaylı olarak uyuşmazlığın çözümünde hukuki sonuç doğuracak olanlardır¹³.

Bir davada çekişmeli hususların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği hususuna ispat yükü denir. Bu doğrultuda, herhangi bir mahkemede belirli bir iddiada bulunup bundan kendi lehine sonuçlar çıkarmak isteyen tarafın, bu iddiasını kanıtlamak durumunda olmasına ispat yükü denir¹⁴. İspat yükü belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda kural olarak vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usule

[13] Yüksel Durmaz, s. 6.

[14] Şenlen Sunay, s. 28.

ilişkin bir yüküdür¹⁵.

Genel olarak müddei iddiasını ispatla mükelleftir şeklinde ifade edilen, dayanağını Medeni Kanun'dan alan ve esasında Mecellenin 77. maddesinde yer alan “*Beyyine müddeî için (ve yemin münkir üzerinedir)*” kaidesinin tekrarından ibaret olan, Latince olarak da “*Actori incumbit probatio*” şeklinde ifade edilen temel kurala göre; ispat etmek iddia sahibine düşer.

Medeni Kanun'un 6. maddesine göre “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”. Yine aynı şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İspat Yükü başlıklı 190. maddesine göre de yine “ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir”.

GENEL KURAL

Tam yargı davalarında ispat yükü kural olarak davacıya düşer. İspat edilmesi gereken hususlar ise tamamen maddi vakialardan ibarettir. Hukuk kurallarının ispatı diye bir durumun söz konusu olmaması gerekir. Somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının veya yerleşmiş içtihatların da mahkeme tarafından tespit edilerek tatbik edilmesi gerekir¹⁶. Aksi bir durumda, örneğin yabancı bir hukuk kuralından veya örf ve âdet hukukundan lehine sonuç çıkarmak isteyen tarafın, bunların varlığını ve içeriğini ispat etmesi gerekecektir¹⁷.

İdari Eylemlerden Doğan Zararlarda Durum

Tam yargı davalarında ortada parasal olarak ölçülebilen, maddi veya manevi bir zarara ilişkin bir hak kaybı vardır ve bunun tazmini talep edilmektedir. Bu dava türü açısından, birtakım karinelerin uygulanacağı haller ve yargı içtihatlarıyla getirilen bazı istisnai durumlar haricinde, genel itibarıyla tazminat davalarına ilişkin genel kuralların işleyeceğini ifade etmek gerekir¹⁸.

Bu konudaki genel kural Borçlar Kanunu'nun Zararın ve kusurun ispatı başlıklı 50. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; “zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan

[15] Yüksel Durmaz, s. 8.

[16] Debbasch, Charles/RICCI, Claude., *Contentieux Administratif*, 8. Baskı, Paris, Dalloz, 2001, s. 537.

[17] Kepekçioğlu, Tefik. “Vergi Hukukunda Delil ve İspat Yükü”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 1992, s. 9.

[18] İmtiyaz Sözleşmesi çerçevesinde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen davacı şirketin, mücbir sebebi ispat yükümlülüğünü de yerine getirmediği, mücbir sebep nedeniyle oluştuğunu iddia ettiği tazminat isteminin kabul edilemeyeceği, DİİDK., E. 2021/1308, K. 2022/1082, KT., 30.03.2022, DBB.

zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler”. Danıştay’ın konuya ilişkin genel yaklaşımının da bu şekilde olduğunu ifade etmek gerekir¹⁹.

Kusurlu sorumluluk hallerinde idarenin kusurunun varlığını ispat etmek de davacıya düşer. Ortada bir kusur karinesi varsa, bu durumda kusursuzluğunu ispat yükü idareye geçer²⁰. Danıştay içtihatlarında kusur karinesine kural olarak yer verilmemektedir. Fransız Danıştay’ının kusur karinesine başvurduğu hallerde Danıştay kusursuz sorumluluğa gitme eğilimi göstermektedir²¹.

Ülkemizde de Fransız Hukuku’ndaki gibi kusur karinesi uygulamasına gidilmesi durumunda, davacının ispat yükümlülüğü ortadan kalkacak ve davalı idareye geçecektir. Bu şekilde zarar gören yani mağdur olan davacı açısından daha güvenli bir durumun oluşacağı da aşikârdır.

Kusursuz sorumlulukta ise zaten genel kural gereğince idari davranış, zarar ve illiyet bağı ispat edildiği takdirde geriye bir şey kalmamaktadır. Sosyal risk ilkesi çerçevesinde tazmin edilecek zararlar açısından illiyet bağı aranmadığı için bunun ispatına da gerek kalmamaktadır.

Tam yargı davalarında ispat yükü kural olarak davacı üzerinde olsa da davacının ispat edebilme yeteneği ve iyi niyeti çerçevesinde, somut uyuşmazlık temelinde, yerine göre mahkeme tarafından paylaştırıldığı da olabilmektedir. Tarafların iddiaları ve dosyanın içeriği çerçevesinde, pozitif hukuk kuralları kadar maddi vakıaların takdiri de burada tamamen mahkemeye düşmektedir. Delillerin takdiri konusunda mahkeme özgür olsa da burada dosyadaki delillerden ve kendi araştırmasının sonucunda kararının gerekçesini belirtmesi gerekir. Kusur sorumluluğunda kusuru ispat yükü de davacıya düşer. Fakat burada kusur kesinse veya davacının ispat etmede imkânları sınırlıysa, mahkemenin mutlak bir ispat aramaması gerekir²².

Bununla birlikte, davacıya idarenin kusurunu ispat etme görevi düşerse de idarenin kusuru ile ters orantılı olan, yani idareyi sorumluluktan kurtaracak olan, davacının kendi kusurunun veya üçüncü kişinin kusurunun varlığının ispatı da idareye düşer. Zararın varlığının ve derecesinin takdirinde ise görev mahkemeye düşecektir²³.

[19] D15D., E. 2013/13459, K. 2018/3300, K. T., 3.4.2018, DBB.

[20] Çağlayan, s. 676.

[21] Cin Karagöz, s. 158.

[22] Foulquier, Caroline. “La preuve et la justice administrative française”, Doktora Tez Özeti, Toulouse, Toulouse I Capitole Ü., 2008, s. 7, <http://www.asso-afda.fr/wp-content/uploads/2017/07/resume-these-caroline-foulquier.pdf>, s. 14, (E. T. 5.6.2023).

[23] Foulquier, s. 15.

Özellikle idari eylemlerden kaynaklanan zararlar açısından genel kural çerçevesinde, tam yargı davalarında ispat yükü konusu özel hukuktan çok farklı bir durum arz etmez. Burada tamamen subjektif haklara ilişkin bir talep söz konusudur ve kural olarak ispat yükü de iddia sahibine, yani davacıya düşer. Hukukumuzda da Fransız hukukunda da durum kural olarak bu şekildedir.

Bu doğrultuda, tam yargı davalarında davacının hakkını ihlal eden olayı, aradaki illiyet bağı ve varlığını iddia ettiği zararı ispat etme yükümlülüğü davacıya düşer²⁴.

İdari İşlemlerden Doğan Zararlarda Durum

İdari işlemlere karşı açılacak tam yargı davalarında, iki dava türünün de aynı yargılama usulüne tabi olmasının da doğal sonucu olarak, iptal davalarında var olan genel kuralın işleyeceğini kabul etmek gerekir.

İptal davasının kendine özgü yanları açısından bakıldığında, ispat yükü büyük oranda davacı, davalı idare ve mahkeme arasında paylaştırılmaktadır. Burada işin büyük kısmı da uygulamada, re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde mahkemeye düşmektedir. Davacının sadece hukuka aykırılık iddiasıyla dava açması dahi yerine göre davanın görülmesi için yeterli olacaktır. Örneğin idari işlemin yetki, şekil ve konu unsurları açısından durum büyük oranda bu şekildedir. Davacının bunlara ilişkin hukuka aykırılık iddialarını ispat etmesi gibi bir zorunluluğu, kural olarak, bulunmamaktadır. Burada mahkemenin pozitif hukuka aykırılık iddialarını kendiliğinden araştırıp bulması gerekmektedir. Hukuk kurallarının ispatı gibi bir durum zaten kural olarak hiçbir taraf açısından söz konusu değildir. Taraflar bu kurallar açısından sadece mahkemeye yardımcı olabilirler, ona yol gösterebilirler. İdari işlemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında, ispat hukukuna ilişkin hususlar kendisini daha ziyade idari işlemin sebep ve maksat unsurlarında gösterebilir. Çünkü bir idari işlemde sadece bu iki unsur açısından maddi vakıalar devreye girmektedir.

İdari işlemlerden kaynaklanan zararlar açısından, işlemin bizzat kendisinden hareketle davacının iddialarının gerçek dışı olduklarına dair bir kanaat oluşmadığı takdirde, bu iddialar davacının kendisi tarafından ispat edilemiyorsa bile, tutarlı olmaları kaydıyla bunların mahkeme tarafından idareden sorulmalarına herhangi bir engel bulunmamaktadır²⁵. Böyle bir durumda davalı idare davacı iddialarını sadece inkâr etmekle yetinir ve bunların gerçeğe aykırılıklarını ispat edemezse, davacının haklılığına karar verilebilecektir²⁶. Danıştay'ın da

[24] Onar, s. 1979-1980.

[25] Debbasch/Ricci, s. 543-545.

[26] Rivero, Jean/Waline, Jean. *Droit Administratif*, 18. Bası, Paris, Dalloz, 2000, s. 220.

idari işlemler sebebiyle açılan davalarda genel yaklaşımının bu yönde olduğu ifade edilebilir.

Örneğin bir Danıştay kararında; “Genel bir hukuk kaidesi olarak davada taraflar iddialarını ispat etmekle yükümlüdürler. Bu kurala uygun olarak idari yargılama usulünde ve idari yargı yetkisini haiz mercilerde de ispat yükü iddia sahibine düşmektedir. ... Ancak idari yargılama usulünde ve idari yargı yetkisini haiz mercilerde taraflar arasında mevcut dengesizlik nedeniyle, durumun icabına ve hayatın akışına göre ispat külfetinin yer değiştirmesi olağandır ve bunun takdiri de yetkili mercilere ait bulunmaktadır”, denilmek suretiyle bu hususa vurgu yapılmaktadır²⁷.

Yine bir başka kararda; “... temyize konu mahkeme kararında, yetkisiz vekil tarafından kamulaştırma bedelinin davacıya verilip verilmediği hususunda ispat yükü, davacı tarafa tahmil edilmekte ise de; yukarıda ifade edilen maddi ve hukuki olgu çerçevesinde, kamulaştırma bedelinden yoksun bırakıldığı hususunda davacı lehine oluşan karinenin varlığı nedeniyle, ispat yükünün davalı idareye ait olduğu açıktır”, denilmek suretiyle aynı hususa vurgu yapılmıştır²⁸.

Bahsedilen örneklerin yanı sıra, zarara sebebiyet vermeleri durumunda, kategorik olarak ispat yükünün doğrudan idarede olacağı bir konu olarak disiplin cezaları ve idari müeyyideler örnek verilebilir. Bu söz konusu işlemler açısından gerek iptal davasına gerekse tam yargı davasına konu olmaları bakımından, ispat yükü doğrudan idareye aittir. Çünkü bu bahsedilenlerde yaptırımların sebebinin teşkil edecek hususların idarece ortaya konulması gerekmektedir. Fransız hukukunda olduğu kadar ülkemizde de disiplin hukuku açısından benzer bir yaklaşımın sergilendiği ifade edilebilir.

Örneğin bir Danıştay kararında; “... tutanak içeriğinin doğruluğunun tanık beyanı ve kamera kayıtlarıyla ortaya konulmadığı, davacıya isnat edilen fiilin davalı idare tarafından ispatının gerektiği, davalı idarece bu yükümlülüğün yerine getirilmediği sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir ...”, denilmek suretiyle bu husus açıkça ortaya konulmuştur²⁹.

Vergi uyumsuzlukları ile idari sözleşmelerden doğan davalar açısından ise buraya kadar anlatılanlar çerçevesinde, uyumsuzluk konusu zararın bir idari işlemde veya eylemde kaynaklanmasına göre benzer bir tutumun sergilendiğini ifade etmek gerekir.

Örneğin bir VDDK kararında; “... kayıt dışı kalmış maliyetin varlığını

[27] Karar için bkz. Cin Karagöz, s. 19.

[28] Karar için bkz. Cin Karagöz, s. 108-109.

[29] D5.D, 15.04.2019, E. 2016/15914, K. 2019/2792, DKD, Y. 2019, S. 1, s. 250-253.

ispatlama yükünün ise; alım satım işlerinde satışların alımlara dayanmasının ekonomik ve ticari zorunluluk olması karşısında, davacıya değil, davalı idareye düştüğü ...” ifade edilmektedir³⁰.

KONUNUN İSTİSNALARI

Re’sen araştırma ve delil serbestisi ilkesinin doğal sonucu olarak, idari yargı organları, ispat yüküne adli yargıdaki duruma göre daha az başvurmak durumunda kalmaktadır. Burada mahkeme, tarafların iddialarını ispatlayamaması durumunda, kendisi de re’sen araştırma yetkisini kullandıktan sonra, hala bir sonuca ulaşamadığı takdirde ispat yüküne başvurabilecektir.

Danıştay da zaten re’sen araştırmanın önceliğine vurgu yaptıktan sonra, bunun olayların açıklığa kavuşturulması için yetersiz kaldığı durumlarda ispat yükünün devreye gireceğini ve durumun gereklerine göre iddia sahibine yükletileceğini belirtmektedir. Nitekim yakın tarihli bir kararında;

... “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda, idari uyumsuzlukların yargı yerince re’sen yapılacak inceleme ve araştırmalarla çözümleneceği hükme bağlandığından, tarafların ispat yüküne ilişkin bir kural sevk edilmemiş olmakla birlikte, hukukun genel prensiplerinin idare ve idari yargılama usulü hukukunda da uygulanması gerektiğinin, bu çerçevede idari yargılama usulü açısından da, özellikle Mahkemece re’sen yapılan araştırmaya karşın açıklığa kavuşturulamayan hususlar bakımından “iddia edenin, iddiasını ispatla yükümlü olduğu”nun kabulü zorunlu bulunmaktadır ...”, demek suretiyle konuya ilişkin bu yaklaşımı teyit etmiştir³¹.

Askeri Birimlerdeki Ölümler

İspat yükünün davalı idareye aktarıldığı bir uyumsuzluk türü olarak hukukumuzda, askeri birimlerin kontrolünde bulunan yerlerde meydana gelen ölüm olayı örnek verilebilir. Bu tür durumlarda, ölüm olayının vazifeden kaynaklanmadığını ispat yükü idareye aittir. Bu tür vakialarda ölüm hadisesinin görevin tesir ve etkisiyle gerçekleşmediğinin idarece ortaya konulması ve bu doğrultuda ölüm olayının intihar ya da kazadan kaynaklandığının idarece ispat edilmesi gerekmektedir.

Danıştay kararına konu olan örnek bir olayda; *AİHM kararlarında da benimsendiği üzere askeri birimlerinin kontrolünde bulunan kışlada meydana gelen ölüm olayının vazifeden kaynaklanmadığını ispat etme yükümlülüğünün Devlete ait bulunduğu, ölümün aydınlatılmadığı*

[30] DVDDK, 21.11.2008, E. 2007/330, K. 2008/727, DBB.

[31] D10.D, 07.03.2022, E. 2019/10076, K. 2022/117, DBB.

durumlarda Devletin, sorumluluğu üstlenmesi gerektiği ..., demek suretiyle idarenin sorumluluğuna hükmedilmiştir³².

Cezaevlerindeki Kötü Koşullar Sebebiyle Meydana Gelen Zararlar

Tam yargı davalarındaki ispat yüküne ilişkin genel kuralın aksine, Fransız Hukuku'nda özellikle kişi hürriyetini kısıtlayıcı muamelelerde, yani cezaevi uygulamalarındaki olumsuz şartlar sebebiyle talep edilecek tazminatlar konusunda, Fransız Danıştay'ı iptal davalarındaki yaklaşımına benzer bir tutum sergilemektedir. Conseil d'Etat bu tür durumlarda iddia sahibinin iddialarının ilgili idare tarafından çürütülmesini talep etmekte ve müspet bir gelişme sergilenmediği takdirde, idarenin tazminata mahkûm olacağına hükmetmektedir. Konuya ilişkin yakın tarihli bir kararında Fransız Danıştay'ı, ilk derece mahkemesi tarafından salt davacının iddialarını ispat edememesi sebebiyle reddettiği davada kararı bozmuş ve karar metninde;

“Her ne kadar kural olarak idarenin sorumluluğuna yönelik talepte bulunan iddia sahibinin, uğradığı zararın gerçekliğinin yanı sıra kusurun varlığını ortaya koyacak her türlü hususu da mahkemeye sunma yükümlülüğü bulursa da tutuklu veya eski bir tutuklu olan kişinin talebi açısından, kendisinin cezaevi şartlarına ilişkin olarak yaptığı tanımlama, bu şartların yetersiz niteliği açısından yeterince itibar edilir ve belirli nitelikte ise, bunların bir delil başlangıcı olarak kabulü açısından, durum farklılık arz eder”³³, demek suretiyle Toulon şehrinde cezaevinde kaldıktan sonra içerideki şartların kötülüğünden ötürü tazminat talebinde bulunan davacının, Toulon İdare Mahkemesince herhangi bir kanıt sunmadığı gerekçesiyle reddedilen davasında, temyiz incelemesi üzerine, idarenin dava dilekçesine karşı mahkemeye cevap dilekçesi sunmaması ve de dolayısıyla davacının iddialarını çürütecek hiçbir itirazda bulunmaması sebebiyle, davacının iddialarının yeniden değerlendirilerek bir kanaate varılması gerektiğinden, dosyayı yeniden görülmek üzere ilk derece mahkemesine göndermiştir.

Bu kararda Fransız Danıştay'ının açıkça ispat yükünün yer değiştirdiğini belirttiği iddia edilemese de en azından iddiaların içeriğine ilişkin bir hafifletmede, davacı açısından bir muafiyette bulunduğu söylenebilir. Hatta karara bakılarak burada, yüksek mahkemenin dava dilekçesine cevap vermeyen idarenin hareketsizliği sebebiyle bu doğrultuda bir karar vermiş olabileceği de değerlendirilebilir. İdarenin cezaevlerinin idaresinden doğan sorumluluğunda aranan ağır hizmet kusuru şartından yaklaşık yirmi yıl evvel Conseil d'Etat tarafından vazgeçildiği

[32] D.11.D, 05.05.2014, E.2011/3388, K.2014/2674, DD, S. 137, s. 16-19.

[33] CE, 21 Mart 2022, N 443986, www.legifrance.gouv.fr, (E. T. 26.12.2022).

de göz önünde bulundurularak, bu yaklaşımın kişi hürriyetini kısıtlayıcı tedbir uygulamalarında yeni bir çığır açtığı da Fransız doktrininde ifade edilmektedir³⁴.

Ülkemizde ise cezaevlerindeki kötü koşullar sebebiyle zarar iddialarına ilişkin olarak açılan davalarda, Danıştay konuya genel olarak hizmet kusuru çerçevesinde yaklaşmakta ve ispat yükü açısından genel kurallar çerçevesinde hareket etmektedir³⁵.

Konuya ilişkin örnek bir olayda, ilk derece mahkemesi tarafından; *"... 19/10/2012 tarihinde kaldığı Kars cezaevinde ölü olarak bulunduğu kayıtlı olan kişinin kronik akciğer hastalığı bulunduğu, bu nedenle ilaç kullandığı, şikâyetlerine yönelik tetkik ve tedavi yapıldığı, cezaevinde kullanmak üzere nebülizatör raporu yazıldığı, ilaçlarının düzenlendiği cihetle kişinin tedavisine katılan hekimlere ve ilgili idareye atfı kabil kusur bulunmadığı yönünde görüş bildirildiği, anılan raporda Kars Devlet Hastanesinde yapılan tedavinin tıp kurallarına uygun olduğunun ifade edildiği, somut olayda maddi ve manevi tazminatın unsurları oluşmadığından, maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan bu davada idarenin sorumluluğunu gerektiren bir unsurun bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle ..."* reddedilen dava Danıştay tarafından oybirliği ile onanmıştır³⁶.

Genel kural bu şekilde olmakla beraber, son yıllarda konuya ilişkin kararlarında Danıştay, görevi daha çok mahkemeye yüklemekte ve re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde olayın bir bütün olarak aydınlatılması gerektiğine karar vermektedir. Burada Danıştay'ın ispat yükü konusunda katı tavrını nispeten yumuşatmak eğiliminde olduğu ve davacı açısından mutlak anlamda bir ispat aramayıp iddia yükünü yeterli gördüğü ve maddi gerçeği ortaya çıkarma işinin, idari makamlarca araştırılmak veya adli tıp incelemesi yaptırılmak suretiyle örneğin, daha çok mahkemeye düştüğüne karar verdiği ifade edilebilir³⁷.

Mobbing Uygulamaları

Fransız Danıştayı kamu görevlisine görev yerinde psikolojik baskı ve şiddet uygulanması iddialarıyla, tazminat istemiyle açılan davalarda da ispat yükünün idarede olduğuna karar vermektedir. Konuya ilişkin referans teşkil edecek bir kararında Conseil d'Etat, psikolojik taciz iddiasıyla tazminat talep eden bir kamu görevlisinin davasında;

[34] Paillisse, Eric. "L'allègement de la charge de la preuve dans le contentieux des conditions indignes de detention", <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-allegement-de-charge-de-preuve-dans-contentieux-des-conditions-indignes-de-detention#comment-24935>, (E. T. 26.12.2022).

[35] D10D., E. 2013/4414, K. 2016/1519, KT., 18.3.2016, DBB.

[36] D10D., E. 2019/6560, K. 2020/5684, KT., 03.12.2020, DBB.

[37] D10D, E. 2019/6774, K. 2021/5967, KT., 30.11.2021, DBB.

...“Manevi taciz mağduru olduğunu iddia eden bir kamu görevlisinin, hâkimi böyle bir tacizin varlığına inandıracak somut deliller sunması gerekir. İdareye de aksine, iddia konusu davranışların her türlü taciz iddiasına yabancı hususlar olduğunu delillendirmek düşer. Taciz sayılacak davranışların olup olmadığını takdir edecek olan hâkim ise, şüphe halinde her türlü gerekli araştırmayı yaparak tamamlayacağı karşılıklı iddialar neticesinde, kanaat sahibi olur. İddia edilen davranışların manevi taciz niteliğinde olup olmadığını takdir etmek için idari yargı hâkiminin, bu davranışları gerçekleştirdiği iddia edilen kamu görevlisinin ve manevi tacize uğradığını iddia eden görevlinin davranışlarını hesaba katıp değerlendirmesi gerekir. Bianealeyh, manevi tacizin varlığı kesinleşirse, mevzu bahis davranışların niteliği, mağdurun kendisine yönelik oluşacak zararı azaltmak için durumun kendi davranışlarından kaynaklandığı düşüncesini bertaraf eder. Bu durumda mağdur olan görevlinin maruz kaldığı davranışlardan doğan zararının tamamen tazmin edilmesi gerekir” ..., demek suretiyle burada yine ispat yükünü davalı idareye aktarmıştır³⁸.

Mobbing uygulamaları Fransız hukukunda ispat yükü açısından genel kuralın istisnasını oluştursa da ülkemizde hala büyük oranda, hizmet kusuru kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır. Fakat son yıllarda Fransa’daki uygulamaya benzer bir eğilimin olduğu da ifade edilebilir.

Mobbing konusunda Danıştay kural olarak ispat yükünün tamamen iddia sahibinde yani davacıda olduğuna dair kararlar³⁹ vermekte, hatta genellikle idare açısından ağır hizmet kusuru şartı dahi aramaktadır⁴⁰.

Örneğin bir Danıştay kararında;

“...bu şekilde davranışlara maruz kaldığını kanıtlama yükümlülüğü iddia edene düşer. Yani çalışan mobbinge maruz kaldığını kanıtlamalıdır”, denilmek suretiyle bu durum açıkça ifade edilmiştir⁴¹.

Aynı şekilde başka bir kararda;

“...davacı tarafından yaşandığı iddia edilen olayların, davacıya yönelik mobbing uygulamaları olduğu bu aşamada ve mevcut delil durumuna göre kabul edilemeyeceğinden, idarenin tazminat gerektirir ağırlıkta bir hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle ...” denilmek suretiyle dava reddedilmiştir⁴².

Konuya ilişkin Danıştay kararları ekseriyetle bu doğrultuda olmakla

[38] CE, 11 Temmuz 2011, No. 321225, www.legifrance.gouv.fr, (E. T. 28.12.2022).

[39] D2D., E. 2018/708, K. 2020/3225, KT., 4.11.2020, DBB.

[40] DD., E. 2010/1383, K. 2013/3641, KT., 3.5.2013, DBB.

[41] D5D., E. 2016/24415, K. 2020/5256, KT., 18.11.2020, DBB.

[42] D2D., E. 2020/1994, K. 2020/3149, KT., 22.10.2020, DBB.

beraber, özellikle son yıllarda verilen bazı kararlarda, özellikle re’sen araştırma ilkesi çerçevesinde maddi gerçeği ortaya çıkarma görevinin mahkemede olduğuna vurgu yapılmakta ve davacının iddialarının araştırılıp soruşturulması gerektiği ifade edilmektedir⁴³. Örneğin davacının iddialarının soruşturma raporu ile teyit edilmesi, teftiş kurulu raporu ile tespit edilmesi gibi ihtimallerde davacı haklı bulunmuş ve bu ve benzeri kararlarda davacı açısından iddia yükü yeterli bulunup ispat yükü aranmamıştır⁴⁴.

Yine bazı kararlarda, “...dava dilekçesindeki iddialar çerçevesinde görev kusuru kapsamında psikolojik tacizin (mobbing) olup olmadığının tartışılması, davacının maruz kaldığı mobbingin varlığının Mahkemeye tespiti halinde, davacının duyduğu elem ve üzüntü de dikkate alınarak olayın bir bütün olarak incelenmesi suretiyle karar ...” verilmesinden bahsedilmek suretiyle ispat görevi tamamen mahkemeye yüklenmiştir⁴⁵.

Mobbing konusu idari yargı kadar, hatta belki de daha fazla adli yargıda görülen uyuşmazlıklara da yansımaktadır. Ülkemizde, adli yargıdaki uygulamada Yargıtay çok net bir şekilde davacı için iddia aşamasının yeterli olacağını ve aksinin ispatının davalı işverene ait olduğunu vurgulamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında;

“...mobbing iddialarında şüpheden uzak kesin deliller aranmayacağı; davacı işçinin, kendisine işyerinde mobbing uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguları ileri sürmesinin yeterli olduğu, işyerinde mobbingin varlığını gösteren olguların mahkemeye sunulması halinde, işyerinde mobbingin gerçekleşmediğini ispat külfetinin davalıya düştüğü ...” ifade edilmiştir⁴⁶.

İçtihat birliğinin de sağlanması adına, söz konusu yaklaşım tarzının idari yargılama usulünde de benimsenmesi yerinde olacaktır. İdari yargının konusunu oluşturan başkaca konular açısından da olduğu gibi, delillerin daha ziyade idarenin elinde bulunması göz önüne alındığında, bu tür uyuşmazlıklarda, tıpkı disiplin hukukunda da olduğu gibi, hukuka aykırı delillerin de kullanılabileceğini kabul etmek gerekir⁴⁷.

Danıştay tarafından burada adli yargıdaki gibi bir uygulamaya gidilecek olur ve re’sen araştırma yetkisi çerçevesinde davacı taraf iddiaları yeterli ciddiyette bulunursa, geleneksel anlayış çerçevesinde var olan iddia

[43] D12D., E. 2020/5085, K. 2021/5484, KT., 9.11.2021, DBB.

[44] D2D., E. 2020/1868, K. 2020/3341, KT., 11.11.2020, DBB.

[45] D8D., E. 2012/5245, K. 2018/3740, KT., 28.6.2018, DBB.

[46] YHGK., E. 2015/2274, K. 2018/1428, KT., 4.10.2018, YBB.

[47] Yaylak, Cihan. *İdari Yargılama Usulünde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul SBE*, 2017, s. 112; Taşkın, Ahmet. “Mobbing Davalarında İspat Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 430.

sahibinin iddiasını ispat etmesi gerektiği düşüncesi kaybolacak, hatta ispat yükü bu vesileyle yer değiştirecek ve idare açısından iddiaların aksini kanıtlama zorunluluğu ortaya çıkacaktır⁴⁸.

SONUÇ

Tam yargı davaları açısından ispat yükü konusunda ilk aşamada davacının en azından maddi ve/veya manevi bir zarara uğradığını iddia etmesi gerekir. Zira ispat yükünün aranacağı bir yargılama usulünde, iddia yükü evleviyetle aranacaktır⁴⁹. İdare tarafından bu iddiaların çürütülmesine yönelik bir girişimde bulunulmadığı, yani cevap dilekçesi verilmediği durumlarda, mahkeme açısından bunların kabul edildiği yönünde bir kanaatin oluşması söz konusu olabilir.

İdari eylemlerden kaynaklanan zararlar açısından ispat yükünün davacıda olduğunun genel kural olduğunu ifade etmek gerekir. Fakat kamu hizmetinin bir unsuru olan kamu görevlileri veya yükümlüler ile sürekli bir şekilde kamu hizmetinin içerisinde yer alan kişiler açısından, açacakları davalarda sadece iddia yükünün var olduğu ve ispat yükünün bulunmadığı değerlendirilebilecek olsa da ülkemizde, somut uyuşmazlıklar karşısında, Danıştay'ın kararlarından da hareketle, yargı organlarının durumun gereklerine göre bu konuda ölçülü bir yaklaşım benimsedikleri ve bazen iddia aşamasını yeterli buldukları, bazen de ölçüyü ispat aşamasına taşıdıkları ifade edilebilir⁵⁰.

İspat standardı⁵¹ da denilen bu ispat ölçü ve yükü açısından aranan derinlik düzeyine, bütün davalar açısından tek bir derece belirlemek ve bu doğrultuda bir belirlemenin yapılabileceğini söylemek çok mümkün gözükmemektedir⁵².

[48] ...davacının branşında verimsiz olduğunun davalı idarece hukuken geçerli bilgi ve belgelerle ortaya konulmadığı anlaşıldığından dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ..., karar veren idare mahkemesi kararının onanmasına dair bkz. D2.D., 22.6.2021, E. 2021/8601, K. 2021/2242, Lexpera, www.lexpera.com.tr, (E. T. 5.1.2023).

[49] Gümüşkaya, Gamze. "Vergi Hukukunda İspat", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Ü. SBE, 2015, s. 120.

[50] ...Dava dilekçesinde POS cihazı ile tahsil edilen hasılatla ait olup, kayıtlara dâhil edilmeyen ne gibi bir maliyet unsuru bulunduğu konusunda açık bir iddia ileri sürmediği (...), kayıt dışı kalmış maliyetin varlığını ispatlama yükünün ise; alım satım işlerinde satışların alımlara dayanmasının ekonomik ve ticari zorunluluk olması karşısında, davacıya değil, davalı idareye düştüğü ..., DVDDK, 21.11.2008, E. 2007/330, K. 2008/727, DBB.

[51] Geniş bilgi için bkz. Birbir Efendioğlu, Didem., "İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Ü. SBE, 2019, s. 108 vd.

[52] Yasin, Melikşah. İdari Yargılama Usulünde İspat, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 15-16.

KAYNAKÇA

- Çağlayan, Ramazan. İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin, 14. Bası, 2022.
- Cin Karagöz, Emine. “İdare Hukukunda Karine ve Varsayım”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, *Gazi Üniversitesi (HBV) SBE*, 2016.
- Debbasch, Charles/RICCI, Claude., *Contentieux Administratif*, 8. Bası, Paris, Dalloz, 2001.
- Foulquier, Caroline. “La preuve et la justice administrative française”, Doktora Tez Özeti, Toulouse, Toulouse I Capitole Ü., 2008, s. 7, <http://www.asso-afda.fr/wp-content/uploads/2017/07/resume-these-caroline-foulquier.pdf>, s. 14, (E. T. 5.6.2023).
- Gümüşkaya, Gamze. “Vergi Hukukunda İspat”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, *İstanbul Ü. SBE*, 2015.
- Kepekçioğlu, Tevfik. “Vergi Hukukunda Delil ve İspat Yükü”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 1992.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1966, Cilt: III.
- Pailisse, Eric. “L’allègement de la charge de la preuve dans le contentieux des conditions indignes de détention”, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-allegement-de-charge-de-preuve-dans-contentieux-des-conditions-indignes-de-detention#comment-24935>, (E. T. 26.12.2022).
- Rivero, Jean/Waline, Jean. *Droit Administratif*, 18. Bası, Paris, Dalloz, 2000, s. 220.
- Şenlen Sunay, Süheyla. İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları, İstanbul, Kazancı, 1997.
- Taşkın, Ahmet. “Mobbing Davalarında İspat Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: 2016.
- Yasin, Melikşah. İdari Yargılama Usulünde İspat, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.
- Yaylak, Cihan. „İdari Yargılama Usulünde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi“, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul SBE*, 2017.
- Yüksel Durmaz, Zeynep. “Vergi Hukukunda İspat ve Delil”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, *Gazi Üniversitesi (HBV) SBE*, 2010.

İHALELERE KATILMaktan YASAKLAMA KARARLARINA KARŞI BAŞVURU SÜRESİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Harun YILMAZ

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-0956-9717

harunyilmaz@sakarya.edu.tr

ÖZET

İdare hukuku açısından ihale, devletin bazı işlerini yaptırmak ya da bir işten en yüksek kârla çıkmasını sağlamak için başvurulan yöntemlerin başında gelmektedir. İhale bir süreci ifade etmekte olup, bu sürecin sağlıklı işleyerek tamamlanabilmesi için uyulması gereken temel ilkeler ile kaçınılması gereken yasak fiil ve davranışlar bulunmaktadır. İhale hukukuna ilişkin konulmuş olan kurallara aykırılık ise, ilgililer hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi sonucunu doğuracaktır. Esasen ihalelere katılmaktan yasaklama, ihale hukukunda öngörülen temel ilke ve kurallara uygun hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişilerin belirli süreyle ya da sürekli ihalelerden men edilmesidir. Temel olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararları, idareler ya da mahkemeler tarafından verilebilmektedir. Bunlardan idareler tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmesi, özellikle hak arama hürriyeti bakımından üzerinde önemle durulması gereken bir meseledir. Zira idareler tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararının bireysel işlem niteliğine haiz olduğu söylenmelidir. Dahası idari yaptırım özelliği gösteren ihalelere katılmaktan yasaklama kararı, ilgilileri önceden belirlenmiş bir statü olan "ihalelere katılmaktan yasaklı" hale getirmesi hasebiyle bir şart işlemidir. Dolayısıyla mevzuatta yasaklama kararının Resmî Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe gireceği söylenmesine karşın; bireysel işlemlerin muhatabına bildirim kuralları çerçevesinde yasaklama kararı, yazılı ve usulüne uygun şekilde ilgisine tebliğ edilmelidir. Nitekim her ne kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının yürürlüğü için Resmî Gazete'de yayım şartı öngörülmüş olsa da; bireysel işlem niteliğini haiz bu işlemlerin hak arama hürriyetinin gereği gibi kullanılabilmesi amacıyla ilgisine

yazılı olarak bildirilmesi; yapılacak bildirimde hangi kanun yolları ve mercilere, hangi süre içerisinde başvurulabileceğinin açık şekilde belirtilmesi zorunluluk arz etmektedir. Bu yönde olarak, mevzuatta ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının ilgisine tebliğ edileceğine dair düzenlemelerin yapılması, konu hakkındaki tereddütleri giderecek ve hak arama hürriyetinin korunmasını sağlayacak bir gerekliliktir. Çalışmada idareler tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının hukuki niteliği ile bu kararlara karşı başvuru süreleri, yargı kararları ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhalesi, Yasaklama, İdari Yaptırım, Bireysel İşlem, Başvuru Süresi.

AN ASSESSMENT REGARDING TO PERIOD FOR FILING AN APPLICATION AGAINST THE DECISIONS ON PROHIBITION FROM PARTICIPATING IN TENDERS

ABSTRACT

In terms of administrative law, tender is one of the primary methods applied by the government to outsource some works and make the most profit. A tender refers to a process and there are basic principles to be followed and prohibited actions and practices that must be avoided in order to complete this process healthily. Any violation of the rules under the tender law will result in the court order to prohibit the involved party from participating in tenders. Essentially, prohibition from participating in tenders is the prohibition of real or legal persons who do not act in accordance with the basic principles and rules stipulated in the procurement law, for a certain period of time or permanently. Basically, administrations or courts may make decisions to prohibit from participating in tenders that are regulated in the Public Procurement Law No. 2886, Public Procurement Law No. 4734 and Public Procurement Contracts Law No. 4735. Decisions to prohibit from participating in tenders, which are made by the administrations and enter into force upon publication in the Official Gazette are particularly noteworthy in terms of the right to legal remedies. Because it should be said that the decision to ban from participating in the tenders given by the administrations has the nature of an individual transaction. Moreover, the decision to ban from participating in tenders with administrative sanction is a conditional action as it renders the persons concerned “prohibited from participating in tenders”, which is a predetermined status. Therefore, although it is stated in the legislation that the prohibition decision will

enter into force by being published in the Official Gazette; within the framework of the notification rules of individual transactions to the addressee, the prohibition decision of the must be notified in writing and duly to the person concerned. Thus there is a publication clause envisaged in the Official Gazette for the decisions on the prohibition of participation in tenders to enter into force, it is obligatory to clearly notify the relevant person of these procedures, which have the nature of an individual transaction, in written form with the purpose of ensuring the right to legal remedies to be duly exercised and to express which legal remedies and authorities can be consulted in which period of time in the notifications. In this direction, making legislative amendments for the relevant person to be notified of the decisions on the prohibition of participation in tenders in the legislation is a must that will eliminate hesitations on the matter and ensure the right to legal remedies. In the study, the legal nature of the decisions to prohibit from participating in tenders given by the administrations and the periods for filing an application against these decisions will be scrutinized in the light of judicial decisions.

Keywords: Public Tender, Prohibition, Administrative Sanction, Individual Transaction, Application Period.

GİRİŞ

İdare hukuku açısından ihale, kamu kurum ve kuruluşlarının bazı işlerini yaptırmak ya da bir işten en yüksek kârla çıkmasını sağlamak için başvurulan yöntemlerden biridir. Aslına bakılırsa ihale, bir süreci ifade etmektedir. Bahse konu süreç, ihale yetkilisi tarafından ihale onayının verilmesi ile başlayacak; tescili gerekmeyen hallerde sözleşmenin taraflarca imzalanması, tescil gerekli ise taraflarca sözleşmenin imzalanıp ardından notere onaylatılması ve tescili ile tamamlanacaktır.

Kamu ihaleleri, öngörülmuş temel ilkelere riayet edilerek hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmelidir. İhale sürecinin sağlıklı işleyerek sonuçlandırılabilmesi için ilgili mevzuat hükümlerinde yapılacak ihalelerde uyulması gereken temel ilkeler ile kaçınılması gereken yasak fiil ve davranışlar belirlenmektedir¹. İhalelerin öngörülen temel ilkelere

[1] Üstün, Ümit Süleyman & Çalış, Hande Sena. "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hakim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 26, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 111-147, s. 143: "Kamu ihale hukukuna hakim olan temel ilkeler arasında saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması ilkesi ve ihale sürecinin hukuka uygunluğunu sağlamak üzere öngörülen yasaklar bulunmaktadır. İlkeler çoğu zaman iç içe geçmiş vaziyettedir. Örneğin eşit muamele ilkesinin ihlali aynı zamanda rekabet ve saydamlık ilkelerine de aykırılık oluşturabilmektedir. Yine gizlilik ilkesinin de eşit muamele ve rekabet ilkesiyle ilgili olduğu rahatlıkla söylenebilir."

uygun olarak gerçekleştirilmesi² ve sürecin sağlıklı, düzenli ve hukuka uygun şekilde tamamlanması adına yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar için, bu fiil veya davranışların ağırlığı nispetinde belirli sürelerle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilebilmektedir. Dolayısıyla gerçekleştirilecek ihalelerin sağlıklı şekilde yürütülmesine dair güvence niteliğinde olan yasaklama kararları, anılan ihale hukukuna hâkim temel ilkelerin hayata geçirilmesine de hizmet etmektedir³.

Esas itibarıyla 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararları, ceza ve icra/iflas düzenlemelerinde yer alan özel hükümlerle de idareler ya da mahkemeler tarafından verilebilmektedir. Böylece ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının “idareler” ve “mahkemeler” tarafından verilenler olmak üzere iki tür dayanağı bulunmaktadır. Bunlardan mahkeme kararları, ilam hükmünde olduğundan, bu kararlara karşı öngörülmüş kanun yollarına başvurulması gerekmektedir. Buna karşılık idareler tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararları, idari nitelik taşımakta ve Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle yasaklama kararını veren idare tarafından yürürlüğe konulmaktadır. İdari düzenin korunması amacıyla uyarıcı nitelik taşıyan bir idari yaptırım olarak ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarına karşı, idari yargı mercilerinde hukuka aykırı oldukları gerekçesiyle iptal davası açılabilmesi gibi, bu kararlar neticesinde uğranılan zararlar için de tam yargı davası açılabilmesi mümkün olmaktadır. Durum bu olmakla birlikte, anılan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmesi, özellikle hak arama hürriyeti bakımından üzerinde önemle durulması gereken bir husus olarak dikkat çekmektedir.

Çalışmada mevcut mevzuat hükümlerine aykırılık oluşturacak şekilde ihale sürecinde temel ilkelere riayet etmedikleri ya da yasak fiil ve davranışlarda bulduklarından bahisle, ilgililer hakkında idareler tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının hukuki niteliği, bildiri ve bu kararlara karşı başvuru süreleri, yargı kararları ışığında değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

GENEL OLARAK İHALE KAVRAMI

İhale sözcüğü, Arapça “havale” sözcüğünden türetilmiş bir sözcük olup,

[2] Tan, Turgut. *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 369.

[3] Kaya, Cemil. “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 153-184.

en basit haliyle “bir işi birinin üzerinde bırakma” anlamına gelmektedir⁴. İhale, “bir işi veya bir malı birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma” olarak da tanımlanmaktadır⁵. İdare hukuku açısından ihale, idarenin sözleşme yaparken izlediği kamusal ve özel usul ile prosedürlerdir⁶. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na göre ihale, “bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler” iken; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre ihale, “bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler”dir. Yapılan tanımlardan hareketle kamu ihalelerinde sözleşmenin imzalanması, Kamu İhale Kanunu uyarınca ihale süreci içerisinde; Devlet İhale Kanunu’nda ihale sürecinin dışında kabul edilmektedir.

Bahsi geçtiği üzere ihale, mevzuatta yer alan yazılı şart ve esaslarda, yapım işleri ile mal ve hizmet ihalelerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakılması suretiyle gerçekleşen süreci ifade etmektedir⁷. Niteliği gereği idare hukukuna tabi bir usulü ifade eden kamu ihaleleri, tabi kılındıkları kamusal usuller neticesinde önleyici bir iç denetim mekanizması oluşmasını sağlayarak⁸, haksız ve hukuka aykırı durumların ortaya çıkmasını engelleyici bir işlev görmektedir.

Geniş anlamda ihale, içerisinde nihai işlem olarak ihale kararı ortaya çıkaracak halka işlemlerden meydana gelerek sözleşmede akdi belirleme faaliyetini oluşturan bir süreç olup⁹, ihale şartlarının belirlenmesi, şartnamelerin hazırlanarak yaklaşık veya tahmini bedelin tayini, ihale komisyonunun teşekkül ettirilmesi, ihale ilanı ile tekliflerin değerlendirilmesi, nihayet ihale kararı ile ihale kararının onaylanması gibi birbirini izleyen tek yanlı idari işlemlerden teşekkül etmektedir¹⁰. Dolayısıyla ihale işlemleri, aslında birbirini takip eden “bir işlemler

[4] Özön, Mustafa Nihat. *Osmanlıca – Türkçe Sözlük*, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 361; Oder, Burak. “Kamu İhale Hukuku”, in Özay, İl Han. *Günlüğünde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 549.

[5] Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>.

[6] Karahanoğulları, Onur. *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 318. Gözler & Kaplan’a göre kamu ihalesi, “idarenin sözleşmeciyi seçmek için izleyeceği usuller”dir. Bkz. Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş 21. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 438.

[7] Oder, s. 549.

[8] Derbil, Süheyp. *İdare Hukuku (İdari Kaza-İdari Teşkilat)*, Cilt: 1, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1948, s. 89.

[9] Akyılmaz, Bahtiyar & Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 472.

[10] Kutlu, Meltem. *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No. 75, İzmir, 1997, s. 76.

silsilesi” olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim Danıştay’a göre de¹¹; “ihale işlemleri, nitelikleri bakımından birbirinden ayrılabilen zincir işlemlerden oluşmakta ve ihale sürecinin her aşamasında gerçekleşen bu işlemler, ihale sürecinin sonraki aşamalarını da hukuken etkileyebilmektedir. Özel bir idari usulün belirlendiği durumlar dışında, kural olarak, ihale sürecinin çeşitli aşamalarında gerçekleşen bu işlemlere karşı doğrudan dava açılması, ihalenin belirli bir aşamasında açılan davalarda, dava açılmadan önceki ihale süreçlerinde gerçekleşmiş olan işlemlerin yargısal denetiminin yapılması hukuken mümkündür.”

İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLAMA KARARI

İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararının Hukuki Niteliği

Genel olarak ihalelere katılmaktan yasaklama, ihale hukuku için öngörülmuş temel ilkelere ya da davranış kurallarına aykırı hareket eden gerçek ya da tüzel kişilerin geçici ya da sürekli biçimde ihalelere katılmasının engellenmesi olarak tanımlanabilir. İdareler tarafından ihale yoluyla gerçekleştirilen mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ya da danışmanlık gibi ihalelerin tamamında, kanun koyucunun ihalelerde gerçekleşecek yolsuzluklarla mücadele edebilmek ve piyasadaki rekabet koşullarının bozulmasını önlemek amacıyla, şartları ortaya çıktığında istekli ya da üzerine ihale bırakılan ilgililer hakkında öngörülen mevzuat kapsamında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilmektedir. Yasaklama kararı, bir yandan isteklinin ekonomik çıkardan yoksun kalmasına sebebiyet vermekte iken; öte yandan ihaleye katılan diğer isteklilerin ve idarenin mali çıkarları ile toplum yararının korunmasına hizmet etmektedir¹². Konuya ilişkin bir kararında Danıştay, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarına ilişkin süreci şöyle ifade etmektedir¹³:

“İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi, sonuçlandırılması sırasında dürüstlük, açıklık, rekabeti temin ve bu yolla da kamu yararını sağlamayı amaçlayan anılan yasal düzenlemede ihaleye katılanların, ihale işlemleriyle bağdaşmayan eylem ve davranışları tanımlanmakta; bu eylem ve davranışlar nedeniyle idarece verilecek yasaklama kararları belirlenmekte ve bunun yanı sıra söz konusu eylem ve davranışlardan, ceza yasasına göre suç oluşturanlar ayrıca cezai yaptırıma tabi tutulmakta, bunlar için öngörülen yasaklama kararının süresi de farklı belirlenmiş bulunmaktadır.”

Belirtildiği üzere, ilgililerin ihale sürecinden geçici ya da sürekli

[11] Dan. 13. D., T.23.05.2017, E.2012/2330, K.2017/1605, Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası.

[12] Kaya, s. 154.

[13] Dan. 13. D., T.06.11.2007, E.2007/1218, K.2007/6840, Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası.

olarak çıkarılması sonucunu doğuran ihalelere katılmaktan yasaklama kararları, idareler veya mahkemeler tarafından verilmektedir. Burada öncelikle bir idari işlem oldukları konusunda tartışma bulunmayan idareler tarafından verilen yasaklama kararlarının idari işlem türleri açısından kategorik olarak incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Genel olarak idari işlemler, maddi açıdan, düzenleyici işlemler ve bireysel (birel) işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan bireysel işlemler, şart işlemler ve sübjektif (öznel) işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bireysel işlemlerden şart işlemler, belli bir kişi ya da nesneye yönelerek o kişi ya da nesneyi belli bir hukuki statüye dahil eden ya da hukuki statüden çıkararak idari işlemlerdir¹⁴. İdare hukukunun özünde statü hukuku olduğu düşünüldüğünde, bireysel işlemlerin büyük ölçüde şart işlem şeklinde ortaya çıktığı söylenmelidir. Şart işlemlerde yaratılan hukuki statü, o statü içerisine dahil olan herkes için geçerli olacak ve aynı sonuçları doğuracaktır. Buradan hareketle, bir bireysel işlem olduğu konusunda tereddüt bulunmaması gereken ve bir idari yaptırım¹⁵ niteliğini haiz ihalelere katılmaktan yasaklama kararının¹⁶, kesin ve yürütülmesi gereken bir şart işlem olduğu kabul edilmelidir¹⁷. Gerçekten de ihalelere katılmaktan yasaklama kararı ile ilgili, önceden kuralları ortaya konulmuş belli bir statü içerisine dahil edilmekte; hukuken “*ihalelere katılmaktan yasaklı*” hale gelmektedir. Ayrıca hukuki ve muhatapları üzerindeki etkileri uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararları, yenilik doğurucu ve yükümlendirici işlem özelliği göstermektedir¹⁸. Dahası doktrinde, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının ekonomik idari kolluk kategorisi içerisinde¹⁹; daha özelden ise kamu ihale kolluğu işlemlerinden birisi olduğu da ifade

[14] Akyılmaz, Sezginer & Kaya, s. 330; Gözler & Kaplan, s. 258.

[15] Özay, İl Han. İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1985, s. 35-36: “Bazı hallerde (...) yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargısal bir karar girmeden, İdarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar – uyguladığı müeyyideler vardır ki, bunlara ‘idari müeyyide’, daha doğrusu baştan beri yeğlediğimizi açıkladığımız terim ile ‘idari yaptırım’ denilir. İdari yaptırımların öğretide genellikle kabul edilen iki özelliği, İdare tarafından, İdare Hukuku usullerine göre kararlaştırılmaları ve uygulanmalarıdır. Buna bir üçüncü özellik olarak yaptırımın niteliğinin değişik olması da bazı İtalyan yazarlarca eklenmektedir. İdari yaptırımların bu üç özelliğini onları ceza müeyyidesinden ayırıcı bir ölçüt olarak incelemekte yarar vardır.”

[16] Örnek olarak bkz. Dan. 13. D., T.31.10.2019, E.2019/2040, K.2019/3309, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan. 13. D., T.18.02.2015, E.2014/5147, K.2015/619, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan. 13. D., T.26.02.2015, E.2014/2240, K.2015/771 – aktaran Kar, Serdar & Aydın, Mehmet & Acar, Ali & Demir, Mustafa & Yıldız, Mehmet & Yıldız, Ayşe. *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Yerleşik Danıştay İçtihatları*, Ed. Kar, Serdar. Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2019, s. 361.

[17] Kaya, s. 154. Aksi yönde olarak Akel, idari yaptırım niteliğine sahip kamu ihalelerinden yasaklama kararlarının “*sübjektif işlemlerin* özelliklerini taşıdığı” savunmaktadır. Benzer şekilde *Canbazoğlu* da yasaklama işlemlerini “*sübjektif işlem*” olarak tespit etmektedir. Bkz. Akel, Yeliz Neslihan. *2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 83; *Canbazoğlu, Kerem. Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 297.

[18] Akel, s. 90; *Canbazoğlu*, s. 298.

[19] Konuya ilişkin bkz. Tan vd., s. 292.

edilmektedir²⁰.

İdareler tarafından tesis edilenlerin yanı sıra, mahkemeler tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararları ise, bir güvenlik tedbiri²¹ olarak ortaya çıkan cezai bir yaptırımdır. Yine ihale ve harcama düzeninin korunması amacına hizmet eden ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, mali sistemin doğru işleyişini sağlayan mali kabahatlere de bir örnek teşkil ettiği doktrinde ileri sürülmektedir²². Buna ek olarak, tesis edilen ceza ve yasaklama kararları yanında, yasak fiil ve davranışların işlenmesi neticesinde edinilen mal varlığı veya parasal değerler hakkında, kazanç müsadereci adlı güvenlik tedbirine başvurulabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilebilecek Haller

Türk Hukuku'nda kamu ihalelerinin usul ve esaslarını düzenleyen üç temel kanun bulunmaktadır. Bunlar, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'dur. Kamu kurum ve kuruluşlarının gerçekleştirecekleri ihalelerle ilgili temel ilke ve esasların belirlendiği bu kanunlarda, ihale süreciyle bağdaşmayan yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği düzenlenmektedir.

İlk olarak değinilecek olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, kanunda sayılan idarelerin satım, kira, trampa, mülkiyet dışında aynı hak tesisi ile taşıma işleri ihaleleri hakkında uygulanmaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklama nedenleri, yasaklama makamı, usulü ve süresi ise, Kanun'un 83 ila 85. maddeleri arasında hüküm altına alınmaktadır. Kanun'un 83. maddesinde²³ yasaklama kararı verilecek yasak fiil ve davranışlar; 84. maddesinde²⁴ ise idarelerce verilecek ihalelere

[20] Kutlu Gürsel, Meltem. "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", in *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, Cilt: III, İstanbul, 2003, s. 609'dan aktaran Kaya, s. 155.

[21] Artuk, Mehmet Emin. "Güvenlik Tedbirleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XII, Sayı: 1-2, Yıl: 2008, s. 461-492, s. 466: "Güvenlik tedbirleri, kanunda öngörülen toplumsal savunma vasıtaları olup, toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra hakim tarafından hükmedilen yaptırımlardır."

[22] Taşdelen, Aziz. "Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma", *AÜHFD*, Cilt: 55, Sayı: 1, Yıl: 2006, s. 293-320, s. 310.

[23] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu "Yasak fiil ve davranışlar

Madde 83 – İhale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında;

a) Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,

b) Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak,

c) İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak yasaktır."

[24] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu

katılmaktan geçici yasaklama kararlarının tabi olduğu usul ve esaslar belirlenmektedir. Ayrıca Kanun'un 85. maddesinde²⁵, ihale işlemlerinde Türk Ceza Kanunu'na göre suç sayılan fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında mahkemeler tarafından yasaklama kararı verilebileceği öngörülmektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun yanı sıra 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, kapsamına giren idarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektedir. İhalelere katılmaktan yasaklanma nedenleri, usul ve süreleri ile yasaklama kararı verecek makamlar ise, Kanun'un 58, 59 ve 61. maddelerinde düzenlenmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde²⁶,

"İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama

Madde 84 – 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılmalardan, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı, Resmi Gazete'de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar.

Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.

Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.

(Ek: 26/2/2014-6527/8 md.) 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranış-ları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenler-den, verilecek bir aylık süre içinde ihale belirlenin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmez.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaş-tıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler."

[25] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu "Ceza sorumluluğu ve sonuçları

Madde 85 – 83 üncü maddenin (c) bendinde yazılı fiil ve davranışları bu durumları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi tespit edilenler ile, o işteki ortak veya vekilleri haklarında ceza kovuşturması yapılır; hükümlenilecek ceza ile birlikte bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmekten mahkeme kararı ile yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun 342 nci maddesi ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen müteahhitlere, yargılama sonuna kadar, hiçbir suretle yeni iş verilmez.

Bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı haklarında Türk Ceza Kanununun 339 340 ıncı maddeleri ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen kontrol teşkilatı mensupları, yargılama sonuna kadar görevden uzaklaştırılırlar.

(Değişik: 2/1/2003-4782/4 md.) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Üçüncü Babının Üçüncü Faslında yer alan rüşvet verme suçu ile 339, 340 ve 342 nci maddelerine göre, bu Kanun kapsamındaki suçlar nedeniyle haklarında tekerrür hükümleri uygulananlar, mesleklerini icradan men olunurlar ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamazlar.

Bu mahkûmiyete ilişkin kararlar, ilgililerin meslek ve müteahhitlik sicillerine işlenir."

[26] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu "Yasak fiil veya davranışlar

Madde 17- İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

ihalelere katılmaktan yasaklama kararını gerektirecek yasak fiil ve davranışlar sıralanmakta; 58. maddesinde²⁷, bu fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında verilecek ihalelere katılmaktan yasaklama kararının tabi olduğu usul ve esaslar belirlenmektedir. Yine Kanun'un 61. maddesi²⁸, bir başka ihalelere katılmaktan yasaklama kararını gerektirecek durum olarak bilgi ve belgeleri usule aykırı şekilde açıklayanlar hakkında da 58. madde hükümlerinin tatbik edileceğini öngörmektedir. Nihayet İdareler tarafından tesis edilecek yasaklama kararları yanında, Kanun'un 59. maddesi²⁹ uyarınca, ihale işlemlerinde

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır."

[27] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu "İhalelere katılmaktan yasaklama

Madde 58- (Değişik birinci fıkrası: 30/7/2003-4964/ 35 md.) 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.(2)

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkraya hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür."

[28] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu "Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı

Madde 61- (Değişik: 30/7/2003-4964/37 md.)

Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kılması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır."

[29] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu "İsteklilerin ceza sorumluluğu

Madde 59- Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunarak gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet

Türk Ceza Kanunu'na göre suç sayılan fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında mahkemeler tarafından da yasaklama kararı verilebilmektedir.

Son olarak, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri tespit etmektedir. Dolayısıyla Kanun, Kamu İhale Kanunu'na tabi kurum ve kuruluşlar tarafından aynı Kanun uyarınca yapılan ihaleler neticesinde meydana gelen sözleşmeleri kapsamaktadır. Konumuz özelinde 4735 sayılı Kanun'un 25. maddesinde³⁰ belirlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında yine Kanun'un 26. maddesinde³¹ öngörülen usul ve esaslar

Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkraya gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.”

[30] 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu “Yasak fiil ve davranışlar

Madde 25- Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

- Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
- Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.
- Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.
- Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.
- Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.
- Sözleşmenin 16 nci madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.”

[31] 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu “İhalelere katılmaktan yasaklama

Madde 26- (Değişik birinci fıkrası: 30/7/2003-4964/47 md.) 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir. (2)

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkraya hükmüne göre yasaklama kararı verilir.

çerçevesinde ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilecektir³².

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na benzer şekilde, 4735 sayılı Kanun 29. maddesinde³³, bilgi ve belgeleri açıklama yasağına aykırı davrananlara ihalelere katılmaktan yasaklama müeyyidesi uygulanacağını hüküm altına almakta; Kanun'un 27. maddesi³⁴ ise, mahkemeler tarafından verilecek yasaklama kararlarına ilişkin düzenleme öngörmektedir.

İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararının İlanı ile Karara Karşı Başvuru Süresinin Yargı Kararları Işığında İncelenmesi

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ışığında, sayılan fiil ve davranışların ortaya çıkması halinde idareler tarafından ilgililer

Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür."

[32] Konuya ilişkin verilmiş kimi yargı kararları için bkz. Çolak, Osman. "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Yasak Fiil ve Davranışlar ile Sorumluluklar", in *Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler* – 2, Ed. Üçışık, Fehim & Arslan, Çetin & Hakkakul, Seyyid Ahmet. Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 24-36, s. 27 vd.

[33] 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

"Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı

Madde 29- Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; yüklenicilerin iş ve işlemlerine, teknik ve mali yapılarına ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 26 veya 28 inci maddede belirtilen müeyyideler uygulanır."

[34] 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

"Yüklenicilerin ceza sorumluluğu

Madde 27- İş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanısıra, idarece 26 ncı maddeye göre verilen yasaklama kararının bitişi tarihinden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 26 ncı maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanırlar.

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur."

hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmekte olup, yasaklama kararları Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmektedir. Burada ilgililerin haklarında idareler tarafından alınmış olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarına karşı başvuru süreleri değerlendirilme tabi tutulacaktır.

Konuya ilişkin öncelikle yapılması gereken tespit şudur ki, yasaklama kararının Resmî Gazete’de ilanı, yasaklama kararı için bir geçerlilik değil, yürürlük şartıdır. Şöyle ki, idareler tarafından alınmış olan yasaklama kararları, mevzuat ile öngörülen prosedürün hukuka uygun şekilde teşekkül etmesiyle varlık kazanmakta; ardından karar, etkilerini doğurabilmesi için Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulmaktadır.

Yasaklama kararına karşı Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikâyet yolunun işletilebilmesinin söz konusu olmadığı; gidilecek yolun, karar hakkında Resmî Gazete’de yayımını takiben dava açma süresi içinde İYUK m.11 uyarınca idari mercilere başvurulması ya da idari yargı mercileri önünde dava ihdas edilmesi olduğu yine bir tespit olarak ortaya konulmalıdır³⁵. Ayrıca yasaklama kararlarının ilgisine yazılı olarak bildirileceğine (tebliğ edileceği) dair bir düzenleme mevzuatta öngörülmemektedir³⁶. Bahsi geçtiği üzere bu husus³⁷, bireysel işlem niteliğindeki ihalelere katılmaktan yasaklama kararları için üzerinde durulması gereken özel bir durum oluşturmaktadır.

İhaleden yasaklama kararlarına karşı başvuru sürelerine ilişkin

[35] Bilinmelidir ki, Kamu İhale Kurumu tarafından ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi ya da verilmiş olan yasaklama kararının kaldırılması mümkün değildir. Bu yönde olarak, Kamu İhale Kurulu’nun 18.02.2010 tarih ve 2010/UH.1-603 sayılı kararında da; “4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi gereği idarelerce ve yargı organlarında verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararları, Kamu İhale Kurumunca izlenerek kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin sicile işlenmektedir. Kamu İhale Kurumunun yasaklama kararlarının verilmesine veya kaldırılmasına ilişkin bir yetkisi bulunmamakta olup, söz konusu iddiaya ilişkin olarak başvurunun görev yönünden reddi gerek(tiği)” hükmüne varılmıştır. Bkz. İsbir, Begüm. *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 179. Kamu İhale Kurumu’nun yanı sıra Danıştay ise bir kararında şu tespitleri yapmaktadır: “(...)Aktarılan Kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden, Kamu İhale Kurumu’na haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak dışında yasaklama kararlarının bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak gibi bir görev ve yetki verilmediği, yasaklama kararlarının ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden bağımsız olarak tesis edildiği, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerden kastedilenin ihaleyi yapan idarece yapılan işlemler olduğu, ihaleden yasaklama kararları ise mutlaka ihaleyi yapan idarece alınmadığından ve ihaleyi yapan eğer bir bakanlık değilse ihaleyi yapan idarenin ilgili veya bağlı bulunduğu bakanlıkça, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelere ilişkin olarak ise İçişleri Bakanlığı tarafından ihaleden yasaklama kararı verildiğinden, ihaleden yasaklılık işlemlerinin tesis edilmesi yönünde alınan kararların hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda Kamu İhale Kurulu’nun herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.” Bkz. Dan. 13. D., T.09.10.2017, E.2017/1626, K.2017/2528 – aktaran Kar, Aydın & Acar vd., s. 349.

[36] Sırabaşı, Volkan. “Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2011, s. 373-380, s. 374.

[37] Bkz. y. III, A.

Danıştay kararları incelendiğinde, eski kararlarında Yüksek Mahkeme'nin mevzuat hükümlerinden hareketle, kararın Resmî Gazete'de yayımı ile tebliğinin gerçekleştiğine ve ilgilinin yayım tarihinde öğrendiği kabul edilen yasaklama işlemine karşı dava açma süresi içinde başvuru yollarını işletmesi gerektiğine karar verdiği görülmektedir³⁸. Buna karşılık, kararlara yazılan karşı oylarda³⁹, ihalelere katılmaktan

[38] Bkz. Dan. 13. D., T.25.09.2009, E.2008/14146, K.2009/8646, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası: "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğu kurala bağlanmıştır. 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinin dördüncü fıkrasında, yasaklama kararlarının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verileceği, verilen bu kararın Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderileceği ve yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği, bu kararların Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin sicillerin tutulacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, 4734 sayılı Kanun'da ihaleden yasaklama kararlarının ayrıca tebliğ edileceğine dair bir hükme yer verilmediği, anılan Yasanın 58. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Resmi Gazete'de ilan suretiyle tebliğ gerçekleşeceği görülmektedir (...) Bakılmakta olan davada davacılar vekilince, (...) deprem güçlendirme ve onarım ihalesi ile ilgili iptali istenilen yasaklama kararının, Resmi Gazete'deki ilan tarihinin 16.07.2007 tarihi olduğu belirtilmiş ise de, davacı şirket ve ortağının da aralarında bulunduğu ihaleye katılan şirket ve ortaklarının, iki yıl süreyle tüm kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamalarına ilişkin kararların 14.07.2007 tarih ve 26582 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığı, 16.07.2007 tarihli Resmi Gazete'de, davacı şirket ve ortağının kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaları yönünde davalı idare tarafından alınarak ilan edilmiş olan herhangi bir yasaklama kararı bulunmadığı ve 16.07.2007 tarihinin, yasaklama kararının ilan edildiği 14.07.2007 tarih ve 26582 sayılı Resmi Gazete'nin internet çıktısının alındığı tarih olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, 14.07.2007 tarihinde ilan suretiyle tebliğ edilmesi nedeniyle, bu tarihte öğrenildiği kabul edilen dava konusu yasaklama işlemine karşı, bu tarihten itibaren 60 gün içerisinde, en son 12.09.2007 tarihine kadar dava açılması gerekirken, 13.09.2007 tarihinde kayda giren dilekçe ile açılan davanın, 2577 sayılı Yasa'nın 7.maddesi uyarınca süre aşımı nedeniyle incelenme olanağı bulunmadığından, esasa girilerek davanın reddi yolunda verilen temyizle konu Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir." Aynı yönde olarak bkz. Dan. 13. D., T.25.09.2009, E.2008/3504, K.2009/8647, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası; Dan. 13. D., T.19.06.2009, E.2008/5614, K.2009/6854, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası; Dan. 13. D., T.14.09.2009, E.2009/459, K.2009/8236, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası; Dan. 13. D., T.23.10.2009, E.2009/2667, K.2009/9386, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası.

[39] Bkz. Dan. 13. D., T.25.09.2009, E.2008/14146, K.2009/8646, HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası: "KARŞI OY – 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde; dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğu, bu sürenin, idari uyumsuzluklarda yazılı bildirim yapıldığı, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde ise ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı hükme bağlanmıştır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine göre verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının düzenleyici bir işlem niteliğinde olmadığı kuşkusuzdur. Her ne kadar, anılan Kanunlarda ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanması öngörülmüş ise de, bu hükümler, idarelerin ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek amacıyla getirilmiş olup, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğini değiştirilmemektedir. Bu hukuki çerçeveye karşısında; 2577 sayılı Kanunda düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmüş olan ilan tarihini, bireysel işlem niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarında uygulanması mümkün olmayıp; ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, uygulanma süresi içerisinde, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal süresi içinde dava konusu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir. Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirket ve ortağı hakkında 4734 sayılı Kanunun 58. maddesi uyarınca iki yıl süre ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verildiği, bu işlemin 14.07.2007 tarih ve 26582 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak uygulanmaya başlandığı, yasaklama süresi içerisinde, bu işlemden 16.07.2007 tarihinde haberdar olduğu ve 13.09.2007 tarihinde İstanbul İdare Mahkemesi kayıtlarına giren dilekçeyle ihalelerden yasaklama işleminin iptali istemiyle bu davanın açıldığı, dava konusu işlemin davacılarla yazılı olarak tebliğ edildiği veya davacıların bu işlemden daha önce haberdar olduğu yolunda herhangi bir bilgi ve belge de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğine dikkat çekilmiş; düzenleyici işlemlere dava açma süresinin başlangıcı olarak kabul edilen ilan tarihinin, bir bireysel işlem olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarında uygulanmasının mümkün olmayacağı; söz konusu kararların yazılı bildirim ya da öğrenme üzerine yasal süresi içinde dava konusu edilebileceği not edilmiştir.

Yukarıda vardığı sonucun ardından Yüksek Mahkeme, kanaatimizce doğru şekilde içtihat değiştirerek, anılan karşı oylarda da yer verildiği üzere, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bir bireysel işlem olduğunu tespit etmiş; bireysel işlemlerde dava açma süresinin başlamasında yazılı bildirim esas alınması gerektiğinden, yasaklama kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanmasının bu kararların niteliğini değiştirmeyeceğine; uygulanma süresi içerisinde söz konusu kararların yazılı bildirim veya öğrenme üzerine dava açma süresi içinde dava konusu edilebileceğine karar vermiştir⁴⁰.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İlgili mevzuat gereği idareler tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararı sonucu, ihale isteklisi ya da üzerine ihale bırakılan gerçek ya da tüzel kişiler, ihlalin ağırlığına göre değişen sürelerde düzenlenen ihalelere katılmaktan menedilmektedir. Yasaklama kararı, piyasadaki rekabet kuralları ya da yasaklanan ilgilinin ekonomik durumu açısından kimi zaman telafisi güç ya da imkânsız zararlar ortaya çıkarma ihtimali barındırdığından üzerinde dikkatle durulması gereken

Bu durumda; yasal süresi içinde açıldığının kabulü gereken davada, davanın reddine ilişkin mahkeme kararının esas yönünden incelenmesi gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.” Aynı yöndeki karşı oylar için bkz. Dan. 13. D., T.25.09.2009, E.2008/3504, K.2009/8647, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası; Dan. 13. D., T.19.06.2009, E.2008/5614, K.2009/6854, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası; Dan. 13. D., T.14.09.2009, E.2009/459, K.2009/8236, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası; Dan. 13. D., T.23.10.2009, E.2009/2667, K.2009/9386, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası. [40] Dan. 13. D., T.12.03.2013, E.2012/731, K.2013/687, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası: “2577 sayılı Kanun’da düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmesi olan ilân tarihinin, bireysel işlem niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarında uygulanması mümkün olmayıp; ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal süresi içinde dava konusu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir (...) Anayasa’nın 125. maddesinde ve 2577 sayılı Kanun’un 7. maddesinde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin hesabında başlangıç tarihi olarak yazılı bildirim esas alınacağı kurala bağlanmış olduğundan, subjektif işlemlere karşı açılacak idarî davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için idarî işlemin ilgisine yazılı olarak bildirilmesinin zorunlu olduğu, yasaklama kararlarının ilanı gereken düzenleyici işlem niteliği taşımadığı dikkate alındığında, bakılan davanın, dava konusu işlemin öğrenilmesi üzerine yasal süre içerisinde açıldığının kabulü gerektiğinden ve 22.10.2004 tarihinde davacı tarafından öğrenilen işleme karşı 24.11.2004 tarihinde açılan davanın süresinde olduğu anlaşıldığından, İdare Mahkemesince davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, süre aşımı nedeniyle davanın reddi yolunda verilen kararda usule uygunluk bulunmamaktadır.” Danıştay Dairesi’nin bu içtihat değişikliğinde, benzer bir uyuşmazlık hakkında aynı yönde verilmiş bir İdari Dava Daireleri Kurulu kararının da etkisi olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Zira anılan Dava Daireleri Kurulu kararı, bizatihi Daire’nin verdiği kararda da zikredilmektedir. Bahsi geçen karar için bkz. Dan. İ. D. D. K., T.30.01.2013, E.2011/212, K.2013/121, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Dan. 13. D., T.12.09.2018, E.2016/2319, K.2018/2403, HukukTürk İctihat Bilgi Bankası.

bir durum ortaya çıkarmaktadır. Dahası hukuka aykırı olarak verilen bir yasaklama kararı neticesinde idarenin sorumluluğunun gündeme gelebileceği de açıktır. Buradan hareketle verilmiş olan yasaklama kararına karşı idare mahkemelerinde yürütmeyi durdurma talepli iptal ve tam yargı davalarının açılmasının yanında, sözleşme sonrası idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelenen ihale sözleşmeleri kapsamında idareye karşı ortaya çıkacak zarar nispetinde bir alacak davasının yöneltilmesinin de ihtimal dahilinde olduğu söylenmelidir.

Gerek doktrin gerekse de yargı kararlarında, ihalelere katılmaktan yasaklama kararının bir bireysel işlem olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Dolayısıyla her ne kadar yasaklama kararının Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe gireceği mevzuat hükümlerinde yer almakta ise de; bireysel işlem niteliğini haiz yasaklama kararının ilgisine yazılı şekilde tebliğ edilmesi üzerinde önemle durulmalıdır⁴¹. Zira başta Anayasa’nın 125. maddesi, “*idari işlemlere karşı açılacak davalarda süre(nin), yazılı bildirim tarihinden başla(yacağı)mı*”; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7. maddesi, “*dava açma süresi(nin) idari uyumsuzluklarda yazılı bildirim yapıldığı; ilanı gereken düzenleyici işlemlerde ilan tarihini izleyen günden itibaren başla(yacağı)mı*” hüküm altına almaktadır.

Görüldüğü üzere, Anayasa’nın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7. maddelerinde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren başlayacağına yer verilmek suretiyle dava açma süresinin başlamasında, yazılı bildirim esas alınacağı öngörülmüştür. Bilinmelidir ki, idarî işlemlerin idare tarafından ilgililere açık ve anlaşılabilir biçimde bildirilmesi, hak arama hürriyetinin kullanılması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu yönde olarak, ihalelere katılmaktan yasaklama işlemlerinin bir temel hak ve özgürlük olan çalışma hürriyetini sınırlandırıcı özellik göstermesi nedeniyle bu işlemler için yazılı bildirim yapılması, Anayasa’da güvence altına alınmış olan hak arama hürriyetinin vazgeçilmez gereğidir.

Anayasa’nın “*Hak arama hürriyeti*” başlıklı 36. maddesi uyarınca; “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” Anayasa’nın “*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*” başlıklı 40. maddesine göre ise, “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvuru imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir (m.40/1).*”

[41] Akel, s. 289 vd.; Canbazoğlu, s. 312.

Yine Anayasa'nın 40/2 maddesinde; *“Devlet, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır”* hükmü yer almaktadır. Düzenleme uyarınca, idarenin ilgilinin hangi idari makama başvurabileceğini, öngörülmüşse hangi yargı öncesi uyuşmazlık çözme yollarını işletebileceğini ya da hangi yargı merciine hangi koşullar dahilinde başvurabileceğini kararında göstermesi gerekmektedir⁴².

İlgililer çoğu zaman idarenin işlemlerine karşı ne yönde hareket edebilecekleri konusundaki bilgisizlikleri nedeniyle mağdur olmaktadır. İşte İdare, bu mağduriyetin yaşanmaması için kendisi tarafından tesis edilen işlemde, bu işleme karşı başvurulabilecek idari ve yargısal yollar ile bu başvuruların sürelerini göstermelidir. Bilgi edinme hakkı ile de bağlantılı olarak, başvuru ve sonrasına ilişkin tüm bilgileri öğrenmek ilgililerin hakkıdır ve bu hak gereği idare tarafından bu bilgiler kendileri ile paylaşılmalıdır⁴³.

Anayasa'nın 40/2 maddesinde yer alan başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğünden hem yargı mercilerine hem de idari mercilere başvurunun anlaşılması şart olup, söz konusu yükümlülük, ilgililer açısından hak arama hürriyeti alanında yer alan yönetsel ve koruyucu bir hak niteliğindedir⁴⁴. Öyle ki madde gerekçesinde, başvuru yollarının gösterilmesinin, hak arama hürriyetinin bir gereği olduğu şöyle vurgulanmaktadır⁴⁵: *“Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir.”*

Hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılabilmesi açısından büyük önem taşıyan Anayasa'nın 40/2 maddesine ilişkin dikkat çekici

[42] Dan. İ. D. D. G. K., T.16.06.2005, E.2003/695, K.2005/2176, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “İdari usulde, usul süreci sonunda ortaya çıkan kararın, kararın muhatabı için gerek uygulama gerek bilgilendirme ve gerekse hukuk yollarına müracaat edebilme hususunda yeterince ‘açık’, ‘yol gösterici’ olma zorunluluğu ‘başvuru yollarının gösterilmesi’ ilkesini ortaya çıkarmıştır. Çünkü idari işlemin sadece gerekçe ve hüküm fıkrasının bildirilmesi, bireysel hak ve menfaatler için yeterli kadar güvence taşımadığından, bu karara karşı başvurulabilecek kanun yollarının da gösterilmiş olması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, işlem metninde başvuru yollarının gösterilmesi, kişilerin kendilerine tanınmış bulunan kanuni hakları kolaylıkla kullanmalarını sağlayacak, işleme karşı nereye ve daha da önemlisi hangi süre içinde başvuruda bulunulabileceğinin, başvurunun zorunlu olup olmadığının bilinmesi, işlemin yöneldiği kişinin uğrayabileceği muhtemel mağduriyetleri için başında giderecektir.”

[43] Odyakmaz, Zehra. “Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 1997, s. 1-21, s. 14.

[44] Akıllıoğlu, Tekin. *İnsan Hakları-I Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s. 89.

[45] Bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gereğeli)*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 231.

bir diğer husus⁴⁶, bildirim yükümlülüğünün yalnızca idare ile sınırlı tutulmadığı, başlı başına Devlet'in bu yükümlülük altında olduğu vurgusudur⁴⁷. Anayasa koyucu herhangi bir devlet organı ya da işlem ayrımı yapmadan tüm organ ve işlemler için bu hükmü getirmiştir. Konulan kural karışık ve anlaşılması zor mevzuat karşısında bireylerin hak kayıplarının önlenmesi açısından hayati önem taşımaktadır. Hukuka aykırı kararların önüne geçilmesine yardımcı olacağı muhakkak olan bu idari usul kuralının, anayasal düzenleme sayesinde idari işlemler için zorunlu bir şekil şartı haline getirilmiş olması ise ayrıca kayda değerdir. Dolayısıyla artık idarenin gerçekleştirdiği bir işlem yalnızca bu şartı sağlamadığı için dahi şekil yönünden iptal edilebilir hale gelecektir.

Görüldüğü üzere, hak arama hürriyeti bağlamında Devlete önemli bir ödev yüklenmektedir. Buna göre Devlet, hak arama hürriyetinin en önemli görünümü olan yetkili mercilere başvuru imkanlarının etkin şekilde işletilebilmesini temin etmeli; buna engel olabilecek her türlü olumsuzluğu da ortadan kaldırma yönünde tedbirler almalıdır. İdari işlemlere karşı başvuru yollarının gösterilmesinin asıl işlevi, ilgililerin hukuklarını etkileyen bu işlemlere karşı hak arama hürriyetlerinin kısıtlanmasının önüne geçmektir. Hele ki idari yargıda dava açma süresinin kamu düzeninden ve hak düşürücü nitelikte kabul edilmesi, ilgililerin süresi içinde doğru mercilere başvurmalarını daha da önemli kılmaktadır. Bu yönde olarak, anayasal yükümlülüğe aykırı düşecek biçimde idarece tesis edilen işlemde başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmemesi neticesinde ilgilinin işleme karşı açacağı davanın süre aşımından reddedilmesi, idarenin hukuka uygunluğunu temin edecek en etkili denetim mekanizması olan yargısal denetimden kurtulması anlamına gelecektir.

Buradan hareketle, çalışmamızda incelendiği üzere, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının yürürlüğü için Resmî Gazete'de yayım şartı öngörülmüş olsa da; bireysel işlem niteliğini haiz bu işlemlerin hak arama hürriyetinin gereği gibi kullanılabilmesi amacıyla ilgisine yazılı olarak bildirilmesi; yapılacak bildirimde hangi kanun yolları ve mercilere, hangi süre içerisinde başvurulabileceğinin açık şekilde gösterilmesi zorunluluk arz etmektedir⁴⁸. Neticede, mevzuatta

[46] Akbulut, Emre. "İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 81, Yıl: 2009, s. 1-21, s. 6.

[47] Koç, Emin. "Türk Hukuku'nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 145, Yıl: 2019, s. 301-347, s. 316 vd.

[48] Burada ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarına ilişkin Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin bir içtihadına yer vermek istiyoruz. Yasaklama kararlarına yönelik anılan anayasal ve yasal düzenlemeler bağlamında konuya yaklaşımı nedeniyle önem arz eden kararın bazı bölümleri şu şekildedir: "*Anayasa'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması* başlıklı 40. maddesinin ikinci fıkrasında, Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu hükmü yer almış ve

ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının ilgisine tebliğ edileceğine dair düzenlemelerin yapılması, konu hakkındaki tereddütleri giderecek ve hak arama hürriyetinin korunmasını sağlayacak bir gerekliliktir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Emre. “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 81, Yıl: 2009, s. 1-21.
- Akel, Yeliz Neslihan. *2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Akıllıoğlu, Tekin. İnsan Hakları-I Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995.
- Akyılmaz, Bahtiyar & Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Artuk, Mehmet Emin. “Güvenlik Tedbirleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XII, Sayı: 1-2, Yıl: 2008, s. 461-492.
- Canbazoğlu, Kerem. *Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Çolak, Osman. “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Yasak Fiil ve Davranışlar ile Sorumluluklar”, in *Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler - 2*, Ed. Üçışık, Fehim & Arslan, Çetin & Hakkakul, Seyyid Ahmet. Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 24-36.
- Derbil, Süheyp. İdare Hukuku (İdari Kaza-İdari Teşkilat), Cilt: I, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1948.
- Gözler, Kemal & Kaplan, Gürsel. İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 21. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.

anılan maddenin gerekçesinde ise, bireylerin yargı ya da idarî makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanmasının amaçlandığı, son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesinin hak arama hürriyetinin korunması açısından zorunluluk hâline geldiği ifade edilmiştir. Anayasa'nın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı düzenlenmesine yer verilerek suretiyle dava açma süresinin başlamasında, 'yazılı bildirim' in esas alınması öngörülmüş olup, hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından, idarî işlemlerin idare tarafından ilgililere açık ve anlaşılabilir biçimde bildirilmesi gerekmektedir. Diğer yandan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinin dördüncü fıkrasında ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmekle birlikte, bu kural, kamu idarelerinin, ihalelere katılmaktan yasaklı kişilerden haberdar olmasını ve yasaklı kişilerin ihalelere katılmasını engelleyerek ihale işlemlerinin sekteye uğramasını önlemek amacıyla getirilmiş olup, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının bireysel işlem niteliğini değiştirmemektedir. Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'da düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülmüş olan ilân tarihinin, bireysel işlem niteliğinde olan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarında uygulanması mümkün olmayıp; ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, yazılı bildirim veya öğrenme üzerine yasal süresi içinde dava konusu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir. Bakılan davada, Anayasa'nın 125. maddesinde ve 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin hesabında başlangıç tarihi olarak yazılı bildirim esas alınacağı kurala bağlanmış olduğundan, subjektif işlemlere karşı açılacak idarî davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için idarî işlemin ilgisine yazılı olarak bildirilmesinin zorunlu olduğu ve yasaklama kararının ilanı gereken düzenleyici işlem niteliği taşımadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, davacı şirket tarafından 12.08.2016 tarihli dilekçe ile hakkında verilen yasaklama kararının kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun 19.08.2016 tarihli işlem ile reddedilmesi üzerine 05.10.2016 tarihinde Mahkeme kayıtlarına giren dilekçe ile; dava konusu yapılan 17.03.2016 tarih ve 29656 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1(bir) yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde süre aşımından söz edilemeyeceğinden, Mahkemece uyuşmazlığın bu kısmı hakkında işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken süre aşımı yönünden reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.” Bkz. Ankara Bölge İdare Mahkemesi – 8. İdari Dava Dairesi, T.10.11.2017, E.2017/737, K.2017/859, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

- İsbir, Begüm. *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Kar, Serdar; Aydın, Mehmet; Acar, Ali; Demir, Mustafa; Yıldız, Mehmet & Yıldız, Ayşe. *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Yerleşik Danıştay İçtihatları*, Ed. Kar, Serdar. Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2019.
- Karahanoğulları, Onur. Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Kaya, Cemil. "İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 2, Yıl: 2006, s. 153-184.
- Koç, Emin. "Türk Hukuku'nda Devlet İşlemlerine Karşı Başvuru Yollarını Gösterme Yükümlülüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 145, Yıl: 2019, s. 301-347.
- Kutlu, Meltem. *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 75, İzmir, 1997.
- Odyakmaz, Zehra. "Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 1997, s. 1-21.
- Özay, İl Han. *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Özay, İl Han. *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1985.
- Özön, Mustafa Nihat. *Osmanlıca - Türkçe Sözlük*, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 1987.
- Sırabaşı, Volkan. "Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2011, s. 373-380.
- Tan, Turgut. *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Taşdelen, Aziz. "Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma", *AÜHFD*, Cilt: 55, Sayı: 1, Yıl: 2006, s. 293-320.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.
- Üstün, Ümit Süleyman & Çalış, Hande Sena. "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 26, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 111-147.

İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİ KARARLARININ ANAYASAL DEĞERİ

Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-6502-4076

mcevikcelik@erbakan.edu.tr

ÖZET

Hukukun yardımcı kaynaklarından olan yargısal içtihatlar, hâkimlerin önüne gelen somut uyuşmazlıkları çözmek için izledikleri yolları, benimsedikleri ilkeleri ve ulaştıkları sonucu içeren mahkeme kararlarıdır. Uygulamada çeşitli konularda yüksek mahkeme içtihatları arasında farklılık veya uyumsuzluk ortaya çıkabilir. Zira somut uyuşmazlıkların koşulları ve özellikleri kendine özgüdür. İlk bakışta maddi ve hukuki açıdan benzer görülen uyuşmazlıkların birbirinden çeşitli nüanslarla ayrıldığı görülmektedir. Dolayısıyla hâkimler gerekçelendirmek kaydıyla diğer içtihatlardan farklı istikamette karar verebilirler. Keza kanunlarda yer alan boşlukların hâkimler tarafından farklı şekillerde yorumlanarak doldurulması ihtimal dahilindedir. Ancak bireyler, kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince yargı organından hukuk uygulamalarında birliğin sağlanmasını, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun hareket edilmesini talep etme hakkına sahiptir. İchtihatların birleştirilmesi uygulamasıyla yargı kararları arasında birliğin, öngörülebilirliğin, hukuki güvenlik ve istikrarın tesis edilmesi amaçlanmaktadır. İchtihatların birleştirilmesi usulü neticesinde verilen içtihatların birleştirilmesi kararları hukukun asli kaynaklarından biri olarak kabul edilmektedir. İchtihatları birleştirme kararlarının hukukun gelişimine katkıda bulunduğu ve hukuk uygulamalarında birlik sağladığı hususlarında şüphe bulunmamaktadır. Ancak söz konusu kurum, bağlayıcılığını Anayasa'dan değil, Danıştay Kanunu'ndan ve Yargıtay Kanunu'ndan almaktadır. Bu durum anayasal güvenceye sahip olan yasama yetkisinin devredilmezliği, kuvvetler ayrılığı, adil yargılanma hakkı ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkeleri açısından oldukça tartışmalıdır. Zira içtihatların birleştirilmesi kararı, diğer yargısal içtihatlardan farklı olarak somut bir uyuşmazlığa çözüm getirmemektedir. Bu kararlarla genel ve soyut prensipler ortaya konulmaktadır. Bu yönüyle içtihatların birleştirilmesi kararlarının maddi açıdan kanunlara benzediği söylenebilir. Ancak içtihatların birleştirilmesi kararları her ne kadar maddi açıdan kanun

niteliğinde olsa da şekli açıdan kanun değildir ve anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmezler. Dolayısıyla bu kararlar açısından başvurulabilecek hukuki mekanizma, birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi veya kaldırılması yoludur. 1982 Anayasası karşısında içtihatları birleştirme kararlarının taşıdığı bir diğer risk hâkimlerin bağımsızlığı noktasındadır. Anayasa'nın 138. maddesine göre, yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Yargı organı ise hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına verilen önem nedeniyle bilinçli olarak hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla içtihatları birleştirme kararlarının mahkemeleri bağlaması amaçlanıyorsa bu hususun Anayasa'da açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Zira hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi anayasal bir ilkedir. Bu bildiriye, Anayasa'da kabul edilen temel ilkeler ışığında içtihatların birleştirilmesi uygulamasının hukukumuzdaki yeri irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Hukuki İstikrar, İçtihatların Birleştirilmesi Kararları, Öngörülebilirlik, Yargısal İçtihat.

THE CONSTITUTIONAL VALUE OF THE UNIFICATION OF CONFLICTING JUDGMENTS

ABSTRACT

Judicial judgments, which are one of the supplementary sources of law, are court decisions that include the ways followed by judges to resolve specific disputes, the principles they adopt, and the outcomes they reach. In practice, differences or inconsistencies may arise between high court precedents on various issues. Because the conditions and characteristics of each dispute are unique. It can be seen that disputes, which may seem similar in terms of material and legal aspects at first glance, differ from each other with various nuances. Therefore, judges can make decisions in a different direction from the other jurisprudences, provided that they justify. Likewise, it is possible that gaps in the codes may be filled by different interpretations by judges. However, individuals have the right to demand from the judicial body to ensure unity in legal practice in compliance with the principle of equality before the law and to make decisions in accordance with the principles of legal certainty and predictability. It is aimed to establish unity, predictability, legal security, and stability among judicial decisions with the unification of jurisprudence. The decisions of unification of conflicting judgments are regarded as one of the primary sources of law. There is no doubt that

the decisions of unification of conflicting judgments contribute to the development of law and ensure uniformity in legal practices. However, this decision derives its binding not from the Constitution, but from the Council of State Act and the Court of Cassation Act. This situation is rather controversial in terms of principles of non-transferability of legislative authority, separation of powers, right to a fair trial, and independence of judges, which are constitutionally guaranteed. Because the decision of unification of conflicting judgments, unlike other judicial decisions, does not provide a solution to a specific dispute. These decisions establish general and abstract principles. In this respect, it can be said that the decision of unification of conflicting judgments is similar to the acts. Although the decision of unification of conflicting judgments is similar to acts in terms of materiality, these decisions are not formal acts and are not brought before the Constitutional Court with an allegation of unconstitutionality. Therefore, the legal mechanism that can be applied to these decisions is to change or abolish the decision of unification of conflicting judgments. Another risk borne by the decision of unification of conflicting judgments is related to the principle of independence of judges. According to Article 138 of the Constitution, legislative and executive bodies and the administration are obliged to comply with court decisions. The judicial body, on the other hand, has been deliberately excluded from the scope of the article due to the importance given to the independence and impartiality of judges. Therefore, if decisions of unification of conflicting judgments are intended to bind the courts, it must be regulated in the Constitution. Because the principle of independence of judges is a constitutional principle. In this paper, the procedure of decision of unification of conflicting judgments in Turkish law will be examined in light of constitutional principles.

Keywords: Legal Stability, Decisions of Unification of Conflicting Judgments, Predictability, Judicial Precedents.

GİRİŞ

İdare hukuku içtihadı karaktere sahip genç bir hukuk dalıdır. İdare hukukunda kabul edilen ilkeler genellikle yargı kararlarıyla geliştirilmiştir. Hatta yargı kararlarıyla geliştirilen çoğu ilke ve kurumun bir süre sonra kanuni düzenlemelere konu olduğu görülmektedir. Bu nedenle yargısal içtihatlar idare hukukunda özel bir öneme sahiptir. Doktrinde ve uygulamada yargısal içtihatlar yardımcı kaynak olarak kabul edilmektedir. Bu durumun istisnası ise içtihatların birleştirilmesi kararlarıdır.

İçtihatların birleştirilmesi usulü 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun¹ 39 ve 40. maddelerinde ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun² 45. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çalışmada öncelikle içtihat kavramı ve içtihatların birleştirilmesi kararının nitelikleri açıklığa kavuşturulacaktır. Devamında ise içtihatların birleştirilmesi kararlarının bağlayıcılığına yöneltilen eleştiriler ve mahkemelerin bu eleştirilere yaklaşımı incelenecektir.

İÇTİHAT KAVRAMI VE İDARE HUKUKUNDA İÇTİHATLARIN YERİ

Arapçadaki cehd kökünden gelen içtihat kelimesi sözlük anlamıyla “*zor ve külfetli bir iş vücuda getirmek için bütün kudret ve gayretini sarfetmek suretiyle çalışmak*”³ demektir. Hukuki açıdan içtihat “*bir konu üzerinde bütün güçle çalışıp, işin özüne inerek sonuç ve hüküm çıkarmak; uyuşmazlığı en iyi şekilde çözmek; karara bağlamak*” anlamlarına karşılık gelmektedir⁴. Ejder Yılmaz tarafından yapılan bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, içtihat kavramı iki gruba ayrılarak ele alınmaktadır: Bir konu üzerinde işin özüne inilerek yapılan çalışmalar bilimsel içtihatlar (*ilmi içtihatlar*) ve uyuşmazlığı çözümlen ve karara bağlayan yargısal içtihatlar (*kazaî içtihatlar*). Günümüzde çoğu hukuk kitabında içtihat kelimesinin genellikle yargısal içtihatlarla karşılık gelecek şekilde kullanıldığı, bilimsel içtihatların ise doktrin başlığı altında incelendiği görülmektedir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nda da içtihat kelimesi yargısal içtihat anlamında kullanılmıştır.

Bilimsel içtihatlar, bilim insanlarının yürüttükleri çalışmalar neticesinde ortaya koydukları görüş ve kanaatlerdir⁵. Bilimsel içtihatlar yardımıyla hukuk kuralları yorumlanmakta, yargısal içtihatlar incelenmekte ve

[1] Danıştay Kanunu, Kanun Numarası: 2575, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG: 20.01.1982/17580.

[2] Yargıtay Kanunu, Kanun Numarası: 2797, Kabul Tarihi: 04.02.1983, RG: 08.02.1983/17953.

[3] Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lügati*, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 142.

[4] Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 580.

[5] Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 5. Baskı, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1966, s. 93; Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 92.

hukuk kurallarının oluşumuna katkıda bulunmaktadır⁶. Yargısal içtihatlar, hâkimlerin önüne gelen tikel-somut uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak için izledikleri yolu, benimsedikleri ilkeleri ve ulaştıkları sonucu içeren mahkeme kararlarıdır⁷. Yargısal içtihatlar ile kanunlarda yer alan soyut kalıplar somutlaştırılmakta⁸ ve çeşitli ilkeler ortaya konulmaktadır.

Kıta Avrupası sisteminin benimsendiği ülkemiz hukukunda, Common Law sisteminden farklı olarak, bilimsel ve yargısal içtihatlar yardımcı kaynak olarak kabul edilmektedir⁹. Bu husus 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹⁰ 1. maddesinin 3. fıkrasında “*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır*” şeklinde ifade edilmiştir. Hâkimler kararlarını verirken bilimsel ve yargısal içtihatlarla bağlı değildir, “*Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler*” (Anayasa m.138/1).

Yargısal içtihatlar, idare hukuku için somut uyuşmazlıklara çözüm getirmenin ötesinde bir anlam taşımaktadır. Zira idare hukuku içtihatlarla gelişen ve şekillenen bir hukuk dalıdır. Bu nedenle idare hukukunun içtihadî bir karaktere sahip olduğu kabul edilmektedir¹¹. Kamu malları, yetkide ve usulde paralellik, disiplin soruşturmalarında son savunmanın alınması, idarenin sorumluluğu gibi çoğu husus içtihatlarla gelişmiştir.

İlk bakışta idare hukukunun içtihadî karaktere sahip olması karşısında içtihatların yardımcı kaynak niteliğinde kabul edilmesi bir çelişki gibi görülebilir. Gerçekten hâkimler önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında karar verirken gerek kendileri gerekse başka mahkemeler tarafından daha önce verilen kararlarla bağlı değildir. Zira hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi, Anayasa'nın 138. maddesinde güvence altına alınan anayasal bir ilkedir. Bu ilke hâkimlerin yargı organı içerisinde de bağımsızlıklarının sağlanmasını gerektirmektedir¹². Öte yandan içtihatların hiçbir şekilde

[6] Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat & Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 60; Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 84.

[7] Kayhan, Fahrettin. “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İchtihatlarının ve İchtihadî Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 2, 1999, s. 343-344; Bilge, s. 86; Çıtak, Halim Alperen. *İdare Hukukunun İchtihadî Karakteri*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 9.

[8] İnan, Atilla. “Genel Olarak İchtihatları Birleştirme Kurumu ve Sayıştay'da İchtihatları Birleştirme”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 1984, s. 56.

[9] Özkan Duvan, Ayşe. “İnsan Hakları Hukukunun İchtihadî Kaynakları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 4, 2016, s. 138-141; İnan, s. 56; Gedik, Fırat & Koç, Emel. “Hüküm Kurma ve İchtihat”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 67, Sayı: 2, 2009, s. 158; Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 78-80.

[10] Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG: 08.12.2001/24607.

[11] Türk idare hukukunun içtihadiliğine dair tartışmalar için bkz. Çıtak, s. 212-216.

[12] Metin, Yüksel. “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 27, 2010, s. 224.

hâkimi bağlamayacağını söylemek hukuki istikrar ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Her ne kadar içtihatlar idare hukuku açısından asli kaynak niteliği taşımaya da hâkimin önüne gelen uyuşmazlığa benzer uyuşmazlıklarda daha önce verdiği veya üst mahkemeler tarafından verilen kararları göz önünde tutması gerekmektedir. Zira bir hukuk kuralının benzer uyuşmazlıklarda mahkemeler tarafından aynı biçimde yorumlanması beklenir¹³. Benzer uyuşmazlıkların benzer şekillerde çözümlenmesi hukuki belirliliği, kanun önünde eşitliği ve yargıya güven duyulmasını sağlayacaktır¹⁴. Bununla birlikte hâkimin gerekçelerini belirterek daha önce verilen kararlardan farklı bir yönde hüküm tesis etmesi mümkündür.

Mevzuatımızda hâkimlerin yüksek mahkeme kararlarıyla bağlı olduklarına dair bir düzenleme yer almasa da mesleklerinde ilerleyebilmeleri noktasında kanun yolu incelemesinden geçen iş miktarlarının oranı oldukça önemlidir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun¹⁵ "*Derece yükselmesinin koşulları*" başlıklı 21. maddesinde, kanun yolu incelemesinden geçen işlerin ve kanun yolu değerlendirme formlarının derece yükselmesinde dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Benzer konularda üst mahkemeler tarafından verilen kararların örnek alınmadığı davalarda, yargı yoluna gidilmesi üzerine kararın bozulması ve bu durumun hâkimin değerlendirilmesine olumsuz not olarak yansımaya mümkündür¹⁶. Bu ihtimal hâkimlerin dolaylı olarak üst mahkeme kararlarıyla kendilerini bağlı hissetmeleri sonucunu doğurabilir.

Yargısal içtihatlar söz konusu olduğunda hukuki belirlilik ile hâkimlerin bağımsızlığı ilkeleri arasında dengenin sağlanması oldukça önemli bir problemdir. İchtihatların asli kaynak kabul edilmesi hâkimlerin bağımsızlığı ilkesine zarar verebilecektir. İchtihatların hiçbir şekilde bağlayıcı olmadığı kabul edilmesi ise aynı hukuk kuralının benzer olaylarda birbirinden farklı şekillerde yorumlanması ve dolayısıyla kanun önünde eşitlik ile adil yargılanma hakkı ilkelerinin ihlal edilerek yargıya duyulan güvenin azalmasına yol açabilecektir. Gerçekten Anayasa Mahkemesi Ford Motor Company Company başvurusunda, aynı kanun hükmüne

[13] Kızılyel, Serkan. "Danıştay İchtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine", *TBB Dergisi*, Sayı: 119, 2015, s. 116.

[14] Özkan Duvan, s. 139; Yılmazoğlu, Yunus Emre. "İchtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 13, 2019, s. 610; Pekcanitez, Hakan. "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, Sayı: 144, 2019, s. 387.

[15] Hâkimler ve Savcılar Kanunu, Kanun Numarası: 2802, Kabul Tarihi: 24.02.1983, RG: 26.02.1983/17971.

[16] Gedik &ve Koç, s. 160.

ilişkin iki farklı yorumun olmasının öngörülebilirliği zayıflattığını, hukuki belirsizliğe yol açtığını ve mahkeme kararlarına güveni sarstığını ifade etmiştir¹⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çelebi ve Diğerleri v. Türkiye kararında yüksek mahkemelerin içtihat farklılıklarını gidermekle görevli olduğunu ve en yüksek adli makamlardan birinin bünyesinde çelişkili bir uygulamanın varlığı halinde söz konusu makamın bizzat hukuki güvensizlik kaynağı olduğunu ifade etmiştir¹⁸. İşte bu noktada söz konusu ilkeler arasında dengenin sağlanması amacıyla içtihatların birleştirilmesi kurumu gündeme gelmiştir.

İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI

Hukuk devleti ilkesinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde mahkemelerin benzer hukuki uyumsuzlukları benzer şekillerde karara bağlaması beklenir¹⁹. Bu husus kanun önünde eşitlik ilkesiyle yakından ilgilidir. 1982 Anayasası'nın "*Kanun önünde eşitlik*" kenar başlıklı 10. maddesinin son fıkrasına göre "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*". Devlet organları ifadesiyle yasama, yürütme ve yargı organlarının kastedildiği aşıkardır. Söz konusu hüküm ile kanun önünde eşitlik ilkesinin yasama ve yürütme organı ile idarenin yanı sıra yargı organının da göz önünde bulundurması gereken temel ilkelerden biri olduğu vurgulanmaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince bireyler yargı organlarından hukuk uygulamalarında birliğin sağlanmasını²⁰, hukuku belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun hareket edilmesini²¹ talep etme hakkına sahiptir.

Uygulamada çeşitli konularda üst mahkemelerin kararları arasında uyumsuzluk bulunabilmektedir. Zira somut uyumsuzlukların koşulları ve özellikleri kendine özgüdür. İlk bakışta maddi ve hukuki açıdan benzer görülen uyumsuzlukların birbirinden çeşitli nüanslarla ayrıldığı görülmektedir. Dolayısıyla hâkimler gerekçelendirmek kaydıyla diğer içtihatlardan farklı istikamette karar verebilirler. Keza kanunlarda yer alan boşlukların hâkimler tarafından farklı şekillerde yorumlanması mümkündür²². Özellikle torba kanunlarda yer alan ve kanunlaşmadan önce detaylı tartışılmayan veya özensiz kaleme alınan çeşitli hükümler farklı yorumların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Öte yandan titizlikle kaleme alınsa ve üzerinde çalışılsa da uygulama aşamasında kanunun

[17] AYM, Başvuru Numarası: 2014/13518, T. 26.10.2017, RG: 13.12.2017/30269.

[18] AİHM, Çelebi vd., v. Türkiye, Başvuru Numarası: 582/05, T. 09.02.2016, s. 55.

[19] Balta, Tahsin Bekir. *İdare Hukuku I Genel Konular*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970/72, s. 185-186,

[20] Coşkun, M. Kürşak. "İçtihatların Birleştirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, 2001, s. 88.

[21] Yılmazoğlu, s. 554.

[22] Gedik & Koç, s. 159.

farklı şekillerde yorumlanma ihtimali her zaman mevcuttur. Zira gerek kanunlarla gerekse idarenin düzenleyici işlemleriyle genel ve soyut nitelikte kurallar ortaya konulmaktadır. Kazuistik bir düzenleme yapılmadığı sürece teferruatlar düzenleyicilerin gözünden kaçabilir²³. Keza hâkimin, daire veya kurulların bir uyumsuzluğa ilişkin görüşünü daha sonra değiştirmesi, aynı veya benzer uyumsuzluklarda farklı yönde karar vermesi mümkündür²⁴.

İçtihatların birleştirilmesi kararları, benzer uyumsuzluklarda verilmiş farklı yargı kararları karşısında hukuk uygulamasında birliğin sağlanarak adalet ve eşitliğin gerçekleştirilmesi amacıyla yüksek mahkemeler tarafından verilen ilke kararlarıdır²⁵. İçtihatları birleştirme kurumuyla somut olaydan soyuta ve öznel durumdan nesnele geçilerek hukuki birliğin sağlanmasına ve hukukun gelişmesine katkıda bulunmaktadır²⁶.

İçtihatların birleştirilmesi kararlarında, yargısal içtihatlardan farklı olarak, somut olay bir tarafa bırakılmakta ve tıpkı kanunlar gibi genel ve soyut nitelikte prensipler ortaya konulmaktadır²⁷. İçtihatların birleştirilmesi kararlarıyla kanunların aydınlatamadığı hususlar açıklığa kavuşturulmakta ve uygulamadaki yorum farklılıkları ile tereddütler giderilmektedir. Bu kurumla kanunda hüküm bulunmayan veya kanunda yer alan hükmün çeşitli şekillerde yorumlandığı hallerde yüksek mahkemeye kanun koyucu gibi hareket etme imkânı tanınmaktadır²⁸. Dolayısıyla Hacıhabiboğlu, içtihatların birleştirilmesi kararlarını yüksek mahkemenin “*en olgun vasıfta fikri eserleri*” olarak nitelendirmişir²⁹.

İçtihatların birleştirilmesi kararları, hukuk uygulamasında birliğin ve öngörülebilirliğin sağlanabilmesi amacıyla, diğer içtihatlardan farklı bir güçle donatılmıştır. Danıştay Kanunu’nun 40. maddesinin son fıkrası uyarınca, içtihatların birleştirilmesi kararlarına “*Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır*”. Keza Yargıtay Kanunu’nun 45. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, “*İçtihadı*

[23] Marty, Gabriel. “Kazai İçtihatların En Yüksek Mahkeme Vasıtasile Tevhidi”, Çeviren: Veldet HİFZİ, İstanbul Üniversitesi *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 4, Sayı: 15, 1938, s. 461.

[24] Tuncay, Aydın H. *İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 14, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1972, s. 265.

[25] Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 7; Zeybek, Ali Cavit. “Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri”, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 68-69, 1988, s. 98; İnan, s. 63; Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder ve Taşpınar Ayvaz Sema. *Medeni Usul Hukuku*, Cilt: 1, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 96.

[26] Duran, Lütfi. “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 3, 1972, s. 419; Kızılyel, s. 116; DİBK, T. 16.06.1994, E. 1992/2, K. 1994/2, (Karşı Oy), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Kazancı).

[27] Kayhan, s. 359.

[28] İnan, s. 57.

[29] Hacıhabiboğlu, Nuri. “İçtihad Birleştirme Kararları Üzerinde Düşünceler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 66, 1949, s. 5.

birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar". Bu düzenlemeler ile içtihatların birleştirilmesi kararları, yargısal içtihatlardan farklı olarak, asli kaynak niteliğine kavuşturulmuştur. Diğer bir ifadeyle mahkemeler uyuşmazlıklar hakkında karar verirken o konuda bir içtihatların birleştirilmesi kararı mevcutsa bu kararı dikkate almak zorundadırlar.

İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARININ ÖZELLİKLERİ

*İçtihatları birleştirme kararları, somut uyuşmazlıkları çözümlmekten ziyade genel ve soyut düzenlemeler getirdiği için bağlayıcı niteliktedir*³⁰. Danıştay Kanunu'nun 40. maddesine göre, içtihatları birleştirme kararları idareyi³¹, idare mahkemelerini ve Danıştay daire ve kurullarını bağlamaktadır. Maddede vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemeleri açıkça zikredilmemiştir. Dolayısıyla içtihatların birleştirilmesi kararlarının vergi mahkemeleri ve bölge idare mahkemeleri tarafından bağlayıcı olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir.

İçtihatların birleştirilmesi kararlarının idari yargıda bağlayıcılığını Danıştay Kanunu'nun 40. maddesinden aldığı ve maddede içtihatların birleştirilmesi kararıyla bağlı mahkemelerin tahdidi olarak sayıldığı dikkate alındığında, söz konusu kararların maddede açıkça sayılmayan vergi mahkemeleri ve bölge idare mahkemeleri için bağlayıcı olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte içtihatların birleştirilmesi kararının Danıştay daire ve kurullarını bağlaması karşısında, vergi mahkemelerini ve bölge idare mahkemelerini de dolaylı olarak bağladığı söylenebilir. Danıştay da vergi mahkemelerinin içtihatların birleştirilmesi kararlarıyla bağlı olduğunu kabul etmektedir³². Benzer bir yorum Yargıtay tarafından verilen içtihatların birleştirilmesi kararları için de yapılabilir. Zira Yargıtay Kanunu'nda içtihatların birleştirilmesi kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar söz konusu hükümde bölge adliye mahkemeleri açıkça zikredilmemişse de içtihatların birleştirilmesi kararlarının bağlayıcılığının bölge adliye mahkemeleri için de geçerli olduğu kabul edilmektedir³³.

[30] Tuncay, s. 253; Kızılyel, s. 118; Yıldız Akgül, Şerife. "İçtihadı Birleştirme Kurumu ve İptal Kararı Üzerine Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ek Ödemelerinin Davacıya Ödenmesi Gerektiğine İlişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2013/2 Esas ve 2018/2 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2020, s. 56; Yılmazoğlu, s. 561; Kaplan, s. 7; Müderrisoğlu, Hakkı. *Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usulü*, Yeni Doruk Yayınları, Ankara, 1978, s. 275.

[31] Özyörük'e göre, idarenin içtihatların birleştirilmesi kararlarına uymaması ağır hizmet kusuruna sebebiyet verir. Özyörük, Mukbil. *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, 1972-1973, s. 177.

[32] DVDDGK, T. 27.12.2002, E. 2002/330, K. 2002/592, Kazancı; Aynı yönde bkz. DVDDGK, T. 21.03.2003, E. 2002/557, K. 2003/49, Kazancı; DVDDGK, T. 07.05.2004, E. 2003/362, K. 2004/49, Kazancı.

[33] Pekcanitez, s. 394.

İçtihatların birleştirilmesi kararlarının bağlayıcılığının etki alanı verildiği yargı kolu ile sınırlıdır³⁴. Bir yargı kolunun yüksek mahkemesi tarafından verilen içtihatların birleştirilmesi kararları diğer yargı kolunda yer alan mahkemeleri bağlamayacaktır. Bu kapsamda içtihatların birleştirilmesi kararları idari yargıda Danıştay, adli yargıda ise Yargıtay tarafından verilecektir.

İçtihatların birleştirilmesi kararlarının bağlayıcılığının bir diğer sınırı Anayasa Mahkemesi kararları ile Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarıdır³⁵. Anayasa'nın 153. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Söz konusu hükümde Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasından farklı olarak yargı organının da Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bağlı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Keza Anayasa'nın 158. maddesinin ilk fıkrasına göre de *"Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkilidir"*.

*İçtihatların birleştirilmesi kurumu olağan veya olağanüstü bir kanun yolu değildir*³⁶. İçtihatların birleştirilmesi kararları, tarafları bulunmayan ve somut bir uyuşmazlık hakkında verilmeyen ilke kararlardır³⁷. Dolayısıyla söz konusu kararlar daha önce verilmiş ve kesin hüküm halini almış kararları etkilemeyecektir³⁸. Danıştayın görüşü de bu yöndedir³⁹. Keza mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra verilmiş bir içtihatları birleştirme kararına dayanılarak yargılamanın yenilenmesi talep edilemeyecektir⁴⁰. Zira 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'un⁴¹ 53. maddesinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecek sebepler tahdidi olarak sayılmıştır. İçtihatların birleştirilmesi kararları bu sebepler arasında yer almamaktadır⁴².

İçtihatların birleştirilmesi kararları geriye yürümezler. Geriye yürümezlik kuralı, dayanağını içtihatların birleştirilmesi yoluyla soyut

[34] İnan, s. 64.

[35] Gedik ve Koç, s. 162-163; Zeybek, s. 103; Müderrisoğlu, s. 278; Işıklar, Celal. "İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları", *TAAD*, Cilt: 4, Sayı: 14, 2013, s. 473.

[36] Duran, s. 422.

[37] Kaplan, s. 7; Kayhan, s. 357; Tuncay, s. 245; DİBK, T. 10.06.1993, E. 1992/1, K. 1993/2, **DD**, (89), s. 85.

[38] Müderrisoğlu, s. 276; Özyörük, s. 176.

[39] DİBK, T. 27.02.1992, E. 1991/1, K. 1992/2, **DD**, (86), s. 77-79.

[40] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, s. 59; Coşkun, s. 127.

[41] İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG: 20.01.1982/17580.

[42] Kızılyel'e göre, içtihatların birleştirilmesi kararları 2577 sayılı Kanun'un 53/1-h bendinde yer alan "h) Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması" hükmü kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira içtihatların birleştirilebilmesi için çelişen kararların taraflarının aynı olması aranmamaktadır. Kızılyel, 2015, s. 124-125.

ve genel nitelikte düzenlemeler yapıldığı kabulünden almaktadır⁴³. İctihatların birleştirilmesi usulünün kanun yolu niteliğinde olmaması da bu kararların geriye yürümezliği kuralıyla yakından ilgilidir. Buna göre içtihatların birleştirilmesi kararı, kararın alınmasından önce verilmiş ve kesinleşmiş mahkeme kararlarının sonuçlarını ortadan kaldırmamaktadır⁴⁴. Zira içtihatların birleştirilmesi kararları somut bir uyuşmazlık hakkında verilmedikleri için bu kararların infazı da söz konusu olmayacaktır⁴⁵.

İctihatların birleştirilmesi kararlarının geriye yürümezliği yalnızca mahkeme kararlarıyla değil aynı zamanda idari işlemlerle de ilgilidir. Zira Danıştay Kanunu'nun 40. maddesinde idarenin de bu kararlar ile bağlı olduğu ifade edilmiştir. Buna göre içtihatların birleştirilmesi kararları verildiği tarihten önce idarece tesis edilen idari işlemleri etkilemeyecektir. İdarenin söz konusu idari işlemleri içtihatların birleştirilmesi kararı doğrultusunda düzeltme mecburiyeti bulunmamaktadır⁴⁶. Ayrıca idarece içtihadın birleştirilmesi kararından önce tesis edilen işlemlerin salt içtihadı birleştirme kararına aykırı olduğu gerekçesiyle idarenin hizmet kusuruyla sorumlu tutulmaması gerekir⁴⁷.

İctihatların birleştirilmesi kararları, kararın alındığı tarihten itibaren geçerlidir. 2575 sayılı Kanun'un 40. maddesinin 3. fıkrasına göre, içtihatların birleştirilmesine ilişkin kararlar gönderildikleri tarihten itibaren bir ay içerisinde Resmî Gazete'de yayımlanırlar. Doktrinde Müderrisoğlu, İnan ve Belgesay, içtihatları birleştirme kararlarının kanunlar gibi Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren geçerli olduğunu ifade etmiştir⁴⁸. Ancak bizim de katıldığımız doktrinindeki diğer görüşe göre ise bu kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanması, yürürlük şartı olmayıp ilgililerin karardan haberdar edilmesine yöneliktir. Bu nedenle söz konusu kararlar, kararın alındığı tarihten itibaren bağlayıcı etkiye sahiptir⁴⁹. Danıştayın görüşü de bu doğrultudadır⁵⁰.

İctihatların birleştirilmesi kararları, genel ve soyut nitelikte oldukları için, yargılamanın her aşamasında dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla

[43] İnan, s. 64; İctihatları birleştirme kararlarının yeni bir kural getirmediğini ve mevcut kuralların nasıl yorumlanması gerektiğini açığa kavuşturduğunu savunan Yıldız Akgül ise söz konusu kararların geriye yürüme yasağı kapsamında ala alınmaması gerektiğini savunmaktadır. Yıldız Akgül, s. 57.

[44] Coşkun, s. 127; DİBK, T. 09.05.1970, E. 1965/33, K. 1970/23, DD, 1(2), s. 111-113.

[45] Tuncay, s. 246.

[46] Kaplan, s. 7; DİBK, T. 10.06.1993, E. 1992/1, K. 1993/2, DD, (89), s. 85-86.

[47] Yıldız Akgül, s. 56.

[48] Müderrisoğlu, s. 275; İnan, s. 68; Belgesay, Mustafa Reşit. "Mahkeme İctihatlarının Otoritesi ve Tevhidi İctihat Kararlarının Derdest Dâvalara Tesiri", *Adalet Dergisi*, Cilt: 51, Sayı: 10, 1960, s. 818.

[49] Kaplan, s. 7; Yıldız Akgül, s. 56; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, s. 59; Coşkun, s. 123; Özyörük, s. 177.

[50] D4D, T. 29.01.1991, E. 1990/561, K. 1991/341, Kazancı.

söz konusu kararlar henüz bir karara bağlanmamış uyuşmazlıklarda uygulanmalıdır⁵¹. Bir uyuşmazlığın çözümünde, içtihatların birleştirilmesi kararlarının dikkate alınmaması kanun yollarında bozma sebebidir. Ancak bozma kararı sonrasında içtihatların birleştirilmesi kararı doğrultusunda yeniden karar verilmesi halinde usulî müktesep hakların durumuna dair bir düzenleme yer almamaktadır. Yıldız Akgül, medeni usul hukuku bakımından yapılan usulî müktesep hak doğmuş olsa da içtihatların birleştirilmesi kararına göre inceleme yapılması ve karar verilmesi gerektiği değerlendirmesinin⁵² idari yargılama hukukunda da uygulama alanı bulacağını savunmaktadır⁵³.

İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KURUMUNUN ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU

İçtihatları birleştirme kurumu, hukuk uygulamasında birliğin sağlanmasına ve adaletin gerçekleştirilmesine hizmet eden önemli bir müessesedir. Ancak söz konusu kurum, bağlayıcılığını 1982 Anayasası'ndan değil Danıştay Kanunu'ndan ve Yargıtay Kanunu'ndan almaktadır. Bu durum anayasal güvenceye sahip olan yasama yetkisinin devredilmezliği, kuvvetler ayrılığı, adil yargılanma hakkı ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkeleri açısından oldukça tartışmalıdır.

İçtihatların birleştirilmesi kararı, bir önceki başlık altında vurgulandığı üzere, diğer yargısal içtihatlardan farklı olarak somut bir uyuşmazlığa çözüm getirmemektedir. Bu kararlarla genel ve soyut prensipler ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla içtihatların birleştirilmesi kararları maddi açıdan yasama fonksiyonu niteliğine sahiptir. Yargıtay da bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir: *"...içtihadı birleştirme kararı, gerek Yargıtayı, gerekse diğer mahkemeleri bağlar. Bu bakımdan bir konunun içtihadı birleştirme kararıyla aydınlanması, amelî sonuç bakımından, o konuda yeni bir Yasa çıkarılması anlamına gelmektedir"*⁵⁴. Oysa Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca, yasama yetkisi TBMM'ye aittir ve bu yetkinin devredilmesi mümkün değildir. Keza Anayasa'nın 6. maddesinde, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla içtihatları birleştirme kurumunun Anayasa'nın 6. ve 7. maddesine⁵⁵ aykırı olduğu söylenebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi Musa Baylan başvurusu üzerine verdiği kararında içtihatların birleştirilmesi kararlarının kanun üzerinde

[51] Müderrisoğlu, s. 276; DİBK, T. 10.06.1993, E. 1992/1, K. 1993/2, DD, (89), s. 85.

[52] Arslan, Yılmaz & Taşpınar Ayvaz, s. 97; Kuru, Baki. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 531.

[53] Yıldız Akgül, s. 57.

[54] YHGK, T. 20.02.1963, E. 4/71, K. 21, *Adalet Dergisi*, 54(5-8), 1963, s. 776-777.

[55] Aynı yönde bkz. Elifoğlu, Ahmet. "Bizde Tevhidi İçtihat Müessesesi", *Adalet Dergisi*, Cilt: 46, Sayı: 8, 1955, s. 795-806 s. 806; Kayhan, s. 361; Tuncay, s. 268; Teziç, s. 90-91.

bir etkiye sahip olmadığını, içtihatların birleştirilmesi mekanizmasıyla kanunların yorumunda ortaya çıkan görüş ayrılıklarının giderilmesinin amaçlandığını, bu kararların kanun koyucuyu bağlamayacağını, kanun koyucunun her zaman içtihatların birleştirilmesi kararlarının etkisini ortadan kaldıracak yasal düzenlemeler yapabileceğini ifade edilmiştir⁵⁶.

Doktrinde içtihatların birleştirilmesi kararlarının yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığı yönünde görüşler mevcuttur. Coşkun'a göre, Yargıtay tarafından verilen içtihatları birleştirme kararları kanunlar gibi tüm vatandaşlar için değil yalnızca o kararı veren üst mahkemeye bağlı yargı yolu için bağlayıcıdır⁵⁷. İchtihatları birleştirme kararlarıyla yeni bir hüküm yaratılmamakta yalnızca yüksek mahkemenin görüşü ortaya koyulmaktadır⁵⁸. Yazar bu gerekçelerle içtihatları birleştirme kararlarının anayasaya aykırı olmadığını savunmaktadır. Keza Yıldız Akgül de içtihatları birleştirme kararlarıyla yeni hukuk kurallarının yaratılmadığını, mevcut kuralların yorumlandığını, gerektiğinde içtihatları birleştirme kararlarının değiştirilebileceğini ve bu kararların hukuku kalıplaştırma etkisinin bulunmadığını ifade etmektedir⁵⁹.

İchtihatların birleştirilmesi kararları her ne kadar maddi açıdan kanun niteliğinde olsa da şekli açıdan kanun değildir ve anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmezler⁶⁰. Bu kararların anayasaya aykırı olması halinde işletilebilecek hukuki bir mekanizma bulunmamaktadır. Birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi veya kaldırılmasının mümkün olması ilgililere yeterli hukuki koruma sağlamamaktadır. Yargıtay Kanunu'nda "diğer mercive kişilerin" içtihadın birleştirilmesi, birleştirilmiş içtihadın değiştirilmesi ve kaldırılması talebinde bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Danıştay Kanunu'nda ise aykırı kararlarla ilgili kişilerin içtihatların birleştirilmesi talebinde bulunma imkânı mevcutken, birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesini talep edebilecek kişiler arasında karardan etkilenebilecek kişilere yer verilmemiştir. Bu durum Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı bir nitelik taşımaktadır⁶¹.

1982 Anayasası karşısında içtihatları birleştirme kararlarının taşıdığı bir diğer risk hâkimlerin bağımsızlığı noktasındadır. Hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi Anayasa'nın "*Mahkemelerin bağımsızlığı*" kenar başlıklı 138. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrası "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır*;

[56] Anayasa Mahkemesi – Musa Baylan [GK], B. 2016/4384 T. 12.12.2019

[57] Coşkun, s. 118.

[58] Coşkun, s. 111: Aynı yönde bkz. Özyörük, s. 176.

[59] Yıldız Akgül, s. 47.

[60] Aynı yönde bkz. Müderrisoğlu, 1978, s. 275.

[61] Benzer bir yaklaşım için bkz. Yıldız Akgül, s. 49.

bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” şeklindedir. Bu fıkraya göre mahkeme kararlarına uymak zorunda olanlar, yasama ve yürütme organları ile idareden ibarettir. Yargı organı, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına verilen önem nedeniyle bilinçli olarak hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır⁶². Ancak bu hükme dayanarak hâkimlerin keyfi olarak aynı veya benzer uyuşmazlıklarda daha önce verilen içtihatlardan farklı yönde karar vermeleri mümkün değildir. Aksi yönde bir tutum adil yargılanma hakkı, hukuki belirlilik, hukuki istikrar ve öngörülebilirlik ilkelerinin ihlali sonucunu doğuracaktır⁶³. Bununla birlikte 138. maddenin açık hükmü gereğince, içtihatları birleştirme kararlarının mahkemeleri bağlaması amaçlanıyorsa bu hususun açıkça anayasada düzenlenmesi gerekmektedir. Zira hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi anayasal bir ilkedir. Bu ilkeye getirilecek istisnaların anayasada düzenlenmesi gerekmektedir. Keza Anayasa’nın 138. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz”*. Söz konusu hükümde geçen *hiçbir organ* ifadesiyle yasama, yürütme ve yargı organlarının kastedildiği aşikardır. Bu hüküm karşısında, mahkemelerin içtihatların birleştirilmesi kararıyla bağlı tutulması anayasaya aykırıdır⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi, Yargıtayın içtihatların birleştirilmesi yetkisini düzenleyen kanun hükmünün iptali için açılan davada verdiği bir kararda söz konusu kurumu Anayasa’ya aykırı görmemiştir⁶⁵. Anayasa Mahkemesi özetle içtihatların birleştirilmesi kararlarıyla yeni bir hukuk kuralı yaratılmadığını, dolayısıyla söz konusu kararların bağlayıcı nitelikte yorum kararı niteliği taşıdığını, bu nedenle yasalarla bir tutulamayacağını, Yargıtayın anayasal görevleri arasında içtihat birliğini sağlama görevinin bulunduğunu, Yargıtayın mahkeme kararları arasındaki çelişmeleri önleme görevini yapabilmesi için verdiği kararların hiç değilse bir bölümünün mahkemeleri bağlayıcı kararlar olması gerektiğini, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının hâkimlerin kanunlara ve hukuka uygun olarak karar verme görevi kapsamında bulunduğunu, bir hâkim kararının başka bir hâkim tarafından denetlenmesinin

[62] Akyılmaz, Sezginer & Kaya, s. 57.

[63] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Stoilkovska v. Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti kararında, temyiz mahkemesinin herhangi bir makul açıklama olmaksızın farklı yönde karar vermesinin başvuruçunun adil yargılanma hakkının gereksiz sınırlandırılmasına sebep olduğunu ifade etmiş ve içtihatlar arasındaki istikrarsızlığı giderici mekanizmaların yokluğunu hukuki belirlilik ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı görmüştür. AIHM, Stoilkovska v. Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti Kararı, Başvuru Numarası: 29784/07, T. 18.07.2013, § 49; Aynı yönde bkz. AIHM, Emel Boyraz v. Türkiye, Başvuru Numarası: 61960/08, T. 02.12.2014, s. 40.

[64] Kayhan, s. 361; Teziç, s. 91.

[65] AYM, T. 12.06.1969, E. 1968/38, K. 1969/34, RG: 29.01.1970/13412.

mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin kapsamı dışında kaldığını, bir hâkim kararının Yargıtayın görüşüne uygun olarak verilmesi ödevinin hâkimlere yükletilmesinin mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin ihlali olarak düşünülemediğini, hâkimlerin içtihadı birleştirme kararına göre karar verme ödevinin Anayasa ile kendilerine yüklenen yasaya ve hukuka göre karar vermek ödevinin belli alanda bir uygulaması olduğunu ifade etmiştir⁶⁶. Anayasa Mahkemesinin kararını eleştiren Özgenç, hukukumuzda bağlayıcı nitelikte yorum kararı şeklinde bir karar türü olmadığını ve Yargıtayın içtihatları birleştirme uygulamasına bir an önce son verilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁶⁷.

Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi yakın bir tarihte Aliğa Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluyla yeniden Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüştür. Aliğa Sulh Hukuk Mahkemesine göre, alacaklıya borçlunun elbirliği hâlinde malik olduğu taşınmaz hakkında ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisinin verilmesi anayasaya aykırıdır. Bu yetkinin dayanağı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun "*Paraya çevirmenin diğer tarzı. İştirak halinde mülkiyet hisseleri*" başlıklı 121. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*İcra Mahkemesi...iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir.*" hükmü ve bu hükmün yorumu niteliğindeki 14.04.1943 tarihli ve E. 1940/48, K. 1943/15 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararıdır. Bu karar ile Yargıtay, alacaklıya ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisinin verilebileceğini içtihadı birleştirme kararı ile karara bağlamıştır. Dosyayı inceleyen Anayasa Mahkemesi, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kuralın anılan içtihadı birleştirme kararının dayanağı olan 2004 sayılı Kanun'un 121. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*...iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir.*" hükmü olduğunu ve Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinin itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu ddavada uygulanmıkmânı bulunmadığını ifade etmiş ve mahkemenin yetkisizliği nedeniyle başvuruyu reddetmiştir⁶⁸. Kararın karşı oylarında ise uygulanacak kural kavramının geniş yorumlanması gerektiği, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kuralların mahkeme önündeki davanın değişik evrelerinde ortaya çıktığı ve davanın çözümünü olumlu veya olumsuz yönde etkileyecek niteliğe sahip olduğu, mezkûr içtihadı birleştirme kararı ile davaya bakan mahkemenin 2004 sayılı Kanun'un 121. maddesinde yer alan hükmü taşınmaz maliki lehine olacak şekilde yorumlama ve uygulama imkânının ortadan kalktığı, içtihadı birleştirme kararının bağlayıcı olduğunu düzenleyen itiraz konusu kural olmasaydı mahkemenin "*...iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir*" ibaresini

[66] Aynı yönde bkz. Coşkun, s. 135.

[67] Özgenç, Dipnot 216, s. 79-80.

[68] Anayasa Mahkemesi, T. 16.02.2023, E. 2023/31, K. 2023/24, RG: 28/3/2023-32146.

daha farklı bir şekilde yorumlayarak uyuşmazlığı farklı bir biçimde sonuçlandırabileceği, dolayısıyla itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma imkânının olmadığı söylenemeyeceği savunulmuştur.

İçtihatları birleştirme kararlarının hukukun gelişimine katkıda bulunduğu, hukuk uygulamalarında birlik sağladığı, uygulamada karşılaşılan çıkmazın aşılmasında önemli bir mekanizma olduğu, idare ve idari yargılama hukukunun gelişmesini sağladığı hususlarında şüphe bulunmamaktadır⁶⁹. Kaldı ki içtihatların birleştirilmesi usulü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli güvencelerinden biridir⁷⁰. Hatta içtihatları birleştirme kararlarının içtihadi bir karaktere sahip idare hukukunun en önemli kurumlarından biri olduğu söylenebilir. Ancak bu durumda dahi söz konusu kurumun anayasal bir dayanağa ihtiyacı vardır. Zira bir kurumun iyi ve faydalı olması onu kendiliğinden Anayasa'ya uygun hale getirmemektedir⁷¹.

SONUÇ

İçtihatların birleştirilmesi kararları, benzer uyuşmazlıklarda verilmiş farklı yargı kararları karşısında hukuk uygulamasında birliğin sağlanarak adalet ve eşitliğin gerçekleştirilmesi amacıyla yüksek mahkemeler tarafından verilen ilke kararlardır. İçtihatları birleştirme kurumuyla öznel durumdan nesnele geçilerek tıpkı kanunlar gibi genel ve soyut nitelikte prensipler ortaya konulmakta, böylece hukuki birliğin sağlanmasına ve hukukun gelişmesine katkıda bulunmaktadır. İçtihatların birleştirilmesi kararları, hukuk uygulamasında birliğin ve öngörülebilirliğin sağlanabilmesi amacıyla diğer içtihatlardan farklı bir güçle donatılmıştır. Danıştay Kanunu'nun 40. maddesinin son fıkrası uyarınca, içtihatların birleştirilmesi kararlarına “*Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır*”. Keza Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, “*İçtihatı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar*”. Bu düzenlemeler ile hukukumuzda içtihatların birleştirilmesi kararları, yargısal içtihatlardan farklı olarak, asli kaynak niteliğine kavuşturulmuştur.

[69] Duran, s. 440; İnan, s. 57.

[70] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Nejdet Şahin ve Perihan Şahin v. Türkiye kararında mahkeme uygulamalarında tutarlılığı ve yargı kararlarında istikrarı güvence altına alacak mekanizmaların oluşturulmasının önemini vurgulamış ve sözleşmecî devletlerin uyumsuz kararların alınmasını önlemek için hukuk sistemlerini düzenleme yükümlülüğü bulunduğunu ifade etmiştir. AIHM, Nejdet Şahin ve Perihan Şahin v. Türkiye Kararı, Başvuru Numarası: 13279/05, T. 20.10.2011, s. 55; Aynı yönde bkz. Emel Boyraz v. Türkiye, s. 72.

[71] Aynı yönde bkz. Kayhan, s. 361-362.

İçtihatları birleştirme kararlarının hukukun gelişimine katkıda bulunduğu ve hukuk uygulamalarında birlik sağladığı hususlarında şüphe bulunmamaktadır. Ancak söz konusu kurum, bağlayıcılığını Anayasa'dan değil, Danıştay Kanunu'ndan ve Yargıtay Kanunu'ndan almaktadır. Bu durum anayasal güvenceye sahip olan yasama yetkisinin devredilmezliği, kuvvetler ayrılığı, adil yargılanma hakkı ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkeleri açısından oldukça tartışmalıdır. Zira içtihatların birleştirilmesi kararı, diğer yargısal içtihatlardan farklı olarak somut bir uyuşmazlığa çözüm getirmemektedir. Bu kararlarla genel ve soyut prensipler ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla bu tartışmaların giderilmesi adına hem idari yargı hem de adli yargı açısından içtihatların birleştirilmesi usulünün ve içtihatların birleştirilmesi kararlarının bağlayıcılığının Anayasa'da ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- Arslan, Ramazan, Yılmaz Ejder ve Taşpınar Ayvaz Sema. *Medenî Usul Hukuku*, Cilt: I, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Balta, Tahsin Bekir. *İdare Hukuku I Genel Konular*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 326, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970/72.
- Belgesay, Mustafa Reşit. "Mahkeme İctihatlarının Otoritesi ve Tevhidi İctihat Kararlarının Derdest Dâvalara Tesiri", *Adalet Dergisi*, Cilt: 51, Sayı: 10, 1960, s. 815-821.
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 5. Baskı, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1966.
- Coşkun, M. Kürşak. "İctihatların Birleştirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, 2001, s. 87-146.
- Çıtak, Halim Alperen. *İdare Hukukunun İctihadi Karakteri*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Duran, Lütfi. "Danıştay'ın İctihatları Birleştirme Uygulaması", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 3, 1972, s. 419-441.
- Elifoğlu, Ahmet. "Bizde Tevhidi İctihat Müessesesi", *Adalet Dergisi*, Cilt: 46, Sayı: 8, 1955, s. 795-806.
- Gedik, Fırat & Koç, Emel. "Hüküm Kurma ve İctihat", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 67, Sayı: 2, 2009, s. 157-163.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, Cilt: I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Hacıhabiboğlu, Nuri. "İctihad Birleştirme Kararları Üzerinde Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 66, 1949, s. 5-7.
- İşıklar, Celal. "İdari Yargıda İctihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları", *TAAD*, Cilt: 4, Sayı: 14, 2013, s. 467-500.
- İnan, Atilla. "Genel Olarak İctihatları Birleştirme Kurumu ve Sayıştay'da İctihatları Birleştirme", *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 1984, s. 55-69.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Kayhan, Fahrettin. "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının ve İctihadi Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 2, 1999, s. 341-363.
- kazanci.com

- Kızılyel, Serkan. "Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine", *TBB Dergisi*, Sayı: 119, 2015, s. 115-142.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Marty, Gabriel. "Kazai İçtihatların En Yüksek Mahkeme Vasıtasile Tevhidi", Çeviren: Veldet HIFZI, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 4, Sayı: 15, 1938, s. 458-480.
- Metin, Yüksel. "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 27, 2010, s. 217-272.
- Müderrişoğlu, Hakkı. *Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usulü*, Yeni Doruk Yayınları, Ankara, 1978.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özkan Duvan, Ayşe. "İnsan Hakları Hukukunun İçtihadî Kaynakları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 4, 2016, s. 137-169.
- Özyörük, Mukbil. *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, 1972-1973.
- Pekcanitez, Hakan. "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, Sayı: 144, 2019, s. 383-419.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- Tuncay, Aydın H. *İdare Hukuku ve İdarî Yargının Bazı Sorunları*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:14, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1972.
- Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lügatı*, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.
- Yıldız Akgül, Şerife. "İçtihadî Birleştirme Kurumu ve İptal Kararı Üzerine Fiili Çalışmaya Bağlı Döner Sermaye Ek Ödemelerinin Davacıya Ödenmesi Gerektiğine İlişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2013/2 Esas ve 2018/2 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2020, s. 45-76.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Yılmazoğlu, Yunus Emre. "İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 13, 2019, s. 551-622.
- Zeybek, Ali Cavit. "Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri", *Danıştay Dergisi*, Sayı: 68-69, 1988, s. 46-109.

**DEVLETLER UMUMİ
HUKUKU**

İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ DAVALARI: URGENDA VAKFI V. HOLLANDA HÜKÜMETİ DAVASI

Dr. Öğr. Üyesi Seher ÇAKAN

Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-3254-6617

sehercakan_1905@hotmail.com

ÖZET

İklim değişikliği davalarının sayısı her geçen gün artmaktadır. Hollanda, Almanya, İsviçre, ABD, Pakistan, İtalya gibi farklı ülkelerde iklim davalarının açıldığı görülmektedir. Bu bakımdan iklim davaları iklim değişikliğiyle mücadelede önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaya başladığı söylenebilir.

Urgenda Vakfı v Hollanda Hükümeti davası 2015 yılında başlamış olup Hollanda aleyhinde 886 Hollanda vatandaşı ve Urgenda Vakfı tarafından açılan bir davadır. 2015 yılında Hollanda Bölge Mahkemesi sera gazı emisyonunda %25 oranında azaltım yapılması gerektiğini haksız fiile ilişkin tehlikeli ihmal doktrini ile temellendirmiştir. Temyiz Mahkemesi ise 9 Ekim 2018 tarihli kararında bu azaltım yükümlülüğünü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. ve 8. maddelerine dayandırmıştır. 2019'da Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesinin kararını onamıştır.

Urgenda Vakfı davası devletlerin, iklim değişikliği tehdidine karşı gerekli önlemleri almaması sebebiyle insan haklarını ihlal edebileceklerini göstermesi bakımından önemlidir. Yüksek Mahkeme, iklim değişikliği tehdidi nedeniyle Hollanda'da yaşayanların hem yaşam hakkı hem de özel ve aile hayatlarının olumsuz etkilenebileceğini belirtmiştir. Ayrıca Urgenda Vakfı davasında, Hollanda Yüksek Mahkemesi Hollanda'nın 2020 yılına kadar en az yüzde yirmi beş oranında sera gazı emisyonunda azaltım yapması gerektiğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli raporlarını, Hollanda'nın taraf olduğu sözleşmeleri ve uluslararası hukuktaki çeşitli düzenleme ve ilkeleri dikkate alarak sera gazı emisyonlarının asgari miktarına karar vermiştir. Keza her ne kadar iklim değişikliğinin dünya çapında etkisi olsa da Yüksek Mahkemeye göre Hollanda'nın, sorumluluk payı oranında topraklarından kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmakla yükümlüdür.

Bu çalışmada da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 2 ve

madde 8 temelinde Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin verdiği karar ele alınmaktadır. Çalışma iki ana başlıktan oluşmaktadır: İlk başlıkta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 2 ve madde 8 çerçevesinde devletin önlem alma yükümlülüğü yani pozitif yükümlülüğü ile iklim değişikliği arasındaki ilişki açıklanmaktadır. Diğer başlıkta ise küresel olarak iklim değişikliği ve Hollanda'nın sorumluluğu değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: iklim değişikliği, iklim davaları, AİHS, insan hakları, Urgenda kararı.

CLIMATE CHANGE LITIGATION: URGENDA FOUNDATION V. STATE OF THE NETHERLANDS

ABSTRACT

The number of climate change lawsuits is growing by the day. Climate lawsuits have been filed in a number of nations, including the Netherlands, Germany, Switzerland, the United States, Pakistan, and Italy. Climate litigation is an essential instrument in the battle against climate change in this regard.

The Urgenda Foundation v. Dutch Government case was filed against the Netherlands in 2015 by 886 Dutch nationals and the Urgenda Foundation. In 2015, the Dutch District Court used the tort doctrine of dangerous negligence to justify the requirement for a 25% reduction in greenhouse gas emissions. In its judgement dated October 9, 2018, the Court of Appeal grounded this reduced obligation on Articles 2 and 8 of the European Convention on Human Rights. The ruling of the Court of Appeal was upheld by the Supreme Court in 2019.

The Urgenda Foundation case is significant in that it demonstrates that states may breach human rights when they fail to take appropriate precautions against the threat of climate change. The Supreme Court has stated that the threat of climate change may jeopardize both the right to life and the private and family life of persons living in the Netherlands. In the Urgenda Foundation lawsuit, the Dutch Supreme Court also ordered that the Netherlands must cut greenhouse gas emissions by at least 25% by 2020. The Supreme Court determined the lowest quantity of greenhouse gas emissions by taking into account the Intergovernmental Panel on Climate Change reports, the agreements to which the Netherlands is a party, and different international law norms and principles. Similarly, despite the fact that climate change has a global influence, the Netherlands is required by the Supreme Court to cut

greenhouse gas emissions from its territory in accordance to its share of responsibility.

The ruling of the Dutch Supreme Court based on Articles 2 and 8 of the European Convention on Human Rights is explored in this paper. The research has two primary titles: The first title explores the relationship between the state's positive obligation to take steps and climate change in the context of Articles 2 and 8 of the European Convention on Human Rights. The other part assesses global climate change and the Netherlands' responsibility.

Key words: climate change, climate litigation, ECHR, human rights, Urgenda decision.

GİRİŞ

İklim değişikliği davalarının sayısı her geçen gün artmaktadır. Hollanda, Almanya, İsviçre, ABD, Pakistan, İtalya gibi farklı ülkelerde iklim davalarının açıldığı görülmektedir. Bu bakımdan iklim davaları iklim değişikliğiyle mücadelede önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaya başladığı söylenebilir.¹

Urgenda Vakfı davası devletlerin, iklim değişikliği tehdidine karşı gerekli önlemleri almaması sebebiyle insan haklarını ihlal edebileceklerini göstermesi bakımından önemlidir. Urgenda Vakfı v Hollanda Hükümeti davası 2015 yılında başlamış olup Hollanda aleyhinde 886 Hollanda vatandaşı ve Urgenda Vakfı tarafından açılan bir davadır.² Bu davada Hollanda Yüksek Mahkemesi, Hollanda'nın 2020 yılına kadar en az yüzde yirmi beş oranında sera gazı emisyonunda azaltım yapması gerektiğine karar vermiştir.³ Ayrıca Yüksek Mahkeme, iklim değişikliği tehdidi nedeniyle Hollanda'da yaşayanların hem yaşam hakkı hem de özel ve aile hayatlarının olumsuz etkilenebileceğini belirtmiştir. Hollanda Yüksek Mahkemesi, ulusal mevzuat ile birlikte Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli raporlarını, Hollanda'nın taraf olduğu sözleşmeleri ve uluslararası hukuktaki çeşitli düzenlemeleri ve ilkeleri dikkate alarak

[1] Ayrıca genel olarak bkz Yüksel, Cüneyt. "İklim Değişikliği ile Mücadelede Bir Araç olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 2, 2022, s. 1-26; Açımız, Bige. "Devletin Yükümlülüklerine, Sorumluluğuna ve Yargıcın Yetkilerine Yaklaşımda Dönüştürücü Etkileri Bakımından Sistematik İklim Davaları", *YÜHFD*, Cilt: XIX, 2022/2, s. 343-428.

[2] Bkz Informal translation of the reading out of the summary of verdict of the District Court of the Hague, in the case of Urgenda and 886 citizens against the Dutch State, 2015.

[3] 2015 yılında Hollanda Bölge Mahkemesi sera gazı emisyonunda %25 oranında azaltım yapılması gerektiğini haksız fiile ilişkin tehlikeli ihmal doktrinine; Temyiz Mahkemesi 9 Ekim 2018 tarihli kararında bu azaltım yükümlülüğünü AİHS 2. ve 8. maddelerine dayandırmıştır. 2019'da Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesinin kararını onamıştır.

sera gazı emisyonlarının asgari miktarını tespit etmiştir. Keza her ne kadar iklim değişikliğinin küresel etkisi olsa da Yüksek Mahkemeye göre Hollanda “sorumluluk payı oranında topraklarından kaynaklanan sera gazı emisyonlarını azaltmakla yükümlüdür.”⁴ Başka bir ifadeyle devletlerin iklim değişikliğine ilişkin katkıları küçük olsa da bireysel sorumlulukları devam edecektir.⁵

Urgenda kararı iklim değişikliğinin zararlı etkilerinin sorumluluğunu paylaşan çok sayıda başka aktörlerin neden olduğu gerçeğine rağmen bir mahkemenin bireysel olarak bir devletin sorumluluğunun nasıl belirlenebileceğini göstermesi,⁶ “gelecekteki iklim değişikliği davaları için bir dönüm noktası” olması,⁷ “dünyada türünün ilk örneği olması ve bir Devletin insan haklarını iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinden koruması için daha iddialı bir iklim politikası benimsemesini gerektirmesi”⁸ nedenleriyle önemlidir.

Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 2 ve madde 8 temelinde Hollanda Yüksek Mahkemesi’nin verdiği karar ele alınmaktadır. Çalışma iki ana başlıktan oluşmaktadır. İlk başlıkta AİHS madde 2 ve madde 8 çerçevesinde devletin önlem alma yükümlülüğü yani pozitif yükümlülüğü ile iklim değişikliği arasındaki ilişki açıklanmaktadır. Diğer başlıkta ise küresel olarak iklim değişikliği ve Hollanda’nın sorumluluğu değerlendirilmektedir.

AİHS’İN 2. VE 8. MADDELERİ KAPSAMINDA DEVLETİN ÖNLEM ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ

AİHS Madde 2 ve Madde 8 Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

Hollanda hükümeti, AİHS’nin 2. ve 8. maddelerinin tehlikeli iklim değişikliğine ilişkin tehditlere karşı koruma sağlamadığını, “bu

[4] *The State of the Netherlands v. Urgenda*, Karar Tarihi: 20-12-2019, 19/00135 (Engels), Summary of the Decision, <http://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-kingdom-of-the-netherlands/>, (Erişim Tarihi:03.03.2023).

[5] İnsan faaliyetinin neden olduğu iklim değişikliğinin insan haklarından etkin bir şekilde yararlanılması üzerinde olumsuz etkileri olup(OHCHR, Understanding Human Rights and Climate Change, Submission of the Office of the High Commissioner for Human Rights to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 27 November 2015, s. 6; The Intergovernmental Panel On Climate Change, *Climate Change 2014 Synthesis Report*, 2015, s. 2, 40) iklim değişikliği, uluslararası alanda garanti altına alınmış bir dizi insan hakkını hem doğrudan hem de dolaylı olarak etkilemektedir (OHCHR, 2015, s. 2). Bu bakımdan da yükümlülük sahipleri olarak devletlerin bu iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini gerek önlemek gerekse onarmak için etkili tedbirler alma yükümlülüğü vardır (OHCHR, 2015, s. 2).

[6] Nollkaemper A ve Burgers L. “A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case”, *UvA-DARE*, the University of Amsterdam, 2020, s.1, <https://pure.uva.nl/ws/files/50327941/ejiltalk.org> (Erişim Tarihi: 1.11.2022).

[7] Nollkaemper ve Burgers, s. 2.

[8] Wewerinke-Singh, M. ve McCoach, A. “The State of the Netherlands v Urgenda Foundation: Distilling best practice and lessons learnt for future rights-based climate litigation”, *RECIEL* 30, 2021, s. 275-283, s. 275.

tehlikenin AİHS'nin 1, 2 ve 8. maddelerinin sağladığı koruma kapsamına girecek kadar spesifik olmadığını" ve böylelikle de tehdidin doğası gereği küresel olduğunu iddia etmiştir.⁹ Fakat Yüksek Mahkeme, Hollanda hükümeti ile aynı görüşte değildir. Yüksek Mahkeme iklim değişikliği nedeniyle Hollanda'nın AİHS kapsamında sorumluluğunu her iki madde bakımından pozitif yükümlülük çerçevesinde değerlendirmiştir.

AİHS'nin 2. maddesi yaşam hakkını korur.¹⁰ Yaşam hakkı Sözleşme'nin 3. maddesi ile birlikte, Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini oluşturmaktadır.¹¹ 2. madde hem devlet görevlileri tarafından güç kullanımından kaynaklanan ölümlerle ilgili olup bu madde kapsamında devletlerin negatif yükümlülükleri vardır hem de devletlere kendi yetki alanlarındaki kişilerin hayatlarını korumak için uygun adım atmalarını gerektiren pozitif yükümlülük yükler.¹² Devletin öldürmeme yükümlülüğü negatif yükümlülüğü, devletin yaşamı koruması ise pozitif yükümlülüğü ifade etmektedir.¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bu yerleşik içtihadı, *inter alia*, hükümetin kendisi veya başkaları tarafından yürütülüp yürütülmediğine bakılmaksızın tehlikeli endüstriyel faaliyetler ve doğal afetlerin söz konusu olduğu durumlarda da geçerlidir.¹⁴ Bu bakımdan devletlerin kendi yetki alanlarındaki kişilerin hayatlarını korumak için gerekli adımları atma yükümlülükleri vardır.¹⁵

[9] The State of the Netherlands v. Urgenda, para.5.1.

[10] AİHS Madde 2 Yaşam hakkı "1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulduğu bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması" (Yargıtay, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf> (Erişim Tarihi: 24.11.2022).

[11] McCann and Others v. The United Kingdom, App no: 18984/9, 1995, para.147

[12] L.C.B. v. the United Kingdom, (14/1997/798/1001), 1998, para.36; Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, App no: 46477/99, 2002, para.54; Krivova v. Ukraine, App no: 25732/05, 2010, para.44; Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v Romania, App no 47848/08, 2014, para.130.

[13] Bkz Doğru, O. ve Nalbant, A. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar- 1. Cilt*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 14; Doğan, İ. & Özdemir, O. Yaşam Hakkı in İlyas Doğan (ed) *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2019, s. 534; Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth & Ovey, Clare. *Jacobs, White&Ovey, The European Convention on Human Rights*, sixth edition, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 143; Bozkurt, Enver; Kanat, Selim & Bektaş, Sezercan. *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.202-203; Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sancakdar, Oğuz ve Önok, Rifat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 93-94; Gözübüyük, A. Şeref & Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 13. Ek Protokola Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 160.

[14] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.2.2.

[15] Öneriyıldız v. Turkey, App no: 48939/99, 2004, para.71; L.C.B. v. the United Kingdom, para.36; Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, para.54.

Yüksek Mahkeme AİHM'nin bir devletin doğal veya çevresel bir felakette ilgili eylemleri veya ihmalleri bakımından AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin birçok kez karar verdiğini ve kişiler için gerçek ve acil bir risk varsa ve söz konusu devlet bu riskin farkındaysa devletin uygun önlemler alma yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.¹⁶ Bu bağlamda, Yüksek Mahkemeye göre 'gerçek ve acil risk' terimi, gerçek ve yakın olan bir riski ifade edecek şekilde anlaşılmalı ve buradaki "yakın terimi riskin kısa bir süre içinde gerçekleşmesi gerektiği anlamında yakınlığı ifade etmez, daha ziyade söz konusu riskin ilgili kişileri doğrudan tehdit etmesi anlamına gelir."¹⁷ Ayrıca AİHS'nin 2. maddesi yalnızca uzun vadede gerçekleşebilecek risklere karşı da koruma sağlar.¹⁸

Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ise AİHS madde 8'de düzenlenmektedir.¹⁹ AİHM'nin içtihatlarından görüleceği üzere AİHS madde 8 çevre sorunlarına ilişkin de uygulanmaktadır.²⁰ AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, çevresel tehlikelerin gerçekleşmesi bir kişinin özel hayatı üzerinde doğrudan sonuçları olabilir ve o kişinin sağlığı tehlikede olmasa bile çevresel tehlikelerin gerçekleşmesi yeterince ağır (serious) olduğu durumlarda, AİHS'nin 8. maddesi uygulanabilecektir.²¹ Bu içtihat kapsamında da çevre sorunları söz konusu olduğunda AİHS'nin 8. maddesi devletlere, bireylerin çevrelerinde meydana gelebilecek olası ağır zararlara karşı koruma sağlayabilmesi için makul ve uygun önlemleri alma yükümlülüğü yani pozitif yükümlülük de yüklemektedir.²² AİHM, çevresel zararlarla ilgili çeşitli davalarda AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiş ve ağır çevre kirliliğinin bireylerin refahını etkileyebilecek ve özel ve aile hayatlarını olumsuz yönde etkileyecek şekilde evlerinden keyif almalarını engelleyebilecek bir riskin olduğu hallerde, devletlerin önlem

[16] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.2.2.

[17] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.2.2

[18] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.2.2.

[19] AİHS Madde 8 Özel ve aile hayatına saygı hakkı "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir" (Yargıtay, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf> (Erişim Tarihi: 24.11.2022).

[20] Çevre ve insan hakları arasındaki ilişki için bkz Güneş, Ahmet M. Çevre Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Adalet, Ankara, 2023; Savaşan, Zerrin. "Çevre Hakları: İnsan Hakları Kuralları ile Korunmadan Asli Korumaya", Zerrin Savaşan, Çağlar Söker & Firat Harun Yılmaz (eds.), Çevre Hukuku ve Politikaları-Kavramlar, Teoriler ve Tartışmalar, Seçkin Ankara, 2021; Ayrıca çevre hukukunun gelişim süreci için bkz Savaşan, Zerrin. "Çevre Hukuku&Politikaları: Uluslararası Düzlemden Küresel Düzleme", Zerrin Savaşan & Hakan Ünay (eds.), Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları- Dünden Bugüne ve Geleceğe, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021; Kaboğlu, İbrahim Ö & Yancı Özalp, Nihan. Çevre Hakkı, Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2021.

[21] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.2.3.

[22] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.2.3.

alma yükümlülüğünün ortaya çıkacağını ve bu riskin kısa vadede var olması gerektiğini belirtmiştir.²³

AİHS'nin 2. ve 8. maddeleri tarafından sağlanan koruma belirli kişilerle sınırlı olmayıp bir bütün olarak toplum veya nüfus için de geçerlidir.²⁴ Bu bakımdan tüm bir bölgeyi tehlikeye atan çevresel tehlikeler söz konusu olduğunda, o bölgenin sakinlerine AİHS madde 2 ve madde 8 koruma sağlayacaktır.²⁵ Ayrıca AİHM, çevreye zararlı faaliyetler söz konusu olduğunda, AİHS'nin 2. ve 8. maddeleri çerçevesindeki pozitif yükümlülüklerin kapsamlarının büyük ölçüde örtüştüğünü belirtmiştir.²⁶

AİHS'nin 2. ve 8. maddeleri uyarınca gerekli önlemleri alma yükümlülüğü, tehlikenin gerçekleşmesi kesin olmasa bile devlete tehlikeye karşı önleyici tedbirler alma görevi de vermektedir.²⁷ Devletler tedbirlerin makul ve uygun olması koşuluyla atılacak adımları seçme konusunda takdir yetkisine sahiptir ve "AİHM içtihadına göre, belirli bir davada hangi tedbirlerin uygun olacağı o davanın koşullarına bağlıdır."²⁸ Ancak AİHS'nin 2. ve 8. maddeleri, bir devlete imkânsız veya belirli koşullar altında orantısız bir yük yüklememelidir.²⁹ Bir devlet makul ve uygun önlemler aldıktan sonra bu önlemler tehlikeyi önlemede yetersiz olmuşsa bu durumda devletin kendisine yüklenen yükümlülüğü yerine getirmediği söylenemez.³⁰ Bu bağlamda AİHS'nin 2. ve 8. maddelerinden doğan yükümlülükler, öngörülen sonucun elde edilmesi veya elde edilmesinin garantisi ile ilgili değildir fakat bahsedilen yükümlülük bir devlet tarafından alınması gereken tedbirlerle ilgilidir.³¹

İklim Değişikliği Tehdidinin AİHS 2. ve 8. Maddelerine Uygulanabilirliği

AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, "AİHS hükümleri, güvencelerini pratik ve etkili kılmak için yorumlanmalı ve uygulanmalıdır."³² Yine AİHM içtihadı "AİHS'nin yorumlanmasında, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 31(3)(c) Maddesinde atıfta bulunulan ilgili uluslararası hukuk kuralları(nın) da dikkate alınma(sı)" gerektiğine yer vermektedir.³³ Dahası, VAHS madde 31(3) b bendi ve Sözleşme'nin girişi

[23] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.2.3.

[24] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.3.1.

[25] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.3.1.

[26] *Budayeva and others v. Russia*, App nos: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 2008, para.133; *Brincat and others v. Malta*, App nos:60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11, 2014, para.102.

[27] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.3.2.

[28] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.3.2.

[29] *Budayeva and Others v. Russia*, para.135; *Brincat and Others v. Malta*, para.101.

[30] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.3.4.

[31] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.3.4.

[32] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.4.1.

[33] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.4.2.

ile birlikte dikkate alındığında üye devletlerin uygulamaları da göz önüne alınmaz.³⁴ Ayrıca AİHM'ye göre, "Özelleşmiş uluslararası belgelerden ve Sözleşmeli Devletlerin uygulamalarından ortaya çıkan fikir birliği, belirli davalarda Sözleşme hükümlerini yorumlarken Mahkeme için ilgili bir mülhaza oluşturabilir. Bu bağlamda, davalı Devletin, ilgili davanın kesin konusuna ilişkin olarak geçerli olan tüm belgeleri onaylamış olması gerekli değildir. İlgili uluslararası belgelerin, uluslararası hukukta veya Avrupa Konseyine üye Devletlerin çoğunluğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde sürekli bir gelişimi ifade etmesi ve belirli bir alanda modern toplumlarda ortak bir zemin olduğunu göstermesi Mahkeme için yeterli olacaktır."³⁵ Son olarak AİHM, AİHS'nin bilimsel ve toplumsal gelişmeler ışığında yorumlanması ve uygulanması gerektiğini belirtmiştir.³⁶

Hollanda Anayasası'nın 93 ve 94. maddelerine göre Hollanda mahkemeleri AİHS'nin herkes için bağlayıcı olan her hükmünü uygulamakla yükümlüdür ve Hollanda'nın AİHS'e taraf olmasından dolayı Yüksek Mahkeme, Hollanda mahkemelerinin AİHS madde 2 ve madde 8 hükümlerinin AİHM'nin yaptığı gibi yorumlaması veya AİHM tarafından kullanılan aynı yorumlama standartlarına dayanarak yorumlaması gerektiğini belirtmiştir.³⁷ Bu bakımdan Yüksek Mahkemeye göre iklim değişikliği tehdidi 'gerçek ve acil bir risk' oluşturur ve iklim değişikliği Hollanda'da ikamet edenlerin yaşamlarını ve refahlarını ciddi şekilde tehlikeye atabilir.³⁸ Keza iklim değişikliği sebebiyle deniz seviyesindeki olası keskin bir yükseliş Hollanda'nın bir bölümünü yaşanamaz hale getirebilecektir.³⁹ Ancak bu riskin bundan birkaç on yıl sonra gerçekleşebileceği ve nüfusun büyük bir kısmını etkileyip belirli kişileri veya belirli bir kişi grubunu etkilemeyecek olması AİHS'nin 2. ve 8. maddelerinin bu tehdide karşı hiçbir koruma sağlamadığı anlamına gelmez.⁴⁰

Neticede Yüksek Mahkeme iklim değişikliği tehdidinin gerçek ve acil bir risk olduğunu ve iklim değişikliğinin AİHS'den doğan pozitif yükümlülükler kapsamında ele alınabileceği sonucuna varmıştır.

[34] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.4.2.

[35] *Demir ve Baykara v. Turkey*, App no:34503/97, 2008: paras.85-6.

[36] *Rees v. the United Kingdom*, App no: 9532/81, 1986, para.47.

[37] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.6.1.

[38] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.6.2.

[39] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.6.2.

[40] *The State of the Netherlands v. Urgenda*, para. 5.6.2. Yüksek Mahkemeye göre Hollanda'nın sera gazı emisyonlarının düşürülmesine katkı sağlayacağı payının belirlenmesi ilkesel olarak hükümetin ve parlamentonun yetkisinde olsa da "mahkemeler tehlikeli iklim değişikliğine karşı dünya çapında alınacak önlemlerdeki payının açıkça alt sınırının ne olduğu göz önüne alındığında, Devletin aldığı tedbirlerin çok az olup olmadığını değerlendirebilir" (*The State of the Netherlands v. Urgenda*, para. 6.3).

KÜRESEL SORUN OLARAK İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE HOLLANDA'NIN SORUMLULUĞU

Devletlerin Ortak Sorumluluğu ve Hollanda'nın Bireysel Olarak Kısmi Sorumluluğu

İklim değişikliği doğası gereği küresel bir sorundur ve bu bakımdan sera gazı emisyonları sadece Hollanda topraklarından kaynaklı değildir. Diğer devletler de iklim değişikliğine sebep olmaktadır. Yüksek Mahkeme iklim değişikliğinin küresel bir sorun olmasına karşın AİHS madde 2 ve madde 8 uyarınca, Hollanda'nın tehlikeli iklim değişikliğini önlemek için üzerine düşeni yapmakla yükümlü olduğunu düşünmektedir.⁴¹

Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (BMİDÇS), iklim değişikliğinin küresel olarak çözülmesi gereken küresel bir sorun olduğu fikrine dayanmakta ve bu bağlamda tüm ülkelerin topraklarından sera gazı emisyonları meydana gelmekte ve böylece tüm ülkelerin etkilendiği durumlarda, tüm ülkeler tarafından önlemler alınması gerekmektedir.⁴² Bu nedenle Yüksek Mahkemeye göre tüm ülkeler üzerine düşeni yapmakla yükümlüdür.⁴³

BMİDÇS madde 2, Sözleşme'nin amacının, atmosferdeki sera gazı emisyonlarını, iklim sistemi üzerinde tehlikeli insan kaynaklı müdahaleyi önleyecek bir seviyede stabilize etmek olduğunu belirtmiştir ve bu amaca ulaşmak için BMİDÇS madde 3'te çeşitli ilkelere yer verilmiştir. Yüksek Mahkemeye göre bu hükümlerin neticesinde, *"her devletin kendi özel sorumluluk ve olanaklarına uygun olarak gerekli önlemleri alma yükümlülüğü olduğu sonucu çıkmaktadır."*⁴⁴

1992'den beri BMİDÇS temelinde düzenlenen yıllık iklim değişikliği konferansları (COP) her ülkenin üzerine düşeni yapması gerektiği anlayışına dayanmaktadır.⁴⁵ Bu anlayış da yaygın olarak "zarar vermeme ilkesi" olarak ifade edilen, uluslararası hukukun genel kabul görmüş bir ilkesi olup ülkelerin birbirlerine zarar vermemesini gerektirir.⁴⁶ BMİDÇS ön sözünde de atıfta bulunulan bu ilke uyarınca devletlerden sera gazı emisyonlarının düşürülmesine katkıda bulunmaları istenebilir ve bu yaklaşım, kısmi sorumluluğun haklı gerekçesi olarak da karşımıza çıkmaktadır ve böylece her ülke kendi payına düşen kısımdan sorumludur.⁴⁷ Bu kısmi sorumluluk, zararın sebebinin yalnızca bir

[41] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.7.1.

[42] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.7.2.

[43] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.7.2.

[44] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.7.3.

[45] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.7.4.

[46] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.7.5.

[47] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.7.5.

kısmına yol açan hukuka aykırı fiiller durumunda ulusal ve uluslararası uygulama ile Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler ile de uyumludur.⁴⁸

Tehlikeli iklim değişikliğinin ciddi sonuçları göz önüne alındığında, Yüksek Mahkemeye göre bir devlet diğer devletlerin kısmi sorumluluklarına uymadıkları gerekçesiyle sorumluluk almak zorunda olmadığı savunması kabul edilemez.⁴⁹ Başka bir ifadeyle bir ülke küresel sera gazı emisyonlarındaki payının çok küçük olduğunu ve kendi topraklarından emisyonları düşürmenin küresel ölçekte çok az fark yarattığını ileri sürmesi bir savunma olarak kabul edilemez ve zira bu savunmaların kabulü, *“bir ülkenin diğer ülkeleri veya kendi küçük payını (gerekçe) göstererek kısmi sorumluluğundan kolaylıkla kurtulabileceği anlamına gelir.”*⁵⁰

Sonuç olarak Yüksek Mahkemeye göre, AİHS'nin 2. ve 8. maddeleri iklim değişikliği bağlamında sözleşmecî devletleri, iklim değişikliği tehlikesine karşı 'üzerlerine düşeni' yapmaya mecbur bırakacak şekilde yorumlanmalıdır.⁵¹ Bu bakımdan iklim değişikliği tehdidi her ne kadar küresel bir sorun olsa da Hollanda bu değişikliği önlemede üzerine düşeni yapmakla yükümlüdür. Diğer bir deyişle Hollanda kısmi sorumluluğu sebebiyle sera gazı emisyonlarının azaltılmasında bir yükümlülüğü vardır.

%25-40 Hedefi Olarak Sera Gazı Emisyonu Azaltımı

Yüksek Mahkeme EK I ülkeleri için bir hedef olarak formüle edilen 2007 Dördüncü Değerlendirme raporunda (AR4'te) yer alan 2020'de sera gazı emisyonlarında 1990'a göre %25 ile %40'luk azaltıma karşılık gelen bir hedefin Hollanda için bir yükümlülük teşkil edip etmediği sorusunu cevaplamıştır. Hollanda hükümeti bu oranın sadece kendisi için bağlayıcı olmadığını, tüm Ek I ülkeleri için geçerli olduğunu iddia etmiştir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme bu soru ile bağlantılı olarak temelde de iki sorunun cevaplanması gerektiğini düşünmektedir: uluslararası toplumda %25-40 hedefine ne ölçüde destek verildiği ile bu hedefin bireysel olarak Hollanda için de geçerli olup olmadığı.⁵²

Yüksek Mahkeme devletlerin %25 oranında sera gazı azaltım yükümlülüğünün olmasını yukarıda bahsedilen ortak zemin yöntemi ile temellendirmiştir. %25-40 hedefi, sera gazı emisyonlarında küresel bir azaltım için 2007 Dördüncü Değerlendirme raporunda yer alan

[48] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.7.6.

[49] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.7.7.

[50] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.7.7.

[51] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 5.8.

[52] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.1.

bir Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) senaryosudur ve bu senaryoya göre Ek I ülkelerinin sera gazı emisyonlarını 1990 emisyonlarına kıyasla 2020'de %25-%40 ile 2050'de %80-%95 oranında düşürülmesi gerekmektedir. Bu senaryoda belirtilen oranlar, 2100 yılına kadar atmosferdeki sera gazı emisyonlarını maksimum 450 ppm (milyonda bir) hedefine ulaşılabilmesi için gereklidir ve sonuçta küresel ısınma makul olarak maksimum 2°C ile sınırlanmış olacaktır.⁵³

%25-%40 oranlarına COP bünyesinde gerçekleştirilen konferanslarda atıfta bulunulmuştur.⁵⁴ Örneğin 2007'deki Bali İklim Değişikliği Konferansı (COP-13) çerçevesinde Bali Eylem Planı oluşturulmuş ve buna göre tehlikeli iklim değişikliğini önlemek için sera gazı emisyonlarının geniş kapsamlı azaltılması gerekmekte olup %25-%40 oranlarına bu belgede atıf yapılmıştır. 2010'daki Cancún İklim Değişikliği Konferansı'nda (COP-16) alınan bir kararda Kyoto Protokolüne taraf olan ülkelerin bir grup olarak sera gazı emisyonlarını 2020'ye kadar 1990'a kıyasla %25- %40 oranında azaltımı gerektiğine yer verilmiştir.⁵⁵ Ancak 2015'ten sonraki iklim değişikliği konferansları, 2020'ye kadar %25-%40'lık sera gazı emisyonunun düşürülmesi hedefine artık açıkça değinmemiş olup bunun yerine 2020'ye kadar sera gazı emisyonlarında yeterli bir azaltım yapılması gerektiğine yer vermiştir.⁵⁶ Yüksek Mahkeme "1,5°C veya 2°C'lik maksimum hedeflerin ve maksimum 430 veya 450 ppm'lik ilgili emisyonların tahminlere" dayandığını ve "[b] u nedenle, örneğin bir kritik eşiğe (tipping point) ulaşıldığından veya buzun daha yüksek oranda erimesinden dolayı, daha az küresel ısınma ve daha düşük sera gazı emisyonu ile bile tehlikeli iklim değişikliğinin meydana gelmesi(nin) mümkün" olduğunu ifade etmiştir.⁵⁷ Sonuçta Yüksek Mahkeme tüm hususları göz önünde bulundurarak maksimum hedef olan en az 2°C hedefine ulaşmak için Ek I ülkelerinin 2020 yılına kadar sera gazı emisyonlarını 1990 seviyelerine kıyasla en az %25-%40 oranında azaltması gerektiğine dair yüksek derecede bir uluslararası fikir birliğini yansıttığını belirtmiştir.⁵⁸ Bu sebeple Yüksek Mahkemeye göre bu kadar yüksek derecede mutabakat AİHM içtihadı temelinde ortak zemin olarak kabul edilebilir.⁵⁹

Hollanda devleti, %25-%40 hedefinin yalnızca bir grup olarak Ek I ülkeleri için geçerli olduğunu ve bu nedenle de her bir devlet için ayrı ayrı geçerli olmadığını ve birseysel olarak bu orandan sorumlu olmadığını

[53] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.2.1.

[54] Bkz The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.2.3.

[55] Bkz The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.2.3.

[56] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.2.3.

[57] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.2.10.

[58] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.2.11.

[59] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.2.11.

savunmuştur. Yüksek Mahkeme AR4'teki %25-%40'lık hedefin Ek I ülkeleri için grup olarak dâhil edilmiş olduğunu fakat BMİDÇS'nin ve Paris Anlaşması'nın devletlerin bireysel sorumluluğuna dayandığını ve böylece ilke olarak, AR4'ten gelen hedefin Ek I ülkeler grubu içindeki münferit devletler için de geçerli olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁰ Keza Yüksek Mahkeme, Hollanda Devleti'nin neden %25'ten daha düşük bir oran uygulanması gerektiğini ve bu oranın imkansız veya orantısız bir yük getirdiğini yeterli bir şekilde ispatlayamadığını ifade etmiştir.⁶¹ Yüksek Mahkeme uluslararası toplumda ve iklim biliminde, en azından Hollanda'nın da dâhil olduğu Ek I ülkeleri tarafından %25'lik sera gazı emisyonu azaltımına acilen ihtiyaç duyulduğu konusunda büyük bir fikir birliği olduğunu vurgulamıştır.⁶²

Neticede Yüksek Mahkemeye göre en az %25 oranında sera gazı emisyonu azaltımı Hollanda'nın AİHS'nin 2. ve 8. maddeleri kapsamında tehlikeli iklim değişikliğini önlemek için uygun tedbirleri almasına ilişkin pozitif yükümlülüğü bağlamında, mutlak bir minimum hedef olarak dikkate alınabilir.⁶³ Dahası Hollanda, *"tehlikeli iklim değişikliğini önlemeye yönelik ... bir politikanın 2020 yılına kadar ...%25'ten daha az bir sera gazı emisyonu azaltım hedefini içermesinin mümkün olduğunu yeterince kanıtla(yamamıştır.)"*⁶⁴ Yüksek Mahkeme Hollanda Devleti'nin iklim sorununun ciddiyetinin farkında olduğunu ve başlangıçta 2020 yılına kadar %30'luk bir azaltımı hedefleyen bir politika izlediğini vurgulamıştır.⁶⁵ Yüksek Mahkemeye göre Hollanda hükümetinin topraklarında ikamet edenlere karşı AİHS'nin 2. ve 8. maddeleri temelinde koruma sağlamak zorundadır ve buna paralel şekilde, Hollanda hükümeti Hollanda'da ikamet edenlerin yaşam hakları ile özel ve aile hayatına saygı haklarını korumak için yasal bir yükümlülük altındadır.⁶⁶

SONUÇ

Urgenda Vakfı ve Hollanda Hükümeti davası, iklim değişikliğini önlemede gerekli tedbirlerin almaması neticesinde devletlerin insan haklarını ihlal edebileceğini göstermektedir. Bu bakımdan Urgenda davası, iklim değişikliği ile insan hakları arasındaki ilişkinin somut örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Yüksek Mahkeme AİHS'e taraf olan Hollanda'nın iklim değişikliği tehdidine karşı gerekli önlemleri alma,

[60] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.3.2.

[61] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.3.4.

[62] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.5.1 ve para.7.5.3.

[63] Bkz The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.5.1.

[64] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.5.1.

[65] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 7.5.3.

[66] The State of the Netherlands v. Urgenda, para. 8.2.2.

yani pozitif yükümlülüğü olduğuna ve iklim değişikliği tehdidi nedeniyle Hollanda'da yaşayanların yaşam hakkı ve özel ve aile hayatlarının olumsuz etkilenebileceğine karar vermiştir.

Diğer yandan Yüksek Mahkeme uluslararası hukukta yer alan sözleşmeler ve ilkeleri dikkate alarak Hollanda'nın iklim değişikliği tehdidine karşı kısmi sorumluluğu olduğunu tespit etmesi önemlidir. Yüksek Mahkeme uluslararası hukuk çerçevesinde kısmi sorumluluk ve iklim değişikliği arasındaki ilişkiyi temellendirerek Hollanda'nın üzerine düşeni yapmakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır.

Son olarak da Yüksek Mahkeme sera gazı emisyonlarının azaltımında minimum oranı ortak zemin görüşü temelinde %25 olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca bu orandan Hollanda'nın bireysel olarak da sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

KAYNAKÇA

- Açımız, Bige. "Devletin Yükümlülüklerine, Sorumluluğuna ve Yargıcın Yetkilerine Yaklaşımında Dönüştürücü Etkileri Bakımından Sistematik İklim Davaları", *YÜHFD*, Cilt: XIX, 2022/2, s. 343-428.
- Bozkurt, Enver; Kanat, Selim & Bektaş, Sezercan. *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Brincat and others v. Malta*, App nos:60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11, 2014.
- Budayeva and others v. Russia*, App nos: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, 2008.
- Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v Romania*, App no 47848/08, 2014.
- Demir ve Baykara v. Turkey*, App no:34503/97, 2008.
- Doğan, İ. & Özdemir, O. Yaşam Hakkı in İlyas Doğan (ed) *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2019.
- Doğru, O. & Nalbant, A. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar- 1. Cilt*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Gözübüyük, A. Şeref & Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 13. Ek Protokola Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. Bası, Turhankitabevi, Ankara, 2013.
- Güneş, Ahmet M. *Çevre Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Adalet, Ankara, 2023.
- Informal translation of the reading out of the summary of verdict of the District Court of the Hague, in the case of Urgenda and 886 citizens against the Dutch State, 2015.
- Kaboğlu, İbrahim Ö & Yancı Özalp, Nihan. *Çevre Hakkı*, Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Krivova v. Ukraine*, App no: 25732/05, 2010.
- L.C.B. v. the United Kingdom*, (14/1997/798/1001), 1998.
- McCann and Others v. The United Kingdom*, App no: 18984/91, 1995.
- Nollkaemper A. & Burgers L. "A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case", UvA-DARE, the University of Amsterdam, 2020, 1, <https://pure.uva.nl/ws/files/50327941/ejiltalk.org> (Erişim Tarihi: 1.11.2022).

- HCHR, *Understanding Human Rights and Climate Change*, Submission of the Office of the High Commissioner for Human Rights to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 27 November 2015.
- Öneryıldız v. *Turkey*, App no: 48939/99, 2004.
- Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, App no: 46477/99, 2002.
- Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth ve Ovey, Clare. *Jacobs, White&Ovey, The European Convention on Human Rights*, sixth edition, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Rees v. the United Kingdom*, App no: 9532/81, 1986.
- Savaşan, Zerrin. "Çevre Hakları: İnsan Hakları Kuralları ile Korunmadan Asli Korumaya", Zerrin Savaşan, Çağlar Söker & Fırat Harun Yılmaz (eds.), *Çevre Hukuku ve Politikaları-Kavramlar, Teoriler ve Tartışmalar*, Seçkin Ankara, 2021.
- Savaşan, Zerrin. "Çevre Hukuku & Politikaları: Uluslararası Düzlemde Küresel Düzleme", Zerrin Savaşan & Hakan Ünay (eds.), *Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları- Düünden Bugüne ve Geleceğe*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancakdar, Oğuz & Önok, Rifat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- The Intergovernmental Panel On Climate Change, *Climate Change 2014 Synthesis Report*, 2015.
- The State of the Netherlands v. Urgenda*, Karar Tarihi: 20-12-2019, 19/00135 (Engels), <http://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/>, (Erişim Tarihi:03.03.2023).
- Wewerinke-Singh, M. ve McCoach, A., "The State of the Netherlands v Urgenda Foundation: Distilling best practice and lessons learnt for future rights-based climate litigation", *RECIEL* 30, 2021, s. 275-283.
- Yargıtay. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf> (Erişim Tarihi: 24.11.2022).
- Yüksel, Cüneyt. "İklim Değişikliği ile Mücadelede Bir Araç olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 2, 2022, s. 1-26.

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN MİSYON BİNASI VASFININ KAZANILMASINA İLİŞKİN YAKLAŞIMINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Dr. Öğr. Üyesi Tuğrul ÇAKIR

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-9360-9098

tcakir@aybu.edu.tr

ÖZET

Diplomatik misyonların faaliyetlerini ideal koşullarda gerçekleştirebilmeleri bazı dokunulmazlık ve ayrıcalıklar sayesinde mümkün olmaktadır. Bu dokunulmazlıklardan birisi misyon binalarının dokunulmazlığıdır. Bir bina “misyon binası” vasfı kazandığı andan itibaren dokunulmaz hale gelmektedir. Dolayısıyla, misyon binası vasfının nasıl ve hangi koşullarda kazanıldığı önemli bir mesele arz etmektedir. Bu çalışma kapsamında, Uluslararası Adalet Divanı'nın 2020 yılında vermiş olduğu bir kararda bu vasfın nasıl kazanılacağına ilişkin geliştirmiş olduğu yaklaşım eleştirel bir bakış ortaya koyulacaktır. Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde gönderen devletle kabul eden devlet arasında kurulan dengiyi Divan'ın gözetip gözetmediği tartışılacaktır. Bahsi geçen uyuşmazlık Ekvatoryal Gine ve Fransa arasındadır. Uyuşmazlığın ana eksenini Ekvatoryal Gine'nin misyon binası vasfına sahip olduğunu ileri sürdüğü bir binada Fransız otoritelerin arama yapması ve bazı değerli eşyalara el koyması oluşturmaktadır. Uyuşmazlık, 13 Haziran 2016 tarihinde Ekvatoryal Gine tarafından Adalet Divanı'nın önüne taşınmıştır. Adalet Divanı'nın vermiş olduğu karar özellikle Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde öngörülen genel yorum kuralının uygulanması noktasında sorunlar barındırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi, Diplomatik Dokunulmazlıklar ve Ayrıcalıklar, Misyon Binalarının Dokunulmazlığı, Misyon Binası Vasfının Kazanılması, Uluslararası Adalet Divanı.

A CRITICAL LOOK AT THE APPROACH OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE CONCERNING THE ACQUISITION OF THE STATUS OF PREMISES OF THE MISSION

ABSTRACT

Diplomatic missions can only carry out their activities in ideal conditions if they are granted certain immunities and privileges. The inviolability of diplomatic premises is one of these immunities. A building benefits from the régime of inviolability from the moment it acquires the status of “premises of the mission”. Consequently, the conditions for the acquisition of this status are of primary importance. In the context of this research, a critical look will be taken at the approach developed by the International Court of Justice in a judgment on the conditions of acquisition of this status. We will examine whether the Court has respected the balance between the receiving and the sending State in the Vienna Convention on Diplomatic Relations. The dispute in question is between Equatorial Guinea and France. The main issue in the dispute is the search conducted by the French authorities in a building claimed by Equatorial Guinea to be a premise of the mission and the seizure of some valuables. The dispute was brought before the International Court of Justice by Equatorial Guinea on June 13, 2016. The judgment of the Court raises problems, particularly with regard to the application of the general rule of interpretation provided for in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

Keywords: Vienna Convention on Diplomatic Relations, Immunities and Privileges, Inviolability of Premises of the Mission, Acquisition of the Status of “Premises of the Mission”, International Court of Justice.

GİRİŞ

Diplomasi hukuku uluslararası hukukun en eski dallarından birisidir. Yüzyıllar boyunca gelişen ve teamül niteliğini kazanmış devlet uygulamalarının İkinci Dünya Savaşı sonrası süreçte yeknesaklaştırılması ve evrensel düzeyde konsolide edilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır¹. Bu bağlamda hem teamülleri kodifiye eden hem de yeni kurallar ortaya koyan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi uluslararası hukukun gelişimine önemli bir katkı sağlamıştır. Bu Sözleşme müstakil bir rejim niteliğine sahip olup kabul eden ve gönderen devletlerin hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir². Devletler

[1] Ferragu, Gilles. “L’invention des normes diplomatique, 1815-1961: la politesse des rois”, *Monde(s)*, Sayı: 5. 2014, s. 91-97.

[2] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980,

diplomatik ilişki geliştirme konusunda serbestiye sahip olup diplomatik ilişkiye girdikleri andan itibaren ortaya konulan rejimin kurallarına uygun olarak hareket etme yükümlülüğü altına girmektedir³.

Diplomatik dokunulmazlıklar ve ayrıcalıklar Sözleşme’de ortaya konan rejimin ana omurgasını oluşturmaktadır⁴. Dokunulmazlıklar ve ayrıcalıklar hiç şüphesiz devletlerin eşitliği, uluslararası sistemin asli gereksinimleri ve diplomatik temsilcilerin ideal koşullarda faaliyet gösterebilmesi ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır⁵. Özellikle konumuz açısından büyük öneme sahip misyon binalarının dokunulmazlığı devletlerarası ilişkilerde temel bir gereklilik haline gelmiş, farklı kültürlere ve inançlara sahip milletler tarafından saygı görmüştür⁶. Bu bağlamda, Sözleşme’nin 22. maddesinde öngörülen misyon binasının dokunulmazlığı kabul eden devletin en önemli yükümlülüklerinden birisini oluşturmaktadır. Bu yükümlüğün sonucu olarak kabul eden devlet kendi ülkesinde egemen güç olmasına karşın egemenlik yetkilerini misyon binalarında uygulamaktan kaçınmalıdır⁷.

Bu yükümlülük mutlaktır ve istisna öngörülmemiştir. Misyon binası dokunulmazlığına getirilebilecek sınırlar kabul eden devletler tarafından istismar edilebileceği gerekçesiyle kabul görmemiştir⁸. Sözleşme’de düzenlendiği üzere, misyon şefi⁹ tarafından rıza gösterilmedikçe kabul eden devletin yetkilileri misyon binalarına giremez. Acil durum

s. 3, para.86.

[3] Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 15 Décembre 1979, C.I.J. Recueil, 1979, s. 7, para.41.

[4] Diplomatik imtiyazların ve dokunulmazlıkların hukuki temeli hakkında bazı teoriler ileri sürülmektedir: ülke dışılık, temsil ve işlevsellik. Misyon binalarının içini gönderen devletin ülkesinin bir devamı sayan ülke dışılık teorisi günümüzde kabul görmemektedir. Günümüzde kabul gören yaklaşımlar işlevsellik ve temsil teorileridir. Çamyamaç, Anıl. “Diplomatik Temsilciler ve Onlara Tanınan Hareket ve Seyahat Serbestisi”, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, 2019, s. 459. Bahsi geçen teorilerle alakalı genel olarak bkz. Jean Salmon, *Manuel de Droit Diplomatique*, Bruylant, Bruxelles 1994, paras. 271-276.

[5] Shaw, Malcolm N. *Uluslararası Hukuk*, Çev. Editörü: Kaya, İbrahim, TÜBA, Ankara, 2018, s. 541.

[6] Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 15 Décembre 1979, C.I.J. Recueil, 1979, s. 7, para.38. Meray tarafından da ileri sürüldüğü üzere Franchise de l’hotel (elçilik binasının masuniyeti) bir “devletler hukuku kaidesi” olarak kabul edilmektedir. Meray, Seha L. “Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt:11, Sayı: 3, 1956, s. 98. Fransız diplomat Jean Hotman tarafından kaleme alınmış De la charge et dignité de l’ambassadeur isimli eser misyon binalarının dokunulmazlığının diplomasi hukukunun önemli bir konusu olduğunu ele alan ilk eser olması bakımından önemlidir. Berridge, G. R./ James, Alan. *A Dictionary of Diplomacy*, Palgrave Macmillan, Second Edition, 2003, s. 131.

[7] Aksar, Yusuf. *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, Seçkin, Ankara, 2021, s. 370.

[8] Wickremasinghe, Chanaka. “Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations”, Editör: Evans, Malcolm D. *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 384.

[9] Sözleşme’nin birinci maddesinde misyon şefi “gönderen devlet tarafından bu sıfatla hareket etmek üzere görevlendirilen şahıs” olarak tanımlanmıştır.

ve imtiyazların kötüye kullanılması hallerinde dahi kabul eden devletin yükümlülüğü devam etmektedir¹⁰. Misyon binası dokunulmazlığının bir uzantısı olarak bu vasfa sahip binalar arama, el koyma, haciz veya icradan bağıstıktır (Madde 22(3)). Aynı maddenin ikinci paragrafında kabul eden devletin misyon binasını herhangi bir tecavüze karşı koruma ve misyonun huzurunun bozulmasına karşı her türlü önlem alma yükümlülüğünden de bahsedilmektedir¹¹. Sözleşme'nin 45. maddesi hükmünce iki devlet arasında diplomatik ilişkilerin kesilmesi veya bir misyonun sürekli ya da geçici olarak geri çekildiği durumda; kabul eden devletin, silahlı çatışma halinde bile, misyon binalarına saygı gösterme ve bu binaları koruma yükümlülüğü devam etmektedir¹².

Kabul eden devletin yükümlülüklerini dengelemek maksadıyla, Sözleşme'nin 41. maddesinin ilk paragrafı hükmünce dokunulmazlığa ve ayrıcalığa sahip kişiler kabul eden devletin iç hukukuna uygun hareket etmekle ve iç işlerine karışmamakla yükümlüdür. Aynı maddenin 3. paragrafına göre misyon binaları uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak kullanılmak zorundadır¹³. Bununla birlikte, uluslararası hukuka aykırı kullanım halinde dahi misyon binası dokunulmazlığı yükümlülük olarak varlığını devam ettirmektedir¹⁴. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde, Sözleşme'nin 9. maddesine uygun olarak diplomatlar herhangi bir açıklama mecburiyetinde olmadan *persona non grata* ilan edilebilir¹⁵. Sözleşme'nin 9. maddesi kabul eden devletin diplomatik misyonlar tarafından yürütülen ve kabul edilemez mahiyetteki eylemlerine karşı kendisini savunma mahiyetinde önemli bir dengeleyici etkiye sahiptir¹⁶. Özetle, gönderen devletin temsilcileri kabul eden devletin hukukuna ve

[10] Denza, Eileen. *Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 3. Uygulamada, yangın ve kalkışma gibi olağan üstü durumlarda misyonların yardım istemek yerine arşivlerini korumaya çalıştıkları veya yok ettikleri görülmektedir. Aynı eser, s. 119.

[11] Maddenin 1 ve 3. paragraflarındaki yükümlülükler kabul eden devletin kaçınmasını gerektirirken 2. paragraf aktif bir koruma yükümlülüğü ortaya koymaktadır. Denza, s.110.

[12] Aynı yönde bkz. Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, s. 3, para.86.

[13] Özellikle diplomatik sığınma meselesinde ülke devletinin egemenlik yetkileriyle koruma sağlayan devlete tanınan dokunulmazlık arasında bir çatışmanın olduğu muhakkaktır ve sağlanan bu koruma genel olarak bir içişlerine müdahale olarak algılanmaktadır. Topal, Ahmet Hamdi. "Uluslararası Hukuk Açısından Diplomatik Sığınma ve Assange Olayı", İstanbul *Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2014/1, s. 51. Aynı yönde bkz. *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, Arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, s. 266, s. 274-275.*

[14] Denza, s. 123, 385.

[15] Gönderen devlet istenmeyen şahıs ilan edilen kişiyi ya geri çağırır ya da misyondaki görevine son verir. Eğer gönderen devlet makul süre içerisinde bu yükümlülüklerini yerine getirmenize, kabul eden devlet istenmeyen şahıs ilan ettiği kişiyi misyon üyesi olarak tanımayı reddedebilir (Madde 9 (2)). Uygulamadaki makul süre en az 48 saat olarak değerlendirilmektedir. Denza, s. 72. Divan, silahlı çatışma halinde dahi Sözleşme'nin uygulanacağını hatırlatır ve Sözleşme'nin 44. maddesine göre diplomatik personelin uygun bir zaman içinde yurttan çıkması için koşullar oluşturulması gerektiğine vurgu yapmıştır. *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, s. 168, para. 323.

[16] Denza, s. 64.

egemenliğine saygılı hareket etmeli ve kabul eden devlet de gönderen devletin ideal koşullarda diplomatik faaliyetlerde bulunmasını temin etmelidir.

Görüleceği üzere gönderen devletle kabul eden devletin menfaatleri arasında sürekli bir gerilim ve çatışma riski bulunmaktadır. Bu nedenle, Viyana Sözleşmesi'nde gönderen devletle kabul eden devletin çatışmaya müsait menfaatleri arasında hassas bir denge kurulmuştur. Bu bağlamda, Sözleşme'nin başlangıç hükümlerinde devletlerin egemen eşitliği, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve uluslararası dostane ilişkilerin geliştirilmesi amaç ve ilkelerine vurgu yapılması büyük bir öneme sahiptir. Colliard tarafından altı çizildiği üzere egemen eşitlik ilkesi Sözleşme'nin ruhuna yön veren en esaslı ilke niteliğindedir¹⁷. Başlangıç bölümünde zikredilen diğer iki ilke de politik anlamda önemli bir hedef teşkil etmesi açısından kıymetlidir nitekim burada kastedilen sadece barışçıl bir birlikte yaşama hali değil aynı zamanda dostane bir birlikte yaşamadır¹⁸. Kısacası, Viyana Sözleşmesi hükümleriyle ortaya konan rejim dengeli, gerçekçi ve her iki tarafın da menfaatindedir¹⁹. Uluslararası Adalet Divanı bu dengeyi özellikle, Tahran Rehinelere Davası²⁰ ve Kongo Topraklarındaki Silahlı Faaliyetler Davası²¹ kapsamında gözetmiştir.

Misyon binası statüsünün nasıl kazanılacağı Adalet Divanı'nın 2020 yılında vermiş olduğu bir kararın temel hukuki meselesini oluşturmaktadır²². 22. maddeden doğan yükümlülüklerin tam olarak ne zaman uygulanmaya başlayacağına dair şüpheler Sözleşme'de giderilmemiştir²³. Bu bağlamda, tek taraflı olarak misyon binası vasfının elde edilip edilemeyeceği ve bu vasfın kazanılmasının tek taraflı bir biçimde kabul eden devlet tarafından engellenip engellenemeyeceği meseleleri büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmada Divan'ın daha

[17] Colliard, Claude-Albert. "La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques", *Annuaire Français de Droit International*, Sayı: 7, 1961, s. 7.

[18] Colliard, s. 7-8.

[19] *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2020, p. 300, Opinion Dissidente de M. le Juge Yusuf, Président, para.28. Benzer şekilde bkz. Coussirat-Coustère, Vincent. "L'arrêt de la Cour internationale de Justice sur le personnel diplomatique américain à Téhéran", *Annuaire Français de Droit International*, Sayı: 26, 1980, s. 222.

[20] *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 3. Hakim Lachs, özellikle Viyana Sözleşmesi'nin hükümlerini onaylaması nedeniyle bu davanın önemine vurgu yapmıştır. *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, s. 3, Opinion Individuelle de M. Lachs, s. 48-49.

[21] *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, s. 168. Davayla alakalı genel olarak bkz. Başkaracaoğlu, Elif. "Kongo Topraklarındaki Silahlı Faaliyetler Davası (19 Aralık 2005 tarihli karar)", Editör: Tütüncü, Ayşe Nur ve diğerleri, *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)*, Beta, İstanbul, 2008, s. 55-80.

[22] *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2020, p. 300.

[23] Denza, s.3.

önceki uygulamasına paralel olarak Ekvatoryal Gine ve Fransa arasındaki uyumsuzluğa ilişkin almış olduğu kararda yukarıda vurgulamış olduğumuz hassas dengeyi gözetip gözetmediği hususuna cevap aramaya çalışacağız.

Bu aşamada, Ekvatoryal Gine ve Fransa arasındaki uyumsuzluğun arka planını kısaca hatırlatmamız yerinde olacaktır. 2 Aralık 2008 tarihinde *Transparency International France* adlı sivil toplum örgütü tarafından üç yabancı devlet başkanının kamu kaynaklarını kötüye kullandığı, yolsuzluk yaptığı ve bunların sonucunda elde edilen kazanımın Fransa'da aklandığı iddiasıyla Paris Cumhuriyet Savcılığı'na bir şikâyetle bulunmuş ve bunun sonucunda 2010 yılında bir soruşturma başlatılmıştır²⁴. Soruşturmaya dahil edilen üç devlet başkanından birisi Ekvatoryal Gine devlet başkanı ve ailesidir. Özellikle devlet başkanının oğlu (aynı zamanda Ekvatoryal Gine Tarım Bakanı, 21 Mayıs 2012 tarihinden itibaren de devlet başkan yardımcısı) Teodoro Nguema Obiang Mangue tarafından Fransa'da elde edilen taşınır mallar ve bir taşınmaz soruşturmaya konu olmuştur (para.26). Söz konusu taşınmaz Paris'te Foch caddesi 42 numarada bulunan bir otel olup konumuz açısından önem arz etmektedir.

Yürütülen soruşturma kapsamında, 28 Eylül 2011 tarihinde binada arama yapılmış ve binada bulunan yüksek değere sahip arabalara el koyulmuştur (para.27). 4 Ekim 2011 tarihinde Ekvatoryal Gine Büyükelçiliği Fransa Dışişleri Bakanlığı'nı durumla alakalı bilgilendirmiş ve binayı yıllardan bu yana diplomatik misyonun ihtiyaçları için kullandığını belirtmiştir (para.27). Fransa Dışişleri Bakanlığı 11 Ekim 2012 vermiş olduğu cevapta bahsi geçen binanın özel hukuka tabi olduğunu ve misyon binası vasfına sahip olmadığını ileri sürmüştür (para.27). 14-23 Şubat 2012 tarihleri arasında da binada yeniden aramalar yapılmış ve bazı taşınırlara el koyulmuştur (para. 29). 12 Mart 2012 tarihinde Gine Büyükelçiliği bahsi geçen binayı misyonun amaçları için kullandığını yeniden deklare etmiştir (para. 30). Fransa Dışişleri Bakanlığı, 28 Mart 2012 tarihinde vermiş olduğu yanıtta bahsi geçen binanın misyon binası vasfına sahip olmadığı yeniden hatırlatılmıştır (para.30). 19 Temmuz 2012 tarihinde binaya el koyma kararı verilmiş ve bu karar 13 Haziran 2013 tarihinde karar onanmıştır (para.31). Paris'teki Ekvatoryal Gine Büyükelçiliği, binayı 27 Temmuz 2012 tarihinden itibaren misyon faaliyetlerini gerçekleştirmek amacıyla kullandığı hususunda bildirimde bulunmuştur (para.32). 23 Mayıs 2016 tarihinde Obiang Mangue hakkında yürütülen soruşturma sona erdirilmiş ve şahıs

[24] Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2020, s. 300, para.26.

hakkında iddianame hazırlanmıştır (para.34).

Uyuşmazlık, 13 Haziran 2016 tarihinde Ekvatoryal Gine tarafından Adalet Divanı'nın önüne taşınmıştır (para.1). Bu kapsamda, 29 Eylül 2016 tarihinde Ekvatoryal Gine geçici tedbirlerin alınmasına ilişkin bir talepte bulunmuştur²⁵. Taraflar arası uyuşmazlık iki ana mesele etrafında toplanmaktadır: ilki Obiang'ın sahip olduğu yargı bağıışıklığı²⁶ ikincisi de bahsi geçen taşınmazın hukuki niteliğine (misyon binası olup olmadığına ve bunun sonuçlarına) ilişkindir. Divan, 7 Aralık 2016 tarihinde ilk hususa ilişkin olarak talebi reddetmiş ancak uyuşmazlık konusu taşınmazla alakalı talebi kabul etmiş ve ihtilafa konu binanın misyon binası dokunulmazlığından istifade etmesi gerektiğini kararlaştırmıştır²⁷.

Yukarıdaki bilgiler ışığında misyon binası vasfının nasıl kazanılacağına ilişkin Divan tarafından geliştirilen yaklaşımı tartışmamız mümkün olacaktır. Adalet Divanı tarafından geliştirilen yaklaşıma ilişkin eleştirilerimizi iki ana başlıkta toplamamız mümkündür: Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde²⁸ öngörülen genel yorum kuralının uygulanması birçok açıdan sorunludur ve bu uygulama sonucunda Sözleşme'de öngörülmeyen bir yükümlülük tesis edilmiştir (I), daha sonraki aşamada bu yükümlülük Divan tarafından temellendirilmeye çalışılmıştır (II).

GENEL YORUM KURALININ YANLIŞ BİR BİÇİMDE UYGULANMASI

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde öngörülen genel kurala uygun olarak, antlaşma hükümleri alelade manalarına uygun şekilde (A) metnin bütünü içinde (B) ve antlaşmanın konu ve amacının ışığında (C) yorumlanır.

Misyon Binası Tanımının Lafzi Yorumuna Hak Ettiği Değerin Verilmemesi

Her ne kadar misyon binası vasfının ne zaman kazanılacağına ilişkin

[25] Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016, s. 1148.

[26] Bu konuyla alakalı detaylı bir tartışma için bkz. Niyonkuru, Aimé-Parfait. "L'affaire Obiang et la Question de L'immunité Personnelle de Jurisdiction Pénaile Étrangère des Gouvernants Étrangers en Exercice : Retour d'un Serpent de Mer", *Revue québécoise de Droit International*, Sayı: 33/2, 2020, s. 101-122.

[27] Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016, para.99. Geçici tedbir kararının detaylı olarak değerlendirilmesi için bkz. De Pooter, Helene. "La Cour Internationale de Justice Face À La Question Des Biens Mal Acquis: À Propos de L'ordonnance du 7 Décembre 2016 Rendue dans L'affaire des Immunités et Procédures Pénales (Guinée Équatoriale c. France)", *Annuaire Français de Droit International*, Sayı: LXII, 2016, s. 52-74.

[28] Divan tarafından altı çizildiği üzere bu madde teamül kuralı niteliği taşımaktadır. *Ile de KasikillilSedudu (Botswana/Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999*, s. 1045, para. 18.

Viyana Sözleşmesi'nde net bir ifade yer almasa da Sözleşmesi'nin birinci maddesinde yer alan misyon binası tanımı bu konuda önemli bir katkı sağlamaktadır. Sözleşme'de misyon binası şu şekilde tanımlanmıştır: “misyon şefinin ikametgâhı dahil olmak üzere ve mülkiyete bakılmaksızın, misyonun maksatları için kullanılan binalar veya bina bölmeleri ile bunlarla irtibatlı arazidir”. Bu tanımda yer alan özellikle “misyonun maksatları için kullanılan” ifadesi misyon binası vasfının tam olarak ne zaman kazanılacağına ilişkin büyük bir öneme sahiptir.

Bu ifadeden hareketle ilgili binanın misyon binası vasfına sahip olabilmesi için misyonun maksatları için²⁹ kullanılmaya başlanmış olması gerektiği anlaşılmaktadır. Peki burada kastedilen kullanım nasıl bir kullanımdır? Kullanılmanın gönderen devlet tarafından öngörülmesi (*usage prévu*) yeterli midir yoksa kullanım etkin kullanım (*usage effectif* ya da *affectation réelle*) mi olmalıdır? Bu hususlar Sözleşme tarafından açık bir biçimde cevaplanmamıştır.

Bununla birlikte, etkin kullanım koşulu hem ulusal hem de uluslararası yargı mercileri tarafından aranan bir kriter haline gelişmiştir³⁰. Benzer şekilde, misyon binasından bahsedebilmemiz için öngörülme bir kriter olarak aransaydı Sözleşme'de bu durum açıkça ifade edilirdi yönünde bir yaklaşım geliştirmemiz de mümkündür³¹. Diğer bir görüşe göre, kullanımın öngörülmesi de kullanım kapsamındadır ve öngörülmenin kabul eden devlete bildirilmesi anından etkin kullanımın başlayacağı süreye kadar olan süreçte de binanın misyon binası vasfına sahip olduğu kabul edilmelidir³². Kanımızca, kullanımın öngörülmesini misyon maksatları için kullanım kapsamında değerlendirmek oldukça güçtür. Nitekim, kullanımın öngörülmesinin bir kriter olarak esas alınması kabul eden devleti 22. maddeden doğan yükümlülükleri nedeniyle bir belirsizliğin içine sokabilir.³³ Başka bir deyişle, kabul eden devletin yükümlülüklerini yerine getirmesi için ilgili binanın vasfıyla alakalı net bir bilgiye sahip olması gerekir. Kullanımın öngörülmesi anından etkin kullanımın başlayacağı ana kadar geçen süre uzama riskini de beraberinde getirmektedir veya kullanımın öngörüldüğü andan sonraki aşamada etkin kullanım gerçekleşmeyecek de olabilir. Sonuç olarak,

[29] Misyonun görevleri Sözleşme'nin 3. maddesinde genel hatlarıyla ifade edilmiştir. Bu görevler arasında gönderen devleti temsil etmek ve kabul eden devletin hükümetiyle müzakereler yürütmek örnek verilebilir. Diplomasi temsilcisinin görevleri hakkında genel olarak bkz. Meray, s. 92-95; Salmon, para. 150-185.

[30] Opinion Dissidente de M. le Juge Yusuf, Président, para. 9-16.

[31] Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2020, p. 300, Opinion Dissidente de M. le Juge Bhandari, para.37.

[32] Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2020, p. 300, Opinion Dissidente de M. le Juge ad hoc Kateka, para. 23-24 ; Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2020, p. 300, Opinion Dissidente de M. le Juge Robinson, para. 43.

[33] Opinion Dissidente de M. le Juge Bhandari, para. 48 ve 59.

misyon binası statüsünün varlığından bahsedebilmemiz için misyon binalarının misyon maksatlarını sağlamak amacıyla etkin bir biçimde kullanılması gereklidir, kullanımın öngörülmesi yeterli değildir. Benzer mantıkla, misyon binasının etkin bir biçimde kullanılmasının sona ermesi durumunda da bu vasıf kaybedilebilecektir.

Olayda, Ekvatoryal Gine tarafından 4 Ekim 2011 tarihinden itibaren binanın misyon binası statüsüne sahip olduğu ileri sürülmektedir³⁴. Burada altını çizmemiz gereken husus Ekvatoryal Gine'nin kullanımın öngörülmesiyle misyon binası vasfının elde edileceğine ilişkin bir yorum yapmış olmasıdır. Her ne kadar 4 Ekim 2011 tarihinde Ekvatoryal Gine tarafından bu binanın uzun zamandır kullanıldığı iddia edilse de bu tarih Ekvatoryal Gine'nin kullanımını öngördüğü tarihtir. Ekvatoryal Gine tarafından binanın etkin kullanımın 27 Temmuz 2012 tarihinden itibaren başladığı görülmektedir. Bu iki tarih arasında Ekvatoryal Gine tarafından binanın misyon maksatları için etkin bir şekilde kullanıldığını ortaya konan bir kanıt getirilmemiştir. Benzer şekilde, bu zaman aralığında Fransız otoritelerinin binada gerçekleştirdiği aramalar esnasında binanın misyon maksatları için kullanıldığı sonucunu çıkaran bir izlenim de oluşmamıştır³⁵. Bu nedenle, binanın etkin kullanımın başladığı ve bunun Fransız otoritelere bildirildiği tarih olan 27 Temmuz 2012 tarihinden itibaren misyon binası vasfının kazanıldığı sonucuna ulaşmamız mümkündür.

Görüldüğü üzere Sözleşme'nin birinci maddesinde yer alan misyon binası tanımından hareketle misyon binası vasfının ne zaman kazanılacağına ilişkin önemli bir veri elde edilmektedir. Bununla birlikte, Divan Sözleşme'nin hükümlerinin (özellikle de misyon binası tanımının) alelade manalarının misyon binası vasfının nasıl kazanılacağına belirlenmesi hususunda bir yardım sağlamadığını belirtmiştir (para.62). Böylece, olay özelinde büyük öneme sahip misyon binası tanımı ihtilafın çözülmesine yardımcı olabileceken etkisi sınırlandırılmıştır. Halbuki, alelade anlama başvurulması antlaşmaların yorumlanması sürecinin başlangıç noktasını oluşturmaktadır.³⁶ Divan'ın önceki uygulamalarında antlaşma metinlerine vermiş olduğu önem de tartışmasızdır.³⁷ Elbette,

[34] Réponse de la Guinée équatoriale aux questions posées par les juges Bennouna et Donoghue lors de l'audience du 19 octobre 2016, C.I.J. 26 octobre 2016, s. 5-10.

[35] Cour Internationale de Justice, Audience publique tenue le mardi 18 octobre 2016, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Yusuf, vice-président, faisant fonction de président en l'affaire relative aux Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), Compte Rendu, CR 2016/15, p. 29, § 25 (Pellet).

[36] Villiger, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, s. 426. Aynı yönde bkz. Aybay, Rona/ Oral, Elif. *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 96 ve 99.

[37] Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 6, para. 41. Benzer şekilde bkz. Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 279, para. 100.

sözel yorumun tek başına uygulanması yeterli değildir ve diğer yorum yöntemleriyle desteklenmesi gerekir³⁸. Olayda, diğer yorum yöntemleri de misyon binası tanımından hareketle ulaştığımız sonucu destekler niteliktedir.

İlgili Sözleşme Hükümlerinin Yanlış bir Bağlama Oturtulması

Sözleşme hükümlerinin bağlamı yorumlama sürecinde hayati öneme sahiptir nitekim hükümler bir bütünün parçası olarak tasarlanmıştır³⁹. Sistematik yorumlamayla yapılan esas olarak bir kuralın antlaşma bütünü içindeki yeri ve işlevini tespit ederek onu anlamlandırmaya çalışmaktır⁴⁰. Bu noktadan hareketle Divan, Sözleşme hükümlerinin bağlamını değerlendirmeye geçmiştir (para. 63). Divan'a göre kabul eden devletin açık itirazına rağmen gönderen devletin tek taraflı iradesiyle misyon binası vasfının kazanılabileceği sonucuna ulaşmak Sözleşme'nin ikinci maddesinin mantığıyla uyumlu olmayacaktır. Bu nedenle ikinci maddeyi kısaca ele almamız yerinde olacaktır.

Sözleşme'nin ikinci maddesi ışığında gönderen devlet lehine kendiliğinden bir elçilik hakkından bahsetmek mümkün değildir⁴¹. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere elçilik hakkı varsayılamaz ve diplomatik ilişkiler karşılıklı rızaya dayanmaktadır. Aynı mantıkla, diplomatik ilişkilerin sonlandırılması da kurulmasında olduğu gibi devletlerin ihtiyarındadır. Diplomatik ilişkiye girilmesiyle kabul eden devletin topraklarında gönderen devletin bazı imtiyazlar ve dokunulmazlıklara sahip olarak faaliyet göstermesine imkân tanınmaktadır⁴². Dolayısıyla, diplomatik ilişki kurulduğu andan itibaren kabul eden devletin bu imtiyazlar ve dokunulmazlıklara karşı çıkma argümanı kural olarak ortadan kalkmaktadır. Sözleşme'nin 12. maddesinde açıkça kabul eden devletin rızasını gerektiren bir durum belirtilmiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'de aksi öngörülme hallerde kabul eden devletin açık bir rızası aranmayacaktır. Sonuç olarak, diplomatik ilişkilere girildikten sonra misyon binası vasfının kazanılması için ayrıca kabul eden devletten bir izin alma gerekliliğinden *kural olarak* bahsedemeyiz. Benzer şekilde, kabul eden devletin bu vasfın kazanılmasına karşı çıkması da mümkün değildir. Kısacası, gönderen devletin tek başına misyon binasını belirlemesi bir tek taraflılık olarak nitelendirilemez.

[38] Aybay/Oral, s.95.

[39] Villiger, s. 427.

[40] Aybay/Oral, s. 97-98.

[41] Grotius, elçilik hakkının doğal hukuktan kaynaklandığını ve bunun yalnızca egemen hükümdarların birbirlerine yolladıkları elçiler arasında yürürlükte olduğunun altını çizmektedir. Grotius, Hugo. *Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis)*, Çeviren: Meray, Seha L. Ankara Üniversitesi Basımevi, 1967, s. 129. Elçilik hakkıyla alakalı genel olarak bkz. Salmon, para.32-66.

[42] Eyffinger, Arthur. "Diplomacy", Editörler: Fassbender, Bardo ve Peters, Anne, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 837.

Görüleceği üzere, Divan misyon binası kavramını yanlış bir sistematığe oturtmuştur. Nitekim, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ikinci madde diplomatik ilişkilerin karşılıklı rızaya dayalı olarak kurulmasına ilişkindir. Bu ilişki kurulduktan sonra kural olarak misyon binası statüsünün kazanılması ayrıca bir izni gerektirmez. Bu durum her iki devlet için de geçerlidir. Denza'nın da belirttiği üzere her devlet aynı zamanda kabul eden ve gönderen devlettir⁴³. Kısacası, diplomatik ilişkilerin kurulmasıyla ortaya çıkan ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar her iki devlet için diğerinin toprakları üzerinde geçerlidir ve diplomatik ilişkilerde istikrarın tesis edilmesi bakımından karşılılık ilkesi büyük öneme sahiptir⁴⁴.

Ayrıca, Sözleşme'nin 21. maddesine göre, misyon binası edinme sürecinde kabul eden devlet, iç hukukuna uygun bir biçimde, süreci kolaylaştırma ve gönderen devlete yardımcı olmakla yükümlüdür⁴⁵. Benzer şekilde, Sözleşme'nin 25. maddesi gereği kabul eden devlet misyon görevlerinin ifa edilmesini sağlamak maksadıyla her türlü kolaylığı sağlamaya yükümlüdür⁴⁶. Devletin misyon binası edinilme sürecinde yardımcı olması ve engel çıkarmaması bu geniş kapsamda değerlendirilmelidir.

Bu bağlamda, Divan, özellikle bizim çalışmamızın ana problematiğini oluşturan, Sözleşme'ye hâkim olan gönderen devletle kabul eden devlet arasında kurulmaya çalışılan dengeye vurgu yapmıştır (para.64). Divan'ın endişesi kabul eden devletin itirazına rağmen gönderen devlete misyon binası belirleme hususunda tek taraflı bir yetki vermenin bu dengeyi bozabileceği yönündedir (para.65). Halbuki tam aksine diplomatik ilişkilerin kurulduğu andan sonraki süreçte kabul eden devlete bir takdir yetkisi tanımak bu dengenin gönderen devlet aleyhine bozulması riskini beraberinde getirmektedir. Divan, yaklaşımını Sözleşme'nin konusu ve amacı ışığında yarattığı bir yükümlülükle destekleme yoluna gitmiştir.

Sözleşme'nin Konu ve Amacı Işığında Yeni bir Yükümlülük Yaratılması

Amaçsal yorumun çıkış noktasını "sözün" bazı durumlarda yeterli olmayacağı ve bu durumda kuralın "özünün" anlaşılması gerektiği oluşturmaktadır⁴⁷. Antlaşmaların konu ve amacı genellikle başlangıç

[43] Denza, s. 2.

[44] *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2020*, p. 300, Opinion Dissidente de Mme la Juge Xue, Vice-Présidente, para.15. Aynı yönde bkz. Berridge/James, s. 77-78.

[45] Devletler misyon binalarının edinilmesi veya inşa edilmesi sürecinde genellikle anlaşma yapma yoluna gitmektedir. Denza, s. 108.

[46] Genel olarak bkz. Denza, s. 169-172.

[47] Aybay/Oral, s. 97.

hükümlerinde yer alır ve yorumlama esnasında bu hükümler yol gösterici olmaktadır. Bu bağlamda, Divan, Sözleşme'nin başlangıç hükümlerinde yer alan uluslararası dostane ilişkilerin geliştirilmesi hedefine yapılan vurguya dikkat çekmiştir (para.66). Daha sonra, bu hedefe ulaşmanın gönderen devletin diplomatik personeline bazı ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar verilmesinden geçtiğinin altı çizilmiş ve bunların kabul eden devlete ağır yükümlülükler getirdiği ifade edilmiştir. Divan, buradan hareketle, kabul eden devletin itiraz etmesi halinde gönderen devletin tek başına bir misyon binası belirlemesi yaparak empoze edemeyeceğini, bu durumun Sözleşme'nin konusuyla bağdaşmayacağını ve suistimallere yol açabileceğini belirtmiştir (para.67).

Kararda Divan'ın özellikle önsöze büyük önem atfettiği görülmektedir ancak önsözlerin antlaşmaların yorumlarındaki önemi tartışılmaz olsa da olayda önsözden hareketle yeni bir yükümlülük yaratılmıştır⁴⁸. Dolayısıyla, konu ve amaç ışığında zorlama bir yorum yapılarak metnin sınırları aşılmıştır⁴⁹. Divan'ın yaklaşımının tam aksine bu yönde bir yorum Sözleşme'nin konusu ve amacıyla açık bir çatışma halindedir. Ortaya konan bu yorumla Sözleşmenin önsözünde ifade edilen devletlerin egemen eşitliğinin bozulma tehlikesi ortaya çıkabilecek ve uluslararası dostane ilişkilerin geliştirilmesi daha da zorlaşabilecektir. Kabul eden devlete bu yönde bir müdahale hakkı vermek gönderen devleti zor duruma sokabilecektir. Dolayısıyla, kabul eden devlete bu yönde bir yetki vermek egemen eşitliği bozarak gönderen devletin pozisyonunu zayıflatabilecektir⁵⁰. Kısacası, devlet egemenliğine yorum yoluyla getirilen sınır antlaşmanın "sözünü" aşmıştır ve Divan bunun gerekçelerini çok açık bir şekilde ortaya koyamamıştır⁵¹.

Daha sonraki aşamada Divan yaklaşımını destekleme amacıyla ulusal düzenlemelerinde izin koşulunu getiren (Almanya, Güney Afrika ve Brezilya örneklerinin dahil olduğu) devlet uygulamasına dikkat çekmiştir (para.69). Konuyla alakalı olarak devletlerin kontrolcü bir yaklaşım geliştirmeleri Sözleşme tarafından yasaklanmamıştır⁵². Her ne kadar bu yönde bir uygulama olsa da bu uygulama sınırlı sayıda devlet tarafından takip edilmektedir. Bu nedenledir ki gelişen uygulamanın bir yapılageliş kuralı haline geldiğini iddia etmek şu an itibarıyla güçtür⁵³. Dolayısıyla,

[48] *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2020*, p. 300, Déclaration de M. le Juge Gaja, para. 6-7. Benzer şekilde bkz. Opinion Dissidente de M. le Juge Yusuf, Président, para.2 ve 25.

[49] Villiger, s. 428.

[50] Opinion Dissidente de M. le Juge Bhandari, para.19.

[51] Aybay/Oral, s. 101.

[52] Denza, s. 147.

[53] *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2020*, p. 300, Opinion Dissidente de M. le Juge Robinson, para.32.

sınırlı olarak gelişen bu uygulamanın bu yönde bir yükümlülüğü destekleyecek şekilde vurgulanması hukuki açıdan sorunludur.

Ekvatoryal Gine'ye göre kabul eden devlet misyon binası vasfının kazanılması sürecine müdahale edici bir yaklaşıma sahip olabilir, ancak, kabul eden devletin iç hukukunda veya uygulamasında yer alması hali dışında gönderen devletin itirazda bulunması mümkün değildir (para.71). Divan'a göreyse bu yaklaşım temelsizdir ve kabul eden devlet iç hukukunda açıkça bir itiraz öngörüleceği gibi olay bazlı bir yaklaşım da geliştirilebilir (para.72). Olayda, Divan Fransa uygulamasını yeterince irdeleme yoluna gitmemiştir. Fransız uygulaması misyon binası vasfının kazanılmasıyla alakalı olarak oturmuş ve şeffaf bir uygulama değildir⁵⁴. Benzer şekilde, Fransa genel olarak misyon binası vasfının kazanılmasını rızaya bağladıklarını açıkça ortaya koyan bir kanıt da sunmamıştır⁵⁵. Dolayısıyla, Fransa'da bir ön izin aranmadığı yönünde bir uygulama gelişmiştir. Ekvatoryal Gine de Fransa'da gelişen uygulamaya olan inancıyla bu şekilde hareket etmiştir. Konuyla alakalı Fransız uygulaması daha detaylı olarak aşağıda tartışılacaktır.

Divan, görüldüğü üzere, başlangıç hükümlerinden hareketle yapmış olduğu "aşırı" yorumla yeni bir yükümlülük tesis etmiştir. Daha sonraki aşamada bu yükümlülüğü mantıklı bir temele oturtma yolunu seçmiştir.

YARATILAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ TEMELLENDİRME ÇABALARI

Divan'a göre kabul eden devletin sahip olduğu takdir yetkisi sınırsız değildir ve kabul eden devlet itirazını makul bir zamanda iletmeli ve bu itiraz keyfi ve ayrımcı olmamalıdır (para.73-74). *Ad hoc* Hâkim Kateka'nın da belirttiği üzere, getirilen bu kriterlerle amaçlanan Sözleşme'de öngörülmeleyen rıza verme veya karşı çıkmama durumuna başvurulmasını rasyonelleştirmektedir⁵⁶. Divan, Fransa'nın itirazında bu koşulları sağlayıp sağlamadığını incelemeye geçmiştir. Divan, ilk olarak, Fransa'nın mezkûr binanın misyon binası vasfına sahip olmadığı yönündeki itirazlarını diplomatik yazışmalar esnasında vakit geçirmeden dile getirdiği sonucuna ulaşmıştır (para.92).

Daha sonraki aşamada, Divan Fransa'nın yapmış olduğu itirazların keyfi ve ayrımcı olup olmadığını incelemeye başlamıştır (para.93). Ekvatoryal Gine, kendisine karşı yapılan bu uygulamanın keyfi ve ayrımcı olduğu hususuna dört farklı açıklama getirmiştir. İlk olarak, Ekvatoryal Gine'ye göre Fransa'nın binanın misyon binası olmadığını ileri sürerken binanın özel hukuk alanında kaldığını iddia etmesi hem olgusal hem de hukuki anlamda hatalıdır (para.94). Olgusal olarak,

[54] Opinion Dissidente de M. le Juge Yusuf, Président, para.32.

[55] Opinion Dissidente de Mme la Juge Xue, Vice-Présidente, para.17.

[56] Opinion Dissidente de M. le Juge *ad hoc* Kateka, para.20.

Ekvatoryal Gine, 15 Eylül 2011 tarihinden itibaren mülkiyetinin kendisinde olduğunu iddia etmektedir. Hukuki açıdansa Sözleşme’de yer alan misyon binası tanımında binanın mülkiyetinin kimde olduğunun öneminin olmadığını altı çizilmiştir. İkinci aşamada, misyon binası vasfının kazanılmasına ilişkin Fransa’da uygulanan prosedürün uygulanmadığı ileri sürülmüştür (para.95). Fransız uygulamasında binanın misyon maksatları için kullanıldığının doğrulandığı anda misyon binası olarak kabul edildiği hatırlatılmış ancak olayda Fransa tarafından herhangi bir kontrol yapılmadığı iddia edilmiştir (para.95). Üçüncü olarak, Ekvatoryal Gine’ye göre Fransa’nın misyon binası vasfına ilişkin itirazlarını ifade etmeden istişare etme yoluna gitmesi gerektiği iddia edilmiştir (para.96). Son olarak, Fransız uygulamasının misyon binası vasfının nasıl kazanılacağına ilişkin olay bazında bir tutarlılık göstermediği ve bu durumun diğer gönderen devletlerin gördüğü muameleye kıyasla kendilerini keyfi ve ayrımcı bir yaklaşıma maruz bıraktığı ileri sürülmüştür (para.97). Son olarak, Ekvatoryal Gine’ye göre her ne kadar Fransa açık bir şekilde bu vasfın var olduğuna karşı çıkmış olsa da Fransız temsilcilerin vize almak için bu binaya gitmeleri, 2015 ve 2016 yıllarında binaya Fransız otoriteler tarafından koruma sağlanması ve Fransız Dışişleri Bakanlığı’nın 2019 yılında bu adrese dört adet mektup yollanmış olması Fransa tarafından binanın zımnî olarak diplomatik statüsünün tanındığı şeklinde anlaşılmalıdır (para.98).

Fransa bu iddiaları reddetmiştir (para.99). Fransa’ya göre binanın özel hukuka tabi olması binanın mülkiyetiyle alakalı olan bir durum olmayıp binanın misyon maksatları için kullanılması ve Sözleşme’de öngörülen korumadan yararlanmaması hususlarını ilgilendirmektedir (para.99). Fransa, misyon binası vasfına itiraz ettiği anda binanın misyon maksatları için kullanıldığını gösteren yeterince emare olmadığını ve binanın cezai soruşturmalara konu olduğunu belirtmiştir (para.100). İstişare hususunda da asıl Ekvatoryal Gine’nin tek taraflı olarak bina seçimini empoze ettiği ve istişare yoluna gitmediği ileri sürülmüştür (para.101). Benzer şekilde, Fransa misyon binası vasfına ilişkin tutarsız bir uygulama geliştirdiği iddiasını reddetmiştir (para.102). Fransa’ya göre Fransız temsilcilerinin vize almak için bu binaya gitmiş olmaları Fransa’nın binanın vasfı konusunda farklı bir yaklaşım geliştirdiği sonucunu ortaya çıkarmamalıdır (para.103). Fransa, 7 Aralık 2016 tarihinden sonraki süreçte binaya koruma sağladığını kabul etmiş ancak bunu Divan’ın vermiş olduğu geçici tedbirlere ilişkin kararlarla açıklama yoluna gitmiştir (para.103). Binaya yollanmış olan dört adet mektubun da hata sonucu yollandığını ileri sürmüştür (para.103).

Sonraki aşamada Divan tarafların iddialarını değerlendirmeye geçmiştir (para.105-117). Divan’a göre, Fransa’nın yapmış olduğu

itirazın binanın mülkiyetiyle alakası bulunmamaktadır ve bu itirazla amaçlanan binanın misyon maksatları için kullanılmadığından dolayı özel hukuk alanında kaldığını vurgulamaktır (para.106). Bu yaklaşım Divan'a göre temelsiz değildir (para.107). Ekvatoryal Gine, 4 Ekim 2011 öncesi ve 4 Ekim 2011- 27 Temmuz 2012 tarihleri arası binanın misyon maksatları için kullanıldığını kanıtlayamamıştır (para.107-108). Bu noktada, Divan'ın yaklaşımı yerindedir nitekim Ekvatoryal Gine'nin özellikle 4 Ekim 2011 ve 27 Temmuz 2012 tarihleri arasında binayı misyon binası olarak kullanmayı öngördüğü ve öngörmenin de misyon binası vasfına sahip olmak için yeterli olmadığı yukarıda açıklanmıştır.

Divan, Fransa'nın zikredilen binanın misyon binası statüsüne karşı çıkmak için yeterince dayanak noktası var olduğu kanaatini taşımaktadır, bunlardan belki de en önemlisi binanın 4 Ekim 2011 tarihi öncesi aramalara konu olmasıdır (para.109). Divan'a göre bina eğer bu statüyü kazanmış olsaydı bu durum Fransa ceza sisteminin işleyişini tehlikeye atabilirdi (para.109). Bu nedenle, Divan'a göre Fransa'nın itirazı keyfi olarak değerlendirilemez nitekim haklı sebepleri bulunmaktadır ve bu sebeplerin Ekvatoryal Gine tarafından bilinmesi veya biliniyor olması gerekir (para.110). Bu noktada bir hususa temas etmemiz yerinde olacaktır. Olayda, Ekvatoryal Gine'nin binayı dokunulmazlıktan faydalandırmak suretiyle binaya el konulmasının önüne geçme niyetinin olduğu ileri sürülmüştür⁵⁷. Benzer şekilde, bunun kötü niyetli bir davranış olduğu da iddia edilebilir⁵⁸. Bununla birlikte, Fransa dava kapsamında Ekvatoryal Gine'nin hakkı kötüye kullandığını tartışmaya mahal vermeyecek bir biçimde tesis edemediği görülmektedir⁵⁹. Ekvatoryal Gine'nin bu yönde bir kötü niyeti olsaydı veya hakkı kötüye kullanması durumundan bahsedilseydi bile müstakil bir rejim olan Viyana Sözleşmesi kendi içerisinde kabul eden devletin alabileceği yaptırımları içinde barındırmaktadır⁶⁰. Olayda, Fransa'nın giriş bölümünde de zikrettiğimiz yaptırımlara başvurmadığı görülmektedir.

[57] Pancracio, Jean-Paul. "Éléments sur la pratique du Droit Diplomatique", *Annuaire Français de Relations Internationales*, Sayı: 16, 2015, s. 581-582.

[58] De Pooter, s. 64, 74. Fransa'nın, davanın kabul edilemezliğine ilişkin ön itirazlarından birisi hakkın kötüye kullanılması hususuyla alakalıdır. Divan, hakkın kötüye kullanılmasının bir ön itirazını reddetmiş ve bu yöndeki bir iddianın esasa ilişkin bir mesele olduğunu belirtmiştir. *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2018*, p. 292, para.145 ve 150. Konuyla alakalı detaylı bir tartışma için bkz. They, Marine. "Fin de la phase préliminaire dans l'affaire des 'Biens mal acquis' opposant la Guinée équatoriale et la France devant la Cour internationale de Justice (arrêt du 6 juin 2018)", *Annuaire Français de Droit International*, Sayı: 64, 2018, s. 297-299.

[59] *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 2020*, p. 300, Opinion Individuelle de Mme la Juge Sebutinde, para. 36 ve 39.

[60] Opinion Dissidente de M. le Juge Robinson, para.72-75. *Contra* Pooter'e göre diplomatların persona non grata ilan edilmesi olayda bir çözüm değildir çünkü burada sorunun kaynağında yatan diplomatların faaliyetleri değil binanın vasfıdır. De Pooter, s. 65-66. Bu görüşe katılmıyoruz. Fransa diplomatları istenmeyen şahıs ilan etme yoluna başvurmuş olsaydı misyon faaliyetlerinin gerçekleştirilmesini önleyebilirdi.

27 Temmuz 2012'den (misyon binası vasfının kazanıldığını düşündüğümüz tarihten) sonraki süreçte, 27 Ekim 2017 tarihinde binanın müsadere karar verilmiş ve bu kararda Divan tarafından alınmış olan geçici tedbirin bu kararın uygulanmasına engel oluşturduğu belirtilmiştir (para.36). 10 Şubat 2020 tarihinde de bu karar onanmıştır (para.38). Bu noktada cevap aramamız gereken soru şudur: Alınmış olan müsadere kararı Sözleşme'nin 22. maddesinin ihlalini oluşturur mu? 7 Aralık 2016 tarihinde verilmiş olan geçici tedbir kararı sonrası alınmış olan müsadere kararı her ne kadar kadar uygulanmamış olsa da Fransa'nın geçici tedbir kararına saygı duymadığı şeklinde yorumlanabilir mi?⁶¹

Fransız ceza hukukunda müsadere'nin mülkiyetin Fransız devletine devrini öngören bir ceza olduğunu hatırlatmamız yerinde olacaktır⁶². Başka bir deyişle, müsadere kararı başlı başına misyon binası dokunulmazlığının bir ihlalini oluşturmaz çünkü bu karar otomatik bir binadan zorla çıkarma sonucunu doğurmamaktadır⁶³. Yeniden hatırlatmamız gerekirse misyon binasından bahsetmemiz için mülkiyet aranan koşullardan birisi değildir. Örneğin, bina eğer kiralanmışsa, binanın sahibine karşı bir karar alınmasında bir engel yoktur, burada kabul eden devlet açısından sınırlayıcı olan tek faktör misyon binası dokunulmazlığını ihlal etmemektir⁶⁴. Bu noktadan hareketle, Fransız otoriteler tarafından bu binaya girilmemiş ve binanın dokunulmazlığına saygı gösterilmiştir⁶⁵. Dolayısıyla, müsadere kararı var olsa bile bu karar tek başına 22. maddenin ihlal edildiği sonucunu doğurmaz. Başka bir deyişle, bu madde müsadere kararının verilmesine engel değil alınan kararın uygulanmasına bir engel teşkil etmektedir.

Daha sonraki aşamada, Divan, Fransız uygulamasının tutarsız olup olmadığı hususunu değerlendirmeye geçmiştir. Divan, Fransa'nın Ekvatoryal Gine ile olan diplomatik yazışmalarında tutarlı bir yaklaşım gösterdiğini ve misyon binası vasfının kazanılmasına açık bir biçimde karşı çıktığını belirtmiştir (para.112-113). Aynı minvalde, Ekvatoryal

[61] Grandaubert, Victor. "La saisie des « biens mal acquis » à l'épreuve du droit des immunités internationales: quelques observations à propos du différend opposant la Guinée équatoriale à la France", *RDIA*, Sayı: 1, 2018, s. 72-73.

[62] Cour Internationale de Justice, Audience publique tenue le mardi 20 février 2018, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Yusuf, président, en l'affaire relative aux Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), *Compte Rendu*, CR 2018/3, p. 26, § 43 (Tchikaya). Aynı yönde bkz. Déclaration de M. le Juge Gaja, para.13. Konuyla alakalı geniş bir tartışma için bkz. Grandaubert, s. 72-74.

[63] Opinion Individuelle de Mme la Juge Sebutinde, para.30.

[64] *Projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques et commentaire* (1958), Ann. CDI, 1958, vol. II, Article 20, para.6.

[65] Cour Internationale de Justice, Audience publique tenue le mardi 18 octobre 2016, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Yusuf, vice-président, faisant fonction de président en l'affaire relative aux Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), *Compte Rendu*, CR 2016/15, p. 38, para. 23 (Ascensio).

Gine tarafından yukarıda zikrettiğimiz örneklerin Fransa tarafından statünün zımni bir kabul edildiği şeklinde yorumlanması mümkün olmadığı belirtilmiştir (para.114). Bu hususta da Divan'a katılmak mümkün değildir. Ekvatoryal Gine'nin ileri sürdüğü üzere, Fransız uygulaması tutarlı olmaktan uzaktır. Fransız savunması da 2012 yazından itibaren Ekvatoryal Gine'nin misyon faaliyetlerinin etkin olarak buradan yürütüldüğünü kabul etmiştir⁶⁶. Fransa her ne kadar statünün kazanılmasına açık bir biçimde itiraz etse de zımni olarak bu statüyü kabul etmiştir sonucuna ulaşılması daha yerinde olurdu⁶⁷. Kanımızca, binaya sağlanan koruma, vize alma işlemleri için binaya gidilmesi ve binaya yollanmış olan mektuplar bu yaklaşımımızı desteklemektedir. Benzer şekilde, 27 Temmuz 2012 tarihinden itibaren binanın dokunulmazlığına gösterilmiş olan saygı da bu kapsamda değerlendirilebilir.

Sonuç olarak, Divan'a göre Ekvatoryal Gine, Fransa'nın ayrımcı bir uygulama geliştirdiğini ortaya koyamamıştır (para.115). Divan, bütün bunların ışığında, Fransa'nın itirazının keyfi ve ayrımcı olmadığı sonucuna ulaşmıştır (para.116). Divan, Fransız tezleriyle uyumlu olarak, 9'a karşı 7 oyla hiçbir surette misyon binası vasfını kazanılmadığına hükmetmiştir (para.126). Bununla bağlantılı olarak Fransa'nın Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülükleri ihlal etmediğini belirtmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere misyon binası vasfının 27 Temmuz 2012 tarihinde kazanıldığını düşünüyoruz. Bu tarihten sonraki Fransa'nın tutumuna baktığımız zaman Fransa bu binayı zımnen misyon binası olarak tanıdığı ve 22. maddeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmediği görülmektedir. Bu tarihten sonraki süreçte alınmış olan ve kesinleşen müsadere kararı da yukarıda açıkladığımız gerekçelerle bir ihlal oluşturmayacaktır.

SONUÇ

Divan kararında açıkça görüleceği üzere misyon binası statüsünün edinilmesiyle alakalı olarak kabul eden devlete itiraz etme olanağı sağlamak Sözleşme'de kurulan dengenin kabul eden devlet lehine bozulması sonucunu doğurmuştur. Bu yaklaşım devletlerin karşılıklı rızaya dayalı kurulan diplomatik ilişkilerine zarar verebilme riskini içinde barındırmaktadır. Diplomatik ilişki kurulduğu andan itibaren misyon binası vasfına sahip olmak için bu yönde bir ön izin kural olarak aranmamaktadır. Girişte de altını çizdiğimiz üzere gönderen devletin

[66] Cour Internationale de Justice, Audience publique tenue le mardi 18 octobre 2016, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Yusuf, vice-président, faisant fonction de président en l'affaire relative aux Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), Compte Rendu, CR 2016/15, p. 26, para. 18 (Pellet).

[67] Opinion Dissidente de M. le Juge Yusuf, Président, para.50; Opinion Dissidente de M. le Juge Robinson, para.76 (iv).

sahip olduğu dokunulmazlık ve imtiyazlar kabul eden devlet tarafından başvurulabilecek yaptırımlarla dengelenmiştir. Olayda Fransa'nın bu yollara başvurmadığı görülmektedir.

Divan'ın uluslararası barışın tesisine yapmış olduğu katkı tartışılmazdır. Benzer şekilde, Divan'ın uluslararası hukukun gelişimine katkısı da su götürmez bir gerçektir. Bununla birlikte, birçok devletin aralarındaki ihtilafları Divan önüne taşıma hususunda isteksizliklerinin veya endişelerinin olduğu da bir olgudur. Divan tarafından alınmış olan bu karar endişelerin azalmasına ne yazık ki hizmet etmeyecektir. Kararda yarattığı yükümlülükle Divan'ın Birleşmiş Milletler'in başlıca adli organı olma fonksiyonunu aştığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf. *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, Seçkin, Ankara, 2021.
- Aybay, Rona & Oral, Elif. *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- Başkaracaoğlu, Elif. "Kongo Topraklarındaki Silahlı Faaliyetler Davası (19 Aralık 2005 tarihli karar)", Editör: TÛTÛNCÛ Ayşe Nur ve diğerleri, Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007), Beta, İstanbul 2008, s. 55-80.
- Berridge G. R. & James Alan. *A Dictionary of Diplomacy*, Palgrave Macmillan, Second Edition, 2003.
- Colliard Claude-Albert. "La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques", *Annuaire Français de Droit International*, Sayı:7, 1961, s. 3-42.
- Coussirat-Coustère, Vincent. "L'arrêt de la Cour internationale de Justice sur le personnel diplomatique américain à Téhéran", *Annuaire Français de Droit International*, Sayı: 26, 1980, s. 201-224.
- Çamyamaç, Anil. "Diplomatik Temsilciler ve Onlara Tanınan Hareket ve Seyahat Serbestisi", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, 2019, s. 457-486.
- Denza, Eileen. *Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- De Pooter, Helene. "La Cour Internationale de Justice Face À La Question Des Biens Mal Acquis: À Propos de L'ordonnance du 7 Décembre 2016 Rendue dans L'affaire des Immunités et Procédures Pénales (Guinée Équatoriale c. France)", *Annuaire Français de Droit International*, Sayı: LXII, 2016, s. 52-74.
- Eyffinger, Arthur. "Diplomacy", Editör: Fassbender Bardo & Peters Anne, *The Oxford Handbook of the History of International Law* içinde, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Ferragu, Gilles. "L'invention des normes diplomatique, 1815-1961: la politesse des rois", *Monde(s)*, Sayı: 5, 2014, s. 81-98.
- Grandaubert, Victor. "La saisie des «biens mal acquis» à l'épreuve du droit des immunités internationales: quelques observations à propos du différend opposant la Guinée équatoriale à la France", *RDIA*, Sayı: 1, 2018, s. 46-88.
- Grotius, Hugo. *Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis)*, Çeviren: Meray, Seha L., Ankara Üniversitesi Basımevi, 1967.
- Meray Seha L. "Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3, 1956, s. 79-117.
- Niyonkuru, Aimé-Parfait. "L'affaire *Obiang* et la Question de L'immunité Personnelle de Jurisdiction Pénaile Étrangère des Gouvernants Étrangers en Exercice: Retour d'un Serpent de Mer", *Revue québécoise de Droit International*, Sayı: 33/2, 2020, s. 101-122.

- Pancraccio, Jean-Paul. "Éléments sur la pratique du Droit Diplomatique", *Annuaire Français de Relations Internationales*, Sayı:16, 2015, s. 573-588.
- Projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques et commentaire (1958)*, *Ann. CDI*, 1958, Volume: II, Article 20.
- Salmon, Jean. *Manuel de Droit Diplomatique*, Bruylant, Bruxelles, 1994.
- Shaw, Malcolm N. *Uluslararası Hukuk*, Çev. Editörü: Kaya, İbrahim, TÜBA, Ankara, 2018.
- They, Marine. "Fin de la phase préliminaire dans l'affaire des 'Biens mal acquis' opposant la Guinée équatoriale et la France devant la Cour internationale de Justice (arrêt du 6 juin 2018)", *Annuaire Français de Droit International*, Sayı: 64, 2018, s. 277-300.
- Topal, Ahmet Hamdi. "Uluslararası Hukuk Açısından Diplomatik Sığınma ve Assange Olayı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2014/1, s. 49-74.
- Villiger, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.
- Wickremasinghe, Chanaka. "Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations", Editör: Evans Malcolm D., *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Uluslararası Adalet Divanı Kararları, Taraf Dilekçeleri, Hâkim Görüşleri *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, s. 168.
- Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, Arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, s. 266.
- Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 15 Décembre 1979, *C.I.J. Recueil 1979*, s.7.
- Cour Internationale de Justice, Audience publique tenue le mardi 18 octobre 2016, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Yusuf, vice-président, faisant fonction de président en l'affaire relative aux Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), *Compte Rendu*, CR 2016/15.
- Cour Internationale de Justice, Audience publique tenue le mardi 20 février 2018, à 10 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Yusuf, président, en l'affaire relative aux Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), *Compte Rendu*, CR 2018/3.
- Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, s. 6.
- Ile de KasikililSedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1999*, s. 1045.
- Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2020*, s. 300.
- Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2020*, s. 300, Opinion Dissidente de M. le Juge Bhandari.
- Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2020*, s. 300, Déclaration de M. le Juge Gaja.
- Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2020*, s. 300, Opinion Dissidente de M. le Juge ad hoc Kateka.
- Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2020*, s. 300, Opinion Dissidente de M. le Juge Robinson.
- Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2020*, s. 300, Opinion Dissidente de Mme la Juge Xue, Vice-Présidente.
- Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2020*, s. 300, Opinion Dissidente de M. le Juge Yusuf, Président.
- Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2020*, s. 300, Opinion Individuelle de Mme la Juge Sebutinde.

Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016.
Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 279.
Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, s. 3.
Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, s. 3, Opinion Individuelle de M. Lachs.
Réponse de la Guinée équatoriale aux questions posées par les juges Bennouna et Donoghue lors de l'audience du 19 octobre 2016, CIJ, 26 octobre 2016.

DENİZ GÜVENLİĞİ VE ULUSLARARASI DENİZ HUKUKUNDAKİ ZORLUKLAR: KEŞFEDİLMEMİŞ SULARDA GEZİNMEK

Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0001-9438-0291

hkeyilmaz@ybu.edu.tr

ÖZET

Okyanuslar kıtaları birbirine bağlamakta ve küresel ticaret, iletişim ve kültürel değişim için bir araç olarak hizmet etmektedir. Bu sebeple okyanusların güvenlikleri uluslararası istikrarı ve barışı korumak için kritik öneme sahiptir. Deniz alanlarının ve kaynaklarının kullanımı çoğunlukla Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde (BMDHS) düzenlenmiştir. Ayrıca, BMDHS deniz güvenliği ile ilgili de yasal çerçeve oluşturmaktadır. Öte yandan, son jeopolitik ve teknik gelişmeler, BMDHS'yi teste tabi tutan ve deniz güvenliği önlemlerinin uygulanmasını zorlaştıran yeni engeller ortaya çıkarmıştır. Bu çalışma, tartışmaların devam ettiği deniz alanlarının deniz güvenliğine etkilerine, devlet dışı aktörlerin genişlemesine ve teknolojik gelişmelere odaklanarak, deniz güvenliğine ve uluslararası deniz hukukuna yönelik riskleri ele almaktadır.

Bu çalışmanın ilk adımı olarak; tartışmalı deniz alanlarının deniz güvenliğini uygulaması ve prosedürleri üzerindeki etkilerini incelemektir. Anlaşmazlıklar devletlerin münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığına farklı iddialar oluşturmasının bir sonucu olarak ortaya çıkar ve bu da şiddetli çatışma potansiyeline yol açar. Bu anlaşmazlıklar genellikle tarihsel, politik ve ekonomik düşüncelerin bir araya gelmesinden kaynaklandığından, BMDHS hükümlerinin yorumlanması konusunda fikir birliğine varmayı zorlaştırmaktadır.

Ayrıca bu çalışmada, devlet dışı aktörlerin korsanlık, terörizm ve yasadışı, bildirilmemiş veya düzenlenmemiş balıkçılık gibi deniz güvenliği konularında oynadıkları rolü araştırmaktadır. Bu çalışmanın amacı, Cibuti Davranış Kuralları ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen kararlar ile bölgesel ve uluslararası girişimlerin devlet dışı aktörlerin yarattığı tehlikeleri ele almadaki etkinliğini değerlendirmektir. Ayrıca, devletler arasında kapasite geliştirme ve

iş birliğinin önemini ve uluslararası sularda korsanlık, terörizm ve yasadışı balıkçılığın temel nedenlerinin ele alınmasının gerekliliğini vurgulamaktadır.

Sonuç olarak, bu araştırmanın bulguları, deniz güvenliğini ve uluslararası deniz hukukunu çevreleyen karmaşık ve çok boyutlu zorluklara ışık tutmaktadır. Devletlerin, uluslararası kuruluşların ve diğer paydaşların bu zorlukları ele almak, küresel denizcilik ortaklıklarının korunmasını sağlamak ve dünya giderek birbirine bağlı hale geldikçe uluslararası barış ve istikrarı teşvik etmek için iş birliği yapmaları esastır. Çalışma, mevcut deniz güvenliği durumu hakkında daha kapsamlı bir değerlendirmeye katkıda bulunmakta, devlet dışı aktörlerin genişlemesini ve gelişen teknolojiyi inceleyerek gelecekteki araştırmalar, politika ve uygulamalar için uluslararası hukuk boyutunda önerilerde bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Deniz Güvenliği, Uluslararası Deniz Hukuku, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi; Deniz Sınırları, Korsanlık, Yasadışı Balıkçılık

CHALLENGES IN MARITIME SECURITY AND INTERNATIONAL LAW OF THE SEA: NAVIGATING UNCHARTED WATERS

ABSTRACT

As oceans connect nations and serve as a medium for global trade, communication, and cultural exchange, their security is essential to preserving international peace and stability. The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) predominantly regulates the use of maritime regions and resources. Moreover, it establishes a legal framework for maritime protection. On the other hand, recent geopolitical and technological developments have introduced new obstacles that put UNCLOS to the test and make it more difficult to implement maritime security measures. This study examines the threats to maritime security and the international law of the sea by focusing on the effects of maritime borders on maritime security, the growth of non-state actors, and technological advancements, areas where debates persist.

This study begins by analyzing the effects of contested maritime areas on maritime safety practices and procedures. As a consequence of states' competing claims to the exclusive economic zones and continental shelf, there exists the possibility of violent conflict. It is difficult to reach a

consensus regarding the interpretation of UNCLOS provisions due to the fact that disagreements frequently stem from a combination of historical, political, and economic factors.

Also, the research looks into the expanding role that non-state actors play in maritime security issues such as piracy, terrorism, and fishing that is illicit, unreported, and unregulated. The purpose of this study is to evaluate the efficacy of regional and international initiatives, such as the Djibouti Code of Conduct and the resolutions passed by the United Nations Security Council, in addressing the dangers that are posed by non-state actors. Furthermore, it emphasizes the significance of capacity-building and cooperation among states, as well as the necessity of addressing the fundamental causes of piracy, terrorism, and illegal fishing in international waters.

Therefore, the findings of this research shed light on the intricate and multidimensional difficulties surrounding maritime security and the international law of the sea. It is essential for states, international organizations, and other stakeholders to collaborate in order to address these difficulties, ensure the maintenance of the global maritime commons, and promote international peace and stability as the world becomes increasingly interconnected. The study contributes to a fuller knowledge of the present maritime security situation and, gives recommendations related to international law rules for future research, policy, and practice by studying, the expansion of non-state actors, and developing technology.

Keywords: Maritime Security, International Law of the Sea, United Nations Convention on the Law of the Sea, Maritime Boundaries, Piracy, Illegal Fishing.

GİRİŞ

Uluslararası toplumun her bir üyesi, deniz hukukunun önemini ve deniz güvenliği ile uluslararası hukuk üzerindeki etkilerini kabul eder. Denizler, dünya ticaretinin büyük bir bölümünü taşıırken, aynı zamanda birçok ülkenin ekonomik, güvenlik ve çevresel çıkarlarını da içerir. Denizlerin yönetimi ve korunması, çoğu zaman karmaşık ve tartışmalı hale gelen çok çeşitli paydaşları ve çıkarları içerir.

Uluslararası deniz hukukunun merkezinde yer alan 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), 160'tan fazla ülkenin taraf olduğu ve denizlerin kullanımı ve korunmasıyla ilgili evrensel kuralları

belirleyen bir anlaşmadır.¹ BMDHS, devletlerin deniz yetki alanlarını belirlerken, aynı zamanda deniz güvenliği, deniz taşımacılığı, balıkçılık, deniz çevresinin korunması ve deniz bilimi gibi konularda da kılavuzluk eder.

BMDHS'nin varlığına rağmen, denizlerin statüsü ve kullanımı konusunda uluslararası anlaşmazlıklar hala devam etmektedir. Özellikle, devletler arasında Münhasır Ekonomik Bölgelerin (MEB) ve kıta sahanlığının (KS) sınırlarının belirlenmesi konusunda anlaşmazlık vardır. Örneğin, Güney Çin Denizi'ndeki anlaşmazlıklar, BMDHS'nin yorumu ve uygulanması konusundaki sorunları gösterir.²

BMDHS'nin yetkisi, devletlerin eylemlerine sınırlamalar getirirken, aynı zamanda devletlerin deniz kaynaklarını kullanma ve koruma hakkını da tanır. Ancak, BMDHS'nin yürürlüğe girmesinden sonra uzun bir süre geçmiştir ve deniz hukuku, teknolojik, jeopolitik ve çevresel değişimlerle karşı karşıya kalmıştır. BMDHS'nin, özellikle Arktik ve Antarktik gibi hassas bölgelerde, yeni denizcilik teknolojileri ve iklim değişikliğinin neden olduğu deniz ortamındaki değişiklikler karşısında nasıl evrileceği konusunda tartışmalar halen devam etmektedir.

Teknolojik yenilikler ile ortaya çıkan otonom gemilerin veya derin deniz madenciliğinin deniz hukukunu nasıl etkileyeceği konusunda sorular ortaya çıkarmaktadır. BMDHS, bu yeni teknolojik gelişmelerin neden olduğu sorunları ve bunların deniz güvenliği üzerindeki potansiyel etkilerini düşünmek için tasarlanmamıştır.

BMDHS'nin varlığı ve önemi tartışılmaz olmasına rağmen, yorumu ve uygulanması hala bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, deniz hukukunun gelecekteki yüzü, bu yeni sorunları ve denizlerin dünya ekonomisi, güvenliği ve çevresi için önemini dikkate alarak, BMDHS'nin ötesine geçerek şekillenmelidir. Deniz hukukunun, devletlerin denizlerden adil ve sürdürülebilir bir şekilde yararlanmalarını sağlamak için teknolojik, jeopolitik ve çevresel değişiklikleri nasıl ele alacağı, deniz güvenliği ve uluslararası hukuk üzerindeki etkileri konusunda kritik bir öneme sahip olacaktır.

[1] Deniz Hukuku Sözleşmesi, 10 Aralık 1982, U.N.T.S. 397. 1 Kasım 1994 tarihinde "United Nations Convention on the Law of the Sea, (Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi)" olarak yürürlüğe girmiştir. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/un_clos/BMDHS_e.pdf, (Erişim Tarihi: 26.06.2023).

[2] Beckman, Robert. "The UN Convention on the Law of the Sea and the maritime disputes in the South China Sea", *American Journal of International Law*, Cilt: 107, Sayı: 1, 2013, s. 142-163; Cogliati-Bantz, Vincent P. "The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China)", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Cilt: 31, Sayı: 4, 2016, s. 759-774.

DENİZ GÜVENLİĞİ TANIMI VE TARTIŞMALI DENİZ ALANLARI

Deniz güvenliği genel olarak, denizlerin ve deniz ulaşımının korunmasını ve deniz ile ilgili faaliyetlerin düzgün ve güvenli bir şekilde yürütülmesini içerir. Deniz güvenliği ve deniz emniyeti arasındaki ayırım, genellikle İngilizce terminolojiden gelir: “*safety*” ve “*security*”. Deniz emniyeti (*safety*), denizcilik faaliyetlerinde can ve mal güvenliğini sağlama, deniz kazalarını önleme ve olası deniz kazalarında zararı en aza indirmeye ilgilidir. Diğer taraftan, deniz güvenliği (*security*) denizden kaynaklanabilecek tehditlere karşı korunmayı, deniz terörizmi, korsanlık, yasadışı göç, uyuşturucu kaçakçılığı ve diğer yasadışı faaliyetlerle ilgili konuları içerir.³ Deniz güvenliği aşağıdaki ana bileşenleri içerir:

Deniz Trafik Güvenliği: Deniz taşımacılığı faaliyetlerinin düzenli ve güvenli bir şekilde yürütülmesidir ve deniz kazalarını önlemeyi, can ve mal güvenliğini sağlamayı ve deniz trafiğini etkin bir şekilde yönetmeyi içerir.

Deniz Çevre Güvenliği: Deniz ekosisteminin korunmasını ve deniz kirliliğinin önlenmesini açıklar.

Deniz Güvenliği (Security): Deniz yollarının ve limanların güvenliğini, denizcilik faaliyetlerinde kullanılan bilgi ve teknolojilerin güvenliğini, denizden kaynaklanabilecek tehditlere karşı korunmayı sağlamak için oluşturulmuştur. Deniz güvenliği, denizlerin ve deniz yollarının korunmasını ve denizcilik faaliyetlerinin güvenli ve etkin bir şekilde yürütülmesini içerir. Bununla birlikte, bu hedeflere ulaşılabilmesi için deniz güvenliği, uluslararası deniz hukukunun varlığına ve uygulanmasına derinden bağlıdır.

Keşfedilmemiş sular, bu zorlukları daha da karmaşık hale getirebilir çünkü belirsiz hukuki statüleri genellikle devletlerarası anlaşmazlıkları tetikler. Örneğin, Kuzey Kutbu'ndaki keşfedilmemiş sular, hukuki statüsü belirsiz olduğu için birçok ülke arasında sınırlar ve kaynak kullanımı hakkında anlaşmazlıklara yol açabilir. Ayrıca, deniz kaynaklarının adil ve sürdürülebilir kullanılmasını sağlama konusu da büyük bir zorluktur. Özellikle, okyanusların biyoçeşitliliği, balık stokları, aşırı avlanma ve deniz kirliliği gibi sorunlar nedeniyle tehdit altında olabilir. Uluslararası deniz hukuku, denizlerin ve okyanusların barışçıl kullanımını, kaynakların adil paylaşımını, çevresel korumayı ve deniz anlaşmazlıklarının çözümünü düzenleyen bir hukuk dalıdır. Bu yasa ve anlaşmalar, deniz güvenliğinin temel bileşenlerinin çerçevesini oluşturur ve bu bileşenlerin düzgün işleyişini sağlar.

[3] Mejia, Maximo Quibranza. “Defining Maritime Violence and Maritime Security”, *Maritime Violence And Other Security Issues At Sea*, 2002, s. 28.

Denizler, dünya genelindeki çeşitli devletlerin egemenlik iddiaları ile sürekli gündeme gelmektedirler. Deniz alanlarına yönelik bu iddialar, genellikle bir devletin münhasır ekonomik bölgesi (MEB) veya kıta sahanlığı (KS) olarak tanımlanan bölgelerde yoğunlaşır. Bu durum hem Güney Çin Denizi'nde hem de Doğu Akdeniz'de olduğu gibi, deniz güvenliğine ciddi etkileri olan bir dizi anlaşmazlığı tetiklemiştir.

Güney Çin Denizi, hem Asya-Pasifik bölgesinin stratejik deniz taşımacılığına ev sahipliği yapması hem de büyük petrol ve doğal gaz rezervlerine sahip olması nedeniyle büyük bir jeopolitik öneme sahiptir. Çin, Filipinler, Vietnam, Malezya ve Brunei gibi çeşitli devletler, bölgedeki adalar ve mercan resifleri üzerinde egemenlik iddialarında bulunmaktadır.⁴ Çin, özellikle, Dokuz Çizgili Harita olarak bilinen bir haritayı kullanarak Güney Çin Denizi'nde geniş iddialarda bulunmaktadır.⁵ Bu iddialar, 2016 yılında Filipinler ve Çin arasında yapılan bir tahkim davasında reddedilmiştir.⁶ Ancak, Çin kararı kabul etmeyi reddetmiş, bölgesel ve uluslararası güvenlik üzerinde büyük bir etkisi olmuştur. Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki iddiaları ve eylemleri, bölgedeki askeri gerilimi arttırmış ve bölgesel deniz güvenliği ve özgürlüğü üzerinde ciddi endişeler yaratmıştır.⁷

Buna ek olarak, Doğu Akdeniz'de, özellikle Kıbrıs çevresindeki deniz alanları üzerinde de tartışmalı deniz alanları bulunmaktadır. Türkiye ve Yunanistan, MEB'lerinin sınırları konusunda anlaşmazlık yaşamakta ve hem enerji kaynakları hem de deniz güvenliği konusunda bölgesel anlaşmazlıklar artmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye'nin haklı gerekçelerle BMDHS'ye taraf olmaması, hukuki belirsizlik açısından diğer devletler tarafından gündeme gelmektedir. Türkiye, eşit uzaklık ilkesini kabul etmezken, Yunanistan bu ilkeyi desteklemektedir.⁸ Bu durum hem BMDHS'nin rolünü hem de devletlerarasında tartışmalı deniz alanlarının çözülmesi konusunda uluslararası hukukun etkinliğini sorgulamaktadır.

[4] Joyner, Christopher C. "The Spratly Islands dispute in the South China Sea: problems, policies, and prospects for diplomatic accommodation", *Investigating Confidence-Building Measures in The Asia-Pacific Region*, Cilt: 28, 1999, s. 55.

[5] Gao, Zhiguo/ Bing Bing Jia. "The nine-dash line in the South China Sea: History, status, and implications", *American Journal of International Law*, Cilt: 107, Sayı: 1, 2013, s. 98-123.

[6] Keyvan, Özlem Zerrin. "Güney Çin Denizi'nde Tahkim: Çin-Filipinler Rekabeti", *Bölgesel Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 3, 2017, s. 257.

[7] Emmers, Ralf. "Maritime disputes in the South China Sea: strategic and diplomatic status quo", *Maritime Security in Southeast Asia*. Routledge, 2007, s. 63-75.

[8] Toluner'e göre , karasularının ölçülmeye başlandığı esas hattın en yakın noktalarına eşit uzaklıkta olan orta hat usulü, Yunanistan'ın esas kara ülkesi ile Anadolu esas alınmak sureti ile uygulanabilecek bir usuldür. Taraflar, anlaşmaya varamayınca müzakareye başlamalı, kıta sahanlığı sınırı mümkün olduğunca deniz altındaki doğal uzantıyı teşkil eden bütün kısımlara yer verilerek yapılmalı, nisfete uygun bir çözüm getirilmeli, bu uygulamalar sonucunda ilgili devletlerin hak iddia edebilecekleri kıta sahanlığı kesimleri tedahül ediyorsa, buralar anlaşma yoluyla taraflar arasında paylaşılmalı ve tarafların ortak yetkili olup yararlanmaları kabul edilebilir. Toluner, Sevin. *Geçmiş Anımsayıp Geleceği Yönlendirme*, Beta, İstanbul, 2017, s. 4-5.

Sonuç olarak BMDHS'nin karmaşıklığına ve egemenlik iddialarının çözümünde uluslararası hukukun sınırlılıklarına dikkat çekmektedir. Ayrıca, tartışmalı deniz alanlarının ve deniz güvenliğinin bu örnekler, devletlerarasındaki hukuki ve politikanlaşmazlıkların nasıl artabileceğini ve bunların deniz güvenliği ve uluslararası istikrar üzerindeki potansiyel etkilerini göstermektedir.

DEVLET DIŞI AKTÖRLER VE DENİZ GÜVENLİĞİ

Deniz güvenliği, yalnızca devletlerin eylemleri ve politikaları ile sınırlı değildir. Aynı zamanda devlet dışı aktörlerin eylemleri - korsanlık, terörizm ve yasadışı, bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılık (IUU) - de önemli bir rol oynar. Özellikle, son yıllarda deniz güvenliğine yönelik tehditlerin çoğunluğu devlet dışı aktörlerden kaynaklanmaktadır.

Korsanlık, esas olarak Afrika'nın Doğu Sahili boyunca olan Aden Körfezi ve Somali açıkları gibi belirli deniz bölgelerinde yoğunlaşmıştır.⁹ Uluslararası toplum, bu sorunları ele almak için bir dizi önlem almıştır. Bunlardan biri, 2009 yılında kabul edilen Cibuti Davranış Kurallarıdır.¹⁰ Bu girişim, Hint Okyanusu'ndaki devletlerin deniz güvenliği konularında iş birliği yapmalarını sağlamak için tasarlanmıştır ve korsanlıkla mücadele konusunda başarılı olmuştur. Bununla birlikte, Cibuti Davranış Kuralları'nın etkinliği, bölgedeki devletlerin yetersiz kapasitesi ve hukuki ve siyasi iradesi nedeniyle sınırlıdır. Ayrıca, Cibuti Davranış Kuralları'nın sınırlı coğrafi kapsamı, örneğin Batı Afrika'daki Gine Körfezi gibi korsanlık olaylarının yeni alanlarda ortaya çıkması durumunda bu girişimin etkinliğini sınırlamaktadır. Deniz terörizmi konusunda, BM Güvenlik Konseyi'nin 1373 (2001)¹¹ ve 1540 (2004)¹² sayılı kararları, devletlerin deniz terörizmiyle mücadele etmelerini gerektirir. Ancak, bu kararların uygulanması, devletlerin kapasiteleri ve iradesi ve terörizmin küresel doğası nedeniyle zordur. IUU balıkçılık, sürdürülebilir deniz kaynaklarının yönetimi ve korunması açısından önemli bir sorun

[9] Onuoha, Freedom. "Sea piracy and maritime security in the Horn of Africa: The Somali coast and Gulf of Aden in perspective", *African Security Studies*, Cilt: 18, Sayı: 3, 2009, s. 31-44.

[10] Mubarakı, Abdullah Mohammed. "A comparative study of the Combined Maritime Force and the Djibouti Code of Conduct aimed at maintaining maritime security in the area of the western Indian Ocean and the Gulf of Aden", *World Maritime University Dissertations*, 1386, 2020, s. 37.

[11] United Nations Security Council, S/RES/1373 (2001). Resolution 1373 (2001) / Güvenlik Konseyi tarafından 28 Eylül 2001 tarihli 4385. toplantısında kabul edilmiştir. <https://digitallibrary.un.org/record/449020?ln=en>; (Erişim Tarihi 18.06.2023); Talmon, Stefan. "The Security Council as world legislature", *American Journal of International Law*, Cilt: 99, Sayı: 1, 2005, s. 175-193.

[12] United Nations Security Council, S/RES/1540 (2004). Resolution 1540 (2004) Güvenlik Konseyi tarafından 28 Nisan 2004 tarihindeki 4956. toplantısında kabul edilmiştir, [https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FRES%2F1540\(2004\)&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False](https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FRES%2F1540(2004)&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False) (Erişim Tarihi 18.06.2023); Oosthuizen, Gabriel H., and Elizabeth Wilmshurst. "Terrorism and weapons of mass destruction: United Nations Security Council resolution 1540", *Chatham House Briefing Paper*, Cilt: 4, Sayı: 01, 2004.

oluşturmaktadır. IUU balıkçılık yönetim ve koruma sorunu değil, aynı zamanda ciddi insan hakları ve ulusötesi suç bileşenlerini de beraberinde getirmektedir.¹³ Bu sorun, özellikle deniz biyoçeşitliliği ve deniz ekosistemlerinin sağlığı açısından önem teşkil etmektedir. IUU balıkçılık ayrıca, deniz kaynaklarının eşit dağıtımı ve adil kullanımı konusunda da ciddi sorunlara yol açmaktadır. Sonuç olarak, deniz güvenliği, devletlerin ve devlet dışı aktörlerin eylemlerinden kaynaklanan karmaşık bir alan olup, bu konuların çözümü, devletler, uluslararası kuruluşlar, sivil toplum ve özel sektör arasında geniş çaplı iş birliğini gerektirir.

TENOLOJİK GELİŞMELER VE DENİZ GÜVENLİĞİ

Teknolojinin hızla ilerlemesi, deniz güvenliği ve ulus iş birliğinin hukukunu doğrudan etkilemektedir. Özellikle otonom gemiler ve yeni denizcilik teknolojileri, deniz hukuku ve güvenliğinin geleceğini şekillendirecek önemli faktörlerdir. Otonom gemiler, bilgisayarların ve sensörlerin geminin hareketini kontrol etmesini sağlayan bir teknolojidir. Bu teknoloji, denizcilik endüstrisinde bir dönüşüm yaratmıştır ve deniz hukuku ve güvenliğine çeşitli zorluklar getirmiştir. Örneğin, otonom gemilerin sorumluluğu konusu, hukukçular için önemli bir endişe kaynağıdır. Bir otonom gemide bir kaza durumunda gemiyi kontrol eden yazılım mı, geminin sahibi mi, yoksa başka bir aktörün mü sorumlu olduğunu belirlemek zordur. Otonom gemiler ayrıca, güvenlik ve siber güvenlik konularında da yeni sorunlar ortaya çıkarır. Otonom gemilerin hacklenmesi veya sabotajla karşılaşması durumunda ne olacağı, ciddi endişelere yol açmaktadır. Ayrıca, otonom gemilerin Denizde Çarpışmaların Önlenmesine İlişkin Uluslararası Düzenlemeler Sözleşmesine 1972 (COLREGs) uyup uymadığını kontrol etmek zor olabilir. Bu nedenle, Uluslararası Denizcilik Örgütü (UDÖ), 2017'de Deniz Güvenliği Komitesi'nin destekleriyle deniz üstü otonom gemilerin kullanımına ilişkin düzenlemeler oluşturmak için bir girişim başlatmıştır. Bu çaba, Hukuk Komitesi ve Kolaylaştırma Komitelerinin yardımları sayesinde 2021 yılında başarıyla sonuçlandırılmıştır.¹⁴

Bunun yanı sıra, yeni denizcilik teknolojileri de deniz güvenliği ve hukuku üzerinde önemli etkiler yaratmaktadır. Örneğin, deniz taşımacılığındaki artan dijitalleşme, gemilerin izlenmesini ve denetlenmesini sağlamak için kullanılabilir. Ancak, bu teknoloji aynı zamanda siber güvenlik tehditlerini de artırabilir.¹⁵ Teknolojinin

[13] Oral, Nilufer. "Reflections on the Past, Present, and Future of IUU Fishing under International Law", *International Community Law Review*, Cilt: 22, Sayı: 3-4, 2020, s. 368.

[14] Ecemiş Yılmaz, Hatice Kübra. "Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 31, Sayı: 2, 2023, s. 455.

[15] Hopcraft, Rory & Keith M. Martin. "Effective Maritime Cybersecurity Regulation—The Case for A Cyber Code", *Journal of the Indian Ocean Region*, Cilt: 14, Sayı: 3, 2018, s. 354-366.

ilerlemesi, uluslararası hukukun teknolojiye ayak uydurmasını gerektirir. Bu nedenle, teknolojik gelişmelerin deniz hukukunu ve güvenliğini nasıl etkilediğini anlamak ve bu gelişmeleri düzenlemek için etkili hukuki çözümler bulmak önemlidir.

Sonuç olarak, teknolojik gelişmeler deniz güvenliğini ve hukukunu derinden etkilemektedir. Bu gelişmeler, denizcilik endüstrisinde büyük fırsatlar sunarken, aynı zamanda deniz hukuku ve güvenliği için yeni ve karmaşık zorlukları da beraberinde getirir. Bunları ele almak ve deniz güvenliğini ve hukukunu ilerletmek için, devletlerin, uluslararası kuruluşların ve diğer paydaşların bu teknolojik gelişmeleri anlaması ve bu konuda etkili politikalar ve düzenlemeler geliştirmesi gerekmektedir.

DENİZ GÜVENLİĞİ İLE İLGİLİ ALINAN HUKUKİ TEDBİRLER

1980'lerde, denizcilik sektöründe güvenlik, korsanlık, zorla gemi ele geçirme ve gemilerde patlayıcıların kullanılması gibi olaylarda görülen artış nedeniyle önemli bir konu haline gelmiştir. Bu durumlar, yolcuların can güvenliğini ciddi şekilde tehdit etmiş ve bazıları yaşamını yitirmiştir. *Achille Lauro* adlı İtalyan yolcu gemisinin 1985'teki kaçırılması, denizcilik tarihinde önemli terörist aktivitelerinden biri kabul edilmiştir.¹⁶ Bu olaylarla mücadele etmek amacıyla, UDÖ, gemi, yolcu ve mürettebatı hedef alan yasadışı tehditlere karşı A.584 (14) numaralı kararı kabul etmiştir.¹⁷ Ardından 1986'da, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun gemi terörizmi ile ilgili inceleme ve öneri talebini takiben, MSC/Circ.443 numaralı bilgilendirme sirkülerini yayınlamıştır.¹⁸ *Achille Lauro* olayı sonrasında UDÖ, bu tür olaylara karşı güvenlik düzenlemeleri geliştirmek adına çalışmalarını sürdürmüş ve 1988 Mart'ında Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme (SUA)'yi yürürlüğe koymuştur.¹⁹ Bu sözleşme, 1988'de Roma'da kabul edilmiştir ve UDÖ tarafından denetlenir. Genel olarak, sözleşme denizde seyir güvenliğine karşı yasadışı eylemlerin önlenmesi ve bastırılması konusunda uluslararası hukuki standartları belirler. SUA Sözleşmesi, bir geminin kasıtlı olarak yok edilmesi veya zarar verilmesi, bir gemiye veya gemide bulunan kişilere yönelik şiddet, bir geminin yasadışı kontrolü

[16] Halberstam, Malvina. "Terrorism On the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and The IMO Convention On Maritime Safety", *American Journal of International Law*, Cilt: 82, Sayı: 2, 1988, s. 269-310.

[17] Resolution A.584(14). 20 Kasım 1985'te kabul edildi. [https://wwwcdn.udö.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/Resolution%20A.584\(14\).pdf](https://wwwcdn.udö.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/Resolution%20A.584(14).pdf) (Erişim Tarihi: 12.06.2023).

[18] Measures To Prevent Unlawful Acts Against Passengers and Crews on Board Ships, MSC/Circ.443 26 Eylül 1986. <https://wwwcdn.udö.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MSC.Circ.443.pdf> (Erişim Tarihi: 12.06.2023).

[19] Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme, (SUA 1988) için bkz., http://oceansbeyondpiracy.org/sites/default/files/SUA_Convention_and_Protocol.pdf (Erişim Tarihi: 18.06.2023).

ve gemiye veya gemide bulunan kişilere zarar verebilecek maddelerin gemiye yerleştirilmesi gibi yasadışı eylemleri tanımlar ve yasaklar. Sözleşme ayrıca, bu tür yasadışı eylemleri gerçekleştiren veya teşvik eden kişilere karşı hukuki cezaları belirler.

SUA Sözleşmesi, deniz güvenliği açısından önemli bir rol oynar çünkü denizlerdeki terörizm ve diğer yasadışı eylemlere karşı koruma sağlayarak gemi personeli, yolcular ve deniz taşımacılığı altyapısının korunmasını mümkün kılar. Ayrıca, sözleşme, deniz hukuku ve deniz güvenliği alanında uluslararası uygulamaları teşvik eder. Sözleşme, uyum ve standartları teşvik ederken aynı zamanda uluslararası denizcilik topluluğunda iş birliği ve koordinasyonu destekler.

Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Önlenmesi Girişimi (KİSYÖG), deniz güvenliği ve uluslararası deniz hukuku ile yakından ilişkili bir uluslararası girişimdir. Bu girişim, 2003 yılında Amerika Birleşik Devletleri tarafından başlatılmış olup, nükleer, kimyasal ve biyolojik silahları içeren kitle imha silahlarının (KİS) yayılmasını engellemeyi hedefler.²⁰ KİSYÖG, üye ülkelerin, KİS'lerin yasadışı taşımacılığını engellemek için hava, deniz ve kara taşımacılığına yönelik etkin tedbirler almasını hedefler. Bu, hükümetler, özel sektör ve sivil toplumun geniş kapsamlı iş birliği gerektirir.

Deniz yoluyla yapılan KİS taşımacılığı, hem deniz taşımacılığının güvenliğini tehlikeye atar, hem de denizde güvenlik riskleri oluşturabilir. KİSYÖG, bu riskleri yönetmek ve önlemek için uluslararası denizcilik kurallarına ve normlarına uygun tedbirler önerir. Bu tedbirler, gemi izleme, liman güvenliği, gemi denetimleri ve denizcilik hukukunun uygulanması gibi konuları içerir.

KİSYÖG, uluslararası deniz hukukuna uygun şekilde, deniz hukukunun ana prensip ve standartlarına bağlı kalarak KİS'lerin dağıtımını engelleme çabasıdadır. Bu, BMDHS ve SUA Sözleşmesi gibi uluslararası hukuki düzenlemelere uyum sağlayarak gerçekleştirilir. KİS'lerin yasadışı taşımacılığına karşı etkin önlemler almayı hedefleyen KİSYÖG, bu sözleşmelerin hükümlerine saygı gösterir. Bu, uluslararası deniz hukukunun gelişimine ve uygulanmasına katkıda bulunur.

Kuzey Atlantik Antlaşması (NATO)'nun 5. Maddesi, Kuzey Atlantik Antlaşması'nın bir üyesine yönelik silahlı saldırının tüm üye devletlere yönelik bir saldırı olarak kabul edildiğini belirten bir maddedir. Bu madde, NATO'nun kolektif savunma anlayışının temel taşıdır. *Active Endeavour* Harekâtı, 11 Eylül 2001'deki terörist saldırılarının ardından

[20] Anar, Yaşar. "Kitle imha silahlarının yayılmasına karşı güvenlik girişimi-PSI ve Türkiye'ye yansımaları", Yükselisans Tezi, *Deniz Bilimleri ve İşletmeciliği Enstitüsü*, s. 35.

NATO tarafından hayata geçirilen bir deniz güvenlik operasyonudur.²¹ Bu operasyon, Akdeniz'de NATO deniz gücünün mobilizasyonunu içerir. Operasyonun nihai hedefi, teröristlerin deniz yoluyla hareket etmelerini veya deniz yoluyla malzeme taşımalarını engellemektir. Deniz güvenliği perspektifinden bakıldığında, *Active Endeavour* Harekâtı, deniz yollarının ve deniz taşımacılığının güvenliğini koruma konusunda önemli bir girişimdir. Bu operasyon, potansiyel terörist eylemlerin tespiti ve engellenmesi için gemi izleme, gemi denetimleri ve denizcilik bilgi paylaşımı gibi eylemleri içerir.

Deniz hukuku bağlamında, *Active Endeavour* Harekâtı, uluslararası deniz hukukunun normlarına ve prensiplerine uygun bir şekilde icra edilir. Bu, BMDHS gibi uluslararası hukuki düzenlemelere saygı göstermeyi ve aynı zamanda diğer ülkelerin egemen haklarını ve yargısal yetkilerini korumayı içerir. *Active Endeavour* Harekâtı, uluslararası deniz hukukunun normlarına ve prensiplerine uyan bir deniz güvenlik operasyonunun örneğidir.

DENİZ GÜVENLİĞİNE YÖNELİK GÜNCEL TEHDİTLER VE ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU

Deniz haydutluğu²², deniz güvenliği açısından ciddi bir tehdittir ve gemilere, mürettebatlar ve kargo malzemelerine zarar verme potansiyeli taşır. BMDHS, deniz haydutluğunu, uluslararası suların açıklarında, bir geminin veya hava aracının mürettebatının yasadışı şiddet, tutuklama veya yağma faaliyetlerine girişmesi olarak tanımlar. BMDHS'nin 101. maddesi, deniz haydutluğunu açıkça tanımlar ve bu faaliyetleri uluslararası hukuk ihlali olarak kabul eder. Bu madde ile, suçun tanımına uyan faaliyetlerde bulunanlar üzerinde yetki kullanılmasını sağlar. Göçmen kaçakçılığı, insan hakları ve deniz güvenliği açısından önemli bir endişe kaynağıdır. Bu eylemler genellikle insanların deniz yoluyla yasa dışı olarak taşınmasını içerir ve çoğunlukla tehlikeli ve insancıl olmayan koşullar altında gerçekleşir. BMDHS, insan haklarına saygı duyulması gerektiğini vurgular. Ayrıca, bu tür eylemler uluslararası hukuk tarafından düzenlenen ve çeşitli uluslararası anlaşmalarla desteklenen suçlar olarak kabul edilir. Köle ticareti²³, BMDHS tarafından yasaklanmıştır. Bu, hem insan haklarına yönelik ciddi bir ihlal, hem de deniz güvenliğini tehdit eden bir durumdur. BMDHS, tüm şekillerde köle ticaretini yasaklar ve bu yasağın uygulanması için devletleri teşvik eder BMDHS, uyuşturucu ticaretini yasaklar ve devletleri, bu tür

[21] Operation Active Endeavour (2001-2016), https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_7932.htm (Erişim Tarihi: 18.06.2023).

[22] BMDHS madde 101.

[23] BMDHS madde 99.

faaliyetleri önlemek için iş birliği yapmaya teşvik eder.²⁴ Deniz yoluyla uyuşturucu kaçakçılığı, deniz güvenliğini tehdit eder ve dünya genelinde bir suç problemi oluşturur. BMDHS, devletlere, kendi vatandaşlarının uluslararası sulara izinsiz yayın yapmalarını önlemek için uygun yasaları çıkarma yükümlülüğü getirir.²⁵ Bu, deniz güvenliği ve uluslararası hukuk düzenini koruma amacı güder. BMDHS, belirli durumlarda bir devletin, başka bir devletin bayrağı altında seyreden bir gemiyi ziyaret etme hakkını tanıır.²⁶ Bu hakkın uygulanması deniz güvenliği için önemlidir, çünkü bu sayede yasa dışı faaliyetlerin tespit ve önlenmesi mümkün olur. BMDHS, belirli durumlarda bir devletin, bir suç işlemesi şüphesiyle bir gemiyi kesintisiz bir şekilde takip etme hakkını tanıır.²⁷ Bu hüküm, özellikle deniz haydutluğu, uyuşturucu kaçakçılığı ve diğer yasa dışı faaliyetlerin önlenmesinde önemli bir araçtır.

Bu maddeler, deniz güvenliği için çeşitli tehditleri ele alır ve devletlerin bu tehditlerle mücadele etmek için kullanabilecekleri araçları tanımlar. BMDHS hem deniz güvenliğini hem de deniz hukukunu koruma amacını taşır.

SONUÇ

Bildiri boyunca, otonom gemiler ve yeni denizcilik teknolojilerinin ortaya çıkışı, tartışmalı deniz alanlarının belirsizliği ve devlet dışı aktörlerin deniz güvenliğine etkisi gibi konuların, deniz hukukunu ve güvenliğini çeşitli yönlerden etkilediği görülmüştür. Bu konular, BMDHS'nin mevcut yasal çerçevesini hem test etmekte hem de zorlamaktadır.

BMDHS, kıyı devletlerinin MEB ve KS'lerine ilişkin farklı iddialarını düzenleme yeteneği konusunda birçok durumda belirsizlik yaratmaktadır. Özellikle Doğu Akdeniz ve Güney Çin Denizi gibi tartışmalı deniz alanlarına uygulandığında, uluslararası deniz güvenliği ve barışı tehdit etme potansiyeline sahip olan çatışmaları tetikleyebilir.

Devlet dışı aktörlerin genişlemesi ve bu aktörlerin deniz güvenliğine etkisi de önemli bir zorluktur. Korsanlık, terörizm ve yasadışı, bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılık, deniz güvenliği konularında artan bir tehdit oluşturmaktadır. Bu konular, BMDHS ve diğer uluslararası hukuk girişimlerinin yeterince ele almadığı önemli meselelerdir. Teknolojik gelişmelerin deniz güvenliğine ve hukukuna etkisi de dikkate değerdir. Otonom gemiler ve diğer denizcilik teknolojileri, deniz

[24] BMDHS madde 108.

[25] BMDHS madde 109.

[26] BMDHS madde 110.

[27] BMDHS madde 111.

hukukunun yasal çerçevesini test etmekte ve deniz güvenliği ve hukuku için yeni zorluklar ve fırsatlar yaratmaktadır. Uluslararası deniz hukuku ve deniz güvenliği alanında yaşanan zorlukların üstesinden gelmek için daha etkin deniz yönetimine, teknolojik gelişmelere ve iş birliğine ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin, uluslararası anlaşmaların revizyonu, belirsiz veya tartışmalı deniz sınırları gibi sorunları çözmeye önemli bir adım olabilir. Aynı şekilde, deniz güvenliği ve çevre koruma teknolojilerinin geliştirilmesi, deniz kazalarını önlemeye ve deniz kirliliğini azaltmaya yardımcı olabilir. Uluslararası iş birliği, deniz güvenliği ve hukuku konularında çözüm üretmekte de hayati önem taşır. Örneğin, ülkeler arasındaki deniz hukuku konusundaki iş birliği, anlaşmazlıkları çözebilir ve deniz kaynaklarının adil ve sürdürülebilir kullanılmasını teşvik edebilir.

Sonuç olarak, bu çeşitli zorluklar ve potansiyel tehditler ışığında, BMDHS ve diğer ilgili hukuki çerçevelerin, deniz güvenliğini ve hukukunu korumak ve teşvik etmek için güncellenmesi ve geliştirilmesi gerekmektedir. Bu çerçeve, teknolojik gelişmeleri ve devlet dışı aktörlerin genişlemesini hesaba katarak, tartışmalı deniz alanlarının hukuki durumunu netleştirmeli ve uluslararası deniz güvenliğini tehdit eden her türlü tehdidi ele almalıdır. Bu durum, deniz güvenliğine yönelik uluslararası çabaların, yalnızca devletler ve uluslararası kuruluşlar tarafından değil, aynı zamanda özel sektör, sivil toplum ve diğer ilgili paydaşlar tarafından da desteklenmesi gerektiği anlamına gelir. Bu tür bir iş birliği ve karşılıklı anlayış, deniz güvenliğini ve hukukunu koruma ve teşvik etme çabalarının etkili olmasını sağlayacaktır. Böylelikle, denizlerin huzur ve istikrarı, küresel ticaretin ve iletişimin sürekliliği ve kültürel değişim için kritik öneme sahip bir araç olarak işlevini sürdürebilir.

KAYNAKÇA

- Anar, Yaşar. "Kitle imha silahlarının yayılmasına karşı güvenlik girişimi-PSI ve Türkiye'ye yansımaları", Yüksek Lisans Tezi, Deniz Bilimleri ve İşletmeciliği Enstitüsü.
- Beckman, Robert. "The UN Convention on the Law of the Sea and the maritime disputes in the South China Sea", *American Journal of International Law*, Cilt: 107, Sayı: 1, 2013, s. 142-163.
- Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi: [//www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/un_clos/BMDHS_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/un_clos/BMDHS_e.pdf), (Erişim Tarihi: 26.06.2023).
- Cogliati-Bantz, Vincent P. "The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China)", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Cilt: 31, Sayı: 4, 2016, s. 759-774.
- Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme, (SUA 1988). http://oceansbeyondpiracy.org/sites/default/files/SUA_Convention_and_Protocol.pdf (Erişim Tarihi: 18.06.2023).

- Ecemiş Yılmaz, Hatice Kübra. “Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 2, 2023, s. 431-464.
- Emmers, Ralf. “Maritime disputes in the South China Sea: strategic and diplomatic status quo”, Maritime Security in Southeast Asia. Routledge, 2007, s. 63-75.
- Gao, Zhiguo & Bing Bing Jia. “The nine-dash line in the South China Sea: History, status, and implications”, American Journal of International Law, Cilt:107, Sayı: 1, 2013, s. 98-123.
- Halberstam, Malvina. “Terrorism On the High Seas: The Achille Lauro, Piracy And The IMO Convention On Maritime Safety”, American Journal of International Law, Cilt: 82, Sayı: 2, 1988, s. 269-310.
- Hopcraft, Rory & Keith M. Martin. “Effective Maritime Cybersecurity Regulation– The Case For A Cyber Code”, Journal of the Indian Ocean Region, Cilt: 14, Sayı: 3, 2018, s. 354-366.
- Joyner, Christopher C. “The Spratly Islands dispute in the South China Sea: problems, policies, and prospects for diplomatic accommodation”, Investigating Confidence-Building Measures In The Asia-Pacific Region, Cilt: 28, 1999, s. 53-108.
- Keyvan, Özlem Zerrin. “Güney Çin Denizi’nde Tahkim: Çin-Filipinler Rekabeti”, Bölgesel Araştırmalar Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 3, 2017, s. 251-267.
- Measures To Prevent Unlawful Acts Against Passengers And Crews On Board Ships, MSC/Circ.443 26 <https://wwwcdn.UDÖ.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/MSC.Circ.443.pdf> (Erişim Tarihi: 12.06.2023).
- Mejia, Maximo Quibranza. “Defining Maritime Violence And Maritime Security”, Maritime Violence And Other Security Issues At Sea, 2002, s. 133-146.
- Mubaraki, Abdullah Mohammed. “A comparative study of the Combined Maritime Force and the Djibouti Code of Conduct aimed at maintaining maritime security in the area of the western Indian Ocean and the Gulf of Aden”, World Maritime University Dissertations, 1386, 2020.
- Onuoha, Freedom. “Sea piracy and maritime security in the Horn of Africa: The Somali coast and Gulf of Aden in perspective”, African Security Studies, Cilt:18, Sayı: 3, 2009, s. 31-44.
- Oosthuizen, Gabriel H., and Elizabeth Wilmshurst. “Terrorism and weapons of mass destruction: United Nations Security Council resolution 1540”, Chatham House Briefing Paper, Cilt: 4, Sayı: 1, 2004.
- Operation Active Endeavour (2001-2016), https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_7932.htm (Erişim Tarihi: 18.06.2023).
- Oral, Nilufer. “Reflections on the Past, Present, and Future of IUU Fishing under International Law”, International Community Law Review, Cilt: 22, Sayı: 3-4, 2020, s. 368-376.
- Resolution A.584(14). 20 Kasım 1985’te kabul edildi. [https://wwwcdn.UDÖ.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/Resolution%20A.584\(14\).pdf](https://wwwcdn.UDÖ.org/localresources/en/OurWork/Security/Documents/Resolution%20A.584(14).pdf) (Erişim Tarihi: 12.06.2023).
- Talmon, Stefan. “The Security Council as world legislature”, American Journal of International Law, Cilt: 99, Sayı: 1, 2005, s. 175-193.
- Toluner, Sevin. Geçmişi Anımsayıp Geleceği Yönlendirme, Beta, İstanbul, 2017.
- United Nations Security Council, S/RES/1373 (2001). Resolution 1373 (2001) <https://digitallibrary.un.org/record/449020?ln=en> (Erişim Tarihi 18.06.2023).
- United Nations Security Council, S/RES/1540 (2004). Resolution 1540 (2004) [https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%20FRES%201540\(2004\)&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False](https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%20FRES%201540(2004)&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False) (Erişim Tarihi 18.06.2023).

MİLLETLERARASI HUKUKTA, SİLAHLI ÇATIŞMA VE TERÖRLE MÜCADELE AYRIMINA İLİŞKİN ÖLÇÜTLER VE BUNUN HUKUKİ SONUÇLARI

Arş. Gör. Şeyma Nur DEMİRAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-0807-367X

seyma.demiray@hbv.edu.tr

ÖZET

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar, klasik uluslararası hukuk anlayışında devletin iç meselesi olarak kabul edilmekteydi. Ancak, günümüzde uluslararası silahlı çatışmalardan ziyade uluslararası olmayan silahlı çatışmaların sayısının artması, bu tür silahlı çatışmaların da uluslararası hukukun konusu haline getirmiştir. Birçok ikili ve çok taraflı sözleşmelere konu olan uluslararası silahlı çatışmanın, subjektif unsurlardan arınmış bir tanımının olmaması, uluslararası silahlı çatışma eşiğine ulaşamamış iç karışıklıklar veya münferit şiddet olaylarının da uluslararası hukukun konusu olma ihtimalini ortaya çıkarmıştır. Özellikle teröristler, eylemlerini uluslararası silahlı çatışma çerçevesine sokarak, amaçlarının meşruiyetini sağlamak istemektedirler. Bu noktada bir diğer sorun ise doktrinde ortak bir terör tanımının olmamasıdır. Devletler, kendi çıkarları doğrultusunda terör tanımları yapmakta bu durum da bir devletin terör dediğine diğer devletin savaşçı demesi durumunu ortaya çıkarmaktadır.

Bu minvalde çalışmada, silahlı çatışmanın teorik çerçevesine değinildikten sonra, uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışma açıklanmıştır. Daha sonra terör ve terörle mücadelenin uluslararası hukuk çerçevesindeki durum ifade edilmiş ve silahlı çatışma ve terör eylemleri bakımından bir değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Terör, Terör eylemleri, Silahlı çatışma, Silahlı Çatışma Türleri

CRITERIA FOR THE DISTINCTION BETWEEN ARMED CONFLICT AND COUNTER-TERRORISM IN INTERNATIONAL LAW AND ITS LEGAL CONSEQUENCES

ABSTRACT

Non-international armed conflicts were considered to be an internal matter of the state in the classical understanding of international law. However, the increasing number of non-international armed conflicts rather than international armed conflicts today has made such armed conflicts the subject of international law as well. The lack of a definition of international armed conflict, which is the subject of many bilateral and multilateral agreements, free of subjective elements, has raised the possibility that internal disturbances or individual violent incidents that have not reached the threshold of international armed conflict may also become the subject of international law. In particular, terrorists want to ensure the legitimacy of their goals by placing their actions within the framework of an international armed conflict. Another problem at this point is that there is no common definition of terrorism in the doctrine. States make definitions of terrorism in accordance with their own interests, which leads to the situation where one state calls terrorism and the other state calls it a fighter.

In this context, after touching upon the theoretical framework of armed conflict, international and non-international armed conflict are explained in the study. Later, the situation of terrorism and the fight against terrorism within the framework of international law was stated and an assessment was made in terms of armed conflict and terrorist acts.

Keywords: Terrorism, Terrorist acts, Armed conflict, Types of Armed Conflict

GİRİŞ

“Aynı şeye biri bilgelik der, öteki korku; biri zalimlik der, bir başkası adalet”

Leviathan

İnsanlık tarihi ile eş değer bir geçmişe sahip olan savaş ve savaş kuralları, her ne kadar 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri ile hukuki bir çerçeveye sahip olsa bile, I. ve II. Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkileri göz önüne alınarak devletler tarafından hukuki çerçevesinin genişletilmesi gündeme getirilmiştir. Milletler Cemiyeti ile başlayan bu süreç II. Dünya Savaşı ile sekteye uğramış, Birleşmiş Milletler'in (BM) kurulması ile tekrar gündeme gelmiştir. Savaş kuralları, BM Şartı'nda savaş yerine kuvvet kullanımı (use of force) kavramının kullanılması ile yeni bir çehreye bürünmeye başlamıştır. BM, uluslararası barış ve güvenliği sağlamak adına devletlerin egemenliği ilkesi çerçevesinde uluslararası uyuşmazlıkları barışçıl yollarla çözümünü orijinine almış; bu amacına aykırı olacak şekilde kuvvet kullanımını veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunmayı taraf devletlere yasaklamıştır. Her ne kadar kendinden önceki düzenlemelere nazaran kuvvet kullanımını kesin bir dille yasaklamış olsa da BM'nin tam anlamıyla kuvvet kullanımını engellediği de söylenemez. Nitekim BM Şartı'nın uluslararası barış ve güvenliği sağlamak adına, kuvvet kullanımını yasakladığı bu düzen, hukuka aykırı veya hukuka uygun bir şekilde veya hukuka aykırı olsa bile meşru zemine oturtulmaya çalışılarak devletler tarafından sayısız kez ihlal edildiği örneklerle doludur. Devletler, sadece kuvvet kullanımının hukuki çerçevesini değil, ayrıca, kuvvet kullanımının usul ve yöntemleri konusunda da La Haye Sözleşmelerinden ileri giderek, güncel ihtiyaçları da göz önüne alarak, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ve Ek Protokolleri'ni hazırlayıp, imzalamışlardır. Cenevre Sözleşmeleri, kuvvet kullanımının en bilinen örneği olan silahlı çatışmanın usul ve yöntemlerini hüküm altına almanın yanında, silahlı çatışma türlerini de düzenlemektedir. Silahlı çatışmaların bir türü olan iç çatışmalar, devletler tarafından bir iç sorun olarak görülmüş ve diğer devletler o devletin iç işlerine karışmamak adına bu konuyu uluslararası hukukun konusu haline getirmemişlerdir. Yine de iç silahlı çatışma bazı uluslararası hukuki düzenlemelere konu olmuştur. Burada bahsedilmesi gereken asıl konu, devletin ülkesi içinde gerçekleşen her şiddet olayının bir iç silahlı çatışma niteliğinde değerlendirilmesinin ne gibi hukuki sonuçları olacağıdır. Devletin ülkesinde yaşanan şiddet olaylarına verilecek isim ona uygulanacak hukuku da belirtmekte bu yüzden de daha önemli bir konu haline gelmektedir. Nitekim iç silahlı çatışma türleri arasında yer alan terörist eylemlerin nitelendirilmesi ve terörist

eylemlere uygulanacak hukuku tespit edilmesinin bu minvalde hayat, bir öneme sahip olduğu bir gerçektir. Çünkü, terörist eylemler devletlerin bir iç sorunu olarak mı kalacak ve buna uygun hukuk mu uygulanacaktır yoksa uluslararası hukuk nezdinde bir zemine oturtulup buna uygun bir hukuk mu uygulanacaktır?

SİLAHLI ÇATIŞMALARIN TEORİK ÇERÇEVESİ

Savaş, klasik uluslararası hukuk anlayışında devletlerarasında meydana gelen, devletlerin uyumsuzluklarını zorlama yollarla çözümü yolu olan ve hakkında yasaklayıcı herhangi bir kural bulunmayan bir durumdur. Modern uluslararası hukuk anlayışında ise savaş kavramı yerine silahlı çatışma kavramı kullanılmaktadır. Kavram değişikliği ile savaş olgusuna yönelik zihin değişikliği de görülmektedir. Böylece, savaş kavramı geçirdiği kavramsal süreçle birlikte, uluslararası düzenlemelere “yasaklanma” adı altında dahi konu olmaya başlamıştır. Gerçekten de silahlı güce başvurma konusunda temel düzenlemelerden biri olan ve hatta silahlı güce başvurulmasını yasaklayan BM Anlaşması’nda kullanılan terim, “kuvvet kullanma” olmuş ve savaş kelimesi, tüm anlaşma içinde yalnızca bir kez kullanılmış ve o da giriş bölümündeki, “BM halklarının iki kez insanlığa tarif olunmaz acılar getiren savaş...” şeklinde olmuştur.¹ Bu noktada kuvvet kullanma hukuku ile silahlı çatışma hukukunun farklı şeyler olduğunu; kuvvet kullanma hukukunun (jus ad bellum) uluslararası hukukun kuvvet kullanmayı meşru saydığı hallerle ilgili olduğunu, silahlı çatışma hukukunun (jus in bello) çatışmalar süresince uygulanacak hukuk kuralları ile ilgili olduğunu² belirtmek gerekmektedir.

Silahlı çatışmaların kurallaşması çok da eski sayılmayan bir dönemde gerçekleşmiştir. İsviçreli Henry Dunant’ın Solferino Savaşı’nda gördüklerini kaleme aldığı Solferino Hatırası’nda savaş sırasında bu insanlara yardım etme fikrini ortaya atmıştır. Böylece, silahlı çatışmaların kurullaşmasına giden yolu açmıştır. Bunun öncesinde ise devletler, tecrübelerinden yola çıkarak savaş sırasında birtakım kuralları benimsemişlerdir.³ Bu kurallaşmalar genellikle savaşan tarafın yanında ve daha çok savaş alanında kalan bireylerin korunmasını hedeflemiştir. Nitekim, silahlı çatışmaların uluslararası hukukun alanına girmesi, 1864 Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi

[1] Yeşil, Feyzullah, *Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışmalar ve Devlet Dışı Aktörler*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Dış İlişkiler ve Protokol Başkanlığı, Ankara, 2015 (Uzmanlık Tezi), s. 6.

[2] Tütüncü, Ayşe, *İnsancıl Hukuka Giriş*, Güncellenmiş 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 13.

[3] Tütüncü, s. 1.

ile olmuştur⁴ ve bu sözleşme yaralıların, hastanelerin ve buralarda çalışan personelin tarafsız olarak kabul edilmesini düzenlemiştir.⁵ Silahlı çatışmanın ayrıntı düzenlemeler içeren düzenlemelere konu olması ise, 1949 Cenevre Sözleşmeleri⁶ ve Ek Protokolleri ile olmuştur. Ayrıca, münferit şiddet hareketleri, iç gerginlikler silahlı çatışmaların alanına dahil edilmemiş ve böylece uluslararası düzenlemelere konu olmamışlardır. Silahlı çatışmalar, uluslararası hukukun alanına girdikten sonra birçok sözleşmeye ve protokole konu olmuştur.⁷

Silahlı çatışmalar hukukun kurallarının bir kısmı uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı şeklinde uluslararası hukuka yerleşmiştir. Özellikle de çok taraflı antlaşmalarının kimi hükümleri günümüzde uluslararası örf ve âdet hukuku olarak kabul edilmektedir. Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Nikaragua'da Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası'nda 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinin uluslararası örf ve âdet hukuku olduğunu belirtmiştir.⁸ Yine, gereksiz acı vermeme, insanlığa aykırı muamele yapmama gibi ilkelerin hukukun genel ilkeleri olduğu ve silahlı çatışma hukukunun kaynağı olduğunu bilinmektedir.

Silahlı çatışmalar hukukunu tanımlarken dar ve geniş manada tanımlama yoluna gidilmiştir. Nitekim, dar anlamıyla silahlı çatışmalar hukuku, silahlı çatışmalar sırasında bireylerin korunmasını da içeren savaştan tarafların uyması gereken uluslararası hukuk kurallarını belirtken; geniş anlamda ise bireylerin korunmasına ek olarak geleneksel savaş hukuku kapsamı içinde ele alınan silahlı çatışmaların savaştan tarafların ve üçüncü devletlerin ilişkilerine hukuksal etkilerini de kapsamaktadır.⁹ Uluslararası hukukta silahlı çatışmaları düzenleyen

[4] Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri* 4. Kitap, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 144.

[5] Meray, Seha L., *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 430, s. 248.

[6] 1949 Cenevre Sözleşmeleri;

I nolu Sözleşme- Savaş Alanında Yaralı ve Hasta Silahlı Kuvvet Mensuplarının İyileştirilmesine Dair Sözleşme

II nolu Sözleşme- Denizdeki Yaralı, Hasta ve Kazazede Silahlı Kuvvet Mensuplarının İyileştirilmesine Dair Sözleşme

III nolu Sözleşme- Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Sözleşme

IV nolu Sözleşme- Savaşta Sivil Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme- Türkiye, bu Sözleşmelere tarafıdır.

[7] Ayrıntılı liste için bkz: Tütüncü, s. 5-12

[8] Pazarıcı, s.149; ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, <https://www.icj-cij.org/case/70/judgments>, Erişim Tarihi: 15.06.2023.

[9] Pazarıcı, s. 156; Silahlı çatışma kavramı yakın zamanda Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Makamı'nın Tadic davasındaki yetki meseleleri hakkındaki kararında tartışılmıştır. Temyiz Makamı, uluslararası veya iç silahlı çatışmaların coğrafi ve zamansal olarak dar bir tanımını benimsemeyi reddetmiştir. Buna göre;

"Uluslararası insancıl hukuk bir silahlı çatışmanın başlamasından itibaren uygulanmakta ve çatışmaların durmasının da ötesine uzanarak genel bir barışa varılana; veya, bir iç çatışma durumunda, barışçıl bir çözüm gerçekleşene kadar uygulanmaya devam etmektedir. O ana

kurallar 1949 Cenevre Sözleşmelerinin kabulünden özellikle de 1950 yılından sonra savaş hukuku olarak değil uluslararası insancıl hukuk diye anılmaya başlanmıştır.¹⁰ İnsancıl hukuk kuralları, silahlı çatışma zamanında bireylerin korunması dahil savaşan tarafların uyması gereken kuralları içermektedir. Silahlı çatışma unsuru bireylerin birçok hak kaybına yol açabileceği durumları kapsamaktadır. Bu yüzden insancıl hukuk ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi bilmek önemli bir konu haline gelmiştir. İnsan hakları, antlaşma ve uluslararası örf ve adet hukuku kurallarından kaynaklanan bireylerin, devletlerden bazı hak talep etmesine yarayan kurallardır ve bu kurallar savaş veya barış zamanı fark etmeksizin her zaman uygulanırlar.¹¹ UAD, bu normatif ilişkiyi Nükleer Silahlara İlişkin Danışma Görüşünde teyit etmiştir.¹² UAD tarafından yapılan bu değerlendirmenin yanında uluslararası insancıl hukukun uygulanması için “silahlı çatışmanın” olmasının, sine qua non olduğunu; uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından ise bu kuralın geçerli olmadığını, iç gerilim ve iç karışıklık durumlarını kapsamadığını¹³ belirtmesi gerekmektedir.

Silahlı çatışmaların, tarafların hukuksal kişiliklerine, silahlı çatışmaların yoğunluğuna veya her iki kıstas kullanılarak oluşturulan karma ölçüt¹⁴ uyarınca sınıflandırılması mümkündür. Çalışma konusunun kapsamı bakımından silahlı çatışma türlerinden sadece uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmaya değinilecektir.

Tarihsel olarak uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar arasında, uluslararası hukukun asıl konusu olan devletler

kadar uluslararası insancıl hukuk savaşan devletlerin ülkelerinin tamamında veya, bir iç çatışma durumunda, gerçek çatışmalar burada olsun ya da olmasın bir tarafın kontrolü altındaki bütün ülkede uygulanmaya devam eder.” Parag. 84, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> Erişim Tarihi: 15.06.2023.

[10] Pazarıcı, s. 144.

[11] Tütüncü, s. 2.

[12] Nükleer Silahlara İlişkin Danışma Görüşünde UAD, “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin sağladığı koruma savaş zamanında sona ermez; en azından, bu belgenin getirdiği bazı yükümlülüklerle kamusal tehlike halinde ayrık hükümler getirilebileceğini öngören 4. madde bu sonuca götürmektedir. Bununla beraber yaşam hakkına saygı, ayrık hükümlere tabi hükümler arasında değildir. İlke olarak, yaşam hakkından keyfi biçimde mahrum bırakılmama hakkı, muhasamat/hostilities sırasında da geçerlidir. Ancak, bu durumlarda yaşam hakkından keyfi biçimde mahrum bırakılmanın ne anlama geldiğini tespit etmek, ilgili lex specialis’e yani silahlı çatışmalar hukukuna aittir. Böylece, silahlı çatışma sırasında belli bir tip silahın kullanılması sonucu meydana gelen ölümlerin, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 6. Maddesine aykırı biçimde yaşam hakkından mahrum bırakılma sayılıp sayılmayacağını söylemek, Sözleşme hükümlerinin değil, sadece silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ışığında mümkündür” demektedir. ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (summary), <https://www.icj-cij.org/case/95> Erişim Tarihi: 20.06.2023, s. 98.

[13] Taşdemir, Fatma, *İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye’nin Ayrılcıkçı Terör Örgütü PKK ile Mücadelesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVI, Yıl: 2012, Sayı: 1, s. 108; Sassoli, M., Olson, L. M. (2008) “*The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: Admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts*” International Review of the Red Cross, 90(871), s. 600.

[14] Pazarıcı, s. 154.

arası meseleler ile geleneksel olarak devletlerin iç yetkisine giren ve bu nedenle prensip olarak uluslararası hukuk düzenlemelerinden etkilenmeyen, devlet içi meseleler arasındaki fark üzerine kurulu olan bir ayırım yapılmıştır.¹⁵

Uluslararası Silahlı Çatışmalar (International Armed Conflicts)

Uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar, genel olarak iki ya da daha fazla devlet arasında çıkan çatışmalardır. Savaş ilanının yapıp yapılmaması veya savaş durumunu tanınıp tanınmaması uluslararası silahlı çatışmanın niteliğini etkilememektedir.¹⁶ Nitekim, savaş ilanının savaşın başlaması için gerekip gerekmediği tartışmalı bir konu oluşturmaktadır. Bu konuyla ilgili karşımıza çıkan tek düzenleme 1907 La Haye III sayılı Çatışmanın Başlamasına İlişkin Sözleşme, savaşın ilanla başlayacağını düzenlemiştir. Ancak, doktrinde bunun uluslararası örf ve âdet hukuku olmadığını bu yüzden de Sözleşmeye taraf olan devletleri bağlayan bir hüküm olduğu belirtilmiştir.¹⁷ Bu yüzden de uluslararası silahlı çatışmaların varlığı için herhangi bir ilan gerekmemektedir.

1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri hükümleri uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara uygulanmaktadır. Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Üst Yargılama Dairesi'nin Tadic¹⁸ yargılaması sırasında da uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar tanımlanmıştır. Buna göre, iki veya daha fazla devletin çatışmasının uluslararası nitelikte silahlı çatışma oluşturduğu ifade edilmiştir. "Silahlı çatışma" kavramının kendisi Sözleşmelerde ve Protokollerde tanımlanmamış olsa da 'devletlerarasında ortaya çıkan ve silahlı kuvvetlerin mensuplarının müdahalesine yol açan her uyuşmazlık bir silahlı çatışmadır, ayrıca devletler arasında bir silahlı kuvvete başvurulması veya hükümet makamları ile devletin içindeki organize silahlı gruplar arasında uzun süreli silahlı şiddet hallerinde bir silahlı çatışma mevcuttur denilmektedir.¹⁹

Uluslararası nitelikteki silahlı çatışmaların devletler arasında gerçekleşen bir olay olmasının istisnası kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde yürütülen ulusal kurtuluş hareketleridir. I Nolu Protokol'e göre halkların kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde sömürgeci güce, yabancı işgale ve ırkçı rejimlere karşı savaştıkları silahlı çatışmalar uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar sınıfına girmektedir.

[15] Shawn, Malcom N., *Uluslararası Hukuk*, Çevirenler: İbrahim Kaya, Yücel Acer, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek, Türkiye Bilimler Akademisi- Sekizinci Baskı, 2017, s. 872.

[16] Tütüncü, s. 61.

[17] Pazarcı, s. 177; Tütüncü, s. 65.

[18] Parag. 84, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, Erişim Tarihi: 15.06.2023.

[19] Shaw, s. 872.

Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalar (Non-international armed conflict)

Teknolojik ilerlemelerinin ve silahlara erişimin kolay olmasının neden olduğu uluslararası olmayan silahlı çatışmalar²⁰, klasik uluslararası hukuk anlayışında devletlerin iç meseleleri olarak görülürken; uluslararası olmayan iç silahlı çatışmaların çoğalmasıyla birlikte 1930'lerden başlayarak, bu tür çatışmalarda uluslararası kurallar uygulanmaya başlandığı görülmektedir.²¹ Bir uluslararası olmayan silahlı çatışma durumunda uygulanacak Uluslararası İnsancıl Hukukun dört ana kaynağı vardır. Bunlar: i) Martens hükmü¹³; ii) ortak madde 3; iii) II Numaralı Ek Protokol; iv) 1998 Roma Statüsü md. 8 (2) (c-f) dir.²²

Genel olarak, 1949 Cenevre Sözleşmesi ile hangi silahlı çatışmanın uluslararası hangisinin uluslararası olmayan silahlı çatışma kapsamına gireceği belirlenmiştir.²³ 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin ortak 3. maddesi²⁴ ki minyatür sözleşme olarak da ifade edilmektedir, uluslararası olmayan silahlı çatışma kurallarını, uluslararası olmayan silahlı çatışma tanımı yapmadan²⁵ düzenlemektedir.²⁶ Ortak 3. madde ile devletlerin iç sorunu olarak görülen uluslararası olmayan silahlı çatışmalar uluslararası hukukta konuşulan bir konu olmuştur.²⁷ Ek II No'lu Protokol Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin başlığını taşımakta ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak kuralları düzenlemektedir. Ek II No'lu Protokolün 1. maddesi bu protokolü, ortak 3. maddenin mevcut uygulama koşullarını değiştirmeden, maddeyi geliştiren ve tamamlayan bir hüküm

[20] Doktrinde, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar iç silahlı çatışma denmektedir. Anlamca herhangi bir fak olmasa da çalışma kapsamında yeknesaklık adına uluslararası olmayan iç silahlı çatışma terimi kullanılacaktır.

[21] von Sternberg, Mark R. "Yugoslavian War Crimes and the Search for a New Humanitarian Order: The Case of Dusko Tadic." St. John's Journal of Legal Commentary, Volume: 12, No: 2, Spring 1997, s. 351-384, s. 365.

[22] Taşdemir, s. 110.

[23] Pazarıcı, s. 163.

[24] Cenevre Sözleşmelerinin ve ek protokollerinin çevirisi; Melike, Batur Yamaner vd.,12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve International Committee of the Red Cross, <https://www.icrc.org/ar/download/file/35023/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf> Erişim Tarihi: 12.06.2023; Meray, s. 250.

[25] Taşdemir, Fatma, "İnsan Hakları Hukuku, İnsancıl Hukuk ve Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası Sorumluluğu", Akademik Hassasiyetler, Cilt: 4, Sayı: 7, 2017 s. 6; Sassoli, s. 604

[26] Akkutay, s. 10; Pazarıcı, s. 163.

[27] Akkutay, s. 10; "Ortak madde 3, minimum garantiler olarak şu hususları içermektedir: "1. Çatışmalara aktif olarak katılmayan kişilere ırk, renk, din veya inanç, cinsiyet, doğum veya servete dayalı aleyhte bir ayırım yapılmadan insani şekilde muamele edilecektir.

Bu amaçla şunlar yasaktır:

a) Hayata ve şahsa şiddet, özellikle öldürme, zalimane muamele ve işkence;

b) Rehine alımı;

c) İnsan onuruna tecavüz, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamele;

d) Adil yargılamaya olmaksızın verilen mahkûmiyet kararları ve cezaların infazı" Shaw, s. 875; Tütüncü, s. 63.

olarak nitelendirmektedir. Gene, 1. maddede Ek II No'lu Protokolün, bir Yüksek Akit tarafın ülkesinde kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında olan organize gruplar arasında olan silahlı çatışmalara uygulanacağı belirtilmektedir.²⁸ Ayrıca, bu Protokolün hiçbir düzenlemesinin, devletin meşru yollarla düzeni sağlamak ve korumak adına, milli birliği sağlamaya yönelik yetki ve sorumluluğuna zarar verecek şekilde yorumlanamaz.²⁹ Protokol, silahlı çatışma teşkil etmeyen isyan, münferit şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemlere uygulanmayacaktır. Protokol, savaşçı olmayanların korunmasını amaçlayan temel garantileri ve diğer hükümlerin bir listesini içermektedir.³⁰ 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi çatışmanın her iki tarafına da yükümlülükler getirirken; 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli II No'lu Protokol yalnızca Protokol'deki koşulları yerine getiren kuvvetler bakımından uluslararası yükümlülükler getirmektedir.³¹ Ek II No'lu Protokol kapsamında bir uluslararası olmayan silahlı çatışmadan bahsedebilmek için bazı koşulların varlığı gerekmektedir. Bu koşulların ilki; tanımdan da anlaşılacağı üzere silahlı çatışmaların hükümet ile muhalif/başkaldıran örgütlenmiş bir silahlı kuvvetler arasında olmasıdır. İkincisi, belirtilen bu eylemlerin şiddeti ile alakalıdır. Bir silahlı eylemin silahlı çatışma olarak nitelendirilmesi için iç gerginlik veya iç karışıklıktan daha yüksek eşığe ihtiyaç vardır.³²

Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC), yukarıda bahsettiğimiz eşikle ilgili olarak iki kriter belirlemiştir.³³ Bu kriterlerin ilki olarak,

[28] II No'lu Ek Protokol- Madde 1- Maddi Uygulama Alanı

1. 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesini, mevcut uygulama koşullarını değiştirmeden, geliştiren ve tamamlayan işbu Protokol 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokolün (1. Protokol) 1. Maddesince kapsanmayan ve bir Yüksek Akit tarafın ülkesinde kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına ve bu Protokolü uygulamalarına imkan verecek şekilde bu Yüksek Akit tarafın ülkesinin ait bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında cereyan eden tüm silahlı çatışmalarda uygulanır. Akkutay, s. 11; Pazarcı, s. 165.

[29] Tütüncü, s. 64.

[30] Shaw, s. 877; Sassoli, s. 604.

[31] Taşdemir, "İnsan Hakları Hukuku, İnsancıl Hukuk ve Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası Sorumluluğu", s. 6.

[32] Akkutay, s. 11; Pazarcı, s. 168; Taşdemir, İnsan Hakları Hukuku, İnsancıl Hukuk ve Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası Sorumluluğu, s. 5.

[33] International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper, *How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?*, March 2008, https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/law10_final.pdf, Erişim Tarihi: 12.06.2023, s. 3; "Gasser, genel olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmaların bir yandan hükümet, diğer yandan silahlı isyancı gruplar arasında bir Devletin toprakları içinde meydana gelen silahlı çatışmalar olduğu kabul edilmektedir. [...] Başka bir durum, ülkedeki tüm hükümet otoritelerinin parçalanmasıdır, bunun sonucunda çeşitli gruplar iktidar mücadelesinde birbirleriyle savaşırlar.

D. Schindler ayrıca ayrıntılı bir tanım önermektedir: "Düşmanlıklar öyle bir yoğunluk sergilemeli ki, kural olarak, hükümet sadece polis kuvvetleri yerine silahlı kuvvetlerini isyancılara karşı kullanmak zorunda kalmalıdır. İkincisi, isyancılara gelince, düşmanlıklar kolektif bir karaktere sahip olmalı, yani sadece tek gruplar tarafından gerçekleştirilmeleri gerekir. Buna ek olarak,

düşmanlıkların minimum yoğunluk seviyesine ulaşmasıdır. Bu, örneğin, düşmanlıkların kolektif bir karaktere sahip olduğu veya hükümetin sadece polis kuvvetleri yerine isyancılara karşı askeri güç kullanmak zorunda olduğu durumlarda geçerli olabilir. İkincisi, çatışmaya dahil olan hükümet dışı gruplar “çatışmanın tarafları” olarak kabul edilmesidir, yani organize silahlı kuvvetlere sahip bir taraf olmaları gerekmektedir. Bu kriter, hükümet dışı grupların belirli bir komuta yapısı altında olması ve askeri operasyonları sürdürme kapasitesine sahip olması gerektiği anlamına gelmesi demektir.

İnsani hukukun korumaya çalıştığı insan hakları arasında esas olan yaşam hakkıdır. Bu hak, en eski uluslararası insan hakları belgelerinde yer almaktadır. Ayrıca, yaşam hakkı çok önemlidir, çünkü kalan tüm insan haklarının kullanılması mutlaka kişinin yaşam hakkına saygı duymasına bağlıdır. Hem ortak 3. madde hem de Ek II No’lu Protokol bu hakka ayrıntılı koruma sağlamaktadır.³⁴

Üçüncü koşul ise, hükümet dışı silahlı örgütlerin organize yapısı ile ilgilidir. Bahsedilen bu örgütler sorumlu bir komutanın yetkisinde olmalıdırlar, Ek II No’lu Protokol çerçevesinde silahlı çatışma hukukuna uyulmasını sağlayabilecek durumda olmalıdırlar ve son olarak devletin ülkesinin bir bölümünde sürekli veya düzenli silahlı eylem yapabilmesine olanak veren denetime sahip olmalıdırlar.³⁵

Roma Statüsü’nün 8. maddesinin 2. fıkrasının (f) bendinde ³⁶ de bir devletin toprakları içinde hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında veya bu gruplar arasında uzun süreli silahlı çatışma olarak tanımladığı ve Ek II No’lu Protokolle paralellik arz eden uluslararası olmayan silahlı çatışma tanımı yer almaktadır. Aralarındaki tek fark Roma Statüsünde hükümet dışı iki grubun çatışmasını da bu kategoriye sokmasında görülmektedir.³⁷ 1954 tarihli La Haya Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme’nin³⁸ 4. ve 9. maddeleri³⁹ ile İkinci Protokolü (madde 22) ve 21 Aralık 2001 tarihinde gözden geçirilen Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayrırım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Belirli Konvansiyonel Silahların Kullanımının Yasaklanması Veya Sınırlandırılması Sözleşmesinin Tadil Edilmiş II

isyancılar minimum miktarda organizasyon sergilemek zorundalar. İsyancı silahlı kuvvetler, aşgari insani gereksinimleri karşılayabilecek sorumlu bir komuta altında olmalıdır.”

[34] von Sternberg, s. 369; Sassoli, s. 606.

[35] Pazarci, s. 168-169.

[36] Roma Statüsü çevirisi için bkz: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm Erişim Tarihi: 12.06.2023.

[37] Akkutay, s. 11; Taşdemir, “İnsan Hakları Hukuku, İnsancıl Hukuk ve Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası Sorumluluğu”, s. 6.

[38] Sözleşme metni için, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12145.pdf> Erişim Tarihi: 12.06.2023.

[39] Pazarci, s. 164.

No'lu Protokolünde⁴⁰ uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramına rastlanılmaktadır.

Doktrinde, 1949 Cenevre ve 1954 La Haye sözleşmelerinde uluslararası olmayan silahlı çatışmanın tanımının yapılmamış olması ve 1949 Cenevre Sözleşmesi'nde Ek II No'lu Protokol'ün aksine uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda izlenecek yöntemin ne olduğunun belirtilmemesi gibi konularda eleştiriler mevcuttur.⁴¹ Bu yüzden de 1949 Cenevre Sözleşmesi ile Ek II No'lu Protokolün uygulanma alanları ayrı ayrı belirlenmektedir.⁴²

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin 2. maddesine atıf yaparak uluslararası silahlı çatışmayı bir veya daha fazla devlet, bu durumun nedenlerine veya yoğunluğuna bakılmaksızın, başka bir devlete karşı silahlı güce başvurmak zorunda kaldığında ortaya çıkar şeklinde tanımlamıştır.⁴³ Uluslararası silahlı çatışmalar devletlerarası silahlı çatışma ve uluslararasılaşmış silahlı çatışmalar⁴⁴ şekline ikiye ayrılmaktadır.⁴⁵ Her iki kavram da çatışmanın kapsamı dışında kalacağı için burada değinmeyeceğiz

Eski Yugoslavya için Ceza Mahkeme, silahlı çatışmaların coğrafi sınırını⁴⁶ irdeledikten sonra, uluslararası olmayan silahlı çatışmayı, devlet ile devlet niteliği kazanmamış silahlı organize gruplar arasında ve devletin silahlı kuvvetleri ile bastırma gerekliliği doğuran ya da bu organize grupların kendi aralarında devam eden silahlı çatışmalar olarak nitelendirmiştir.⁴⁷

Bu tanımın uluslararası olmayan silahlı çatışma için yeterli olmadığı sadece genel bir çerçeve çizmiş olduğunu, asıl yapılması gerekenin uluslararası olmayan silahlı çatışma prensiplerinin oluşturulup belli başlı unsurlardan hareket edilerek bir uluslararası olmayan silahlı çatışma hukukunun oluşturulması gerekliliği dile getirilmiştir.⁴⁸

[40] Taşdemir, "İnsan Hakları Hukuku, İnsancıl Hukuk ve Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası Sorumluluğu", s. 7.

[41] Pazarci, s. 165.

[42] Detaylı bilgi için bkz: Pazarci, s. 166-170; Taşdemir, "İnsan Hakları Hukuku, İnsancıl Hukuk ve Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası Sorumluluğu", s. 9; "İç silahlı çatışmalarda, hükümet dışı silahlı grupların insancıl hukuk normlarına bağlı olmasının hukuksal esası konusunda beş ana yaklaşım ileri sürülmektedir. Bu yaklaşımlar: 1) Teamül hukuku yaklaşımı; 2) Genel hukuk ilkeleri yaklaşımı; 3) Rıza yaklaşımı; 4) Devlet ardıllığı yaklaşımı 5) Yasama yetkisi yaklaşımıdır."

[43] ICRC Opinion Paper, s. 1.

[44] Ayrıntılı bilgi için bkz: Akkutay, İbrahim, Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması, AÜHFD, Cilt: 65, Sayı: 1, 2016.

[45] Pazar, s. 156.

[46] Temyiz Dairesi, Yargı Yetkisi, s. 68-69

[47] Temyiz Dairesi, Yargı Yetkisi, s. 70; Rakate, "The Characterisation of Conflicts in International Law: Applying TADIC to the Kosovo Crisis.", s. 279; Van den hole, "Towards a Test of the International Character of an Armed Conflict: Nicaragua and Tadic.", s. 274.

[48] Akkutay, s. 12.

Uluslararası toplum uluslararası insancıl hukukun uluslararası olmayan çatışmalara uygulanmasını talep etmede artık daha isteklidir.⁴⁹ *Tadic* davasında Temyiz Makamı (yetki meselelerini tartışırken) ‘savaş hukuku ve adetlerinin ihlali bakımından kendisine yetki tanıyan, Statü’nün 3. maddesinin bunların bir uluslararası olmayan veya uluslararası silahlı çatışmada yaşanıp yaşanmadığına bakılmaksızın’ bu yetkiyi kendisine verdiği sonucuna varmıştır. Temyiz Makamı kararında şu hususa dikkat çekmiştir:

“Bir silahlı çatışma şayet iki veya daha fazla devlet arasında meydana geliyorsa uluslararası olduğu tartışmasıdır. Buna ek olarak bir devletin ülkesinde patlak veren bir iç silahlı çatışma halinde, bu çatışma şayet (i) bir diğer devlet o çatışmaya askeri güçleri ile müdahale ederse, veya alternatif olarak şayet (ii) iç silahlı çatışmaya katılanlardan bazıları bir başka devlet adına hareket ederse, uluslararası (veya şartlara bağlı olarak bir iç silahlı çatışmanın yanı sıra uluslararası karakterde de olan) bir hale gelebilir.”⁵⁰

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak insancıl hukuk kuralları giderek artan bir şekilde benzer hale gelmiş olmasına rağmen, bu iki tür çatışmada uygulanacak kurallar arasında hala farklar bulunmaktadır. Bu yüzden çatışmanın doğru biçimde nitelendirilmesinin uygulamada hukuki sonuçları olacaktır.⁵¹

Silahlı Çatışmalar Hukukunun İç Silahlı Çatışmalarda Uygulanmasının Tarafların Hukuksal Durumuna Etkisi

19. yüzyıl öncesinde genel olarak iç ayaklanmaların iç güvenlik meselesi olduğuna inanılır ve devlet içindeki asilere (rebels) herhangi hukuksal korumayı hak etmeyen suçlular olarak muamele yapılırdı.⁵² Ancak, bu durum iç ayaklanmanın belli bir yerde etkin kontrolü ele geçirene kadar devam etmektedir.⁵³ Günümüzde ise, iç silahlı çatışmaların yoğunluğuna ve ölçüsüne bağlı olarak başkaldırı (rebellion), ayaklanma/isyan (insurgency) ve savaşan taraflılık (belligerency) şeklinde üç aşamalı söz konusudur. Bu üç statünün iç ayaklanma taraflarına tanınması, iç çatışma taraflarının üçüncü devletler tarafından hükümet olarak tanınmasına kadar giden yolu açmaktadır.⁵⁴

[49] Shaw, s. 874; Gasser, Hans-Peter, “The United Nations and International Humanitarian Law: The International Committee of the Red Cross and the United Nations’ involvement in the implementation of international humanitarian law”, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/57jmuk.htm>, Erişim Tarihi: 15.06.2023, s. 1.

[50] 15 Temmuz 1999 tarihli karar, paragraf 84; 124 ILR, s. 96.

[51] Shaw, s. 875.

[52] Tütüncü, s. 46; Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, s. 72.

[53] Tütüncü, s. 46.

[54] Tütüncü, s. 46.

Başkaldırı (Rebellion)

Başkaldırı, iç silahlı çatışmaların başlangıç aşaması olarak değerlendirilir.⁵⁵ Başkaldırı (rebellion), Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Tadic⁵⁶ davasında meşru hükümete yönelik münferit bir meydan okuma olması nedeniyle insancıl hukukun dışında değerlendirilmektedir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne göre başkaldırı olaylarına ilişkin uluslararası hukukta bir hüküm olmaması, devletlerin bunu ulusal ceza hukuku alanına giren bir mesele olarak görmelerinden ve diğer devletlerin, kendi iç hukuk sistemlerine karışmalarını engellemek istemelerinden kaynaklanmaktadır.⁵⁷

Hükümete karşı başkaldıranlara uluslararası hukukta bir koruma öngörülmemiştir. Devletin sınırları içindeki başkaldırı, devletin münhasır yetki alanına girmekte ve bu başkaldırıcıyı bastırmak için gerekli tüm tedbirleri dilediği gibi seçmekte ve kendi iç mevzuatına göre cezalandırmaktadır.⁵⁸ Başkaldıran gruplar, üçüncü devletler tarafından desteklenemezler; aksi halde bu durum hukuk dışı bir müdahale şeklinde görülmektedir.⁵⁹

Ayaklanma/İsyan (Insurgency)

Uluslararası örf ve âdet hukukuna göre, yasal devlete veya hükümete karşı başlatılan silahlı başkaldırının bastırılmaması ve çatışmanın başkaldırdan daha önemli ve sürekli hale gelerek nitelik değiştirmesi durumunda asilik statüsünden bahsedebiliriz.⁶⁰ Asilik statüsünün tanınması için objektif kriterler oluşturulmamıştır.⁶¹ Objektif bir kriterin olmaması birçok karışıklığa yol açmaktadır. Günümüzde bu konu önemini giderek artırmaktadır. Özellikle, II. Dünya Savaşı'ndan sonra sömürge ülkelerin bağımsızlığı süresinde iç karışıklıkların sayısı çoğalmıştır.

Asi statüsünde olan bu gruba tanınan haklar sadece tanıma işleminde

[55] Akkutay, s. 18; Gasser, s. 1.

[56] International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, <https://www.icty.org/> Erişim Tarihi: 15.06.2023.

[57] Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, s. 96.

[58] Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, s. 73.

[59] Gasser, s. 1; Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, s. 73.

[60] Akkutay, s. 19; Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, s. 74.

[61] "Heater Wilson, 'Öyle görünmektedir ki asiliğin tanınması bir olgusal ilişkinin ya da iç savaşın tanınması anlamına gelmektedir. Bunun ötesinde olgunun karakteristikleri hakkında çok az bilgi mevcuttur. Şiddetin yoğunluk derecesi; ülke üzerindeki denetim ölçütü, yarı-hükümet otoritesinin tesisi veya operasyonlarının İnsancıl Hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin hiçbir koşul yoktur. Gerçekten tanıma için tek kıstas zorunluluktur." Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, s. 75; Tütüncü, s. 48.

belirtildiği kadar olmaktadır. Başkaldıran grubun diğer bir devlet tarafından asi olarak tanınması o gruba, insancıl hukuk alanında bir uluslararası koruma sağlamaz. Bununla beraber eğer bu statüyü tanıyan devlet çatışmanın tarafı devletse, tanıma beyanına bağlı olarak asi grubun o devlete karşı uluslararası hukukta yükümlülüklerle beraber birtakım haklara sahip olması mümkündür.⁶² Asi statüsünde olan bu gruba tanınan haklar sadece tanıma işleminde belirtildiği kadar olmaktadır. Her ne kadar durum böyle de olsa asilik statüsü ile ayaklananlara savaş tutsağı muamelesi yapılması ve ayaklananların eylemleri nedeniyle yasal hükümetin uluslararası sorumluluğun bulunması şeklinde iki hukuksal etkisi bulunmaktadır.⁶³

Asilik statüsünün tanınması belli uluslararası hak ve görevleri gündeme getirmesine karşın asilere karşın asilere hiçbir resmi statü kazandırmamakta ve bunlara savaşan taraf statüsünün sağladığı hakları vermemektedir. Ayaklanan statüsünün tanınmasının en önemli etkisi tanıyan devlet bakımından ayaklananların adi suçlu olarak değil, yasal muhalif olarak değerlendirilmesidir.

Savaşan Tarafılık (Belligerency)

Uluslararası Kızılhaç Komitesinin, örfi uluslararası insancıl hukuk üzerindeki çalışmaları, savaşçıya ilişkin bir tanım getirmektedir. Buna göre savaşçı bir devletin silahlı kuvvetlerinin sağlık ve din personeli dışındaki bütün personeli ifade eder.⁶⁴ Ancak, burada dikkat edilmesi gereken nokta savaşçı ile savaşan tarafın farklı kavramlar olduğudur. Üçüncü devletlerin isyancılara savaşan sıfatı tanınması onların çıkarına olabilmektedir. Şöyle ki, örneğin, isyancılar denizdeki gemilere rahatsız verdiklerinde üçüncü devletler bu karmaşıklığa son vermek için isyancılara savaşan taraf sıfatı verebilir.⁶⁵ İsyancılar, ülkenin belli kesiminde kontrolü elinde bulunduruyorlar ise, çatışma silahlı kuvvetlerce yürütülüp silahlı çatışma kuralları uygulanıyorsa, devletler savaşan taraf statüsünü tanımayı tercih edebilirler.⁶⁶ Savaşan taraf statüsünün tanınması için belli kriterlerin yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kriterler⁶⁷;

Devlet içinde genel nitelikte bir silahlı çatışmanın olması,

Başkaldıran kuvvetlerin ülke topraklarının önemli bir kısmını işgal etmesi ve yönetmesi (etkin kontrol),

[62] Akkutay, s. 19; Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, s. 74; Tütüncü, s. 48.

[63] Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, s. 75; Tütüncü, s. 48.

[64] Akkutay, s. 19.

[65] Tütüncü, s. 47.

[66] Tütüncü, s. 47.

[67] Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, s. 77; Tütüncü, s. 47.

Başkaldıran kuvvetlerin, çatışmaları sorumlu bir komutanın yönetimi altında ve savaş hukuku kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi,

Çatışmaların, üçüncü devletlerin çatışan taraflara yönelik davranışlarını diplomatik ya da ekonomik bakımından savaşan taraf statüsüne göre tanımlamalarını gerektirecek bir ölçüye (eşik kriteri) ulaşması şeklinde sıralanabilir.

Bu saydığımız kriterler ile 1977 tarihli II No'lu Ek Protokol'ün uygulanması gereken kriterlere paralellik arz etmektedir. Bu kriterler gerçekleştiğinde savaşan statüsünün tanınması gerekli midir? Doktrinin önemli bir kısmı tanıma olmaksızın savaşan statüsünün olmayacağını ileri sürerken; doktrinin bir diğer kısmı ise tanımanın gerekmediğini savaşan taraf statüsünün varlığının yalnızca savaşan tarafın statüsünün objektif bir varlığına dayanan olgusal bir mesele olduğunu ileri sürmektedir.⁶⁸

Tanımayla ilgili olarak başka sorunlar da mevcuttur. Tanımanın şekli bu sorunlardan ilkidir. Savaşan taraf statüsünün tanınması açık mı yoksa zımnî olarak mı yapılmalıdır? Tanıma açık olabileceği gibi üstü kapalı şekilde de yapılabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Tanıma ile ilgili diğer bir sorun ise bu statüsü tanımak için gereken ön koşulların varlığına kimin karar vereceğidir. Bu sorunun cevabı da açık değildir. Bu tanımanın yapılması ile birlikte isyancılara birtakım haklar verilmiş olur.

Kendilerini, bir iç silahlı çatışmanın taraflarına nazaran daha özel konumda gören ulusal bağımsızlık hareketleri, uluslararası hukuk bakımından da farklı değerlendirilirler. Bu tür gruplarla savaşan taraf ve asiler arasındaki fark, belirli bir bölgede ülkesel kontrol sağlamasalar ya da statüleri tanınmasa da, uluslararası taleplerde bulunma ve yükümlülükler üstlenme açısından ortaya çıkar.⁶⁹ Yani Cenevre Sözleşmelerinin ilgili Ek I. Protokol 1. maddesinin uygulanabilmesi için ulusal bağımsızlık hareketlerinin resmen tanınması gerekir.⁷⁰ Bununla beraber tanıma olmaksızın bu tür hareketlerin, olağan bir iç silahlı çatışma olarak adlandırılması durumunda nasıl bir hukuki sonuç getireceği açık değildir. Dolayısıyla uluslararası düzeyde tanıma işlemleri, her ne kadar resmî bir ön koşul olmasa bile, uygulamada fiilen bir gereklilik olarak kabul edilir.⁷¹

[68] Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, s. 77.

[69] Clapham, Andrew (2006). *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (İngilizce). Oxford/New York: OUP (Oxford Üniversitesi Yayınları). s. 274.

[70] Fleck, Dieter (29 Ağustos 2013). Michael Bothe (Ed.). *Handbook of International Humanitarian Law. The Law of Non-International Armed Conflicts* (İngilizce). Oxford/New York: OUP (Oxford Üniversitesi Yayınları). s. 606. ISBN 978-01996-588-0-0.

[71] Akkutay, s. 19.

TERÖR VE TERÖRLE MÜCADELENİN TEORİK ÇERÇEVESİ

Terör Kavramı

Literatürde terörün ortak bir tanımı mevcut değildir. Devletlerin, en büyük güvenlik sorunlarından biri olan terörün ortak bir tanımının yapmamış olmaları aslında şaşırtıcı bir durum olarak karşımıza çıkmamaktadır. Devletler veya kurumlar konunun çok yönlü olması bakımıyla kendi açılarından önemli gördükleri çerçevede tanım yapmayı seçmişlerdir.⁷² Devletlerin o dönemdeki siyasi çıkarlarına uygun olarak teröre yüklediği anlamda değişebilmektedir. Terör, terörizm gibi konulardaki tanımlamalar genellikle tanımı yapan kurumun bakışını yansıtmaktadır. Bu yüzden de aynı devlet içerisinde farklı kurumlarının bile terör tanımı konusunda bir uzlaşmaya varamadıklarını görmek mümkündür.⁷³ Bu durumda kimi devletler nezdinde “terörist” olan grupların, diğer devletler için “özgürlük savaşçıları” olarak anılmasına yol açmaktadır.

Etimolojik olarak terör kelimesinin kökeni Latince korkutmak, ürkütmek veya sindirmek anlamlarına gelen “terrere” kelimesinden⁷⁴ gelmektedir. Türk Dil Kurumu’na göre ise, terör “yıldırı”⁷⁵ anlamına gelmektedir. Britannica sözlüğünde terör, “bir nüfusta genel bir korku ortamı yaratmak ve böylece belirli bir siyasi hedefi ortaya çıkarmak için şiddetin hesaplanmış kullanımı”⁷⁶ tanımı yapıldığını görmekteyiz. Terörizmi ifade etmek için ise daha önceden “tedhişçilik” teriminin tercih edildiği bilinmektedir.⁷⁷ Sulhi Dönmezer’in yöntem odaklı yaklaşımına göre “Tedhişçilik bir doktrin değildir; fakat bir eylem tarzıdır. Bir nevi strateji, amaca götürmek üzere kullanılan bir tür araçtır”⁷⁸

1789 Fransız Devrimini izleyen 1793 Konvansiyon döneminde jakoben yönetimce uygulanan sistematik şiddet politikası, siyaset ve hukuk alanlarında “terörizm” kavramının doğmasına⁷⁹ ve literatüre girmesine neden olmuştur. İlk terör tanımının 1798 tarihinde ‘*Dictionnaire de l’Academie Française*’ adlı yapıtta karşımıza çıktığını ve “*sistemi; terör*

[72] Çaycı, Sadi, *Düşük Yoğunlukta Çatışma*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 7.

[73] Taşdemir, Fatma, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu*, Ankara, 2006, s. 9. “ABD, Dışişleri Bakanlığı, Savunma Bakanlığı, Adalet Bakanlığı ve FBI terörizmi farklı tanımlamaktadır.”

[74] Saraçlı, Murat, “*Uluslararası Hukukta Terörizm*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XI, Sayı:1-2, Yıl: 2007, s. 1051.

[75] Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 27.06.2023.

[76] Britannica, <https://www.britannica.com/topic/terrorism> Erişim Tarihi: 27.06.2023.

[77] Turinay, s.45; Ayrıca bknz: Dönmezer, Sulhi, “*Milletlerarası Tedhişçilik*”, Journal of Istanbul University Law Faculty, 44, 1978.

[78] Dönmezer, Sulhi. “*Tedhişçilik Üzerine*”, Devir Dergisi, Sayı: 6, 11 Aralık 1972, s. 20.

[79] Saraçlı, s. 1052; Şen, Halil, *PKK, Terör ve İdeoloji*, Yeditepe Yayınevi, 2021, s. 19.

*rejimi*⁸⁰ şeklinde belirtildiğini söyleyebiliriz. Terör kelimesi, Fransız İhtilâlinde sonra bir hükümete ve onun egemenliğindeki bütün bir döneme -10 Ağustos 1792 'den 27 Temmuz 1794 'e kadar kendi adını verecek⁸¹ kadar etkili olmuştur.

1937 yılında Milletler Cemiyeti tarafından hazırlanan “Terörizmi Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi terörü 1. maddesinin 2. fıkrasında; “*Bireylerin ya da bireyler grubunun ya da umumi halkın zihninde bir terör hali yaratmak için tasarlanmış ya da planlanmış, bir devlete karşı yöneltilebilir kriminal eylemler*” olarak tanımlanmaktadır.⁸² Birleşmiş Milletler ile Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'nın öncülüğünde hazırlanan ve hâlihazırda yürürlükte olan on üç adet terörizm karşıtı uluslararası antlaşma bulunduğu gibi Avrupa Konseyi ve diğer uluslararası örgütlerin öncülüğünde imzalanan pek çok terörizm karşıtı düzenleme mevcuttur.⁸³

Terör, siyasal amaçlarla işlenen şiddet eylemleri, iktidarı ele geçirmek veya yasal olmayan hedefler için iktidara karşı gelmek, savaş ve diplomasi yoluyla elde edilemeyen amaçları, şiddet kullanarak ve hedef gözetmeden yapılan eylemler olarak tanımlanabilir.⁸⁴

FBI⁸⁵ terörü iki başlıkta tanımlamıştır. Bunlarda biri “Belirlenmiş yabancı terör örgütleri veya uluslarından ilham alan veya bunlarla bağlantılı bireyler ve/veya gruplar tarafından işlenen şiddet içeren, suç teşkil eden eylemler” olarak tanımladığı uluslararası terör; diğeri ise “Bireyler ve / veya gruplar tarafından siyasi, dini, sosyal, ırksal veya çevresel nitelikte olanlar gibi iç etkilerden kaynaklanan ideolojik hedefleri ilerletmek için işlenen şiddet içeren, suç eylemleri” şeklinde ifade ettiği ülke içi terör eylemleridir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na⁸⁶ göre ise terör, cebir ve

[80] Türkiye ve Terörizm, Türkiye Barolar Birliği Rapor, 2006, s. 5; İştin, İnanç, AİHM Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 143.

[81] Zafer, Hamide, *Çeşitli Hukuklarda Terörizm ve Terörizmle Mücadele Yöntemleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996 (Doktora Tezi), s. 8.

[82] Taşdemir, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, s. 23.

[83] Türkiye'nin taraf olduğu terörizm karşıtı antlaşmalar arasında, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (13.12.2000), Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Tadil Protokolü (15.05.2003), Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatının Yasadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Dair Protokol (28.06.2002), Terörist Bombalamalarının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (20.05.1999), Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme (27.09.2001), Tedhişçiliğin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (27.01.1977) ile Uçaklara Karşı İşlenen Suçlara ve Diğer Fiillere İlişkin Sözleşme (14.09.1963) sayabiliriz.

[84] Altun, Hasan Mutlu, *Terör: Güncel Olaylarla Hukuki Sosyolojik ve Tarihsel Yaklaşım*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2021, s. 25.

[85] FBI, Terrorism, <https://www.fbi.gov/investigate/terrorism>, Erişim Tarihi: 27.06.2023.

[86] 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=3713&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 27.06.2023.

şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.

3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu uyarınca cebir ve şiddet içeren eylemlerin terör eylemi olarak kabul edilebilmesi için “bir örgüt faaliyeti çerçevesinde sistemli” olarak işlenmesi aranmaktadır.⁸⁷ Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında; “*Bir eylemin terör örgütü olarak nitelendirilebilmesi için aranması gereken (diğer bir koşul) eylemin bir örgüte mensup kişi ya da kişilerce işlenmiş olmasıdır. Aynı nitelikteki eylemlerin terör örgütüne bağlı olmaksızın işlenmesi durumunda eylem, terör tanımı dışında kalacaktır.*”⁸⁸ Terör olarak nitelendirilen fiiller, esasında suç oluşturulan fiillerdir ve fakat bu suçlar belirli bir amaçlar doğrultusunda ve bir örgütün faaliyeti çerçevesinde sistematik bir şekilde işlendiği için daha ağır sonuçlar ortaya çıktığı Kanunun gerekçesinde belirtilmiştir.⁸⁹

Terör ve terörizm kavramlarının arasındaki farka da kısaca değinmek gerekmektedir. Her iki kavram aynı kökten gelseler de farklı anlama sahiptirler.⁹⁰ “Terör” kavramı, şiddet ve korkutmayı ifade ederken, “terörizm” kavramı ise, şiddet ve korkunun yani terörün siyasal mücadelede araç, yöntem olarak kullanılmasını ifade etmektedir.⁹¹ Terörizm, terör yöntemlerinin siyasi bir amaçla örgütlü, sistemli şekilde benimsenip⁹² uygulanması noktasında terör kavramından ayrılmaktadır. Terör ile terörizm kavramları amaç bakımından da farklılığa sahiptir. Terörün bu zamana kadar yapılan tanımlamalarında amaç değil araç olduğu; terörizmin ise siyasal amaçlar için sistemli, örgütlü ve sürekli şekilde terörü kullanmayı amaçladığına⁹³ vurgu yapılmıştır. Ancak, günümüzde bu iki kavramın birbirini yerine kullanıldığına sıkça rastlanılmaktadır.

Terör tanımında bir uzlaşma söz konusu değilse de “şiddet, korku ve

[87] Özgenç, İzzet. *Terörle Mücadele Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 27.

[88] Anayasa Mahkemesi, 31.3.1992 tarih ve 1991/18 E., 1992/20 K.

[89] Özgenç, *Terörle Mücadele Kanunu*, s. 16.

[90] Şen, s. 20.

[91] Zenginoğlu, Samet, *Uluslararası Terörizm ve Avrupa Birliği*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Yıl: 2016/3, Sayı: 25, s. 160.

[92] İşten, s. 144; Şen, s. 20.

[93] Altun, s. 30.

dehşet salma, tehdit ve toplum üzerinde psikolojik baskı uyandırma” gibi unsurlarında bir birlik olduğu görülmektedir.⁹⁴ Terör tanımında bir birlik olup olmaması konusunda; bunun terörizmle mücadelede bir engel teşkil ettiği ve ortak tanımının yapılmamasının daha iyi ve uygun olduğunu iddia eden görüşler de mevcuttur.⁹⁵

Tanım sorunun altında devletlerin halkların self-determinasyon hakkına yönelik tutumları olduğu görülmektedir.⁹⁶ Milletler Cemiyeti Misakı’nda yer almayan bu hak, Bileşmiş Milletler Şartı’nın 1. maddesinin 3. fıkrasında ve 55. maddesinde yer almıştır. Ancak, self-determinasyon hakkı, BM Şartı’nda yer almış olmasın rağmen BM’nin gerçekleştirmeyi hedeflediği amaçlardan birisi olarak kalmıştır.⁹⁷ BM Genel Kurulu 1960 tarihinde 1514 (XV) sayılı “Sömürge Yönetimi Altındaki Ülkeler ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri” de bütün halkların self- determinasyon hakkını tanımıştır. ⁹⁸ Daha sonra BM Genel Kurulu tarafından oy birliği ile kabul edilen 1970 tarihli 2625 (XXV) sayılı “BM Antlaşması’na Uygun Olarak Devletler Arasında İşbirliğine ve Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi” bütün halkların self-determinasyon hakkını teyit etmiş ve zorlayıcı güce karşı direnişlerinde BM Antlaşması’nın amaç ve ilkelerine uygun şekilde destek almak ve arama hakkı vermiştir.⁹⁹

Self- determinasyon ilkesi, sömürgecilik hareketleri dışında, ulusal azınlıkları ve yerli grupları da kapsayacak şekilde yorumlanması terörist gruplarının bu konuyu kullanmasına neden olmaktadır. Çünkü, kendilerine ulusal kurtuluş hareketleri olarak lanse eden terör grupları, yaptıkları eylemlerin meşruiyet zeminini oluşturmaya çalışmaktadırlar. Özellikle de BM Genel kurulu tarafından kabul edilen 2625 (XXV) sayılı “Dostça İlişkiler Bildirisi”, 1973 tarihli 3070 sayılı (XXVIII) sayılı

[94] Şen, s. 21.

[95] “Christopher J. Joyner, ‘ Siyasal olarak, akademik olarak ve hukuksal olarak terörizm fenomeni açık ve kesin bir tanım gerektiriyor. Gerçek bir duygu içinde terörizm pornografi gibidir: gördüğünüzde onu bilirsiniz fakat evrensel olarak üzerinde uzlaşmış bir tanım öne sürmek imkansızdır.’ demektedir. Başşeren ise, bu sorunun aşılması halinde terörizmle mücadelenin sorun olmaktan çıkacağına işaret etmektedir. uluslararası terörizm tanımlamak için harcanan çabaları zaman kaybı olarak görmekteyler; bu yazarlar tanımın yapılmasının imkansızlığına işaret ederek, çözümün terörizmi tanımlamak üzerinde yoğunlaşmakla değil çocukları öldürme, rehlin alma ve uçak kaçırma gibi suç unsurları üzerinde yoğunlaşmakla mümkün olduğuna işaret etmişlerdir. Bu çerçevede örneğin, UAD yargılarından Richard R. Baxter ‘Terörizmin hukuksal bir tanımın bize nüfuz ettiğini reddetmeye daima bir nedenimiz var. Terim, kesin değildir, müphemdir ve hepsinden ötesi bu işlevsel bir hukuksal amaca hizmet etmektedir.’ demektedir.” Taşdemir, s. 10-11.

[96] Taşdemir, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, s. 12.

[97] Taşdemir, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, s. 13.

[98] The Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, <https://legal.un.org/avl/ha/dicc/dicc.html>, Erişim Tarihi: 20.06.2023.

[99] The Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with The Charter of The United Nations, <https://digitallibrary.un.org/record/202170> Erişim Tarihi: 20.06.2023.

karar, 1973 tarihli 3103 (XXVIII) sayılı karar ve 1974 tarihli 314 (XXIX) sayılı “Saldırımın Tanımı Kararı”, self- determinasyon için mücadele kullanmasına ve üçüncü devletlerin bunlara yardım etmesine bir nevi “ruhsat” verdiği¹⁰⁰ kabul edilmektedir. Bu yüzden de terör tanımı yapılırken devletlerin ortak bir tanım kullanılması siyasi olarak uzun süre mümkün görünmemektedir.

Terörle Mücadele

Terör, siyasi olarak Fransız Devrimi’nden sonra ortaya çıkmış olsa da tarihi bundan çok daha eskidir. Tarihin en eski terör grubu olarak bilinen fanatik Musevilerden oluşan Zealot grubu, Filistin’de işgalci Romalılara karşı direniş göstermiştir.¹⁰¹ 11. yüzyılda ise karşımıza Selçuklu ve Haçlılara karşı yaptığı suikast girişimleri ile bilinen Haşhaşiler tarih sahnesine çıkmışlardır. Dünyanın çeşitli yerlerinde de farklı farklı terör grupları ve eylemleri görülmüştür.¹⁰²

Terörle mücadele kavramı, ilk kez XIX. yüzyılın sonuna doğru Rus İmparatorluğu ile Batı ülkelerinin siyasi liderlerine karşı yapılan anarşist saldırıları durdurmaya yönelik olarak başlamıştır.¹⁰³

Terör ile mücadelede uluslararası iş birliği çerçevesindeki ilk adımlar 1937 yılında Milletler Cemiyeti tarafından hazırlanan “Terörizmi Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi” ile atılmıştır. 1934 yılında Yugoslavya Kralı I. Alexander’a ve Fransız Cumhuriyet Konseyi Başkanı Louis Barthou’ya yapılan suikasta doğrudan bir cevap olan Sözleşme, 24 devlet tarafından imzalanmış ancak yürürlüğe girmemiştir.¹⁰⁴ Birleşmiş Milletler’in kurulmasından sonra terörle mücadelede iş birliği konusunda somut adımlar atılmamıştır. Yeni örgütün şartnamesi geniş çaplı devletlerarası şiddeti kapsarken, Güvenlik Konseyi’nin temel amacı olan barış ve

[100] Taşdemir, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, s. 19.

[101] İştin, s. 150.

[102] “Hindistan’da, 7-17. Yüzyıllar arasında var olan Thung örgütü dini kaynaklı bir tarikattır. Tarikat, sömürge tarafından İngilizler tarafından ortadan kaldırılmıştır. Hindistan’da 19. Yüzyılda ise Hür Kardeşlik Örgütü faaliyet göstermiştir. İlk profesyonel terör örgütünün, Afrika’da bir kabile olan Kabalalar olduğu, kabile üyelerinin geçimlerini siyasi suikastlardan sağladıkları, bu amaçla kabile üyelerinin küçük yaştan itibaren suikastçı olarak yetiştirildiği ileri sürülmektedir. Amerikan İç Savaşı’nda (1861-1865) yenilgiye uğrayan Güneyliler, yeniden inşa yanlılarına baskı yapmak için “Ku Klux Klan” adlı bir örgüt kurmuşlar, ancak yönetim duruma hakim olunca bu örgüt varlığını sürdürmemiştir. Yine, 19. yüzyılın sonlarına doğru Çarlık Rusyası’nda rejime karşı olan anarşistler tarafından kurulan “Norodyana Volva (Halkın İradesi)” adlı örgüt halkı zorbaya karşı şiddet kullanmaya davet ederek, rastgele şiddet yerine sembolik eylemlere yönelmiş, siyasal bilinçten yoksun toplumu korku yoluyla eğitmeyi ve yönlendirmeyi amaçlayarak birçok önemli suikaste imza atmıştır.” İnanç, s. 146-147.

[103] Demirci, Sadat, Terörizme Karşı Mücadele Modelleri, Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 193-212, s. 194.

[104] Tekel, Suna, *Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Terörizm*, <https://www.ayk.gov.tr/wp-content/uploads/2015/01/TEKEL-Suna-B%C4%B0RLE%C5%9EM%C4%B0%C5%9E-M%C4%B0LLETLER-VE-ULUSLARARASI-TER%C3%96R%C4%B0ZM.pdf>, Erişim Tarihi: 25.06.2023, s. 1356.

güvenliği tehdit eden terörizmden bahsedilmemektedir.¹⁰⁵ Bu dönemde devletler kendi iç düzenlemeleri ile terörle mücadele etmişlerdir.

Günümüzde terör, yaptığı eylemler ve bunun sonuçları bakımından uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden olguların başında yer alır duruma gelmiştir.¹⁰⁶ Özellikle ABD'ye yönelik yapılan 11 Eylül saldırılarında sonra dünya gündeminde tekrar yerini almıştır. Çünkü bu saldırı, her ülkenin ne kadar güçlü olursa olsun terör saldırısına maruz kalabileceğini, terör örgütlerinin saldırı gücünün tahmin edilemez boyutlara ulaştığını ve hiçbir ülkenin terörle tek başına mücadele edemeyeceğini¹⁰⁷ ortaya koymuştur.

Terörizm bazı ülkelerde özel bir kanunla hüküm altına alınırken bazı ülkelerde ise genel ceza kanununda (codice penale, code pénal) düzenlenmektedir. Örneğin, İngiltere, Avustralya ve Kanada'da ayrı bir terörizmle mücadele kanunu varken; Fransa'da terörizm, diğer suçlarla beraber, Ceza Kanunu'nun "*du Terrorisme*" başlıklı bölümünde m. 421-1 ile 422-7 arasında, İtalya'da Ceza Kanunu'nun m. 270 bis ve devamındaki hükümlerde düzenlenmektedir.¹⁰⁸

Birleşmiş Milletler Kapsamında Terörle Mücadele

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi,¹⁰⁹ Birleşmiş Milletler içinde en aktif görev alan ve en güçlü organlarından biridir. Konseyin uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla çıkarmış olduğu kararların birçoğu terörle ilgilidir. Güvenlik Konseyi'nin çıkarmış olduğu kararları bağlayıcıdır. Bu yüzden de terör konusunda aldığı kararlar taraf devletler bakımından uygulanmak zorundadır. Bu minvalde BM'nin kararlarına değinilecek olursak; BM 'nin teröre karşı kapsamlı çalışmaları, 9 Aralık 1994'te alınan 49/60 sayılı BM Genel Kurulu kararının ekinde yer alan "*Uluslararası Terörizme Karşı Gereken Önlemler*" bildirisi ile başlamıştır.¹¹⁰ Daha sonra, 1373 (2001) sayılı Karar ve devamı niteliğinde sayılabilecek kararlar ile 1267 (1999) sayılı Karar ve bunun devamı niteliğinde sayılabilecek kararlar Güvenlik Konseyi tarafından alınmıştır. 1267 sayılı Kararın özelliği Taliban ve El Kaideyi hedef almasıdır.¹¹¹ Bu bağlamda bunların malvarlıklarının dondurulması, seyahat yasağı getirilmesi ve

[105] Tekel, s. 1356.

[106] İşten, s. 150.

[107] İşten, s. 150.

[108] Turinay, Faruk, *Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2015, Sayı: 116, s.43.

[109] United Nations Security Council, <https://www.un.org/securitycouncil/>, Erişim Tarihi: 20.06.2023.

[110] Demirci, s. 196.

[111] Kararın orijinal metni için: <https://www.un.org/securitycouncil/node/46455>, Erişim Tarihi: 20.06.2023.

silah ambargosu uygulanması öngörülmüştür.¹¹² Bu karar uyarımca, “El Kaide ve Taliban Yaptırımlar Komitesi” kurulmuştur.¹¹³ 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008) sayılı Kararlar ile de yaptırımların alanı genişletilmiştir.¹¹⁴

Kararda, özellikle Taliban yönetimindeki Afgan topraklarının teröristlerin sığınması, eğitimi ve terör eylemlerinin planlanmasında kullanılmasının uluslararası barış ve güvenlik için şart olan uluslararası terörizmle mücadeleyi ihlal ettiği, Taliban’ın Usame Bin Laden için güvenli bir sığınak olmaya devam ettiği, Taliban yönetimdeki topraklarda terör eğitim kamplarının bulunduğu gibi hususlar belirterek, Taliban’a daha önceki kararlara tamamıyla uyması ve Usame Bin Laden’i iade etmesi çağrısında bulunulmuştur.¹¹⁵

1267 sayılı Kararın akabinde, Güvenlik Konseyi’nin 19 Aralık 2000 tarihinde düzenlemiş olduğu toplantısında 1333 sayılı Karar kabul edilmiştir. Bu kararda da 1267 sayılı kararda olduğu gibi Taliban yönetimine kararları uygulaması çağrısı yenilenmiş ve ek olarak Taliban yönetiminin uyuşturucu ekimi ve ticaretinden gelir elde ettiğinin altı çizilerek terörist faaliyetleri finanse eden uyuşturucu ticaretinin durdurulması istenilmiştir. Ayrıca, bu Karar uyarınca alınan tedbirlerin uygulanması bakımından Güvenlik Konseyine önerilerde bulunma, ülkelere danışmanlık yapmak, karşılaşılan sorunları ve gelişmeleri rapor etmek üzere bir uzmanlar heyeti oluşturulmuştur.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin almış olduğu kararlar çerçevesinde belli kişilerin hak ve alacaklarına el konulması istenilmiştir. Bu kapsamda o yıllarda Türkiye’de Bakanlar Kurulu almış olduğu birtakım kararlar ile Güvenlik Konseyi’nin almış olduğu kararları uygulama yoluna gitmiştir. Bu kararlara örnek olarak; 2001/3483 sayılı karar, 2002/3873 sayılı karar¹¹⁶, 2002/4206 sayılı karar¹¹⁷, 2002/4896 sayılı karar¹¹⁸, 2003/5426 sayılı karar,¹¹⁹ 2007/11599 sayılı karar,¹²⁰ 2008/13125 sayılı kararı¹²¹ ifade edilebilir. Bu noktada Bakanlar Kurulu kararı ile kişilerin hak ve alacaklarına el konulup konulmayacağı konusu

[112] <http://www.un.org/sc/committees/1267/index.shtml>, Erişim Tarihi: 20.06.2023.

[113] Al-Qaeda and Taliban Sanctions Committee, http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/pr28jul_03.html.

[114] Kararlar için bkz: <http://www.un.org/sc/committees/1267/index.shtml>, Erişim Tarihi: 20.05.2023.

[115] Akın, Engin, Anayasa Mahkemesi- Yargıtay Kararları ve Uluslararası Hukuk Metinleri Çerçevesinde Terör ve Terörün Finansmanı Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 19.

[116] 12.0.2002 tarih ve 24724 sayılı RG yayınlanmıştır.

[117] 19.06.2002 tarih ve 24790 sayılı RG yayınlanmıştır.

[118] 16.11.2002 tarih ve 24938 sayılı RG yayınlanmıştır.

[119] 12.04.2003 tarih ve 25077 sayılı RG yayınlanmıştır.

[120] 14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı RG yayınlanmıştır.

[121] 06.02.2008 tarih ve 26779 sayılı RG yayınlanmıştır.

tartışılması gereken bir konudur.¹²² Hatta bazı kararlar idari yargının önüne gelmiştir.¹²³ Bu konuya bir diğer örnek de DEAŞ'ın Türkiye'de terör örgütü ilan edilme sürecidir. BM Güvenlik Konseyi kararları uyarınca oluşturulan terör örgütleri yaptırım listesine bakıldığında DEAŞ'ın 2013 yılında "Irak El-Kaidesi" adı altında listeye alındığı görülmektedir. Türkiye 'de 30/09/2013 tarih ve 5428 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile DEAŞ'ı bir terör örgütü kabul etmiş ve 21/05/2014 tarihli Bakanlar Kurulu Kararıyla da bu konu teyit edilmiştir. 2014 yılı içinde Niğde ve Bayburt Ağır Ceza Mahkemelerinden alınan iki farklı kararlar DEAŞ'ın terör örgütü olarak kabul edildiği yargı kararlarına girmiştir. 2015 yılında ise Yargıtay 16.Ceza Dairesi'nin 15.07.2015 tarih, 2015/3515 esas, 2015/2323 karar no.lu kararıyla DEAŞ'ın terör örgütü olduğuna yönelik içtihat oluşturulmuştur.¹²⁴

BM Güvenlik Konseyi'nin,1373 sayılı Karar ise daha ziyade terör ve terörün finansmanı konularında soyut düzenlemeler içermektedir.¹²⁵ Bu karar kapsamında "Terörizmle Mücadele Komitesi" kurulmuştur.¹²⁶ Komitenin misyonu, BM Güvenlik Konseyi ile üye ülkeler arasında 1373 sayılı Kararın hedefleri nasıl gerçekleştirebilecekleri konusunda aracılık yapmak ve iletişimi sağlamaktır.

1373 sayılı kararın içerdiği konular özetle şu şekildedir¹²⁷:

Terörün finansmanının suç olarak düzenlenmesi,
Terörist gruplara her türlü desteğin yasaklanması,

[122] Akın, s. 21.

[123] Bakanlar Kurulu'nun 22.11.2001 tarihli ve 2001/3483 sayılı Kararına karşı Yasin A.A. Kadı idari yargıda kendisi ile ilgili kısım için dava açmıştır. Danıştay 10. Dairesi tarafından verilen 04. 07.2006 tarih ve 2002/948 E. 2006/4795 K. Sayılı kararda kaynağını Anayasa'dan almayan yetkinin kullanılması suretiyle hâkim kararı olmaksızın davacının hak ve alacakları ile malvarlığının dondurulmasına karar verilmesi hukuka aykırı bulunarak, Kararın davacıya ilişkin bölümünün iptaline hükmedilmiştir. Bu kararın temyizi neticesinde İdari Dava Dairesi Kurulu 22.02.2007 tarih ve 2006/2824 E. 2007/115 sayılı Karar ile 10. Daire kararını bozmuştur. Gerekçesini kısaca belirtmek gerekirse; BM'ye üye ülkelerin 48. Maddesinde vurgulandığı üzere doğrudan doğruya eylemleriyle yerine getirmesi zorunlu olduğunu, BM Güvenlik Konseyinin VII. Bölüm çerçevesinde aldığı kararların üye devletler yönünden bağlayıcı nitelik taşıdığını belirtmiştir. Üye ülkelerin bu yükümlülüğü yerine getirmeleri için iç hukuklarında ayrıca bir yasal düzenleme aranmasına gerek yoktur. Bakanlar Kuruluna düşen görev, alacağı bir karar ile BM Güvenlik Konseyinin VII. Bölüm çerçevesinde almış olduğu zorlayıcı önlemleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yürürlüğe koymak ve uygulanır hale getirmektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, s.22-25.

Bir diğer dava ise, 01.10.2002 tarihli ve 2002/4896 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile malvarlığı dondurulan Nasco Nasreddin Holding A.Ş.'nin açmış olduğu davadır. Danıştay 10. Dairesi 12.12.2006 tarih ve 2003/196 E. 2006/707 K. Sayılı Kararı ile Bakanlar Kurulunun davacı ile ilgili kısmının iptaline karar vermiştir. Bu kararın temyizi neticesinde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 03.04.2008 tarih ve 2007/1114 E. 2008/970 K. Sayılı kararı ile bir önceki karardaki gerekçeler nedeniyle kararı bozmuştur.

[124] Türkiye'nin DEAŞ ile Mücadelesi, Temmuz 2017, www.icisleri.gov.tr Erişim Tarihi: 20.06.2023, s. 16.

[125] Akın, s. 17.

[126] Bkz. <http://www.un.org/sc/ctc/> Erişim Tarihi: 20.06.2023.

[127] Akın, s. 29.

Terörist eylemlere katılmış kişi, kuruluş ve organizasyonlar bakımından terörizm desteklenmesinde ülkelerin güvenli bölge olmalarının önlenmesi,

Teröristlere aktif ve pasif yardımın yasaklanması,

Devletler arasında işbirliğinin sağlanması.

Güvenlik Konseyi nezdinde kurulan diğer bir komite ise 1540 sayılı Kararla kurulmuş olan ve “1540 Komitesi” olarak adlandırılan Komitedir.¹²⁸ 1540 sayılı Karar, biyolojik ve kimyasal silahların terör amacıyla üretiminin, alınmasının, geliştirilmesinin, taşınmasının, transferinin ve kullanılmasının önlenmesi konularını içermektedir.

BM çatısı altında terör ile uluslararası mücadelede BM Güvenlik Konseyi devletlerden iki şekilde mücadele etmesini istemektedir. Bunların birincisi, ülkelerin iç hukuklarında özellikle BM Sözleşmesine uyumlu olarak bir takım soyut düzenlemeler yapmaları, ikincisi ise yine BM Güvenlik Kararlarına uymalarıdır.¹²⁹

SİLAHLI ÇATIŞMA VE TERÖR EYLEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Terörün, uluslararası hukukun konusu olması, özellikle de silahlı çatışmalar hukuku alanında tartışılıyor olmasının ilk nedeni terör olaylarının yoğunluğudur. Nitekim, bu tür yoğunluktaki terör eylemleri üçüncü devletleri hedef seçer¹³⁰ ve uluslararası toplumun gündemine taşır.

Silahlı çatışma ve terör eylemlerinin aralarındaki farklara ve sorunlara birkaç noktada değinilebilir. Öncelikle, terörün ortak tanımının olmaması ve bu kapsamda üstelenilecek sorumluluğun kapsamının belirlenememesi sorunlardan biridir. Devlet destekli terörün de bu noktada bir sorun oluşturduğu unutulmamalıdır. Geleneksel anlamda savaş, düzenli ordular arasında veya devletle gerilla gibi tanımlanabilir bir kuvvet arasında yapılan silahlı mücadeleyi ifade etmektedir. Modern terör eylemleri ise geleneksel savaştan farklı özelliklere sahiptir. Öncelikle terörde ideolojik, politik ve etnik kimlikler üzerinde şekillenmiş devlet dışı aktörler söz konusudur ve teröristler askerler gibi devlet tarafından görevlendirilmiş kişiler değildir. Terör ile savaş arasındaki en temel fark ise iki taraf arasındaki güç dengesizliğidir.¹³¹ Bu noktada ayrıca, terörün hiçbir hedef ayrımı yapmadan eylemlerini

[128] S/RES/1540/ (2004).

[129] Akın, s. 30.

[130] Tütüncü, s. 50.

[131] Topal, Ahmet Hamdi, *Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku anabilim Dalı, Ankara, 2004 (Doktora Tezi), s. 25.

gerçekleştirdiği, ancak, silahlı çatışma hukukunda bu tür eylemlerin yasaklandığını belirtmek gerekir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri¹³² ve Ek Protokoller¹³³ sivil nüfusa karşı terör eylemleri yasaklamıştır.¹³⁴ Silahlı çatışma sırasında ayırım gözetmeden yapılan eylemler savaş suçu oluştururken; terör eylemleri için bu söylenemez. Hatta terör, insanlık aleyhine işlenen suçlar arasına sokulmak istenmemiş ve Roma Statüsüne dâhil edilmemiştir.

Devletlerin, terörist eylemleri bastırmak adına aldığı önlemler silahlı çatışma eşiğine ulaşmaz. Genellikle, polisle müdahale, bilgi toplama, yardım eden devletler üzerinde diplomatik baskı uygulama¹³⁵ şeklinde önlemler alınır.

Silahlı çatışmalarda organize gruplar veya bir komuta altında belli disipline sahip gruplar taraf olmakta yer alırlar. Böylece, bu durum silahlı çatışma hukukuna riayet edilmesini kolaylaştırırken, terör eylemleri için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Terör eylemleri, yıllarca bağımsızlık mücadeleleri ile birlikte kullanılmış, terörist eylemler özgürlük mücadelesi veren gruplar tarafından politik ve ideolojik stratejilerinin bir parçası olmuş, sömürge yönetimlerine ve işgal güçlerine karşı ulusal bağımsızlık mücadelesi çerçevesinde başvurulmuş şiddet eylemlerinin terör eylemleri olarak nitelendirilemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür.¹³⁶ Terörizm kelimesi anlam bakımından oldukça olumsuz bir kelime olduğundan hiç kimse kendini terörist olarak nitelendirmek istemez. Bu nedenle, teröristler kendilerini özgürlük savaşçıları veya ulusal bağımsızlık, sosyal adalet veya diğer idealler için mücadele eden gerilla şeklinde tanımlamakta ve bu statünün sağlayacağı korumadan yararlanmak istemektedirler. İlk kez yirminci yüzyılın başlarında, Orta Avrupa ve Balkanlarda, Makedonya Gizli Devrimci Örgütü ve Sırp Birliği self determinasyon hakkını ileri sürerek terörizme başvurmuştur. Self determinasyon hakkı ile terörizm arasında kurulan bu tehlikeli bağ uluslararası topluma sıkıntı vermeye devam etmiş ve hala etmektedir.¹³⁷

BM Genel Kurulu'nun 12.12.1973 tarih ve 3013 sayılı Sömürge ve Yabancı Üstünlüğüne Karşı Mücadele Veren Savaşçıların Hukukî Statüsüne İlişkin Kararı'nda¹³⁸ ulusal kurtuluş savaşlarında 1949

[132] IV Cenevre Sözleşmesi madde 33.

[133] II nolu Ek Protokol madde 4, 13/2; I nolu Ek Protokol madde 51/2.

[134] Tütüncü, s. 52.

[135] Tütüncü, s. 53.

[136] Topal, s. 17.

[137] Topal, s. 20.

[138] Söz konusu Kararda şu hüküm yer almaktadır: "Silahlı çatışmalarda insan haklarının korunmasında uygulanan uluslararası hukukun gelişim çerçevesi içinde gelecekteki

Cenevre Sözleşmeleri ile diğer uluslararası belgelerin uygulanması öngörülmektedir.

BM Genel Kurulunun aldığı Saldırının Tanımına İlişkin Karar'ın¹³⁹, saldırı fiillerinin belirlendiği 3/g maddesinin ülke sınırlarının ötesinde yapılan yardımı saldırı tanımı içine alarak ulusal kurtuluş hareketlerine yönelik olumsuz bir durum oluşturduğu görülmektedir. Söz konusu fıkraya göre; *“Bir devlet tarafından ya da devlet adına, başka bir devlete karşı yukarıda listelenen hareketlere ulaşacak yoğunlukta silahlı hareket icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri resmi ya da paralı askerlerin gönderilmesi ya da oraya esaslı karışılması”* silahlı saldırı durumunu oluşturmaktadır. Günümüzde dekolinizasyon süreci büyük ölçüde tamamlandığı için bu nedene dayanarak self -determinasyon amacıyla kuvvet kullanma söz konusu olmamaktadır. Bu hak artık sömürge yönetimi altındaki halklar için değil, etnik gruplar ve işgal altındaki halklar için ileri sürülmektedir. Özellikle 1990'lı yıllarda yoğun bir artış gösteren bu tür uyuşmazlıklar soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçları ve terör eylemlerini de gündeme getirmiştir. Bununla birlikte self-determinasyon hakkının dekolinizasyon ve işgal altındaki halklar hariç diğer durumlarda ileri sürülmesi destek bulmamaktadır.¹⁴⁰ Politik amaçla gerçekleştirilmiş şiddetin terör olarak nitelendirilemeyeceğini ileri süren bazı devletler, şiddet eylemlerinin ulusal bağımsızlık, self determinasyon veya sömürge yönetiminden kurtulmak için gerçekleştirildiğini ve bu amaçla gerçekleştirilen eylemlerin terör tanımının dışında kaldığını savunmaktadır.¹⁴¹ Dolayısıyla, self determinasyon hakkının kabul edilmiş olması, terör eylemlerini haklı kılmamaktadır. Daha önceden de belirtildiği üzere terör hizmet ettiği amaçlarla değil, eylemlerle tanımlanır. Bu anlamda amaç ve uygulanan yöntemler terörü, silahlı çatışmalar hukuku kapsamında isyancı grupların gerçekleştirdiği hukuka uygun eylemlerden ayırt edebilmek için kullanılabilir.¹⁴²

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar kapsamında alıkonulan kişilere 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ve

tekemmülüne zarar vermeksizin sömürge yabancı üstünlüğü ve ırkçı rejimlere karşı mücadele veren savaşçıların hukukî statülerine ilişkin müteakip temel ilkeleri ilan eder: 1. Sömürge yabancı üstünlüğü ve ırkçı rejimler altındaki halkların self determinasyon hakkının kullanılmasında ve bağımsızlık için mücadelesi meşrudur ve uluslararası hukuk ilkelerine tamamen uygundur.

[139] Definition of Aggression, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>, Erişim Tarihi: 20.06.2023.

[140] Topal, s. 30.

[141] İsrail'in kuruluşu aşamasında Yahudilerin Filistinlilere ve İngiliz kuvvetlerine karşı uyguladığı terörizm kampanyasının İngilizlerin Filistin topraklarından çıkmasını sağladığına ve İsrail'in kurulması için bir dönüm noktası olduğuna işaret eden Seto, terörist eylemlerin gerçekleştirildiği politik ortamın bu tür eylemleri meşru kılıp kılmayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bkz. Seto, Theodore P.: *“The Morality of Terrorism”*, Loy. L.A.L. Rev., Volume: 35, 2002, s. 1233.

[142] Topal, s. 31.

ilişkili uluslararası örf ve adet hukuku kuralları uygulanırken; terör eylemleri neticesinde alıkonulan kişilere ise iç hukuk ve insan hakları hukuku uygulanmaktadır.¹⁴³

Terör eylemleri ve silahlı çatışmanın farklarına değinilen bu noktada Türkiye özelinde bir değerlendirme yapılacak olursa; Türkiye Cumhuriyeti, PKK ve diğer terör örgütleri hakkında onlara uluslararası hukukta meşruiyet veya hak iddia edebilecekleri bir politika ile yaklaşmama adına çeşitli politikalar üretmiştir. Yine de terör eylemlerine silahlı çatışma sırasında uygulanacak hukuk ile müdahale etmek yani insancıl hukuk kurallarını uygulamak, terör eylemlerini devletin iç işlerinden kurtararak diğer devletlerin tartışabileceği bir zemine çekme sonucunu doğurabilir. Özellikle, ICRC'nin iç karışıklık eşiği için verdiği örnek olan devletin silahlı kuvvetleri ile müdahale edilmesi mevzuu Türkiye açısından da dikkat edilmesi gereken bir nokta oluşturmaktadır.

Bu konuyla ilgili diğer husus ise, Terörle Mücadele Kanunu'nundaki eksikliklerdir. Özellikle, sadece Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı eylemlerin terör eylemi sayılması, bireysel terör eylemlerine yer verilmemesi, uluslararası alandaki diğer terör tanımlarıyla paralelliği engellemektedir. Gene, uluslararası alanda terör örgütü ilan edilen silahlı grupların Türkiye'de de terör örgütü kabul edilmesi için gereken yasal mevzuat eksikliği unutulmamalıdır.

Tüm bunlar göz önüne alındığında terör eylemlerinin nitelendirilmesine çok dikkat edilmesi gerektiği, kullanılan kavramların, terör örgütlerini meşrulaştıracak şekilde olmamasını sağlamamanın önemi unutulmamalıdır.

SONUÇ

Devletler, ülkelerinde yaşanan iç karışıklıkları, belirli eşiği geçmemiş şiddet olaylarını kendi iç meseleleri olarak görürler. Ancak, terör grupları ise eylemleri ile uluslararası toplumda kabul edilmek istemektedirler. Öyle ki, kendilerine terörist denilmesi yerine "özgürlük savaşçısı" denilmesi için uğraşmaktadırlar. Bu yüzden de devletlerin iç meselesi olmaktan çıkıp uluslararası bir nitelik kazanmak istemektedirler. Uluslararası silahlı çatışma bu kritik dönemde terör örgütlerinin işine yaramaktadır. Özellikle sömürgeciliğin son bulmasından sonra self- determinasyon hakkı kapsamında kurtuluş hareketlerinin ortaya çıkması ve Birleşmiş Milletler ve 1949 Cenevre Sözleşmelerinde self determinasyon hakkının tanınmış olması terör örgütlerinin de kendilerine meşruiyet kazandırmak için eylemlerini bu çerçeveye sokmaya çalışmalarına neden olmaktadır. İç karışıklıkların belirli

[143] Tütüncü, s. 54.

yoğunluğa ulaşması ve bunun sonucunda üçüncü devletlerin, organize silahlı gruba asilik ve hatta savaşan taraf statüsü tanınması ile iç mesele uluslararası bir meseleye dönebilmektedir.

Silahlı çatışmanın bir türü olan uluslararası silahlı çatışmalar, devletlerin iç meselesi olmaktan çıkıp uluslararası hukukta karşılığı olan bir konuma gelmiştir. 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi uluslararası silahlı çatışmayı tanımlamadan düzenlemiştir. 1977 II nolu Ek Protokol ise ortak 3. maddeyi tamamlayıp daha geliştirmiştir ve uluslararası silahlı çatışmanın bir tanımını da vermiştir. Her ne kadar bir tanıma sahip olsa da tanımdaki kriterler subjektif niteliğe sahiptir ve bu konuda doktrin tarafından eleştirilmektedir.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmanın tanımında yer alan bu subjektiflik, terör eylemlerinin nitelendirilmesi bakımından dikkatli olunması gereken kısımdır. Nitekim, bu subjektifliğin giderilmemesinin nedeni de belki budur. Devletler, kendi destekledikleri grupların uluslararası toplumda terörist olarak lanse edilmesindenense, o çatışmayı uluslararası olmayan silahlı çatışma kapsamına sokmayı tercih etmektedirler. Her ne kadar durum böyle de olsa uluslararası alanda bu terör eylemlerinin devletin iç işlerini ilgilendiren bir mesele olduğu konusunda bir uzlaşının olduğunu belirtmek gerekir Dünya, 11 Eylül saldırılarından sonra terör eylemlerine yönelik büyük bir teyakkuza geçmiştir. Bu minvalde başta Birleşmiş Milletler olmak üzere uluslararası ve bölgesel kuruluşlar, çeşitli sözleşme ve kararlarla terör, terör örgütleri ile mücadeleye girişmişlerdir. Bu mücadele günümüzde de hız kesmeden devam etmektedir. BM Güvenlik Konseyinin aldığı birçok karar ve bu kararların taraf devletlerce doğrudan uygulanması hem terörle mücadeleyi güçlendirmiş hem de terör eylemlerinin devletlerin iç meselesi olarak kalması gerekmesi algısını sağlamlaştırmıştır.

Terör olgusu ile uğraşan devletler, mücadelelerini insan hakları hukuku ve iç hukukları nezdinde yürüterek, bu tür eylemlere uluslararası bir nitelik kazandırmamaya dikkat etmelidirler. Her ne kadar küçük gibi görünse de söylemlerde bile terör eylemlerini uluslararası hukuk kavramları ile açıklamak onlara bir meşruiyet zemini hazırlamak olacağı için, söylemleri özenle seçmelidirler.

Türkiye terörle mücadele konusunda tecrübeli bir devlettir. Bu konuda da halen çeşitli terör örgütleriyle mücadelesini devam ettirmektedir. Türkiye, terörle ilgili uluslararası tüm çalışmalara gönüllü olarak katıldığı da göz önüne alındığında, mevzuatında uluslararası terör tanımına yer verilmesinin başta Avrupa Birliği üyesi ülkeler olmak üzere yabancı ülkelerde Türkiye aleyhine faaliyet yürüten terör örgütlerine

karşı, bu ülkelerde daha ciddi önlemler alınmasını da kolaylaştıracağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Altun, Hasan Mutlu. *Terör: Güncel Olaylarla Hukuki Sosyolojik ve Tarihsel Yaklaşım*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2021.
- Akın, Engin. *Anayasa Mahkemesi - Yargıtay Kararları ve Uluslararası Hukuk Metinleri Çerçevesinde Terör ve Terörün Finansmanı Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Akutay, Sercan Semih & Ateş, Davut. *Türkiye'nin Sınır Ötesi Operasyonlarının Hukuki Çerçevesi*. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVII, Yıl: 2013, Sayı: 3.
- Akkutay, Ali İbrahim. *Silahlı Çatışmalar Hukukunda İç Silahlı Çatışmaların Uluslararasılaşması*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 1, 2016, s. 1-61.
- Atabey, Ömer Serdar & Ulutaş, Ahmet. *Terörizmin Önlenmesinde Önemli Bir Araç Olarak Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi*, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/ViewPDF-terorizmin-onlenmesinde-onemli-bir-arac-olarak-avrupa-konseyi-terorizmin-onlenmesi-sozlesmesi-1116>.
- Britannica. <https://www.britannica.com/topic/terrorism>.
- Council Common Position, 27 Aralık 2001, 2001/931/CFSP, (OJ L, 344/93, 28.12.2001).
- Council Common Position, 2 Mayıs 2002, 2002/340/CFSP, (OJ L, 116/75, 03.05.2002).
- Commission of The European Communities, *Proposal for a Council Framework Decision on Combatting Terrorism*, (Brussels, COM (2001) 512 Final, 19.09.2001).
- Çaycı, Sadi. *Silahlı Kuvvetlerin Kullanılması*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 1994.
- Çaycı, Sadi. *Düşük Yoğunlukta Çatışma*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Çeçen, Anıl. *İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk*. Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Yıl: 2013, Sayı: 8, s. 0-830.
- Definition of Aggression, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>.
- Demirci, Sadat. *Terörizme Karşı Mücadele Modelleri*, Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 193-212.
- Dönmezer, Sulhi. *Tedhişçilik Üzerine*. Devir Dergisi, Sayı: 6, 11 Aralık 1972.
- Dönmezer, Sulhi. *Milletlerarası Tedhişçilik*. Journal of Istanbul University Law Faculty, Sayı: 44, 1978.
- Esmer, Murat. *Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Sorumluluk Hukuku Çerçevesinde Suriye'deki Silahlı Çatışmaların Analizi*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim dalı, Doktora Tezi.
- FBI, Terrorism. <https://www.fbi.gov/investigate/terrorism>.
- Gasser, Hans-Peter. *The United Nations and International Humanitarian Law: The International Committee of the Red Cross and the United Nations' involvement in the implementation of international humanitarian law*. <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/misc/57jmuk.htm>.
- How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law? International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper, March 2008 International Committee Of The Red Cross, <https://www.icrc.org/>.
- International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper, How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law? March 2008, https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/law10_final.pdf.

- İşten, İnanç. *AİHM Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması*, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kedikli, Umur. *Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Politikaları ve Hukuki Boyutu*. Uluslararası Hukuk ve Politika Cilt: 2, No: 7, s. 54-79, 2006.
- Meray, Seha L. *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 430.
- Non-international armed conflict (ICRC). <https://casebook.icrc.org/glossary/non-international-armed-conflict>.
- Özcan, Mehmet & Yardımcı, Serkan. *Avrupa Birliği ve Küresel Terörizmle Mücadele*. e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı. 39, Mayıs 2005.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap*, Turhan Kitapevi, 2021.
- Roth, Kenneth. *Drawing the Line: War Rules and Law Enforcement Rules in the Fight against Terrorism*. <https://www.google.com/search?q=The+Fight+Against+Terrorism+and+The+Rules+of+The+Law+of+Warfare&oq=The+Fight+Against+Terrorism+and+The+Rules+of+The+Law+of+Warfare&aqs=chrome..69i57j69i60.1230j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>.
- Saraçlı, Murat. *Uluslararası Hukukta Terörizm*. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XI, Sayı: 1-2, Yıl: 2007.
- Sassoli, Marco. *Terrorism and War*. Journal of International Criminal Justice, Cilt: 4, Yıl: 2006, s. 959-981.
- Sassoli, M. & Olson, L. M. *The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: Admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts*. International Review of the Red Cross, 90(871), s. 599-628, 2008.
- Seto, Theodore P. *The Morality of Terrorism*. Loy. L.A.L. Rev., Sayı: 35, 2002.
- Shaw, Malcom N. *Uluslararası Hukuk*, 8. Baskı, Tüba Yayınları, 2017.
- Tangör, Burak & Sayın, Sevinç. *Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı mı?*, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt. 11., No. 1, 201
- Taşdemir, Fatma, "İnsan Hakları Hukuku Ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye'nin Ayrılmış Terör Örgütü PKK İle Mücadelesi". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVI, Yıl: 2012, Sayı: 1.
- Taşdemir, Fatma & Gökhan Albayrak. *Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler*, Adalet Yayınevi, Ankara-2018.
- Taşdemir, Fatma. *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2009.
- Taşdemir, Fatma. *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, Ankara, 2006.
- Tekel, Suna. *Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Terörizm*, <https://www.ayk.gov.tr/wp-content/uploads/2015/01/TEKEL-Suna-B%C4%BORLE%C5%9EM%C4%B0%C5%9E-M%C4%BOLLETTER-VE-ULUSLARARASI-TER%C3%96R%C4%B0ZM.pdf>.
- The Geneva Conventions and Their Commentaries. <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>.
- The Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. <https://legal.un.org/avl/ha/dicc/dicc.html>.
- The Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with The Charter of The United Nations, <https://digitallibrary.un.org/record/202170>.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan & Önok, Rifat Murat. *Uluslararası Ceza Hukuku*, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2021.
- Terrorist Exclusion List. <https://www.state.gov/terrorist-exclusion-list/>.
- Topal, Ahmet Hamdi. *Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2004 (Doktora Tezi).

- Turinay, Faruk. *Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2015, Sayı: 116.
- Türk Dil Kurumu. <https://sozluk.gov.tr/>.
- Türkiye'nin DEAŞ ile Mücadelesi. Temmuz 2017, www.icisleri.gov.tr.
- Tütüncü, Ayşe. *İnsancıl Hukuka Giriş*, Güncellenmiş 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- United Nations Security Council. <https://www.un.org/securitycouncil/>.
- von Sternberg, Mark R. Yugoslavian War Crimes and the Search for a New Humanitarian Order: The Case of Dusko Tadic. *St. John's Journal of Legal Commentary*, Volume: 12, No: 2, Spring 1997, s. 351-384.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukukunda Terörizm ve Terörizmle Mücadele Yöntemleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996 (Doktora Tezi).
- Zenginoğlu, Samet. *Uluslararası Terörizm ve Avrupa Birliği*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Yıl: 2016/3, Sayı: 25.

ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

- ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. <https://www.icj-cij.org/case/95>.
- ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), <https://www.icj-cij.org/case/70/judgments>.
- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, <https://www.icty.org/>, Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction.

BM BARIŞI KORUMA OPERASYONLARINDA SİLAHSIZ İNSANSIZ HAVA ARAÇLARININ KULLANIMI: İSNAT EDİLEBİLİRLİK SORUNUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ

İstanbul Okan Üniversitesi
ORC-ID: 0000-0001-6652-2512
berkantakkus91@gmail.com

ÖZET

Silahlı çatışmaların yeniden şekillendiği günümüzde insan yüzü savaş meydanlarında silinme noktasına ulaşmıştır. İnsansız hava araçları günümüzde artan bir şekilde kullanılmaktadır. Hedefe yönelik saldırılar için kullanılan, katil insansız hava araçlarına ilişkin uluslararası toplumda endişeler bulunmasına rağmen bu bildiri silahsız ve barışçıl amaçlar ile kullanılan insansız hava araçlarına odaklanmaktadır. Birleşmiş Milletler barış koruma operasyonlarında silahsız insansız hava araçlarının istihbarat, bilgi toplama, keşif, gözetleme, izleme faaliyetleri için tercih edildiği açıktır. Silahsız insansız hava araçlarının barışı koruma operasyonlarında aktif olarak kullanılmaya başlanması pusu ve saldırı ihtimalini en az seviyeye indirmekte ve barış koruma güçlerinin etkili bir şekilde görevlerini yerine getirmelerini sağlamaktadır. İnsansız hava araçları silahsız olarak, barışçıl amaçlar ile kullanılrsa dahi insan haklarının etkin korunması ve operatörlerinin sorumluluğun belirlenmesi noktasında hukuki sorunlar doğmaktadır. Aynı zamanda insansız hava araçları tarafından toplanan görüntü, video ve verilerin nasıl toplandığı, depolandığı probleminin insan hakları hukuku açısından değerlendirmesi gerekmektedir. Bu bildiride incelenecek ana araştırma sorusu insansız hava araçları özel yükleniciler tarafından tedarik edildiğinde ve aynı zamanda kullanılmaya başlandığında oluşacak ihlallerden sorumluluğun Birleşmiş Milletler'e isnat edilebilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler doğrultusunda Birleşmiş Milletler'in bir temsilcisi olarak özel insansız hava aracı operatörlerinin değerlendirilmesine gerek olup olmadığı netleştirilmelidir. Kural olarak özel şirketler sadece Birleşmiş Milletler'e ait işlevleri sözleşmeleri doğrultusunda yerine getirmektedirler. İnsansız hava araçlarının meydana getirdiği kazalarda hukuki sorumluların belirlenmesi bir diğer önemli noktadır. İç hukuk kapsamında haksız fiil sorumluluğu dikkate alınabilir ancak toplanan

veriler sivillere yönelik bir saldırıda kullanılırsa uluslararası hukuk kapsamında sorumluluğun belirlenmesi zaruridir. Birleşmiş Milletler'in sorumluluğuna gidilmesi açısından en önemli engel ise insansız hava araçlarının tedarikinin, komutasının yanı sıra verilerin toplanması, depolanması ve yorumlanması sürecinin özel şirketlere devredilmiş olmasıdır. Bu bildiriye ulaşılan sonuç doğrultusunda, Birleşmiş Milletler insansız hava araçlarının temini, yönlendirilmesi ve verilerinin toplanması sürecinde üye devletlerden yardım almak yerine özel yükleniciler ile çalışmayı tercih eder ise insansız hava araçlarının yanlış kullanımından doğacak sorumluluk Birleşmiş Milletler'e isnat edilebilir.

Anahtar Kelimeler: Drone, İnsansız Hava Araçları, Uluslararası Sorumluluk, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, Birleşmiş Milletler

THE USE OF UNARMED UNMANNED AERIAL VEHICLES IN UN PEACEKEEPING OPERATIONS: ASSESSING THE PROBLEM OF ATTRIBUTABILITY

ABSTRACT

In today's world, where armed conflicts are reshaped, the human face has reached the point of being erased on the battlefields. Unmanned aerial vehicles are increasingly used today. Although there are concerns in the international community about killer drones used for targeted killings, this paper focuses on unarmed drones used for peaceful purposes. It is clear that in United Nations peacekeeping operations, unarmed drones are preferred for intelligence, information gathering, reconnaissance, surveillance, and monitoring activities. The active use of unarmed unmanned aerial vehicles in peacekeeping operations minimises the possibility of ambush and attack and enables peacekeeping forces to perform their duties effectively. Even if unmanned aerial vehicles are used unarmed for peaceful purposes, legal problems arise in terms of effective protection of human rights and determining the responsibility of their operators. At the same time, the problem of how the images, videos, and data collected by unmanned aerial vehicles are collected and stored needs to be evaluated in terms of human rights law. The main research question to be examined in this paper is whether it is possible to attribute responsibility for violations that will occur when unmanned aerial vehicles are supplied and used by private contractors to the United Nations. It should be clarified whether private drone operators should be considered as agents of the United Nations in accordance with the Draft Articles on the Responsibility of International Organisations.

As a rule, private companies only fulfil the functions of the United Nations in accordance with their contracts. Another crucial point is the determination of legal liability for accidents caused by unmanned aerial vehicles. Tort liability may be considered under domestic law, but if the data collected is used in an attack against civilians, it is imperative to determine liability under international law. The most important obstacle to the responsibility of the United Nations is the fact that the procurement and command of unmanned aerial vehicles, as well as the collection, storage and interpretation of data, have been transferred to private companies. In line with the conclusion reached in this paper, if the United Nations prefers to work with private contractors instead of receiving assistance from member states in the procurement, command, and data collection process of unmanned aerial vehicles, the responsibility arising from the misuse of unmanned aerial vehicles may be attributed to the United Nations.

Keywords: Drones, Unmanned Aerial Vehicles, International Responsibility, Responsibility of International Organisations, United Nations

GİRİŞ

Teknolojide yaşanan gelişmeler ışığında, insan varlığının silahlı çatışma alanlarında daha az görünür hale geldiği görülmektedir. Silahlı çatışmaların yeniden şekillendiği inkâr edilemez. Günümüzde teknoloji askeri varlıkların temel taşlarından biri olarak yer almaktadır. Sensörler ve kameralarla donatılmış, hatta füzeler ve diğer silahların da yer alabileceği insansız hava araçları (İHA), daha yaygın olarak drone olarak da bilinmektedir. İzleme ve veri aktarma uydularından gelen bilgiler doğrultusunda, yer istasyonlarındaki pilotlar tarafından uzaktan veya otonom olarak kontrol edilen insansız hava araçları, askeri operasyonlarda istihbarat ve gözetlemeden keşif ve saldırıya kadar geniş bir işlev yelpazesini yerine getirmek için kullanılmaktadır.

İnsansız hava araçlarının kullanımı halihazırda birçok hukuki ve ahlaki soruyu beraberinde getirmektedir. Bu konudaki çalışmalar ağırlıklı olarak terörle savaş kapsamında silahlı insansız hava araçlarının hedef gözeterek öldürme gibi tartışmalı uygulamalarına odaklanmaktadır.¹ Oysaki silahsız insansız hava araçlarının Devletler ve uluslararası örgütler tarafından hem askeri hem de insani operasyonlar kapsamında

[1] Heyns, Christof; Akande, Dapo; Hill-Cawthorne, Lawrence & Chengeta, Thompson. The International Law Frameworks Regulating the Use of Armed Drones. *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 791-827.

konuslandırılmasına literatürde çok az odaklanılmıştır. İnsansız hava araçlarının Birleşmiş Milletler misyonlarında yakın zamanda ve giderek artan bir şekilde kullanılmaya başlanması tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu bildiri, insansız hava araçları teknolojisinin kullanımını çevreleyen çok sayıda hukuki meseleye ışık tutmayı amaçlamaktadır.

Bu amaçla, bu bildiri ilk olarak Birleşmiş Milletler'in insansız hava araçlarını insani yardım, barışı koruma operasyonları dahil pek çok alanda nasıl kullandığını vurgulayacaktır. İnsansız hava araçlarının da dahil olduğu kazaların meydana geldiği Kongo'daki Birleşmiş Milletler misyonuna odaklanılarak, bu olgusal arka plan çerçevesinde insansız hava araçlarının kullanımının ortaya çıkardığı hukuki problem belirlenerek, insan hakları hukuku açısından yaratabilecekleri potansiyel etkiler değerlendirilecektir. Daha sonra ise insansız hava araçları özel yükleniciler tarafından tedarik edildiğinde ve kullanıldığında yanlış, hatalı kullanımdan doğabilecek zararların Birleşmiş Milletler'e isnat edilip edilemeyeceği belirlenmeye çalışılacaktır. Son olarak öneri ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

İNSANİ YARDIM FAALİYETLERİNDE İNSANSIZ HAVA ARAÇLARININ KULLANIMI

Günümüzde insansız hava aracı teknolojisi hem kamu hem de özel operatörler tarafından yürütülen insani yardım görevlerinde oyunun kurallarını değiştiren bir unsur olarak kabul edilmektedir. Zira insansız hava aracı teknolojisi insani yardım ve yardım malzemesi sağlamayı teşvik edebilmektedir. İnsansız Hava Araçları İnsani Yardım Ağı'nın kurulması bu eğilimin açık bir örneğidir.²

Birleşmiş Milletler insani yardım kuruluşları ve programları yardım görevlerinde insansız hava araçlarının ve yüksek teknolojili ekipmanların kullanımını artırmanın yollarını araştırmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsani Yardım Koordinasyon Ofisi (OCHA) tarafından İnsani Yardım Müdahalesinde İnsansız Hava Araçları üzerine yapılan yakın tarihli bir çalışma, bu teknolojinin veri toplama, gözlem, arama ve kurtarma, haritalama, lojistik ve paket teslimatı gibi bir dizi potansiyel insani yardım kullanımını vurgulamaktadır.³

2017'de Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF), potansiyel insani yardım ve kalkınma kullanımlarını test etmek amacıyla, özellikle aşı sağlama kabiliyetlerine odaklanarak, insansız

[2] Sandvik, Kristin & Lohne, Kjersti. The Rise of the Humanitarian Drone: Giving Content to an Emerging Concept. *Millennium: Journal of International Studies*, Cilt: 43, Sayı: 1, 2014, s. 157.

[3] UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. *Unmanned Aerial Vehicles in Humanitarian Response*, 2014, OCHA Policy and Studies Series.

hava araçları için İlk Drone Koridoru'nu başlatmıştır.⁴ Bunun yanı sıra sel felaketinde müdahalede Malavi'ye destek vermek için insansız hava araçları kullanılmıştır.

Bileşmiş Milletler'in iyilik için insansız hava araçları deneyimi, 2011 yılında gerçekleşen tsunami sonucunda hasar gören Japonya'nın Fukushima Daiichi nükleer santralindeki radyasyonu haritalamak için insansız hava araçlarını kullanan Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'nı da kapsamaktadır. Uluslararası Göç Örgütü ise Haiti'de meydana gelen çeşitli felaketlerin yardım faaliyetlerini desteklemek ve afet risklerini önlemek, azaltmak için bir haritalama operasyonunda insansız hava araçlarını kullanmıştır. Benzer şekilde felaketlerden etkilenen Haiti toplulukları da Birleşmiş Milletler Eğitim ve Araştırma Enstitüsü tarafından insansız hava araçları ile izlenmiştir. Ayrıca Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, sahadaki insani yardım ve kalkınma aktörlerinin faaliyetlerini desteklemek için gerçek zamanlı izleme sağlamak amacıyla Mali'de insansız hava araçlarını kullanmıştır.⁵

BARIŞI KORUMA OPERASYONLARINDA İNSANSIZ HAVA ARAÇLARININ KULLANIMI

İnsansız hava araçlarının konuşlandırılması, Birleşmiş Milletler'in yenilikçi ve teknolojik varlıklardan yararlanan, akıllı barışı koruma operasyonları gerçekleştirme amacı ve hedefleriyle uyum içindedir. Barışı koruma operasyonlarının gerçekleştiği çatışma ortamlarında, insansız hava araçları bilgi toplama, istihbarat hizmetleri ve keşif gibi önemli lojistik ve destek işlevlerini yerine getirebilmektedir. Böylece silahlı çatışma ortamlarında insansız hava araçları durumsal farkındalığı artırarak görevlerin daha başarılı bir şekilde yerine getirilmesini sağlamaktadır.

İnsansız hava araçları zamanında karar alma mekanizmasını iyileştirmek ve saha düzeyinde benimsenebilecek barış stratejileri geliştirmek için kullanılabilir. Örneğin, silahlı grupları izleyen insansız hava araçları erken uyarı sistemini harekete geçirebilmektedirler, böylece çatışmalar önlenmektedir. İnsansız hava araçlarının artan kullanımı sayesinde hem sivillerin hem de Birleşmiş Milletler personelinin düşman saldırılarına karşı güvenliği sağlanabilmektedir.⁶

İnsansız hava araçları gözetleme yapabilme özelliği sayesinde

[4] The United Nations Children's Fund. *Humanitarian Drone Corridor Launched in Malawi*, 2017, <https://www.unicef.org/stories/humanitarian-drone-corridor-launched-malawi>, (Erişim Tarihi: 04.06.2023).

[5] Meier, Patrick. *Digital Humanitarians How Big Data Is Changing the Face of Humanitarian Response*, Routledge, New York, 2015, s. 153.

[6] Whetham, David. *Drones to Protect*. *The International Journal of Human Rights*, Cilt: 19, Sayı: 2, 2015, s. 207.

istikrarsız ortamlarda işlenen suçlar için caydırıcı bir işleve de sahiptirler. Koruma amaçlı gözetleme için kullanılan insansız hava araçları, 2006 yılına kadar Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki Birleşmiş Milletler barışı koruma misyonu kapsamında kullanılmıştır ancak o dönemde uçan kameralar Birleşmiş Milletler misyonunu destekleyen Avrupa Birliği İstikrar Gücü'nün (EUFOR) bir parçası olarak Belçikalı birlikler tarafından kullanılmaktaydı.⁷

2007 yılında insansız hava araçlarının Haiti hava sahası üzerinde uçarak halka Haiti'deki Birleşmiş Milletler İstikrar Misyonu'nun (MINUSTAH) masum sivillere zarar vermeyi amaçlamadığını ve Birleşmiş Milletler operasyonlarının yalnızca çeteleri yenilgiye uğratmayı hedeflediğini bildiren broşürler attığı bildirilmiştir.⁸ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ancak 2013 yılında 2098 sayılı kararı kabul ederek, başta Kongo'da kurulan misyon olmak üzere, barışı koruma operasyonlarında insansız hava araçlarının kullanılmasına resmen izin vermiştir.⁹

Bu karar, Birleşmiş Milletler'in barışı koruma politikasında önemli bir dönüm noktası olmuştur. Zira insansız hava araçları ilk kez bir Birleşmiş Milletler misyonu varlığı olarak talep edilmiş ve bir katkıda bulunan üye devlet tarafından kendi ekipmanının bir parçası olarak konuşlandırılmamıştır. 2015 yılında, Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Operasyonları Genel Sekreter Yardımcısı tarafından Birleşmiş Milletler misyonlarında yenilikçi teknolojilerin kullanımını araştırmak üzere görevlendirilen bir grup uzman, bu teknolojinin kullanılmasını şiddetle tavsiye etmiştir.¹⁰ Uzmanlar şu sonuca varmıştır: Birleşmiş Milletler polis teşkilatı, atış tespit teknolojisiyle bağlantılı araçlardan ve personele monteli kameralardan daha fazla yararlanmalıdır. Aynı zamanda Kongo İstikrar Misyonu (MONUSCO)'da konuşlandırıldığı gibi insansız hava aracı sistemi, platformuna kolayca erişebilmeli ve görev yapabilmelidir. Mini veya taktik insansız hava araçları düzenli öngörücü kolluk çalışmalarına ölçülebilir şekilde yardımcı olmaktadır.¹¹

Birleşmiş Milletler barışı koruma varlıkları bağlamında silahsız insansız hava araçları ev sahibi devletin misyonunda ikincil başarılar elde etmek için kullanılmıştır. Örneğin, BM bayrak sistemine sahip

[7] Karlsrud, John & Frederik, Rosén. In the Eye of the Beholder? UN and the Use of Drones to Protect Civilians. *Stability: International Journal of Security and Development*, Cilt: 27, Sayı: 2, 2013, s. 3.

[8] Dorn, Walter. Intelligence-led Peacekeeping: The United Nations Stabilization Mission in Haiti (MINUSTAH). *Intelligence and National Security*, Cilt: 24, Sayı: 6, 2009, s. 805-835.

[9] Dorn, Walter & Stewart, Webb. Eyes in the Sky for Peacekeeping: The Emergence of UAVs in UN Operations. *Intelligence and National Security*, Cilt: 32 Sayı: 4, 2017, s. 413-417.

[10] United Nations Department of Peace Operations. Performance Peacekeeping. The Final Report of the Expert Panel on Technology and Innovation UN Peacekeeping, 2014, s. 111.

[11] United Nations Department of Peace Operations, s. 79.

insansız hava araçları 2014 yılında Kongo’da yer alan Kivu Gölü’nde¹² batan bir tekneden insanları kurtarmak için başarıyla kullanılmıştır. 2015 yılında ise Papa’nın ülkeye yaptığı resmi ziyaret sırasında, Orta Afrika Cumhuriyeti’ndeki Bangui şehrini uçarak gözetim altında tutmak için insansız hava araçlarının kullanıldığı bildirilmiştir.¹³

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER KONGO İSTİKRAR MİSYONU’NDA İNSANSIZ HAVA ARAÇLARININ KULLANIMI

Birleşmiş Milletler barış için insansız hava araçları konusundaki en önemli deneyimini Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nde kazanmıştır. 1999 yılında bir gözlem misyonu olarak kurulan ve daha sonra desteklenen Birleşmiş Milletler Misyonu, 2010 yılında daha güçlü bir yetkiyle Fransızca kısaltmasıyla MONUSCO olarak bilinen Demokratik Kongo Cumhuriyeti’ndeki BM Örgütü İstikrar Misyonu olarak yeniden adlandırılmıştır. MONUSCO’nun ana amacı sivillerin, insan hakları savunucularının, insani yardım personelinin korunmasını sağlamak ve Demokratik Kongo Cumhuriyeti’ni istikrar ve barışın pekiştirilmesinde desteklemektir.¹⁴ Operasyon aynı zamanda yerel silahlı gruplara karşı barışı uygulama yönünde daha fazla adım atan yetkisiyle silahsızlanmayı ve yeniden bütünleşmeyi desteklemektedir.¹⁵

2012 yılında Genel Sekreter, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) Başkanına hitaben yazdığı bir mektupta, harici görüntü/elektronik ekipman ve ilgili analiz kabiliyetlerinin artırılması gerekliliğine vurgu yapmıştır. Bu doğrultuda, insansız hava sistemlerinin sağladığı gözetleme kabiliyeti yoluyla ilave ve gelişmiş bilgi toplama, analiz etme ve yasma yetenekleri kritik önemdedir.¹⁶ Güvenlik Konseyi Başkanı bu konuya cevaben, insansız hava sistemlerinin kullanımının hukuki, mali ve teknik sonuçlarının ilgili Birleşmiş Milletler organları tarafından değerlendirilmesine halel getirmeksizin, insansız hava araçlarının kullanımının Sekreteryası’nın durum farkındalığını arttırmak için insansız hava sistemlerini kullanma niyetiyle uyumlu olduğunu teyit etmektedir.¹⁷

[12] Apuuli, Kasaija. The Use of Unmanned Aerial Vehicles (Drones) in United Nations Peacekeeping: The Case of the Democratic Republic of Congo. *African Yearbook of International Law*, Cilt: 19, Sayı: 1, 2011, s. 325-342.

[13] Pilgrim, Sophie. *Are UN Drones the Future of Peacekeeping?*, 2015, <https://www.france24.com/en/20150409-un-drones-future-peacekeeping-democratic-republic-congo-fdlr-humanitarian-drc>, (Erişim Tarihi: 05.06.2023).

[14] United Nations. *United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo*, 2023, <https://monusco.unmissions.org/en/background>, (Erişim Tarihi: 05.06.2023).

[15] Karlsrud & Frederik, s. 2.

[16] Letter dated 27 December 2012 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2013/43.

[17] Letter dated 22 January 2013 from the President of the Security Council addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2013/44.

Saldırı taburuna (Kuvvet Müdahale Tugayı) silahlı grupları etkisiz hale getirme yetkisi veren 2098 (2013) sayılı BMGK kararı, insansız hava araçlarının bir Birleşmiş Milletler barış gücü operasyonuna ilk resmi entegrasyonu oluşturmaktadır.¹⁸ Kararın 12. paragrafı barış gücüne gerekli tüm tedbirleri alma yetkisi vermiştir. Bu doğrultuda, barış gücü silah ambargosunun uygulanmasını izlemelidir. Özellikle insansız hava sistemleri tarafından askeri personel, silah ya da ilgili malzemelerin geçişlerini gözlemlemek ve raporlamak, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin sınırlarında, gözetleme yeteneklerini kullanmak görevler kapsamındadır.¹⁹

İnsansız hava araçlarının Kongo'daki varlığı isyancı silahlı gruplar için güçlü bir caydırıcı güç olarak hizmet etmektedir,²⁰ böylece hem yerel sivil nüfusun hem de Birleşmiş Milletler personelinin güvenliğini arttırmıştır.²¹ Bu bağlamda, Örgütün kendisi de bu deneyimle ilgili memnuniyetini çeşitli vesilelerle ifade etmiştir.

İlk olarak, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri insansız hava araçlarının yasadışı silahlı grupların hareketleri hakkında bilgi toplama ve sınır ötesi kaçakçılık rotalarını belirleme gibi temel işlevlerinin, Demokratik Kongo Cumhuriyeti Silahlı Kuvvetleri ile başarılı bir şekilde paylaşıldığını belirtmiştir.²²

İkinci olarak, Genel Sekreter Yardımcıları tarafından atanan Birleşmiş Milletler Barışı Korumada Teknoloji ve İnovasyon Uzman Paneli, Kongo'da insansız hava araçlarının konuşlandırılmasının misyonun durumsal farkındalığını arttırmada son derece faydalı olduğunu teyit etmiştir. Bu doğrultuda gelişmekte olan güçlü bir teknolojinin kullanılmasında öncü ve başarılı bir adım atılmıştır.²³

Üçüncü olarak, 2015 yılında Barışı Koruma Operasyonları Özel Komitesi tarafından barışı koruma görevlilerini korumak için insansız hava araçlarının kullanımına ilişkin olarak açılan bir tartışma sırasında Birleşmiş Milletler Üye Devletlerinin çoğunluğu Kongo'da insansız hava araçlarıyla yaşanan deneyime ilişkin genel olarak olumlu görüş bildirmiştir; ancak bazı delegeler bu teknolojinin diğer barışı koruma

[18] Kearney, Diana. The Slippery Slope of UN Peacekeeping: Offensive Peacekeeping in Congo and Beyond. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Cilt: 19, Sayı: 1, 2016, s. 100-141.

[19] UN Doc. S/RES/2098 (2013), para. 12.

[20] Dorn & Stewart, s. 414.

[21] Sari, Auriel & Ramses, Wessel. International Responsibility for EU Military Operations: Findings the EU's Place in the Global Accountability Regime içinde *The Legal Dimension of Global Governance: What Role for the EU?*, Editörler Van Vooren, Bart; Blockmans, Steven & Wouters, Jan. Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 140.

[22] UN Doc. S/2015/486, 26 June 2015, para. 18.

[23] United Nations Department of Peace Operations, s. 134.

bağlamlarında yaygınlaştırılmasına ilişkin endişelerini dile getirmiştir.²⁴

Ancak MONUSCO'nun insansız hava araçlarıyla ilgili deneyimi sadece başarılı sonuçlarla değil aynı zamanda meydana gelen bazı küçük kazalarla da ilişkilendirilmiştir. Örneğin 2006 yılında Avrupa Birliği Barış Gücü (EUFOR) çerçevesinde ve Birleşmiş Milletler yetkisi altında Kongo'da görev yapan Belçika'ya ait iki insansız hava aracından biri vurulmuş diğeri de düşürülmüştür. Olay neticesinde Kinşasa'da bir kişi ölmüş ve iki kişi yaralanmıştır.²⁵ Foreign Policy muhabiri, Ekim 2014'te Kongo'nun doğusundaki Kuzey Kivu eyaletinin başkenti Goma'nın kuzeyindeki kırsal bir bölge olan Nyiragongo'da yağmur fırtınasında havalanan ve düşen bir Birleşmiş Milletler insansız hava aracıyla ilgili bir habere yer vermiştir. Kaza sonucunda herhangi bir can kaybı yaşanmamıştır. Ancak enkaz halindeki insansız hava aracının yanması nedeniyle ekilmiş bir tarla ve yaşlı bir kişi ciddi şekilde zarar görmüştür. Medyaya yansıyan bilgiler ışığında, Birleşmiş Milletler enkazı sekiz aydan fazla bir süre tarladan kaldıramamış ve sonunda mağdura 500 dolar para teklif ederek tazminat ödemiştir.²⁶

MONUSCO deneyiminde dikkat çeken husus, insansız hava araçlarının bir Devletin operasyona katkıda bulunan birlikleri tarafından tedarik edilmemesi, bunun yerine uzmanlaşmış özel şirketlere ihale edilmesidir.²⁷ İtalyan havacılık şirketi Finmeccanica'nın bir parçası olan Leonardo S.p.A., Aralık 2013'te Goma'da yerleşik bir yer kontrol istasyonu kurmuş ve beş Falco model uçak tedarik etmiştir.²⁸ Leonardo S.p.A. ayrıca insansız hava araçlarını uçuracak ve manevra yaptıracak mürettebat ve personeli sağlamıştır. İnsansız hava araçlarını çalıştırmak ve sonuç olarak toplanan verileri analiz etmek de Leonardo S.p.A. şirketinin görevleri arasındadır.²⁹ Nihayetinde özel bir şirket, Örgüt'e sadece mal (insansız hava araçları) değil, aynı zamanda önemli hizmetler (manevra ve veri analizi) de sağlamaktadır.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BARIŞI KORUMA OPERASYONLARINDA İNSANSIZ HAVA ARAÇLARININ YANLIŞ KULLANIMININ YARATTIĞI HUKUKİ ZORLUKLAR

Her yenilikçi teknoloji aracında olduğu gibi insansız hava araçları da

[24] UN Doc. GA/PK/221, 18 February 2015, s. 3.

[25] Karlsrud & Frederik, s. 7.

[26] O'Grady, Siobhán. *How a U.N. Drone Crashed in Congo and Was Promptly Forgotten*, 2015, <https://foreignpolicy.com/2015/09/10/how-a-u-n-drone-crashed-in-congo-and-was-promptly-forgotten/>, (Erişim Tarihi: 05.06.2023).

[27] Novosseloff, Alexandra. *Keeping Peace from Above: Air Assets in UN Peace Operations*, 2017, International Peace Institute Publication s. 7.

[28] UN Doc. S/2014/450, 30 June 2014, para. 75.

[29] Leonardo. *FALCO: A Highly Successful Family*, 2021, <https://www.leonardo.com/en/news-and-stories-detail/-/detail/falco-a-highly-successful-family/>, (Erişim Tarihi: 05.06.2023).

insan haklarının korunması açısından iki ucu keskin bir kılıçtır. İyi ve kötü yönlerinin varlığının tartışılması gerekmektedir. İnsansız hava araçlarının kullanımının karanlık taraflarından biri, video ve fotoğraf verilerin toplanması, depolanması ve yönetimiyle ilgilidir. Elde edilen bilgi miktarı konusunda pek çok endişe dile getirilmektedir. Verilerin kötüye kullanımı başta mahremiyet hakkı olmak üzere bireysel insan hakları açısından ciddi sorunlar yaratabilmektedir.³⁰ Silahsız insansız hava araçları tarafından yakalanan veri miktarı ev sahibi devletlerin güvenliği için de bir tehdit oluşturabilmektedir.³¹ Bu konudaki risk, barışı koruma operasyonlarında yüksek teknoloji ekipman kullanımının bir Devletin iç işlerine hukuk dışı bir müdahaleyle sonuçlanabilmesi ve toplanan bilgilerin başka bağlamlarda kullanılabilmesidir.³² Bazı Birleşmiş Milletler üye devletleri delegeleri insansız hava araçlarının faaliyetlerinin Devletlerin iç işlerine karışma teşkil edebileceği yönündeki endişelerini dile getirmişlerdir.³³ Bu açıdan bakıldığında, Birleşmiş Milletler'in büyük çaplı verileri toplamak ve saklamakla yükümlü olduğu açıktır. Birleşmiş Milletler insansız hava araçları tarafından toplanan bilgileri veri koruma standartlarını karşılayacak şekilde depolamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihlali uluslararası hukuk kapsamında Birleşmiş Milletler'in sorumluluğunu doğurabilir.

Veri koruma ve güvenlik konularına ek olarak, Birleşmiş Milletler barışı koruma operasyonlarında insansız hava araçlarının kullanımının bir diğer kritik yönü de bireysel güvenlikle ilgilidir. İnsansız hava araçları kazaya sebebiyet verdiğinde her ne kadar ciddi yaralanmalar daha az görülmekle birlikte, kaza durumunda kişilere ve mallara verilen zararlardan operatörlerin sorumluluğu gündeme gelmektedir.³⁴ İnsansız hava araçlarının sebep olduğu kazaların, bu araçları konuşlandıran Birleşmiş Milletler'in uluslararası sorumluluğuna yol açıp açmayacağı tartışılmalıdır.

[30] De Pascali, Alessio. "The Strategic and Legal Impact of the Use of Unmanned Aerial Vehicles in UN Peace Keeping", *ITPCM International Commentary*, Cilt: 10, Sayı: 33, 2014, s. 29.

[31] Østensen, Åse Gilje. *UN Use of Private Military and Security Companies: Practices and Policies*, 2011, The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, s. 82.

[32] İzleme ve gözetleme teknolojisinin uzaktan kumandalı araçlar gibi sistemleri kapsadığı varsayımına dayanan Saha Görevlerinde İzleme ve Gözetleme Teknolojisine ilişkin Birleşmiş Milletler Politikası, işlenen bilgilerin Birleşmiş Milletler Genel Merkezi de dahil olmak üzere yalnızca Birleşmiş Milletler bünyesinde paylaşılacağını belirtmektedir. Misyon Şefi, verilerin nasıl kullanılacağına Birleşmiş Milletler Ülke Ekibi içindeki dağıtım listesine bilmesi gereken ilkesine dayanarak ve bireylerin güvenliğini ve mahremiyetini dikkate alarak karar verecektir. (UN DPKO and DFS Ref. 2010.34, paras. 11 and 23).

[33] Venezuela delegesi, insansız hava araçlarıyla toplanan bilgilere erişim hakkına kimlerin sahip olacağını sorgulamıştır. Venezuela delegesi, veri toplama hizmeti özel şirketler tarafından sağlandığında bilgilerin gizliliğinin korunmasının tartışmaya açılacağını belirtmektedir. Türk delege, insansız hava araçlarının uluslararası hukuk, Birleşmiş Milletler Şartı ve şeffaflık ilkesi doğrultusunda kullanılmasını gerektiğini belirtmiştir. (UN Doc. GA/PK/221).

[34] OCHA Report, s. 9.

Birleşmiş Milletler'e ait bir insansız hava aracının sebep olduğu bir kaza iç hukuk kapsamında Birleşmiş Milletler'in haksız fiil sorumluluğunu tetikleyebilir. Birleşmiş Milletler'e karşı özel hukuktan doğan hak talepleri, Birleşmiş Milletler'in sahip olduğu dokunulmazlıklar nedeniyle genellikle yerel yargıçlar önünde engellenmektedir. Bu tür iddialar genellikle Birleşmiş Milletler tarafından oluşturulan iç uyumsuzluk prosedürleri yoluyla çözüme kavuşturulmaktadır ancak prosedürlerin şimdiye kadar büyük ölçüde tatmin edici olmadığı açıktır.³⁵

Buna karşılık, uluslararası hukuk kapsamında uygun bir sorumluluk ancak kaza, işletmecilerin kazanın meydana gelmesini önlemek için gerekli özeni göstermemesinin bir sonucu olduğunda ortaya çıkabilir. Bu durumda, uluslararası örgütlerin insan haklarından kaynaklanan pozitif yükümlülükleri kapsamında, bu tür risklerin gerçekleşmesini önlemek için gerekli özeni göstermesi gerektiğini savunmak mümkündür. Bu yükümlülük aynı zamanda insansız hava araçlarının havacılık güvenliği ve emniyet standartlarına uygun olarak uçmasını sağlamak için tüm makul tedbirleri alma yükümlülüğü anlamına gelmektedir.

Bu tedbirler açısından bir yandan insansız hava araçları ile ilgili kazaları önleyebilecek protokollerin ve düzenleyici sistemlerin kabul edilmesi makuldür, diğer yandan da insansız hava araçları ile ilgili kazaların meydana gelmesi halinde tazminat programlarının oluşturulması zaruridir. Bu nedenle, Birleşmiş Milletler'in bu tür önleyici tedbirleri almaması halinde, Birleşmiş Milletler zarar gören bireylere ve/veya Devletlere karşı uluslararası alanda sorumlu tutulabilecektir.³⁶

[35] Birleşmiş Milletler'in Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşmesi'nin 29. bendine göre "Birleşmiş Milletler aşağıdaki uyumsuzluklar için çözüme şekilleri derpiş edecektir: (a) Birleşmiş Milletler'in dahil bulunacağı sözleşme veya hususi hukuk işleriyle ilgili uyumsuzluklar." Bu son hükmün içeriği Birleşmiş Milletler Kuvvetlerin Statüsü Model Anlaşması'nın (BM Model SOFA) VII. Maddesinde dolaylı olarak hatırlatılmaktadır: "Harekatın veya herhangi bir üyesinin taraf olduğu ve ev sahibi Devlet mahkemelerinin işbu Andlaşmanın herhangi bir hükmü nedeniyle yargı yetkisine sahip olmadığı özel nitelikteki herhangi bir ihtilaf veya talep, bu amaçla kurulacak daimi bir talep komisyonu tarafından çözülecektir" (bkz. UN Doc. A/54/595, 9 Ekim 1990, para. 51). Ancak, daimi komisyon hiçbir zaman gün ışığına çıkmamıştır. Bunun yerine, haksız fiil sorumluluğu anlaşmazlıkları, Genel Kurul'un 52/247 sayılı kararından kaynaklanan mali ve zamansal sınırlamalarla, her barışı koruma operasyonunda kurulan yerel talep inceleme kurulları tarafından ele alınmaktadır (UN Doc. A/RES/52/247, 26 Haziran 1998). Dannenbaum, Tom. "Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should Be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers", *Harvard Journal of International Law*, Cilt: 51, Sayı: 1, 2010, s. 147.

[36] Her uluslararası örgüt gibi Birleşmiş Milletler de 2011 tarihli Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler doğrultusunda sorumlu tutulabilir. Sorumluluk tesisi için iki şart bulunmaktadır. Bu şartlar: Söz konusu davranışın uluslararası hukuk uyarınca Örgüt'e atfedilebilir olması ve Örgüt'ün uluslararası bir yükümlülüğünün ihlalinin varlığıdır. Erkiner, Hakkı Hakan. "Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 2, 2017, s. 84. Hangi yükümlülüklerin ihlal edildiğinin ve ilgili hakların sahibinin kim olduğunun tespit edilmesi önemli hale gelmektedir. Zarar gören tarafın kim olduğunun belirlenmesi hakkında ve tazminat hakkına kimin sahip olduğunun belirlenmesinde

Gerekli özenin gösterilmemesine ilişkin bir sorumluluk tespitinin yanı sıra, Birleşmiş Milletler'in insansız hava aracı teknolojilerinden yararlanmasının bir sonucu olarak insan hakları yükümlülüklerini ihlal ettiğini düşünmek de mümkündür. Örneğin, bir Birleşmiş Milletler barış gücü operasyonu bağlamında kullanılan uçan kameraların, insansız hava aracı sistemi tarafından yakalanan verilerin yanlış analizi nedeniyle daha sonra sivil oldukları ortaya çıkan silahlı bir isyancı gruba karşı saldırı eylemi başlatmak için bir araç olduğunu varsayımında; silahsız insansız hava araçlarının bu varsayımsal yanlış kullanımı şüphesiz insan haklarının ihlaline yol açmakta ve dolayısıyla Birleşmiş Milletler'in uluslararası sorumluluğunu doğurmaktadır. Ancak ana sorun ise söz konusu haksız fiilin, özellikle de özel aktörler tarafından gerçekleştirilen örneğin yanlış veri analizi gibi bir faaliyetten kaynaklandığında, doğrudan Birleşmiş Milletler'e isnat edilip edilemeyeceği ve hangi koşullar altında isnat edilebileceğidir.

Bu tür bir durum tamamen öngörülemez değildir, zira özel şirketler barışı koruma operasyonlarında insansız hava araçlarının sistem operatörleri olarak giderek daha fazla rol oynamaktadırlar.³⁷ Birleşmiş Milletler genellikle insansız hava araçlarının üretimini ve insansız hava araçları ile ilgili önemli hizmetlerin geliştirilmesi süreçlerini³⁸, üye devletlerden barışı koruma hareketinde hizmet sağlamak için hükümetle Birleşmiş Milletler arasında yapılan sözleşme yoluyla temin etmek yerine özel tedarikçilere başvurmaktadır.³⁹ Normal işleyişte bir kamu ihale prosedürünün oluşturulması gerekmektedir. İhale sonuçlandıktan sonra Birleşmiş Milletler ile özel şirketler arasında malların özellikle

çok daha geniş bir tartışma için: Tomuschat, Christian. *Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position Under General International Law içinde State Responsibility and the Individual*, Editörler Randelzhofer, Albrecht & Tomuschat, Christian. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999.

[37] Francioni, Francesco & Natalino, Ronzitti. *War by Private Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 67.

[38] Novosseloff, s. 8.

[39] Çatışma ortamlarında özel yüklenicilerin kullanımına yönelik genel eğilim, hâlihazırda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi bünyesinde incelenmektedir. Özel askeri ve güvenlik şirketlerinin faaliyetlerinin düzenlenmesi, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin uluslararası bir düzenleyici sistemin hazırlanması olasılığını değerlendirmek üzere İnsan Hakları Konseyi açık uçlu hükümetler arası çalışma grubu oluşturmuştur. Birleşmiş Milletler Örgütü ile Güney Sudan arasında imzalanan Kuvvetlerin Statüsü Andlaşması'nın (SOFA), 1990 tarihli BM SOFA'da öngörülme-yen yükleniciler kategorisini de bu andlaşma ile sağlanan düzenleme kapsamında bir konu olarak içerdiğini belirtmek gerekmektedir. Kuvvetlerin Statüsü Andlaşması'na göre yükleniciler, Birleşmiş Milletler Güney Sudan Misyonu (UNMISS) üyeleri dışında, UNMISS için hizmet vermek ve/veya UNMISS faaliyetlerini desteklemek üzere yedek parça ve ulaşım araçları da dahil olmak üzere ekipman, malzeme ve diğer malları tedarik etmek üzere Birleşmiş Milletler tarafından görevlendirilen, tüzel ve gerçek kişiler ile bunların çalışanları ve alt yüklenicileri de dahil olmak üzere kişiler anlamına gelmektedir. Andlaşma metnine belirtilen internet adresi üzerinden ulaşılabilir. United Nations. *The Status of Forces Agreement Between The United Nations and the Government of the Republic of South Sudan Concerning the United Nations Mission in South Sudan*, 2011, https://unmiss.unmissions.org/sites/default/files/unmiss_sofa_-_english_version_0.pdf, (Erişim Tarihi: 08.06.2023).

uçaklar, cihazlar ve ilgili harekât, veri analizi hizmetlerinin sağlanması için kısa ve uzun vadeli sözleşmelerin imzalanması ve sonuçlandırılması gerekmektedir.⁴⁰

Birleşmiş Milletler Demokratik Kongo Cumhuriyeti İstikrar Misyonu Organizasyonu (MONUSCO) operasyonunda Leonardo Selex ile sözleşme imzalandığında; barış gücü askerleri ya da Birleşmiş Milletler uzmanları ve analistleri değil, Leonardo operatörleri Falco insansız hava araçlarının Kongo'daki yer istasyonundan manevra yapmasından ve toplanan verilerin analiz edilmesinden sorumluydu. Doğrudan Birleşmiş Milletler barış güçleri tarafından kullanılan insansız hava araçlarının yanlış kullanımı, sorumluluk dağılımına ilişkin klasik sorunu tetiklemektedir. Asker katkısında bulunan Devletler ve/veya Örgüt arasında, sorumluluk nasıl dağıtılacaktır? Bu iki özne tarafından uygulanan kontrol derecesinin belirlenmesi gerekmektedir. Özel sektör tarafından işletilen insansız hava araçlarına ait kamera görüntüleri, uluslararası sorumluluk hukuku açısından tamamen farklı bir hukuki sorun teşkil etmektedir.⁴¹

İNSANSIZ HAVA ARAÇLARINI KULLANAN ÖZEL AKTÖRLERİN YAPTIĞI YANLIŞLARIN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER'E ATFEDİLMESİ: 2011 TASLAK MADDELERİ KAPSAMINDA BİR ANALİZ

Özel aktörler tarafından işlenen potansiyel haksız fiillerin doğrudan Birleşmiş Milletler'e atfedilip atfedilemeyeceği sorusu, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'de belirtilen isnat edilebilirlik kuralları doğrultusunda değerlendirilmelidir. Birleşmiş Milletler barışı koruma operasyonlarında insansız hava aracı kullanan özel şirketlerin belirli koşullar altında Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'de öngörülen temsilci kavramı kapsamında Birleşmiş Milletler örgütünün temsilcileri olarak yer aldığı düşünüldüğünde, yanıt olumlu olmalıdır.

Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'in 6. maddesine göre "Uluslararası örgütün bir organının veya temsilcisinin,

[40] Birleşmiş Milletler Kamu İhale Bölümü tarafından normalde yayınlandığı üzere; özel şirketlerden insansız hava araçlarını takip etmek, kontrol etmek, izlemek ve alınan verilerin analizini sağlamak için kendi personellerini sağlamaları istenmektedir. Foster, Melisa & Pawlowski, Virgil. "Regulation Robocop: The Need for International Governance Innovation in Drone and LAWS Development and Use", *Sicherheit und Frieden (S+F) / Security and Peace*, Cilt: 33, Sayı: 2, 2015, s. 63.

[41] Barışı koruma operasyonlarında işlenen suçlar, asker gönderen Devlet tarafından Örgüt'ün emrine verilen askeri güçler tarafından işlendiğinde, bu tür davranışların gönderen Devlete ve/veya kabul eden Örgüt'e isnat edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi kritik bir önem kazanmaktadır. Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler tarafından benimsenen ve 7. maddesinde ifade edilen yaklaşım, Devletler ve/veya Örgüt tarafından uygulanan etkin kontrol derecesine dayanmaktadır (UN Doc. A/CN.4/541, 2 Nisan 2004, para. 7). Condorelli, Luigi. "De La Responsabilité Internationale De L'ONU Et/ou De L'État D'envoi Lors D'actions De Forces De Maintien De La Paix: L'écheveau De L'attribution (Double?) Devant Le Juge Néerlandais", *QI-Questions of International Law*, Cilt: 1, Sayı:1, 2014, s. 3-15.

bu organ veya temsilcinin görevini icra ettiği esnadaki eylemi, örgüt içindeki konumu ne olursa olsun, uluslararası hukuka göre örgütün eylemi sayılır.⁴² Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'in 2. maddesine göre "Uluslararası örgütün temsilcisi örgütün organı dışında, örgüt işlevlerinden birini icra etmekle görevlendirilen ya da icra edilmesine yardım eden ve böylece örgütün eylemlerini bu kişi aracılığıyla gerçekleştirdiği, resmi memuru ya da diğer kişi veya kurumu ifade eder."⁴³ Örgüt tarafından bir temsilciye hangi işlevlerin verildiğini anlamak için, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'in 6. maddesinin, 2. paragrafı münhasıran olmasa da "Organlarının ve temsilcilerinin görevlerini belirlemek için o örgüt kuralları uygulanır." hükmüne dayanmaktadır. Bu kurallar uluslararası örgütün kurucu belgeleri, kararları ve bu belgelere uygun olarak kabul edilen diğer eylemlerini aynı zamanda örgütün yerleşik uygulamalarını kapsamaktadır.⁴⁴

Silahsız insansız hava araçlarını işleten özel aktörler, Birleşmiş Milletler'in işlevlerinden birini yerine getirmekle görevlendirildikleri ölçüde Birleşmiş Milletler'in temsilcileri olarak kabul edilebilirler. Özel insansız hava aracı operatörleri tarafından yerine getirilen bilgi toplama ve havadan keşif görevleri, Birleşmiş Milletler'in görevlerini yerine getirmek için gereklidir. Bu görevler Birleşmiş Milletler misyonunun görev alanına girmektedir ve bu nedenle Birleşmiş Milletler'e verilen görevler kapsamındadır. Birleşmiş Milletler ile özel şirketler arasında imzalanan sözleşme Birleşmiş Milletler'in temsilciye belirli işlevler veren kurallar olarak değerlendirilmelidir.

Bu ilkeyi MONUSCO senaryosuna uyguladığımızda, Leonardo S.p.A. İHA sistemini işlettiği için, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler anlamında Birleşmiş Milletler'in temsilcisi olarak kabul edilebilir. İki husus bu sonucu desteklemektedir. Bir yandan, Leonardo operatörleri Birleşmiş Milletler'in işlevlerinden birinin unsurlarını, yani MONUSCO'nun yetkisini destekleyen istihbarat hizmetlerini yerine getirmekle yetkilendirilmiştir.⁴⁵ Diğer yandan, iki tarafça imzalanan

[42] Draft Articles, s. 17.

[43] Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen temsilci tanımı büyük ölçüde Uluslararası Adalet Divanı tarafından oluşturulan tanıma dayanmaktadır. Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararın Tazmini Davası Danışma Görüşü'nde, Uluslararası Adalet Divanı temsilci kelimesini en geniş anlamıyla, yani belirli bir ücret karşılığında çalışan resmi bir görevli olsun ya da olmasın, sürekli olarak istihdam edilsin ya da edilmesin, örgütün bir organı tarafından örgütün işlevlerinden birini yerine getirmekle veya yerine getirilmesine yardımcı olmakla görevlendirilen, kısacası örgütün aracılığıyla hareket ettiği herhangi bir kişidir (ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 11 April 1949, I.C.J. Reports 1949, s. 177).

[44] Draft Articles, s. 6.

[45] Genel olarak, barışı koruma operasyonlarında özel yüklenicilere yaptırılan işlevler üç alanı kapsar: Lojistik ve destek hizmeti, güvenlik ve polislik görevleri ile askeri destek. Aynı

mal ve hizmetlerin sağlanmasına ilişkin sözleşme, söz konusu işlevlerin verilmesi için Örgüt kuralları olarak hizmet etmektedir.

Bu bağlamda, Birleşmiş Milletler tarafından Leonardo Selex şirketinden dışarıdan destek alınarak ihale edilen işlevlerin, üye devletler tarafından Birleşmiş Milletler'e verilen uygun yetkilerin bir ifadesi olması nedeniyle gerçekten kuruluşa ait olduğunu belirtmek gerekir. Başka bir deyişle, söz konusu özel yüklenici belirli görevleri yerine getirmekle görevlendirilmiştir. Bu görevler Birleşmiş Milletler'e, insansız hava araçlarının bakımı ya da bu teknolojiyi kullanan Birleşmiş Milletler organlarının ihtiyaçlarının sağlanması gibi sadece araçsal ya da destek görevleri sağlamakla kalmayıp, daha ziyade önemli görevleri yerine getirmektedirler. İnsansız hava araçlarını işleten özel şirketlere ihale edilen işlevlerin niteliği, nihayetinde, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin 5. maddesinde öngörülen kamu gücü ifadesi doğrultusunda kamusal veya yarı kamusal olarak görülebilir.⁴⁶ Aslında, özel insansız hava aracı operatörleri, en azından doğrudan ölümcül kuvvet kullanımına veya zorlayıcı tedbirlere başvurmasalar da, bazı durumlarda kuvvet kullanımına araç olabilecek gözetleme ve bilgi toplama gibi önemli kamusal ya da kamu gücü gerektiren görevleri yerine getirmektedirler. Örneğin Kongo'daki misyonda insansız hava araçları, saldırgan askeri Kuvvet Müdahale Tugayı'na destek hizmetleri sağlamak ve onunla ilişkilendirilmektedir. Muhtemelen bu durum, gelecekte, doğrudan saldırı eylemleri başlatmak için insansız hava araçlarının konuşlandırılmasına

şekilde, insansız hava araçları tarafından yürütülen dış kaynaklı faaliyetler de Birleşmiş Milletler görevinin yerine getirilmesi amacıyla bu üç alandan birine destek olarak hizmet edebilir. Lilly, Damian. *The Privatization of Peacekeeping: Prospects and Realities*, 2000, United Nations Institute for Disarmament Research, s. 55.

[46] Uluslararası Hukuk Komisyonu, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nde şu açıklamayı yapmıştır: Devletlerin uluslararası haksız fiillerden sorumluluğuna ilişkin maddelerin 5. maddesi kamu gücünün unsurlarını kullanan kişi veya birimlerin davranışları ile ilgilidir. Bu terminoloji genellikle uluslararası örgütler için uygun değildir. Bir kuruluş uluslararası bir örgütle olan bağlantısını farklı bir şekilde ifade etmek gerekir. Bununla birlikte, mevcut maddelere, Devletlerin uluslararası haksız fiillerden sorumluluğuna ilişkin maddelerin 5. maddesinde öngörülen duruma karşılık gelen bir durumdaki kişi veya kuruluşları dahil etmek için ek bir hüküm koymak gereksizdir. Temsilci terimine, 2. maddenin (d) bendinde, bu kişi veya kuruluşları yeterince kapsayacak geniş bir anlam verilmiştir (Draft Articles, s. 19, para. 10). İlginç bir şekilde, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ulusötesi Şirketlerin ve Diğer Ticari Teşebbüslerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuken Bağlayıcı Belge'nin 5. paragrafı, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin 5. maddesi ile aynı çizgide kaleme alınmıştır (bkz. Chairmanship of the OEIGWG Established by HRC Res.a/HRC/RES/26/9. *Elements for the Draft Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights, 2017*, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>, (Erişim Tarihi: 08.06.2023). Ne yazık ki, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ulusötesi Şirketlerin ve Diğer Ticari Teşebbüslerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuken Bağlayıcı Belge, şimdilik, uluslararası örgütlerin yüklenici şirketleri tarafından işlenen eylemler ve ihmaller konusundaki sorumluluğunu ele almamaktadır.

kapı açabilir. Bu durum, Birleşmiş Milletler barışı koruma göreviyle yakından bağlantılı olan kamu işlevlerinin bir ihale usulü aracılığıyla devredilmesine bir örnek teşkil etmektedir.

İnsansız hava araçlarının tedarikine ilişkin niyet mektubunda, bağımsız yüklenicinin personeli Birleşmiş Milletler havacılık ve askeri personeli ile yakın bir şekilde çalışacak ve gerektiğinde ev sahibi ülke ile etkileşimde bulunacaktır şeklinde ifade edildiği üzere, özel yükleniciler ile misyonun resmi yapısı arasında belirli bir ilişkinin varlığına işaret edilmektedir.⁴⁷ Birleşmiş Milletler'in özel yüklenicilerin faaliyetleri üzerinde uyguladığı kontrol, bu tür aktörleri Birleşmiş Milletler'in temsilcileri olarak sınıflandırmak için Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler tarafından gerekli kabul edilmese de, bu durum insansız hava araçlarını işleten özel şirketlerin Birleşmiş Milletler'in temsilcileri kavramının kapsamına girdiği sonucunu daha da desteklemekte ve güçlendirmektedir. Dolayısıyla, Birleşmiş Milletler'in insansız hava araçlarının ve hizmetlerinin sağlanmasını, asker katkısında bulunan Devletlerden barışı koruma harekâtında hizmet sağlamak için hükümetle Birleşmiş Milletler arasında yapılan sözleşme yoluyla talep etmek yerine, özel şirketlere yaptırmaya karar vermesi halinde, yükleniciler tarafından gerçekleştirilen varsayımsal haksız fiiller yalnızca Birleşmiş Milletler'e atfedilebilir. İnsansız hava araçlarının yol açtığı zararlardan kaynaklanan iç hukuk kapsamındaki kusursuz sorumluluk meselesine açısından, özel yüklenicilerin sahada üçüncü tarafların uğradığı kayıp veya zararı kapsayan tazminat sigorta programlarına güvenmeleri muhtemeldir.

Bu sonuç, Birleşmiş Milletler ile yapılan sözleşmelere yaygın olarak eklenen ve Birleşmiş Milletler personel yapısına özel yüklenicilerin de jure olarak dahil edilmesini dışlamayı amaçlayan özel kayıt ya da klotların varlığı ile çelişmez.⁴⁸ Birçok akademisyenin iddia ettiği gibi, bu tür hükümler Birleşmiş Milletler'in uluslararası düzeyde işlevlerinden birini yerine getirme yetkisine sahip kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen davranışlara ilişkin sorumluluğundan kaçındığı şeklinde yorumlanamaz.⁴⁹

[47] UN Secretariat. *Unmanned Aerial System / Vehicles for Information Gathering (UAS/ UAV)*, 2016, <https://www.ungm.org/Public/Notice/42758/>, (Erişim Tarihi: 08.06.2023).

[48] Birleşmiş Milletler tarafından başlatılan ihale prosedürü genellikle aşağıdaki gibi sözleşme maddeleri içermektedir: Uçuş operasyon ekibi ve tüm bakım personeli her zaman yüklenicinin çalışanı veya temsilcisi olarak kalacaktır. İnsansız hava sistemi sağlayıcısı, sistemin ve hava araçlarının kontrolünü elinde tutan bağımsız bir yüklenici olmalıdır. Bu doğrultuda insansız hava sistemi sağlayıcısı, insansız hava sisteminin işletim ve bakımından sorumlu olacaktır. Uçuş ekibi, veri analistleri ve tüm bakım personeli dahil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere tedarikçinin teklifinin bir parçası olan tüm personel, her zaman yüklenicinin çalışanı veya temsilcisi olarak kalacaktır. UN Secretariat. *Unmanned Aerial System / Vehicles for Information Gathering (UAS/ UAV)*, 2016, <https://www.ungm.org/Public/Notice/42758/>, (Erişim Tarihi: 08.06.2023).

[49] Morris, Tamer. "State Responsibility and Accountability in UN Peacekeeping: The Case

SONUÇ

Silahsız insansız hava araçlarının kullanımı barışı koruma operasyonlarında durumsal farkındalığı arttırmaktadır ve Birleşmiş Milletler barış koruma güçlerinin hedeflerine ulaşmasına etkin bir şekilde katkıda bulunmaktadır. Silahsız insansız hava araçlarının kullanımı barış gücü askerlerinin daha hızlı ve daha kararlı bir şekilde hareket etmelerini sağlamasının yanı sıra, hareket kabiliyetini ciddi oranda arttırarak askeri birliklerin önceden uyarı mekanizmasıyla pusu veya saldırılardan korunmasını da sağlamaktadır. Eğer Birleşmiş Milletler Koruma Gücü (UNPROFOR) misyonunun bir parçası olan Hollanda taburu Srebrenitsa'da insansız hava araçlarını kullanmış olsaydı, hatalı kararlarından önce sahadaki durumun ne olduğunu, nasıl geliştiğini daha net değerlendirme imkanına sahip olurdu.⁵⁰

Ancak bu çalışma, insansız hava araçlarının kullanımının insan haklarının korunmasıyla ilgili olarak ciddi sorunlar ortaya çıkarabileceğine işaret etmektedir; bu sorunların başında drone kameraları tarafından yakalanan verilerin özellikle görüntü ve videoların nasıl toplanacağı ve saklanacağı sorusu önce çıkmaktadır.

Bir diğer önemli sorun da insansız hava araçlarının bir kazaya karışması halinde hukuki sonuçlarının ne olacağıdır. Kaza durumunda Birleşmiş Milletler'e karşı başvurulabilecek hukuk yollarının neler olabileceği meselesi ortaya çıkmaktadır. İç hukuk kapsamında haksız fiil sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür. İnsansız hava araçları tarafından toplanan verilerin sivillere yönelik bir saldırıya yol açacak şekilde yanlış yorumlanması ya da veriler neticesinde sivillerin güvenliğini korumak için harekete geçmeme kararı alınması durumunda; insansız hava araçlarının yanlış kullanımına ilişkin uluslararası hukuk kapsamında bir sorumluluğun ortaya çıkması muhtemeldir. Birleşmiş Milletler'in sorumluluğuna dair olası bir bulgunun araştırılmasında hukuki bir engel de insansız hava araçlarını tedarik etmek, komutalarını yürütmek ve BM barışı koruma operasyonu sırasında yakalanan verileri toplamak, depolamak ve yorumlamak için genellikle sözleşme yapılan özel şirketlerin varlığıdır.

Özel insansız hava aracı operatörlerinin Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler kapsamında Birleşmiş Milletler'in temsilcileri olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira söz

of The Mothers of Srebrenica v. The Netherlands", *International Peacekeeping*, Cilt: 29, Sayı: 2, 2022, s. 233.

[50] Baehr, Peter. *Accountability of the United Nations: The Case of Srebrenica içinde Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*, Editörler Wouters, Jan; Brems, Eva; Smis, Stefaan & Schmitt, Pierre. Intersentia, Antwerp, 2010, s. 285.

konusu özel şirketler prensipte uluslararası bir örgüte ait olan işlevleri yerine getirmekten sözleşmeyle sorumludur. Bu açıdan bakıldığında, istihbarat ve bilgi toplama destek hizmetleri, BM barış güçleri tarafından yürütülen günlük faaliyetlerin planlanmasının önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu nedenle, söz konusu yüklenicilerin kurumsal BM yapısına dahil edilmemesini amaçlayan sözleşme maddelerine bakılmaksızın, potansiyel olarak yanlış eylemleri doğrudan Birleşmiş Milletler'e atfedilebilir. Birleşmiş Milletler tarafından insansız hava araçlarının temini, kullanılması ve toplanan verilerin analizi hizmetleri üye Devletlerden temin edilmek yerine özel yükleniciler tercih edilmiştir. Bu durumda, Birleşmiş Milletler insansız hava araçlarının kötü amaçlarla kullanımlarının bir sonucu olarak ortaya çıkan her türlü sorumluluğu üstlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Apuuli, Kasajja. The Use of Unmanned Aerial Vehicles (Drones) in United Nations Peacekeeping: The Case of the Democratic Republic of Congo. *African Yearbook of International Law*, Cilt: 19, Sayı: 1, 2011, s. 325-342.
- Baehr, Peter. *Accountability of the United Nations: The Case of Srebrenica içinde Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*, Editörler Wouters, Jan; Brems, Eva; Smis, Stefaan & Schmitt, Pierre. Intersentia, Antwerp, 2010.
- Chairmanship of the OEIGWG Established by HRC Res.a/HRC/RES/26/9. Elements for the Draft Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights, 2017, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf/>, (Erişim Tarihi: 08.06.2023).
- Condorelli, Luigi. De La Responsabilité Internationale De L'ONU Et/ou De L'État D'envoi Lors D'actions De Forces De Maintien De La Paix: L'écheveau De L'attribution (Double?) Devant Le Juge Néerlandais. *QIL-Questions of International Law*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2014, s. 3-15.
- Dannenbaum, Tom. Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should Be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers. *Harvard Journal of International Law*, Cilt: 51, Sayı: 1, 2010, s. 113-192.
- De Pascali, Alessio. The Strategic and Legal Impact of the Use of Unmanned Aerial Vehicles in UN Peace Keeping. *ITPCM International Commentary*, Cilt: 10, Sayı: 33, 2014, s. 27-32.
- Dorn, A. Walter & Stewart, Webb. Eyes in the Sky for Peacekeeping: The Emergence of UAVs in UN Operations. *Intelligence and National Security*, Cilt: 32, Sayı: 4, 2017, s. 413-417.
- Dorn, A. Walter. Intelligence-led Peacekeeping: The United Nations Stabilization Mission in Haiti (MINUSTAH). *Intelligence and National Security*, Cilt: 24, Sayı: 6, 2009, s. 805-835.
- Erkiner, Hakkı Hakan. Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 2, 2017, s. 61-86.

- Foster, Melisa & Pawlowski, Virgil. Regulation Robocop: The Need for International Governance Innovation in Drone and LAWS Development and Use. *Sicherheit und Frieden (S+F) / Security and Peace*, Cilt: 33, Sayı: 2, 2015, s. 61-66.
- Francioni, Francesco & Natalino, Ronzitti. *War by Private Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Heyns, Christof; Akande, Dapo; Hill-Cawthorne, Lawrence & Chengeta, Thompson. The International Law Frameworks Regulating the Use of Armed Drones. *The International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 791-827.
- ICJ. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 11 April 1949, I.C.J. Reports 1949.
- Karlsrud, John & Frederik, Rosén. In the Eye of the Beholder? UN and the Use of Drones to Protect Civilians. *Stability: International Journal of Security and Development*, Cilt: 27, Sayı: 2, 2013, s. 1-10.
- Kearney, Diana. The Slippery Slope of UN Peacekeeping: Offensive Peacekeeping in Congo and Beyond. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Cilt: 19, Sayı: 1, 2016, s. 100-141.
- Leonardo. FALCO: A Highly Successful Family, 2021, <https://www.leonardo.com/en/news-and-stories-detail/-/detail/falco-a-highly-successful-family/>, (Erişim Tarihi: 05.06.2023).
- Letter dated 22 January 2013 from the President of the Security Council addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2013/44.
- Letter dated 27 December 2012 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2013/43.
- Lilly, Damian. *The Privatization of Peacekeeping: Prospects and Realities*, 2000, United Nations Institute for Disarmament Research.
- Meier, Patrick. *Digital Humanitarians How Big Data Is Changing the Face of Humanitarian Response*, Routledge, New York, 2015.
- Morris, Tamer. State Responsibility and Accountability in UN Peacekeeping: The Case of The Mothers of Srebrenica v. The Netherlands. *International Peacekeeping*, Cilt: 29, Sayı: 2, 2022, s. 204-234.
- Novosseloff, Alexandra. *Keeping Peace from Above: Air Assets in UN Peace Operations*, 2017, International Peace Institute Publication.
- O'Grady, Siobhán. How a U.N. Drone Crashed in Congo and Was Promptly Forgotten, 2015, <https://foreignpolicy.com/2015/09/10/how-a-u-n-drone-crashed-in-congo-and-was-promptly-forgotten/>, (Erişim Tarihi: 05.06.2023).
- Østensen, Åse Gilje. *UN Use of Private Military and Security Companies: Practices and Policies*, 2011, The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces.
- Pilgrim, Sophie. *Are UN Drones the Future of Peacekeeping?*, 2015, <https://www.france24.com/en/20150409-un-drones-future-peacekeeping-democratic-republic-congo-fdlr-humanitarian-drc>, (Erişim Tarihi: 05.06.2023).
- Sandvik, Kristin & Lohne, Kjersti. The Rise of the Humanitarian Drone: Giving Content to an Emerging Concept. *Millennium:Journal of International Studies*, Cilt: 43, Sayı: 1, 2014, s. 145-164.
- Sari, Auriel & Ramses, Wessel. *International Responsibility for EU Military Operations: Findings the EU's Place in the Global Accountability Regime içinde The Legal Dimension of Global Governance: What Role for the EU?*, Editörler Van Vooren, Bart; Blockmans, Steven & Wouters, Jan. Oxford University Press, Oxford, 2012.
- The United Nations Children's Fund. *Humanitarian Drone Corridor Launched in Malawi*, 2017, <https://www.unicef.org/stories/humanitarian-drone-corridor-launched-malawi>, (Erişim Tarihi: 04.06.2023).

- Tomuschat, Christian. Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position Under General International Law içinde State Responsibility and the Individual, Editörler Randelzhofer, Albrecht / Tomuschat, Christian. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999.
- UN Doc. A/54/595, 9 October 1990.
- UN Doc. A/CN.4/541, 2 April 2004.
- UN Doc. A/RES/52/247, 26 June 1998.
- UN Doc. GA/PK/221, 18 February 2015.
- UN Doc. S/2014/450, 30 June 2014.
- UN Doc. S/2015/486, 26 June 2015.
- UN Doc. S/RES/2098 (2013).
- UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. Unmanned Aerial Vehicles in Humanitarian Response, 2014, OCHA Policy and Studies Series.
- UN Secretariat. Unmanned Aerial System / Vehicles for Information Gathering (UAS/UAV), 2016, <https://www.ungm.org/Public/Notice/42758/>, (Erişim Tarihi: 08.06.2023).
- United Nations Department of Peace Operations. Performance Peacekeeping. The Final Report of the Expert Panel on Technology and Innovation UN Peacekeeping, 2014, s. 14-124.
- United Nations. The Status of Forces Agreement Between The United Nations and the Government of the Republic of South Sudan Concerning the United Nations Mission in South Sudan, 2011, https://unmiss.unmissions.org/sites/default/files/unmiss_sofa_-_english_version_0.pdf, (Erişim Tarihi: 08.06.2023).
- United Nations. United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo, 2023, <https://monusco.unmissions.org/en/background>, (Erişim Tarihi: 05.06.2023).
- Whetham, David. Drones to Protect. The International Journal of Human Rights, Cilt: 19, Sayı: 2, 2015, s. 199-210.

**MEDENİ
HUKUK**

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİNİN 28.02.2022 TARİHLİ, 2021/8076 ESAS VE 2022/1622 KARAR SAYILI HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE MEHİR SENEDİNİN GEÇERLİLİĞİYLE EVLENMENİN YOKLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Dr. Bedia GÜLEŞ

KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-9036-7572

bedia.gules@karatay.edu.tr

ÖZET

Türk Hukuku hükümleri çerçevesinde geçerli bir evliliğin yapılabilmesi için çeşitli şartların gerçekleştirilmesi aranır. Tarafların evlenme iradelerinin varlığı, evlenmeye ehil olmaları, aralarında evlenme engelini olmaması ve usulî gerekliliklerin yerine getirilmesi, bu şartlar arasında sayılabilir. Söz konusu şartların eksikliği, her zaman aynı sonuca yol açmaz. Evlenmenin tescili, aile cüzdanının verilmesi gibi gerekliliklerin eksikliği, evlenmenin geçerliliğini etkilemez. Buna karşılık hısımlık, mevcut evlilik, evlenmeye engel akıl hastalığı ve evlenme sırasında sürekli ayırt etme gücünden yoksunluk evlenmenin mutlak butlanına yol açar. İrade sakatlığı, yasal temsilcinin izninin bulunmaması ve evlenme sırasında ayırt etme gücünden geçici yoksunluk ise evlenmenin nispi butlanı ile sonuçlanabilir. Bu tür evlilikler iptal edilene kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur; örneğin, evlilikte doğan çocuklar babaya soybağı ile bağlanır. Evlenmenin yetkili memur önünde yapılmaması ise yaptırımını açısından daha ağır bir sonuca yol açar. Söz konusu şekilde yapılmayan bir evliliğin yaptırımını yokluktur. Bu tür evliliğin iptali için dava açmaya gerek olmadığı kabul edilmektedir; evlilikte doğan çocukların babaya soybağı ile bağlanması, ancak tanıma gibi diğer yöntemlerin gerçekleşmesine dayanmaktadır. Bununla beraber toplumumuzda yaygın şekilde İslâm Dini'nin kabul görmesi sonucu, hâlen sadece İslâm Hukuku hükümleri çerçevesinde evlilikler de yapılmakta, Türk Medeni Kanunu'na göre şekil şartı gerçekleşmediği zaman da bu evlilikler yok sayılmaktadır. Söz konusu durum hem evliliğin varlığı hem de bu evlilikler sonucunda doğan mehir borcu açısından uyumsuzluklara konu olabilmektedir.

İncelemeye konu olan uyumsuzlukta da böyle bir evlilik ve mehir borcu mahkeme önüne taşınmıştır. Bahsi geçen evliliğin, yetkili memur önünde yapılmadığı için yokluğu tespit edilmiş, bu evlilik yok olduğu

için de mehir borcunun doğmadığı sonucuna varılmıştır. Çalışmada söz konusu hüküm, evlenmenin yokluğu ve mehir borcunun geçerliliği konuları açısından incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Evlenmenin butlanı, Evlenmenin yokluğu, Mehir, Şekil eksikliği, Hakkın kötüye kullanılması.

EVALUATION OF THE VALIDITY OF THE MAHR DEED AND THE ABSENCE OF MARRIAGE WITHIN THE FRAMEWORK OF THE 3rd LAW OFFICE OF THE JURISDICTION, PRINCIPLE 2021/8076 AND DECISION NUMBER 2022/1622, DATED 28.02.2022

ABSTRACT

In order to be able to make a valid marriage within the framework of the provisions of Turkish Law, various conditions are required to be fulfilled. The existence of the parties' will to marry, their being qualified to marry, the absence of marriage obstacles between them and the fulfillment of procedural requirements can be counted among these conditions. The absence of these conditions does not always lead to the same result. The absence of requirements such as registration of marriage, issuance of family certificate does not affect the validity of marriage. On the other hand, consanguinity, existing marriage, mental illness preventing marriage, and constant lack of discernment during marriage lead to absolute nullity of marriage. Injury of will, lack of consent of the legal representative and temporary deprivation of the power of discernment at the time of marriage may result in the relative nullity of the marriage. Such marriages have all the consequences of a valid marriage until annulled; For example, children born in marriage are bound to the father by paternity. The fact that the marriage is not made before the authorized officer leads to a more severe result in terms of sanction. The sanction of a marriage that is not done in this way is non-existence. It is accepted that there is no need to file an action for the annulment of such marriage; The attachment of children born in marriage to the father with paternity is based on the realization of other methods such as recognition. However, as a result of the widespread acceptance of Islam in our society, marriages are still only made within the framework of the provisions of Islamic Law, and these marriages are ignored when the form requirement is not fulfilled according to the Turkish Civil Code. This situation can be the subject of disputes in terms of both the existence of marriage and the mahr debt arising as a result of these marriages.

In the dispute that is the subject of the examination, such a marriage and mahr debt was brought before the court. It was determined that the said marriage did not exist in front of the authorized officer, and it was concluded that the mahr debt did not arise because this marriage did not exist. In the study, the provision in question is examined in terms of the absence of marriage and the validity of the mahr debt.

Keywords: The invalidation of marriage, absence of marriage, mahr, lack of shape, abuse of right.

GİRİŞ

Mehir, İslam Hukuku'na özgü bir müessesedir. Bununla kadına evlenmesi karşılığında verilen bir malvarlığı değeri kastedilmektedir. Evlenmenin gerçekleşmesi ile birlikte kadın, kararlaştırılan mehri almaya hak kazanır. Kadın için mehrin fonksiyonu, evliliğin boşanma (talak) ya da butlanı sonucu geçersiz kalmasına binaen ekonomik bir güvence sağlamaktır.

Mehir, Türk Medeni Kanunu'nda ya da diğer mevzuat hükümleri arasında yer almaz. Fakat Türk toplumunda hâlen uygulanmasına devam edilen bir müessesedir. Hatta taraflar mehirden doğan borcu "mehir senedi" olarak ifade edilen bir senede bağlamakta ve takibini de bu vasıta ile sağlamaktadırlar. Dolayısıyla hâlen mehir senedi konusunda uyuşmazlıklara rastlamak mümkündür.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 28.02.2022 Tarihli, 2021/8076 Esas ve 2022/1622 Karar Sayılı hükmünde de mehir senedinin geçerliliğiyle ilgili bir uyuşmazlık çözülmüştür. Karara konu olayda, davacı ve davalı 2017 yılında, Türk Medeni Hukuku hükümleri çerçevesinde geçerli bir evlenme yapmadan, İslam Hukuku'na göre bir evlenme yapmışlar ve bir mehir senedi düzenlemişlerdir. Senede göre damat ve damadın babası geline, 500 gram 22 ayar altını mehir olarak borçlanmışlardır. Ancak daha sonra davalının alkol alması, borçlarının büyük bir bölümünü davacı kadına ödetmesi, düzenli bir gelirinin olmaması, daha önce beraber olduğu kadınlara ilişkin videoları telefonunda saklaması gibi sebeplerle evlilikleri sona ermiştir. Kadın da elindeki senede dayanarak alacağın tahsilini istemiştir. İlk derece mahkemesi davacının talebini kabul ederken, istinaf mercii hem davacının hem davalının başvurusunu reddetmiştir. Yargıtay ise evliliğin yok hükmünde olmasını gerekçe göstererek istinafın kararını bozmuştur.

Çalışmada, bahsi geçen Yargıtay kararı doğrultusunda mehir senedinin geçerliliği ve evlenmenin yokluğu konusu incelenmektedir.

Bu çerçevede ilk olarak mehir senedinin mahiyeti ve Türk Hukuku'na yansımaları konusu değerlendirilmekte, ardından evlenmenin yokluğu ve yokluğu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda, bunun göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı meselesi irdelenmektedir.

MEHİR VE UYUŞMAZLIKTAKİ MEHİR BORCUNUN GEÇERLİLİĞİ DEĞERLENDİRMESİ

Genel Olarak Mehir ve Geçerliliği

Mehir, İslam Hukuku'nda evlilik akdine bağlı bir borç olup, evlenen erkeğin eşine, evlenme akdinin kuruluşu sırasında, evlilik devam ettiği müddetçe veya evlilik bittikten sonra verdiği veya vermeyi üstlendiği ekonomik değeri olan bir malvarlığı unsurudur¹. Böylece evlenen erkek, evlenmenin İslam Hukuku'na göre geçerli olarak ortaya çıkmasından sonra mehir konusu şeyi vermeyi üstlenmiş olur. Mehir borcunun ortaya çıkması, evliliğin gerçekleşmesine bağlı bir sonuçtur².

Ekonomik değeri olan ve alınıp satılması yasak olmayan bir malvarlığı unsuru mehir olarak kararlaştırılabilir³. Taşınır, taşınmaz ya da bir intifa hakkı mehir borcunun konusu olabilir⁴. Bununla birlikte mehrin mutlaka evlenmeden önceden kararlaştırılmış olması gerekli değildir; hiçbir şekilde mehir belirlenmese veya taraflar mehir verilmeyeceği konusunda anlaşsalar bile, kadın yine kendi emsallerine ödenen mehri

[1] <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/808/mehir-ne-demektir> (Erişim Tarihi: 31.06.2023). Acar, Halil İbrahim. *İslâm Aile Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2019, s. 160; Çolak, Abdullah. *İslâm Aile Hukuku*, 2. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2019, s. 127; Cin, Halil. *İslâm Hukukunda Mehir*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 1, 1972, s. 199-254, (Cin, *Mehir*), s. 199; Cin, Halil & Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuku Tarihi*, 14. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2022, s. 405; Cin, Halil. *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, 2. Baskı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988, s. 210; Ekinci, Ekrem Buğra. *İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler*, 3. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2018, s. 404; Yalçın, İsmail. *İslâm Aile Hukuku Ürdün, Fas, Malezya Uygulamaları*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2022, s. 72; Türkmen, Ahmet. Yargıtay'ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri Alınması. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 2, 2020, s. 541-576, s. 543; Çakırca, Seda İrem. Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 121-122, 2014, s. 89-116, s. 94; mehir kavramının yoksulluk nafakası ile birlikte değerlendirildiği ayrıntılı bir inceleme için bkz. Bulut, Hüseyin. *Yoksulluk Nafakasının Kusur, Süre ve Yoksulluk Kavramları Işığında Değerlendirilmesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 70 vd.

[2] Çolak, s. 127; Ekinci, s. 405; Çakırca, s. 94, dn. 28; Hanefilere göre mehrin, evliliğin sonucu olduğu yönünde, <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/808/mehir-ne-demektir> (Erişim Tarihi: 31.06.2023); Cin & Akyılmaz, s. 405; Acar, s. 165; Cin, *Mehir*, s. 201; evliliğin sonucu veya gereği olarak verildiği yönünde, Yalçın, s. 72.

[3] Bilmen, Ömer Nasuhi: *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu*, Cilt: 2, Ravza Yayınları (Bilmen Yayınevi tarafından neşredilen nüshanın tıpkı basımı), 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 115, 122, 123; Cin & Akyılmaz, s. 406; Kılınç, Ayşe Nur & Kılınç, Ahmet. Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, 2019, s. 103-118, s. 105; Acar, s. 180; Cin, *Mehir*, s. 200, 204; ekonomik değeri olan para veya mal olduğu yönünde, Yalçın, s. 72.

[4] Kılınç & Kılınç, s. 105; Bilmen, s. 123; Çakırca, s. 204; Acar, s. 181; Cin & Akyılmaz, s. 406.

almaya hak kazanır⁵ ki buna “mehr-i misil” denir⁶. Tarafların miktar ve cins olarak belirledikleri mehir de “mehr-i müsemma” adını alır⁷.

İfa zamanı açısından da mehir konusunda ayırım yapılmaktadır. Evlilik sözleşmesi ânına kadar ve en son bu akit yapılırken ödenen mehir türü “mehr-i muaccel”dir⁸. Buna karşılık tamamı veya bir kısmı, belirli bir vadede ya da daha sonra ödenmesi kararlaştırılan mehir ise “mehr-i müeccel”dir⁹. Özellikle taraflar mehir hakkında hiçbir anlaşma yapmadıklarında ya da mehri kararlaştırmalarına rağmen ödemede bulunmadıkları hâllerde mehr-i müeccelden söz edilir. Mehr-i müeccel evliliğin devamı süresince ödenmediği takdirde, ölümle veya boşanmayla birlikte muaccel olur.

Mehrin miktarı konusunda Kur’an-ı Kerim’de bir üst sınır belirtilmiş değildir¹⁰. Alt sınırı da belirtilmemiş olmakla birlikte Hadis-i Şerifler çerçevesinde Hanefi Âlimlerine göre on dirhemden az mehir olmamalıdır¹¹. Mâliki Mezhebi’ne göre ise bu miktar üç dirhemdir¹². Yine Hadis-i Şerifler çerçevesinde Şafî ve Hanbelî Müçtehitleri’ne göre mehrin alt sınırı yotuktur¹³.

Mehir borcu nikâh akdinin geçerli olarak kurulması ile birlikte ortaya çıkar¹⁴. Fakat kadın bazı durumlarda mehrin tamamını bazen de yarısını almaya hak kazanır. Tam mehrin alınabilmesi için zifaf (cinsel birliktelik), halvet-i sahiha (üçüncü kişilere açık olmayan kapalı ortamda birlikte bulunma) veya eşlerden birinin ölümünün gerçekleşmesi gerekir¹⁵. Eşler baş başa aynı ortamda kalmış olmalarına rağmen, zifafı engelleyen “hakiki”, “tabii” ya da “Şer’i” bir durum varsa, kadın mehrin yarısını isteyebilir¹⁶. Aynı şekilde zifaf veya halvet-i sahihadan önce boşanma,

[5] Bilmen, s. 115; Ekinci, s. 405; Cin & Akyılmaz, s. 408; <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/808/mehir-ne-demektir> (Erişim Tarihi: 31.06.2023); Cin, *Mehir*, s. 211; Çolak, s. 132.

[6] Bilmen, s. 116, 119; Ekinci, s. 405; Cin & Akyılmaz, s. 408; <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/808/mehir-ne-demektir> (Erişim Tarihi: 31.06.2023); Cin, *Mehir*, s. 211; Acar, s. 173, 174; Çolak, s. 132.

[7] Bilmen, s. 121; Cin & Akyılmaz, s. 407; <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/808/mehir-ne-demektir> (Erişim Tarihi: 31.06.2023); Acar, s. 172; Çolak, s. 132; Cin, *Mehir*, 207; Ekinci, s. 405.

[8] Cin, *Mehir*, s. 207; Bilmen, s. 118; Çolak, s. 133; Acar, s. 172; Cin & Akyılmaz, s. 408; Ekinci, s. 405.

[9] Acar, s. 173; Cin, *Mehir*, s. 208; Bilmen, s. 118; Cin & Akyılmaz, s. 408; Ekinci, s. 405; Çolak, s. 133.

[10] Bilmen, s. 116; Cin & Akyılmaz, s. 406.

[11] Acar, s. 171; Bilmen, s. 116; Cin & Akyılmaz, s. 406; Ekinci, s. 404; Cin, *Mehir*, s. 206; Çolak, s. 130.

[12] Cin & Akyılmaz, s. 406; Çolak, s. 130; Ekinci, s. 404; Bilmen, s. 116; Acar, s. 171; bkz. Cin, *Mehir*, s. 206.

[13] Bilmen, s. 116; Cin, *Mehir*, s. 206; Acar, s. 171; Ekinci, s. 404; Cin & Akyılmaz, s. 406.

[14] Bilmen, s. 124; Acar, s. 175.

[15] Cin, *Mehir*, s. 227 vd.; Bilmen, s. 124; Cin & Akyılmaz, s. 408, 409; Acar, s. 175 vd.; Çolak, s. 134; Ekinci, s. 406.

[16] Bilmen, s. 125, 126; Cin, *Mehir*, s. 230 vd.; Acar, s. 178; Çolak, s. 134, 135; Ekinci, s. 405; Cin & Akyılmaz, s. 409.

Din'den çıkma, iktidarsız olma gibi sebeplerle birliktelik meydana gelmemişse, kadın mehrinin yarısını kocasına hibe ederse ya da yabancı biri sebebiyle ayrılık meydana gelirse, kadın yine mehrin yarısına hak kazanır.

Mehir tamamen kadının tasarrufuna tâbi bir maldır ve kadına verilir. Ailesinin bu mala müdahale etme yetkisi olmadığı gibi, kadın bununla çeyiz hazırlamak zorunda da değildir¹⁷. Ancak kadın isterse mehrinin tamamını ya da bir kısmını kocasına bağışlayabilir¹⁸.

Şekil olarak mehirle ilgili bir sıhhat şartı yoktur. Mehir borcunun ortaya çıkması için geçerli bir evliliğin yapılmış olması, tam ya da yarım alma hususunda gerekli şartların tamam olması ve kadının mehri almaya engel olacak bir davranışta bulunmaması gerekir. Buna karşılık mutlaka yazılı şekilde mehir sözü verilmiş olması gerekmez.

İslâm Hukuku açısından mehir, evliliğin geçerli olarak ortaya çıkması için şart, bağışlama, cinsel birlikteliğin karşılığı ya da başlık parası değildir¹⁹. Mehir kadını evliliğe ısındırmak ve evlilik sona erdikten sonra kendisine bir güvence oluşturmak için verilir²⁰. Ayrıca mehir ona verilen değer de bir göstergesidir²¹. Dolayısıyla İslâm Hukuku açısından mehrin hukukî niteliği, geçerli bir evliliğin gerçekleşmesine bağlanmış mâli bir sonuç olmasıdır.

Mehir Borcunun Türk Medeni Kanunu'na ve Türk Borçlar Kanunu'na Yansımaları Açısından Değerlendirilmesi

Mehir, İslâm Hukuku'nda geçerli olan bir müessesedir. Türk Medeni Kanunu'nda evlilikle ilgili olarak böyle bir şart ya da sonuç yer verilmemiştir. Bununla birlikte mehir ve mehir senedi, Türk toplumundaki sosyal hayatın yadsınamaz bir gerçeğidir. O hâlde söz konusu durum ile ilgili olan uyuşmazlıkları da Türk Hukuku'na olan yansımaları bakımından niteleyerek çözmek gerekir. Bu çerçevede ilk olarak mehrin Türk Hukuku'ndaki yerine ve ardından uyuşmazlıktaki çözümünün değerlendirilmesine yer vermek istiyoruz.

İlk olarak ifade etmek gerekir ki TMK çerçevesinde bir evliliğin ortaya çıkması ya da evliliğin ortaya çıktıktan sonraki sonucu olması açısından

[17] Acar, s. 166, 167; Çolak, s. 129; aynı yönde, Kılınc & Kılınc, s. 105; kalın olmadığı yönünde, Ekinci, s. 406. Benzer şekilde, Öztan, Bilge. Resmî Nikâhtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli midir?. *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998 Ankara, s. 390.

[18] Bilmen, s. 115.

[19] Acar, s. 160; Çolak, s. 127.

[20] Bilmen, s. 117; Çolak, s. 129; Öztan, s. 390; <https://kurul.diyenet.gov.tr/Cevap-Ara/808/mehir-ne-demektir> (Erişim Tarihi: 16.06.2023); Acar, s. 160; benzer şekilde, Ekinci, s. 405; Çakırca, s. 97, 98.

[21] Bilmen, s. 1177; Acar, s. 160; aynı yönde, Çakırca, s. 97.

mehir senedine işaret edilen bir hüküm yoktur. Bununla birlikte tarafların İslâm Hukuku'na göre yaptıkları evlilikte mehir kararlaştırmaları da Türk Hukuku uygulamasında geçersiz bir borç olarak görülmez²². Tarafların ya da üçüncü kişilerin böyle bir borç kararlaştırmaları, günümüz Yargıtay uygulamaları dikkate alındığında geçerlidir. Fakat Yargıtay'da bu uygulamanın yerleşmesi belli bir zamana yayılmıştır.

Cumhuriyetin kuruluş yıllarından sonra Türk Yüksek Mahkemesi adını taşıyan Yargıtay, 2. Hukuk Dairesinde 28.04.1935 tarihli ve 1166/1000 sayılı kararında gördüğü uyuşmazlıkta, mehir senedini geçerli saymış ve böyle bir borcun söz konusu olabileceğini kabul etmiştir²³. Aynı dairenin daha sonra 02.06.1959 tarihli ve 2984/2385 sayılı kararında verdiği hükümle ise mehir borcu kamu düzenine aykırılık taşıdığı için reddedilmiştir²⁴. Bu karardan sonra ayırık uygulamayı gidermek üzere içtihadı birleştirme ihtiyacı doğmuştur. Böylece 2.12.1959 tarihli ve 14/30 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı'nda TMK'nın böyle bir borcu yasaklamadığı, mehrin, ifası tehir ve tecil edilmiş bir borç olduğu kabul edilmiş ve mehir geçerli bir borç olarak nitelenmiştir²⁵.

Günümüz yargı kararları açısından ise mehir, şayet henüz ödenmemişse bağışlama vaadi²⁶, ödenmişse bağışlama²⁷ olarak kabul edilmektedir. Bağışlama olarak kabul edildiği için de TBK'da bağışlamanın geçerliliği için öngörülmuş kurallar içerisinde gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu sebeple bağışlama sözü verme (vaadi) şeklinde bir mehir varsa sözleşmenin yazılı şekilde (TBK m. 288/I), taşınmaz üzerindeki bir aynî hak ile ilgili olan mehir varsa da resmî şekilde yapılması geçerlilik şartıdır. Bunun dışında hemen verilmişse zaten elden bağışlama hükmünde olmaktadır. Söz konusu kabulden yola çıkıldığı için de mehir borcunun Türk Hukuku'nda geçerli kabul edilmesi bir şekil şartı içerisinde gerçekleşmesine bağlıdır²⁸. Oysa İslâm Hukuku'nda mehir borcunun ortaya çıkması açısından herhangi bir şekil şartı yoktur.

Yargıtay uygulamalarında mehir bir bağışlama ya da bağışlama vaadi kabul edilmesine rağmen, doktrinde mehir borcunun niteliği konusunda

[22] Aynı yönde, Türkmen, s. 543.

[23] Karar için bkz. Cin, *Mehir*, s. 224; ayrıca bkz. Pürselim-Arning, Hatice Selin. Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 33, Sayı: 2, 2013, s. 137-151, s. 143.

[24] Karar için bkz. Cin, *Mehir*, s. 224; Pürselim-Arning, s. 143.

[25] Karar için bkz. Cin, *Mehir*, s. 224; Pürselim-Arning, s. 143, 144.

[26] Bu yönde bir karar olmak üzere bkz., 1. HD. E. 2011/8161 ve K. 2011/9851 sayılı hükmü.

[27] Ağır kusurla aile üyelerine saygısızlık olduğunda mehrin ödenmeyeceğini beyan ederek, mehrin bağışlama kabul edildiği yönündeki karar için bkz. 4. HD. T. 18.02.1985, E. 1984/09153, K. 1985/01223.

[28] Senedin geçerliliğinin araştırıldığı ve imzaya itiraz olmadığı hususunun değerlendirildiği bir karar için, bkz. 6. HD. E. 2012/14385, K. 2013/7833 sayılı hüküm.

ileri sürülmüş farklı görüşler vardır. Bir fikre²⁹ göre mehir, kocanın boşamasını zorlaştırmaya ve kadın boşandığı takdirde tekrar evlenmesi daha zor olduğu için onun ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik bir giderimdir. Söz konusu fikir doğrultusunda mehir bir boşanma tazminatı olmaktadır. Diğer bir fikre³⁰ göre ise mehir karşılıksız bir kazandırmadır. Bu görüş doğrultusunda da şayet hemen ifa edilen bir mehir varsa bağışlama sözleşmesinden, borçlanma varsa da bağışlama vaadinden söz etmek gerekir. Bu bağlamda değerlendirilebilecek bir fikir³¹ de mehri, kadının evlenmesine karşılık olmak üzere ileriye yönelik yapılan borçlanma olarak ifade eder. Bir başka görüş³² de mehir borcunun kanunda açıkça eksik borç olarak düzenlenmesi gerekliliğini savunmaktadır. Alman Yüksek Mahkemesi ise incelediği bir uyuşmazlıkta mehri evliliğin genel bir hükmü olarak değerlendirmiştir³³.

Bağışlama sözleşmesi İslâm Hukuku'nda hibe adı altında görülmektedir. Ayrıca hibe saikinin evlenmeye dayanması gerekmez; burada taraflardan birinin diğerine karşılıksız olarak iradesiyle kazandırmada bulunması söz konusudur. Dolayısıyla, şayet mehrin niteliği bağışlama olsaydı, İslâm Hukuku'nda da buna hibe denirdi. Gerçekten de bağışlamanın ortaya çıkması için bağışlamada bulunacak olan tarafın bu yönde bir irade beyanında bulunmasına ihtiyaç vardır³⁴. Oysa mehir borcunun doğması için geçerli bir evlenmenin olması yeterlidir. Koca vermek istemese ve hatta kadın mehir almamayı kabul etse bile yine mehir borcu doğar³⁵. Mehrin hukukî niteliğini borçlanma olarak değerlendiren görüş açısından bakıldığında da nihayetinde bunun bir borçlanma olduğu ortadadır; fakat bu görüş söz konusu borçlanmanın niteliğini açıklama açısından yetersizdir. Mehrin boşanma tazminatı olması açısından da mehrin boşanma sonrası kadına bir güvence temin ettiği açıktır; bu sebeple güvence fonksiyonu olduğuna katılıyoruz. Fakat bu sadece mehrin fonksiyonlarından birisidir. Diğer yandan mehir sadece boşanma hâlinde verilmez; geçerli bir evlenmeyle kadın mehri almaya

[29] Hatemi, Hüseyin. *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları* (Özellikle B.K. 65 Kuralı), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, (Hatemi, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık*), s. 317, dn. 67; evlilik ve boşanma sigortası görevi olduğu yönünde, Sağlam, Hadi. İslâm Hukukunda Evlilik Boşanma Sigortası mıdır? *Universal Journal of Theology*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2016, s. 1-19, s. 6; kadın için hak ve güvence teşkil ettiği yönünde, Akyüz, Jülide. Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan „Mehir“. *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 37, 2005, s. 213-230, s. 228, 229.

[30] Çakırca, s. 112.

[31] Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık*, Birinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 214.

[32] Kılınç & Kılınç, s. 114.

[33] İlgili uyuşmazlığın karşılaştırmalı olarak incelemesi için bkz. Pürselim-Arning, s. 142.

[34] Benzer eleştiriler için, Türkmen, s. 555 vd.; fakat yazar mahiyetleri tam uymasa da Türk Hukuku'nda mehrin ancak sözleşmesel temelde yorumlanabileceğini, bunun da bağışlama hükümlerinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasıyla mümkün olabileceğini ileri sürmektedir, s. 557.

[35] Fakat kadın isterse daha sonra mehir borçlusunu ibra edebilir, Cin, *Mehir*, s. 236; ayrıca bkz. Türkmen, s. 547; Ekinçi, s. 406.

hak kazanır. Bundan sonra evlilik devam ederken de evlilik -kadının kusuruna dayanmamak şartıyla- ölüm ya da boşanma gibi sebeplerle sona erdiği durumlarda da mehir borcu ödenebilir; kadın da alacağını muaccel olduysa talep edebilir. Mehrin eksik borç olduğunu ileri süren yeni görüşe de katılmıyoruz; zira ne İslâm Hukuku'nda mehir talep edilemeyen bir borçtur ne de Türk Hukuku'nda senede bağlanmış bir mehir borcunun eksik borç olduğu iddia edilebilir. Aksine Türk Hukuku açısından alacağın senede bağlanmış olması, ispat ve icrasını kolaylaştırır. Mehrin kanundan doğan bir borç olup olmadığı ihtimali de akla gelebilir. Fakat İslâm Hukuku'nda Kanun'dan doğan bir borç olduğu söylenebilir³⁶ de Türk Hukuku'nda bu yönde açık bir kanun hükmü olmadığı için söz konusu niteleme yapılamaz³⁷.

Karı ve kocadan müteşekkil taraflar, İslâm Hukuku çerçevesinde bir evlilik gerçekleştiği zaman, bundan bir mehir borcu doğacağını bilirler ve kabul ederler. Böylece "İslâm Dini'ne göre gerçekleşen evlilik" şeklindeki "münferit bir olay"ın ortaya çıkmasının sonucu olarak bir borç doğmuş olur. Türk Hukuku'na göre - kanundan-sözleşmeden doğan borçlar ayrımı bir tarafa bırakılırsa - hukuken önem atfedilen durumlar, hukukî olay, hukukî fiil ve hukukî işlem olarak zikredilebilir. Gerek mahkeme kararları çerçevesinde mehir borcunun geçerli bir borç olarak kabul edilmesi gerekse de mehrin bir örf-âdet olarak da uygulanıp emredici kurallara aykırı olmayan örf-âdet kurallarını hukukun geçerli kabul ettiği düşünüldüğünde, İslâm Hukuku'na göre yapılan evliliğin "borç doğuran hukukî bir olay" olduğu görülür. Böylece söz konusu evliliğin gerçekleşmesiyle birlikte borç geçerli olarak doğar. Hemen belirtelim ki burada tarafların borcun doğumu açısından kastettiği evlilik, TMK hükümlerine göre yapılan evlilik değil, İslâm Hukuku'na göre yapılan evliliktir. Zira aksi olsa idi, zaten bunun mevzuattaki karşılığını görmüş olurduk. Diğer yandan borcun senede bağlanması sadece icra kolaylığı sağlar; mehri bağışlama olarak kabul etmediğimiz için, borcun doğumu açısından yazılı şeklin geçerliliği değil, ispatı ilgilendiren bir mesele olduğunu düşünüyoruz. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, Türk Hukuku'na yansımaları açısından mehrin "hukukî olaydan doğan bir borç" olduğunu, borç doğuran olayın da "İslâm Hukuku'na göre yapılan evlilik" olduğunu düşünmekteyiz.

Uyuşmazlıkta Mehir Hakkında Verilen Hükmün Değerlendirilmesi

Çalışmada konu edinilen uyuşmazlıkta, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi mehir borcunu, mehir senedinin geçerliliği açısından değerlendirmiştir.

[36] İslâm Hukuku'nda Kanun'dan doğan bir borç olduğu yönünde, Öztan, s. 392.

[37] Türk Hukuku'nda kanundan doğan borç olamayacağı görüşü yönünde, Türkmen, s. 557; Öztan, s. 392.

Bu yöndeki değerlendirmenin sebebi de Yargıtay uygulamalarında mehir borcunun hukukî nitelik olarak bağışlama kabul edilmesidir. Gerçekten de mehir borcu bir bağışlama olarak kabul edilirse, olaydaki gibi bir bağışlama vaa-dinin de yazılı şekil kuralı içerisinde yapılması gerekir (TBK m. 288/1). Ancak olayda bu şart zaten gerçekleşmiştir. Nitekim borç bir belgeye bağlanmış, belge borçlu sıfatıyla damat ve babası tarafından imzalanmış ve imza sahipleri de imzaya itiraz etmemişlerdir. Fakat Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, TMK hükümleri çerçevesinde geçerli bir evliliğin yapılmamış olması sebebiyle, senedin geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. Bu hükmü ile 3. Hukuk Dairesinin, tarafların kastettiği evliliği resmi evlilik olarak yorumladığı, evliliğin gerçekleşmesinin de bağışlamanın şartı olarak gördüğü anlaşılmaktadır³⁸. Söz konusu durumdan hareketle evlilik şartı gerçekleşmediği için borç da ortaya çıkmamıştır. Anılan hükümlerle ilgili birkaç duruma işaret etmek istiyoruz.

İlk olarak yukarıda mehrin Türk Hukuku açısından hukukî niteliği ile ilgili ileri sürülen fikir çerçevesinde, mehir borcunun, doğumu hukukî olaya bağlı olan bir borç olduğunu ve söz konusu olayın da İslâm Hukuku'na göre yapılmış evlilik olduğunu yinelemek istiyoruz. Gerçekten de TMK hükümleri içerisinde evliliğin ya da boşanmanın şartı veya sonucu olarak mehre yer verilmiş değildir. Mehir borcunun doğumu ile ilgili olmak üzere, tarafların “eşim olacak” lafzı ile TMK hükmü çerçevesinde bir evliliği kastetmedikleri açıktır. Aksi bir yorum yapmak, mevzuat hükümleri arasında mehir kurumunun yer aldığını kabul etmeyi gerektirecektir ki bu içerikte bir hüküm yoktur. Dolayısıyla burada tarafların borcun doğumu için kabul ettikleri olay olan İslâm Hukuku'na göre evlilik gerçekleşmiştir ve böylece borç doğmuştur. Tarafların bu borcu belge içerisinde düzenlemeleri, söz konusu borcun geçerliliğine etki etmez. Fakat geçerli bir borç aynı zamanda, borç ikrarı olarak belgeye bağlanmış durumdadır. “Eşim olacak” lafzı alacaklının sıfatını belirtir nitelikte olduğu için de soyut bir borç vaa-dinden söz edilebilir. Borçlular tarafından imzaya itiraz da olmadığından, borç hem maddî hukuk açısından geçerli şekilde doğmuştur hem de bağlandığı belgenin geçerliliğini korumaktadır.

İkinci olarak mehir borcunun şarta bağlı bağışlama olduğu kabul edilse bile, tarafların öngördükleri şart gerçekleşmiştir ve borç doğmuştur. Gerçekten de burada “eşim olacak” lafzı şart olarak yorumlanırsa, tarafların kastettikleri İslâm Dini'ne göre yapılmak istenen evlilik gerçekleşmiştir. Burada kastedilen TMK hükümlerine göre yapılan evlilik değildir; zira TMK'da mehirden bahsedilmez. Ancak şunu da

[38] Yargıtay mehri bağışlama olarak değerlendirdiği için bu içtihat doğrultusunda Türk Huku-ku'nda mehri misil uygulama alanı bulamamaktadır, Türkmen, s. 549.

belirtmek gerekir ki bağışlama sözleşmesinde de alacaklının bir sıfatına metinde yer verilmiş olması, bu borcun oluşmasının şarta bağlandığı anlamına gelmez. Metindeki “eşim olacak” lafzı, tıpkı “x kurumunda çalışan” ifadesi gibi taraflardan birinin sıfatını belirtmektedir, yoksa bir şartı değil. Bu sebeplerle Yargıtay’ın mehrin bir bağışlama vaadi olduğu görüşü doğrultusunda düşünülse bile, “eşim olacak” lafzı ile bir şart kastedilmemektedir. Şart olmadığı için de geçerli bir bağışlama vaadi gerçekleşmiştir. İmzaya itiraz da olmadığından, uyuşmazlıktaki borcun geçerli şekilde ortaya çıktığı kabul edilmeliydi.

Söz konusu sebeplerle uyuşmazlıkta mehir borcunun hem maddî hukuk açısından hem de bağlandığı senedin geçerliliği açısından geçerli bir şekilde ortaya çıktığını ve davacının talebi lehinde karar verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

EVLENMENİN YOKLUĞU, İLERİ SÜRÜLMESİ VE UYUŞMAZLIKTAKİ EVLİLİĞİN BU YÖNÜYLE DEĞERLENDİRMESİ

TMK Çerçevesinde Geçerli Bir Evliliğin Ortaya Çıkması ve Özellikle Evlenmenin Yokluğuna Sebep Olan Durumlar

Geçerli bir evliliğin yapılabilmesi, TMK’da belli şartlara bağlanmıştır. Bu şartlardan bazıları evliliğin geçerliliğine etki ederken, bazıları düzen hükmü olup, sadece evliliğin kayıt altına alınmasına ilişkindir.

TMK hükümlerine göre geçerli bir evliliğin yapılabilmesi için ilk olarak tarafların evlenme ehliyetine sahip olması gerekir. Gerçekten de TMK m. 125, evlenecek kimselerin ayırt etme gücünü haiz olmasını, TMK m. 124 ise her iki tarafın da on yedi yaşını doldurmasını aramıştır. Böylece kural olarak evlenme konusunda ayırt etme gücüne sahip olmayan ve on yedi yaşını doldurmamayan kimseler, geçerli bir evlenme yapamazlar. Ayırt etme gücü bakımından bu kural mutlaksa da evlenme yaşı açısından evlenme ehliyetine bir istisna getirilmiştir. Nitekim TMK m. 124/II’ye göre olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple hâkim, on altı yaşını doldurmuş küçüğün evlenmesine izin verebilir. Bu karar verilirken olanak bulundukça küçüğün ana-babası veya vasisi dinlenir (TMK m. 124/II).

Geçerli bir evliliğin yapılabilmesi için ikinci olarak, evlenecek taraflar arasında evlenme engelini bulunmaması gerekir. Evlenme engellerinin bazıları mutlak olup, evlenmenin mutlak butlanla bâtil olmasına yol açar. Bu sebepler arasında, evlenme esnasında sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olunması, evlenmeye engel derecede bir akıl hastalığının bulunması, evlenecek kişiler arasında evlenmeye engel derecede bir hısımlığın olması ve evlenme sırasında zaten evli bulunmak sayılır (TMK m. 145). Bekleme süresi ile bazı bulaşıcı hastalıklara sahip

olunması ise evlenmeye geçici şekilde engel olup; bu sebeplere rağmen yapılan evlenme yine de geçerlidir³⁹. Evlenme sırasında geçici olarak ayırt etme gücünün kaybı, bazı irade sakatlıkları ve yasal temsilcinin evlenmeye izin vermemesi hâlleri ise evlenmenin nispi butlanına yol açar (TMK m. 148 vd.). İfade etmek gerekir ki ister mutlak butlan ister nispi butlan yaptırımına tâbi olsun, her iki evlilik de iptal edilene kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur (TMK m. 156).

Üçüncü olarak evlenmenin yapılma şekliyle birtakım şartlar da bulunmaktadır. Bunlardan bazıları, evlenmeden önce başvuruya ilgili yerine getirilmesi gerekli olan şartlardır. Yetkili makama başvuru yapılması (TMK m. 134, Evlendirme Yönetmeliği m. 7) ve yasal temsilcinin izninin sağlanması (TMK m. 126), bu şartlar arasında sayılabilir. Aile cüzdanının verilmesi (TMK m. 143, Evlendirme Yönetmeliği m. 30) ve evliliğin aile kütüğüne tescili (Evlendirme Yönetmeliği m. 32) gibi birtakım evlenme sonrasında yerine getirilmesi gerekli olan şartlar da vardır ki bunlar evliliğin geçerliliğine etki etmez. Fakat bir düzen hükmü olarak yerine getirilmesi gereklidir. Bir de evlenme sırasında yerine getirilmesi gerekli olan şartlar vardır ki bunlardan evliliğin geçerliliğine etki edenler, evlenme işleminin yetkili evlendirme memuru önünde yapılması ve evlenme esnasında tarafların iki şahit huzurunda evlenmeye dair olumlu irade beyanlarını aynı anda açıklamalarıdır⁴⁰. İşte, tarafların evlenme yönünde bir irade beyanlarının olmaması, var olan irade beyanlarını aynı anda birbirine uygun biçimde açıklamamaları ya da beyanlarını yetkili evlendirme memuru önünde yapmamış olmaları, Türk Hukuku mevzuat ve uygulamaları karşısında evlenmenin yokluğuna yol açar⁴¹. Bunun dışında tarafların aynı cinsten olmaları da

[39] Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan & Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku Cilt: III, Aile Hukuku*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 61, 62; Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, 8. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, (Hatemi, Aile), s. 60; Oğuzman, Kemal & Dural, Mustafa. *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 75, 76; Akıntürk, Turgut. *Aile Hukuku*, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 73, 74; Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 48; Gençcan, Ömer Uğur. *Evlenme Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 373; evlenmenin butlanını gerektirmeyen bir durum olarak ifadesi için, Akkurt, Sinan Sami. *Türk Medenî Hukukunda Evlenmenin Butlanı*, Aybil Yayınları, Konya 2015, s. 131; Yılmaz, Süleyman & Yıldırım, Abdülkerim. *Medeni Hukuk-1 (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 198; Erdem, Mehmet & Makaracı Başak, Aslı, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 60.

[40] Dural, Ögüz & Gümüş, s. 69, 70, 72 vd.; Akıntürk, s. 92, 93; Oğuzman & Dural, s. 84; Doğu, Hakkı Mert. *Evlenmenin Yokluğu*. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XVIII, Sayı: 2, 2021, s. 875-890, s. 877; Kılıçoğlu, s. 53, 54; Gençcan, s. 413; Yılmaz & Yıldırım, s. 202.

[41] Dural, Ögüz & Gümüş, s. 72 vd.; Serozan, Rona & Engin, B. İlkay & Atamer, Yeşim M. *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 377; Dural, Mustafa & Sarı, Suat. *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 161; Savaş, Abdurrahman. *Evlenmenin Yokluğu*. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8. Sayı: 1-2, 2000, s. 121-140, s. 125 vd.; İkizler, Metin. *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 97; Hatemi, Aile, s. 41, 42; Oğuzman & Dural, s. 87, 88; Doğu, s. 877; Akıntürk, s. 96; Tekinay, Selâhattin Sulhi. *Türk Aile Hukuku*, 3. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978, s. 109; Gençcan, s. 469 vd.; Kılıçoğlu, s. 58; Akkurt, s. 51 vd.

evlenmenin yokluğu ile sonuçlanmaktadır⁴². Fakat çalışmanın konusu itibarıyla ilgili olan yokluk sebebi, evlenmenin yetkili memur önünde yapılmamış olmasıdır.

Yokluk yaptırımını esasen mevzuatta öngörölmüş bir kavram olmayıp, doktrinin ürettiği bir kavramdır. Temel olarak bir hukukî işlemin kurucu unsurlarının olmadığı durumlarda o işlemin tâbi olduğu yaptırım yokluktur⁴³. İlk olarak Alman Hukukçular tarafından aile hukuku yönünden ortaya atılmış, daha sonra hukukun diğer alanlarında da yer bulmuştur⁴⁴. Türk Aile Hukuku açısından da Türk Medeni Kanunu'nda evliliğin geçersizliğiyle ilgili belirtilmiş yaptırımlar, evliliğin mutlak ve nispi butlanıdır. Söz konusu yaptırımlara sebep olan durumlar kanunda sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Dolayısıyla sayılmayan sebeplerden dolayı bir evliliği mutlak ya da nispi butlan yaptırımına tâbi tutmak mümkün değildir. Evlenmenin kanunda belirtilen yetkili memur önünde yapılmamış olması da sayılan sebepler arasında olmadığından, bu tür bir evliliğin yaptırımını yokluk olarak yorumlanmaktadır⁴⁵.

Yok olan bir evlenme, mutlak veya nispi butlan yaptırımına tâbi olan bir evlenmeden farklı olarak, baştan itibaren kendiliğinden hükümsüzdür⁴⁶. Bu durumun ortaya çıktığından bahsedebilmek için de dava açmak gerekmez⁴⁷. Fakat evlenmenin yokluğunu tespit hukukî yarar varsa tespit davası açılabilir⁴⁸. Hâkim de bir uyumsuzlukta evlenmenin yokluğunu tespit ederse, bu re'sen göz önüne almak zorundadır⁴⁹. Yok olan bir evliliğin üzerinden zaman geçmekle düzelmeyeceği belirtilmekte⁵⁰, bu tür evliliğin nüfus siciline tescil edilmesi hâli için de aynı yorum yapılmaktadır⁵¹.

Yoklukla malul olan bir işlem ve bu arada yok olan evlenmenin

[42] Dural, Öğüz & Gümüş, s. 72 vd.; Savaş, s. 128; İkizler, s. 97; Hatemi, *Aile*, s. 42; Doğu, s. 880; Oğuzman & Dural, s. 87, 88; Akıntürk, s. 166; Tekinay, s. 109; Gençcan, s. 470; Kılıçoğlu, s. 59; Akkurt, s. 51.

[43] Dural & Sarı, s. 161.; Savaş, s. 122; İkizler, s. 27; Gençcan, s. 475; Erdem & Makaracı Başak, s. 70.

[44] Akıntürk, s. 166; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 72; Gençcan, s. 468; Akkurt, s. 49.

[45] Savaş, s. 124; İkizler, s. 96; Dural, Öğüz & Gümüş, s. 72; Akıntürk, s. 166; Dural & Sarı, s. 161; Gençcan, s. 468; aynı yönde, Serozan, Engin & Atamer, s. 377.

[46] Dural, Öğüz & Gümüş, s. 79; Savaş, s. 122; Dural & Sarı, s. 162; İkizler, s. 27; Oğuzman & Dural, s. 89; Akıntürk, s. 168; Gençcan, s. 475; Kılıçoğlu, s. 58.

[47] Serozan, Engin & Atamer, s. 387; Dural, Öğüz & Gümüş, s. 79; Oğuzman & Dural, s. 89; Akıntürk, s. 168; Dural & Sarı, s. 162; Savaş, s. 122; Tekinay, s. 112; Gençcan, s. 475; Kılıçoğlu, s. 58; Akkurt, s. 61.

[48] Dural, Öğüz & Gümüş, s. 79; Serozan, Engin & Atamer, s. 387; Oğuzman & Dural, s. 89; Gençcan, s. 475; Akkurt, s. 50.

[49] Dural, Öğüz & Gümüş, s. 79; Savaş, s. 122; Oğuzman & Dural, s. 89; Gençcan, s. 475; Dural & Sarı, s. 162; Akkurt, s. 50.

[50] İkizler, s. 27; Gençcan, s. 479; Dural, Öğüz & Gümüş, s. 79.

[51] Akkurt, s. 50; Dural, Öğüz & Gümüş, s. 79; Erdem & Makaracı Başak, s. 71-72; butlan olan evliliğin tescil talebi yapıldığında memurun talebi kabul ederek tescil etmek zorunda olduğu, yok olan evlilikle ilgili talepte ise böyle bir zorunluluğun bulunmadığı hakkında, Gençcan, s. 443-444.

ayakta tutulamayacağı ifade edilir. Bu doğrultuda yok olan evlenmede tarafların iyi ya da kötü niyetli olmasının veya kanunu bilmemelerinin bir önemi yoktur⁵². Yine genel olarak yokluk yaptırımına tâbi olan bir işlem, yokluğun dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması şeklinde ileri sürüldüğünden bahisle geçerli sayılamaz⁵³. Aynı şekilde yok olan bir işlemin tahvil gibi bir yöntemle başka bir işlem şeklinde geçerli sayılması da mümkün değildir⁵⁴.

Uyuşmazlıktaki Evliliğin Geçerliliğinin Değerlendirilmesi

Çalışmaya konu olan uyuşmazlıktaki evlilik, Türk Hukuku çerçevesinde yetkili bir memurun önünde gerçekleştirilmemiştir. Zira sadece İslâm Hukuku'na göre bir evlilik yapılmıştır. Mevcut hükümler çerçevesinde butlan hükümlerine tâbi tutulması da mümkün olmadığından, mahkeme yok hükmünde olduğunu tespit etmiştir.

Evlenmenin yetkili bir memur önünde yapılmış olması, evlenme işlemi açısından bir şekil kuralıdır. Türk Hukuku'nda genel olarak şekle aykırılığın yaptırımı konusunda hâkim görüş kesin hükümsüzlüktür. Ayrıca şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, adaletsizliklerin giderilmesi için TMK m. 2/II'ye başvurmak suretiyle işlem geçerli şekilde yapılmış sayılmaktadır⁵⁵. Fakat evlenme işlemi açısından bu kuraldan ayrılmış, mevzuatta işaret edilen yetkili memur önünde yapılmayan bir evlilik yok kabul edilmiştir. Böylece yokluğun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etse bile, işlemin ayakta tutulması imkânı ortadan kalkmıştır.

Gerçekten de evlenmenin yokluğuna sebep olan durumlardan, tarafların evlenme konusunda irade beyanlarının olmaması ve aynı cinsten kişilerin evlenmesi sebepleri açısından bakıldığında, bu sonucun yadırganmayacak derecede doğru olduğu görülür. Nitekim, sadece evlenmede değil, tarafların işlem yapma iradesinin olmadığı herhangi bir hukukî işlemde o işlemin ayakta tutulması hem tarafların iradelerine aykırı hem de işlem güvenliği açısından kabul edilemeyecek bir sonuçtur. Tarafların aslında istemediği bir işlemin tarafı ve onları bu işlemin hüküm ve sonuçları ile bağlı saymak, âdil bir hukuk düzeni

[52] Gençcan, s. 475; Erdem & Makaracı Başak, s. 71.

[53] İkizler, s. 29; 2.HD. T. 20.11.1970 E. 5884, K. 6134, karar için bkz. Uyar, Talih. Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet)" Kuralı (MK.2/I) ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası" (MK.2/II). Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 439-465, s. 465.

[54] İkizler, s. 29.

[55] Serozan, Engin & Atamer, s. 377; şekle aykırılık itirazının hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi dolayısıyla dinlenmediği uyuşmazlıklar için bkz., 14. HD., T. 6.4.2015, E. 2015/4647, K. 2015/3762, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/yargitay/14-hukuk-dairesi-e-2015-4647-k-2015-3762-t-6-4-2015> (Erişim Tarihi: 26.6.2023), 3. HD., T. 30.1.2014, E. 2013/5641, K. 2014/557, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2013-5641-k-2014-557-t-30-1-2014> (Erişim Tarihi: 26.6.2023) .

ile bağdaşmaz. Evlenmenin aynı cinsten kişiler arasında yapılması ise zaten “evlenme” kurumunun özü ile bağdaşan bir durum değildir⁵⁶. Tarihin hangi sürecine ya da hangi topluma bakılırsa bakılsın, evlenme hem insan tabiatı hem toplum kuralı çerçevesinde, farklı cinsten kişiler arasında meydana gelen bir müessesedir. Sağlıklı düşünen bir toplum ahlâkı içerisinde, aynı cinsten kimselerin birliktelikleri hiçbir zaman evlenme olarak sayılmamış, bilâkis kınanacak bir davranış olarak değerlendirilmiştir. Gerçekten de aynı cinsten kişiler arası birliktelikler, bir yandan gelecek nesillerin devamı için tehlike teşkil ederken diğer yandan da insan tabiatının bozulmasına ve toplumda kişiler arası güvensizliğe yol açar. Dolayısıyla ne gerçekte evlenmek istemeyen kimselerin ne de aynı cinsten kimselerin evli sayılması doğru değildir ve bu kimseler arasındaki evlenmenin yokluğunu ileri sürmek, hakkın kötüye kullanımı teşkil etmez.

Türk Hukuku’nda evlenme işleminin şekli ve şekle uymamanın yaptırımını noktasında benimsenen sonuç ise bu sebeplerden ileri gelmemektedir. Gerçekten de TMK m. 142 ve Evlendirme Yönetmeliği m. 7’de evlendirmeye yetkili memurlardan bahsedilmiş, fakat evlenme bu şekilde yapılmazsa işlemin yaptırımının ne olduğu belirtilmemiştir. Kanunda sınırlı şekilde sayılmış evlenmenin butlanına sebep olan durumlar arasında şekle aykırılık sayılmadığından da bu tür bir evlenme doktrinde yok olarak kabul edilmiştir. Diğer yandan, evlenme iradesinin var olduğu ve şekil hâric evlenme açısından tüm şartları taşıyan işlemler de bu vesileyle yok sayılmış bulunmaktadır. Örneğin, evlenme engeli olmayan, farklı cinsten olan, yaş şartını sağlamış, evlenme noktasında iradesi tam ve tek eksiği şu veya bu sebeple yetkili memur önünde olmamak olan tarafların yaptığı evlenmenin yaptırımı yokluktur.

Oysa şekil eksikliğinden çok daha vahim bir engel teşkil eden durumlar, TMK’da mutlak butlan sebebi olarak sayılmış ve böyle bir evlenme iptal edilene kadar geçerli kabul edilmiştir. Örneğin, evlenme sırasında ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan bir kimsenin yaptığı evliliğin yaptırımı, TMK m. 145/I- 2. bentte mutlak butlan olarak kabul edilmiştir. Hâlbuki böyle bir kimsenin evlenme iradesi esasında işlem sırasında tam anlamıyla “yok” tur. Yaptığı işlemin hüküm ve sonuçlarının farkında değildir. Yine evlenmesi yasak olan hısımlar arasında yapılan evlilik de aynı sonuca bağlanmıştır. Örneğin, dayı ile yeğenin, baba ile kızının, anne ile oğlunun, dede ile torunun yaptığı bir evlilik, iptal edilene kadar geçerli kabul edilmektedir. Düşünülmesi bile dehşet verici olan bu sebepler gerçekleştiğinde, evlenmenin mutlak butlan ve iptal edilene kadar geçerli bir evlilik olduğu kabul edilirken, başkaca hiçbir engeli

[56] Aynı yönde, Akkurt, s. 208.

olmamasına rağmen, sırf o an yetkisiz bir memurun işlem yapması ya da içinde bulunduğu toplumun aşamayacağı gereklilikleri dolayısıyla sadece İslâm Hukuku'na göre evlenmek zorunda olan kadının evliliğinin geçersiz sayılması, korunması gerekli bir süje olan kadının mağduriyetini bir kez daha arttırabilmektedir.

Önünde yapılması gereken kimseler farklılık arz etse de evlenmenin belli kimselerin önünde yapılması ve belli ölçüde kamuya açıklığının sağlanması hem İslâm Hukuku'na göre hem Türk Hukuku'na göre yapılan evlenme için zorunluluktur. Fakat İslâm Hukuku'nda evlenmenin önünde yapılacağı kimse, yaygın olarak bilinenin aksine, Dinî ya da resmî kimliğe sahip olması gerekmezken⁵⁷, Türk Hukuku'nda yalnızca bazı kimseler (Evlendirme Yönetmeliği m. 7) önünde yapılan evlilik geçerlidir. Ancak şu rahatlıkla söylenebilir ki her ikisinde de şeklin temel amacı evliliğe aleniyet kazandırmaktır. Türk Hukuku'nda evlilik şeklinin diğer bir faydası, evliliğin idarî olarak kayda alınmasıdır. Ama evlilik tarafların olumlu ve birbirine uygun iradelerini beyan ettikleri anda zaten kurulduğu için, kaydın kurucu şart olma açısından da bir etkisi yoktur. Sonuç olarak tüm şartlar açısından evlenmeye mâni bir durum ve özellikle butlan sebeplerindeki gibi bir sakınca olmamasına rağmen, evliliğin mevzuat hükümleri tarafından tanınmayan bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi, Türk Hukuku'nda evlenmenin hiç ortaya çıkmaması olmasına yol açmaktadır.

İslâm Hukuku kurallarına göre bir evliliğin yapılması, İslâmiyet'in kabulünden bu yana Türk toplumu için görmezden gelinemeyecek bir gerçektir. Elbette evlenmenin resmen yetkili makamlar önünde yapılması, tarafların ve bilhassa kadının menfaatlerine hizmet eder. Ancak günümüzde bile hâlâ böyle bir evliliği gerçekleştirmeye gücü yetmeyen, sadece İslâm Hukuku'na göre yapılmış bir evliliğe, hatta "evlenmeye razı olmak zorunda olan" kadınlar vardır. Çalışmaya konu uyumsuzlukta da olduğu gibi, alacak hem şekli hem maddi açıdan doğmuş olsa bile, Türk Hukuku'na göre evlenmenin yapılmadığından bahisle mehir alacaklarının olmadığını kabul etmek ve evlenmelerinin yokluğunu hakkın kötüye kullanılması suretiyle ileri sürmek, onların mağduriyetini bir kat daha arttırmaktadır. Zaten kendilerini savunamayan kimselerin, daha fazla sömürülmesine yol açmaktadır. Hâl böyle olunca, her ne kadar genel itibariyle yok olan bir işlem TMK m. 2 vasıtasıyla ihya olmasa da evlenmenin yetkili memur önünde yapılmaması sebebiyle yok olan bir işlemdeki şekil eksikliğinin, iradenin hiç olmaması gibi ağır bir sebep olmadığını, dolayısıyla bu noktada TMK

[57] Savaş, s. 126.

m. 2/II itirazının dinlenmesi gerektiğini düşünüyörüz⁵⁸. Hemen ifade etmek gerekir ki bu itiraz tarafların hiçbir şekilde evlenme iradesinin olmadığı, mesela dost hayatı yaşamak istediklerinin açıkça anlaşıldığı uyuşmazlıklarda dinlenilmemelidir. Zira burada taraflar zaten evlenmeyi istememektedirler. Kast edilen evlenmeler, tarafların gerçek bir evlenme iradesi içerisinde olduğu, aralarında başkaca bir evlenme engelini bulunmadığı ve tek eksikliklerinin evlendirme memurunun yetkili memur olmadığı evlenmelerdir.

SONUÇ

Türk Hukuku hükümleri çerçevesinde geçerli bir evliliğin yapılabilmesi için, tarafların bu yönde bir iradeye sahip olmaları, evlenmeye ehil olmaları, aralarında evlenme engelini bulunmaması, usulî şartları yerine getirmiş olmaları ve bu arada yetkili bir evlendirme memurunun önünde evlenmiş olmaları gereklidir. Söz konusu şartlardan bazılarının eksikliği evlenmenin geçerliliğine etki etmezken, bazı şartların sağlanamaması evlenmenin butlanına, bazıları da evlenmenin yokluğuna yol açmaktadır. Çalışmaya konu olan uyuşmazlıkla ilgisi bağlamında, evlenmenin yetkili memur önünde yapılmamış olması, evlenmenin yokluğu sonucunu doğurur.

İncelenen Yargıtay kararında evlenmenin yetkili memur önünde yapılmamış olması, evlenmenin yokluğu ile sonuçlanmış, taraflar sadece İslâm Hukuku hükümlerine göre bir evlenme gerçekleştirmiştir. Taraflar ayrılmaya karar verdiğinde ise İslâm Hukuku hükümleri gereğince taraflar arasında doğan mehir borcu, resmî evlenmenin gerçekleşmemiş olması sebebiyle doğmamış sayılmıştır.

Mehir borcu, İslâm Hukuku hükümlerine göre doğan bir borçtur. Bu sebeple geçerliliğini Türk Hukuku'na göre gerçekleşmemiş evliliğe bağlamak kanaatimizce doğru olmamıştır. Çünkü Türk Hukuku'nda kanuna dayanan bir mehir hakkı yoktur ki bunun geçerliliği, Türk Hukuku hükümlerine göre gerçekleştirilen evliliğe bağlanmış olsun. Mehir alacağıının doğması açısından burada tarafların İslâm Hukuku hükümlerine göre gerçekleştirilen bir evliliği kastettikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlığın, mehir borcunun doğması açısından, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa İslâm Hukuku hükümlerini uygulamayı istedikleri kabul edilerek çözülmesi gerekir. Fakat Türk Hukuku uygulanmak suretiyle uyuşmazlık çözülmek istense de yine mehir borcu doğmuş olurdu. Zira İslâm Hukuku hükümlerine göre gerçekleşen evlilik, uyuşmazlıkta borç doğuran olaydır ve bu olay

[58] Evlenmenin yokluğunu ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği bazı hâllerde TMK m. 2/II itirazının dinlenilebileceğine dair, Erdem & Makaracı Başak, s. 72.

gerçekleştiği için mehir borcu doğmuştur. Mehir borcunun doğuşu esasen şekle bağlı değildir; fakat Yargıtay içtihatları dikkate alındığında bağışlama vaadi olduğu kabul edilse bile, şekil açısından yine bir eksiklik olmayıp borç doğmuş bulunmaktadır.

Uyuşmazlıktaki evlilik Türk Hukuku hükümleri çerçevesinde yapılması gereken bir evliliğin şartlarını sağlamadığı için yok kabul edilmektedir. Genel olarak yok olan işlemlerin hakkın kötüye kullanılması itirazı vasıtasıyla geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Fakat uyuşmazlıkta olduğu gibi, sadece şekil eksikliği olan bir evlilikte, bu eksiklik hakkın kötüye kullanılması suretiyle ileri sürülüyorsa, söz konusu itiraz dinlenilebilir. Elbette evliliğin hem resmen yetkili memur önünde yapılması hem de tarafların Dinî vecibeleri yerine getirmeleri, genelde zayıf taraf olan kadının daha lehine olan ve arzulanan bir durumdur. Fakat herhangi bir sebeple, sadece İslâm Hukuku hükümleri gereğince evlenme yapmak zorunda kalan bir tarafın mağduriyeti, bu evliliğin tanınmaması yoluyla daha fazla arttırılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Acar, Halil İbrahim. İslâm Aile Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2019.
- Akkurt, Sinan Sami. *Türk Medenî Hukukunda Evlenmenin Butlanı*, Aybil Yayınları, Konya 2015.
- Akyüz, Jülide. Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan “Mehir”. *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 37, 2005, s. 213-230.
- Akıntürk, Turgut. *Aile Hukuku*, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık*, Birinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Bilmen, Ömer Nasuhi: *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, Cilt: 2, Ravza Yayınları (Bilmen Yayınevi tarafından neşredilen nüshanın tıpkı basımı), 1. Baskı, İstanbul 2013.
- Bulut, Hüseyin. *Yoksulluk Nafakasının Kusur, Süre ve Yoksulluk Kavramları Işığında Değerlendirilmesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Cin, Halil. İslâm Hukukunda Mehir. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 1, 1972, s. 199-254, (Cin, Mehir).
- Cin, Halil & Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuku Tarihi*, 14. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2022.
- Çakırca, Seda İrem. Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 121-122, 2014, s. 89-116.
- Çolak, Abdullah. İslâm Aile Hukuku, 2. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2019.
- Doğu, Hakkı Mert. Evlenmenin Yokluğu. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XVIII, Sayı: 2, 2021, s. 875-890.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan & Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku Cilt: III, Aile Hukuku*, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Dural, Mustafa & Sarı, Suat. *Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Ekinci, Ekrem Buğra. İslâm Hukuku *Umûmî ve Husûsî Hükümler*, 3. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2018.
- Erdem, Mehmet & Makaracı Başak, Aslı, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Evlenme Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, 8. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, (Hatemi, Aile).
- Hatemi, Hüseyin. *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K. 65 Kuralı)*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, (Hatemi, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık*).
- <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/808/mehir-ne-demektir> (Erişim Tarihi: 31.06.2023).
- İkizler, Metin. *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Kılınç, Ayşe Nur & Kılınç, Ahmet. Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliği. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, 2019, s. 103-118.
- Oğuzman, Kemal & Dural, Mustafa. *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.
- Öztan, Bilge. Resmî Nikâhtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli midir? *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998.
- Pürselim-Arning, Hatice Selin. Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 33, Sayı: 2, 2013, s. 137-151.
- Sağlam, Hadi. İslâm Hukukunda Evlilik Boşanma Sigortası mıdır? *Universal Journal of Theology*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2016, s. 1-19.
- Savaş, Abdurrahman. Evlenmenin Yokluğu. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2000, s. 121-140.
- Serozan, Rona; Engin, B. İlkay & Atamer, Yeşim M. *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi. *Türk Aile Hukuku*, 3. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978.
- Türkmen, Ahmet. Yargıtay'ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri Alınması. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 2, 2020, s. 541-576.
- Uyar, Talih. Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet)" Kuralı (MK.2/I) ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (MK.2/II). *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir 2000, s. 439-465.
- Yalçın, İsmail. İslam Aile Hukuku Ürdün, Fas, Malezya Uygulamaları, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2022.
- Yılmaz, Süleyman & Yıldırım, Abdülkerim. *Medeni Hukuk-I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

KAT MÜLKİYETİ KANUNU VE YARGITAY UYGULAMALARI ÇERÇEVESİNDE ANAYAPININ GÜÇLENDİRİLMESİ VE KAT MALİKLERİNİN BU KAPSAMDA BORÇLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Arş. Gör. Dr. Ayşe KARACA ÖZ

Adnan Alparslan Türkes Bilim ve Teknoloji Üniversitesi

ORC-ID: 0000-0002-4806-0171

akaraca@atu.edu.tr

ÖZET

Ülkemiz bir deprem ülkesidir. Belirli aralıklarla şiddetli depremler yaşanmakta ve büyük can kayıpları meydana gelmektedir. Bu sebeple, depreme karşı konutlarımızı her daim hazır hâle getirmek can ve mal güvenliği için büyük önem taşımaktadır. Güçlendirme sayesinde riskli yapılar eğer güçlendirme ile ayakta kalabilecek nitelikteyse sağlamlaştırılarak can ve mal güvenliğinin temin edilmesi amaçlanmaktadır. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 19/2 hükmüne göre, “Kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça ana gayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana veya boya yaptıramaz. Ancak, ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz.” Kat maliklerinin ana taşınmazın bakımı ve ana taşınmazı koruma borçları bulunmaktadır. Anayapıyı koruma borcu ise, anayapının mimari durumunun, güzelliğinin ve sağlamlığının korunması anlamlarına gelmektedir. Kat malikleri anayapının mimari durumu ve güzelliğini koruma borcu altında oldukları kadar sağlamlığını da korumakla yükümlüdürler. Anayapının sağlamlığını koruma borcu ise, önleyici koruma ve onarıcı koruma olmak üzere iki şekilde tasnif edilebilir. Önleyici koruma, yapıya zarar verecek herhangi bir davranıştan kaçınma yükümlülüğü olarak kısaca ifade edilebilirken; onarıcı koruma ise yapıda meydana gelen tahribatın artmasının önlenmesi amacıyla binanın onarımının ve güçlendirmesinin yapılmasıdır. Güçlendirme ya tüm kat maliklerinin en az beşte dördünün onayıyla alınan kararlarla ya da kat maliklerinden birinin talebi üzerine güçlendirme yapılmasının

zorunlu olduğunun Mahkeme tarafından tespiti durumunda diğer kat maliklerinin rızasına ihtiyaç duyulmaksızın yapılabilir. Anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun Mahkeme tarafından tespiti durumunda güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması hususunda kat maliklerinin rızası aranmamaktadır. Zira acil bir durumda çoğunluk kararının aranması işlemlerin gecikmesine yol açacaktır. Güçlendirme masrafları, kat mülkiyeti ilişkisinde bir “*genel gider*” niteliğindedir. Yargıtay uygulamaları ve kanuni düzenlemeler gereği, kat maliklerinin, zorunlu olduğu tespit edilen güçlendirme çalışmasına özverili şekilde katlanması ve güçlendirme giderlerine de arsa payları oranında katılmaları gerekmektedir. Kat Mülkiyeti Kanunu’nda kat maliklerinin genel giderleri yerine getirmelerini sağlamak için tedbirler yer almıştır. Böylelikle genel giderlerin zamanında yerine getirilmesi sağlanarak kat mülkiyeti ilişkisinin huzurlu şekilde devamı amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kat Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti Kanunu, Anayapıyı Koruma Borcu, Anayapının Güçlendirilmesi, Kat Maliklerinin Borçları ve Yükümlülükleri

REINFORCEMENT THE MAIN IMMOVABLE WITHIN THE FRAMEWORK OF THE CONDOMINIUM LAW AND THE JURISDICTION PRACTICES OF SUPREME COURT AND THE DEBTS AND OBLIGATIONS OF THE CONDOMINIUM OWNERS IN THIS SCOPE

ABSTRACT

Our country is an earthquake country. Severe earthquakes occur at regular intervals and great loss of life occurs. For this reason, it is of great importance for the safety of life and property to make our houses ready for earthquakes at all times. Thanks to the reinforcement, it is aimed to ensure the safety of life and property by strengthening the risky structures if they can survive with the reinforcement. On the other hand, even if the building is undamaged, it is possible to strengthen it in order to make it stronger. According to Condominium Ownership Law Article 19/2, “*One of the condominium owners cannot have construction, repair and facilities, exterior whitewash or paint in different colors done in the common areas of the main real estate unless four-fifths of all condominium owners have written consent. However, if it has been determined by the court that a defect in the common places and facilities has damaged the main structure or an independent section or sections*”

and that it must be repaired urgently or that the main structure must be strengthened, the consent of the condominium owners is not sought for this repair and strengthening in accordance with the project and technique". The condominium owners have debts for the maintenance of the main immovable and for the protection of the main immovable. The obligation to protect the main structure means the preservation of the architectural condition, beauty and durability of the main structure. Condominium owners are obliged to protect the architectural condition and beauty of the main immovable, as well as to preserve its soundness. The debt of protecting the soundness of the main structure can be classified in two ways as preventive protection and restorative protection. While preventive protection can be briefly expressed as the obligation to avoid any behavior that may harm the structure; Restorative protection is the repair and strengthening of the building in order to prevent further damage to the building. Reinforcement can be done without the consent of the other floor owners, if it is determined by the Court that it is necessary to strengthen, either by the decision taken with the approval of at least 4/5 of all condominium owners or upon the request of one of the floor owners. If the Court determines that it is necessary to strengthen the main structure, the consent of the condominium owners is not sought for the reinforcement to be carried out in accordance with the project and technique. Because, seeking a majority decision in an emergency will cause delays in the proceedings. Reinforcement costs are "general expenses" in condominium relationship. In accordance with the Supreme Court practices and legal regulations, condominium owners are required to selflessly bear the strengthening work and participate in the reinforcement expenses in proportion to their land share. In the Condominium Law, there are measures to ensure that the flat owners meet the general expenses. In this way, it was aimed to ensure that the general expenses are fulfilled on time, and the condominium-ownership relationship would continue in a peaceful manner.

Keywords: Condominium, Condominium Law, Debt of Main Structure Protection, Reinforcement of Main Structure, Condominium Owner's Debts and Obligations

GİRİŞ

Ülkemizin deprem ülkesi olması sebebiyle can ve mal kayıplarının önüne geçilebilmesi için binalarımızın depreme dayanıklılığının sağlanması zaruridir. Bu noktada anayapının güçlendirilmesi akla gelen uygulamalardan biridir. Güçlendirme kat maliklerinin kat mülkiyetinden doğan ana yapıyı koruma borçlarındandır. Güçlendirme kararının kat malikleri tarafından nitelikli çoğunlukla alınması veya mahkeme tarafından anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun tespiti durumunda güçlendirme yapılabilir. Güçlendirmeye ilişkin borçlara ve yükümlülüklerle kat malikleri katlanmak zorundadır. Kat maliklerinin borçlarını yerine getirmelerini sağlamak için Kat Mülkiyeti Kanunu'nda belirli tedbirler öngörülmüştür

KAT MALİKLERİNİN ANAYAPIYI KORUMA BORCU KAPSAMINDA GÜÇLENDİRME

Kat Maliklerinin Genel Olarak Anayapıyı Koruma Borcu

Kat maliklerinin kat mülkiyetinden doğan bazı borç ve yükümlülükleri bulunur. Maliklerin bu borçları zamanında yerine getirmesi kat mülkiyeti ilişkisinin huzurlu şekilde devamı için çok önemlidir. Anayapının bakım ve koruma borçları bu borçlardandır.

Anayapıyı koruma borcu, “*anayapının mimari durumunun*”, “*güzelliğinin*” ve “*sağlamlığının*” korunması anlamlarına gelmektedir¹. Kat malikleri en az ana yapının mimari durumunu ve güzelliğini koruma borcu altında oldukları kadar sağlamlığını da korumakla yükümlüdürler.

Anayapının sağlamlığını koruma borcu ise, “*önleyici koruma*” ve “*onarıcı koruma*” olmak üzere iki şekilde tasnif edilebilir. Önleyici koruma, yapıya zarar verecek herhangi bir davranıştan kaçınma yükümlülüğü olarak kısaca ifade edilebilirken; onarıcı koruma ise yapıda meydana gelen tahribatın artmasının önlenmesi amacıyla binanın onarımının ve güçlendirmesinin yapılmasıdır².

Anayapının Güçlendirilmesi ve Şartları

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 19/2 hükmüne göre, “Kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça ana gayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana veya boya yaptıramaz. Ancak, ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının

[1] Germeç, Mahir Ersin & Tanrıverdi, Ezgi. *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyeti Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 79.

[2] Germeç & Tanrıverdi, s. 81.

güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması hâlinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz.³”

Güçlendirme ya tüm kat maliklerinin en az beşte dördünün onayıyla alınan kararlar ya da kat maliklerinden birinin talebi üzerine güçlendirme yapılmasının zorunlu olduğunun Sulh Mahkemesi tarafından tespiti durumunda diğer kat maliklerinin rızasına ihtiyaç duyulmaksızın yapılabilir⁴. Zira acil bir durumda çoğunluk kararının aranması işlemlerin gecikmesine yol açacaktır. Fakat güçlendirme yapılmasının zorunlu olduğu Mahkeme tarafından tespit edilse dahi, yine de onarım ve güçlendirme için onay verip vermemek kat maliklerinin iradesi dahilindedir. Hâkimin, kat maliklerinin yerine geçip onların yerlerine güçlendirmeye onay vermesi mümkün değildir.⁵

Güçlendirme denildiğinde 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun karşımıza çıkmaktadır. Fakat güçlendirme şartları söz konusu kanunda değil Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Yönetmelikte riskli yapılar için yıkım yerine “güçlendirme”nin seçenek olarak yapılabileceği yer almaktadır⁶. Ancak güçlendirmenin yapılabilmesi için belirli şartların bir arada bulunması gerekir. Yönetmelik m. 8/5 hükmüne göre şartlar şunlardır:

- “1. Güçlendirmenin teknik olarak mümkün olduğunun tespit edilmesi
2. KMK m. 19/2 gereği bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızasıyla güçlendirme kararı alınmalı,
3. Güçlendirme projesi hazırlanmalı
4. İmar mevzuatı çerçevesinde ruhsat alınmalı ve İdare tarafından belirlenecek süre içerisinde güçlendirme işi tamamlandıktan sonra, tapu kaydındaki riskli yapı ibaresinin kaldırılması için İlgili Müdürlüğe başvurulmalıdır.”

[3] Kat Mülkiyeti Kanunu m. 19/2 hükmünün ikinci cümlesi- genel kurala istisna olarak 14.11.2017 tarihli 5711 sayılı kanunla eklenmiştir.

[4] Genç Arıdemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti I*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023; Yıldırım, Abdulkerim. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, 98.

[5] “...hakimin davalı maliklerin yerine geçip yapılacak değişikliğe muvafakat vermiş sayılmasına karar vermesine olanak yoktur. Yapılacak iş tüm kat maliklerinin yararına olsa da muvafakat vermeyen kat maliki buna zorlanamayacağı gibi ortaya koymuş olduğu özgür iradesi hakkın kötüye kullanımını olarak da nitelendirilemez. Bu bakımdan, hâkimin davalı kat maliklerinin iradesinin yerine geçerek yapılacak değişikliğe muvafakat vermiş sayılmasına karar vermesine yasal olarak olanak yoktur...” YHGK, E. 2006/18-528, K. 2006/559, T. 20.09.2006, www.kazancı.com.tr (Erişim Tarihi:01.05.2023).

[6] Fakat Yönetmelikte güçlendirme bir zorunluluk olarak değil yıkım yerine tercih edilebilecek bir seçenek olarak yer almıştır. Bu yüzden şartlar bulunsa bile kat maliklerinin yapının güçlendirilmesi yerine yıkılmasına ilişkin karar vermeleri mümkündür. Ayar, Ahmet. *Kat Mülkiyetinden Doğan Bazı Borç İlişkileri*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 95

Kat malikleri Yönetmelik gereği yapının güçlendirilmesini tercih ederlerse, Yönetmelik m. 8/5 hükmüne göre güçlendirmenin teknik olarak uygun olduğunun tespit ettirilmeli, kat maliklerinin beşte dört oranında yazılı rızası ile güçlendirme kararı verilmeli, güçlendirme projesi hazırlatılmalı, imar mevzuatı çerçevesinde ruhsat alınmalı ve idare tarafından belirlenen süre içerisinde güçlendirme tamamlanıp tapudaki riskli yapı ibaresinin kaldırılması için ilgili Müdürlüğe müracaat edilmelidir⁷.

Ancak riskli yapılar için güçlendirme yapılmasının zorunlu olduğunun Mahkeme kararı ile tespiti durumunda artık kat maliklerinin rızası aranmaz. Böyle bir yapının güçlendirilmesi için Kat Mülkiyeti Kanunu m. 19/2 hükmündeki şartlarla mahkeme kararının alınması ve Yönetmeliğin m. 8/5 hükmündeki şartların mevcut olması gerekir⁸.

KAT MÜLKİYETİ KANUNU VE YARGITAY UYGULAMALARI ÇERÇEVESİNDEKAT MALİKLERİNİNANAYAPININGÜÇLENDİRİLMESİ SEBEBİYLE ORTAYA ÇIKAN BORÇLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Kat maliklerinin kat mülkiyetinden doğan borçlarından biri de “*genel giderlere katılma borcudur*”⁹. Anayapının yönetimi ile ilgili masraflar, ortak yerlerin kullanılması veya korunması sebebiyle doğan masraflar, ortak yerlerin ve tesislerin işletilmesinden doğan masraflar, “*genel giderlere*” örnek olarak gösterilebilir. Güçlendirme de anayapının korunması için yapılan masraflardan olduğundan bir “*genel gider*” niteliğindedir.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 20 hükmüne göre, “*Kat malikleri, aralarında başka bir anlaşma bulunmadıkça, Ana gayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında katılmakla yükümlüdürler*”¹⁰. Ancak kanun hükmü emredici nitelikte değildir. Kat maliklerince genel giderlerin nasıl ödeneceği Yönetim Plânında yer alabilir. Yönetim Plânında buna ilişkin bir düzenleme yoksa Kat Malikleri

[7] Ayar, s. 94.

[8] Ayar, s. 95.

[9] Ürem, Müge. *Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular (KMK m. 20/1 ve 22/1 Hükümleri Uyarınca)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, 40; Akkök, Semih. *Kat Maliklerinin Genel Giderlere Katılma Yükümlülüğü. Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 154, 2019, s. 1154-1171, <https://www.jurix.com.tr/> (Erişim Tarihi: 02.05.2023); Genç Aridemir, s. 782; Ayar, s. 97.

[10] *Kat Mülkiyeti Yasası'nın 20. Maddesine göre, kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça anataşınmazın kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine, bunlar için toplanacak avansa eşit olarak, bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere, ortak tesislerin işletme giderlerine, giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında katılmakla yükümlüdür...*” Y. 18 HD. E. 2010/11429, K. 2010/15920, T. 09.12.2010, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:01.05.2023).

Kurulu tarafından da bu konuda alınan bir karar bulunmuyorsa, KMK m. 20 hükmü uygulanır¹¹.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 19 hükmünde 2007 yılında değişiklik yapılmış ve 19/2 hükmüne bir paragraf eklenmiştir. Ancak doktrinde, güçlendirmeye ilişkin masrafların ciddi tutarlara ulaştığı, kat maliklerinin ekonomik olarak yetersizlikleri veya başka sebeplerle bu katkıyı sağlayamamaları durumunda mahkemenin verdiği kararın bir tespit hükmü niteliğinde olup icraya konulamayacağı bu sebeple de çözümden uzak olduğu hususu ifade edilmiştir¹². Zira 5711 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce de Yargıtay uygulamalarında¹³, bir kat malikinin anayapının güçlendirilmesi hususunda Mahkemeye başvurup güçlendirmenin zorunlu olduğuna ilişkin mahkeme kararı alması neticesinde diğer kat maliklerinden güçlendirme talep edebileceği ve güçlendirme masraflarını diğer kat maliklerinden eda davası ile isteyebileceği kabul edilmekteydi¹⁴. Diğer yandan güçlendirmeye ilişkin masrafların çok büyük meblağlara tekabül etmesi ve bu masrafların karşılanmasına ilişkin kredi vs. ilişkin kanunî bir düzenlemenin (kolaylığın) yapılmamış olması da doktrinde eleştiri konusu olmuştur¹⁵.

Genel giderlere katılma borcu her kat maliki açısından kendi dönemiyle sınırlı olmak üzere, “eşyaya bağlı bir borçtur”¹⁶. Bağımsız bölüme malik olma sebebiyle borç doğmuştur Her kat malikinin bağımsız bölümün mülkiyetini kazandığı andan itibaren genel giderlere ilişkin sorumluluğu başlar. Buna bağlı olarak bağımsız bölümün maliki değiştiğinde borçlu da değişir¹⁷.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 23 hükmünde güçlendirme yapılması hâlinde bağımsız bölümlerden yararlanılması gerektiği takdirde kat maliklerinin güçlendirmeye ilişkin işlemlerin yapılmasına katlanmakla yükümlü olduğu yer almıştır¹⁸. Yargıtay içtihatlarında da kat maliklerinin, güçlendirme çalışmasına özverili şekilde katlanmaları gerektiği yer

[11] Ayar, s. 100 vd.; Ürem, s. 76 vd.

[12] Bkz. Arpacı, Abdulkadir. Kat Mülkiyetine Tabi Yapıların Güçlendirilmesine İlişkin Yeni Düzenlemeye Kısa Bir Bakış. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2009, s. 85-89, 87 vd.

[13] YHGK, E. 2006/18-528Ü, K. 2006/559, T. 20.09.2006, Y. 18 HD. E. 2012/1291, K. 2012/3287, T. 29.03. 2012, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:01.05.2023).

[14] Genç Arıdemir, s. 744.

[15] Arpacı, s. 87 vd.

[16] Ertaş, Şeref. *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 288; Akkök, s. 1160; Kurt, s. 301; Ürem, s. 43 vd.

[17] “Bir kat maliki, bağımsız bölümünü bir başkasına satıp devrettikten sonra gerçekleşen ortak giderlerden sorumlu tutulamaz. Bağımsız bölümü satın alan yeni malik ödemekle yükümlüdür.” Y. 18 HD. E. 2013/926, K. 2013/1714, T. 12.02.1013, www. kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:01.05.2023).

[18] Aksan Nar, Şerife. *Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tâbi Olduğu Hukuki Rejim*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 103; Genç Arıdemir, s. 774; Germeç, s. 576.

almaktadır¹⁹.

Yargıtay, güçlendirme işlemleri sırasında bir kat malikinin bağımsız bölümünde daha fazla alan daralması ve zarar oluşmuşsa bu zararın tüm kat maliklerince arsa payları oranında karşılanması gerektiği yönünde karar vermiştir²⁰.

KAT MALİKLERİNİN GÜÇLENDİRMEYEN DOĞAN GENEL GİDER BORÇLARINI YERİNE GETİRMELERİNE İLİŞKİN TEDBİRLER

Genel giderlerin düzenli şekilde ödenmesi kat mülkiyeti ilişkisinin huzurlu ve güvenli olarak devamı için elzemdir. Bu sebeple kanun koyucu Kat Mülkiyeti Kanunu'nda kat maliklerinin genel giderleri yerine getirmelerini sağlamaya ilişkin bazı düzenlemeler yapmış, tedbirler almıştır. Bu tedbirler; dava ve icra takibi, gecikme tazminatı talebi, kat malikinin bağımsız bölümünden devamlı şekilde faydalanan diğer kişilere başvuru, bağımsız bölüm üzerinde kanunî ipotek hakkı, genel gider alacağına tanınmış olan öncelik ve kat mülkiyetinin devri zorunluluğudur²¹.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 20 hükmü gereği, yönetici veya kat maliklerinden her biri genel gider borcunu ödemeyen kat malikine dava açabilir ve icra takibinde bulunabilir. Ayrıca genel gider borcunu yerine getirmeyen kat malikine yapılan icra takibine itiraz edilip icranın durması hâlinde, icra takibinin devam etmesini sağlamak için itirazın iptali davası açılabilir ya da icra mahkemesine başvurularak itirazın kaldırılması talep edilebilir (KMK m. 20). Zira kesinleşmiş olan işletme projeleri ya da kat malikleri kurulu tarafından işletme giderleri bakımından alınan kararlar İcra İflas Kanunu m. 68/1 hükmünde düzenlenen belgelerdendir.

Genel gider ve avans borcunu yerine getirmeyen kat malikinden aylık yüzde beş²² gecikme tazminatının²³ talep edilmesi imkânı bulunmaktadır (KMK m. 20).

[19] "...Ana taşınmazın sağlamlığını titizlikle korumakla yükümlü olan tüm kat maliklerinin katılım ve katlanmasını gerektiren böyle bir onarım ve güçlendirme çalışması, onların can ve mal güvenliği açısından zorunlu olduğundan, tüm kat maliklerinin bu hususta özenli ve duyarlı davranması, yapının sağlamlştırılmasını geciktirip engellemek yerine, objektif iyiniyet kuralları içinde yapım işini kolaylaştırması gerekir..." Y. 18. HD. E. 2001/5899, K. 2001/7856, T. 24.09.2001, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.05.2023).

[20] "...Yapının güçlendirilmesi nedeniyle bazı bağımsız bölümlerde alan daralması ya da şekil bozukluğu olduğunda ve diğerlerine oranla daha fazla zarar olduğunda, bu zarar da tüm kat malikleri tarafından arsa payları oranında karşılanacaktır." Y. 18 HD, E. 2000/8703, K. 2000/8703, T. 14.09.2000, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.05.2023).

[21] Detaylı bilgi için bkz. Kurt, Ekrem. "Kat Maliklerinin Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğünün Özellikleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 4, Sayı: 14, 2013, s. 299-328, s. 313; Ayar, s. 153 vd.; Akkök, s. 1165 vd.; Genç Arıdemir, s. 819.

[22] 5711 sayılı kanunla hükümde değişiklik yapılmadan önce oran aylık yüzde on idi.

[23] Doktrinde gecikme tazminatının hukukî niteliğine ilişkin yapılan tartışmalar için bkz. Ayar, s. 159; Genç Arıdemir, s. 838.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 22 hükmüne göre, bağımsız bölümde, kira sözleşmesi, oturma hakkı ya da herhangi başka bir sebeple oturan kimseler de kat malikinin payına düşen avans ve giderden müşterek ve müteselsil olarak sorumlu olurlar. Burada kiracı için sorumluluk kira miktarı ile sınırlıdır²⁴.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda, kat malikinin borcunun bağımsız bölümü kullanan diğer kişilerden de alınmaması ihtimaline ilişkin olarak tescile tabi bir kanunî ipotek hakkı öngörülmüştür. Böyle bir ipotek hakkının tescilinin talep edilebilmesi için kat malikinin genel gideri veya bu gidere ilişkin avans payını ödemiş olması gerekir. Ayrıca ödenmeyen alacak kat malikinden de bölümü sürekli olarak kullanan kimselerden de dava veya icra takibi sonucunda elde edilememiş olmalıdır²⁵. Kanunî ipotek hakkının tescilini varsa yönetici yoksa kat malikleri yazılı olarak talep edebilir. Fakat yöneticinin bulunmaması hâlinde her kat maliki de bu hakkın tescilini isteyebilir. Kanunî ipotek hakkından önceden yapılan feragatler geçersizdir²⁶. Bu bakımdan yönetim planına bu yönde bir hüküm eklenmesi durumunda bu hüküm geçerli değildir²⁷.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 22 hükmünde, kat maliklerinin genel gider borcunu ödemeyen kat maliklerinden ve diğer sorumlulardan olan alacaklarının öncelikli alacak niteliğinde olduğu düzenlenmiştir. Bu alacaklar haciz yoluyla takipte hacze öncelikli olarak katılırlar ve hacizli mal satıldığında ise elde edilen paradan öncelikli şekilde ödenmektedirler²⁸.

Yaptırımlardan şüphesiz en ağır olanı ise sonuncusu olan kat mülkiyetinin devri zorunluluğudur. Genel gider ve avans borcunu yerine getirmeyen kat malikinin belirli şartların varlığı hâlinde kat mülkiyetini devir zorunluluğu bulunabilir. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 25 hükmüne göre, devir zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için bir kat malikinin borç ve yükümlülüklerini yerine getirmemesinin diğer kat maliklerinin mülkiyet hakkını onlar için çekilmez derecede ihlâl etmesi gerekir. Çekilmezlik unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği hâkim tarafından dürüstlük kuralı çerçevesinde tespit edilir²⁹. Ancak çekilmez derecede ihlâl hangi hâllerde mevcut olacağına ilişkin Kat Mülkiyeti Kanunu m. 25 hükmünde bir düzenleme yer almıştır. İlgili hükümde iki takvim yılı içerisinde üç defa icra veya dava edilmeye sebep olma hâli bir çekilmezlik

[24] Genç Arıdemir, s. 907; Akkök, s. 1166; Ürem, s. 149.

[25] Ayar, s. 172.

[26] Ayar, s. 172.

[27] Arpacı, Abdulkadir. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Bedir Yayınevi, 1984, İstanbul, s. 286; Ayar, s. 172.

[28] Akkök, s. 1168; Kurt, s. 321.

[29] Akıncı, Yağmur. *Kat Mülkiyetinde Ortak Gider ve İfası*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2011, s. 128; Akkök, s. 1168.

unsuru olarak düzenlenmiştir³⁰. Bunlar gerçekleştiğinde hâkim artık takdir yetkisini kullanmayacak çekilmezlik unsurunun gerçekleştiği kabul edilecektir³¹. Değişiklikle beraber, eski düzenlemeden farklı olarak devir zorunluluğunun doğabilmesi için diğer kat maliklerinin çifte çoğunlukla yani sayıca ve arsa payı oranlarına göre ayrı ayrı çoğunluğu sağlayarak karar vermeleri aranmaktadır³². Ancak karar bulunmasına rağmen bazı kat maliklerinin dava açmak istememeleri durumunda davayı diğer kat maliklerinin açması mümkündür. Bu durumda hâkim hüküm vermeden önce, hak sahibine ödenecek devir bedelinin üçer aylık vadeli hesaba yatırılması ve bunun makbuzunun mahkeme sunulması için davacılar re'sen uygun bir süre tayin etmektedir. Bedelinin yatırıldığına dair makbuzun Mahkemeye ibrazı ve davanın kabulü hâlinde hâkim davalının bağımsız bölümünün mülkiyetini arsa payları oranında davayı açan kat maliklerine devrine hükmeder. Devir bedeli ise işleyen faizi ile beraber davalıya ödenir³³.

Kat maliklerinin Kat Mülkiyeti Kanunu m. 23 hükmünde yer alan güçlendirmeye ilişkin işlemler için bağımsız bölümlerine girilmesine izin vermemeleri hâlinde diğer kat malikleri hâkimin müdahalesini talep edebilirler³⁴. Hâkim eğer onarım ya da inceleme yapılmasına karar verirse, buna rağmen yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda icra yoluyla kararın yerine getirilmesinin sağlanması mümkündür³⁵.

SONUÇ

Ülkemizde yaşanan büyük depremlerde binlerce insan hayatını kaybetmiş ve bunun yanı sıra ciddi mal kayıpları yaşanmıştır. Can ve mal güvenliğinin sağlanması için binaların sağlam olması büyük önem taşımaktadır. Binalarımızın sağlamlaştırılması için büyük bir facianın yaşanmasını beklemek yerine yaşam alanlarımızı depreme hazır hâle getirmek ülkemiz gibi aralıklarla şiddetli depremler meydana gelen bir deprem ülkesinde en makul çözüm olacaktır. Binaların sağlamlaştırılması hususunda yapılan uygulamalardan biri de binaların güçlendirilmesidir. Güçlendirme sayesinde binalar depremlere karşı daha dayanıklı duruma getirilmektedir.

Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre güçlendirme tüm kat maliklerinin en az beşte dördünün onayıyla alınan kararlarla ya da kat maliklerinden birinin talebi üzerine güçlendirme yapılmasının zorunlu olduğunun Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından tespiti durumunda diğer kat maliklerinin

[30] Akkök, s. 1168.

[31] Akkök, s. 1168.

[32] Kurt, s. 322; Akkök, s. 1169.

[33] Akkök, s. 1169.

[34] Genç Arıdemir, s. 778.

[35] Genç Arıdemir, s. 778.

rızasına ihtiyaç duyulmaksızın yapılabilir. Güçlendirme masrafları, kat mülkiyeti ilişkisinde bir “genel gider” niteliğindedir. Kat malikleri genel giderlere arsa payları oranında katılmakla yükümlüdürler. Kat Mülkiyeti Kanunu’nda kat maliklerinin genel giderleri yerine getirmemelerini önlemek adına bazı tedbirler yer almıştır. Böylelikle genel giderlerin zamanında yerine getirilmesi sağlanarak kat mülkiyeti ilişkisinin huzurlu şekilde devamı amaçlanmıştır. Ancak güçlendirme şartlarına ve kat maliklerinin güçlendirmeden doğan borçlarına ilişkin kanunî düzenlemeler bulunmakla beraber güçlendirme masraflarına ilişkin kredi imkânı vs gibi herhangi bir kolaylık kanunda hüküm altına alınmamıştır. Güçlendirme çok masraflı bir iştir. Hâl böyle olunca, kat malikleri ekonomik imkânsızlıklar nedeniyle güçlendirme yaptırmak istemeyebilir veya yaptıranlar da ciddi maddi sıkıntı içerisine düşebilir. Doktrinde bu husus eleştiri konusu olmuştur. Bu sebeple kanaatimizce güçlendirmenin teşviki için kat maliklerine güçlendirmeye ilişkin bazı ekonomik kolaylıklar sağlayan bir kanunî düzenlemenin yapılması önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Yağmur. *Kat Mülkiyetinde Ortak Gider ve İfası*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2011.
- Akkök, Semih. Kat Maliklerinin Genel Giderlere Katılma Yükümlülüğü. *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 154, 2019, s. 1154-1171.
- Aksan Nar, Şerife. *Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tabii Olduğu Hukuki Rejim*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Arpacı, Abdulkadir. Kat Mülkiyetine Tabi Yapıların Güçlendirilmesine İlişkin Yeni Düzenlemeye Kısa Bir Bakış. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2009, s. 85-89.
- Arpacı, Abdulkadir. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Bedir Yayınevi, 1984, İstanbul.
- Ayar, Ahmet. *Kat Mülkiyetinden Doğan Bazı Borç İlişkileri*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Ertaş, Şeref. *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- Genç Arıdemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti I*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Germeç, Mahir Ersin. *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Germeç, Mahir Ersin & Tanrıverdi, Ezgi. *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyeti Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Kurt, Ekrem. Kat Maliklerinin Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğünün Özellikleri. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 4, Sayı: 14, 2013, s. 299-328.
- Ürem, Müge. *Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular (KMK m. 20/1 ve 22/1 Hükümleri Uyarınca)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Elektronik Kaynaklar

Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com.tr.
Jurix Hukuk Veritabanı <https://www.jurix.com.tr>.

7445 SAYILI KANUN İLE HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNUNA EKLENEN (HUKAK M. 17/B/2) TASARRUF YETKİSİ KISITLAMASI ŞERHİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Kağan ZENGİN

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0001-8414-8739

hkz_law@hotmail.com

ÖZET

Türk Medenî Kanununda taşınmazlara ilişkin tasarruf kısıtlamaları kabul edilmiş ve bazı hâllerde bu kısıtlamaların şerh verilebileceği öngörülmüştür. Şerh; taşınmazlar üzerinde kurulan şerh edilebilir kişisel hakları güvence altına alan, tasarruf yetkisi kısıtlamalarını gösteren veya geçici tescil sağlayan tescil benzeri bir işlemdir. TMK üç farklı konu açısından şerh imkânı tanımaktadır: Kişisel hakların şerhi (TMK m. 1009), tasarruf yetkisi kısıtlamaları şerhi (TMK m. 1010) ve geçici tescil şerhi (TMK m. 1011). TMK dışında başka kanunî düzenlemelerle de şerh imkânının tanınabileceği yine TMK'da ifade edilmiştir. “Şerh edilebilirlik” sınırlı sayı ilkesine tabidir ve yalnızca kanunda öngörülen hâllerde tapu siciline şerh işlemi yapılabilir. Bu nedenle tapu siciline şerh işleminin yapılabileceğini işaret eden kanunî düzenlemenin bunu açıkça öngörmesi gerekmektedir. 1.9.2023 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 17/B/2 düzenlemesine göre taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda da tapu siciline tasarruf kısıtlaması şerhi verilmesi imkânı tanınmıştır.

Çalışmamızda Arabuluculuk Kanunu m. 17/B/2'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulanabilir hâle gelecek olan tasarruf kısıtlaması şerhi incelenecektir. Aynı kanun maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “icra edilebilirlik şerhi” konusu çalışmamızın kapsamı dışındadır. Kanunun işaret ettiği tasarruf kısıtlaması şerhinin verilebilmesi için üç şartın birlikte sağlanması icap etmektedir. İlk olarak uyuşmazlığın tarafları bu konuda yazılı rıza göstermelidir. İkinci olarak arabulucunun tarafların bu kararını tutanak altına alması gerekir. Üçüncü ve son olarak ise arabulucunun talepte bulunması gerekir. Kanun koyucu şerhin arabuluculuk süreciyle sınırlandırılması gerektiğine vurgu yapmış ve şerh için üç aylık azami süre belirlemiştir. Şerhin sona ermesi meselesi

de yine aynı düzenlemede yer almaktadır. Bu bağlamda arabulucunun talebiyle ya da şerh süresinin dolmasıyla şerh sona erer.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda yeni ihdas edilen ve tasarruf kısıtlaması şeklinde olan bu şerhin kurucu ya da bildirici niteliğinin tespit edilmesi de incelenmesi gereken önemli bir meseledir. Şerh bildirici nitelikte kabul edilirse, arabulucuda şerh anlaşmasının yapılmasıyla tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Aksi bir düşünceyle, tapu siciline şerh verilmesiyle birlikte malikin tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olduğu kabul edilirse şerhin niteliği kurucudur. Öte yandan arabulucunun şerh konusundaki anlaşmayı doğrudan doğruya tapuya yollayabilmesinin mümkün olduğu gözükmektedir. Bu bağlamda yeni düzenleme ile Türk Medenî Kanununun konuya ilişkin düzenlemeleri karşılaştırmalı olarak incelenip ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz mülkiyeti, Şerh, Tasarruf kısıtlaması şerhi, Arabuluculuk, Mülkiyet hakkı.

AN EVALUATION ON THE DISPOSAL RESTRICTION NOTATION ADDED TO THE LAW ON MEDIATION IN CIVIL DISPUTES WITH THE LAW NUMBER 7445 (HUKAK M. 17/B/2)

ABSTRACT

The Turkish Civil Code recognises disposition restrictions on immovables and stipulates that these restrictions may be annotated in certain cases. An annotation is a registration-like transaction that secures annotable personal rights on immovable property, indicates restrictions on the power of disposition or provides temporary registration. The TCC provides the possibility of annotation in terms of three different subjects: Annotation of personal rights (Art. 1009 TCC), annotation of restrictions on the power of disposition (Art. 1010 TCC) and temporary registration (Art. 1011 TCC). It is also stated in the TCC that the possibility of annotation may be granted by other legal regulations other than the TCC. “Annotability” is subject to the principle of limited number and annotation can only be made to the land registry in cases stipulated by law. For this reason, the legal regulation indicating that annotation can be made to the land registry must clearly stipulate this. Pursuant to Article 17/B/2 of the Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes, which will enter into force on 1.9.2023, it is possible to annotate a restriction of disposition to the land registry in disputes regarding the transfer of immovable property or the establishment of limited real rights on immovable property.

In our study, the annotation of restriction of disposition, which will become applicable upon the entry into force of Article 17/B/2 of the Mediation Law, will be analysed. The “annotation of enforceability” in the fourth paragraph of the same article is outside the scope of our study. In order to grant the annotation of restriction of disposition, three conditions must be fulfilled together. Firstly, the parties to the dispute must give written consent in this regard. Secondly, the mediator must record this decision of the parties. Third and lastly, the mediator must make a request. The legislator emphasised that the annotation should be limited to the mediation process and set a maximum period of three months for the annotation. The termination of the annotation is also included in the same regulation. In this context, the annotation expires upon the request of the mediator or upon the expiry of the annotation period.

The determination of the constitutive or declarative nature of this annotation, which is newly introduced in the Law on Mediation in Civil Disputes and which is in the form of a restriction on disposition, is also an important issue to be examined. If the annotation is deemed to be declarative, the mediator’s power of disposition is restricted by the execution of the annotation agreement. On the contrary, if it is accepted that the owner’s power of disposition is restricted with the annotation to the land registry, the nature of the annotation is constitutive. On the other hand, it seems possible for the mediator to send the agreement on the annotation directly to the land registry. In this context, the new regulation and the relevant provisions of the Turkish Civil Code will be analysed and discussed comparatively.

Keywords: Immovable property, Annotation, Disposition restriction annotation, Mediation, Property right.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girecek olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa¹ (HUAK) eklenen m. 17/B/2’de yer alan tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhidir. 7445 sayılı Kanun² ile getirilecek olan bu yenilikle ilgili olmayan kanun değişiklikleri konumuzun kapsamı dışındadır.

Çalışmamızın birinci kısmında şerhler genel olarak ele alınacak olup, şerhlerin farklarına ve ortak özelliklerine kısaca değinilecektir. Öncelikle

[1] 28331 sayılı 07/06/2012 tarihli RG.

[2] 32154 sayılı 05/04/2023 tarihli RG.

şerhin tanımına yer verilecek, Türk Medenî Kanununun şerhlere ilişkin düzenlemeleri ve kabul ettiği sistem dikkate alınacaktır.

Tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhlerinden olan çekişmeli hakların korunmasına dair mahkemelerin almış olduğu kararların şerh edilmesi meselesinin arabuluculuk şerhine benzerliği dolayısıyla özel olarak ele alınması gerektiği düşüncesiyle ikinci kısımda bu şerh ayrıntılarıyla bildirinin içeriğinde yer alacaktır. Bu inceleme sonrasında arabulucunun tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhini hangi uyumsuzluklar bakımından verebileceği konusu HUAK düzenlemesi çerçevesinde belirlenmeye çalışılacaktır. Çalışmamızın son bölümünde ise arabuluculukta tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi genel olarak incelenecek ve konuyla ilgili tespitlerimiz yapılacaktır.

TÜRK MEDENÎ KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN ŞERHLER

Şerhin Tanımı ve Genel Özellikleri

Şerh, yalnızca kanunda öngörülen bazı hukukî durumların tapu kütüğünde şerhler sütununa yazılması işlemidir³. Şerh işlemi doğrudan doğruya aynı haklara ilişkin değildir. Bu noktada şerh işlemi tescil işleminden ayrılır⁴. Şerh, taşınmazla ilgili diğer bazı hukukî ilişkileri

[3] Akıntürk, Turgut. *Eşya Hukuku*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 317. Benzer tanımlar için bkz. Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel. *Şekli Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 302; Antalya, O. Gökhan. *Eşya Hukuku Cilt II Tapu Sicili*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018 (Antalya, *Eşya Hukuku*), s. 176; Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 11. Baskı, Konya, 2014, s. 398; Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 279. Bir başka tanım için bkz. “Şerh kavramını taşınmazlara ilişkin; ancak aynı hak olmayan ve aynı haklara doğrudan dayanmayan bir hakkı veya hukukî ilişkiyi (durumu) kamuya açık ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hâle getiren tapu sicili işlemi olarak tanımlayabiliriz.”, Doğan, Murat. *Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 12. Elektronik kayıt sistemiyle ilgili tekrardan kaçınmak adına aşağıdaki açıklamalarımıza atf yapmakla yetiniyoruz. Bkz. IV/B. Tapu Kütüğüne Şerhin Verilmesi Usulü. Beyanlar; taşınmazlarla ilgili bazı fiili ve hukukî durumlara veya mevcut bazı haklara açıklık sağlamak işlevi görür. Sirmen, Lâle. *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 239. Beyan ve şerh, her şeyden önce konuları itibarıyla birbirinden farklı olan tapu sicili işlemleridir. Beyanların konusunu taşınmazın hukukî veya fiili durumuna ilişkin hususlar oluştururken şerhin konusunu ya bir kişisel hak ya bir tasarruf yetkisi kısıtlamasına ya da geçici tescil oluşturur. Özellikle tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhleri ile taşınmaz mülkiyetine ilişkin kamu hukuku kısıtlamalarının beyanları birbirine benzerlik göstermektedir: Doğan, s. 109; aynı yönde: Ünal/Başpınar, s. 303 Tapu kütüğünü kilitleyen şerhler tipik değildir ve beyanlara benzerlik göstermektedir. Bkz. Doğan, s. 138. Ayrıca bkz. “*Türk Medeni Kanunu'nun 1012 ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün 60-64. maddelerinde düzenlenen "beyanlar" tescillerinden ve şerhlerden farklıdır. Kural olarak ne bir aynı hak doğurur nede kişisel bir hakkı güçlendirmeye yarar. Beyanın niteliğine göre beyana bağlanan sonuç değişmektedir. Somut olayda, beyanlar sütununa, "3194 S. İmar Kanun'u 32 ve 42. maddeleri kapsamında bu parsel üzerindeki bina için ruhsat ve eklerine aykırı inşaat yapıldığından Bakırköy Belediyesi'nce yıkım ve para cezasının verildiği bildirilmiştir."* şerhi yazılmış olup bunun amacı (gayrimenkulle ilgili bazı fiili veya hukukî durumlara ya da zaten mevcut bazı haklara aleniyet kazandırmaktan ibaret bulunduğundan) mahkemeye beyanlar hanesindeki belirtmelerin kaldırılması davasını reddetmesi gerekir.”, Yarg. 14. HD., 2008/12860 E., 2008/15196 K., 5.12.2008 T., KBB, Erişim Tarihi: 30.04.2023; Beyanlar şekli ve maddî hukuk yönünden oldukça zayıf sonuçları olan bir tescil türüdür. Gürsoy, Kemal T.; Eren, Fikret & Cansel, Erol. *Türk Eşya Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 425, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 292.

[4] Şerh ile bir aynı hak doğmaz veya aynı hakkın durumunda bir değişiklik meydana gelmez. Simoniüs, Pascal/Sutter, Thomas. *Schweizerisches Immobilienarsachenrecht Band I: Grandlagen*,

açıklamaya yönelik bir işlemdir⁵. Türk Medenî Kanununda⁶ (TMK) öngörülen şerh⁷ türlerinin hukukî etki ve sonuçları farklıdır⁸. TMK⁹ ya göre; kişisel haklar, tasarruf yetkisi kısıtlamaları ve geçici tescil şerhi konulabilir (TMK m. 1009, m. 1010 ve m. 1011)¹⁰. Şerh işlemleri, numerus clausus (sınırlı sayıda olma) ilkesine tabidir¹¹. Ancak kanunda açıkça belirtilen hâllerde tapu kütüğünde şerh işlemi yapılabilir¹².

Şerhlerin ortak özellikleri genel olarak şöyle sıralanabilir¹³:

Şerhler konusunu oluşturan hak ve hukukî ilişkiye aynî hak özelliği kazandırmaz¹⁴.

Şerhler, konusunu oluşturan hukukî ilişkiye aynî etki kazandırır¹⁵.

Şerhler, kural olarak tapu sicilini kapatan bir etki doğurmaz. Yâni şerh işlemiyle birlikte kural olarak tapu kütüğünde ilgili taşınmazla ilgili olarak işlem yapılmaya devam edilebilir.

Şerhler geçici niteliktedir. Oysa tescil işlemleri kural olarak kalıcı niteliği haizdir.

Şerhe dayanarak iyiniyetli aynî hak iktisabı olmaz.

Grundbuch und Grundeigentum, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1995, s. 226. Ancak şerhlere, tescillerin yapılması ve terkinine ilişkin hükümler uygulanır. Esener, Turhan/Güven, Kudret. *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 180; Şerh de tescil gibi hem tapu kütüğüne yazılma işlemi ve hem de bu yazılma işleminden sonraki durumu ifade eder. Akipek, Jale G. *Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 308, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 387-388.

[5] Doğan, s. 11.

[6] 8/12/2001 tarihli ve 24607 sayılı RG.

[7] Birbirinden farklı sonuçları olsa da onları ortak noktada birleştiren her şeyden önce “şerh” kavramıdır. Bkz. Simonius & Sutter, s. 226.

[8] Gürsoy, Eren & Cansel, s. 292; Ünal & Başpınar, s. 302.

[9] Şerhler yalnızca Türk Medenî Kanunu’nda öngörülmemiştir. Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 177. Şerhler bakımından sınırlı sayıda olma ilkesi geçerli olsa da bu ilke TMK’ya münhasır değildir. Bkz. Aybay, Aydın & Hatemi, Hüseyin. *Eşya Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 92.

[10] Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer & Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 242. 17/8/2013 tarihli ve 28738 sayılı Tapu Sicili Tüzüğü (TST) m. 46 vd. da şerhlerle ilgili düzenlemeler içermektedir.

[11] Gürsoy, Eren & Cansel, s. 291; Ünal & Başpınar, s. 303; Tekinay, Selâhattin Sulhi & Akman, Sermet & Burcuoğlu, Halûk & Altop, Atilla. *Türk Eşya Hukuku Cilt I Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 378.

[12] Simonius & Sutter, s. 229.

[13] Doğan, s. 13 vd.

[14] Akipek, s. 393.

[15] Esener & Güven, s. 180; Aybay & Hatemi, s. 92. Şerhin munzam (aynî) etki ve eşyaya bağlı borç etkisi şeklinde iki önemli etkisi bulunmaktadır. Şerhin munzam etkisi sayesinde şerhten sonra kurulan ve şerhle etkisi kuvvetlendirilmiş olan kişisel hakla bağdaşmayan aynî haklar etkisiz hâle gelir. Eşyaya bağlı borç etkisi ise, şerhle etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel hakkın taşınmazı sonradan edinenlere karşı ileri sürülmesini ve taşınmazı sonradan edinenlerin de kişisel hakkın karşı edimini oluşturan borcu yerine getirmesini sağlar. Bkz. Sirmen, s. 225 ve 226. Kişisel hakların şerhinin olumlu-olumsuz hükmü ayırımı için bkz. Akipek, s. 396; Akıntürk, s. 320.

Şerh Türleri

Kişisel Hakların Şerhi

Kişisel hakların şerhi konusu genel olarak TMK m. 1009'da düzenlenmiştir. TMK m. 1009/I'e göre: "Arsa payı karşılığı inşaat¹⁶, taşınmaz satış vaadi, kira¹⁷, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir."¹⁸

TMK m. 1009'da sayılmasa da başka hükümlerde şerh edilebileceği düzenlenen diğer kişisel haklar da tapu kütüğüne şerh verilebilir¹⁹. Aşağıda belirtilenler TMK m. 1009 dışındaki kişisel hakların şerhine örnek gösterilebilir²⁰:

Evliliğin iptal veya boşanma şeklinde sona ermesi durumunda aile konutunda kimin kalacağına ilişkin anlaşma (TMK m. 254/I-II),

Taşınmazlarda paylı mülkiyetin yönetimine ilişkin anlaşma (TMK m. 695/II),

Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin sözleşmeler (TMK m. 731/II),

Önalım hakkından feragat sözleşmesi (TMK m. 733/II),

TST m. 47²¹'de belirtilen hukukî ilişkiler,

[16] Aynı hükmü karşılayan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m.919'da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hak şerh edilebilir kişisel haklar arasında yer almamaktaydı. Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medeni Kanunumuzun Aile - Miras ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 401-402.

[17] Kira sözleşmesinden doğan kira hakkının şerh edilmesi TBK m. 310/I hükmü getirildikten sonra büyük ölçüde kaybolma da, etkinliğini sürdürdüğü hususlar mevcuttur. Kira hakkının şerhi kurucu mahiyettir. Acar, Faruk. *Kira Hukuku Şerhi*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 319.

[18] Alman Hukukunda kişisel hakların şerhi imkânı daha geniş tutulmuştur. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 243. Gerçekten de BGB Art. 883/I'e göre: "Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig." Bu bağlamda taşınmaz üzerindeki hakların sona erdirilmesi ve hatta şarta bağlı haklar da güvence kapsamına alınmıştır. Bkz. Wilhelm, Jan. *Sachenrecht*, 4. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter, Berlin, 2010, N. 2219; Wieling, Hans Josef. *Sachenrecht*, fünfte überarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2007, s. 325 vd.

[19] Esener & Güven, s. 181; Akçaal, s. 280 vd.; Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 177; Aybay & Hatemi, s. 92.

[20] Diğer örnekler için bkz. Oğuzman, Seliçi & Oktay-Özdemir, s. 243 vd.; Esener & Güven, s. 181 vd.; Akıntürk, s. 314 vd.

[21] "a) Satışla birlikte kurulan gerialım hakkı, başışla birlikte kurulan başışlayana dönme hakkı, rehinele birlikte kurulan boşalan dereceye geçme hakkı ve irtifak hakkı vaadi için resmî senet, b) Satış sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen gerialım hakkı, başış sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen başışlayana dönme hakkı ve rehinden ayrı olarak düzenlenen boşalan dereceye geçme hakkı için noterce düzenlenen sözleşme, c) Alım, taşınmaz satış vaadi, başışlama vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat hakkı için noterce düzenlenen sözleşme, ç) Sözleşmeden doğan önalım hakkı ve taşınmaz kiralari için yazılı sözleşme,"

KMK²² m. 24/IV²³'te eğlence ve toplantı yerleri için alınacak kararlar.

Kanunda sayılmayan bir hakkın tapu kütüğüne şerh verilmesi herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz²⁴. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hak²⁵ ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu kütüğüne şerh verilmesi işlemleri hariç diğer kişisel hak şerhi işlemleri için tarafların yaptıkları sözleşmenin içeriğinde yer alan ya da ayrı bir sözleşmeyle kabul ettikleri bir şerh anlaşmasına ihtiyaçları vardır²⁶. Zira Tapu Kanunu²⁷ madde 26/VIII: *"Noterlik Kanununun 44 üncü maddesinin (B) bendi mucibince noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de taraflardan biri isterse gayrimenkul siciline şerh verilir."*²⁸

[22] 2/7/1965 tarih ve 12038 sayılı RG'de yayımlanan Kat Mülkiyeti Kanunu.

[23] *"Bu karar yöneticinin veya kat maliklerinden birinin istemi üzerine bütün bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sayfelerine şerh verilir."*

[24] Ayan, s. 400.

[25] Taşınmaz satış vaadinin şerhi ve etkisiyle ilgili geçmiş tarihli Yargıtay uygulamaları için bkz. Çenberci, Mustafa. *Gayrimenkul Satış Vaadi*, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 220 vd.

[26] Oğuzman, Seliç & Oktay-Özdemir, s. 246; Sirmen, s. 224; Ayan, s. 408; Tekinay, Akman, Burcuoğlu & Altop, s. 380; Reisoğlu, Safa. *Türk Eşya Hukuku Cilt I Griş- Zilyetlik-Tapu Sicili*, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 440, Ankara, 1980, s. 178. *"Türk Medeni Kanunu'nun 1009, 1010 ve 1011. maddelerinde tapu kütüğüne şerh verilecek haklara ilişkin düzenlemeler yapılmış, ancak bazı özel kanunlarda da aynı konuda hükümler getirilmiştir. Şerhler-ı genellikle kütüğe kişisel hakların kuvvetlendirilmesi, malikin temlik hakkının kısıtlanması, temlik hakkının yasaklanması veya geçici şerhin tapu kütüğüne yazılması şeklinde işlem görür. Somut olayda davalı Belediye Başkanlığına Tapu Sicil Müdürlüğünden istenmesi üzerine konulan şerhin amacı kayıt maliki olan davacının temlik hakkını yasaklamaktır. Eğer bir şerhin tapu kütüğüne işlenmesi hakkında yasa hak sahibine doğrudan işlem yapma yetkisi tanınamışsa, şerhin yapılabilmesi için taraflar arasında ayrıca bir şerh anlaşmasının varlığı gerekir. Yoksa taraflardan birinin talebi üzerine, özellikle Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde malike tanınan yetkileri kısıtlayıcı sonuç doğuracak biçimde tapu kütüğüne şerh düşülemez."*, Yarg. 14. HD, 2006/6272 E, 2006/7643 K, 28.06.2006 T, Legal Bank (LB), Erişim Tarihi: 14.05.2023.

[27] 29/12/1934 tarihli ve 2892 sayılı RG.

[28] Şerhin terkinin için bkz. Tapu kanunu madde 26/IX: *"Şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmezse işbu şerh tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin olunur."* Açık hükmüne rağmen uygulamada şerhin re'sen terkin edilmesini kabul etmemiştir: *"Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcının bu edimini yerine getirmemesi hâlinde vaad alacaklısı Türk Medeni Kanununun 716. maddesinden yararlanarak taşınmaz mülkiyetinin hükmen geçirilmesini mahkemen isteyebilir. Diğer taraftan, 2644 Sayılı Tapu Kanununun 26. maddesince taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin tapuya şerhi hâlinde sözleşmeyle kazanılan şahsi hakkın taşınmaza sonradan malik olanlara karşı ileri sürülme olanağı vardır. Gerçekten 2644 Sayılı Tapu Kanununun 26/5. maddesinde sözleşmesinin tapuya şerhinden itibaren 5 yıl içinde satış yapılmaz ise gayrimenkul siciline verilen şerhin tapu sicil muhafızı veya memuru tarafından resen terkin olunacağına dair hüküm bulunmaktadır. Somut olayda satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh verildiği 08.08.1991 tarihinden itibaren 5 yıl geçtiği hâlide satış işlemi yapılmadığında tarafların bir uyuşmazlığı yoktur. Ancak Tapu Kanununun 26/5 maddesinin Tapu Sicil Tüzüğü'nün 69/4 maddesi karşısında terkin işleminin Tapu Müdürlüğü veya memurlarınca resen yapılacağı veya şerhin kendiliğinden hükümsüz kalacağı şeklinde anlamamak, terkin işleminin ancak 5 yıllık sürenin geçmesi ve taşınmaz maliklerin bu sürenin geçtiğini belirterek terkin talep etmeleri üzerine yapılacağı şeklinde kabul etmek gerekir. Böyle bir istem bulunmadığı sürece de Türk Medeni Kanununun 1021 maddesi hükmüncə tapu sicilleri herkese açık olduğundan kayıtlarda bulunan şerh taşınmaza sonradan malik olan kişileri bağlar. Somut olayda, davaya dayanak 05.08.1991 tarihli satış vaadi sözleşmesi 08.08.1991 tarihinde şerh edilmiş olup, davalı taşınmaz 12.05.2006 tarihinde satış vaadi borçlularından satın almıştır. Satın aldığı tarih itibarıyla şerh tarihinden itibaren 5 yıl geçmiş ise de tapu kaydından terk edilmediğinden*

düzenlemesini içermektedir.

Kişisel hakların şerhiyle, şerhin konusu olan hak, ileri sürülebileceği çevre bakımından sadece borçlusuna ileri sürülebilen bir hak iken, şerh ile artık taşınmazı sonradan edinenlere karşı da ileri sürülebilir hâle gelir²⁹. Maddedeki ifadeye göre, “*Bunlar şerh verilmekle (...) sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*”. Böylece taşınmazda sonradan hak sahibi olan kişilerin, koruma altına alınan kişisel haktan doğan sonuçlara katlanmasını sağlayan, eşyaya bağlı borç ve munzam etki olarak adlandırılan, etkiler doğar³⁰.

Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi

TMK m. 1010 taşınmaz malikinin tasarruf yetkisini³¹ kısıtlayan bazı hukukî ilişkilerin de tapu kütüğüne şerh verilebilirliğini hüküm altına almıştır: “*Aşağıdaki sebeplere dayanan tasarruf yetkisi kısıtlamaları, tapu kütüğüne şerh verilebilir:*

1. *Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları,*
2. *Haciz, iflâs kararı veya konkordato ile verilen süre,*
3. *Aile yurdu kurulması, artmirasçı atanması gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler.*

Tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.”

TST ise iki farklı hükümlerle tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhlerini düzenlemiştir. Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler TST m. 48³²’de ve

davalının sözleşmeden bilgi sahibi olduğu anlaşılma ile artık iyi niyet iddiası dinlenemez. O hâlde gayrimenkul satış sözleşmesinin unsurları gözetilerek esas hakkında bir karar verilmesi gereken yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiş hükmün bozulması gerekmiştir.”, Yarg. 14. HD., 2016/14046 E., 2019/5761 K., 25.9.2019 T., KBB, erişim tarihi: 14.04.2023. Uygulamada süresi geçmiş olsa da şerhin terkin için malikin TST m. 69/III’e dayanarak terkin talebinde bulunması gerekmektedir. Bkz. Sirmen, s. 372 ve 373’te yer alan açıklamalar.

[29] Simonius & Sutter, s. 230.

[30] Bilgin Yüce, Melek & Özmen, Etem Saba. Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratan Davalarda Verilen (TMK m.1010/b.1 ve TMK m.1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları. *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 80, Sayı: 4, 2022, s. 323-362, s. 339.

[31] “*Tasarruf yetkisi ise bir kimsenin bir hakka doğrudan doğruya etki edebilmesi, yani hakkı tasarruf işlemine konu yapabilmesi için sahip olması gereken hukukî yetkidir. Tasarruf işleminin yapılabilmesi için fiil ehliyeti yeterli değildir. Ayrıca işlem yapacak kimsenin tasarruf yetkisinin de bulunması şarttır. Tasarruf yetkisi ancak kanunla kısıtlanabilir. Hak sahibi hukukî işlemle tasarruf yetkisini kısıtlayamaz.*” Doğan, s. 23.

[32] “(1) *Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler için;*

a) *Haciz ve ihtiyatî haciz için yetkili merciin resmî yazısı,*

b) *Devretmekle yükümlü önmirasçı atama hâlinde vasiyetnamenin onaylı bir örneği ve şerhi içeren mahkeme yazısı,*

c) *Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin hâllerde mahkeme kararı,*

d) *Kanunların kısıtlayıcı şerh verilmesini öngördüğü diğer hâllerde kanunda belirtilen belgeler, aranır.”*

tasarruf yetkisini yasaklayan şerhler ise TST m. 49^{33'}da belirtilmiştir. Tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin yapılabilmesi için gerekli belgeler TST'nin anılan hükümlerinde ifade edilmiştir.

Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhlerin hangi hâllerde gerçekleşeceğini düzenleyen TMK m. 1010/I'de geçen "gibi" edatından bu saymanın tahdidi olmadığını ve fakat ancak kanunda şerh verilebilirliği öngörüldüğü durumlarda tapu kütüğüne tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin verilebileceğini anlamak mümkündür. Başka bir anlatımla şerh verilebilecek tasarruf yetkisi kısıtlamaları yalnızca TMK m. 1010/I'de sayılanlardan ibaret değildir. Öte yandan her bentte birbirinden farklı hususlardan doğan veya şerhle doğacak olan tasarruf yetkisi kısıtlamaları öngörülmüştür³⁴. Bu kısıtlamalar amaçları ve talepte bulunan kişiler bakımından farklılık arz eder. Birinci bentte çekişmeli hakların korunmasına dair mahkeme kararlarının şerhi düzenlenmiştir. İkinci bentte icra hukukuna ilişkin bazı işlemler sonucu meydana gelen tasarruf yetkisi kısıtlamasının alenileştirilmesine ilişkin bir şerh söz konusudur. Birinci bentten farklı olarak burada şerh tasarruf yetkisi kısıtlamasını meydana getirmemekte, var olan kısıtlamayı alenileştirmektedir. Böylece sicil gerçek durumu yansıtmakta ve üçüncü kişilerin iyi niyetle aynî hak kazanımı engellenmektedir. Üçüncü bentte ise kanunun tasarruf yetkisi kısıtlamasına müsaade ettiği ve onun şerh edilebilirliğini öngördüğü işlemlerden doğan tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerhi mümkün kılınmıştır. Şerhle birlikte tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Üç bentte de tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi düzenlenmiş olsa da şerh bu tasarruf yetkisi kısıtlamasını bazen meydana getirir. Bazen de önceden meydana gelen kısıtlamayı açıklar. Öte yandan şerh verilen durumlarda çoğunlukla tasarruf yetkisi daralırken istisnaen aile yurdu kurulmasında olduğu gibi tamamen kalkabilmektedir³⁵.

Haciz, iflas kararı ve konkordato için verilen süre ile alakalı takip kararları da tapu kütüğüne şerh verilebilir. Haciz ve iflas kararının verilmesiyle birlikte tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Şerh bu sınırlamadan üçüncü kişilerin de haberdar olması için yapılır³⁶. İflasta ve konkordato süresinde ilan olduğundan üçüncü kişilerin iyi niyetinin

[33] "(1) Tasarruf hakkını yasaklayan şerhler için;

a) İhtiyatî tedbir için mahkeme kararı veya yazısı,

b) Kamu haczi, iflas veya konkordato ile verilen sürenin şerhi için yetkili mercinin resmî yazısı,

c) Aile konutu şerhi için merkezi nüfus idaresi sisteminden veya nüfus müdürlüğünden alınan yerleşim yeri belgesi ile medeni hâli gösterir nüfus kayıt örneği,

ç) Aile yurdu kurulması hâlinde mahkeme kararı veya yazısı,

d) Eşlerden birinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması hâlinde mahkeme kararı,

e) Kanunların yasaklayıcı şerh verilmesini öngördüğü diğer hâllerde kanunda belirtilen belgeler, aranır."

[34] Simonius & Sutter, s. 235.

[35] Doğan, s. 44.

[36] Ayan, s. 403.

ortadan kalktığı da savunulabilir. Aile yurdu kurulması ve artmirasçı atanmasının şerh verilmesinde de amaç üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasının ortadan kaldırılmasıdır.

Tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi kural olarak malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf etme yetkisini ortadan kaldırmaz³⁷. Malik taşınmaz üzerinde dilediği işlemi yapmaya devam eder. Malikin şerh işleminden sonra yaptığı hukukî işlemler şerh lehtarının hakkıyla çatıştığı oranda ona karşı hüküm ifade etmez. Şerh lehtarı, şerhten sonra kurulan aynı hakların terkinini sağlayabilir³⁸. Üçüncü kişilerin iyi niyetle aynı hak kazanımı da engellenmiş olur. Bu kural özellikle çekişmeli hakların korunması ve mirası artmirasçıya nakil yükümlülüğüne ilişkin şerhler bakımından geçerlidir. Öte yandan tapu kütüğünün kilitlenmesi sonucunu doğuran ve devir yasağı getiren kararlar şerhin mahiyetiyle bağdaşmamaktadır³⁹.

Taşınmaz malikin tasarruf yetkisini sınırlandıran işlemlere ilişkin yapılan şerhler şerh süresinin dolmasıyla birlikte hükümden düşer⁴⁰. Aynı zamanda şerhin amacına ulaşması hâli de şerhi sona erdirir. Çekişmeli olan kişisel hak sahibinin davayı kazanması bu duruma örnek verilebilir.

Geçici Tescil Şerhi

Geçici tescil şerhi TMK m. 1011'de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre geçici tescil şerhinin verilmesine imkân tanınan birinci hâl aynı hak iddiasının bulunmasıdır⁴¹. TMK m. 1010/1/1'de yer alan çekişmeli hakların şerhinden en önemli farkı, geçici tescil şerhinde kazanılmış bir aynı hakkın güvence altına alınmasıdır⁴². Bu şerh; miras, cebri

[37] Aynı yönde Akintürk, s. 322; Esener & Güven, s. 185; Simonius & Sutter, s. 235.

[38] Simonius & Sutter, s. 234.

[39] Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 189; Ayan, s. 415; dn. 858'deki yazarlar. Öte yandan İflas kararı ve konkordato süresine ilişkin olan şerhlerde ise ilan söz konusudur. Bu nedenle de şerhten önce tasarruf sınırlamasından üçüncü kişiler haberdar olacağından malikin yapacağı hukukî işlemler geçersiz kabul edilmektedir. Bu gibi hâllerde tapu memuru tescil taleplerini reddetmektedir. Ayan, s. 415. Aynı durum ihtiyatı tedbir kararı, kamu haczi ve aile konutu şerhi açısından da geçerlidir. Bkz. TST m. 49/a,b,c. Aile yurdu kurulmasında da şerh, hem aile yurdunun kurulması bakımından geçerlilik şartıdır hem de TMK m. 391: "Aile yurdu hâline getirilen taşınmazlar devrolunamaz, rehn edilemez ve kiraya verilemez. Aile yurdu ve eklentileri hakkında, mahkeme eliyle yönetim hâli saklı kalmak kaydıyla, cebri icra yoluna başvurulamaz." Bu hâlde de tapu kütüğü tasarruflara kapatılır. TST m. 49/ç. Yine TMK m. 199/III'te yer alan: "Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir." düzenlemesiyle eşlerden birinin taşınmaz üzerindeki yetkisinin kaldırılmasına ilişkin şerhlerin de tapu kütüğünü işlemlere kapatacağı öngörülmüştür (TST m. 49/d).

[40] Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 190.

[41] Schmid, BSK ZGB Art. 961 N. 1; taşınmaza bağlı bir aynı hak söz konusu ise hem yararlanılan taşınmaza hem de yüklü taşınmaza kayıt düşülmelidir. Bkz. Schmid, BSK ZGB Art. 961 N. 6.

[42] Tekinay, Akman, Burcuoğlu & Altop, mevcut bir aynı hakkın korunması veya kazanılmak üzere olan aynı hakların daha gerçekleşmeden kaybolmasına meydan vermemek için kütüğe geçici tescil verilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu & Altop, s. 396. Ancak bu noktada kazanılmak üzere olan aynı hak bir kişisel hakka dayanıyorsa verilmesi gereken şerh

icra, olağanüstü zamanaşımıyla kazanım gibi sebeplerle tescilsiz bir kazanım hâli mevcutsa bu hak sahiplerini veya aynı hak sahibi olmasına rağmen bu hakları yanlışlıkla başkaları adına yazılı bulunan ya da adları tescilde gözükmeyen kişileri korumak için verilmektedir⁴³. Bu şerhte amaç üçüncü kişilerin TMK m. 1023'e dayanarak iyi niyetle aynı hak kazanımını engellemektir⁴⁴.

İkinci hâl ise tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasına kanun olanak tanınması hâlidir⁴⁵.

Geçici tescil şerhinin verilmesi ya malik ve bütün ilgililerin talebiyle ya da bir mahkeme kararıyla gerçekleştirilebilir⁴⁶. İlgililerin talebiyle gerçekleşen geçici tescil şerhi daha çok belgelerin tamamlanması durumunda karşılaşılar⁴⁷. Şerhin yapılması konusunda anlaşma sağlanamazsa mahkeme kararıyla şerh verilebilir. Şerh işlemine rağmen malik tasarruf işlemleri yapmaya devam edebilir⁴⁸. Şerh ile birlikte tapu sicili işlemlere kapatılmış olmaz⁴⁹.

ÇEKİŞMELİ HAKLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN MAHKEME KARARLARININ ŞERHİ

Kapsamı

Taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliğine yol açacak bir kişisel hakkın korunmasına ilişkin mahkeme kararının şerhi TMK m. 1010/I/1'de öngörülmüştür⁵⁰. Burada taşınmaz malikinin taşınmaz mülkiyetinin devrine veya onun üzerinde bir sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin borcunu ifa etmemesiyle çekişmeli hâle gelen kişisel hakların tasarruf yetkisi kısıtlanmasıyla korunması amaçlanmaktadır⁵¹. Buradaki çekişme aynı hakkın kurulmasına dayanak olan kişisel hakka ilişkindir⁵². Eğer

geçici tescil şerhi olmamalıdır. Bu gibi hâllerde verilmesi gereken şerh, TMK m. 1010/I uyarınca tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhidir.

[43] Ertaş, s. 175; Reisoğlu, s. 187.

[44] Schmid, BSK ZGB Art. 961 N. 3; Esener & Güven, s. 189.

[45] TMK m. 1011/I hükmünde birinci bentte yer alan şerhin gerçek anlamda bir geçici tescil şerhi olduğu ve ikinci bentteki şerhin ise "geçici yazım şerhi" olduğu yönünde bkz. Aybay & Hatemi, s. 100; "Bu şerh ile, bir aynı hak değil, bir talep hakkı teminat altına alınmaktadır.", Reisoğlu, s. 188.

[46] Ertaş, s. 175; Reisoğlu, s. 189.

[47] Diğer durumlarda genellikle mahkeme kararına ihtiyaç duyulur. Sirmen, s. 229; Esener & Güven, s. 189. Çünkü diğer durumlarda ilgili kimseler talepte bulunmaktan kaçınırlar. Reisoğlu, s. 189.

[48] Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 193.

[49] Kanunda açık bir hüküm olmasa da ulaşılmaması gereken sonuç bu yönde olmalıdır. Bkz. Reisoğlu, s. 190.

[50] Esmer, Galip. *Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili*, Şark Matbaacılık, Ankara, 1967, s. 611; Özbek, Mustafa Serdar. *Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyati Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları*. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2017, s. 65-91, s. 68.

[51] Doğan, s. 43.

[52] Oğuzman, Seliçi & Oktay-Özdemir, s. 248; Tekinay, Akman, Burcuoğlu & Altop, s. 390; Ünal

aynî hak kazanılmış ise ve ortada bir uyuşmazlık varsa bu konuda verilmesi gereken şerh geçici tescil şerhidir⁵³.

TMK m. 1010/I/1’de yer alan düzenlemenin işaret ettiği uyuşmazlıklar; taşınmazın devrine veya üzerinde aynî hak kurulmasına ilişkin yapılan sözleşmelerdeki borcun veya bir hakkın kullanılması karşısında yükümlülüğün yerine getirilmemesinden kaynaklı uyuşmazlıklardır⁵⁴. Örnek olarak; satış, bağışlama, trampa (mal değişimi), taşınmaz satış vaadi gibi sözleşmeler veya belirli mal vasiyeti gibi hukukî işlemler ya da sözleşmeden doğan alım, önalım ve geri alım haklarının kullanılması gibi hukukî ilişkilerden kaynaklı uyuşmazlıklar sayılabilir. Bunlara irtifak kurulmasına⁵⁵ ve haksız yapıda (TMK m. 724) kişisel hakkın kullanılmasına ilişkin uyuşmazlıklar da eklenebilir. Bu bağlamda çekişmeye konu olan kişisel hak, mülkiyetin devri veya sınırlı aynî hak kurulması borcu doğuran satış, trampa, bağış, satış vaadi gibi bir sözleşmeden⁵⁶ veya alım, geri alım, önalım gibi yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasından veya bir ölüme bağlı tasarruftan ya da doğrudan doğruya kanundan (TMK m. 724) doğabilir. Başkasının arazisine kendi malzemesiyle yapı inşa eden iyiniyetli kişinin TMK m. 724’e göre yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin kendisine verilmesine ilişkin talebi de kişisel hak niteliği taşımaktadır. Bu kişisel hakka dayanılarak açılacak davada, malikin mülkiyeti devrini veya üzerinde sınırlı aynî hak kurmasını önlemek için de TMK m. 1010/I/1 kapsamında şerh verilebilir.

Çekişmeli hakların korunmasına dair mahkeme kararlarının şerhi kurucu niteliktedir⁵⁷. Şerh edilmekle birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur⁵⁸.

Tapuda yapılan sözleşmelerde bu çekişmelere çok rastlanılmayacağı düşünülebilir⁵⁹. Ancak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ya da önalım, alım, geri alım hakkı gibi yenilik doğuran hakların kullanılması hâllerinde

& Başpınar, s. 306; Oğuzman’a göre TMK m. 1013 ve 1014 kapsamında tescil ve terkin imkânı veren her türlü hakkın bu kapsamda şerh verilebilir. Kanaatimizce burada yalnızca çekişmeli olan kişisel haklar tasarruf yetkisi kısıtlamasına konu olabilir.

[53] Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2012, s. 169; Reisoğlu, s. 181.

[54] Akıntürk, s. 321; Ayan, s. 402.

[55] Honsell, Heinrich. *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II: Art. 457- 977 ZGB*, 4. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011 (Honsell, BSK). Schmid, BSK ZGB Art. 960 N. 3.

[56] Esmer, s. 611.

[57] Sirmen, s. 229.

[58] *“Kanun aksini öngörmedikçe malik tapu sicilinde tasarruf işlemlerini şekli açıdan gerçekleştirebilir. Ancak, şekil, onun maddi hukuk yönünden tasarruf yetkisinin kısıtlandığını aleni kıldığından bu tasarrufla hak kazananlar lehine şerh verilen kişinin hakkının kendi hakkına üstün olduğunu onun yerine getirilmesine katlanmak zorunda olduğunu şerh vasıtasıyla öğrenmiş olurlar.”*, Doğan, s. 36.

[59] Yine de tapuda sözleşme yapılır yapılmaz, hak doğmamış olabilir. Örnekler için bkz. Akipek, s. 399.

çekişmelere daha çok rastlanabilir. Ayrıca noterlerin satış yetkisini⁶⁰ - herhangi bir süre uzatımı yaşanmazsa 01.07.2023 tarihinden itibaren- gerçekleştirilmesi durumunda noterde gerçekleştirilen satış sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklar da tasarruf yetkisi kısıtlamasının kaynağını oluşturabilecektir.

Şartları

Taşınmaza İlişkin Şartlar

Bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin verilebilmesi için her şeyden önce taşınmazın tapu kütüğüne kayıtlı olması gerekir. Şerh de tescil gibi yalnızca tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlar için söz konusu olabilir⁶¹. İkinci şart ise tasarruf yetkisi kısıtlanan kişi tapuya kayıtlı olan taşınmaz üzerinde tek başına malik ya da paylı malik olmalıdır⁶². Taşınmaz elbirliği mülkiyetinde ise kural olarak ortaklardan birine yönelik olarak tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi verilemez. Zira pay yoktur. Taşınmazın tamamı üzerinde ise ortaklardan birinin tek başına tasarruf yetkisi yoktur.

Şerhe Dayanak Bir Uyuşmazlığın Varlığı İçin Gereken Şartlar

Öncelikle kişisel hak sahibinin alacağı muaccel olmalıdır⁶³. İkinci olarak taşınmaza ilişkin satış sözleşmesine veya taşınmaz üzerinde irtifak hakkı, taşınmaz yükü veya rehin hakkı kurulmasına yönelik sözleşmeye rağmen malik taahhüdünü yerine getirmemiş olmalı veya bu taahhüdü ile bağdaşmayacak biçimde hareket etmiş olmalıdır. Böylelikle hak çekişmeli hâle gelir ve ihtiyati tedbir kararı alınarak tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi istenebilir.

Amacı ve Hukukî Sebebi

Çekişmeli hakların korunmasına dair mahkeme kararlarının şerhi, tasarruf yetkisi kısıtlanan kişinin yaptığı tasarruf işlemleri sonucu ortaya çıkan ve gerçek hukuki durumu yansıtmayan sicil durumuna güvenerek hak kazanması gündeme gelen üçüncü kişilerin iyiniyetlerini ortadan kaldıracı bir işleve sahiptir⁶⁴. Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarının şerhinin hukuki sebebi mahkeme kararıdır⁶⁵.

[60] Noterlerin satış yetkisine ilişkin bkz. Tanrıver, Süha & Ergüne, Mehmet Serkan. Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 72, Sayı: 1, 2023, s. 143-182.

[61] Doğan, s. 44.

[62] Doğan, s. 44.

[63] Doğan, s. 49.

[64] Akıntürk, s. 322.

[65] Kişisel hakların şerhinde ise taşınmaz maliki ile kişisel hak sahibi arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalıdır. Kılıçoğlu, Ahmet M. *Eşya Hukuku*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 156. Tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhlerinde taşınmaz maliki ile şerh lehtarları arasında kural olarak bir sözleşme ilişkisi yoktur.

Şerh verilebilecek mahkeme kararı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁶⁶ (HMK) m. 391'e göre verilen mahkeme kararlarıdır⁶⁷:

“(1) Mahkeme, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir.

(2) İhtiyati tedbir kararında;

a) İhtiyati tedbir talep edenin, varsa kanuni temsilcisi ve vekilinin ve karşı tarafın adı, soyadı ve yerleşim yeri ile talep edenin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası,

b) Tedbirin, açık ve somut olarak hangi sebebe ve delillere dayandığı,

c) Tereddüde yer vermeyecek şekilde, neyin üzerinde ve ne tür bir tedbire karar verildiği,

ç) Talepte bulunanın, ne tutarda ve ne türde bir teminat göstereceği, yazılır.

(3) (Değişik:22/7/2020-7251/40 md.) İhtiyati tedbir talebinin reddi kararı gerekçeli olarak verilir ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Yüzüne karşı aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf da kanun yoluna başvurabilir. Bu başvurular öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır.”

Anılan düzenleme uyarınca hâkim hakka konu olan taşınmaz üzerinde belirtilen tedbirleri almaya yetkili olduğundan, mahkemeler taşınmaz üzerindeki her türlü tasarruf işlemini yasaklayıcı kararlar almaktadır⁶⁸. Bu yaklaşım TMK m. 1010'un şerhle güttüğü amaca aykırı düşmektedir. Zira TMK m. 1010/II'ye göre: *“Tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.”* O hâlde taşınmaz malikinin şerhten sonra da işlem yapabileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi tapu kaydını kapatan bir etkiye sahip olmamalıdır⁶⁹. HMK'da da tapu kütüğünün kilitlemesine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır⁷⁰.

[66] 4/2/2011 tarihli ve 27836 sayılı RG.

[67] Özbek, s. 68.

[68] Mahkemelerin böyle bir yola başvurmalarının sebebi uygulama bakımından ortaya çıkabilecek sorunlarla alakalıdır. Zira tapu kaydı kilitlemediği varsayımında taşınmaz maliki taşınmaz üzerinde bir tasarruf işlemi yaparsa yeni aynî hak sahibinin bu hakkı doğrudan doğruya terkin edilemez. Öncelikle rızaya dayalı bir terkin söz konusu olabilir (TMK m. 1014). Rıza olmadığı durumlarda ise TMK m. 1025 uyarınca dava açılıp terkin sağlanabilecektir. İşlemlerin uzaması neticesinde ise çekişmeli hak sahibi, hakkına zamanında ulaşamayabilir. Bkz. Doğan, s. 147-148.

[69] Aynı yönde Tekinay, Akman, Burcuoğlu & Altop, s. 392.

[70] İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin isabetli bir kararı için bkz. *“Dava; esasa ilişkin dava içinde verilen ihtiyati tedbire itirazın reddi kararının HMK'nin 394/ son maddesi uyarınca*

Etkisi

Şerhten sonra taşınmaz üzerinde lehine aynı hak tescil edilenler, çekişmeli hak sahibinin aynı hak kazanımına engel olamayacakları gibi kendi haklarının terkin edilmesini de engelleyemezler⁷¹ (TMK m.1010/II). Mülkiyet hakkının devredilmesi ya da bir sınırlı aynı hakkın kurulması için yapılan sözleşmeden doğan kişisel hak sahibi, hakkını şerh ile güvence altına almazsa TMK m. 716 kapsamında dava açtığında, malik tasarruf işlemleri yapmaya devam edebilir ve böylece aynı hakka ulaşma imkânını kaybetmiş olur. Kişisel hak sahibi, yalnızca sözleşmenin tarafı olan malike karşı uğramış olduğu zararlar için tazminat isteyebilir. Şerhin etkisi ise yevmiye defterine kayıt tarihinden itibaren başlar.

Çekişmeli hakların korunmasına dair mahkeme kararlarının şerhi, kural olarak malikin tasarruf yetkisini kaldırmaz⁷². Başka bir anlatımla bu şerh verilmekle kural olarak tapu kütüğünü kilitlenmez. Şerh verilmesine rağmen bir tasarruf işlemi yapılmışsa, bu işlem geçerli olmalıdır. Şerh verilmekle birlikte şerhin dayanağı olan çekişmeli

istinafına ilişkindir. Somut olayda, davacı vekili HMK'nın 391 ve TMK'nın 1010. maddeleri uyarınca, davalıların uhdesindeki bağımsız bölüm ve hisselerin tapu kaydına, tapu iptal ve tescil davası açıldığı ve davanın derdest olduğu konusunda şerh verilmesini, yani tapu kaydına „davalıdır şerhi“ konulmasını istemiş, ilk derece mahkemesi bu talebi teminatsız olarak kabul etmiştir. Taşınmazların tapu kaydına konulacak „davalıdır şerhi“, davalının taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini hiçbir şekilde kısıtlamayacak, mülkiyetten doğan haklarını kullanmasına engel olmayacaktır. Tapu kaydında sadece, bu taşınmazla ilgili olarak bir tapu iptal davası açılmış olduğuna ve davanın derdest olduğuna dair bir şerh mevcut olacaktır. Böyle bir şerh, davalının mülkiyetten doğan haklarını kullanmalarına engel olmayacağı gibi davalının ileride davasında haklı çıkması hâlinde, haklarının üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesini sağlayacaktır. Böyle bir karar tarafların hak, menfaat ve sorumluluk dengelerini sağlamaya elverişli niteliktedir. HMK'nın 392. maddesi uyarınca kural olarak ihtiyati tedbir talep eden teminat yatırmak zorunda ise de yasal düzenlemedeki deyimlerle, durum ve koşullar gerektiriyorsa mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle teminat alınmamasına da karar verebilir. İhtiyati tedbir talep edenin teminatsız tedbir talep etmiş olması, mahkemenin uygun bir teminat karşılığında tedbir kararı vermesine engel değildir. Nitekim davalı vekilinin, teminat miktarına ilişkin itirazları da mevcuttur. Tapu kaydına „davalıdır“ şerhi verilmesi, hukuki anlamda bir ihtiyati tedbirdir (HMK m.391, TMK m.1010). Bu şerhin tapu kaydına konulması tapuda kayıtlı malikin tasarruf yetkisini hukuken kısıtlamaz ise de muhtemel alıcıların kararını olumsuz etkileme potansiyeli taşıdığından -tasarruf kısıtlaması getiren ihtiyati tedbir kararına göre daha az da olsa- davalının zarara uğrama ihtimalleri vardır. Bu nedenle, davalının, bu muhtemel zararı teminat altına almak üzere teminat yatırmaması uygun olacaktır. Ancak, teminatın miktarının da geçici hukuki korumanın etkisine ve niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere, „davalıdır şerhi“ konulmasına dair ihtiyati tedbir kararının mahiyeti dikkate alınarak takdiren ilk derece mahkemesinin tensip tutanağında dava açılışındaki harca esas açılış değerinin 2.500.000,00 TL üzerinden eksik nispi harcin ve 44.40 TL başvuru harcının tamamlanması için davacı vekiline süre verildiği, bu ara karar üzerine davacı vekili eksik harcı ikmal etmiş olmakla, dava değeri olan 2.500.000,00 TL'nin %10'una tekabül eden 250.000,00 TL tutarındaki teminatın takdiri, tarafların hak ve menfaat dengesine uygun olacaktır.”, İstanbul BAM 14. HD. 2020/1104 E., 2020/897 K., 17.9.2020 T., KBB, erişim tarihi: 04.05.2023.

[71] Akıntürk, s. 322. “Şerhle birlikte ortaya çıkan bu etkiye rağmen, üçüncü kişi ilgili taşınmaz üzerinde bir aynı hak kazanmak isteyebilir. Bunun iki nedeni olabilir: Üçüncü kişi, ya şerhin varlığından haberdar olmasına rağmen, şerhle korunan çekişmeli hakkın geçerli bir sebebe dayanmadığını sanıyor olabilir veya şerh edilen hak karşısında kendi hakkının terkinine karşı taşınmaz malikinden ilave güvence almış olabilir.”, Doğan, s. 144.

[72] Aynı yönde Esmer, s. 612 vd; Akçaal, s. 287; Tekinay, Akman, Burcuoğlu & Altop, s. 392; Özbek, s. 73.

hak taşınmazı sonradan edinenlere de ileri sürülebildiğinden tapu kütüğünün kilitlenmesi de gerekli değildir⁷³. TMK m. 1010/I/1'e göre verilen şerh kural olarak tapu kütüğünü kilitlemese de şerhe dayanak teşkil eden mahkeme kararı önem arz etmektedir. Uygulamada şerhe dayanak olan ihtiyati tedbir kararları çoğunlukla tapuyu kilitlemeye yöneliktir⁷⁴. Ayrıca ihtiyati tedbir kararları TST m. 49'da tasarruf yetkisini yasaklayan şerhler arasında sayılmıştır. Ancak ihtiyati tedbir kararlarının TST m. 48'de öngörülmesi daha yerinde bir yaklaşım olurdu⁷⁵. Oysa, TMK m. 1010'a dayanarak verilen şerh, tapu kütüğünü kilitleyecek biçimde düzenlenmemiştir. Tüzük düzenlemesiyle kanun hükmü değiştirilemediğinden mevcut kanunî düzenleme uyarınca mahkemelerin tapu kütüğünü kilitlemeyen ve fakat malikin tasarruf yetkisini sınırlayan kararlar alabilmelerinin önünde herhangi bir engel yoktur⁷⁶.

Şerhin Yapılması ve Terkini

Şerh işlemi geniş anlamda bir tescil işlemi olduğundan, aynı hakkın tesciline ilişkin hükümlerin kıyasen şerhe de uygulanabileceği kabul edilmektedir⁷⁷ (TMK m. 1013-1016). Çekişmeli hakların korunmasına dair mahkeme kararlarının şerhi iki aşamada gerçekleşir. Birinci aşamada şerh için emir veya talep mahkemeden gelir. İkinci aşamada bu emir ve talep doğrultusunda tapu kütüğüne şerh işlemi yapılır⁷⁸.

Mahkeme herhangi bir karar vermeden, salt kişisel hak sahibinin talebiyle ya da çekişmeye konu hakkın doğurduğu uyuşmazlığın tarafları anlaşarak TMK m. 1010/I/1 bağlamında tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi verilmesi sağlanamaz⁷⁹. Şerh verilmesine karar verilmesi için mahkeme, iddia sahibinin hakkını tam ispatını aramaz⁸⁰. Ancak deliller şerh verilmesi için yeterli bir dayanak oluşturmaldır.

Şerh talebiyle karşılaşan tapu memuru, bu talebin hukukî sebebinin geçerliliğini araştırması gerekse de mahkeme kararını değerlendirme yetkisi ya da yükümlülüğü bulunmaz⁸¹. Öte yandan tapu memuru şerh talebinde bulunan resmî kurumun buna yetkisi bulunup bulunmadığını inceleyebilir.

[73] Doğan, s. 145.

[74] Sirmen, s. 229; Akçaal, s. 287.

[75] Aynı yönde Doğan, s. 145.

[76] Doğan, s. 145.

[77] Esener & Güven, s. 180; Doğan, s. 199.

[78] Aynı yönde Doğan, s. 199. Şerhin süresi varsa, bu süre kararın içeriğinde yer almalıdır.

[79] 1011 maddesiyle bu bakımdan ayrılmaktadır.

[80] Doğan, s. 202.

[81] "Tapu memuru çekişmeli hakların şerhinde hâkim kararının yerinde olup olmadığı meselesiyle ilgili bir değerlendirme yapamaz. Ancak kanunen yetkili kılınmamış bir makâmın ya da yetki verilmeyen bir hususun şerhi talebini tapu memuru reddetmelidir. Aksi hâlde devletin sorumluluğu müessesî devreye girer." Doğan, s. 212.

Şerh, kural olarak lehine şerh yapılan hak sahibi tarafından terkin ettirilebilir⁸². Ancak uygulamada şerhin terkin edilmesi tedbir koyan mahkemeden talep beklenmektedir.

Çekişmeli Hakların Korunmasına Dair Mahkeme Kararının Şerhiyle Geçici Tescil Şerhinin Ayırt Edilmesi

Çekişmeli hakların korunmasına dair mahkeme kararlarının şerhi ve geçici tescil şerhi arasındaki farklar genel olarak şöyle sıralanabilir⁸³:

Her şeyden önce tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhine dayanak olan dava TMK m. 716'ya göre açılan tescile zorlama davasıdır⁸⁴. Geçici tescil şerhi ise TMK m. 1025'e göre açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasında verilebilir.

Tasarruf yetkisi kısıtlamasına ilişkin şerhle ilgili önalım hakkı-haksız yapı-zorunlu irtifak kurulması- gibi uyumsuzluklar örnek gösterilebilir. Geçici tescil şerhinde ise kişi aynî hak kazandığını iddia etmektedir. Bu bağlamda kadastro tespitlerine itiraz, olağanüstü zamanaşımıyla kazanım ve tapu sicilinin düzeltilmesini gerektiren diğer aynî hakka dayanan taleplerden doğan uyumsuzluklar geçici tescil şerhi imkânını doğuran durumlara örnek verilebilir.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının şerhi bir kişisel hakkı korur. Geçici tescil şerhi ise aynî hakkı güvence altına alır.

Tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinde dava boyunca malikin tasarruf yetkisi bulunmalıdır. Geçici tescil şerhinde ise davalı hak sahibi olmadığından tasarruf yetkisi de yoktur.

Tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinde tapu kilitlenmemelidir. Ancak uygulamada tıpkı geçici tescil şerhinde olduğu gibi ihtiyati tedbir kararlarında tapuyu kilitleyen, başka bir anlatımla malikin tasarruf yetkisini şerh boyunca ortadan kaldıran kararlar alınmaktadır⁸⁵.

Tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinde şerh munzam etki ve eşyaya bağlı borç etkisini gösterir. Geçici tescil şerhinde ise üçüncü kişilerin iyi niyeti ortadan kalkar.

Uygulamada her iki şerhin de “*davalıdır şerhi*” şeklinde işlem gördüğünü belirtmek gerekir. Oysa iki farklı şerhin dayanağı olan uyumsuzluklar ve

[82] Doğan, s. 217.

[83] Bilgin Yüce & Özmen, s. 352 vd. Çekişmeli hakların korunmasına dair mahkeme kararının şerhinde; bir kişisel hak dolayısıyla açılmış ifa davası, yenilik doğuran hakların kullanılmasından doğan bir inşai dava söz konusudur. Aybay & Hatemi, s. 97-98.

[84] Akcaal, s. 286. Malikin kişisel hakların şerhi talebinde bulunmaktan kaçınması durumunda da şerhin gerçekleştirilmesi için açılan davada da çekişmeli hakların korunmasına dair şerh verilebilir. Esener & Güven, s. 185.

[85] Ertaş, s. 170.

davalar birbirinden farklı olduğu gibi şerhlerin sonuçları da birbirinden farklıdır. Birbirinden bu kadar farklı olan iki şerhin, sadece bir dava sırasında verilmiş olmalarına dayanarak, aynı sonuçlara sahipmiş gibi işleme tabi tutulması kabul görmemelidir⁸⁶.

HUAK M. 17/B/2'NİN ZORUNLU VE İHTİYARİ ARABULUCULUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

HUAK m. 17/B/2, hangi uyuşmazlıklar bakımından tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi verilebileceğine ilişkin olarak aynı maddenin birinci fıkrasına işaret etmektedir. Birinci fıkrada taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu ifade edilmektedir. Her şeyden önce burada belirtilen uyuşmazlıkların kural olarak ihtiyari arabuluculuğa konu olduğu kabul edilebilir. Kanunun lafzından bu durum ortaya çıkmaktadır.

“*Taşınmazın devrine*” ifadesinden taşınmaz mülkiyetinin geçişine ilişkin bir uyuşmazlığa işaret edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bağlamda taşınmaz mülkiyeti henüz talepte bulunan kişiye geçmemiştir düşüncesi savunulabilir. O nedenle taşınmazın devrini isteyen tarafın bir kişisel hakkının olduğu sonucuna ulaşılabilir. “*Sınırlı aynî hak kurulmasına*” ifadesinden de benzer sonuç çıkarılabilir. O hâlde buradaki şerhin konusu, “*taşınmaz mülkiyetinin geçişine veya sınırlı aynî hak kurulmasına dair taraflar arasındaki taahhüt işlemlerinden kaynaklı bir borcun ya da kanundan doğan bir edimin yerine getirilmemesinden kaynaklı uyuşmazlıklar*” olarak kabul edilebilir. Aynî hak iddiası doğuran sicil dışı kazanım hâli ya da bir tarafın hâli hazırda aynî hak sahibi olduğu; ancak sicildeki yanlışlık dolayısıyla tapudaki kaydın gerçek durumu yansıtmadığı hâliyle ilgili bir uyuşmazlık bu hükmün kapsamının dışında olduğu düşünülebilir. Zira burada öngörülen her şeyden önce bir tasarruf kısıtlaması şerhidir. Bu uyuşmazlıkların da kapsama alınması gerekiyorsa düzenlemenin geçici tescil şerhine işaret etmesi gerekirdi⁸⁷. O hâlde kanun koyucunun bu uyuşmazlıkları kapsam dışında bıraktığını kabul etmek gerekir. Bu uyuşmazlıklar da kapsam dâhiline alınmak isteniyorsa “*taşınmazın devrine, sınırlı aynî hak kurulmasına ya da bir*

[86] Bilgin Yüce & Özmen, s. 352.

[87] Nitekim geçici tescil şerhi kazanılmış ve fakat sicilde gözükmeyen aynî haklar için öngörülmüştür. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 252; Antalya, *Eşya Hukuku*, s. 192. Mehzaz kanunda yer alan ve TMK m. 1011/1/1'i karşılayan ZGB Art. 961/1/1'e göre verilen şerh, ZGB Art. 959 (TMK m. 1009) ve ZGB Art. 960 (TMK m. 1010)'daki şerhlerin aksine zaten var olan ve tapu sicilinden anlaşılmayan aynî hakların güvencesini oluşturur. Aynî hakların sicil dışı doğduğu veya tapu siciline yanlış girildiği, silindiği durumlarda ve maddi olarak hak sahibi kişinin, tapu sicilinde hak sahibi görünen kişi tarafından yapılan bir tasarruf sonucunda hakkını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu durumlarda kullanılır. Bkz. Deillon-Schegg, Bettina, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, ZGB Art. 961, N.1.

aynî hak iddiasına...” şeklinde bir düzenleme öngörülmesi ve geçici tescil şerhi imkânı da tanınmalıdır. Açıklanan gerekçelerle mevcut durumda aynî hak iddiasının kapsam dışı olduğu düşünülebilir.

Taşınmaz satışı, taşınmaz satış vaadi, bağışlama sözleşmesi, trampa sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, irtifak sözleşmesi gibi sözleşmelerden kaynaklı bir uyuşmazlık söz konusu olabileceği gibi alım, geri alım ve önalım hakkının kullanılmasından kaynaklı bir uyuşmazlık da gündeme gelebilir. Ayrıca kanundan doğan bir irtifak hakkının kurulması ve haksız yapıdan doğan hakkın kullanılmasından kaynaklı bir uyuşmazlık da anılan düzenlemenin birinci fıkrası kapsamında ele alınmalıdır. Bahsi geçen uyuşmazlıklar bir önceki başlıkta ayrıntılarıyla birlikte ele alınan çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarına dayanak olan uyuşmazlıklarla örtüşmektedir.

HUAK'ta yine 7445 sayılı kanunla getirilen m. 18/B düzenlemesiyle dava şartı⁸⁸ olarak öngörülen; başka bir anlatımla zorunlu arabuluculuk kurumuna tabi tutulan uyuşmazlık türleri eklenmiştir. Bunlar:

“(1) Aşağıdaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır:

a) Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar.

b) Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar.

c) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar.

ç) Komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar.”

Anılan düzenlemede komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar da zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Komşu hakkı TMK m. 737 vd.'da düzenlenmiştir. Bu hükümler arasında kanunî irtifak haklarının kurulmasına ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Örneğin TMK m. 744 vd. düzenlenen zorunlu mecra hakkı ve TMK m. 747'de düzenlenen zorunlu geçit hakkı da komşu hakkı düzenlemelerinin içerisinde yer almaktadır. Zorunlu irtifak haklarının kurulmasına ilişkin bir uyuşmazlık çıktığı takdirde bu uyuşmazlığın zorunlu arabuluculukla çözüleceği açıktır. Taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar da taşınmaz mülkiyetinin devri sonucunu doğurabilmektedir. Ayrıca 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan

[88] Dava şartı arabuluculuk kurumu için bkz. Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, 123 vd.

uyuşmazlıklarda da taşınmaz mülkiyetinin devri sonucunu doğuran uyuşmazlıklar söz konusu olabilmektedir. HUAK m. 17/B'de belirtilen uyuşmazlıklarla HUAK m. 18/B'de belirtilen uyuşmazlıklar bu noktalarda birbiriyle kesişmektedir. Kanun koyucunun amacı her iki düzenlemeyi birbirinden ayırt etmek şeklindeyse açık bir şekilde iki düzenlemenin birbirinden ayrılmasına olanak tanıyan bir ifade HUAK m. 17/B/1'de yer almalıydı. Ancak böyle bir irade madde metnine yansıtılmamıştır. O hâlde zorunlu arabuluculuğa gidilmesi gereken, taşınmazın devrine ya da taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta da tarafların anlaşması ve arabulucunun da bu anlaşmayı tutanak altına almasıyla tapu kütüğüne tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi verilebilmelidir.

Özetleyecek olursak taşınmaz mülkiyetinin devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar kural olarak ihtiyari arabuluculuk kapsamındadır. Ancak zorunlu arabuluculuk kapsamına giren bir konu, aynı zamanda taşınmaz mülkiyetinin devri ya da taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin sonuç doğurması gibi bir duruma sebebiyet veriyorsa tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi verilebilir.

ARABULUCULUKTA TASARRUF YETKİSİ KISITLAMASI ŞERHİ

Şerhin Kurucu Niteliği

Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhlerinin niteliği birbirinden farklılık göstermektedir. TMK m. 1010/I/1'de yer alan çekişmeli hakların korunmasına ilişkin şerhin kurucu nitelikte olduğu kabul edilirken 2. bentte yer alan şerhlerin ise şerhten önce etki doğurduğu ve şerhin bildirici nitelikte olduğu kabul edilmektedir.

Şerh istisnâî bir kurum olmakla birlikte hangi hâllerde şerh verilebileceği kanunda öngörülmüştür. HUAK m. 17/B'de yer alan tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin verilmesinden önce bir tasarruf yetkisi kısıtlamasının doğduğuna dair bir işaret yoktur. Bu bağlamda şerhin yapıldığı anda şerh hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır. Dolayısıyla bu şerh kurucu niteliktedir. Tapu kütüğüne şerh verilmeden önce malikin tasarruf yetkisi kısıtlanmış olmaz.

Tapu Kütüğüne Şerhin Verilmesi Usulü

Tapu kütüğünde geçerli bir şerh işleminin yapılması için tescile ilişkin TMK m. 1013-1016 arasındaki düzenlemeler kıyasen arabulucunun yapacağı tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhine de uygulanmalıdır.

Tapu sicillerinin elektronik ortamda tutulması usulü TST m. 12 vd.'da

düzenlenmiştir⁸⁹. TST m. 12'ye göre elektronik ortamda tapu kayıtlarının tutulması hâlinde ana ve yardımcı siciller TAKBİS⁹⁰ adı verilen sistemin içerisinde saklanır ve güvenliği burada sağlanır. TAKBİS'teki kayıtlar sicillerin elektronik ortamda tutulmasından sonraki bilgileri gösterir (TST m. 12/II). TAKBİS üzerinden kimlerin tapu kayıtlarına ulaşabileceği ise TST m. 14'te belirtilmiştir⁹¹. TAKBİS'te erişim ve bilgi güvenliği ise TST m. 15'e göre alınır⁹². Ayrıca Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 1766 sayılı genelgesi⁹³ gereği, 02/07/2015 tarihinden itibaren tapu kütükleri üzerine tüm şerh ve beyanların salt elektronik ortamda tutulması uygulamasına yine tüm tapu müdürlüklerinde aynı anda geçilmiştir. Böylelikle tapu müdürlüklerinin iş yükünün azaltılması ve insan kaynağının verimli kullanılması hedeflenmiştir. Genelgede tasarruf hakkını yasaklamayan şerh veya beyan ile sınırlandırılmış taşınmazın devredilmesi veya üzerinde bir sınırlı ayrı hak kurulmasına yönelik bir resmî senette ve tescil talep belgesinde taşınmazla ilgili şerh ve beyanların gösterilmesi; tarafların taşınmazın ilgili tapu kütüğü sayfasını incelediklerine, taşınmazla ilgili tüm sınırlamaları bildiklerini kabul ettiklerine ilişkin irade açıklamalarının imza altına alınması durumunda taleplerin kabul edilebileceği ve işlem sonucunun da ilgili kuruma bildirileceği ifade edilmiştir.

Genelgede ihtiyati tedbir-iflas-konkordato konulu şerhler tapuyu kilitleyen şerhler olarak öngörülmüştür. Her türlü şerh ve beyanın terkin isteminde, terkin işleminin mutlaka tesis işlemi incelenerek karşılanması gerektiği de yine genelgede vurgulanmıştır. Bu düzenlemeler dikkate alındığında HUAK m. 17/B'de yer alan şerhin de elektronik ortamda verilmesi gereken bir şerh olduğu sonucuna ulaşılması gerekir.

[89] Antalya, O. Gökhan. *Elektronik Tapu Sicili*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019 (Antalya, *Elektronik Tapu Sicili*), s. 30.

[90] Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi

[91] "(1) Mahkemeler, Cumhuriyet başsavcılıkları, icra ve iflas müdürlükleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının görevleriyle ilgili taşınmaz verilerine erişimi protokol düzenlenerek sağlanabilir. Erişim hakkına sahip kuruluşlar, taşınmaz ile ilgili verileri TAKBİS üzerinden alırlar. (2) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile taşınmaza ilişkin konularda faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler, kendi işleriyle sınırlı olmak üzere, düzenlenecek protokol kapsamında gerekli verilere erişebilirler. (3) TAKBİS üzerinden sorgulama yapılabilmesi için, Genel Müdürlük tarafından belirlenecek sözleşme imzalanır. Bu sözleşmede, erişimin türü ve şekli, erişim kontrolü, verilerin kullanım amacı, üçüncü kişilere kullanılmasına ilişkin sınırlamalar ve amacı dışında kullanımın sonuçları yer alır. (4) Taşınmaz malikleri ile taşınmaz üzerinde hak sahibi olanlar, düzenlenecek sözleşme şartları dahilinde verilere erişebilirler. (5) Tapu sicilinde kayıtlı taşınmazın tanımlayıcı bilgileri herkes tarafından sözleşme şartları kapsamında sorgulanabilir. (6) Verilere erişim hakkının kötüye kullanılması hâlinde, özel kanun hükümleri saklı kalmak üzere, TAKBİS'e erişim derhâl durdurulur. (7) TAKBİS verilerine erişime ilişkin döner sermaye katılma payını ve bunun istisnalarını belirlemeye Genel Müdürlük yetkilidir."

[92] "(1) TAKBİS üzerinden yapılacak her türlü sorgulama ve sorgulayan bilgisi kayıt altına alınır. Bu kayıtlar iki yıl süreyle saklanır. (2) TAKBİS üzerindeki verilere erişimi durdurmaya veya kısıtlama yapmaya Genel Müdürlük yetkilidir. (3) TAKBİS üzerinde, tapu görevlileri hariç olmak üzere, verilerin ardına sorgulanmasına ilişkin her türlü güvenlik önlemi alınır."

[93] <https://www.tkgm.gov.tr/en/node/2175>, Erişim Tarihi: 27.04.2023.

Öte yandan şerh ve beyanların salt elektronik ortamda tutulmasını öngören genelgenin TMK bağlamında da yasal zemine oturtulması gerekmektedir⁹⁴.

Şerh ve beyanlar yukarıda da ifade edildiği üzere tapuda elektronik ortamda tutulmaktadır. Taşınmazlarla ilgili kayıtlar da TAKBİS üzerinde elektronik olarak işlenmektedir. Mahkeme kararlarının şerh edilmesi durumu nazarı dikkate alındığında; mahkeme kararının içeriğine göre şerh verilen taşınmazın tapu kaydının hukukî işlemlere kapatılıp kapatılmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Daha önce de ifade edildiği üzere TMK sistemiyle bağdaşmayan şerh imkânı getirilerek mahkemelerin ihtiyati tedbir kararlarının şerh verilmesiyle taşınmaz malikinin tasarruf yetkisi tedbir boyunca ilgili taşınmaz bakımından ortadan kaldırılmaktadır. Öte yandan salt “*davalıdır şerhi*” verilmesinin tapu kaydının işleme kapatılmadığı sonucuna ulaştırması gerekir. Nitekim uygulamada da bu yönde yaklaşım hâkim olmaktadır.

TAKBİS içerisinde yer alan bilgilere malik ya da sınırlı ayrı hak sahipleri e-devlet ve web-tapu⁹⁵ sistemleri üzerinden ulaşabilmektedir. Tapu kütüğü ilgisini inanılır kılan herkese açıktır. Taşınmazla ilgisini inanılır kılmayan ya da kılamayan üçüncü kişiler ise taşınmaz kayıtlarına ulaşamaz. Arabulucu şerh talebini yöneltmeden önce gerekli araştırmaları yapabilmelidir. Arabulucunun taşınmazla ilgili gerekli bilgilere ulaşmadan şerh talebinde bulunması ise uygulamada problemler doğurabilir. Arabulucu, arabuluculuk kurumuna başvuran tarafların sunduğu belgelere istinaden bu talebi gerçekleştirebilir. Çünkü taşınmaz malikleri ile taşınmaz üzerinde hak sahibi olanlar, taşınmazları hakkında elektronik kabul beyanı ile ilgili verilere TAKPAS⁹⁶ üzerinden

[94] Eleştiriler için bkz. Antalya, *Elektronik Tapu Sicili*, s. 46. Gerçekten de elektronik kayıt sistemiyle alakalı aşağıda inceleyeceğimiz yönetmelik kabul edilse de bunların TMK bağlamında da yasal zemine oturtulması ihtiyacı vardır. İsviçre Hukukunda ZGB Art. 949a vd. kabul edilerek; Art. 942/II ve Art. 970 değiştirilerek 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren gerekli uyumu sağlanmıştır. Aynı yönde: Antalya, *Elektronik Tapu Sicili*, s. 20. ZGB Art. 949a, kantonların hangi şartları sağlayarak elektronik sisteme geçebileceğini düzenlemiştir.

[95] <https://webtapu.tkgm.gov.tr>, Erişim Tarihi: 25.05.2023.

[96] 08/06/2022 tarih ve 31860 sayılı RG’de yayımlanan Tapu ve Kadastro Verilerinin İşlenmesi ve Elektronik Ortamda Yapılacak İşlemler Hakkında Yönetmelik (Elektronik İşlemler Yönetmeliği) m. 4/ş’de: “Merkezi veri tabanında tutulan verilerin kurumlarla ve kişilerle paylaşılmasına imkân sağlayan servis, Web Tapu veya Genel Müdürlükçe belirlenen diğer arayüzlerden oluşan sistemi” olarak tanımlanmıştır. Bu sistemden veri paylaşımıyla ilgili düzenleme, 07.03.2015 tarihinde 29288 sayılı Tapu ve Kadastro Verilerinin Paylaşımı Hakkında Yönetmelikte yer almaktaydı. Ancak Elektronik İşlemler Yönetmeliği kabul edilmiş olup bu yönetmeliğin 41. maddesiyle 7/3/2015 tarihli ve 29288 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tapu ve Kadastro Verilerinin Paylaşımı Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Web-Tapu sistemi: Elektronik ortamda taşınmazların yönetilebildiği, sisteme entegre edilen tapu, kadastro ve haritacılık işlemleri ile Osmanlıca ve eski kayıt belge işlemleri için başvuru yapılabilen, işlemler için gerekli olan bilgi ve belgelerin gönderilebilmesine olanak sağlayan, belge doğrulaması yapılabilen ve bu konularda üçüncü kişilere yetki verilebilen e-Devlet sistemine entegre olan ve Genel Müdürlüğün merkezi veri tabanı verilerine erişimi sağlayan TAKPAS arayüzüdür (Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 4/ü).

hızlı bir şekilde ulaşabilirler (Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 7/4). Ayrıca kendisi de gerekli yazışmaları yapabilmeli ve tapu sicilindeki bilgilere TMK m. 1020 kapsamında ulaşabilmelidir⁹⁷.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁹⁸ (HUAKY) m. 17/X'a göre arabulucular, yargı organları ve elektronik altyapısını tamamlamış kamu kurum ve kuruluşları ile bilgi ve belge alışverişini elektronik ortamda⁹⁹ yapabilirler (HUAK Yö. m.17, X). Bu düzenleme uyarınca arabulucunun TAKBİS ve TAKPAS üzerinden bilgi ve belge talebi söz konusu olabilir¹⁰⁰. Bu sistemler sayesinde kurumlar tapu kayıtlarına hızlı bir şekilde erişim sağlamaktadır.

Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 6/1 uyarınca alıcı¹⁰¹ tarafından veri talebi oluşturulması ve sorgulama yapılabilmesi için Tapu Genel Müdürlüğü ile protokol¹⁰² yapılması veya elektronik kabul beyanı¹⁰³ zorunludur. Bu bağlamda arabulucunun TAKPAS üzerinden doğrudan sorgulama yapılabilmesi için Tapu Genel Müdürlüğüyle protokol ya da sözleşme imzalanmalıdır. Arabulucunun hâli hazırda TAKPAS'tan üçüncü kişilere ait taşınmazın kayıtlarını öğrenmesini sağlayacak bir protokol ya da anlaşma söz konusu değildir¹⁰⁴. Mahkemeler ise taşınmazla ilgili

[97] Ayrıca işlemlerin daha hızlı yapılması adına elektronik sorgulamada yapılabilir. Nitekim Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 7/5 de bunu öngörmektedir: *"Tapu sicilinin açıklığı ilkesi gereğince, taşınmazın tanımlayıcı bilgileri ile taşınmaza yönelik hak ve kısıtlamalar herkes tarafından elektronik kabul beyanı ile sorgulanabilir."*

[98] 02/06/2018 tarihli ve 30439 sayılı RG.

[99] Bilişim sistemi ve bilişim ağından oluşan toplam ortam, elektronik ortam olarak tanımlanmıştır (HUAKY m. 4/h).

[100] Nitekim Türkiye Barolar Birliği'nin protokolü gereği avukatlar, TAKPAS üzerinden müvekkillerinin ve davaların dava konusu tapuya kayıtlı bilgilerini ve icra dosyalarında gerekli olan tapu kayıt bilgilerini sorgulayabilirler. Avukatların elektronik kayıtlara ulaşmasıyla ilgili Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 13: *"Avukatlar, görevleri ile ilişkili olarak TAKPAS arayüzleri veya internet servisleri üzerinden Türkiye Barolar Birliğinin alt kullanıcı sıfatıyla taşınmaz bilgisini sorgulayabilir. Bu kapsamda avukat, ilgisini ortaya koyan ulaşmak istediği verinin dayanağı yazılı belgeyi (çek, senet, alacak belgesi, kira kontratı, icra takip yazısı ve benzeri) sisteme taratıp belgenin tarih ve/veya sayısını eklemek ve elektronik kabul beyanını e-imza ile onaylamak suretiyle ilgisinin sadece taşınmazının (pasif kayıt bilgisi dâhil) olup olmadığına bilgisine sistemden ulaşabilir. Bununla birlikte ilgisini ortaya koyan vekaletname taratılmak suretiyle yapılacak sorgulamalarda, hangi kişinin malvarlığının hangi amaçla sorgulandığına dair bilginin sisteme girilmesi ve elektronik kabul beyanının e-imza ile onaylanması suretiyle avukatın talebine bağlı olarak taşınmazın (pasif kayıt bilgisi dahil) bilgisine veya kayıt örneğine ulaşılmasına ve örnek alınmasına imkan verilir."*

[101] TAKPAS'tan faydalanan kişi veya kurumlardır (Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 4/c).

[102] Tapu ve kadastro verilerini talep eden kurumlar, kendi işleriyle sınırlı olmak üzere kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve taşınmaza ilişkin konularda faaliyet gösteren tüzel kişiler ile 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve anılan Kanun kapsamında çıkarılan düzenlemelere uygun şekilde hazırlanarak imzalanan TAKPAS'a erişim protokolüdür (Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 4/p).

[103] Protokol imzalananlar dışında kalan kişilerin, TAKPAS arayüzleri üzerinden veriyeye ulaşmaları için elektronik ortamda bilgisine sunulan metni kabulüne ilişkin beyandır (Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 4/f).

[104] Alıcının, uygulamalar üzerinden TAKPAS'tan faydalanması için yetkilendirdiği kişiler alt kullanıcı olarak adlandırılır (Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 4/ç). Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 9/4'e göre: *"Alıcı, TAKPAS bağlantısını protokol ve güvenlik taahhütnamesinde belirlenen amaçlar ve kurallar doğrultusunda taşra teşkilatlarına, şubelerine ve alt kuruluşlarına*

her türlü bilgiye ulaşabilmektedir.

Mevcut durumda arabulucu, öncelikle kendisine sunulan resmî belgelere dayanarak şerh talebinde bulunabilir. Ayrıca gerekli elektronik yazışmaları da Tapu Müdürlüğü'nün elektronik alt yapısı üzerinden yapabilmelidir¹⁰⁵. Gerektiğinde uyuşmazlığa konu tapu kaydını talep edebilmelidir. Böylece taşınmaz üzerindeki aynı hak sahiplerini ve taşınmazdaki takyitleri öğrenebilir. Arabulucu tarafların kararlaştırdığı şerh beyanını tutanak altına alır ve bu talebi de tapu müdürlüğüne yöneltir. Bu taleple karşılaşan tapu memuru, şerh verilen taşınmazda tasarruf yetkisi kısıtlanan kişinin hak sahibi olduğunu tespit etmelidir. Aksi hâlde verilen şerhin hukukî yararı bulunmadığı gibi hak kayıplarına yol açması bir durumla da karşılaşılabilir.

Arabulucunun uyuşmazlığa konu olan tapu kaydını kolaylıkla inceleyebileceği bir sisteme sahip olması daha yerinde olur. Mevcut durumda arabulucuya böyle bir kolaylığın tam olarak sağlanmadığını ifade etmek gerekir. Ancak bu kolaylığın sağlanmasının önünde de herhangi bir engel yoktur. TAKPAS üzerinden bu kolaylık sağlanabilir¹⁰⁶. Arabulucu taşınmaza ilişkin gelen uyuşmazlıkta taraflar anlaşsa da bu anlaşmanın konusu olan taşınmazın kaydını incelemeyen tapu müdürlüğüne yönelik bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi talebinde bulunduğu takdirde tapu memuru tarafların hiçbirinin hak sahibi

da sağlayabilir. Kamu kurum ve kuruluşları, bu bağlantıyı yurt dışı teşkilatlarına da sağlayabilir."
Bu kapsamda arabulucular alt kullanıcı olarak yetkilendirilebilir.

[105] Elektronik ortamda işlem tesisi için bkz. Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 8: "(1) Tapu siciline yönelik her türlü tescil, şerh, beyan, terkin taleplerinde; TAKPAS'tan erişilen taşınmaz ada, parsel ve varsa bağımsız bölüm bilgilerinin yanında, gerçek kişilerde T.C. kimlik numarası/ yabancı kimlik numarası, ad, soyad, baba adı gibi kimlik bilgileri; tüzel kişilerde ise MERSIS numarası/vergi numarası ile tüzel kişi tanımlayıcı bilgisinin de protokol yapılan kurumlarca taşınmazın bulunduğu tapu müdürlüğüne sunulması gereklidir. Aksi hâlde söz konusu talepler reddedilir.

(2) Elektronik ortamda yapılan işlemlerde, gerekli kontroller internet servisleri tarafından yapılarak işlemin yevmiye numarası TAKBİS tarafından üretilir. İşlemin türüne göre elektronik ortamda tescil veya terkin işlemi TAKBİS tarafından yapılır. İşlemin hatalı olarak yapıldığının fark edilmesi durumunda tapu müdürlüğüne resen tesis veya terkinine yönelik gerekli düzeltme işlemi yapılarak başvuru sahibine bilgi verilir.

(3) Elektronik ortamda yapılan işlemlere ilişkin fiziki belge üretilmez. İşlemin sonuç yazıları servisleri kullanılarak işlemin tarafınca sorgulanmak sureti ile elde edilir. Elektronik ortamda yapılan işlem sonucunda, işlemin tarafı dışındaki diğer kurumlara mevzuatı uyarınca bildirimde bulunulması gereken hâllerde, işlemin tarafı olmayan kurum tarafından internet servisleri kullanılarak gerekli sorgulama yapılır. Genel Müdürlükçe işlemin tarafı olan Kurum ile mevzuatı uyarınca bildirim yapılması gereken işlemin tarafı olmayan kurumlara ayrıca bildirimde bulunulmaz."

[106] Tapu Genel Müdürlüğü ile bir protokol yapılarak arabulucuların elektronik ortamda işlem tesisi taleplerinin de sağlanmasının yolu da açılabilir. Bkz. Elektronik İşlemler Yönetmeliği m. 7: "TAKPAS hizmetleri; kurumlar ve kişilerin, arayüzler ile ulaşabilecekleri etkileşimli sorgulamalar ve kendi yazılım uygulamaları içerisine ekleyecekleri bölümler ile sorgulama ve elektronik ortamda tapu işlemleri yapmalarına olanak verecek internet servislerinden oluşur. Sorgulamalarda, sorgu kriterine göre sorgu sonucu olarak TAKPAS'ta bulunan, kurum ve kişilerin almaya yetkili olduğu bilgiler paylaşılır. Kurumlar ve kişilerle yetkisi dâhilinde olmayan bilgilerin paylaşılması engellenir." Nitekim Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı olan bir kurumdur.

olmadığı durumda ne yapacaktır? Tapu memurunun mahkemenin ya da icra dairesinin kararlarını maddi hukuk bakımından içeriğini inceleme gibi bir yetkisi olmasa da taşınmaz üzerinde hak sahibi olmayan biri için tasarruf kısıtlaması şerhi koyması beklenemeyeceğinden; arabulucunun talebiyle taşınmaz kayıtlarının uyuşmadığı durumlarda şerh taleplerini reddetmelidir. Arabulucunun şerh talebiyle karşılaşan tapu memuru haksız bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi talebini kabul etmesi ya da haksız yere bu talebi reddetmesi durumunda devletin sorumluluğu durumu da ortaya çıkabilecektir¹⁰⁷.

Şerhin Hükümü

Tapu sicilinin hangi hâllerde kilitleneceği Türk Medenî Kanunu tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi kurumuyla bağdaşmayan TST m. 49'da tahdidi olmayacak şekilde sayılmıştır. Bu sayma tahdidi olmasa da tapu sicilinin kilitlenmesi usulünün TMK şerh usulüyle bağdaşmadığı açıktır. Kanun hükmüyle öngörülme-yen bir durumun tüzükle öngörülmüş olmasının daha önceki konularda da eleştirdik¹⁰⁸.

Tapu kaydında işlemlerin yasaklanması istisnâ bir durum olduğundan ve mevzuatta da tapu kaydının kapatılması bu şerh bakımından öngörülmediğinden arabulucunun tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhiyle tapu kaydı kilitlenmemelidir. Arabulucunun vermiş olduğu şerh neticesinde malik tasarruf işlemleri yapmaya devam etmelidir. Ancak arabuluculuk sürecinin malikin karşısında yer alan hak sahibi lehine sonuçlanması durumunda taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişiler, şerhe konu uyuşmazlık sonucunda elde edilen aynı hakla bağdaşmazsa terkin edilmelidir. Başka bir anlatımla tarafların arabuluculuk sürecinden şerh lehtarını lehine bir anlaşma ile ayrılmasıyla birlikte taşınmazı sonradan edinenlere karşı da şerhe bağlanan bu hak ileri sürülebilecektir. Böylece şerhin konusu olan haktan doğan aynı hak ile bağdaşmayan ve şerhten sonra kurulan haklar terkin edilebilecektir. Üçüncü kişilerin iyiniyet iddiası şerhle ortaya çıkan sonuçları engellemez.

Şerhin Sona Ermesi

Arabulucunun tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi, HUAK m. 17/B/2/c.2 uyarınca tarafların anlaşamaması veya tarafların şerhin kaldırılması konusunda anlaşması hâlinde arabulucunun talebiyle, üç aylık sürenin sonunda ise kendiliğinden sona erer.

[107] Gürsoy, Eren & Cansel, s. 291.

[108] İsviçre Hukukunda ZGB Art. 961a düzenlemesi uyarınca şerhin, şerhten sonra başka bir hakkın tescilini engelleyen bir işlem olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Bkz. Schmid, BSK ZGB Art. 961a N.1-3.

Şerh için kanun koyucu üç aylık bir süre öngörmüştür. Bu sürenin dolmasıyla birlikte şerh etkisini kaybeder ve malik tasarruf yetkisini sınırlama olmaksızın kullanabilir. Ancak uygulamada mahkeme kararına dayanarak verilen şerhler terkin yazısı gelmeden terkin ettirilmemektedir. Benzer durum arabulucu şerhinde de görülebilir. Yani şerhin terkin edilmesi için ilgili tapu müdürlüğü, arabulucudan terkin yazısı bekleyebilir.

Şerh lehtarının lehine bir arabulucu anlaşma metni düzenlenmesi hâlinde, başka bir anlatımla kişisel hak sahibinin talebinin malik tarafından kabul edildiği durumda bir aynî hak kurulacak ve böyle bir durumda tapu kütüğüne tescil işleminin yapılmasıyla birlikte şerh de terkin edilecektir. Lehine şerh verilen kimse mülkiyet hakkını kazandığı için artık şerhle korunan hakkın da bir anlamı kalmayacaktır. Ancak bir sınırlı aynî hak kazanılması durumunda malik şerhin terkin edilmesini isteyebilecektir.

SONUÇ

Tasarruf yetkisi kısıtlamasının dayanağı olan uyuşmazlıkların nelerden ibaret olduğu TMK hükmüyle paralel bir şekilde düşünüldüğünde; yapmış olduğumuz çıkarıma göre buradaki uyuşmazlıklar TMK m. 1010/I/1'de işaret edilen uyuşmazlıklar olabilir. Tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin bir uyuşmazlıkta malikin iradesine de tabi tutulması ilk defa kabul edilen bir düzenleme olmuştur. Arabulucu taşınmaz üzerindeki hak sahibinin rızasını almadan şerh işleminin yapılması talebinde bulunamayacaktır.

Arabulucunun tapu kayıtlarına bir mahkeme gibi ulaşabilme imkânı bulunmasa da HUAKY uyarınca elektronik ortamda tutulan verilere ulaşma imkânı vardır. Arabulucu eksik bilgiyle şerh talebinde bulunursa ve tapu müdürlüğü de bu talebi kabul ederse hak kayıpları ve devletin sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu bağlamda arabulucunun TAKPAS üzerinden bilgilere ulaşım kolaylığının sağlanması yerinde olur. Ayrıca elektronik ortamda işlem talebinde bulunulmasının da önü protokol yapılarak açılabilir.

Arabulucunun tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi işlemiyle tapu kaydı kapatılmamalıdır. Zira tapu kütüğünün kilitlenmesine yönelik tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi verilmesi usulü TMK'nın şerhle götüğü amaçla bağdaşmamaktadır. Arabulucunun verdiği tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin üç aylık sürenin sonunda kendiliğinden kalkacağı öngörülmektedir. Ancak uygulamada bir resmî kurum tarafından verilen şerhler için süre dolmuş olsa da kurumun terkin yazısı beklenmektedir. Kanaatimizce aynı sorun arabuluculuk şerhi bakımından da geçerli olacaktır.

Son olarak elektronik sisteme geçişle ilgili yönetmelik kabul edilmiş olsa da Türk Medenî Kanununun elektronik tapu sistemine uygun revize edilmesi faydalı olabilir. Zira hâli hazırda TAKPAS'ın ara yüzü olan web-tapu ara yüzü kullanıma açık bulunmakta ve bu sistem üzerinden işlemler yapılabilmektedir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. *Kira Hukuku Şerhi*, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Akıntürk, Turgut. *Eşya Hukuku*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Akipek, Jale G. *Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 308, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.
- Antalya, O. Gökhan. *Elektronik Tapu Sicili*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019 (Antalya, *Elektronik Tapu Sicili*).
- Antalya, O. Gökhan. *Eşya Hukuku Cilt II Tapu Sicili*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018 (Antalya, *Eşya Hukuku*).
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 11. Baskı, Konya, 2014
- Aybay, Aydın & Hatemi, Hüseyin. *Eşya Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Bilgin Yüce, Melek & Özmen, Etem Saba. Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratılan Davalarda Verilen (TMK m.1010/b.1 ve TMK m.1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları. *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 80, Sayı: 4, 2022, s. 323-362.
- Çenberci, Mustafa. *Gayrimenkul Satış Vaadi*, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- Deillon-Schegg, Bettina, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Doğan, Murat. *Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2012.
- Esener, Turhan & Güven, Kudret. *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Esmer, Galip. *Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili*, Şark Matbaacılık, Ankara, 1967.
- Gürsoy, Kemal T.; Eren, Fikret & Cansel, Erol. *Türk Eşya Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 425, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Honsell, Heinrich. Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II: Art. 457- 977 ZGB, 4. Auflage, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011 (Honsell, BSK).
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Eşya Hukuku*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Medeni Kanunumuzun Aile - Miras ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal; Selici, Özer & Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Özbek, Mustafa Serdar. Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyati Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2017, s. 65-91.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Eşya Hukuku Cilt I Gris- Zilyetlik-Tapu Sicili*, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 440, Ankara, 1980.
- Simonius, Pascal & Sutter, Thomas. *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1995.
- Sirmen, Lâle. *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.

- Tanrıver, Süha, Ergüne, Mehmet Serkan. Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukuki Esaslar. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 72, Sayı: 1, 2023, s. 143-182.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Halûk & Altop, Atilla. *Türk Eşya Hukuku Cilt I Zilyedlik-Tapu Sicili-Mülkiyet*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Ünal, Mehmet & Başpınar, Veysel. *Şekli Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.
- Wieling, Hans Josef. *Sachenrecht*, fünfte überarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2007.
- Wilhelm, Jan. *Sachenrecht*, 4. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter, Berlin, 2010.

Yararlanılan internet kaynakları:

- www.legalbank.net.tr: Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (LB).
www.kazanci.com.tr: Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (KBB).
www.resmigazete.gov.tr: Resmî Gazete (RG).
www.swisslex.ch: Swisslex.
www.tkgm.gov.tr: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü resmî internet adresi.

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZADA BİLGİLENDİRME ZAMANI

Dr. Öğr. Üyesi Aziz Erman BAYRAM

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-6232-7928

azizerman.bayram@ogu.edu.tr

“En iyi hekim aynı zamanda filozoftur.”

Bergamalı Galen

ÖZET

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren en önemli unsurlardan biri rızadır. Geçerli bir rızadan söz edilebilmesi için hastanın tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi gerekir. Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahaleden önce müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık meslek mensubunun hastaya gerekli bilgileri vermesi zorunludur. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının hayata geçirilebilmesi için hastanın “zamanında” bilgilendirilmesi gerekir. Bilgilendirilen hasta, kararını vermek konusunda zaman baskısı altında olmamalı; ona kararını verebilmesi için bir süre tanınmalıdır. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü’nün ikinci bölümünün dördüncü maddesinde hastaya yapılacak olan ameliyata veya uygulanacak olan tedaviye ilişkin tüm bilgilerin en az 24 saat önce verilmesi gerektiği öngörülmüştür. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18/V’te ise acil durumlar dışında, bilgilendirmenin hastaya “makul süre” tanınarak yapılması düzenlenmiştir. Söz konusu maddede yer alan makul süre ifadesi, kural içi boşluk niteliğindedir. Bu nedenle “makul süre” kavramının anlamının belirlenmesi, içinin doldurulması ve çerçevesinin çizilmesi gerekir. Makul süre, hastanın karara yönelik iradesini oluşturabilmesi için tanınması gereken, müdahalenin önemine uygun bir düşünme süresidir. Bilgilendirme, hastanın müdahaleye rızasını gösterip göstermeme konusundaki kararını iyice düşünerek alabileceği bir süre öncesinde yapılmalıdır. Bunun için hastanın, bilgilendirmeyle tıbbi müdahale arasındaki zaman diliminde tedavi sürecinin artılarını ve eksilerini ölçüp tartma ve bunları ailesiyle veya diğer güvendiği kişilerle tartışma fırsatına sahip olması gerekir. Ancak bu sayede hasta “iyi düşünülmüş” bir karar verebilir. Bilgilendirmenin yapılması gereken süre, her somut olayın özelliklerine göre değişir.

Basit ve daha az riskli müdahalelerde hastanın müdahaleye rıza gösterip göstermeme konusunda sakince, serbestçe ve bağımsız olarak karar verebilmesi mümkünse ve bu durum hastanın üzerinde psikolojik bir baskı oluşturmuyorsa bilgilendirme, müdahaleyle aynı gün içinde yapılabilir. Bununla birlikte bilgilendirme görüşmesinden “hemen sonra” hastaya onam formunun imzalatılmaya çalışılması, hasta üzerinde psikolojik baskı oluşturur. Hasta, hâlihazırda ayırt etme gücünü düşüren bir maddenin etkisindeyse ya da ameliyathaneye götürülmek üzere yola çıkarılmışsa yahut ameliyat masasındaysa artık bilgilendirme konusunda çok geç kalınmıştır. Yatarak tedavi gören hasta, kural olarak “en geç” ameliyattan bir gün önce bilgilendirilmelidir. Yüksek riskli veya zorlu ameliyatlardan önce, hastayla hekim arasında, birden fazla görüşmenin yapılması gerekebilir. Hekimin, ameliyat gününün kararlaştırıldığı muayene gününde, ameliyatın tehlikeleri konusunda hastasına bilgi vermesi gerekir. Ancak bazı münferit olaylarda, ameliyatla aynı günde yapılan bilgilendirmenin dahi makul süre önce yapıldığı söylenebilir. Bu husus, özellikle tıbbi açıdan acilen yapılması zorunlu olan müdahaleler bakımından geçerlidir. Böyle durumlarda hastanın müdahalenin derhâl gerçekleştirilmesine ilişkin menfaati, ona verilmesi gereken düşünme süresine uyulmasına yönelik menfaatten üstündür. Münferit olayın özelliklerine göre ciddi müdahalelerde bile bilgilendirmeye müdahalenin gerçekleştirilmesi arasında bir günden daha az bir sürenin bulunması yeterli olabilir. Ancak bilgilendirmeden sonra müdahalenin gerçekleştirilmesine kadar geçen süre çok uzarsa yapılan bilgilendirme güncelliğini yitirebilir ve geçersiz hâle gelebilir. Ameliyatın genişletilmesinde; genişletme öngörülebilir nitelikteyse müdahaleye başlanmadan önce, hasta olası genişletmenin riskleri konusunda bilgilendirilmelidir. Fakat müdahalenin genişletilmesi ihtiyacı ilk olarak ameliyat esnasında ortaya çıkmışsa hastanın hâlâ etkili bir şekilde bilgilendirilip bilgilendirilemeyeceğine bakılmalıdır. Müdahalenin durdurulması tıbbi açıdan uygunsa müdahaleye ara verilmeli ve narkozun etkisi geçtikten sonra hasta ayrıntılı olarak bilgilendirilmelidir. Fakat ameliyatın sonlandırılması tıbbi açıdan uygun değilse ameliyatın genişletilmesi hastanın “varsayılan rızasına” uygun olarak yapılır. Hastanın zamanında bilgilendirilmemesi, tıbbi müdahaleye rızayı geçersiz hâle getirebilir ve tıbbi müdahalede bulunan sağlık mensubunun hukukî sorumluluğunu doğurabilir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Müdahale, Rıza, Bilgilendirme, Bilgilendirme Zamanı, Hekimin Hukuki Sorumluluğu.

INFORMATION TIME FOR CONSENT TO MEDICAL INTERVENTION

ABSTRACT

Consent is one of the most important elements that makes medical intervention legal. In order to be able to mention a valid consent, the patient must accept the medical intervention with his/her free will and be informed. Before any planned medical intervention, the healthcare professional who will perform the intervention must provide the patient necessary information. In ensuring the realisation of the patient's right to self-determination, the patient must be informed "in a good time". The informed patient should not be under time pressure to make his/her decision; he/she should be given a period of time to make his/her decision. Article 4 of the second part of the European Charter of Patients' Rights stipulates that the patient must be given all information relative to the operation or treatment to be performed at least 24 hours in advance. Article 18/V of the Turkish Regulation on the Rights of Patients regulates that, except in emergencies, information should be given to the patient within a "reasonable time". The term "reasonable time" in the said article is a gap in the rule. Therefore, it is necessary to clarify the meaning of the concept of "reasonable time", to fill its content and to draw its framework. Reasonable time is a period of consideration appropriate to the importance of the intervention, which should be given to the patient in order for him/her to form his/her will towards the decision. The information should be given before a period of time in which the patient can make his/her decision on whether or not to consent to the intervention. For this purpose, the patient should have the opportunity to weigh the pros and cons of the treatment process and discuss them with his/her family or other trusted persons in the period between the information and the medical intervention. Then the patient can make a "well-considered" decision. The length of time for information depends on the particularities of each case. For simple and less risky interventions, if it is possible for the patient to calmly, freely and independently decide whether or not to consent to the intervention and if this does not put psychological pressure on the patient, the information can be given on the same day as the intervention. However, trying to get the patient to sign the consent form "immediately after" the information consultation creates psychological pressure on the patient. If the patient is already under the influence of a substance that impairs his/her capacity to recognise, or if he/she has been taken to the operating room or is on the operating table, it is too late to inform him/her. As a rule, an in-patient must be informed "at the latest" one day before the operation. Before

high-risky or difficult operations, several meetings between the patient and the physician may be necessary. The physician must inform the patient about the risks of the operation on the day of the consultation, when the day of the operation is agreed. However, in some individual cases, even information given on the same day as the operation can be considered to have been given a reasonable time in advance. This is especially applicable to medically urgent interventions. In such cases, the patient's interest in the immediate performance of the intervention takes precedence over the patient's interest in the observance of the required period of consideration. Depending on the peculiarities of the individual case, even in serious interventions, a period of less than one day between the information and the beginning of the intervention may be sufficient. However, if the period between the information and the intervention is too long, the information may become outdated and invalid. In the case of an extension of the operation, if the extension is foreseeable, the patient should be informed about the risks of the possible extension before the intervention is started. However, if the need for an extension of the intervention first arose during the operation, it should be examined whether the patient can still be effectively informed. If it is medically advisable to stop the intervention, the intervention should be paused and the patient should be informed in detail after the anaesthetic has worn off. However, if it is not medically appropriate to interrupt the operation, the operation should be extended in accordance with the patient's "presumed consent". Failure to inform the patient in a good time may invalidate the consent to the medical intervention and may result in the legal liability of the healthcare professional performing the medical intervention.

Key Words: Medical Intervention, Consent, Information, Time of Information, Legal Liability of Physician.

GİRİŞ

Tıbbi müdahaleye rıza, tıp hukukunun en önemli konularından biridir. Bir hastaya yapılan tıbbi müdahale, tıp biliminin ulaştığı en yüksek standarda uygun olsa bile hastanın bu müdahaleye rızası yoksa kural olarak hukuka aykırıdır.

Hasta açısından tıbbi müdahaleye rıza vermek, her zaman kolay değildir. Zira tıp, uzmanlık gerektiren bir alandır ve hastalar genellikle tıp bilimine yabancıdır. Buna karşın tıbbi müdahalede bulunulmadan önce hastaya tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermediği sorulur ve ondan rızaya ilişkin kararını açıklaması istenir. Bu durumda hastanın, istisnâ bazı hâller dışında, tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğine ilişkin bir karara varması ve verdiği bu kararı açıklaması gerekir.

Hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğine dair karar verebilmesi için onun bilgilendirilmesi veya diğer bir ifadeyle aydınlatılması gerekir. Zira hastanın bilgilendirme olmaksızın alacağı karar sadece gelişigüzel bir karar olur. Bilgilendirilmeyen hasta, bilgiye dayalı olarak değil duygusal olarak veya başka etkenler altında fakat çoğu kez uygun olmayan bir karar verir. Bir kimsenin daha önce üzerinde hiç düşünmediği bir konuda karar vermek zorunda kalması, verdiği kararın onun gerçek iradesine uygun olup olmadığını şüpheli hâle getirir. Düşünülmeden verilen kararlar çoğu kez yanlış veya hatalıdır.

Tıbbi müdahaleye rıza ve bu kapsamda bilgilendirme konusu, öğretide pek çok yazar tarafından ele alınmıştır. Buna karşılık tıbbi müdahaleye rızada “bilgilendirme zamanı” konusu Türk hukuk öğretisinde henüz özel olarak el alınarak incelenmemiştir. Hâlbuki tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamak ve hekimin hukuki sorumluluğunun doğmasını engellemek için tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirme zamanının belirlenmesi çok önemlidir. İşte bu çalışmada tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirmenin “ne zaman” yapılması gerektiği konusu açıklığa kavuşturulmaktadır.

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Bir kimsenin yaşamına, vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırıdır. Zira kişinin yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı onun kişilik hakkının¹ bir parçasıdır. Kişi; kişilik hakkı kapsamında yer alan yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde ancak kendisi tasarruf edebilir. Bu bağlamda herkes kendi geleceğini kendisi belirleyebilir.² Kişinin yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki hakkı mutlak hak niteliğindedir. Dolayısıyla kişi, herkesten kendi yaşamına, vücut bütünlüğüne ve sağlığına saygı duyulmasını isteyebilir.³

Kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik olarak gerçekleştirilen bir müdahalenin “tıbbi müdahale” niteliğinde olması tek başına söz konusu müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmez.⁴ Hakikaten

[1] Kişilik hakkı; kişinin kişiliğini oluşturan, insanı insan yapan, bireyi birey kılan, korunması gereken maddi ve manevi tüm değerlere ilişkin bir haktır (Serozan, Rona. Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler. İstanbul Üniversitesi *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 14, 1977, s. 93).

[2] Dürig, Günter; Herzog, Roman; Scholz, Rupert & Di Fabio, Udo. *Grundgesetz*, 99. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, Artikel 2, Absatz 1, Randnummer (Rn.) 204.

[3] Anayasa'mızın 17. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ise hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

[4] Şenocak, Zarife. Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 50, Sayı: 4, 2001, s. 68; Ozanoğlu, Hasan Seçkin. Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 3, 2003, s. 59; Kahraman, Zafer. Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası. İnönü

bir kimsenin sağlığının korunması, hastalıklarının teşhis ve tedavisi amacıyla o kişiye karşı ilgili mesleki yükümlülüklerle ve standartlara uygun olarak tıp biliminin sınırları içinde ve tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan fiziki ve ruhi girişimler (Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) m. 4/I-g) bile kural olarak hukuka aykırıdır. Çünkü hiç kimse, ilke olarak rızası olmaksızın veya verdiği rızaya aykırı olarak bir tıbbi işleme tabi tutulamaz (HHY m. 22/I). Tıbbi müdahale kural olarak yalnızca müdahalede bulunulananın rızası varsa hukuka uygundur.⁵ Dolayısıyla hastanın “rızası olmaksızın” gerçekleştirilen her türlü tıbbi müdahale kural olarak hukuka aykırıdır ve müdahalede bulunanın hukuki sorumluluğunu doğurabilir.

Tıbbi müdahaleye rıza, kişilerin başkalarıyla olan hukuki ilişkilerinin ilke olarak güce veya zorlamaya değil, uzlaşmaya ve seçme özgürlüğüne dayanmasına dair temel hukuki düşüncenin ürünüdür.⁶ Hukukumuzda tıbbi müdahalede bulunacak olan kişinin, hastanın vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik olarak gerçekleştirilecek müdahalenin hastanın yararına olacağını düşünmesi, tek başına söz konusu müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmez.⁷ Önemli olan kendisine müdahalede bulunulacak olan kişinin iradesidir ve kendisi hakkında neyin yararlı olup neyin yararlı olmayacağı kararını verecek olan yine kişinin kendisidir.

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZADA BİLGİLENDİRMEİNİN ÖNEMİ

Rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren en önemli hukuka uygunluk sebeplerinden biridir. Ancak rızanın bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getirebilmesi için belirli özellikleri taşıması gerekir. Hukuka uygun olan ve dolayısıyla tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren bir rızadan söz edilebilmesi için hastanın tıbbi müdahaleyi “serbest iradesiyle” ve “bilgilendirilmiş olarak” kabul etmesi gerekir (HHY m. 4/I-h).

Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahalenin öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık meslek mensubu tarafından hastaya gerekli bilginin verilmesi yani bilgilendirmenin (aydınlatmanın) yapılması zorunludur (HHY m. 4/I-ğ).⁸

Üniversitesi *Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2016, s. 483; Çakal, Ayça. *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 52; Güney Tunalı, Işıl. *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 224; Kirkit, Ecem. *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 45.

[5] Hastanın rızası olmadığı hâlde tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayıldığı istisnai durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. Güney Tunalı, s. 295 vd.

[6] Laufs, Adolf; Katzenmeier, Christian & Lipp, Volker. *Arztrecht (ArztR)*, 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2021, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 5.

[7] Zeytin, Zafer. Hasta Hekim İlişkinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. *VIII. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu, 7 - 8 Ekim 2011*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 2.

[8] Biyotıp Sözleşmesi m. 5 / I uyarınca da sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin

Bilgilendirme, kısaca hastanın, kendi tıbbi durumu ve kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi yapılması demektir.⁹ Bilgilendirmede kişiye; rızasını göstereceği veya esirgeyeceği tıbbi müdahalenin tanıtılması söz konusudur.¹⁰

Tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce hastanın bilgilendirilmesi zorunluğunun temelinde, hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermemeye ilişkin vereceği kararı, kendisine yapılacak olan bilgilendirmenin etkileyecek olması yer alır. Gerçekten de hasta kendisine yapılan bilgilendirme sayesinde tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğine karar verebilir. Diğer bir anlatımla hasta söz konusu tıbbi müdahaleye ancak müdahalenin belirleyici koşullarının bilgisine sahip olması durumunda rıza gösterebilir.¹¹ Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık meslek mensubunun bilgilendirmesi olmaksızın hastanın doğru ve mantıklı bir karar vermesi neredeyse imkânsızdır.¹² Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan kişi tarafından yapılan bilgilendirme, hastanın bedensel ve ruhsal bütünlüğüyle ilgili olarak onun serbestçe karar alma özgürlüğünü temin eder.¹³ Bu kapsamda bilgilendirmeyi yapan tıp mesleğini icraya yetkili kişi, karar alma sürecinde hastayı bilgilendirerek onun karar almasına yardım etmektedir.¹⁴ Hasta ancak kendisine verilen bilgiler ışığında bir değerlendirme yapabilir ve kendisiyle ilgili bir karara varabilir.¹⁵

Tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirme, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını anlamlı bir şekilde kullanabilmesinin ön koşuludur. Herkes Anayasa ve hukuk sisteminin diğer temel değerleri çerçevesinde, kendi bedeni hakkında karar verebilir ve bedenine ne olacağını özgürce tayin edebilir. Sağlığı veya vücut bütünlüğü zaten bozulmuş olduğu gerekçesiyle hastaya veya güçsüz durumdaki bir kimseye sağlıklı kişilere nazaran daha düşük düzeyde kendi geleceğini belirleme hakkı tanınmaz. Dolayısıyla sağlığı bozulmuş olan veya güçsüz durumdaki kişiye karşı gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin rıza gerekliliğinden muaf tutulması veya o kişinin rızasının alınmaması ve bu kapsamda o kişinin daha az bilgilendirilmesi kabul edilemez.¹⁶

Tıbbi müdahalede bulunacak olan ve hastayı bilgilendirmesi gereken

bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

[9] Güney Tunalı, s. 250.

[10] Badur, Emel. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 67.

[11] Herzog-Zwitter, Iris. "Die Aufklärungspflichtverletzung und ihre Folgen", *HAVE*, Heft 4, 2010, s. 317.

[12] Laufs, Katzenmeier & Lipp, Arztr, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 5.

[13] Ozanoğlu, s. 59; Güney Tunalı, s. 250.

[14] Kahraman, s. 491.

[15] Güney Tunalı, s. 252.

[16] Laufs, Katzenmeier & Lipp, Arztr, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 6.

kişi genellikle hekimdir. Hekimin bilgilendirme yükümü sadece müdahalenin yapılıp yapılmamasına ilişkin değildir.¹⁷ Bilgilendirme, aynı zamanda müdahalenin türüne ve şekline de yöneliktir. Müdahaleye rıza gösterip göstermemek ve kendisine sunulan tedavi seçenekleri arasında seçeceği tedavinin risklerini ve avantajlarını değerlendirerek karar vermek konusundaki nihai karar hastaya aittir. Bir uzman olarak hekimin, hastanın alacağı karara temel oluşturacak bilgileri hastaya aktarması gerekir. Hekimin, hastaya tıbbi müdahaleye ilişkin bilgileri anlatması, müdahalenin nedenlerini açıklaması, gerekçelendirmesi ve gerektiğinde sorumluluk bilinciyle bunları hastayla tartışması, hastanın karar alma sürecinin en iyi şekilde yönetilmesini sağlar.¹⁸

Tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirilme hasta bakımından bir hak iken hekim için hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümdür.¹⁹ Gerçekten de sözleşmenin karşı tarafı olan hastaya karşı sadakat göstermekle ve özenli davranmakla yükümlü olan hekim, hastaya yardımda bulunup öneri sunabilmesi için onun kişilik haklarını dikkate alarak hastayı bilgilendirmeli ve aydınlatmalıdır.²⁰ Haksız fiil hukuku açısından ise bilgilendirme yükümü ilke olarak ilgili müdahaleyi kendi sorumluluğunda gerçekleştiren hekime aittir.²¹

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZADA BİLGİLENDİRMEİN YAPILMASI GEREKEN ZAMAN

Bilgilendirme Zamanına İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Türk Hukukunda

Türk hukukunda tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirme zamanını düzenleyen genel bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte ülkemizin tarafı olduğu Biyotıp Sözleşmesi'nde, Hasta

[17] HHY m. 15 uyarınca "Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir."

[18] Laufs, Katzenmeier & Lipp, ArztR, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 7.

[19] Beppel, Antje. Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, Die Entwicklung der Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2007, s. 17; Kaya, Mine. "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 100, Mayıs-Haziran 2012, s. 57.

[20] Güney Tunali, s. 252.

[21] Beppel, s. 17.

Hakları Yönetmeliği'nde ve bazı özel tıbbi müdahale türlerine ilişkin hukuki düzenlemelerde bilgilendirme zamanı konusunda hükümler bulunmaktadır.

Biyotıp Sözleşmesi²² m. 5/II uyarınca kendisine tıbbi müdahalede bulunulacak olan kişiye, “önceden”, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilir.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4/I-ğ uyarınca bilgilendirmenin, müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık meslek mensubu tarafından yapılması planlanan tıbbi müdahalenin “öncesinde” gerçekleştirilmesi gerekir.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18/V gereğince acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya “makul süre” tanınarak yapılır.

Özel bir tıbbi müdahale türü olan üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının düzenlendiği Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'e ekli Ek-8 ÜYTE Uygulanacak Çiftlere Ait Bilgilendirilmiş Muvafakat Formu'nun 6. maddesi uyarınca muvafakat formunun tedaviye başlamadan “bir gün önce” çiftlere verilerek okunması sağlanır.

İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirme zamanını düzenleyen genel bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte bazı özel tıbbi müdahale türleri bakımından bilgilendirme zamanını ve hastaya verilmesi gereken düşünme süresini hükme bağlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Tıbbi Destekli Üreme Hakkında Federal Kanun'un (*Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung*) 6. maddesinin 3. fıkrasında bilgilendirme konuşmasıyla ile tedavi arasında, kural olarak dört haftalık uygun bir düşünme süresinin bulunması gerektiği düzenlenmiştir. İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Federal Kanun'un (*Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen*) 14. maddesinin 4. fıkrasında bilgilendirme ile genetik incelemenin gerçekleştirilmesi arasında uygun bir düşünme süresinin bulunması gerektiği düzenlenmiştir. İnsanları Konu Alan Araştırmalar Hakkında Federal Kanun'un (*Bundesgesetz über die Forschung am Menschen*) 16. maddesinin 3. fıkrasında ilgili kişi rıza konusunda karar vermeden

[22] Ülkemizin de tarafı olduğu kısaca Biyotıp Sözleşmesi olarak anılan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, 2003 yılında TBMM tarafından Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun'la onaylanmış ve 20 Nisan 2004 tarihli 25439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

önce ona uygun bir düşünme süresinin verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.²³

Alman Hukukunda

Tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirme ve bu kapsamda bilgilendirme zamanı; Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda Medeni Kanun'da (*Bürgerliches Gesetzbuch* -BGB) açıkça düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun "*Bilgilendirme Yükümü*" başlıklı 630e paragrafının ikinci fıkrasının birinci cümlesinin ikinci bendi aynen şöyledir: "*Bilgilendirme, hastanın rıza konusundaki kararını iyi düşünülmüş bir şekilde verebilmesi için zamanında yapılmalıdır.*" Böylece Alman Medenî Kanunu'nun 630e paragrafının ikinci fıkrasının birinci cümlesinin ikinci bendinde hastanın, amaçlanan müdahaleden önce müdahalenin lehine ve aleyhine olan hususları yeterince tartarak karar verme özgürlüğünü ve buna bağlı olarak kendi geleceğini belirleme hakkını uygun bir şekilde hayata geçirebilmesi için zamanında bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.²⁴

Almanya'da Hasta Haklarının İyileştirilmesi Kanun Tasarısı'yla Alman Medeni Kanunu'nda "*Ek hizmetlerin yerine getirilmesine ilişkin özel hükümler*" başlıklı 630i paragrafının ikinci fıkrasında "*Hastaya sözleşmenin kurulmasından önce kural olarak en az 24 saat uygun düşünme süresi verilir.*"²⁵ şeklinde bir düzenleme yapılması öngörülmüşse de bu düzenleme Alman kanun koyucusu tarafından kabul edilmemiştir.

Bilgilendirmenin Tıbbi Müdahalenin Gerçekleştirilmesinden ve Rızanın Alınmasından Önce Yapılması

Yapılması planlanan tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilendirmenin mutlaka tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce yapılması gerekir.²⁶ Diğer bir ifadeyle tıbbi müdahale henüz başlamadan önce hastaya verilmesi gereken bilgiler verilmiş olmalıdır.²⁷ Gerek Hasta Hakları Yönetmeliği'nde (m. 4/I-ğ) gerek ülkemizin de tarafı olduğu Biyotıp Sözleşmesi'nde (m. 5/II) bu husus açıkça düzenlenmiştir. Tıbbi müdahale

[23] Liang, Shenbao. *Einwilligung in medizinische Behandlungen, Eine rechtsvergleichende Analyse nach schweizerischem und chinesischem Privatrecht*, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2018, s. 136.

[24] BGB § 630e "*Aufklärungspflichten*"

"(2) Die Aufklärung muss

2. so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann,"

[25] E-BGB § 630i "*Besondere Bestimmung bei der Erbringung von Zusatzleistungen*"

"Dem Patienten ist vor Abschluss des Vertrags eine angemessene Bedenkzeit von in der Regel mindestens 24 Stunden einzuräumen."

[26] Wiegand, Wolfgang & Abegglen, Sandro. Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung. *recht*, Heft 5, 1993, s. 192; Oral, Tuğçe. Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü. *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2, 2011, s. 194; Kaya, s. 64; Kirkit, s. 100; Ozanoğlu, s. 73.

[27] Liang, s. 136.

gerçekleştirilmeye başlanmışsa artık bilgilendirme konusunda geç kalınmış demektir. Örneğin, acil durumlar dışında, ameliyata alınacak olan bir hastanın ilk kez ameliyat masasında bilgilendirilmesi hâlinde bilgilendirilme konusunda geç kalındığı ortadadır. Bilgilendirilmemiş olan hastanın ameliyata açık veya örtülü olarak rıza vermesi de bilgilendirmenin yapılmadığı gerçeğini değiştirmez. Diğer taraftan tıbbi müdahale işlemi tamamlandıktan sonra müdahaleye başlanmadan önce verilmesi gereken ancak verilmeyen bilgilerin verilmesinin de hiçbir anlamı yoktur. Örneğin, öncesinde bilgilendirilmeksizin kasının içine penisilin enjekte edilen hastaya enjeksiyon işleminden sonra söz konusu müdahalenin olası yan etkileri konusunda bilgi verilmesi herhangi bir sonuç doğurmaz. Ne yazık ki bu hâlde iş işten geçmiş, hastaya verilmesi gereken bilgi verilmeden müdahaleye başlanmış ve müdahale bitirilmiştir. Artık penisilin olası yan etkilerini hastaya anlatmanın kimseye bir yararı yoktur. Eğer bir olası yan etki ortaya çıkarsa büyük ihtimalle hasta bu yan etkileri yaşayarak tecrübe edecektir. Buna karşılık bilgilendirildikten sonra rızası alınan hastaya bir de tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden sonra bazı önemli bilgileri hatırlatmakta veya daha önce yapılmadıysa gelecekteki yaşam tarzı konusunda hastaya bilgi vermekte herhangi bir sakınca yoktur. Örneğin, kimyasal cilt soyma işleminden sonra hekimin hastaya cildini güneş ışınlarından koruması gerektiği vs. konusunda bir kez daha bilgi vermesi hasta bakımından yararlıdır.

Yapılması planlanan tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilendirmenin, hastanın söz konusu tıbbi müdahaleye rızasının alınmasından önce yapılması gerektiği de açıktır.²⁸ Zira bilgilendirmenin amacı hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğine ilişkin doğru bir karara ulaşmasını sağlamaktır. “Bilgilendirilmiş Rıza” veya “Aydınlatılmış Onam” kavramları dahi hastanın rızasının alınmasından önce bilgilendirilmesi gereğine işaret eder. Hastanın önce rızasını almak sonrasında onu bilgilendirmek ve akabinde tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmek anlamsız olduğu gibi hukuka uygun da değildir.²⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4/I-h rızayı, kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi olarak tanımlamaktadır. Demek ki bilgilendirmenin hastanın tıbbi müdahaleye rızasını açıklamasından önce yapılması gerekir. Planlanan bir tıbbi müdahalede işlem sırası; bilgilendirme, rıza alma ve müdahaleyi gerçekleştirme şeklinde olmalıdır.

Tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirme, işin doğası gereği en erken hekimin planlanan tıbbi müdahale hakkında gerekli bilgilere sahip

[28] Zeytin, s. 18.

[29] Gülel, İlhan. *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 s. 126.

olduğu anda yapılabilir.³⁰ Gerçekten de hekim yapılması planlanan bir tıbbi müdahale hakkında henüz gerekli bilgilere sahip değilse örneğin hekim tıbbi müdahalenin nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi konusunda henüz bilgi sahibi değilse onun bu konuda hastayı bilgilendirmesi de mümkün değildir.

Bilgilendirmenin Hastaya Makul Süre Tanınarak Yapılması

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18/V'e uyarınca acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya "makul süre" tanınarak yapılır.³¹

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18/V'de yer alan "makul süre" ifadesi kural içi boşluk niteliğindedir. Zira Yönetmelik'te yer alan makul süre ifadesi, genel bir norm niteliğindedir ve dolayısıyla "makul süre" kavramının anlamının belirlenmesi, içinin doldurulması ve çerçevesinin çizilmesi gerekir.

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün "Hastalara Ait On Dört Hak" başlıklı ikinci bölümünün "Rıza Hakkı" başlıklı dördüncü maddesinde, hastaya, gerçekleştirilecek olan ameliyata veya tedaviye ilişkin tüm bilgilerin verilmesi gerektiği belirtilmiş ve bu bilgilendirmenin en az 24 saat önce yapılması gerektiği öngörülmüştür. Ancak Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü sadece tavsiye niteliğinde olup hukukumuz açısından bağlayıcı değildir. Dolayısıyla hukukumuzda tıbbi müdahaleye rızada makul sürenin yani bilgilendirme zamanının her türlü müdahale bakımından en az 24 saat önceki süreyi ifade ettiği söylenemez.

Makul süre, esas itibarıyla hastanın kararına yönelik iradesini oluşturabilmesi için gereken ve müdahalenin önemine uygun olan bir düşünme süresidir. Hastaya makul sürenin tanınmış olmasından söz edilebilmesi için bilgilendirmenin, hastanın müdahaleye rızasını gösterip göstermeme konusundaki kararını enine boyuna düşünerek alabileceği bir süre öncesinde yapılmış olması gerekir. Bunun için hastanın, bilgilendirmeyle tıbbi müdahale arasındaki zaman diliminde tedavi sürecinin artılarını ve eksilerini ölçüp tartma ve bunları ailesiyle veya diğer güvendiği kişilerle tartışma fırsatına sahip olması gerekir. Hasta ancak bu sayede, içinde bulunduğu sıkıntılı durum nedeniyle gerçekleri göz ardı ederek değil; "iyi düşünülmüş" bir karar verebilir.³²

Hastaya verilen düşünme süresi çok kısa tutulmamalıdır; aksi hâlde hastanın tedavinin artılarını ve eksilerini tartacak zamanı olmaz. Böyle

[30] Wiegand & Abegglen, s. 192.

[31] İsviçre hukukunda da bilgilendirmenin hastaya makul süre tanınarak yapılması gerektiği yönünde bkz. Wiegand & Abegglen, s. 192.

[32] Laufs, Katzenmeier & Lipp, Arztr, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 59.

bir durumda hasta zaman baskısı altında kalarak karar verir.³³ Hâlbuki bilgilendirilen hasta, kararını vermek konusunda zaman baskısı altında olmamalı; ona kararını verebilmesi için uygun bir süre tanınmalıdır.³⁴

Bilgilendirmenin ne zaman yapılması gerektiği aslında her somut olayın özelliklerine göre değişir.³⁵ Bu bağlamda somut olayda gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin ciddiyeti veya diğer bir ifadeyle ağırlığı asıl belirleyici olan etkidir. Somut olayda tehlike oluşturan zararın boyutu ile gerçekleşme olasılığının çarpımının sonucu, hastaya verilmesi gereken düşünme süresinin hesaplanmasında kullanılabilir.³⁶ O hâlde bir müdahalede tehlike yaratan zarar büyükse ve bu zararın gerçekleşme olasılığı ne kadar yüksekse verilmesi gereken süre o kadar fazladır. Buna karşılık, tehdit edici zarar büyük ancak gerçekleşme olasılığı sıfıra yakınsa veya gerçekleşme olasılığı yüksek ama hastaya zararı yok denecek kadar azsa hastaya verilmesi gereken düşünme süresinin fazla uzun tutulmasına gerek yoktur.

Basit müdahalelerde, bazı teşhis amaçlı yahut ayakta tedaviyi gerektiren işlemler gibi daha az riskli müdahalelerde, hastanın müdahaleye rıza gösterip göstermeme konusunda sakince, serbestçe ve bağımsız olarak karar verebilmesi sağlanabiliyorsa ve bu durum hastanın üzerinde psikolojik bir baskı oluşturmuyorsa bilgilendirme, müdahaleyle aynı gün içerisinde yapılabilir.³⁷ Örneğin, analiz amacıyla çeşitli vücut sıvılarının (kan, idrar, gaita, balgam vb.) alınması, röntgenle görüntüleme, kalpteki elektriksel aktivitenin grafik olarak kaydedilmesi gibi işlemlerde, rutin muayenelerde, kriyoterapi gibi ayakta tedaviyi gerektiren basit ve düşük riskli işlemlerde bilgilendirmenin müdahaleyle aynı gün içerisinde yapılması kabul edilebilir. Ancak bu tür durumlarda bile tıbbi müdahalenin türü ve riskleri hakkında bilgilendirme sırasında hastaya, tıbbi müdahaleyi yaptıırıp yaptırmama konusunda bağımsız bir karar verme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmelidir.³⁸ Düşük riskli, teşhis amaçlı veya ayakta tedaviyi gerektiren işlemlerde bilgilendirmenin müdahaleyle aynı günde yapılmasının yeterli olduğunun kabul edilebilmesi için bilgilendirme konuşmasının müdahale aşamasından

[33] Liang, s. 138.

[34] Laufs, Katzenmeier & Lipp, Arztr, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 59.

[35] Özdemir, Hayrunnisa. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XII, Sayı: 3-4, 2008, s. 365; Işık Yılmaz, Ş. Berfin. Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 98, Ocak-Şubat 2012, s. 405; Beppel, s. 44; Kaya, s. 64; Oral, s. 194; Aydın, s. 64.

[36] Wagner, Gerhard. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB (MüKo)*, 9. Auflage, C.H. Beck, München, 2023, BGB § 630e Rn. 57.

[37] Wagner & MüKo, BGB § 630e Rn. 57. Zararsız rutin müdahaleler için bilgilendirmenin en geç tedaviden önceki akşam yapılması gerektiği yönünde bkz. Wiegand & Abegglen, s. 192.

[38] Haag, Kurt. *Geigel Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts*, 28. Auflage, C.H. Beck, München, 2020, Kapitel 14, Rn. 220.

açık bir şekilde ayrılmış olması gerekir. Bilgilendirmenin müdahaleden “hemen önce” yapılması durumunda, hasta müdahalenin müteakiben gerçekleştirileceğini bilgilendirme sırasında zaten hesaba katmak zorunda kalmaktaysa bilgilendirmenin zamanında yapıldığından söz edilemez.³⁹ Bilgilendirme görüşmesinden hemen sonra hastaya, rıza formunun imzalaması için baskı yapılmamalıdır.

Yatarak tedavi gören hasta ise kural olarak “en geç”⁴⁰ ameliyattan bir gün önce bilgilendirilmelidir.⁴¹ Örneğin, hastaneye yatmayı gerektiren bademcik ameliyatı, burun estetiği ameliyatı, bel fıtığı ameliyatı, safra kesesi ameliyatı gibi ameliyatlarda hastanın ameliyattan en az bir gün önce bilgilendirilmesi gerektiği söylenebilir.

Yaşam tarzı üzerinde kalıcı etki doğurabilecek olan riskleri ilk kez duyan hasta, ameliyat gününün arifesinde bile gerçekleri hazmederken ve bir karar verirken genellikle büyük bir çöküntü yaşar. Bu nedenle bu tür büyük, zorlu veya sorunlu ameliyatlardan önce, hastayla hekim arasında kararın olgunlaşmasını sağlayacak olan birden fazla görüşmenin yapılması gerekebilir. Hekimin hastasının ameliyat edilmesine karar verdiği ve onunla istişare ederek ameliyatın gününü kararlaştırdığı muayene gününde⁴², aynı zamanda ameliyatın tehlikeleri (riskleri) hakkında hastasına önceden bilgi vermesi de gerekir.⁴³ Genellikle ameliyattan “haftalar öncesine” tekabül eden bu süre, hastanın ameliyattan bir gün önce tehlikeleri öğrenmesi hâlinde rızasını geri almasını engelleyebilecek olan psikolojik engelleri ortadan kaldırdığı için hastanın karar verme özgürlüğünü garanti eder.⁴⁴ Bu nedenle ölüm riski bulunan veya yaşam tarzı üzerinde kalıcı etki doğurabilecek olan ameliyatlarda acil bir durum yoksa bilgilendirmenin ameliyat gününün kararlaştırıldığı tarihte (bu tarih ameliyattan önceki gün değildir) yapılması gerekir. Örneğin, kalp ve büyük damar ameliyatları, beyin ameliyatı, karaciğerin çıkarılması ameliyatı gibi ciddi cerrahi müdahalelerde hastanın ameliyattan birkaç gün⁴⁵ hatta birkaç

[39] Beppel, s. 46.

[40] Ameliyat öngörülebilir nitelikteyse bilgilendirmenin ameliyattan önceki gün yapılmasının yeterli olmadığı yönünde bkz. Pally, Ursina. *Arzhaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe*, Schultess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2007, s. 99.

[41] Laufs, Katzenmeier & Lipp, ArzTR, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 60; Wagner / MüKo, BGB § 630e Rn. 57.

[42] Hekimin hastayla ameliyat için bir randevu ayarlamadan önce hastayı bilgilendirme yükümünü yerine getirmesi gerektiği yönünde bkz. Clausen, Tilman & Schroeder-Printzen, Jörn. *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht (MAH MedR)*, 3. Auflage, C.H. Beck, München, 2020, § 1 Zivilrechtliche Arzhaftung, Rn. 447.

[43] Geigel & Haag, Kapitel 14, Rn. 220; Wagner & MüKo, BGB § 630e Rn. 57. Ciddi müdahaleler için bilgilendirmenin ameliyattan en az üç gün önce yapılması gerektiği yönünde bkz. Wiegand & Abegglen, s. 192.

[44] Laufs, Katzenmeier & Lipp, ArzTR, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 61.

[45] Ciddi müdahalelerde bilgilendirmenin ameliyattan en az üç gün önce gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde bkz. Wiegand & Abegglen, s. 192.

hafta önce bilgilendirilmesi ve ona düşünmesi, meseleyi ailesiyle veya arkadaşlarıyla konuşması için gereken sürenin tanınması gerekir.

Ciddi müdahalelerde ameliyattan en az birkaç gün önce yapılması gereken bilgilendirme, hastanın yalnızca ameliyatın “yapılıp yapılmayacağına” dair kararını etkileyecek olan bilgilerin hastaya aktarılmasına ilişkindir. Buna karşılık anestezinin risklerine ve yapılacak olan cerrahi müdahaleye ilişkin ayrıntıların hastaya ameliyattan bir gün önce aktarılması yeterlidir.⁴⁶

Ciddi müdahalelerde dahi olsa hasta daha önce benzer birkaç ameliyat geçirmişse durum farklıdır. Zira artık geçireceği ameliyat konusunda deneyimli olan ve özellikle ameliyatın riskleri konusunda ilk ameliyattan önce zamanında bilgilendirilmiş olan hastaya aynı nitelikteki sonraki ameliyata dair bilgilerin aktarılmasından sonra uzun bir düşünme süresinin verilmesine gerek yoktur.⁴⁷

Bilgilendirme zamanının belirlenmesinde müdahalenin kapsamının yanında müdahalenin aciliyeti de önem taşır. Acil durumlarda hastaya verilecek olan düşünme süresi işin doğası gereği daha az olacaktır.⁴⁸ Tıbbi açıdan “acilen” yapılması zorunlu olan müdahalelerde ameliyatla aynı günde yapılan bilgilendirmenin de makul süre önce yani zamanında yapıldığı söylenebilir.⁴⁹ Akut acil durumlarda, müdahaleden dakikalar hatta saniyeler önce yapılan bilgilendirme bile geçerli kabul edilebilir.⁵⁰ Zira böyle durumlarda kural olarak hastanın müdahalenin derhâl gerçekleştirilmesine ilişkin menfaati, normalde ona verilmesi gereken düşünme süresine uyulmasına yönelik menfaatinden üstündür. Münferit olayın koşullarına bağlı olarak “ciddi müdahalelerde bile” bilgilendirmeye müdahalenin gerçekleştirilmesi arasında bir günden daha az bir sürenin bulunması yeterli olabilir.⁵¹ Sadece ameliyatın ertesi güne bırakılmasının hastanın ölümüne yol açma olasılığının çok yüksek olduğu durumlarda değil, ameliyatın gecikmesi durumunda ağır, hatta muhtemelen yaşamı tehdit eden komplikasyonların oluşma ihtimâli varsa hastanın ameliyattan birkaç saat önce bilgilendirilerek rızasının alınması yeterlidir.⁵² Örneğin, hastanın bilinci açıksa apandisit veya trafik kazası, iş kazası veya benzeri yaralanmalar sonucunda kol, bacak gibi organlarda gerçekleşen amputasyona ilişkin cerrahi girişimlerde

[46] Bepfel, s. 43.

[47] Wagner & MüKo, BGB § 630e Rn. 57.

[48] Wiegand & Abegglen, s. 192.

[49] Laufs, Katzenmeier & Lipp, ArztR, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 62.

[50] Wiegand & Abegglen, s. 192.

[51] Laufs, Katzenmeier & Lipp, ArztR, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 62.

[52] Geiß, Karlmann & Greiner, Hans-Peter. *Arzthaftpflichtrecht*, 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, C. Haftung aus Aufklärungsfehler Rn. 98; Clausen & Schroeder-Printzen, MAH MedR, § 1 Zivilrechtliche Arzthaftung, Rn 450.

bilgilendirmenin müdahalenin hemen öncesinde yapılması yeterlidir. Buna karşılık tıbben yapılması acil olan ancak standart olarak aynı gün yapılmayan ameliyatlarda hastanın en geç ameliyatın gerçekleştirileceği günün arifesinde bilgilendirilmesi gerekir. Örneğin, femur boyun kırığında durum böyledir.⁵³

Bilgilendirme sırasında hasta, kendisine yapılacak olan ve rızasını açıklayacağı müdahalenin sorunsuz biçimde gerçekleştirilmesini hesaba katmak zorundaysa ve bu nedenle artık kendisini olan bitenden ayıramayacağı baskısı altındaysa artık onun sakin ve özgürce karar vermesi garanti edilemez. Bu kapsamda hasta hâlihazırda ayırt etme gücünü düşüren bir maddenin veya ilacın etkisindeyse ya da ameliyathaneye götürülmek üzere hazırlanmış ve yola çıkarılmışsa yahut ameliyat masasındaysa artık bilgilendirme konusunda geç kalınmış demektir.⁵⁴

Tıbbi müdahalede bulunacak olan hekimin tüm önemli bulgular elde edilinceye kadar beklemesi, ardından hastayı bilgilendirmesi ve planlanan müdahaleden önce çok kısa olmayan ancak çok da uzun olmayan bir görüşmede hastanın rızasını alması faydalı olur.⁵⁵

Sonuç olarak bilgilendirme zamanı bakımından hukukumuzda⁵⁶ kesin bir belirleme öngörülmeden “makul süre” ifadesine yer verilmek suretiyle uygulayıcıya ve bir uyuşmazlık çıkması hâlinde hâkime takdir hakkı tanındığı söylenebilir. Hâkim, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 4 uyarınca kanunun takdir yetkisi tanıdığı konularda hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.

Hastaya Tanınacak Olan Düşünme Süresinin Bilgilendirme ile Rıza Arasındaki Süreyi mi Yoksa Bilgilendirmeye Tıbbi Müdahale Arasındaki Süreyi mi İfade Ettiği Meselesi

Bilgilendirmeden sonra fakat tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce hastaya, kararına yönelik iradesini oluşturabilmesi için müdahalenin önemine uygun olan bir düşünme süresi verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Fakat bilgilendirmeye tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi arasında

[53] Spickhoff, Andreas. *Medizinrecht*, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, BGB § 630e Rn. 10.

[54] Laufs, Katzenmeier & Lipp, Arztr, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 60; Wagner & MüKo, BGB § 630e Rn. 57.

[55] Laufs, Katzenmeier & Lipp, Arztr, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 97.

[56] Alman Hastaneler Birliğinin (*Deutschen Krankenhausgesellschaft*) Alman Tabipler Birliği (*Bundesärztekammer*) ile birlikte hazırladığı Hastanede Yatan Hastaların Planlanan Tıbbi Müdahaleler Hakkında Bilgilendirilmesine İlişkin Rehber İlkeler’de, bilgilendirmenin hastanın bilgi edinme ve karar verme özgürlüğüne hâlâ tam olarak sahip olduğu bir zamanda yapılması gerektiğine ve müdahalenin aciliyetinin buna izin vermesi koşuluyla hastaya konuyu değerlendirmesi için bir süre tanınması gerektiğine işaret edilmiştir (Clausen & Schroeder-Printzen, MAH MedR, § 1 Zivilrechtliche Arzthaftung, Rn. 447).

bir de hastanın kararını açıklaması yani rızasını göstermesi aşaması vardır. Şöyle ki aslında tıbbi müdahale öncesinde üç temel aşama vardır. Bunlar; hastanın bilgilendirilmesi, hastanın rızasının alınması ve tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmeye başlanmasıdır. Hâl böyle olunca bilgilendirmeden sonra hastaya verilmesi gereken makul sürenin yani düşünme süresinin bilgilendirmeye tıbbi müdahaleye başlanması arasındaki zaman aralığını mı yoksa rızanın açıklanmasıyla tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmeye başlanması arasındaki zaman aralığını mı ifade ettiği açık değildir. Hâlbuki düşünme süresinin sözü edilen bu iki zaman aralığından hangisini ifade ettiğinin belirlenmesi önem taşır. Zira düşünme süresinin rızayla tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmeye başlanması arasında olması gerektiği kabul edilecek olursa bilgilendirilen hastanın makul bir süre sonra rızasının alınmasının hemen ardından tıbbi müdahaleye başlanırsa rıza ile müdahale arasında makul bir süre geçmediği için rıza geçersiz kabul edilir. Buna karşılık, düşünme süresinin bilgilendirmeye tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmeye başlanması arasında bulunması gereken süreyi ifade ettiği kabul edilecek olursa bilgilendirilen hasta bilgilendirmeden hemen sonra veya müdahalenin başlamasından hemen önce rızasını açıklamış olsa bile bilgilendirmeye tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmeye başlanması arasında makul bir süre varsa açıklanan rıza geçerli kabul edilir.

İsviçre Federal Mahkemesine göre⁵⁷ “rıza” ile “müdahale” arasında asgari bir sürenin bulunması gerekir. Federal Mahkeme’ye göre bilgilendirmeden sonra, rıza herhangi bir zamanda açıklanamaz. Örneğin rıza, hasta tarafından ilk kez ameliyathaneye götürülürken verilmişse çok geç kalınmıştır.⁵⁸

İsviçre hukuk öğretisinde hâkim olan görüşe göre ise “bilgilendirme” ile “müdahale” arasında asgari bir sürenin bulunması gerekir. Hastanın düşünmesi için sahip olması gereken asgari süre, yani makul süre veya düşünme süresi rıza ile müdahale arasındaki süreyi değil; bilgilendirme ile müdahale arasındaki süreyi ifade eder. Bu nedenle bilgilendirmeden sonra rıza kural olarak düşünme süresi içinde herhangi bir zamanda açıklanabilir.⁵⁹

Alman Federal Mahkemesi de aşağıda ayrıntılı olarak yer verilen bir kararında⁶⁰ hastanın zamanında bilgilendirilmesini öngören Alman Medeni Kanunu’nun 630e paragrafının, “bilgilendirme” ile “rıza” arasında belirli bir sürenin geçmesi gerektiğine dair bir koşul içermediğini

[57] BGer 4P.265 / 2002 vom 28. April 2003 E. 5.2.

[58] Liang, s. 138.

[59] Liang, s. 138.

[60] Alman Federal Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin VI. ZR 375 / 21 sayılı ve 20 Aralık 2022 tarihli kararı.

vurgulamıştır. Federal Mahkeme'ye göre söz konusu hüküm, daha çok, iyi düşünülmüş bir karar verme olasılığını güvence altına alan bir bilgilendirme öngörmektedir. Uygun şekilde - özellikle zamanında - yapılan bilgilendirmeden sonra rızasını gösterip göstermeyeceğine ilişkin kararını hangi belirli anda vereceği hususu, hastaya kalmıştır. Bilgilendirme konuşmasından sonra hasta hâlihazırda iyi düşünülmüş bir karar verebilecek durumdaysa müdahaleye hemen rıza göstermek onun en doğal hakkıdır. Diğer yandan, hasta düşünmek için zaman istiyorsa bunu hekime bildirmesi ve hekimin bilgilendirmesinden sonra talep edilebilecek olan rızayı göstermekten şimdilik kaçınması kural olarak ondan beklenebilir.

Bize göre de bilgilendirmeye rıza arasında veya rızayla müdahale arasında asgari (belirli) bir sürenin bulunması zorunlu değildir. Önemli olan “bilgilendirme” ile “müdahale” arasında makul bir sürenin bulunmasıdır. Bunun için hastanın zamanında bilgilendirilmiş olması, bilgilendirmeden sonra kendisine bir düşünme süresinin verilmiş olması yeterlidir. Zamanında bilgilendirilmiş olan hasta bilgilendirmeye müdahale arasında sahip olduğu düşünme süresinin herhangi bir anında rızasını açıklayabilir. Bilgilendirmeden hemen sonra müdahaleye rızasını açıklamış olan hasta müdahaleye başlanmadan önce sahip olduğu düşünme süresi içinde hâlihazırda açıklamış olduğu rızasını her zaman geri alabilir (HHY m. 25⁶¹). Rızasını geri alan hastaya yapılan tıbbi müdahale ise olayda diğer hukuka uygunluk nedenleri yoksa hukuka aykırı olur ve müdahalede bulunanın hukuki sorumluluğunu doğurur.

Tıbbi Müdahaleye Rızada Bilgilendirmenin Çok Erken Yapılmasının Sakıncaları

Bilgilendirmenin yapılmasında geç kalınmamalı ama bilgilendirme çok erken de yapılmamalıdır. Zira hastanın zamanında bilgilendirilmesi, her zaman onun mümkün olan en erken tarihte bilgilendirilmesi anlamına gelmez. Hastanın ameliyattan haftalar önce bilgilendirilmesi, onun gerçekleştirilecek olan ameliyat konusunda zaman içinde giderek daha çok endişelenmesine ve hekime olan güveninin azalmasına yol açabilir. Hastanın çok erken bir aşamada bilgilendirilmesi her zaman onun yararına olmayabilir. Gerçekten de bilgilendirme müdahaleden birkaç hafta önce gerçekleşmişse hastanın işlem sırasındaki bilgi düzeyi şüpheli hâlde gelebilir.⁶² Hâlbuki “bilgilendirilmiş rızanın” ameliyat sırasında hâlâ

[61] HHY m. 25 / I uyarınca kanunen zorunlu olan hâller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu hâlde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.

[62] Alman Federal Mahkemesi bir kararında tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden beş hafta önce yapılan bilgilendirmenin zamanında yapıldığına hükmetmiştir (Alman Federal Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin 28.01.2014 tarihli ve VI ZR 143 / 13 sayılı kararı).

devam ediyor yani güncel olması gerekir. Hasta hâlâ müdahalenin avantaj ve dezavantajları ile risklerinin farkında olmalıdır.⁶³ Bunun sağlanması için bilgilendirme, rızanın açıklanması ve ameliyat arasında belirli bir zamansal yakınlığın bulunması lazımdır. Bilgilendirmeye müdahale arasındaki zaman aralığı çok uzunsa başlangıçta verilen rıza müdahale sırasında çoktan “fiilen ortadan kalkmış” olabilir. Bunun engellenebilmesi için müdahalede bulunacak olan hekimin hastayı ameliyattan kısa bir süre önce yeniden bilgilendirmesi (çifte bilgilendirme) gerekebilir.⁶⁴

Belirtildiği üzere tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirme çok erken yapılırsa hastaya verilen bilgiler güncelliğini yitirebilir. Ancak tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirme geç yapılırsa bu sefer hasta düşünerek yani bilgiye dayalı olarak değil tamamen tesadüfi olarak karar verir. Bu nedenle tıbbi müdahaleye rızada bilgilendirme ne çok erken ne de geç fakat tam “zamanında” yapılmalıdır.⁶⁵

Tıbbi Müdahalenin Genişletilmesi Durumunda Bilgilendirme Zamanı

Ameliyatın genişletilmesi durumunda söz konusu genişletmenin öngörülebilir olup olmadığı belirlenmelidir. Eğer ameliyatın genişletilmesi öngörülebilir nitelikteyse henüz müdahaleye başlanmadan önce, olası genişletmenin riskleri konusunda hastaya bilgi verilmelidir. Bu yapılmazsa müdahalede bulunanın ihmâl nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilir. Buna karşılık, müdahalenin genişletilmesi ihtiyacı ilk olarak ameliyat esnasında ortaya çıkmışsa bu durumda, hastanın hâlâ etkili bir şekilde bilgilendirilip bilgilendirilemeyeceğine bakılmalıdır. Eğer müdahalenin durdurulması tıbbi açıdan uygunsa müdahaleye ara verilmeli ve narkozun etkisi geçtikten sonra hasta ayrıntılı olarak bilgilendirilmelidir.⁶⁶ Fakat ameliyatın sonlandırılması tıbbi açıdan uygun değilse ameliyatın genişletilmesi hastanın “varsayılan rızasına” uygun olarak yapılmalıdır.⁶⁷

Hastanın müdahalenin ilerleyen aşamalarında mantıklı karar verebilecek bir durumda olmayacağı en başında öngörülebiliyorsa hastanın başka (ileri) müdahalelerin de gerekli olması ihtimaline karşı önlem olarak o konuda da bilgilendirilmesi lazımdır. Örneğin, sezaryen doğum ciddi olarak düşünülüyorsa ama önce normal doğum denenecekse bu durumda müstakbel anne, doğum başlamadan önce hem

[63] Geiß & Greiner ArzthaftpflichtR, C. Haftung aus Aufklärungsfehler Rn. 101.

[64] Laufs, Katzenmeier & Lipp, Arztr, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 94 - 95.

[65] Aydın, Elif Fulya. *Küçük ve Kısıtlılara Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 64; Hakeri, Hakan. *Tip Hukuku Cilt I Genel Hükümler*, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 393.

[66] Beppel, s. 46; Wagner & MüKo, BGB § 630e Rn. 61.

[67] Laufs, Katzenmeier & Lipp, Arztr, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 64.

sezaryenin hem de normal doğuma devam etme alternatif stratejisinin yararları ve riskleri konusunda bilgilendirilmelidir.⁶⁸ Ancak bu durum öngörülemiyse diğer cerrahi müdahalelerden farklı olarak doğum sürecinin durdurulması veya kesilmesi de mümkün olmadığından, doğum sürecinde sezaryen doğumun zorunlu hâle gelmesi ve hastanın fiziksel ve psikolojik durumu nedeniyle artık bilgilendirilememesi durumunda, hastanın varsayılan iradesi dikkate alınarak tıbbi müdahale gerçekleştirilmelidir.⁶⁹

Hastanın bilgilendirmeye dayalı olarak rıza vermesinden sonra hastaya verilen bilgilerin (HHY m. 15), bu kapsamda örneğin hasta tarafından seçilen cerrahın değişmesi durumunda, hasta, tıbbi müdahaleden önce, değişen hususlar hakkında yine “zamanında” bilgilendirilmeli ve onun müdahaleye yönelik rızası yeniden alınmalıdır.⁷⁰ Fakat ameliyata hâlihazırda başlanmış ve cerrahın değişmesi veya ameliyata başka cerrahların katılması ihtiyacı sonradan ortaya çıkmışsa fizyolojik ve psikolojik olarak rızası alınmaya elverişli olmayan hastanın öngörülebilen olmayan bu durum hakkında bilgilendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Ne var ki eğer burada da müdahalenin durdurulması tıbbi açıdan uygunsa müdahaleye ara verilmeli ve narkozun etkisi geçtikten sonra hasta cerrahın değişmesinin gerektiği veya ameliyata yeni cerrahların katılması gerektiği konusunda bilgilendirilmelidir.

[68] Wagner & MüKo, BGB § 630e Rn. 61.

[69] Bepel, s. 47.

[70] Geiß & Greiner ArzthauptpflichtR, C. Haftung aus Aufklärungsfehler Rn. 101.

Tıbbi Müdahaleye Rızada Bilgilendirmenin Zamanına İlişkin Örnek Tablo⁷¹

Bilgilendirme Zamanı ve Hastayla Hekim Arasındaki İlk Temas (İcabında Müdahaleden Günler veya Haftalar Önce) ve Gereklilikler

➤ Hastayla Hekim Arasındaki İlk Temas (İcabında Müdahaleden Günler veya Haftalar Önce)

- ✓ Tanının bildirilmesi, yapılacak olan müdahalenin türü ve yapılma usulü, riskleri konusunda kapsamlı bilgilendirme yapılır.
- ✓ Başka muayenelerin yapılması veya bulguların beklenmesi zorunlu değilse kural olarak müdahale için bir randevu kararlaştırılabilir.
- ✓ Hasta ilk temas sırasında bilgilendirilmişse müdahaleye yakın bir zaman diliminde hastanın yeniden bilgilendirilmesi gerekebilir (Buna çifte bilgilendirme denir).

➤ Müdahaleden 24 Saat Önce

○ Basit az riskli müdahaleler (ayakta/yatarak)

- ✓ Bilgilendirme hukuka uygundur.

○ Ciddi müdahaleler (ayakta/yatarak)

- ✓ Bilgilendirme genellikle hukuka aykırıdır.

➤ Müdahaleden Önceki Akşam

○ Basit az riskli müdahaleler (ayakta/yatarak)

- ✓ Bilgilendirme hukuka uygundur.

○ Ciddi müdahaleler (ayakta/yatarak)

- ✓ Hasta müdahaleye ilişkin ciddi riskleri ve gelecekteki yaşam tarzını etkileyecek bir durumu ilk kez öğreniyorsa müdahaleden önceki akşam yapılan bilgilendirme yeterli değildir.

➤ Müdahale Günü

○ Basit az riskli müdahaleler (ayakta/teşhise yönelik)

- ✓ Bilgilendirme şu şartlar altında hukuka uygundur:

- Hasta müdahalenin niteliğini ve kapsamını anlayabiliyorsa,
- Bilgilendirme konuşması cerrahi aşamadan açık ve kesin bir şekilde ayrılarak gerçekleştirilmişse.

- ✓ Bilgilendirme şu durumlarda hukuka aykırıdır:

- Bilgilendirme, müdahalenin hemen öncesinde yapılmışsa,
- Ameliyathaneye giderken veya ameliyathanede yapılmışsa,
- Ameliyata hazırlayıcı veya sakinleştirici ilaçların uygulanmasından sonra yapılmışsa.

➤ Müdahale Hâlihazırda Gerçekleştirilmişse

- ✓ Daha önce yapılmadıysa gelecekteki yaşam tarzı (kısıtlamalar, önlemler, ilaç kullanımı vs.) hakkında daha sonra bilgi verme olanağı vardır.

Bu tablo dikkate alınırken şu iki husus göz ardı edilmemelidir:

Bilgilendirme zamanının tayininde her somut olayın kendine özgü koşulları belirleyicidir.

Acil durumlarda bilgilendirme zamanına ilişkin gereklilikler acil olmayan durumlardaki kadar katı değildir.

[71] Markus Parzeller; Maren Wenk; Barbara Zedler & Markus Rothschild. Aufklärung und Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen. *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 104, Heft 9, 2. März 2007, s. 579.

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZADA BİLGİLENDİRMENİN ZAMANINDA YAPILMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Doğru zamanda yapılmayan bilgilendirme hukuka uygun değildir. Doğru zamanda yapılmayan bilgilendirme, tıpkı yapılması gerektiği hâlde yapılmayan bir bilgilendirme gibi hukuki sonuç doğurur. Dolayısıyla zamanında yapılmayan bilgilendirme, kural olarak yapılması gerektiği hâlde yapılmamış olan bir bilgilendirme gibi değerlendirilir ve hastanın kendisine yönelik gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye açıkladığı rızasının hukuka aykırı olması sonucunu doğur. Tıbbi müdahaleye rızanın hasta dışında üçüncü bir kişi tarafından açıklandığı hâllerde, doğru zamanda yapılmayan bilgilendirme, yine üçüncü kişi tarafından açıklanan rızanın hukuka aykırı olması sonucunu doğurur.

Doğru zamanda yapılmayan bilgilendirme hukuka aykırıdır fakat doğru zamanda yapılmayan bilgilendirmeye bağlı olarak verilen rıza herhâlde geçersiz sayılmamalıdır. Gerçekten de ortada “geç yapılan” bilgilendirme olsa bile hastanın, hukuka uygun bir iyileştirici tedavi önleminin uygulanmasını sağlayacak bir konumda kalması sonucunu doğuruyorsa artık geç bilgilendirmeye dayalı olarak verilen rıza geçersiz sayılmamalıdır. Burada belirleyici olan etken, belirli bir vakada hastanın karar verme özgürlüğünün makul olmayan bir biçimde engellenip engellenmediğidir.⁷² Örneğin, ameliyatın riskleri konusunda ilk kez ameliyattan önceki gün bilgilendirilen ve dolayısıyla kural olarak hâlâ zamanında bilgilendirilmiş olan hasta, zamanında bilgilendirilmediğini iddia ediyorsa somut olayda karar verme özgürlüğünün ihlâl edildiğine dair olguları ortaya koymak zorundadır. Bunun üzerine hastanın geç bilgilendirilmesine rağmen ameliyat olmaya özgürce karar verdiğini ispat edemeyen hekim, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması nedeniyle sorumlu olur.⁷³

Zamanında yapılmayan bilgilendirme, bilgilendirme yapılmaksızın alınan rıza ile aynı hukuki sonucu doğurduğundan hastaya karşı yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesini engeller. Hastaya yönelik olarak gerçekleştirilen müdahale, HHY m. 4/I-g anlamında bir “tıbbi müdahale” niteliğinde olsa bile ortada diğer hukuka uygunluk sebepleri de yoksa hastanın vücut bütünlüğünü, yaşamını, sağlığını ihlâl ettiğinden hastanın kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurur.

Türk Medeni Kanunu m. 24/II gereğince kişilik hakkı zedelenen kimsenin “rızası”, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya

[72] Geigel & Haag, Kapitel 14, Rn. 220; Laufs, Katzenmeier & Lipp, ArztR, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung Rn. 63.

[73] Beppel, s. 68.

da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. TMK m. 24/I uyarınca ise hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Hukuka aykırı bir tıbbi müdahale nedeniyle kişilik hakkı zedelenen kimse özellikle ortaya çıkan maddi ve manevi zararının giderilmesini isteyebilir.⁷⁴

Tıbbi müdahalede bulunan hekim hastayı zamanında bilgilendirmesi gerekirken bilgilendirmediğinden bilgilendirme (aydınlatma) yükümünü ihlâl ederek hekimlik sözleşmesine aykırı davranmış olur.⁷⁵ Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği kural olarak vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirildiğinden doğru zamanda bilgilendirme yapmayan hekimin Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 506'da düzenlenen vekilin sadakat ve özen borcunu ihlâl etmesinden söz edilebilir. Hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak değerlendirildiği istisnâ hâllerde de hastayı zamanında bilgilendirmeyen hekim yine sadakat ve özen borcunu ihlâl etmiş olur.⁷⁶ TBK m. 112 gereğince borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Dolayısıyla hekimlik sözleşmesindeki sadakat ve özen borcunu ihlâl eden hekim, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe hastanın bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olur.

Tıbbi müdahalede bulunan kişinin hastayı zamanında bilgilendirmeksizin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin hastaya karşı gerçekleştirilen haksız fiil olarak nitelendirilebilir. Bu durumda kusurlu olarak hastaya zarar veren kişi TBK m. 49/I gereğince hastanın zararını gidermekle yükümlü olur.

Tıbbi müdahalede bulunan kişinin sözleşmeden doğan sorumluluğuyla haksız fiilden doğan sorumluluğunun yarışması durumunda TBK m. 60 gereğince hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

Hukuka aykırı olarak bedensel bütünlüğü ihlâl edilen hasta,

[74] Zeytin, s. 29.

[75] Zeytin, s. 29.

[76] Yargıtay, yüklenicinin sadakat ve özen yükümünü ele aldığı bir kararında "Sözleşme hükümlerine uyulması, hukukta temel ilke olan "ahde vefa" kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi, kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. İş sahibi de, işin ifayla sonuçlanması için sözleşmeyle kendisine yüklenen edimleri zamanında ifa etmekle yükümlüdür. Tarafların kendilerine düşen yükümlülükleri objektif iyiniyet kuralları içinde yerine getirmeleri gereklidir (BK.81.md ve TMK.2. md)." demiştir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2014 / 118 E., 2014 / 3380 K. sayılı, 15.05.2014 tarihli kararı).

sorumlu hekimden veya hastaneden TBK m. 54 gereğince özellikle tedavi giderlerinin, kazanç kaybının, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplarının ve ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan kayıplarının giderilmesini isteyebilir.

Hukuka aykırı tıbbi müdahale sebebiyle manevi zarara uğrayan hasta TBK m. 56 veya TBK m. 58'e dayanarak kendisine uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesini isteyebilir.

Tıbbi müdahalenin bir kamu görevinin ifası kapsamında gerçekleştirilmesi durumunda hastayı zamanında bilgilendirmesi gerekirken bilgilendirmeyen hekimin davranışı bir görev kusuru sayılabilir ve kamu görevlisi statüsündeki hekimin hukuka aykırı tıbbi müdahalesi nedeniyle meydana gelen zarardan dolayı idare aleyhine tam yargı davası açılarak idareden tazminat talep edilebilir.⁷⁷

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZADA BİLGİLENDİRMEİNİN ZAMANINDA YAPILDIĞINI İSPAT YÜKÜ

Bilgilendirilmiş rızada ispat yükü hekimde veya davalı hastanededir.⁷⁸ Dolayısıyla bilgilendirmenin doğru zamanda yapıldığını, bu kapsamda hastaya, kararına yönelik iradesini oluşturabilmesi için gereken ve müdahalenin önemine uygun olan bir düşünme süresi verildiğini ispat yükü de hekimde veya davalı hastanededir.⁷⁹

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZADA BİLGİLENDİRME ZAMANI KONUSUNDAKİ YARGI UYGULAMASI

Türk Anayasa Mahkemesinin Bilgilendirme Zamanına İlişkin Bazı Önemli Kararları

Anayasa Mahkemesine göre bireylerin maddi ve manevi bütünlükleri, kendilerine sağlanan tıbbi tedavinin seçimine katılmaları ve bu konuda rızalarının alınması ve maruz kalabilecekleri sağlık risklerini değerlendirebilmeleri için gerekli bilgiyi edinebilmeleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında bulunan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamına girer. Tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde rızasının alınmaması, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkına bir müdahale oluşturabilir. İstisnai hâller dışında tıbbi müdahale, ilgili kişinin ancak bilgilendirilip özgür rızası alındıktan sonra yapılabilir.

[77] Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, Simge. *Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 115 vd.

[78] Beppel, s. 62. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2016 / 25663 E., 2018 / 7615 K. sayılı, 04.07.2018 tarihli kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2013 / 1813 E., 2013 / 11915 K. sayılı, 09.05.2013 tarihli kararı.

[79] Clausen & Schroeder-Printzen, MAH MedR, § 1 Zivilrechtliche Arzthaftung, Rn. 467.

Hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş olmalıdır. Bunun yanı sıra “yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında, hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı” bırakılmış olmalıdır.⁸⁰

Anayasa Mahkemesine göre hukuka uygun rızanın varlığından söz edilebilmesi için kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi hâlinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları, hastalığın seyri ve neticeleri konusunda hastanın bilgilendirilmiş olması gerekir. Ayrıca “yapılan bilgilendirme ile tıbbi uygulama arasında hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı” bırakılmış olmalıdır.⁸¹

Anayasa Mahkemesine göre tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde bilgilendirilerek rızasının alınmaması kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlâlüne sebep olabilir. İstisnai hâller dışında tıbbi müdahale, ancak ilgili kişi bilgilendirilip rızası alındıktan sonra yapılabilir. Hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş olmalıdır. Bunun yanı sıra “yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı” bırakılmış olmalıdır. Bununla birlikte hastanın sağlığı ve yaşamı için ciddi risk nedeniyle “acil müdahale gereken hâllerde bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamının ve karar verilmesi için tanınacak sürenin dar olabileceği” gözetilmelidir.⁸²

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir olayda 1.9.2008 tarihinde birinci başvurucunun kanama şikâyetinin devam etmesi nedeniyle saat 01.05'te gittiği hastanede yapılan USG (ultrasonografi) işlemi sonucunda, rahimde plasenta kaldığına ilişkin tespit yapılarak ilaç tedavisine başlanmıştır. Bu tedaviden sonuç alınmaması üzerine önce saat 04.00'te birinci başvurucuya kürtaj işlemi yapılmış, bu işlemin de başarısız olması dikkate alınarak birinci başvurucunun rahminin alınmasından önce ikinci başvurucunun onam belgesini imzalaması istenmiştir. Bu kapsamda ikinci başvuru tarafından “düşünme zamanı tanımadan” ve birinci başvurucunun rahminin alınmaması hâlinde hayatını

[80] Ahmet Acartürk Başvurusu § 56 (Başvuru Numarası: 2013 / 2084), Karar Tarihi: 15.10.2015, R.G. Tarih ve Sayı: 18.12.2015-29566.

[81] Fındık Kılıçaslan Başvurusu § 50 (Başvuru Numarası: 2015 / 97), Karar Tarihi: 11.10.2018, R.G. Tarih ve Sayı: 12.12.2018-30623.

[82] Ramazan Kaya Başvurusu § 30 (Başvuru Numarası: 2019 / 1722), Karar Tarihi: 10.5.2022.

kaybedebileceğine ilişkin yanıtıcı bilgiler verilerek imzalatırılan onamın “geçerli olmadığı” ileri sürüldüğü anlaşılmıştır. Somut olayda birinci başvurunun kanama şikâyetiyle hastaneye gitmesinden itibaren kendisine gerekli tıbbi müdahalelerin literatürde belirlenen sıra ile yapıldığı ancak bu müdahalelerden sonuç alınamaması nedeniyle rahminin alınması gerektiği belirlenerek ikinci başvurucuya bu işlemin yapılmaması hâlinde birinci başvurunun hayatını kaybedebileceği bilgisi verilmiştir. ATK (Adli Tıp Kurumu) raporundaki tespitlere göre ikinci başvurucuya verilen bilginin tıbben doğru ve geçerli olarak kabul edildiği dikkate alındığında bu kişiye hatalı veya eksik bilgi verildiği söylenemez. Bu itibarla birinci başvurucuya birkaç saatlik zaman dilimi içerisinde yapılan tüm tıbbi müdahalelere karşın olumlu bir sonuç alınamaması üzerine bu kişinin rahminin alınmasına ilişkin tıbbi gereklilik, söz edilen süreç içerisinde oluşmuş ve tıbbi müdahaleye ilişkin muhtemel sonuçlar bildirilerek ikinci başvurucudan onam belgesini imzalaması talep edilmiştir. Dolayısıyla somut olayın koşulları gereğince tıbbi müdahalenin birinci başvuru yönünden “hayati önem arz ettiği” ve bu müdahalenin “acil olarak” ortaya çıkan bir ihtiyacın sonucu olduğu objektif olarak belirlendiğinden, ikinci başvurunun, işlemin olası sonuçları hakkında düşünerek ameliyata karar verilmesi için “yeterli bir süre tanınmaması” nedeniyle aydınlatılmış onamın geçerli olmadığı iddiası kabule şayan görülmemiştir.⁸³

Yargıtayın Bilgilendirme Zamanına İlişkin Önemli Bir Kararı

Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacılar; davacı A ile B'nin oğlu ve davacı C'nin kardeşi olan D'nin 20.01.2012 tarihinde davalı hastaneye hemoroid sorununun tedavisi için gittiğini, davalı doktor tarafından muayene edildiğini ve davalı doktorun ameliyat edeceğini belirterek müteveffa D'nin karşı odaya geçmesini söylediğini, kısa bir süre sonra odaya girip çıkanlar olduğunu, davacı A'nın odaya girdiğinde doktorların kalp masajı yaptıklarını gördüğünü ve akabinde D'nin vefat ettiğini, ameliyatın hatalı olduğunu ve ayrıca aydınlatma ve onam alma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ileri sürerek tazminat talep etmişlerdir. Davalı hastane, ufak ve kısa süreli ameliyatların septik odası adı verilen yerde yapılabildiğini, hastanın yaşı ve kısa süreli bir cerrahi işlem olması, iyi fiziki muayene ile herhangi bir tetkik yapılmadan dahi ameliyat yapılabileceğini, olayda bir kusur bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini dilemiş; davalı doktor davaya cevap vermemiştir. Mahkemece, davanın davalı E'ye yönelik açılan davanın reddine, davalı hastaneye karşı açılan maddi tazminat davasının kabulüne, davalı

[83] Fayık Özdemir ve Mehet Özdemir Başvurusu § 65 vd. (Başvuru Numarası: 2018 / 25890), Karar Tarihi: 22.2.2022.

hastaneye karşı açılan manevi tazminat davasının kısmen kabulüne ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar ve davalı hastane tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece, alınan bilirkişi raporları doğrultusunda davalı doktorun kusurunun bulunmadığı, aydınlatma yükümlülüğü açısından tüm sorumluluğun davalı hastanenin organizasyon hatasından kaynaklandığı gerekçesi ile davalı doktor hakkında açılan davanın reddine, davalı hastane hakkında açılan davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Somut olaya bakıldığında Mahkemece, davalı doktorun bir kusuru bulunmadığı, ancak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından aydınlatma şartının yerine getirilmediği, bu eksikliğin hastane yönetiminin organizasyon kusurundan ya da tıbbi müdahaleyi yapan hekimin hastane yönetimince istenilen gereklilikleri yerine getirmemesinden kaynaklanabileceği, tıbbi bilirkişi raporlarında tıbbi müdahalede bir hata olmadığına işaret edilmesinin bu açıdan tazminat sorumluluğunu engellemekle birlikte aydınlatma eksikliği nedeniyle tazminat yükümlülüğünü engellemediği gerekçesi ile davalı doktor hakkındaki davanın reddine, davalı hastane hakkındaki davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda hastane yönetiminin hastaların aydınlatılması ve rızasına ilişkin olarak gerekli kurallara uyması konusunda hekimleri bilgilendirmesi gerektiği, bunun yapılmamasının organizasyon hatası olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu takdirde hekimin değil hastanenin tazminat sorumluluğu bulunduğu, somut olayda da hastanenin matbu formlar ile aydınlatma sistemi kurduğunun anlaşılması nedeni ile sorumluluğun hastanede olduğu yönünde görüş bildirilmiştir. Ne var ki yukarıdaki açıklamalar ışığında aydınlatma yükümlülüğünün asıl olarak hekimin üzerinde olduğunun kabulü gerekir. Dosya kapsamından “aydınlatmanın makul bir süre önce yapılmadığı”, “hastaya düşünmesi için makul bir süre verilmediği”, Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği anlaşılmakta olup bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden her iki davalının da sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, aydınlatıcı onam yükümlülüğünün yerine getirilmesinden hekim ve hastanenin birlikte sorumlu olduğu kabul edilerek hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, aksi düşünce ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuş ve karar bozulmuştur.⁸⁴

İsviçre Federal Mahkemesinin Bilgilendirme Zamanına İlişkin Önemli Bir Kararı

İsviçre Federal Mahkemesi, nadir görülen ve ciddi riskler içeren bir beyin ameliyatıyla ilgili bir olayda bilgilendirme zamanı konusunda

[84] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2016 / 7094, K. 2019 / 3740, T. 21.03.2019.

önemli bir karar vermiştir.⁸⁵ Bu karara göre bilgilendirme, hastanın zaman baskısı altında kalmaksızın düşünüp karar verebilmesini sağlayacak şekilde mümkün olan en erken zamanda yapılmalıdır. Hastaya gerekirse konuyu akrabaları veya arkadaşlarıyla tartışabilmesi için uygun bir düşünme süresi verilmelidir. Ne var ki nadir görülen ve ciddi riskler içeren bir beyin ameliyatının gerçekleştirildiği somut olayda bilgilendirme konuşması yalnızca ameliyattan bir gün önce yapılmıştır. Federal Mahkeme, söz konusu olayda ameliyatın zaman açısından öngörülebilir olması nedeniyle sadece ameliyattan önceki akşam yapılan bilgilendirmenin her hâlükârda çok geç olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁸⁶

Alman Federal Mahkemesinin Bilgilendirme Zamanına İlişkin Önemli Bir Kararı

Alman Federal Mahkemesi 20.12.2022 tarihinde bilgilendirme zamanı konusunda önemli bir karar vermiştir.⁸⁷ Somut olayda davacı 2013 yılında kronik tekrarlayan kulak enfeksiyonu ve efüzyonlu otitis mediadan mustarıptir. Kendisini tedavi eden kulak burun boğaz uzmanı tarafından olası bir kulak ameliyatıyla (mastoidektomi) ilgili olarak davalı tarafından işletilen hastanenin KBB (Kulak Burun Boğaz) kliniğine sevk edilmiş ve burada 28 Ekim 2013 tarihinde Prof. Dr. N. tarafından muayene edilmiştir. Davacıya nazal hava pasajını optimize etmek için ilk adım olarak nazal septumun düzeltilmesini ve sinüslerin temizlenmesini önermiştir. 1 Kasım 2013 tarihinde davacı, hekim A. tarafından, amaçlanan müdahalenin riskleri konusunda bilgilendirilmiştir. Bilgilendirme konuşmasının ardından davacı, tıbbi müdahaleye rıza formunu imzalamıştır. 4 Kasım 2013 tarihinde davacı yatarak tedavi edilmek üzere kabul edilmiş ve davacının ameliyatı gerçekleştirilmiştir. Ameliyat esnasında ciddi bir arteriyel kanama meydana gelmiştir. Ameliyattan sonra davacı uyandırılmamıştır. Bilgisayarlı tomografide beyin kanaması tespit edildiği belirtilmiştir. Müteakip beyin cerrahisi müdahalesinde; ilk müdahalenin, dura, anterior serebral arter yaralanması ve soldaki koku alma sinirinin kesilmesiyle sonuçlandığı belirlenmiştir. Davacı daha sonra yatarak ve ayakta kapsamlı olarak tedavi edilmiştir. Davacı, 4 Kasım 2013 tarihli ameliyatın hatalı olarak hazırlandığını ve yürütüldüğünü ve kendisinin yeterince bilgilendirilmediğini ileri sürerek davalıdan maddi ve manevi zararının giderilmesini talep etmiştir. Eyalet Mahkemesi davayı reddetmiştir. Davacının istinaf başvurusu üzerine Yüksek Eyalet Mahkemesi, esasa ilişkin ara ve kısmi nihai kararlar; 4 Kasım 2013 ile 5 Ocak 2014 tarihleri

[85] BGer 4P.265 / 2002 vom 28. April 2003 E. 5.2.

[86] Liang, s. 137.

[87] Alman Federal Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin VI. ZR 375 / 21 sayılı ve 20 Aralık 2022 tarihli kararı.

arasında davalı tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararın tazmini için ileri sürülen talebi esastan kabul etmiş; ayrıca davalının, davacının gelecekteki tüm maddi zararları ile son sözlü duruşma sırasında öngörülemeyen diğer tüm manevi zararlarını, yardım talepleri kapsamında kalmadığı veya talepler sosyal sigorta kurumlarına yahut diğer üçüncü kişilere devredildiği takdirde, tazmin etmekle yükümlü olduğuna karar vermiştir. Davalı kanun yolu başvurusunda bulunmuştur. Federal Mahkeme; Bremen Hansa Yüksek Eyalet Mahkemesinin değerlendirmelerini, temyiz incelemesinde uygun görmemiştir. Federal Mahkemeye göre kanun koyucu, hastanın rızasını Alman Medenî Kanunu § 630d'de düzenlemiştir. Buna göre, müdahalede bulunan kişi, tıbbi bir müdahaleyi, özellikle de vücuda veya sağlığa yönelik bir müdahaleyi, gerçekleştirmeden önce, hastanın rızasını almakla yükümlüdür. Alman Medenî Kanunu'nun 630d paragrafının 2. fıkrasına göre, rızanın geçerli olabilmesi için hastanın veya 1. fıkranın 2. cümlesi uyarınca rıza gösterme hakkına sahip olan kişinin, Alman Medenî Kanunu'nun 630e paragrafının 1 ila 4. fıkraları uyarınca rıza göstermeden önce bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. Alman Medenî Kanunu'nun 630e paragrafında, kendi geleceğini belirlemeye ilişkin bilgilendirme konusunda Daire tarafından geliştirilen ilkeler kodifiye edilmiştir. Bu ilkeler içerik bakımından değişmeksizin geçerli olmaya devam etmektedir. Alman Medenî Kanunu'nun 630e paragrafının, 2. fıkrasının, 1. cümlesinin, 2. bendi, hastanın bilgilendirilmesine ilişkin gereklilikleri zamansal açıdan düzenlemektedir. Bu hükme göre, bilgilendirme, hastanın rıza konusundaki kararını iyi düşünülmüş bir şekilde verebilmesi için zamanında yapılmalıdır. Hâlihazırda Kanun'un lafzına ve sistematığına göre bu hüküm, sadece bilgilendirmenin yapılması gereken belirli bir zamana ilişkindir ve bu da müdahaleden önce uygun bir zamanda gerçekleşmelidir. Kanun koyucunun iradesine göre, bu hüküm mevcut hukuki durumun içeriğini değiştirmeyi değil, sadece önceki içtihatları yansıtmayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, hüküm, rıza öncesinde uyulmaması, rızanın geçersizliğine yol açacak olan bir "bekleme süresi" öngörmemektedir; bilgilendirme ile rıza arasında belirli bir sürenin geçmesi gerektiğine dair bir koşul içermemektedir. Bu hüküm, daha çok, iyi düşünülmüş bir karar verme olasılığını güvence altına alan bir bilgilendirme öngörmektedir. Hüküm, önceki içtihadı dikkate almaktadır ve buna göre, hastanın karar verme özgürlüğünü ve dolayısıyla kendi geleceğini belirleme hakkını uygun bir şekilde kullanabilmesi için, müdahalenin lehinde ve aleyhinde olan hususları yeterince tartabilmesi amacıyla hastanın, amaçlanan müdahaleden önce zamanında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bilgilendirme; hastanın hâlâ idrak ve karar verme özgürlüğüne tam

olarak sahip olduğu ve ilaçların etkisi altında olmadığı bir zamanda yapılmalıdır; müdahaleden çok kısa bir süre önce, hastanede hâlihazırda yapılan ameliyat hazırlıkları nedeniyle hastanın makul olmayan bir psikolojik baskı altına gireceği veya zaten başlatılmış olan olayların gidişatından kendini artık kurtaramayacağı izlenimine kapılacağı şekilde yapılmamalıdır. Belirleyici olan etken, hastanın her bir vakanın koşulları altında, amaçlanan tıbbi müdahaleyi yaptırıp yaptırmamaya kendisinin serbestçe karar vermesi için yeterli imkânâna sahip olup olmadığıdır. Uygun şekilde - özellikle zamanında - yapılan bilgilendirmeden sonra rızasını gösterip göstermeyeceğine ilişkin kararını hangi belirli anda vereceği hususu hastaya kalmıştır. Bilgilendirme konuşmasından sonra hasta hâlihazırda iyi düşünülmüş bir karar verebilecek durumdaysa hemen rıza göstermek onun en doğal hakkıdır. Diğer yandan, hasta düşünmek için zaman istiyorsa bunu hekime bildirmesi ve hekimin bilgilendirmesinden sonra talep edilebilecek olan rızayı göstermekten şimdilik kaçınması kural olarak ondan beklenebilir. Bu durumun kendisine belirli bir maliyete yol açabileceği gerçeği - örneğin, ameliyatın planlanmasına zaten dâhil olduğu ve bozmamayı tercih edeceği bir “aygıt” ile karşı karşıya kaldığı için - onun kendi geleceğini belirlemesine bağlanabilir. - Kendi geleceğini belirleme hakkının anlamlı bir şekilde kullanılması amacıyla - uygun şekilde bilgilendirilen hasta, tıbbi müdahalenin edilgen bir nesnesi değildir; aksine, ondan esasında kendi geleceğini belirleme hakkını etkin bir şekilde kullanması ve tedavi kararına katılması istenir. Kural olarak, ihtiyatlı bir karar vermek için yeterli zamanı yoksa ondan bunu bildirmesi beklenebilir. Eğer bunu yapmazsa hekim kural olarak onun daha fazla düşünmek için zamana ihtiyacı olmadığını varsayabilir. Ne var ki hastanın karar vermek için hâlâ zamana ihtiyacı olduğuna dair hekim tarafından fark edilebilen somut belirtiler varsa - tıbbi açıdan haklı görülüyorsa - farklı bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Bu tür belirtiler, örneğin, hastanın karar verme yeteneğinin özellikle sınırlı olması hâlinde söz konusu olabilir. Aynı durum, hastaya düşünmek için daha fazla zamana sahip olma imkânı verilmemesi hâlinde de geçerlidir. Bu durum - tıbben acil müdahale önlemleri dışında - hastanın bir karar vermesi için baskı altına alınması veya “gafil avlanması” hâlinde geçerli olabilir. Bu esaslara göre, 1 Kasım 2013 tarihli bilgilendirme konuşmasının ardından davacı tarafından verilen rıza, sapma gösteren bulgular bulunmadığı takdirde, temyiz incelemesi bakımından esas alınacak olgular temelinde geçerli kabul edilmelidir. İstinaf Mahkemesi, davacının - kendisi tarafından iddia edildiği ve davalı tarafından reddedildiği üzere - rıza göstermeye mecbur bırakılıp bırakılmadığı hususunu açıkça belirsiz bırakmıştır; bu nedenle davalının temyiz başvurusu çerçevesinde onun beyanı esas

alınmalıdır. Davacının uyuşmazlık konusu müdahaleye zımnî rızasının koşulları, İstinaf Mahkemesi tarafından yapılan belirlemeler temelinde karşılanmaktadır. 28 Ekim 2013 tarihinde Prof. Dr. N. tarafından uyuşmazlık konusu ameliyatın önerildiği davacıya 1 Kasım 2013 tarihinde usûlüne uygun olarak bilgi verilmiştir. O, iki günden fazla bir süre sonra, 4 Kasım 2013 tarihinde, ameliyat olmak amacıyla davalının hastanesine gitmiş, yatarak tedaviye kabul edilmiş ve ameliyat hazırlıklarına katlanmıştır. Kendisine müdahalede bulunan hekimler bu davranışı, onun uyuşmazlık konusu ameliyatı kabul ettiği şeklinde anlamış olmalıdır. Bu davranışıyla, 1 Kasım 2013 tarihinde beyan ettiği rızasını, eğer bu rıza geçerliyse “onaylamıştır”; buna karşılık, eğer bu rıza, kendisine gerekli düşünme süresi verilmediği ve baskı altında tutulduğu için geçersizse gerekli rıza beyanını ilk kez 4 Kasım’da vermiştir 4 Kasım 2013 tarihli tıbbî müdahale, her hâlükârda davacının geçerli rızası kapsamındadır. Bu gerekçeyle Federal Mahkeme, Yüksek Eyalet Mahkemesi kararı bozarak dosyayı yeniden yargılama yapılmak üzere İstinaf Mahkemesine geri göndermiştir.

SONUÇ

Türk hukukunda tıbbî müdahaleye rızada bilgilendirme zamanını düzenleyen genel bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte ülkemizin tarafı olduğu Biyotıp Sözleşmesi’nde, Hasta Hakları Yönetmeliği’nde ve bazı özel tıbbî müdahale türlerine ilişkin hukuki düzenlemelerde bilgilendirme zamanı konusunda hükümler bulunmaktadır.

Biyotıp Sözleşmesi m. 5/II uyarınca kendisine tıbbî müdahalede bulunulacak olan kişiye, “önceden”, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilir. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4/I-ğ uyarınca bilgilendirmenin, müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık meslek mensubu tarafından yapılması planlanan tıbbî müdahalenin “öncesinde” gerçekleştirilmesi gerekir. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18/V gereğince ise acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya “makul süre” tanınarak yapılır.

Makul süre, esas itibarıyla hastanın kararına yönelik iradesini oluşturabilmesi için gereken ve müdahalenin önemine uygun olan bir düşünme süresidir. Hastaya makul sürenin tanınmış olmasından söz edilebilmesi için bilgilendirmenin, hastanın müdahaleye rızasını gösterip göstermeme konusundaki kararını enine boyuna düşünerek alabileceği bir süre öncesinde yapılmış olması gerekir. Bunun için hastanın, bilgilendirmeyle tıbbî müdahale arasındaki zaman diliminde tedavi sürecinin artılarını ve eksilerini ölçüp tartma ve bunları ailesiyle

veya diğer güvendiği kişilerle tartışma fırsatına sahip olması gerekir.

Bilgilendirmenin ne zaman yapılması gerektiği her somut olayın özelliklerine göre değişir. Bu bağlamda somut olayda gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin ciddiyeti veya diğer bir ifadeyle ağırlığı asıl belirleyici olan etkidir. Somut olayda tehlike oluşturan zararın boyutu ile gerçekleşme olasılığının çarpımının sonucu, hastaya verilmesi gereken düşünme süresinin hesaplanmasında kullanılabilir.

Basit müdahalelerde, bazı teşhis amaçlı yahut ayakta tedaviyi gerektiren işlemler gibi daha az riskli müdahalelerde, hastanın müdahaleye rıza gösterip göstermeme konusunda sakinçe, serbestçe ve bağımsız olarak karar verebilmesi sağlanabiliyorsa ve bu durum hastanın üzerinde psikolojik bir baskı oluşturmuyorsa bilgilendirme, müdahaleyle aynı gün içerisinde yapılabilir.

Yatarak tedavi gören hasta ise kural olarak en geç ameliyattan bir gün önce bilgilendirilmelidir. Buna karşılık yaşam tarzı üzerinde kalıcı etki doğurabilecek olan büyük, zorlu veya ölüm riski olan ameliyatlardan önce, hekimin hastasının ameliyat edilmesine karar verdiği ve onunla istişare ederek ameliyatın gününü kararlaştırdığı muayene gününde, onu ameliyatın riskleri hakkında bilgilendirmesi gerekir. Fakat bu ihtimalde bilgilendirme çok erken yapılmışsa hastaya verilen bilgilerin güncelliğini yitirmemesine, hastanın ameliyat sırasında fiili olarak bilgilendirilmiş rızasının bulunmasına ve gerekli ise müdahaleden önce çifte bilgilendirmenin yapılmasına dikkat edilmelidir.

Tıbbi açıdan acilen yapılması zorunlu olan müdahalelerde ameliyatla aynı günde yapılan bilgilendirmenin makul süre önce yani zamanında yapıldığı söylenebilir. Akut acil durumlarda, müdahaleden dakikalar hatta saniyeler önce yapılan bilgilendirme bile geçerli kabul edilebilir.

Bilgilendirmeye rıza arasında veya rızayla müdahale arasında asgari bir sürenin bulunması zorunlu değildir. Önemli olan “bilgilendirme” ile “müdahale” arasında makul bir sürenin bulunmasıdır. Bunun için hastanın zamanında bilgilendirilmiş olması, bilgilendirmeden sonra kendisine bir düşünme süresinin verilmiş olması yeterlidir. Zamanında bilgilendirilmiş olan hasta bilgilendirmeye müdahale arasında sahip olduğu düşünme süresinin herhangi bir anında rızasını açıklayabilir.

Doğru zamanda yapılmayan bilgilendirme, tıpkı yapılması gerektiği hâlde yapılmayan bir bilgilendirme gibi hukuki sonuç doğurur. Dolayısıyla hastanın kendisine yönelik gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye açıkladığı rızasının hukuka aykırı olması sonucunu doğur. Bu nedenle hastaya yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesini engeller. Hastaya yönelik olarak gerçekleştirilen müdahale, “tıbbi

müdahale” niteliğinde olsa bile ortada diğer hukuka uygunluk sebepleri yoksa hastanın kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurur.

Tıbbi müdahalede bulunan hekim, hastayı zamanında bilgilendirmesi gerekirken bilgilendirmediğinden bilgilendirme yükümünü ihlâl ederek hekimlik sözleşmesine aykırı davranmış olur. Hekimlik sözleşmesindeki sadakat ve özen borcunu ihlâl eden hekim, TBK m. 112 gereğince kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe hastanın bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olur. Tıbbi müdahalede bulunan hekimin hastayı zamanında bilgilendirmeksizin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin hastaya karşı gerçekleştirilen haksız fiil olarak nitelendirilmesi durumunda kusurlu olarak hastaya zarar veren hekim TBK m. 49/1 gereğince hastanın zararını gidermekle yükümlü olur.

Hukuka aykırı olarak bedensel bütünlüğü ihlâl edilen hasta, sorumlu hekimden veya hastaneden uğramış olduğu maddi zararının giderilmesini isteyebilir. Yine hukuka aykırı tıbbi müdahale sebebiyle manevi zarara uğrayan hasta TBK m. 56 veya TBK m. 58’e dayanarak kendisine uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesini isteyebilir.

Tıbbi müdahalenin bir kamu görevinin ifası kapsamında gerçekleştirilmesi durumunda hastayı zamanında bilgilendirmesi gerekirken bilgilendirmeyen hekimin davranışı bir görev kusuru sayılabilir ve kamu görevlisi statüsündeki hekimin hukuka aykırı tıbbi müdahalesi nedeniyle meydana gelen zarardan dolayı idare aleyhine tam yargı davası açılarak idareden tazminat talep edilebilir.

KAYNAKÇA

- Aydın, Elif Fulya. *Küçük ve Kısıtlılara Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Badur, Emel. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Bepfel, Antje. *Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, Die Entwicklung der Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2007.
- Clausen, Tilman & Schroeder-Printzen, Jörn. *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Auflage*, C.H. Beck, München, 2020.
- Çakal, Ayça. *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Demir, Simge. *Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Dürig, Günter; Herzog, Roman; Scholz, Rupert & Di Fabio, Udo. Grundgesetz, 99. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.
- Geiß, Karlmann & Greiner, Hans-Peter. *Arzthaftpflichtrecht, 8. Auflage*, C.H. Beck, München, 2022.
- Günel, İlhan. *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Güney Tunah, Işıl. *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

- Haag, Kurt. *Geigel Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts*, 28. Auflage, C.H. Beck, München, 2020.
- Hakeri, Hakan. *Tip Hukuku Cilt I Genel Hükümler*, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Herzog-Zwitter, Iris. *Die Aufklärungspflichtverletzung und ihre Folgen*, HAVE, Heft 4, 2010, s. 316-322.
- Işık Yılmaz, Ş. Berfin. Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 98, Ocak-Şubat 2012, s. 389-410.
- Kahraman, Zafer. Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2016, s. 479-510.
- Kaya, Mine. Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 100, Mayıs-Haziran 2012, s. 45-82.
- Kirkit, Ecem. *Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Laufs, Adolf; Katzenmeier, Christian & Lipp, Volker. *Arztrecht*, 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2021.
- Liang, Shenbao. *Einwilligung in medizinische Behandlungen, Eine rechtsvergleichende Analyse nach schweizerischem und chinesischem Privatrecht*, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2018.
- Markus Parzeller; Maren Wenk; Barbara Zedler & Markus Rothschild. Aufklärung und Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen. *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 104, Heft 9, 2. März 2007, s. 576-586.
- Oral, Tuğçe. Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü. *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2, 2011, s. 185-210.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 3, 2003, s. 55-77.
- Özdemir, Hayrunnisa. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XII, Sayı: 3-4, 2008, s. 347-379.
- Pally, Ursina. *Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe*, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2007.
- Serozan, Rona. Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 14, 1977, s. 93-112.
- Spickhoff, Andreas. *Medizinrecht, 4. Auflage*, C.H. Beck, München, 2022.
- Şenocak, Zarife. Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 50, Sayı: 4, 2001, s. 65-80.
- Wagner, Gerhard. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 9. Auflage*, C.H. Beck, München, 2023.
- Wiegand, Wolfgang & Abegglen, Sandro. Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung recht, Heft 5, 1993, s. 189-202.
- Zeytin, Zafer. *Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*. VIII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu, 7 - 8 Ekim 2011, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 1-35.

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU İLE İCRA İFLAS HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN NFT'LERE İLİŞKİN İNSTERDİSİPLİNER BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-3477-5336

nurullah.bal@erbakan.edu.tr

Dr. Öğr. Üyesi Barış GÖZÜBÜYÜK

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-5362-2757

barisgozubuyuk@hacettepe.edu.tr

ÖZET

Teknolojik gelişmeler neticesinde günümüzde önem kazanan ve kendisine yüksek değerler atfedilen kripto varlıklar içerisinde NFT'ler, özel bir konuma sahiptir. Zira NFT'lerin gayri misli özellikte olmaları; onları eşsiz yapmaktadır. Keza NFT'ler fikri mülkiyet hukuku ile de yakından ilişkilidir. Özellikle mevcut fikir ve sanat eserlerinin NFT hâline getirilerek çeşitli satış platformları üzerinden satışlarının yapılması, NFT'lerin hukuki niteliğinin belirlenmesi ve fikir ve sanat eseri vasfına sahip olup olmadıklarının değerlendirilmesini önemli kılmaktadır. Bir fikri ürünün eser olarak nitelendirilebilmesi için 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda öngörülen eser kategorilerinden birine dahil olması ve sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir. Fikir ve sanat eserlerinin NFT haline dönüştürülmesi “minting” adı verilen teknik bir süreç sonunda gerçekleşmektedir. Mintleme işleminin teknik bir işlem olması nedeniyle NFT'lerin eser niteliği taşımadıkları öğretilerde genel olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber, istisnai olarak akıllı sözleşme koduyla oluşturulan fikri ürünlerin eser niteliği taşıma ihtimalleri bulunmaktadır. Şu hâlde, NFT'lerin hukukî niteliği, fikrî mülkiyet hukuku bağlamında maddi hukuk açısından önem arz etmektedir. Dahası, NFT'lerin kripto varlıklar içerisindeki bu özellikli yapısı, cebrî icra hukuku kapsamında da değerlendirilmeye muhtaç sonuçlar doğurmaktadır. Kripto varlıkların ve özellikle fikrî mülkiyet hukuku ilişkisi de dikkate alındığında NFT'lerin, eşsiz, gayri maddi nitelikleri ile bir merkeze bağlı olmamaları gibi özellikleri; cebrî takibe

konu edilmeleri, haciz ve paraya çevirme gibi cebrî icra işlemleri bağlamında tâbi olacakları rejimin tespit edilmesi ve değerlendirilmesini önemli kılmaktadır. Nitekim Türk hukukunda, konu oldukça yeni olup öğretilerde yeterince ele alınmamış ve uygulamada ortaya çıkan sorunlara yeterli düzeyde çözümler üretilememiştir. Bu amaç ve itibarla, çalışmada, önce NFT ve onunla ilişkili teknik kavramlar hakkında bilgi verilecek, sonrasında NFT'lerin FSEK kapsamında eser olup olmadıkları çeşitli ihtimaller dâhilinde değerlendirilecek, son olarak da NFT'lerin icra ve iflâs hukuku çerçevesinde cebrî icra takibine konu edilmesi, haczi ve paraya çevrilmesi konuları, yabancı literatür ve uygulama örnekleri değerlendirilerek ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: NFT, Kripto Varlıklar, Minting, Fikrî Mülkiyet Hukuku, İcra ve İflâs Hukuku.

AN INTERDISCIPLINARY ASSESSMENT ON NFTS FROM INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW PERSPECTIVE

ABSTRACT

NFTs took particular place among crypto assets, that have gained importance and attributed high values nowadays as a conclusion of technologic developments. Because the non-fungible characteristic of NFTs, makes them unique. Likewise, NFTs are closely associated with intellectual property law. Especially, trading the NFTs which have been transformed from existing intellectual and artistic works via various digital platforms, makes the identification of NFTs' legal characteristic and the evaluation of NFTs whether they are intellectual and artistic work or not more important. According to the Turkish Intellectual and Artistic Works Code no. 5846, an intellectual work must be one of the categories which are stipulated in the Code and represent owner's characteristic in order to qualified as an intellectual and artistic work. Transforming the intellectual and artistic work to NFT, takes place as a conclusion of technical process called "Minting". As of the process of "minting" is technical, it is generally accepted in doctrine that they are not intellectual and artistic work. Nevertheless, there is a possibility to be defined as an intellectual and artistic work that intellectual products which are created with smart contracts exceptionally. Then, legal characteristic of NFT's has importance in the context of intellectual property law as a material law branch. Moreover, this specific structure of NFTs within crypto-assets has consequences that need to be evaluated within the

scope of enforcement law. Crypto currencies and when it is considered on close relationship with intellectual property law, especially the NFT's, specifications of them such as uniqueness, intangibility and non-dependence to a center, make them important to determine and evaluate the regime in enforcement proceedings; such as acceptability as the subject of proceeding, attachment and liquidation. Thus, the topic is brand new in Turkish law and it is not discussed adequately and sufficient solutions could have not been produced to solve the problems that arise in practice. To that end, in this study, firstly, information about NFTs and other related technical concepts will be given, then it will be evaluated within the bounds of possibility that whether NFTs are intellectual and artistic work or not within the scope of Turkish Code of Intellectual and Artistic Work and lastly the acceptability of NFTs as the subject of proceeding, attachment and liquidation in an enforcement proceeding will be discussed by evaluating the foreign literature and practice examples.

KeyWords: NFT, Crypto Assets, Minting, Intellectual Property Law, Enforcement and Bankruptcy Law.

GİRİŞ

NFT'ler, başta fikri mülkiyet hukuku olmak üzere özel hukukun pek çok alanını yakından ilgilendiren kripto varlıklardır. Fikri Mülkiyet Hukuku perspektifinden bakıldığında NFT'lerin fikir ve sanat eseri niteliğine sahip olup olmadıkları sorulabilecek en temel sorudur. Bu temel sorunun cevabı, özel hukukun farklı bir disiplini olan İcra ve İflas Hukuku alanını da ilgilendirmektedir. Zira NFT'lerin cebri icra prosedürleri kapsamındaki tâbi olacağı rejimin nasıl olması gerektiği sorusunun cevabı; söz konusu varlıkların fikir ve sanat eseri niteliğini haiz olup olmadıklarına göre değişmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle NFT kavramına ilişkin teknik bilgiler verilecek, sonrasında 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında eser kavramı tanımlanarak, NFT'lerin eser vasfını haiz olup olmadıkları sorusu çeşitli ihtimaller dâhilinde cevaplanacak, bu sorunun cevabı temel alınarak NFT'lerin cebri icra prosedürleri değerlendirilerek çalışma nihayete erdirilecektir.

TEKNİK KAVRAMLAR

NFT Kavramı

Kripto varlıklar, coinler (kripto paralar) ve tokenlar (jetonlar) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹. Jeton, "*bir malın, hizmetin veya başka bir*

[1] Bu konuda bkz. Filorinalı, Kardelen. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından NFT'ler, Seçkin, Ankara, 2023, s. 28-30.

değer veya fayda biçiminin dijital bir temsili" şeklinde tanımlanmaktadır². Kripto paralar kendine ait blokzinciri olan, jetonlar ise kendine ait blokzinciri³ olmayan kripto varlıklar şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır⁴. Jetonlar da kendi içerisinde misli olan ve misli olmayan şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁵. Misli jetonlar, diğer jetonlarla ikame edilebilmektedir⁶. Bunlar aynı zamanda, bölünebilir niteliktedir⁷. Buna karşın NFT'ler misli jetonlardan farklı olarak, gayri misli nitelik taşımaktadırlar. NFT'ler "*eşsiz jetonlardır*"⁸. NFT'lerin birbirinden farklı şekillerde meydana getirilmesi⁹, bunun temel nedenidir.

Dijital sanat eserlerinin çoğaltılması halinde; fiziki eserlerden farklı olarak, hangi nüshanın orijinal hangi nüshaların ise kopya olduğunu tespit etmek son derece güçtür¹⁰. NFT'lerin önemi de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda NFT'lerin dijital eserlerin¹¹ orijinallerinin tespitine olanak sağlaması¹²; NFT'leri dijital eserlerin telif haklarının korunması bakımından işlevsel hale getirmektedir¹³.

NFT'ler dijital bir varlığın eşsiz bir temsilinin yapılmasına imkân sağlamaktadırlar¹⁴. Bu bağlamda, diğer kripto varlıklardan farklı olarak NFT'ler madencilik (*mining*) ile oluşturulamazlar¹⁵. Bu bağlamda NFT'ler mintleme (*minting*) adı verilen teknik bir işlem neticesinde

[2] Popescu, Andrei-Dragos. Non-Fungible Tokens (NFT) – Innovation beyond the craze. 5 th International Conference on Innovation in Business, Economics & Marketing research (IBEM-2021) Proceedings of Engineering & Technology – PET –Volume: 66, s. 26.

[3] Blokzincir kavramı blokzincir sözlüğünde "*Dağıtık, şeffaf, değiştirilemez ve güvenli veri yapıları sağlayan teknolojiler bütünü*" şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Dijital Dönüşüm Ofisi, BlokzincirSözlüğü, "Blokzincir", 1-2, <https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/>, Erişim Tarihi: 10.07.2023.

[4] Bilgili, Fatih & Cengil, M. Fatih, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*, 2.B., Dora, Bursa, 2022, s. 139; Sarı, Onur, *NFT'ler Açısından Mali Hakların Devri Sözleşmesi*, Seçkin, Ankara, 2022, s. 28-29; Kardelen, s. 29.

[5] Bu konuda bkz. Sarı, s. 29-30.

[6] Küçükali, Canan. Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT'ler. *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı* (Editörler: Şerafettin EKİCİ; Ekrem SOLAK & Emre AVŞAR), Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 564; Sarı, s. 29; Bilgili & Cengil, s. 287.

[7] *Fungible vs nonfungible tokens: What is the difference?*, <https://coingecko.com/learn/fungible-vs-nonfungible-tokens-what-is-the-difference>, Erişim Tarihi: 20.05.2023.

[8] Sarı, s. 29; Filorinalı, s. 32; Bilgili & Cengil, s. 287.

[9] Eser, Alp Doğu. *Sanatın NFT Hali*, Myrina Yayınları, Ankara, 2023, s. 11.

[10] Bu konuda bkz. Akçaal, Mehmet. NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 34, Sayı: 159, 2022, s. 370-371.

[11] Dijital eserler, "dijital teknolojiyi kullanarak oluşturulmuş sanat eserleri" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Kıvrak, Mehmet Nuri & Özkartal, Mehmet. NFT ve Günümüz Dijital Sanat Kavramı Arasındaki İlişki. *Oğuzhan Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, 2022, s. 195.

[12] Çağlayan Aksoy, Pınar. Digital Sanat, NFT'ler ve Daha Fazlası. ARKSIGNER, <https://blog.arksigner.com/blokzinciri-teknolojisi/dijital-sanat-nftler-ve-daha-fazlasi>, Erişim Tarihi: 22.05.2023.

[13] Şenkardeş, Çağla Gül. *Blokzincir Teknolojisi ve NFT'ler*, 2. Baskı, Ceres Yayınları, İstanbul, 2022, s. 117.

[14] Popescu, s. 26.

[15] Küçükali, s. 564.

meydana getirilmektedir¹⁶.

Depolandıkları Mecraya Göre NFT Türleri

Off-Chain (Zincir Dışı) NFT'ler

NFT'lerin blokzincir üzerinde depolanma maliyeti çok yüksek olduğu gibi¹⁷, blokzincirlerin depolama kapasiteleri de oldukça sınırlıdır¹⁸. Bu bağlamda, çoğu NFT yüksek maliyet nedeniyle blokzincir dışında depolanmaktadır¹⁹.

Blokzincir dışındaki bir mecrada depolanan NFT'ler "off-chain (zincir dışı)" olarak adlandırılmaktadır²⁰. Zincir dışı NFT'ler, çeşitli bulut depolama servislerinde depolanabilir²¹. Ancak, NFT'lerin bulut depolama servislerinde saklanması veri güvenliği bakımından bazı soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir²². Bununla beraber, merkezi olmayan depolama sistemleri NFT'lerin depolanması bakımından daha güvenli ve işlevseldirler²³.

On Chain (Zincir İçi) NFT'ler

Zincir içi NFT'lerde, zincir dışı NFT'lerden farklı olarak içerik ve meta veri blokzincir üzerinde depolanmaktadır²⁴. Bu bağlamda zincir dışı NFT'lerde meta veri ve NFT iç içe geçmiş durumdadır²⁵.

NFT'LERİN FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU KAPSAMINDA ESER OLUP OLMADIKLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Eser Kavramı

Eser kavramı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun (FSEK)1/B/a

[16] Bu konuda bkz. Karasioğlu Gürbüz, Gökçen. Eser Sahibinin Dijital Mührü: NFT Sanat Eserleri. *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı* (Editörler: Şerafettin EKİCİ; Ekrem SOLAK & Emre AVŞAR), Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 619, dn. 30.

[17] Çağlayan Aksoy, Pınar & Özkan Üner, Zehra. NFT (Non-Fungible Token), Fikri Haklar Çerçevesinde Bir Değerlendirme Raporu, 2023, s. 66, <https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2023/03/23/NFT-FIKRI-HAKLAR-CERCEVESINDE-DEGERLENDIRME-RAPORu.pdf>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

[18] <https://blog.arksigner.com/blokzinciri-teknolojisi/nftler-depolama-ve-kalicilik-sorunu>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

[19] Çağlayan Aksoy & Özkan Üner, s. 66.

[20] Çağlayan Aksoy & Özkan Üner, s. 22.

[21] Bu servislere örnek olarak "Dropbox, Google Drive" verilmiştir. <https://blog.arksigner.com/blokzinciri-teknolojisi/nftler-depolama-ve-kalicilik-sorunu>, Erişim Adresi: 04.07.2023.

[22] Bu yönde bkz. Balduf, Leonhard; Florian Martin & Scheuermann Björn. Dude, where's my NFT: distributed infrastructures for digital art. *DICG '22: Proceedings of the 3rd International Workshop on Distributed Infrastructure for the Common Good*, November 2022, s. 1-6, 2, <https://doi.org/10.1145/3565383.3566106>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

[23] Bu yönde bkz. Balduf, Leonhard; Florian Martin & Scheuermann Björn, s. 2.

[24] Çağlayan Aksoy, Pınar. NFT'ler, Depolama ve Kalıcılık Sorunu. Arksigner, <https://blog.arksigner.com/blokzinciri-teknolojisi/nftler-depolama-ve-kalicilik-sorunu>, Erişim Tarihi: 09.07.2023.

[25] Arksigner, <https://blog.arksigner.com/blokzinciri-teknolojisi/nftler-depolama-ve-kalicilik-sorunu>, Erişim Tarihi: 09.07.2023.

maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar, sinema eseri olarak sayılan fikri ürünler “eser” vasfını haiz olmaktadır.

Bir fikri ürünün eser olarak nitelendirilmesi, o eseri meydana getiren kişinin FSEK’te eser sahipleri için öngörülen özel hukuki korumadan yararlanmaları anlamına gelmektedir²⁶. Bu bağlamda FSEK m. 1/B/b’de eseri meydana getiren kişi eser sahibi olarak tanımlanmış, FSEK m. 13/1’de ise fikir ve sanat eserleri sahiplerinin, eserleri üzerindeki mali ve manevi menfaatlerinin FSEK kapsamında korunacağı hükme bağlanmıştır.

Off-Chain (Zincir Dışı) NFT’lerin Eser Niteliğinin Değerlendirilmesi

Off chain blokzincirinde depolanan, NFT’nin altında yatan dijital içeriğe ulaşmayı sağlayacak bir link²⁷ veya URL adresidir²⁸. Bu bağlamda, off chain NFT’lerde NFT denildiği zaman NFT’nin altında yatan dijital içeriği değil; bu içerikle bağlantılı olan metaveri dosyasını (metadata file) anlamak gerekir²⁹. Dolayısıyla, NFT satın alan bir kimse, NFT ile ilişkilendirilmiş olan eseri ya da eserin bir kopyasını satın almamakta ve fakat yalnızca metaveri dosyasını satın almaktadır³⁰.

NFT meydana getirmek için yapılan mintleme işlemi teknik mahiyetli bir işlem olduğundan³¹; bu sürecin hususiyet taşıdığından bahsetmemiz oldukça güçtür³². Bu bağlamda öğretilerdeki hâkim görüş doğrultusunda³³ zincir dışı NFT’lerin eser niteliği taşımadığı kanaatindeyiz.

On-Chain (Zincir İçi) NFT’lerin Eser Niteliğinin Değerlendirilmesi

Zincir içi NFT’lerde, NFT’nin altında yatan içeriğin meydana getirilmesi süreciyle blokzincire yazılma süreci iç içe geçmektedir³⁴.

[26] Ercan, Cannur. Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 12, Sayı: 46, Nisan 2021, s. 379.

[27] Çağlayan Aksoy & Özkan Üner, s. 22.

[28] Guadamuz, Andres. The treachery of images: non-fungible tokens and copyright. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Cilt: 0, Sayı: 0, Yıl: 2021, s. 5.

[29] Guadamuz, 2021, s. 5.

[30] Guadamuz, 2021, s. 5.

[31] Bu işlemin ayrıntılarının örnek üzerinden anlatımı için bkz. Andres Guadamuz. Copyfraud and copyright infringement in NFTs. (Copyfraud), TechnoLlama, 2021, (<https://www.technollama.co.uk/copyfraud-and-copyright-infringement-in-nfts>), Erişim Tarihi: 24.04.2023.

[32] Bu yönde bkz. Özdemir, Semih Sırrı. Sanat Eserlerinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Mislî Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladıkları Fikri Hakların Değerlendirilmesi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: XXXVI, Sayı: 3, 2021, s. 72-73.

[33] Hâkim görüş için bkz. Çağlayan Aksoy & Özkan Üner, s. 67, dn. 168.

[34] Karasioğlu Gürbüz, s. 619; Güçlütürk, Osman Gazi. ‘NFT’lerin Oluşturulması ve Transferinin Eser Sahibinin Mali Haklarıyla İlişkisi. Koç Üniversitesi, (nasamer, 25 Mart 2022), <https://nasamer.ku.edu.tr/nftlerin-olusturulmasi-ve-transferinin-eser-sahibinin-mali-haklariyla-iliskisi/#:~:text=G%C3%B6r%C3%BCld%C3%BC%C4%9F%C3%BC%20C3%BCzere%20bir%20eser%20ile,kalacak%20i%C5%9Flemelerin%20ger%C3%A7ekle%C5%9Ftirilmesi%20>

Zincir içi NFT'lerde, "içeriğin akıllı sözleşme kodunun çalıştırılması ile oluşturulduğu"³⁵ hallerde somut olayın özelliklerine göre NFT'lerin eser niteliğini haiz olmaları söz konusu olabilir³⁶.

İCRA VE İFLÂS HUKUKU BAĞLAMINDA NFT

Yukarıda da ifade olunduğu üzere, kripto varlıklar ve bu bağlamda NFT, gün geçtikçe bireyler tarafından atfedilen ve yükselen değeri ve hukukî ilişkilere konu edilmesi suretiyle genişleyen işlem hacmi dolayısıyla pek çok hukuk alanını etkilemektedir. Bu bağlamda özellikle, hak ve yükümlülüklerin ilgilisi tarafından ihlâlî hâlinde cebri icra prosedürleri çerçevesinde zorla yerine getirilmesini düzenleyen cebri icra hukukunda kripto varlıkların takip veya takip işlemlerine konu edilmesi büyük önem taşımaktadır. Ne var ki cebri icra hukukuna ilişkin olarak kripto varlıklar bakımından daha çok bitcoin gibi kripto paralar açısından inceleme yapılmıştır. Buna karşılık NFT niteliğindeki kripto varlıklar özelinde yeterince değerlendirme yapılmadığını belirtmek gerekir.

Cebri İcra Prosedürleri Çerçevesinde NFT

Cebri icra hukukunda alacak kavramı, geniş bir anlama sahip olup, alacaklının maddi hukuktan kaynaklanan her türlü talebi, cebri icranın konusunu oluşturur³⁷. Bununla birlikte, cebri icra takip prosedürleri, takip konusu edilen alacağa göre çeşitlenmektedir³⁸. Dolayısıyla, NFT alacağının cebri icra takibine konu edilmesi hâlinde hangi takip prosedürünün uygulanacağını belirlenmesine yönelik olarak, NFT'lerin hukukî niteliği önem taşımaktadır. Bu bağlamda NFT, para niteliğinde olmadığından³⁹, NFT alacağının bizzatı kendisinin para alacağı olarak ilâmsız icra takibine konu edilmesi mümkün değildir⁴⁰. Doğrudan NFT

m%C3%BCmk%C3%BCn%20olabilmektedir, Erişim Tarihi: 09.07.2023; Çağlayan Aksoy & Özkan Üner, s. 67.

[35] Güçlütürk, Osman Gazi. 'NFT'lerin Oluşturulması ve Transferinin Eser Sahibinin Mali Haklarıyla İlişkisi", Koç Üniversitesi, (nasamer, 25 Mart 2022), <https://nasamer.ku.edu.tr/nftlerin-olusturulmasi-ve-transferinin-eser-sahibinin-mali-haklariyla-iliskisi/#:~:text=G%C3%B6r%C3%BCld%C3%BC%C4%9F%C3%BC%20%C3%BCzere%20bir%20eser%20ile,kalacak%20i%C5%9Flemlerin%20ger%C3%A7ekle%C5%9Ftirilmesi%20m%C3%BCmk%C3%BCn%20olabilmektedir>, Erişim Tarihi: 09.07.2023.

[36] Çağlayan Aksoy & Özkan Üner, s. 67.

[37] Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 13-14.

[38] Pekantez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral & Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 9. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 7 vd.

[39] Bilgili & Cengil, s. 292.

[40] Öğretide kripto varlıkların cebri icra hukuku bağlamında değerlendirilmesi, çoğunlukla en yaygın kullanılan kripto varlık türü olarak bitcoin ve benzeri kripto paralar bakımından yapılmış ve yapılmaktadır. Bu değerlendirmeler çerçevesinde, kripto paraların hukukî nitelik olarak para olmadığı, bu itibarla cebri icra hukuku bağlamında da para alacağı olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. Arslan, Ramazan & Yılmaz, Ejder & Taşpınar Ayvaz, Sema & Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. B., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 165-166; Yardımcı, Taner Emre. *İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi*. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Yıl: 2019, Sayı: 3, s. 102 vd.; Bilgili & Cengil, s. 366-367; Balıkcı, Eylül. *Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından*

alacakları için öncelikle yargı mercilerine başvurmak suretiyle ilâm elde edilmeli veya ilâm niteliğinde belge sahibi olunmalı ve para dışı alacaklar için öngörülmüş yegâne yol olarak ilâmlı icra prosedürüne başvurulmalıdır⁴¹.

Bununla birlikte NFT alacağının, NFT değeri üzerinden ilâmsız icra takibi yapılabilirdir. Zira ilâmsız icra ve bu bağlamda özellikle genel haciz yoluyla takip, ilâma bağlı olmayan para alacakları bakımından belge şartı dahi olmadan başvurulabilen genel bir takip yoludur⁴². Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki NFT gibi kripto varlıklar, uygulamada genelde yabancı para ve özellikle Amerikan doları veya avro cinsinden değer görmektedir. Cebrî icra hukukunda ise takip konusu edilen alacaklar Türk lirası olarak takibe konu edilebilir⁴³. Yabancı para alacakları bakımından takip tarihi veya fiili ödeme günündeki kur değeri üzerinden alacaklının seçimlik hakkına göre Türk lirasına çevrilererek takibe konu edilebilir⁴⁴. Bu noktada, NFT alacağının değeri üzerinden başlatılacak takipte alacaklının bu seçimlik hakka sahip olup olmadığı tartışmalı⁴⁵ olup, kanımızca NFT alacağı, para niteliğinde olmadığından ve söz konusu seçimlik hak para alacaklarına ilişkin olduğundan, alacaklının bu yönde bir seçim hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla alacaklının takip tarihi itibarıyla NFT alacağının değerini Türk lirası olarak takip talebinde belirtmesi zorunludur⁴⁶. Dahası icra memurunun, takip konusu alacağın Türk lirası olarak belirtilmiş olup olmadığını denetlemenin ötesinde, bu değer üzerinde bir inceleme yaparak az veya çok olduğuna ilişkin bir yetki ve görevi bulunmadığını da ifade etmek gerekir. Bir başka ifadeyle icra memuru bu hususu, belirlemenin yapılıp yapılmadığının ötesinde resen gözetemez. Belirlenen miktarın niceliğinin değerlendirilmesi, borçlunun takibin türüne göre itiraz etmesine bağlıdır.

NFT alacağının aynen ifasına yönelik bir talep söz konusuysa, bu

Kripto Paralar. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Yıl: 2021, Sayı: 2, s. 298-299. Benzer şekilde NFT varlıkların da şu anki mevzuat düzenlemeleri uyarınca para olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Dahası, NFT varlıklar, bitcon ve benzeri kripto paralar gibi misli nitelikte de olmayıp eşsiz niteliktedir. Dolayısıyla kripto paraların, para alacağı olarak kabul edilemeyeceği ve cebrî icra takibine para alacağı olarak konu edilemeyeceğine ilişkin yaklaşım, aynı esas ve gerekçelerle ve evleviyetle NFT varlıklar için de geçerlidir.

[41] Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 418.

[42] Arslan; Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 46-47, 165 vd.

[43] Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 99.

[44] Görgün, Şanal, Börü, Levent & Kodakoğlu, Mehmet. *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 62-63.

[45] Esasen söz konusu tartışma bitcoin ve diğer kripto para alacakları bakımından yapılmaktadır. Bu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Bilgili / Cengil*, s. 366. Ancak bitcoin ve diğer kripto paralar bakımından icra ve iflâs hukukundaki mevcut sorunlar ve bu sorunlara dair yapılan tartışmalar, kıyasen NFT varlıklar için de geçerlidir. Dahası yukarıda dn. 40'ta da belirtildiği üzere NFT varlıklar, kripto paralar gibi misli nitelikte de olmadığından, eşsiz olduklarından, teknik olarak para niteliğinde kabul edilmeleri evleviyetle mümkün değildir. Dolayısıyla yalnızca yabancı para niteliğindeki alacaklara özgülenmiş olan seçimlik yetki (TBK m. 99) hükmünün, burada uygulanması mümkün değildir.

[46] Yardımcı, s. 107.

durumda para dışı alacaklar için ilâmlı icra yoluna başvurulmalıdır. İlâmlı icra çerçevesinde ise icra emrinin gereğinin yerine getirilmesine ilişkin olarak NFT'lerin hukukî niteliği önem arz edecektir. Zira; eşya olarak nitelendirilmesi hâlinde bir (taşınır) eşya teslimine dair ilâmların icrası prosedürü (İİK m. 24) uygulanacaktır. Eşya olarak nitelendirilmemesi hâlinde ise bir işin yapılmasına dair ilâmların icrası prosedürü (İİK m. 30) uygulanacaktır. Belirtmek gerekir ki NFT varlıkların ağırlıklı olarak eşya niteliği kabul edilmemektedir. Ancak sorunların çözümü amacıyla, bitcoin ve kripto paralar açısından öğretilde ifade edilen taşınır eşya hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği düşüncesinin, NFT'ler için de kabul edilebileceği⁴⁷ ifade edilebilir. Kanımızca NFT bakımından burada iki yönden ayırım yapılarak değerlendirme yapılmalıdır. Fikir ve sanat eseri niteliği taşıyan NFT'lerin, niteliği gereği eşya olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Bu durumda alacak kavramının içeriği, fikir ve sanat eseri üzerindeki mali ve manevi haklara istinaden değerlendirilmelidir. Dolayısıyla taşınır eşya teslimi söz konusu olamaz. Fikir ve sanat eseri niteliği taşımayan NFT'ler bakımından ise, TMK m. 762 bağlamında cismanilik unsurundan ödün verildiği değerlendirilerek⁴⁸, kıyasen bunların da taşınır eşya olarak değerlendirilebilmesi mümkün olabilir. Bu tespitin cebrî hukukuna ilişkin pratikteki önemi şudur: Şayet taşınır eşya olarak değerlendirilirse, doğrudan İİK m. 24 uyarınca (soğuk) cüzdanın üzerinde icra işleminin uygulanabilmesi mümkün olacaktır. Ancak her ne olursa olsun, soğuk cüzdanla dahi olsa özel anahtar, münhasıran borçlu nezdinde (zihninde) olacağı için sonuç alınamaması kuvvetle muhtemeldir. Bu noktada bir işin yapılması yönünde İİK m. 30 uygulanacak olursa da bitcoinden farklı olarak NFT'ler misli olmadığı için başka şekilde alacağa kavuşulması yine de mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda alacaklının alacağı, ancak para alacağına dönüşerek alacaklının tatmin edilmesi sağlanabilecektir⁴⁹. Bu sorunun bertaraf edilebilmesi için, İİK m. 80 uygulamasına yönelik olarak Kanun'da bu yetkiye ilişkin düzenleme yapılmasının şart olduğu vurgulanmalıdır.

NFT'ler doğrudan para olarak değerlendirilemeyeceği için, NFT alacağına dayalı olarak ihtiyati haciz uygulanması mümkün değildir⁵⁰. NFT alacağı, ilâmsız icra çerçevesinde kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe de konu edilemez. Zira kambiyo senetlerinde Türk veya yabancı para birimi dışında bir değer öngörülmesi mümkün değildir.

[47] Bilgili & Cengil, s. 158 vd., 292.

[48] Bilgili & Cengil, s. 166 vd.

[49] Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 450 vd.

[50] Zira ihtiyati haciz, münhasıran rehinle temin edilmemiş ve kural olarak vadesi gelmiş para alacakları için kabul edilmiştir. Para alacağı dışındaki alacaklar için ihtiyati haciz kararı verilebilmesi mümkün değildir.

Keza iflâs takibine konu edilmesi de söz konusu olamayacaktır. Zira iflâs takibi de para (veya teminat) alacağına yöneliktir. Bir alacağın teminatı olarak NFT üzerinde rehin tesis edilmişse veya NFT alacağı rehinle teminat altına alınmışsa RPCY takibi yapılabilir. Tasarrufun iptali davası kapsamında, NFT'lere ilişkin bir tasarruf işlemi yapılması hâlinde, bunun da tasarrufun iptali davasına konu edilmesi mümkündür. Ancak bu noktada, sıcak cüzdanlar için, özellikle yalnızca blokzincir üzerinde inceleme yapılarak tespit zordur. Soğuk cüzdan için ise klasik ispat zorlukları söz konusu olacaktır.

NFT'lerin İcra Takip İşlemleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Haciz

Maddi değeri haiz bir mal varlığı unsuru olan NFT'lerin, hukukî niteliğinden bağımsız olarak haczedilebileceği açıktır. Bir diğer ifadeyle NFT, para veya eşya niteliğinde olmasa da maddi değer taşıdığından, haczin konusunu oluşturabilecektir⁵¹. Bununla birlikte, yukarıda ifade edildiği üzere sınırlı da olsa bazı hâllerde fikir ve sanat eseri niteliği taşıyan NFT'lerin haczi bakımından, FSEK m. 61 ve m. 62 hükümlerinin⁵² dikkate alınması gerektiği şüpheden uzaktır.

Öte yandan haciz konusu olabilecek NFT'lerin tespiti ve haczin uygulanması konusunda, NFT'lerin mahiyeti ve teknik yapısından ileri gelen, değerlendirilmesi ve aşılması gereken birtakım sorunlarla karşılaşılabilir⁵³. Bu noktada ilk olarak haczedilebilecek malvarlığı değeri olarak NFT'lerin tespiti açısından, İİK m. 74-76 çerçevesinde mal beyanı yükümlülüğü ele alınmalıdır. Buna göre borçlu NFT niteliğindeki mal varlıklarının bilgisini sunmalıdır⁵⁴. Aksi hâlde İİK m. 76 uyarınca hapisle taziyik veya m. 338, m. 339 uyarınca cezai yaptırıma tâbi tutulabilir.

[51] Zira haciz, "bir para alacağının elde edilebilmesi için borçluya ait mal, hak ve alacaklara icra dairesi tarafından hukuken el konulması" olarak tanımlanmaktadır. Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 181. Bu doğrultuda kanun koyucunun, mal, hak ve alacak ifadesi kullanmak suretiyle haczin konusunu oluşturabilecek unsurların belirlenmesi bakımından sınırlayıcı bir yaklaşım sergilemediğini, bu anlamda ilgili mal, hak veya alacağın hukukî niteliğinin önem taşımadığını, aksine haczedilemeyecek mal, hak ve alacaklarda söz konusu niteliğin dikkate alınarak açıkça düzenleme yapılması suretiyle bir yaklaşım sergilediğini belirtmek gerekir.

[52] Ayrıntılı bilgi için bkz. Bal, Nurullah. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Fikrî Hakların Haczi. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, Cilt: 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 444 vd.

[53] Nitekim öğretilde, özellikle bitcoin ve diğer para alacakları bakımından bu noktada gündeme gelebilecek sorunlara işaret edilmektedir. Görgün, Börü & Kodakoğlu, s. 145. NFT varlıklar açısından da teknik alt yapı olarak blockchain teknolojisi kullanıldığından, aynı sorunların NFT varlıklar için de söz konusu olacağı şüpheden uzaktır.

[54] Balıkçı, s. 300. Mal beyanı yükümlülüğünün kapsamına, borçlunun kendisinde ve üçüncü kişiler nezdinde bulunan mal, hak ve alacaklarından borcuna yetecek miktar girmektedir. Dolayısıyla borçlu, kendisine göre mal varlığının haczedilebilir olup olmadığını değerlendirmeksizin, cinsi, mahiyeti ve benzeri özellikler önem taşımaksızın borca yetecek miktarda bildirimde bulunmalıdır. Dahası öğretilde, mal beyanı kapsamında borçlunun borca yetecek miktarda mal varlığı miktarını bildirirken, mal varlığı unsurlarının çeşidini, mahiyet ve vasıflarını ve her türlü kazanç ve gelirleri ile yaşayış tarzına göre geçim kaynakları ve buna göre borcunu ne şekilde ödeyebileceği gibi bilgileri de sunması gerektiği ifade edilmektedir. Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 126.

Ancak mal beyanı yükümlülüğünün kapsamına, sıcak-soğuk cüzdan özel anahtar bilgisinin verilmesi dâhil değildir⁵⁵. Dolayısıyla bu bilginin İİK m. 80 uyarınca icra memurunun yetkisi kapsamında olup olmadığı ele alınmalıdır. Bu noktada ise icra memurunun bu bilgiyi zorla elde edebileceği, kilitli yerlerin açtırılmasına ilişkin yetki hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle ifade edilebilir⁵⁶. Ancak bu yetkinin de özellikle kişilik hakları kapsamında eleştiriye açık olduğunu belirtmek isteriz⁵⁷. Bununla birlikte hiç kuşkusuz kripto değerler üzerinde özellikle haciz işlemi sonucunda tasarruf yetkisinin fiilen kısıtlanabilmesi ve ilerleyen süreçte paraya çevirme aşaması neticesinde ihale alıcına tasarruf yetkisinin devredilebilmesi açısından özel anahtar bilgisi işin niteliği gereği kaçınılmaz olarak gerekecektir. Dolayısıyla kripto değerlere ve konumuz özelinde NFT'ler için mal beyanı yükümlülüğü de dâhil olmak üzere haciz ve paraya çevirme işlemleri açısından bu özel anahtar bilgisinin elde edilmesine yönelik açık kanun düzenlemesinin yapılması gerektiği kanısındayız.

İkinci olarak NFT üzerinde haciz uygulaması kapsamında değer tespiti (kıymet takdiri) de önem taşıyan bir meseledir. Bu noktada belirtilmelidir ki ilgili NFT, şayet bir NFT alım-satım platformu/borsası nezdinde çeşitli işlemlere konu edilmişse, öncesinde veya hâlihazırdaki değeri rahatlıkla tespit edilebilecektir. Ancak ilgili NFT, bu minvalde bir platform nezdinde işlem görmemişse/görmemekteyse, kıymet takdirinin yapılabilmesi önemli bir sorun olacaktır. Zira bitcoin gibi misli olma özelliği de bulunmadığından, diğer ifadeyle eşsiz olduğundan, ilgili NFT için takdir edilecek kıymet, herhâlde bir tasavvurdan ibaret olacaktır. Bu sorunun önüne geçebilmek amacıyla NFT oluşturma sürecindeki teknik uygulamanın mutlaka dikkate alınması gerektiği kanısındayız⁵⁸. Örneğin Ethereum blokzincirinde oluşturulan NFT'ler için ether karşılığı bir değer alındığından, burada ether karşılığında NFT alınmasına ilişkin sözleşmenin dikkate alınması gerekir.

Üçüncü olarak, haczin uygulanması noktasında da İcra ve İflâs

[55] Gerçekten de mal beyanında bulunma yükümlülüğü, ilgili mal varlığı unsurlarına ilişkin her türlü bilginin sunulmasını içermemekte, yalnızca mal, hak ve alacakların cinsi, mahiyeti, niceliği gibi bilgilerle birlikte mevcudiyetine dair bilgi verilmesiyle sınırlı bir kapsama sahiptir. Söz gelimi mal hak ve alacaklarının tamamının bildirilmesi zorunluluğu yoktur. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 157-158. Kripto varlıklar hakkında mal beyanında bulunmanın kapsamına özel anahtar bilgisinin de verilmesi gerektiğine, aksi hâlde tazyik hapsi hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Yardımcı, s. 115.

[56] Bitcoin ve kripto paralar bakımından kıyasen bkz. Balıkcı, s. 301; Yardımcı, s. 119.

[57] Nitekim icra memurunun özellikle İİK m. 80 kapsamında zor kullanma yetkisinin Anayasa'da düzenlenen temel hak ve ilkeler bağlamında haklı olarak eleştirilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler*, Adalet Yayıncılık, Ankara 2009, s. 109 vd.

[58] Bu noktada icra memuru kıymet takdiri bağlamında İİK m. 87/1 uyarınca bilirkişiye de başvurarak kıymet takdiri yapabilir.

Kanunu'nun hangi hükümlerinin uygulanması gerektiği tespit edilmelidir. Bu noktada kanımızca, NFT niteliğindeki mal varlığı unsurları, prensip olarak İİK m. 88/1 uyarınca kıymetli eşya üzerinde fiilen muhafaza tedbiri uygulanması suretiyle haczedilmelidir. Zira bunlar, kıymeti ve tedavül kabiliyeti yüksek dijital değerlerdir. Ancak bu işlem, soğuk cüzdan söz konusuysa ilgili cisim (USB bellek, harici disk vs.) üzerinde doğrudan uygulanabilse de sıcak cüzdan bakımından zorluk arz edebilir. Bu noktada sıcak cüzdan teşkil eden uygulama platformuna da bildirim yapılmak suretiyle muhafaza tedbiri uygulanmalıdır. Bu yönde temel hüküm kuşkusuz m. 89 olacak ise de m. 120 de gündeme gelebilir. Haciz işlemi uygulanmasıyla, tasarruf yetkisine etkisinin de ortaya çıkarılabilmesi için NFT teknolojisinin niteliğine uygun işlem yapılmalıdır. Bu noktada özellikle sıcak cüzdanlar bakımından borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması için ilgili platform üzerinde blokaj uygulanmalıdır. Dahası öğretide icra dairelerinin, bir sıcak cüzdan temin ederek bu hesaba aktarımın yapılması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁵⁹. Ancak bunun için mevzuatın şu an uygun olduğunun söylenemeyeceği açıktır.

Üçüncü kişilerde bulunan NFT'ler bakımından ise, uygulamanın İİK m. 78, m. 89 ve m. 120 çerçevesinde olabileceğini ifade etmek gerekir. Özellikle 89 çerçevesindeki haciz ihbarnameleri suretiyle borçlunun üçüncü kişiden olan NFT alacağının tahsili sağlanabilir⁶⁰. Ancak bunun için de en nihayetinde, icra memurluğunun uygun sıcak cüzdana sahip olması gerekir. NFT'ler bakımından platformlar arası transfer kabiliyetinin de dikkate alınması gerekir. Zira misli olmadığı için veya farklı blokzincir teknolojisi altyapısına dayalı çıkarılmışsa, transfer imkânı noktasında sorunlarla karşılaşılması muhtemeldir. Bu noktada soğuk cüzdan üzerinde üçüncü kişinin istihkak iddiası gündeme gelebilirse de sıcak cüzdan üzerinde üçüncü kişinin istihkak iddiası olması mümkün değildir.

[59] Yardımcı, s. 120.

[60] Nitekim öğretide, üçüncü kişiler nezdindeki bitcoin ve diğer kripto paralara ilişkin kripto varlıkların hacine yönelik uygulamanın İİK m. 89 bağlamında yapılmasının uygun olacağı belirtilmektedir. Zira özellikle kripto varlıklara dair işlemlerin gerçekleştirildiği platformlar, Türkiye özelinde anonim şirket olarak kurulmuş tüzel kişiler tarafından oluşturulmuş ve yönetilmektedir. Dolayısıyla bu mahiyetteki üçüncü kişi şirkete İİK m. 89 kapsamında ihbarname gönderilmesi suretiyle haciz ve muhafaza tedbiri uygulaması yapılması yerinde olacaktır. Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 228; Yardımcı, s. 115 vd.; Balıkcı, s. 302-303. Nitekim uygulamada da kripto varlıklara ilişkin olarak bitcoin özelinde İİK m. 89 çerçevesinde kararlar verildiği gözlenmektedir. Bu konuda medyaya da yansıyan ilk örnek olarak İstanbul 14'üncü icra dairesi nezdinde yürütülen bir takiple ilgili olarak İİK m. 89 uyarınca işlem yapılması talebine yönelik icra müdürlüğü uygulamasına karşı yapılan şikâyet başvurusunda İstanbul İcra Mahkemesi, şikâyetin reddine karar vermiştir. <https://www.birgun.net/haber/turkiye-de-ilk-kez-bir-mahkeme-kripto-para-varligina-yonelik-haciz-karari-verdi-341978>, Erişim Tarihi: 14.07.2023. Konu hakkında ayrıca bkz. Özsoy, İlker Mete. *Kripto Para Varlıklarının Cebri İcra Yoluyla Haczi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 71 vd.

Satış/Paraya Çevirme

Satış işlemleri bağlamında, öncelikle NFT bir para niteliğinde olmadığı için, NFT üzerinde uygulanan hacizler neticesinde, paraya çevirme işlemleri gerçekleştirilmesi gerekir. Zira cebri icra hukukunda, borçlu veya üçüncü kişi nezdinde haczedilen mal varlığı unsuru para ise, söz konusu para miktarı için satış işlemi gerçekleştirilmeksizin doğrudan ilgili meblağ takip alacaklısının takip talebinde belirttiği banka hesabına aktarılır⁶¹. Bu bakımdan ancak para dışındaki mal varlığı unsurlarının haczedilmesi hâlinde bunların paraya çevrilmesi ve elde edilen gelirden alacaklıya alacağının verilmesi söz konusudur. Şu hâlde NFT'ler, en azından meri mevzuat uyarınca para olarak değerlendirilmediğinden, mahcuz NFT mal varlığı unsurlarının paraya çevirme işlemine tâbi tutulması şarttır. Dolayısıyla NFT'lerin ne surette paraya çevrileceğine dair değerlendirme ve tespitler de yapılmalıdır.

Bu noktada ilk olarak ifade etmek gerekir ki NFT bakımından hukukî niteliğinden bağımsız olarak, taşınır satışı kapsamında değerlendirme yapılacağı şüpheden uzaktır⁶². Bu çerçevede paraya çevirme işlemleri, açık artırma, pazarlık yoluyla satış ve İİK m. 111/a uyarınca borçluya satış yetkisi verilmesi kapsamında ele alınabilir.

İlk olarak açık artırma yolunun benimsenmesi hâlinde, paraya çevirme online sistem üzerinden yapılacağı ve ihale alıcısının da mülkiyeti ihale kararıyla alacağı açıktır⁶³. Ancak tasarruf yetkisinin devri ayrı bir sorun olabilecektir. Zira NFT üzerinde işlemler, çoğunlukla özel platformlar üzerinden yapılır. Bu bakımdan icra dairesinin sıcak cüzdan sahibi olması uygun olur. İcra dairesi hesabına aktarım yapıldıktan sonra, alacaklıya satış gelirinin, ihale alıcısına da NFT üzerinde tasarruf yetkisinin/sahipliğinin aktarımı bu yolla yapılabilir.

Bütün bu işlemler için İİK m. 121 uyarınca icra mahkemesinin görüşü alınmasının kanuni dayanak olabileceği ifade edilebilirse de özellikle ihalenin feshi bakımından sorunlarla karşılaşılması açısından, icra dairesinin özel platformlara entegrasyonunun sağlanabilmesi için Kanun'da düzenleme yapılması, dijital değerlerin teknolojik işleyiş sürecine uygun olacaktır.

Pazarlık yoluyla satış ise İİK m. 119 uyarınca sağlanabilir. Nitekim ilgili NFT'lere ilişkin hukukî işlemlerin gerçekleştirildiği bir platform varsa ki NFT'ler çoğunlukla bu mahiyette platformlar nezdinde işlem görmektedir, söz konusu platformdaki değer, kıyasen borsa rayici olarak

[61] Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 215.

[62] Karş. Bilgili & Cengil, s. 372.

[63] Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayyavaz & Hanağası, s. 403.

değerlendirilebilir⁶⁴.

Mahcuz NFT'nin paraya çevrilmesi bakımından 7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Hukuku mevzuatına eklenen borçluya satış yetkisi verilmesi (İİK m. 111A) hükmü de değerlendirilebilir. Ancak bu durumda ödemenin icra dairesi hesabına yapılması konusunda sorunlarla karşılaşılabilir. Bu bakımdan yukarıda da belirtildiği gibi icra dairelerinin sıcak cüzdan sahibi olması veya doğrudan kredi kartıyla yapılan satışlarda icra dairesi hesabına geçirilmesi yönünde uygulama benimsenmesi gerektiğinin uygun olacağı ifade edilebilir.

SONUÇ

NFT'ler kripto varlıklar içerisinde misli olmayan jetonlar kategorisine girmektedir. NFT'lerin önemi dijital eserlerin orijinallerinin tespit edilmesinde görülmektedir. Bu açıdan NFT'ler telif haklarının korunması bakımından işlevseldir. NFT'ler mintleme (minting) adı verilen teknik bir süreç sonucunda meydana getirilmekte olup, diğer kripto varlıklar gibi madencilik (mining) işlemiyle üretilmezler.

NFT'ler, depolandıkları mecraya göre off-chain (zincir dışı) ve on-chain (zincir içi) olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar. Zincir dışı NFT'ler blokzincir dışındaki bir mecrada depolanmaktadır. Esasen, çoğu NFT yüksek maliyet nedeniyle blokzincir dışında depolanmaktadır. Bununla beraber, blokzincir dışında depolanan NFT'ler veri güvenliği bakımından bazı soru işaretleri taşımaktadırlar. Bu bağlamda, veri güvenliğinin temini amacıyla zincir dışı NFT'lerin merkezi olmayan depolama sistemlerinde depolanmaları önerilmektedir. On chain (zincir içi) NFT'ler blokzincir üzerinde depolanmaktadır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1/B/a maddesi uyarınca eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzellik sanatları, sinema eserleri olarak kabul edilen her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade etmektedir. NFT'lerin eser niteliği değerlendirilirken, zincir dışı ve zincir içi NFT'ler arasında ayırım yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda, zincir dışı NFT'ler sahiplerinin hususiyetini taşımadıklarından eser niteliğini haiz değildirler. Buna karşın zincir içi NFT'ler bakımından somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılmalı ve içerik ile depolama sürecinin iç içe geçtiği durumlarda; NFT'nin eser vasfını haiz olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

NFT'ler, hukuki mahiyeti itibarıyla para niteliğinde olmadığından, cebrî icra hukuku kapsamında aynen ifasının talep edilmesi hâlinde ilâmlı icra hükümlerine tâbi olacaktır. Ancak NFT, teknik olarak niteliği

[64] Bitcoin bağlamında benzer yönde bkz. Bilgili & Cengil, s. 372-373; Balıkçı, s. 303.

gereği eşsiz olduğu için, aynen ifanın gerçekleştirilememesi hâlinde, NFT alacağı ancak para alacağı olarak tahsil edilebilir. Bunun dışında NFT alacağının aynen ifasının talep edilmemesi hâlinde değerinin ilâmsız icra takibine konu edilmesi mümkündür.

NFT'ler, hukukî niteliklerinden bağımsız olarak nihayetinde maddi bir değer taşıdıklarından, haczin konusuna dâhildir. Ancak özellikle fikir ve sanat eseri niteliği taşıyan NFT'ler için, FSEK kapsamındaki haczedilmezlik hükümlerinin de dikkate alınması gerekir. NFT'ler, kıymeti ve tedavül kabiliyeti yüksek değerli mal varlığı unsurları olduğu için İİK m. 88 çerçevesinde haczedilmelidir. Ancak bu, niteliği gereği ancak soğuk cüzden bakımından mümkün olabilir. Sıcak cüzden olarak ifade edilen elektronik ortamda hizmet veren platform nezdinde bulunan hesapta yer alan NFT bakımından ise özellikle İİK m. 89 hükmünün uygulanması daha uygun olacaktır.

NFT'lerin paraya çevrilmesi, İİK nezdine taşınır/taşınmaz ayrımı yapıldığı için, niteliği gereği taşınır satışına ilişkin hükümler dairesinde yapılmalıdır. Bu noktada cibrî artırma, pazarlık yoluyla satış veya borçluya verilen satış yetkisi kapsamında uygulama benimsenebilir. Ancak özellikle elektronik ortamda artırma yoluyla yapılan satışlarda tasarruf yetkisinin ihale alıcına devredilmesi, kripto varlık platformları nezdinde yapılabilecek tasarrufların engellenmesi ve muhafaza tedbirlerinin alınması yönünde icra organının özel anahtar bilgisine ulaşması bakımından İİK m. 80 hükmünün uygulanabilirliği ve icra organının sıcak cüzden sahibi olması gerektiğine yönelik uygulamada ortaya çıkabilecek pek çok sorun açısından NFT (ve esasen diğer kripto) varlıklara yönelik olarak İİK nezdinde açık kanuni düzenlemelerin yapılması uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akcaal, Mehmet. NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 34, Sayı: 159, 2022, s. 363-396.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşınar Ayvaz, Sema & Hanağası, Emel. İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Balduf, Leonhard; Florian Martin & Scheuermann Björn. Dude, where's my NFT: distributed infrastructures for digital art. *DICG '22: Proceedings of the 3rd International Workshop on Distributed Infrastructure for the Common Good*, November 2022, s. 1-6, <https://doi.org/10.1145/3565383.3566106>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.
- Bal, Nurullah. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Fikrî Hakların Haczi. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, Cilt: 2, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Balıkçı, Eylül. Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Yıl: 2021, Sayı: 2, s. 273-312.

- Bilgili, Fatih & Cengil, M. Fatih. *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*, 2. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2022.
- Çağlayan Aksoy, Pınar. *Digital Sanat, NFT'ler ve Daha Fazlası*. <https://blog.arksigner.com/blokszinciri-teknolojisi/dijital-sanat-nftler-ve-daha-fazlasi>, Erişim Tarihi: 22.05.2023.
- Çağlayan Aksoy, Pınar. NFT'ler, Depolama ve Kalıcılık Sorunu. <https://blog.arksigner.com/blokszinciri-teknolojisi/nftler-depolama-ve-kalicilik-sorunu>, Erişim Tarihi: 09.07.2023.
- Çağlayan Aksoy, Pınar & Özkan Üner, Zehra. NFT (Non-Fungible Token), Fikri Haklar Çerçevesinde Bir Değerlendirme Raporu. 2023 s. 1-133. <https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2023/03/23/NFT-FIKRI-HAKLAR-CERCEVESINDE-DEGERLENDIRME-RAPORu.pdf>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.
- Ercan, Cannur. Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 12, Sayı: 46, Nisan 2021, s. 377-412.
- Eser, Alp Doğu. *Sanatın NFT Hali*, Myrina Yayınları, Ankara, 2023.
- Filorinalı, Kardelen. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından NFT'ler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Fungible vs nonfungible tokens: What is the difference?*, <https://cointelegraph.com/learn/fungible-vs-nonfungible-tokens-what-is-the-difference>, Erişim Tarihi: 20.05.2023.
- Görgün, Şanal; Börü, Levent & Kodakoğlu, Mehmet. *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Guadamuz, Andres. Copyfraud and copyright infringement in NFTs. (Copyfraud), TechnoLlama, 14 Mart 2021, (<https://www.technollama.co.uk/copyrfrand-and-copyright-infringement-in-nfts>), Erişim Tarihi: 24.04.2023.
- Guadamuz, Andres. The treachery of images: non-fungible tokens and copyright. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Cilt: 00, Sayı: 0, Yıl: 2021, s. 1-19.
- Güçlütürk, Osman Gazi. 'NFT'lerin Oluşturulması ve Transferinin Eser Sahibinin Mali Haklarıyla İlişkisi. Koç Üniversitesi, (nasamer, 25 Mart 2022), <https://nasamer.ku.edu.tr/nftlerin-olusturulmasi-ve-transferinin-eser-sahibinin-mali-haklariyla-iliskisi/#:~:text=G%C3%B6r%C3%BCld%C3%BC%C4%9F%C3%BC%20%C3%BCzere%20bir%20eser%20ile,kalacak%20i%C5%9Flemlerin%20ger%C3%A7ekle%C5%9Ftirilmesi%20m%C3%BCmk%C3%BCn%20olabilmektedir>, Erişim Tarihi: 09.07.2023.
- Karasioğlu Gürbüz, Gökçen. Eser Sahibinin Dijital Mührü: NFT Sanat Eserleri. *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı* (Editörler: Şerafettin EKİCİ; Ekrem SOLAK & Emre AVŞAR), Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 613-626.
- Kıvrak, Mehmet Nuri & Özkartal, Mehmet. NFT ve Günümüz Dijital Sanat Kavramı Arasındaki İlişki. *Oğuzhan Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, 2022, s. 193-202.
- Küçükali, Canan. Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT'ler. *Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı* (Editörler: Şerafettin EKİCİ; Ekrem SOLAK & Emre AVŞAR), Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 561-583.
- Özdemir, Semih Sırrı. Sanat Eserlerinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Mislî Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladıkları Fikri Hakların Değerlendirilmesi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: XXXVI, Sayı: 3, 2021, s. 45-91.
- Özkes, Muhammet. İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler, Adalet Yayıncılık, Ankara 2009.
- Özsoy, İlker Mete. *Kripto Para Varlıklarının Cebrî İcra Yoluyla Haczi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başken Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.

- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral & Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Popescu, Andrei-Dragos. Non-Fungible Tokens (NFT) – Innovation beyond the craze. *5 th International Conference on Innovation in Business, Economics & Marketing Research, Proceedings of Engineering & Technology Journal- PET – Volume: 66, IBEM-2021*, s. (26-30).
- Sarı, Onur. *NFT'ler Açısından Mali Hakların Devri Sözleşmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Şenkardeş, Çağla Gül. *Blokzincir Teknolojisi ve NFT'ler*, 2. Baskı, Ceres Yayınları, İstanbul, 2022.
- Türkiye Cumhuriyeti Dijital Dönüşüm Ofisi, Blokzincir Sözlüğü, "Blokzincir", 1-2, <https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/>, Erişim Tarihi: 10.07.2023.
- Yardımcı, Taner Emre. İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağıın İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Yıl: 2019, Sayı: 3, s. 97-128.

**CEZA
HUKUKU**

YASAKLANMIŞ HAKLARIN GERİ VERİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-0414-4610

s.emreozdemir@gmail.com

ÖZET

Kişinin suç işlemesi, toplumun kendisine duyduğu güvenin azalmasına veya kaybolmasına yol açar. Bu sebeple suç işleyen kişi, toplum ile arasındaki güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan mahrum kalır. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (hak yoksunluğu), Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 53'üncü maddesinde bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Hükme göre, kişinin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilmesi için kural olarak işlediği suçun kasten işlenen bir suç olması ve bu suç sebebiyle hapis cezasına mahkûm edilmiş bulunması gerekir. Kanun koyucunun izlediği ceza politikası gereğince mahkûmiyetin kesinleşmesiyle başlayan hak yoksunluğu, kural olarak mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam eder. Başka bir anlatımla, TCK'da hak yoksunluğu süresiz olmayıp belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Zira cezasını tamamlamış olan kişinin ıslah olduğu ve toplumun güveninin yeniden kazanıldığı kabul edilir. Bu sebeple TCK'da memnu hakların iadesine ilişkin bir hükme de yer verilmemiştir. Öte yandan Milletvekili Seçimi Kanunu, Devlet Memurları Kanunu, Avukatlık Kanunu, Hâkimler ve Savcılar Kanunu gibi bazı özel düzenlemelerde, "*Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile*" belli bir ceza mahkûmiyetine veya "*affa uğramış olsa bile*" belli bir suçtan mahkûmiyete bağlı süresiz (sürekli, müebbet, ömür boyu) hak yoksunluğuna sebep olacak hükümler bulunmaktadır. Suç işleyen kimsenin ıslah olduğunu ispat etmesi ve yeniden topluma kazandırılmasının gerekliliği karşısında süresiz hak yoksunluğunun tatbiki adil değildir. Keza böyle bir durum kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme, özel hayata saygı ve unutulma hakları bakımından da sakıncalıdır. Bu sebeple 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun ile Adli Sicil Kanunu'na eklenen 13/A maddesi ile yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesi getirilmiştir ve süresiz hak yokluğunun mahzurlarının giderilmesi amaçlanmıştır. Hükme göre, memnu hakların iadesine, talep üzerine belirli şartlar altında mahkeme karar verilir. Böylece ceza mahkûmiyetinden doğan

süresiz hak yoksunluklarının da bir sonu olduğu kabul edilmiş ve infazın son halkası tamamlanmıştır. Ayrıca yasaklanmış hakların geri verilmesi, arşiv kaydının silinmesinde de fonksiyon üstlenmektedir. Çalışmamızda yasaklanmış hakların geri verilmesinin konusu, şartları ve usulü incelenek olup müessesenin tatbikinin sonuçları güncel yargı kararları bağlamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi, Memnu Hakların İadesi, Hak Yoksunluğu, Arşiv Kaydı, Arşiv Kaydının Silinmesi.

RESTITUTION OF FORFEITED RIGHTS

ABSTRACT

Committing a crime leads to a decrease or loss of trust in society. Therefore, the offender is deprived of certain rights that are necessary for the existence of a relationship of trust with society. In Article 53 of the Turkish Penal Code (TPC), deprivation of certain rights (deprivation of rights) is regulated as a security measure. As per the provision, for a person to be deprived of the exercise of certain rights, as a rule, the crime committed must be a deliberate crime and the person must have been sentenced to imprisonment for this crime. Pursuant to the penal policy pursued by the legislator, the deprivation of rights, which begins with the finalization of the conviction, continues, as a rule, until the execution of the imprisonment sentence is completed. In other words, the deprivation of rights in the TPC is not indefinite but is limited to a certain period. This is because a person who has completed his or her sentence is considered reformed and the trust of society is restored. For this reason, the TPC does not include a provision on the restitution of divested rights. On the other hand, some special regulations, such as the Law on Election of Members of Parliament, the Law on Civil Servants, the Law on Attorneys, and the Law on Judges and Prosecutors, contain provisions that may lead to indefinite (permanent, life-long, lifelong) deprivation of rights based on a certain criminal conviction “*even if the periods specified in Article 53 of the Turkish Penal Code have passed*” or a conviction for a certain crime “*even if it has been pardoned*”. It is not fair to impose indefinite deprivation of rights in the face of the necessity for the offender to prove that he/she has reformed and is reintegrated into society. Such a situation is also objectionable in terms of the right to the development of one’s material and moral existence, respect for private life and the right to be forgotten. Therefore, Article 13/A added to the Criminal Registry Law by Law No. 5560 dated 06.12.2006

introduced the institution of restoration of prohibited rights and aimed to eliminate the drawbacks of the indefinite absence of rights. Pursuant to the provision, the court shall decide on the restitution of divested rights upon request under certain conditions. In this way, the indefinite deprivation of rights arising from a criminal conviction was accepted to have an end and the last link of the execution was completed. It also functions to restore prohibited rights and to expunge archival records. In our study, we will examine the subject, conditions, and procedure of restitution of prohibited rights, and evaluate the outcomes of the institution's application within the context of current judicial decisions, without any loss of meaning.

Keywords: Restitution of Forfeited Rights, Criminal Record, Deprivation of Right, Archive Record, Deletion of Archive Record.

GİRİŞ

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, başka bir ifadeyle hak yoksunluğu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 53'üncü maddesinde bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir¹. Zira kişinin suç işlemesi, toplumun kendisine duyduğu güvenin azalmasına veya kaybolmasına yol açar². Bu itibarla suç işleyen kişi, toplum ile arasındaki güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan mahrum edilir³.

TCK'nın 53'üncü maddesine göre, kişinin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilmesi için kural olarak failin kasten bir suç işlemiş olması ve bu suç sebebiyle hapis cezasına mahkûm edilmiş bulunması gerekir⁴. Kanun koyucunun izlediği yaptırım politikası gereğince 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak TCK'da hak yoksunluğu belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Buna göre, mahkûmiyetin kesinleşmesiyle başlayan hak yoksunluğu, kural olarak mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam eder⁵. Zira cezasını tamamlamış olan kişinin ıslah olduğu ve toplumun güvenini yeniden kazandığı kabul edilir⁶. Böyle bir sistem benimsendiği için TCK'da ayrıca yasaklanmış

[1] Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin & Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1002; Turhan, Faruk. Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007, s. 57.

[2] Yerdelen, Erdal. *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 227.

[3] Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 953.

[4] Artuk, Gökçen, Alşahin & Çakır, s. 1002.

[5] Koca, Mahmut & Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 662.

[6] Koca & Üzülmüş, s. 653.

hakların geri verilmesine, başka bir ifadeyle memnu hakların iadesine ilişkin bir hükme de doğal olarak yer verilmemiştir.

Öte yandan Anayasa, Milletvekili Seçimi Kanunu, Devlet Memurları Kanunu, Avukatlık Kanunu, Hâkimler ve Savcılar Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Bilirkişilik Kanunu, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu gibi bazı düzenlemelerde, “*Türk Ceza Kanunu’nun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile*” belli bir ceza mahkûmiyetine veya “*affa uğramış olsa bile*” belli bir suçtan mahkûmiyete bağlı süresiz (sürekli, müebbet, ömür boyu) hak yoksunluğuna sebep olacak özel hükümler bulunmaktadır.

Suç işleyen kimsenin ıslah olduğunu ispat etmesi ve yeniden topluma kazandırılmasının gerekliliği karşısında süresiz hak yoksunluğunun tatbiki adil ve insani değildir. Keza böyle bir durum kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme, özel hayata saygı ve unutulma hakları bakımından da sakıncalıdır. Ayrıca süresiz hak yoksunluğu, cezası infaz olan kişilerin toplumla uyum sağlamasını güçleştirir ve özellikle genç suçluların ümitsizliğe düşmesine yol açar. Tüm bu sebeplerle, 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun ile Adli Sicil Kanunu’na eklenen 13/A maddesi⁷ ile yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesi getirilmiş ve böylece süresiz hak yoksunluğunun ortaya çıkaracağı mahzurlarının giderilmesi amaçlanmıştır⁸.

[7] Adli Sicil Kanunu’nun 13/A maddesi, “(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,

a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmesi,

b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir.

(2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukuki nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

(3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

(4) Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.

(5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümlü ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurabilir.

(6) Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adli sicil arşivine kaydedilir.

(7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır” şeklinde düzenlenmiştir.

[8] Artuk, Gökçen, Alşahin & Çakır, s. 1001; Özgenç, s. 967-968; Turhan, s. 77-78; Arslan, Çetin. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 4, 2007, s. 3-4; Avcı, Maya Ezgi. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi. *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 18, 2012, s. 261; Şen, Ersan; Başer Berkün, Beyza & Koç, Fatma. Adli Sicil ve Arşiv Kaydının Silinmesi ile Yasaklanmış Hakların İadesi Etkisi. *Prof. Dr. Ersan Şen, Yorumluyorum – XXVI*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 561-562.

YASAKLANMIŞ HAKLARIN GERİ VERİLMESİNİN KOŞULLARI

Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesine göre yasaklanmış hakların geri verilmesi için üç koşulun gerçekleşmiş olması gerekir. Bunların ilki, cezanın infaz edilmiş veya infazına genel af ya da etkin pişmanlık dışında hukuki bir sebeple son verilmiş olması; ikincisi, deneme süresinin yeni bir suç işlemeden geçirilmesi ve üçüncüsü ise kişinin hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaatin oluşmasıdır.

İnfazın tamamlanmış olması, hapis ve/veya adli para cezasının tamamıyla yerine getirilmesidir⁹. Bu itibarla hapis cezasında denetimli serbestlik ile koşullu salıverilme sürecinde, adli para cezasında ise kısmi ödeme halinde infazın tamamlanmış olduğu söylenemez¹⁰. Hapis cezasının ertelenmesi halinde ise TCK'nın 51'inci maddesinin 8'inci fıkrası uyarınca, denetim süresi yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılır. Faile ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezası verilmesi durumunda infaz, hükümlünün hayatı boyunca devam edeceğinden yasaklanmış hakların geri verilmesi kural olarak mümkün değildir¹¹.

Cezanın infazına hukuki bir sebeple son verilmiş olması kapsamında ise temel olarak özel af, Cumhurbaşkanının af yetkisi veya ceza zamanasını düşünülebilir. Kanun koyucu Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinde, genel af ve etkin pişmanlık hükümlerini kapsam dışı bırakmıştır. Zira genel af halinde hükmolunan ceza bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar¹². Etkin pişmanlık ise kural olarak hüküm verilinceye kadar gerçekleşebilir. Ancak TCK'nın 184'üncü maddesinin 5'inci fıkrasında imar kirliliğine neden olma suçu bakımından etkin pişmanlığın mahkûm olunan cezayı bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıracak hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, bu nevi etkin pişmanlık ve genel af halinde zaten yasaklanmış hakların geri verilmesi de gerekmez¹³.

Öte yandan daha önce ifade edildiği üzere bazı özel düzenlemelerde "*affa uğramış olsa bile*" belli bir suçtan mahkûmiyete bağlı süresiz hak yoksunluğu öngörülmüştür. Doktrinde, kanunlarda yer verilen "*affa uğramış olsa bile*" kavramı ile kastedilenin hem genel hem özel af olduğu ekseriyetle kabul edilmektedir¹⁴. Buna bağlı olarak ilgili genel af kanununda yasaklanmış hakların geri verilmesine yönelik bir düzenleme mevcut olmadığı takdirde hak yoksunluğunun devam edeceği ve yasaklanmış hakların geri verilmesi usulünün işletilmesi gerektiği ileri

[9] Arslan, s. 19; Avcı, s. 270.

[10] Turhan, s. 79; Arslan, s. 19-20.

[11] Yerdelen, s. 657.

[12] Turhan, s. 80.

[13] Krş. Turhan, s. 80.

[14] Arslan, s. 24-26; Avcı, s. 271.

sürülmektedir¹⁵. Ancak doktrinde haklı olarak, “*affa uğramış olsa bile*” kavramı ile özel affın kastedildiği, zira TCK’da genel affın hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıracağına hüküm altına alındığı da ifade edilmektedir¹⁶. Adli Sicil Kanunu’nun 13/A maddesinde de açıkça genel affın kapsam dışı bırakılması kanaatimizce ikinci görüşü destekler niteliktedir.

Yasaklanmış hakların geri verilmesinin ikinci koşulu deneme süresinin yeni bir suç işlemekten geçirilmesidir. Deneme süresi ile deneme süresinin başlangıcı açısından cezanın infaz edilmiş olması ile cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka hukuki bir sebeple son verilmiş olması arasında farklılık bulunmaktadır. Cezanın infaz edilmiş olması durumunda deneme süresi, mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıldır. Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî sebeple son verilmiş olması halinde ise yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz¹⁷.

Kişinin deneme süresi içerisinde işlememesi gereken suçun manevi unsuru önemli değildir¹⁸. Başka bir anlatımla, deneme süresi içerisinde kasten veya taksirle işlenen herhangi bir suç yasaklanmış haklarının geri verilmesini engeller. Zira Adli Sicil Kanunu’nun 13/A maddesinde, deneme süresinde işlenmemesi gereken suçun kasıtlı olması gerektiğine vurgu yapılmamıştır. Ancak kanaatimizce deneme süresinde taksirli bir suçun işlenmesi yasaklanmış hakların geri verilmesine mâni olmamalı¹⁹, bu hususta değişiklik yapılmalıdır. Öte yandan mahkûm olunan cezanın nevi de hususiyet arz etmez. Fakat her halükârda deneme süresinde suç işlendiğinin sabit olması gerekir²⁰. Dolayısıyla deneme süresinde işlenen bir suç varsa ve bu suça ilişkin soruşturmaya veya kovuşturma yapılıyor ise yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınmadan önce deneme süresinde işlenen suça ilişkin soruşturmanın veya kovuşturmanın sonucu mahkemece beklenmelidir²¹.

Kişi deneme süresi içerisinde yeni bir suç işlerse memnu hakların iadesi

[15] Arslan, s. 24-26; Avci, s. 271.

[16] Özgenç, s. 966.

[17] Turhan, s. 80; Akkaş, Ahmet Hulusi. Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 249.

[18] Arslan, s. 29; Akkaş, s. 250-251.

[19] Krş. İçel, Kayıhan; Sokullu-Akinci, Füsün; Özgenç, İzzet; Sözüer, Adem; Mahmutoğlu, Fatih Selami & Ünver, Yener. *Yaptırım Teorisi*, 3. Kitap, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 450, dn. 178.

[20] Yerdelen, s. 659.

[21] Arslan, s. 30; Akkaş, s. 251.

kararı verilemez. Bu ihtimalde, yasaklanmış hakların geri verilmesinin bir daha mümkün olup olmadığı Adli Sicil Kanunu'nda gösterilmemiştir²². Bu itibarla, bir suçtan mahkûm olan kimsenin yasaklanmış hakların geri verilmesi için öngörülen deneme süresinde tekrar suç işlemesi halinde artık hiçbir zaman yasaklanmış haklarına kavuşamayacağı düşünülebilir. Örneğin, bir kimse dolandırıcılık suçunu işlemiş, cezası infaz olmuştur. Deneme süresinde ise taksirle çevreyi kirletmiş ve cezası kesinleşmiştir. Böyle bir durumda çevrenin taksirle kirletilmesi suçu dolandırıcılık suçundan kaynaklanan yasaklanmış hakların geri verilmesini engelleyecektir. Kanaatimizce ikinci suç sebebiyle mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmesiyle yahut cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî sebeple son verilmiş olması halinde hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yılın geçmesiyle ve diğer şartların da mevcudiyeti halinde dolandırıcılık suçu bağlamında tekrar yasaklanmış hakların geri verilmesi mümkün görülmelidir.

Nihayet yasaklanmış hakların geri verilebilmesi için öngörülen subjektif nitelikli son koşul, kişinin hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşmasıdır. Doktrinde iyi hal, “*ahlaki gelişimin tamamlanarak topluma tekrar uyum sağlanmış olması*” şeklinde tarif edilmektedir²³. Esasen kişinin yeni bir suç işlememesi de iyi hal kapsamında değerlendirilebilir²⁴. Ancak kişinin deneme süresinde bir suç işlememesi tek başına hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü anlamına gelmez ki kanun koyucu hayatı iyi halli olarak sürdürmeyi ayrı bir koşul olarak öngörmüştür²⁵. Kanaatimizce hak yoksunluğu, suç işleyen kişi ve toplum arasında güven ilişkisinden kaynaklandığına göre mahkemece yapılacak araştırma neticesinde²⁶ kişi ile toplum arasında güven ilişkisini zedeleyecek açık bir olumsuzluk bulunmadığı takdirde kişinin hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü kabul edilmelidir. Örneğin kişi hakkında deneme süresi içerisinde işlediği suç sebebiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi hayatın iyi halli sürdürülmediğine işaret edebilir.

YASAKLANMIŞ HAKLARIN GERİ VERİLMESİNDE USUL

Yasaklanmış hakların geri verilmesi ancak talep üzerine olabilir²⁷.

[22] 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 123'üncü maddesinde, “Mükerrirler cezanın tamamen infazından veya af yahut müruru zaman ile sukutundan itibaren bundan evvelki maddede beyan olunan müddetlerin iki katı geçmedikçe memnu haklarının iadesi istidasında bulunamazlar” hükmüne yer verilmiştir.

[23] Arslan, s. 29; Avcı, s. 273.

[24] Akkaş, s. 252.

[25] İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu & Ünver, s. 450.

[26] Yerdelen, s. 659.

[27] Arslan, s. 33; Akkaş, s. 253.

Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesiyle birlikte hak yoksunluğu bulunan kişi, hükmü veren veya kendi ikametgâhının bulunduğu yerdeki hükmü veren mahkeme ile aynı derecedeki mahkemeden yasaklanmış haklarının geri verilmesini isteyebilir. Hükmü veren mahkemenin özel yetkili veya ihtisas mahkemesi olması ikametgâhının bulunduğu yerdeki mahkemenin de özel yetkili veya ihtisas mahkemesi olmasını gerektirmez. Zira mahkeme, Adli Sicil Kanunu'nda gösterilmiş olan yasaklanmış hakların geri verilebilmesinin koşulları üzerinden bir değerlendirme yapabilir²⁸. Bu itibarla, hükmü asliye ceza mahkemesi vermiş ise ikametgâhının bulunduğu yerdeki asliye ceza mahkemesi; ağır ceza mahkemesi vermişse ikametgâhının bulunduğu yerdeki ağır ceza mahkemesi (ikametgâhın bulunduğu yerde ağır ceza mahkemesi yoksa bağlı bulunulan ağır ceza mahkemesi) yasaklanmış hakların geri verilmesine hükmeder.

Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkeme kararını dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir. Doktrinde Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 33'üncü maddesine²⁹ istinaden mahkemenin incelemeyi dosya üzerinden yaptığı durumlarda da Cumhuriyet savcısının görüşünün alınmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir³⁰.

Mahkeme, yasaklanmış hakların geri verilmesi talebini incelerken gerekli belgeleri toplamalı, deneme süresi içerisinde bir suç işlenip işlenmediğini ve kişinin hayatını iyi halli sürdürüp sürdürmediğini araştırmalıdır³¹. Bu doğrultuda mahkeme tanık dinleyebilir, kolluk marifetiyle ihtiyaç duyduğu bilgileri temin edebilir³².

Nihayetinde mahkeme, kendisini görevli kabul ederse yasaklanmış hakların geri verilmesine veya yasaklanmış hakların geri verilmesi talebinin reddine karar verir. Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinin 5'inci fıkrasında, "*yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir*" denilmiş ve kanun yolu açıkça belirtilmemiştir. CMK'da olağan kanun yolları itiraz, istinaf ve temyiz olarak gösterilmiştir³³. İtiraz kanun yoluna hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı

[28] Yerdelen, s. 660; Avcı, s. 274-275.

[29] CMK'nın 33'üncü maddesi, "Duruşmada verilecek kararlar, Cumhuriyet savcısı, duruşmada hazır bulunan müdafii, vekil ve diğer ilgililer dinlendikten; duruşma dışındaki kararlar, Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşü alındıktan sonra verilir" şeklinde düzenlenmiştir.

[30] Arslan, s. 35.

[31] Yerdelen, s. 659.

[32] Arslan, s. 35.

[33] Şahin, Cumhur & Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 606.

gidilebileceğinden³⁴ ve yasaklanmış hakların geri verilmesi kararlarının itiraza tabi olduğu hususunda açık hüküm bulunmadığından yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine verilecek kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidilebileceği kanaatindeyiz.

Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adli sicil arşivine kaydedilir (Adli Sicil Kanunu m. 13/A-6). Bu süreçte oluşan bütün masraflar ise hükümlü tarafından karşılanır (Adli Sicil Kanunu m. 13/A-7).

YASAKLANMIŞ HAKLARIN GERİ VERİLMESİNİN SONUÇLARI

Yasaklanmış hakların geri verilmesinin çeşitli sonuçları vardır. Bunların ilki, yasaklanmış hakların geri verilmesinin arşiv kaydının silinmesinde öngörülen sürelerle doğrudan etki etmesidir. Hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının olduğu tarihten itibaren, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla on beş yıl geçmesiyle; yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle tamamen silinir (Adli Sicil Kanunu m. 12).

Yasaklanmış hakların geri verilmesinin bir diğer sonucu ise hükümlünün yoksun kaldığı hakları geleceğe etkili bir şekilde kullanmasıdır³⁵. Örneğin, Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5 maddesine göre devlet memuru olabilmek için "*Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak*" gerekir.

Kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıl hapis cezası alan veya cezası önemli olmaksızın dolandırıcılık suçu işleyen bir kimse, cezasını infaz ettikten sonra diğer koşulların da mevcudiyeti halinde yasaklanmış hakların geri verilmesini ister ve talep kabul edilirse, kararın kesinleşmesiyle birlikte devlet memurluğuna başvurabilir. Ancak idari yargı kararlarında yasaklanmış hakların geri verilmesinin ilgili kişiye doğrudan memuriyete alınma hakkı vermediği ve fakat memuriyete başvurma hakkı sağlayacağı, idarenin bu noktada kadro ve ihtiyaç durumunu gözeterek takdir yetkisini kullanacağı genellikle kabul

[34] Özdemir, Süleyman Emre. *Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 30 vd.

[35] İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu & Ünver, s. 452; Yerdelen, s. 661.

edilmektedir³⁶.

Meseleye ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin 2018/36485 başvuru numaralı 14.12.2022 tarihli kararı önem arz etmektedir³⁷. Karara konu olayda başvurucunun 18.12.2000 tarihinde kesinleşen silahlı terör örgütü kurma veya katılma suçundan 12 yıl 6 ay ağır hapis cezası mahkûmiyeti bulunmaktadır. Başvurucunun cezası, Cumhurbaşkanı tarafından af yetkisi kullanılmak suretiyle 02.04.2003 tarihinde kaldırılmıştır³⁸. İleri bir tarihte başvurucu yasaklanmış hakların geri verilmesini talep etmiş ve 04.04.2016 tarihinde başvurucunun yasaklanmış hakları iade edilmiştir. Bu süreçte başvurucu tıp fakültesini bitirmiş, devlet hizmet yükümlülüğü kurasına katılmış ve yasaklanmış hakların geri verilmesi kararından yaklaşık 5 ay sonra, 09.09.2016 tarihinde, doktor olarak ataması yapılmıştır. Ancak idare 07.04.2017 tarihinde, başvurucunun Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5 maddesinde belirtilen şartları taşımadığından bahisle atamasını iptal etmiştir (§ 8-9).

Başvurucu idari mahkemelere başvurmuş ancak ilk derece mahkemesi, Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5 maddesinin hem TCK'nın 53'üncü maddesinden hem de Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinden sonra yürürlüğe girdiği, yasaklanmış hakların geri verilmesinin kanunda sayılan suçlardan mahkûmiyeti ortadan kaldırmayacağı yönünde değerlendirmede bulunarak iptal işlemini hukuka uygun kabul etmiştir (§ 12). İstinaf mahkemesi de ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bularak başvurucunun istinaf talebini kesin olarak reddetmiştir ve mesele Anayasa Mahkemesi'nin önüne bireysel başvuru kapsamında gelmiştir (§ 13).

[36] "Bu kapsamda, memnu hakların iadesi kararı gerek Türk Ceza Kanunundan gerekse özel bir kanundan kaynaklansın kamu hizmetlerinden yasaklanma, memuriyetten mahrumiyet, seçme ve seçilme hakkından yoksun kılınma gibi temel hak ve özgürlükler alanındaki ehliyetsizlikleri gelecek için ortadan kaldıran ve kişiye kullanılması men edilen hakları kullanma yetkisi sağlayan kararlardır. Yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesini yeniden düzenleyen 5352 sayılı Kanun'un 13/A maddesinin 2006 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, 657 sayılı Kanun'un 48/A-(5) maddesinde 2008 yılında 5728 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak maddeye, "Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile;" ibaresi eklenmiş ise de memnu hakların iadesi kararı alınsa dahi devlet memuru olunamayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Anılan yasal düzenlemeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde; 657 sayılı Kanun'un 48/A-(5) maddesinde yer alan "Türk Ceza Kanunu'ndaki süreler geçirilmiş olsa bile" ibaresiyle maddede belirtilen suçlardan dolayı mahkûm olan ve bu mahkûmiyeti nedeniyle belli hakları kullanmaktan yasaklanan kişilerin Devlet memuru olamayacağı, yasaklanmış hakların iadesi kararı alınması durumunda ise, mahkûmiyet ortadan kalkmamakla birlikte bu mahkûmiyetten doğan veya mahkûmiyetle birlikte hükmedilen ehliyetsizliklerinin ileriye dönük olarak ortadan kalkacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte, memnu hakların iadesi kararının, ilgili kişiye bu karar uyarınca doğrudan memuriyete alınma hakkı vermemiş memuriyete başvurma hakkı sağlayacağı, idarenin bu noktada kadro ve ihtiyaç durumunu gözeterek takdir yetkisini kullanacağı açıktır" (Danıştay 12. Dairesi, 20.12.2021, 3108/6933).

[37] Resmî Gazete, 22.02.2023, 32112.

[38] Resmî Gazete, 03.04.2003, 25068.

Anayasa Mahkemesi, meseleyi özel hayata saygı hakkı kapsamında incelemiş (§ 49); özel hayata saygı hakkına müdahalede bulunduğu sonucuna ulaşmıştır (§ 51). Ancak Anayasa Mahkemesi, müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğuna (§ 60), meşru amaç taşıdığına (§ 64) ve demokratik toplum gereklerine uygun ve ölçülü olduğuna (§ 73) kanaat getirmiştir. Nihayetinde Anayasa Mahkemesi bir hak ihlalinin bulunmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu sonuca ulaşırken, yasaklanmış hakların geri verilmesinin mahkûmiyeti değil, mahkûmiyete bağlı hak yoksunluklarını geleceğe dönük olarak ortadan kaldırdığını (§ 58); yasaklanmış hakların geri verilmesinin Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5 maddesindeki suçlara ilişkin olumsuz şarta etki etmeyeceğini (§ 59), bu hükmün süresiz hak yoksunluğuna yol açtığını (§ 71) kabul etmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin bir hak ihlalinin bulunmadığına karar vermesinde başvurunun özel sektörde çalışma imkanının bulunması da etkili olmuştur (§ 73).

Öncelikle ifade edilmelidir ki başvurunun memnu hakları, İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 04.04.2016 tarihli kararı ile iade edilmiştir (§ 8). Ancak başvuru hakkında 18.06.2016 tarihinden önce yasaklanmış hakların geri verilmesi hukuka aykırıdır. Zira başvurunun 18.12.2000 tarihinde kesinleşen 12 yıl 6 ay hapis cezası özel af ile bertaraf edilmiştir. Bu durumda somut olayda, Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinin 2'nci fıkrasının³⁹ tatbik edilmesi ve deneme süresinin mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden itibaren 15 yıl 6 ay olarak belirlenmesi gerekirdi. Fakat İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesi, deneme süresi tamamlanmadan memnu hakların iadesine karar vermiştir.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin 2018/36485 başvuru numaralı 14.12.2022 tarihli kararı hukuka uygun değildir. Anayasa Mahkemesi, konuyu değerlendirirken yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumunun varlık sebebini dikkate almamıştır. Zira bu müessese ile daha önce ifade edildiği üzere süresiz hak yoksunluklarının önüne geçilmek istenmiştir⁴⁰. Ancak Anayasa Mahkemesi kararında hükümleri bir bütün halde ve gerekçelerini dikkate almadan değerlendirme yapmak suretiyle affa uğramış olsa bile ilgili kanunlarda belirtilen suçları işleyenlerin asla memur olamayacakları yorumunu yapmıştır (§ 58-59). Halbuki memnu haklarının iadesine karar verilen bir kişinin memuriyete alınmamasında Devlet Memurları Kanunu'nun 48/A-5 maddesine dayanılması mümkün

[39] Bkz. dn. 7.

[40] Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1001; Özgenç, s. 967-968; Turhan, s. 77-78; Arslan, s. 3-4; Avcı, s. 261; Şen, Başer Berkün & Koç, s. 561-562.

değildir^{41, 42}.

[41] “Bu kapsamda, memnu hakların iadesi kararı gerek Türk Ceza Kanunundan gerekse özel bir kanundan kaynaklınsın kamu hizmetlerinden yasaklanma, memuriyetten mahrumiyet, seçme ve seçilme hakkından yoksun kılınma gibi temel hak ve özgürlükler alanındaki ehliyetizlikleri gelecek için ortadan kaldıran ve kişiye kullanılması men edilen hakları kullanma yetkisi sağlayan kararlardır. Yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesini yeniden düzenleyen 5352 sayılı Kanun'un 13/A maddesinin 2006 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, 657 sayılı Kanun'un 48/A-(5) maddesinde 2008 yılında 5728 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak maddeye, "Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile;" ibaresi eklenmiş ise de memnu hakların iadesi kararı alınsa dahi devlet memuru olunamayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Anılan yasal düzenlemeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde; 657 sayılı Kanun'un 48/A-(5) maddesinde yer alan "Türk Ceza Kanunu'ndaki süreler geçirilmiş olsa bile" ibaresiyle maddede belirtilen suçlardan dolayı mahkûm olan ve bu mahkûmiyeti nedeniyle belli hakları kullanmaktan yasaklanan kişilerin Devlet memuru olamayacağı, yasaklanmış hakların iadesi kararı alınması durumunda ise, mahkûmiyet ortadan kalkmamakla birlikte bu mahkûmiyetten doğan veya mahkûmiyetle birlikte hükmedilen ehliyetizliklerinin ileriye dönük olarak ortadan kalkacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte, memnu hakların iadesi kararı, ilgili kişiye bu karar uyarınca doğrudan memuriyete alınma hakkı vermeyip, memuriyete başvurma hakkı sağlayacağı ve idarenin bu konuda kadro ve ihtiyaç durumunda yasa dışı silahlı örgüt yetkisini kullanacağı da açıktır. Bakılan uyuşmazlıkta, 2015/1 Engelli Kamu Personeli Seçme Sınavı (EKPS) sonucuna göre, Diyanet İşleri Başkanlığı Tunceli İli, ... İlçe Müftülüğüne hizmetli olarak yerleştirilen davacı hakkında, adli sicil kayıtlarının tetkiki sonucunda yasa dışı silahlı örgüt kurmak veya katılmak suçundan dolayı mahkumiyetinin bulunduğu ve bu mahkumiyeti nedeniyle 657 sayılı Kanun'un 48/A-(5) maddesinde düzenlenen Devlet memurluğuna alınma şartlarının taşımadığı gerekçesiyle atamasının yapılmaması yolunda dava konu işlem tesis edilmiş ise de, anılan işleme dayanak alınan mahkumiyeti hakkında, Engelli Kamu Personeli Seçme Sınavından önce hakkında memnu haklarının iadesine karar verilmiştir. Bu duruma göre; mahkûmiyetine bağlı hak yoksunluğu, memnu hakların iadesi kararı ile ortadan kalkması ve Devlet memuru olarak atanmasında hukuki bir engeli kalmayan davacının atamasının yapılmamasına ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır” (Danıştay 12. Dairesi, 24.02.2021, 248/967); “Dava konusu uyuşmazlıkta, davalı idare tarafından, 657 sayılı Kanun'un 48/A-(5) maddesi hükmünün özel Kanun hükmü olduğu, 5352 sayılı Kanun'un 13/A maddesi hükmünün ise genel Kanun hükmü olduğu ve davacının 657 sayılı Kanun'un özel hükmü uyarınca memuriyete alınma şartlarını taşımadığından, memuriyete yeniden kabul edilemeyeceği hususları dava konusu işlemin tesis edilme gerekçesi olarak gösterilmiştir. Yukarıda anılan mevzuat hükümleri ve dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden, davacının sözü edilen mahkûmiyetine bağlı olan hak yoksunluğunun, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihten önce aldığı memnu hakların iadesi kararı ile ortadan kalktığı, dolayısıyla, davalı idarece takdir yetkisi çerçevesinde yeni oluşan koşullara göre bir değerlendirme yapılması gerektiğinden, davacının memuriyete engel mahkûmiyetinin bulunduğundan bahisle sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır” (Danıştay 12. Dairesi, 16.05.2022, 1627/2565).

[42] Aksi yönde bkz. “Memnu hakların iadesi, mahkûmiyet kararını ortadan kaldıran değil, yalnızca yasaklanmış bazı hakların iadesine yönelik bir karardır. Hal böyle iken kanun koyucu tarafından, "devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık” gibi suçlardan mahkumiyet hali, genel af hariç kesinleşmiş bir cezaı kaldırır, cezaı hafifleten veya daha hafif bir cezaya çeviren özel af halinde memuriyete alınma konusunda bir engel olarak belirlenmişken, özel affa göre daha dar kapsamlı olan ve mahkumiyet hükmünü ortadan kaldırmayan memnu hakların iadesi hali, memuriyete girmeye evleiyetle engel olacaktır. Dava konusu olayda, ... Asliye Ceza Mahkemesinin ...tarih ve E:..., K:...sayılı kararı ile davacı hakkında hırsızlık suçundan sekiz ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, yine ... Asliye Ceza Mahkemesinin ...tarih ve E:..., K:...sayılı kararı ile davacı hakkında hırsızlık suçundan 100.000 TL ağır para cezası ile cezalandırılmasına ve kararın ertelenmesine karar verildiği, kararların temyiz edilmeksizin kesinleştiği, daha sonra davacı hakkında memnu hakların iadesine karar verildiği; sonrasında, davacının 657 sayılı Kanun'un 48. maddesinde belirtilen Devlet memurluğuna atanacaklarda aranan genel şartları taşımadığından bahisle davalı idarece davacının atamasının yapılmadığına ilişkin olarak tesis edilen işlemin iptali istemiyle temyizen bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, memnu hakların iadesi kararının, bazı kamu haklarından yoksun

Öte yandan yasaklanmış hakları geri verilen kişinin güvenlik soruşturması yapılması gereken bir kamu görevine atanması yahut özel kanunlarda bir koşul olarak öngörülmesi durumunda esasen içeriği belli olmayan ancak mevzuatımızda yer alan irtibat ve iltisak kavramları üzerinden sınırlı bir değerlendirme yapılabilir. Zira tespit edebildiğimiz kadarıyla kanunlarda irtibat ve iltisak konusunda bir zaman sınırı bulunmamaktadır.

SONUÇ

Suç işleyen kişi, toplum ile arasındaki güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan mahrum edilir. Kanun koyucunun izlediği yaptırım politikası gereğince TCK'da hak yoksunluğu belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Buna göre, mahkûmiyetin kesinleşmesiyle başlayan hak yoksunluğu, kural olarak mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam eder. Öte yandan çeşitli düzenlemelerde, *“Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile”* belli bir ceza mahkûmiyetine veya *“affa uğramış olsa bile”* belli bir suçtan mahkûmiyete bağlı süresiz (sürekli, müebbet, ömür boyu) hak yoksunluğuna sebep olacak özel hükümler bulunmaktadır. Süresiz hak yoksunluğunun ortaya çıkaracağı sakıncaların giderilmesi amacıyla da 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanun ile Adli Sicil Kanunu'na 13/A maddesi eklenmiş ve yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesi getirilmiştir.

Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesine göre yasaklanmış hakların geri verilmesi için bu hususta bir talebin bulunması ve üç koşulun gerçekleşmiş olması gerekir. Bunların ilki, cezanın infaz edilmiş veya infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında hukuki bir sebeple son verilmiş olması; ikincisi, deneme süresinin yeni bir suç işlemeden geçirilmesi ve üçüncüsü ise kişinin hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaatin oluşmasıdır.

Yasaklanmış hakların geri verilmesi, arşiv kaydının silinmesinde öngörülen sürelerle doğrudan etki eder. Ayrıca memnu hakları iade

kılınmadan kaynaklanan ehliyetsizlikleri gelecek için ortadan kaldırarak ilgisine, kullanılması men edilen belli hakları kullanma yetkisini verdiği kabul edilmekle birlikte anılan bu karar, hırsızlık suçlarından dolayı sekiz ay hapis ve ertelenen ağır para cezası ile cezalandırılması yönünde mahkûmiyet kararları bulunan davacıya 657 sayılı Kanun'un 48. maddesinde belirtilen "... affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak" şartını taşıma bakımından bir hak doğurmamaktadır. Bu itibarla; davacının, 657 sayılı Kanun'un 48. maddesindeki şartları taşımadığından bahisle atamasının yapılmamasına ilişkin dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu anlaşıldığından, davanın reddi yolundaki ısrar kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmamaktadır" (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 27.06.2022, 1141/2318).

edilen kişi, geri verilen haklarını geleceğe etkili bir şekilde kullanabilir. Ancak bu noktada mevzuatın yeterli olmadığı ve uygulamada meselenin nüvesinin dikkate alınmadığı kanaatindeyiz. Zira aynı olaylarda mahkemelerce farklı kararlar verilmekte ve hukuki güvenlik ilkesi zedelenmektedir. Bu itibarla kanaatimizce, süresiz hak yoksunluğuna sebep olan normların ve yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin hükmün gözden geçirilmesi ve memnu hakların iadesinin sonuçlarının özellikle kanunda belirtilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akkaş, Ahmet Hulusi. *Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları)*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Arslan, Çetin. *Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A)*. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 4, 2007.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin & Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Avcı, Maya Ezgi. *Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi*. *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 18, 2012.
- İçel, Kayıhan; Sokullu-Akıncı, Füsün; Özgenç, İzzet; Sözüer, Adem; Mahmutoğlu, Fatih Selami & Ünver, Yener. *Yaptırım Teorisi*, 3. Kitap, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- Koca, Mahmut & Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Özdemir, Süleyman Emre. *Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Şahin, Cumhur & Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Şen, Ersan; Başer Berkün, Beyza & Koç, Fatma. *Adli Sicil ve Arşiv Kaydının Silinmesi ile Yasaklanmış Hakların İadesi Etkisi*. *Prof. Dr. Ersan Şen, Yorumluyorum – XXVI*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Turhan, Faruk. *Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi*. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007.
- Yerdelen, Erdal. *Türk Ceza Hukuku Yapıtları ve İnfazı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

SORUŞTURMADA VE KOVUŞTURMADA TÜZEL KİŞİLERİN TEMSİLİ

Arş. Gör. Ayşe Nur AYDIN

Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-9107-9425

aysenuraydintr@gmail.com

ÖZET

Kendilerine başlı başına kişilik tanınmış, belirli bir ortak amacın sürekli olarak gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip kişi ya da mal topluluklarına tüzel kişi denilmektedir. Bir hukuk terimi olarak temsil, bir başkası namına bir hukuksal işlem yapmak olgusunu gösteren terimdir. Davada tarafların temsili, kanuni ve iradi temsil olmak üzere iki şekilde olur. Avukatlık Kanunu'nun "Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler" başlıklı 35. maddesinde düzenlendiği üzere davada temsil kural olarak baroya kayıtlı avukatların tekelindedir. Yani gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek gibi usul işlemleri yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Bununla birlikte Avukatlık Kanunu m.35/4'te Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Bu durumda, özel bir kanun hükmüyle, bazı kişilerin temsilcisi olduğu kişileri mahkemede temsil edebilecekleri düzenlenmişse; temsilciler de dava açabilir, takip edebilir ve usul işlemlerini gerçekleştirebilirler. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda özel yargılama usullerinin düzenlendiği beşinci kitabın, "Tüzel Kişilerin Soruşturmada ve Kovuşturmada Temsili" başlıklı üçüncü bölümünde 249. maddede de tüzel kişilerin temsiline ilişkin hüküm yer almaktadır. Suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eden soruşturma evresi suç iddiasının araştırıldığı evredir. Kovuşturma evresi ise iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredir. Kovuşturma, dar anlamda kovuşturma ve geniş anlamda kovuşturma olmak üzere iki anlam içermektedir. Dar anlamda kovuşturma, ilk derece mahkemesinde gerçekleşen yargılama sürecini ifade ederken; geniş anlamda kovuşturma olağan kanun yollarını da kapsayarak hükmün kesinleşmesine kadarki süreci ifade etmektedir. Gerçek ve tüzel kişilerin hukuk mahkemelerinde temsiline ilişkin hükümler ve çalışmalar bulunmasına rağmen tüzel kişilerin ceza muhakemesinde temsiline ilişkin müstakil çalışmalar bulunmadığı gözlemlenmiştir. Bu çalışmanın amacı tüzel kişilerin

türlerine göre temsilcileri, soruşturmada ve kovuşturmada temsilinde kimlerin yer alacağı, temsilde hangi hükümlere gidileceği, temsilcinin haklarının kapsamı hakkında çalışılarak ceza muhakemesindeki ilgililere uygulamada yol göstermektir. İlgili madde metninde kullanılan ifadeler sebebiyle, bu maddenin soruşturma evresini kapsamadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Tüzel kişilerin organ ya da temsilcisi davaya katılan sıfatıyla ya da savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla davaya kabul edilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tüzel Kişi, Tüzel Kişilerin Temsili, Ceza Muhakemesi, Soruşturma, Kovuşturma

REPRESENTATION OF LEGAL PERSONS IN INVESTIGATION AND PROSECUTION

ABSTRACT

A legal person is a person or group of goods that has a unique personality and an organization that will ensure the continuous realization of a certain common purpose. Representation as a legal term is the term denoting the fact of taking a legal action on behalf of another. The representation of the parties in the case is in two ways; legal and voluntary representation. As regulated in article 35 of the Attorneyship Law, titled “Works That Only Lawyers Can Do”, representation in the case is, as a rule, the monopoly of lawyers registered with the bar association. In other words, procedural actions such as litigating and defending the rights of real and legal persons and following legal proceedings belong only to lawyers registered with the bar association. However, in article 35/4 of the Attorneyship Law, the provisions of the Criminal Procedure Code and other laws are reserved. In this case, if it is regulated by a special law that some persons can represent the persons they represent in court; the representatives may also file a lawsuit, pursue them and carry out procedural actions. In the third part of the fifth book, titled “Representation of Legal Persons in Investigation and Prosecution”, in which special trial procedures are regulated in the Criminal Procedure Law No. 5271, there is a provision regarding the representation of legal persons in article 249. The investigation phase, which refers to the phase from learning of the suspicion of crime to the acceptance of the indictment, is the phase in which the allegation of crime is investigated. The prosecution phase is the phase from the acceptance of the indictment to the finalization of the verdict. Prosecution includes two meanings, namely, prosecution in the narrow sense and prosecution in the broad

sense. While the prosecution in the narrow sense expresses the trial process in the court of first instance, the prosecution in the broad sense includes the ordinary legal remedies as well as the process until the finalization of the verdict. Although there are provisions and studies on the representation of real and legal persons in civil courts, it has been observed that there are no independent studies on the representation of legal persons in criminal proceedings. The aim of this study is to guide the relevant persons in criminal proceedings in practice by studying the representatives of legal persons according to their types, who will be represented in the investigation and prosecution, what provisions will be made in the representation, and the scope of the representative's rights. Due to the expressions used in the text of the relevant article, it is concluded that this article does not cover the investigation phase. The body or representative of legal entities may be admitted to the case in the capacity of participating in the case or in the capacity of standing next to the defense authority.

Keywords: Legal Person, Representation of Legal Persons, Criminal Procedure, Investigation, Prosecution.

GİRİŞ

Avukatlık Kanunu'nun "Yalnız avukatların yapabileceği işler" başlıklı 35. maddesinde düzenlendiği üzere davada temsil, kural olarak baroya kayıtlı avukatların tekelindedir.¹ Yani gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek gibi usul işlemleri yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Bununla birlikte Avukatlık Kanunu m.35/4'te Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Bu durumda, özel bir kanun hükmüyle, bazı kişilerin temsilcisi olduğu kişileri mahkemede temsil edebilecekleri düzenlenmişse; temsilciler de dava açabilir, takip edebilir ve usul işlemlerini gerçekleştirebilirler.²

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda özel yargılama usullerinin düzenlendiği beşinci kitabın, "Tüzel Kişilerin Soruşturmada ve Kovuşturmada Temsili" başlıklı üçüncü bölümünde de tüzel kişilerin temsiline ilişkin hüküm yer almaktadır.

GENEL OLARAK

Kavramsal Çerçeve

Kendilerine başlı başına kişilik tanınmış, belirli bir ortak amacın sürekli olarak gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip kişi ya da mal

[1] Aslan, Ali Çetin. Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: Özel Sayı 2014, 2015, s. 1669.

[2] Deliduman, Seyithan. Tüzel Kişilerin Davada Temsili. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 1, 1998 s. 177.

topluluklarına tüzel kişi denilmektedir.³ Tüzel kişiler, tabii tutuldukları hukuk kurallarına ve işlevlerine göre iki ana gruba ayrılmaktadırlar: Kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri.⁴ Buna ek olarak iki gruptan birine sokulması tam olarak mümkün olmadığı için karma nitelikli tüzel kişiler olarak adlandırılan kamu iktisadî teşebbüsleri gibi tüzel kişiler de mevcuttur.⁵ Kamu hukuku tüzel kişileri, doğrudan doğruya kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulurlar ve kamu hukuku kurallarına bağlıdırlar. Kamu yararının gerçekleşmesi için çalışan kamu tüzel kişileri⁶ üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmışlardır. Özel hukuk tüzel kişileri ise özel hukuk kurallarına göre kurulurlar ve kamu otoritesini temsil etmemektedirler.⁷

Bir hukuk terimi olarak temsil, “bir başkası namına bir hukuksal işlem yapmak olgusunu gösteren terimdir”.⁸ Davada tarafların temsili, kanuni temsil ve iradi temsil olmak üzere iki şekilde görülebilir. Kanun gereği ve sınırları kanuna dayanan temsil kanuni temsildir. Dava ehliyeti olan kişilerin hukuki bir işlemle kendilerine vekil tayin edip temsil edilmeleri ise iradi temsildir.⁹

Özel hukuk tüzel kişileri temsil yetkisini kanuni ya da iradi olarak kullanırken kamu tüzel kişileri kural olarak kanuni temsil, istisna olarak iradi temsil kullanır.¹⁰ Özel hukuk tüzel kişileri yargı mercileri önünde yetkili temsilcileri olan müdürler/yönetim kurulu üyeleri tarafından ya da yasal temsilciler tarafından atanmış avukatlar tarafından temsil edilebilirler. Kamu tüzel kişiliği olan idareler ise bünyelerinde istihdam ettikleri avukatlar, hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri, birim amirleri ve hizmet satın aldıkları serbest avukatlar vasıtasıyla temsil edilebilirler (659 s. KHK m.6/2).¹¹ İdarenin avukatlarıyla aradaki ilişki statüsel iken serbest avukatlardan hizmet satın alınması halinde bu avukatlarla aradaki ilişki akdidir. Serbest avukatlardan hizmet alımı hakkında “5987 s. *Serbest Avukatlardan Hizmet Satın Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*” mevcuttur ve bu hükümlere göre gerçekleşmektedir.¹²

[3] Erdoğan, İhsan & Keskin, A. Dilşad. *Türk Medeni Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 338.

[4] Aslan, M. Yasin. *Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*. *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 68, Sayı: 2, 2010, s. 237.

[5] Erdoğan & Keskin, s. 345.

[6] Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 389.

[7] Aydın, Devrim. *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları*. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 10, 2017, s. 99.

[8] Yılmaz, s. 749.

[9] Deliduman, s. 176.

[10] Karaarslan, Mehmet. *İdare'nin Yargısal Mercilerde Temsili ve Temsilcilerin Sorumluluğu*. *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 74, Sayı: 3, 2016, s. 421.

[11] Karaarslan, s. 422.

[12] Karaarslan, s. 435.

Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu

Suç ve cezanın şahsiliği ilkesi hukukumuzda kendisini AY m.38/7'de göstermektedir. Buna göre; *“Ceza sorumluluğu şahsidir”*. Dolayısıyla Türk ceza hukukunda cezaların şahsiliği ilkesi benimsenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *“Ceza Sorumluluğunun Esasları”* başlıklı ikinci kısmında yer alan 20. maddenin birinci fıkrasında *“Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.”* denilerek Anayasa'da yer alan hüküm tekrar edilmiştir. Buna göre hukukumuzda benimsenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince tüzel kişiler suç faili olamayacaklardır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere tüzel kişilerin suç faili olamayacakları haklarında yaptırım uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasında tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanmayacağı *“Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”* şeklinde ifade edilmiştir. TCK'nın *“Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri”* başlıklı 60. maddesine göre ise tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri yalnızca özel hukuk tüzel kişileri için söz konusudur. Bu güvenlik tedbirleri iznin iptali ve müsadereidir. Özel hukuk tüzel kişilerine yaptırım uygulanabiliyorken kamu tüzel kişilerine yaptırım uygulanmamasını kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bulan görüşler de bulunmaktadır. Gerekçe olarak da iki tüzel kişi türünde de suçun, esasında gerçek kişilerce işleniyor olması ve kamu tüzel kişisi yararına suç işlenmesinin olanaksız olmaması sunulmaktadır.¹³

TÜZEL KİŞİLERİN TEMSİLİ

Türlerine Göre Temsil

Tüzel kişiler, kamu tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadır. Bu başlıkta kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin türleri ve türlerine göre organ ve temsilcileri söylendikten sonra ceza muhakemesi/yargılama sürecinde bu tüzel kişilerin temsilini hangi organ ya da temsilci gerçekleştirecektir ve temsilcilerin temsil yetkisini devretmesi durumunda vd. tebligat kime yapılacaktır gibi sorular ele alınacaktır.

Tüzel kişilerin organları tüzel kişilerin kanuni temsilcileridir. Tüzel kişiler, CMK m.249'a göre de; yetkili organları, organ durumunda olmayan temsilcileri¹⁴ yahut görevlendirdikleri avukatları vasıtasıyla davada temsil edilebilirler. Avukat görevlendirildiği takdirde tebligat, Tebligat Kanunu m.11'e göre ilgili avukata yapılır.

[13] Centel, Nur. Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016 s. 3315.

[14] Deliduman, s. 177.

Kamu Tüzel Kişilerinin Davada Temsili

Kamu tüzel kişileri davaları yetkili organları aracılığıyla takip ederler (HMK m.52).

Devlet Tüzel Kişiliğinin Davada Temsili

Kamu tüzel kişilerinin başında devlet bulunur. Devlet tüzel kişiliğinin organları bakanlıklardır.¹⁵ Devlet tüzel kişisinin yetkili organı bakanlıklar olmasına rağmen bakanlıkların davaları hazine avukatları tarafından yürütülür. Ayrı tüzel kişiliği bulunmayan, genel bütçe içerisindeki tüm devlet dairelerinin davalarında da durum bu şekildedir.¹⁶ Bakanlıkların taraf oldukları davalarda hazine avukatı dışında başka avukatlarca temsili ancak ihtisas gerektiren ve ihtiyaç duyulan hallerde Kamu İhale Kanunu m.22/1-h'a uygun olarak mümkündür.¹⁷

Hazine avukatı bulunmayan yerlerde bakanlıklar ve genel bütçeye dâhil olan idareler, merkez veya taşra birim amirleri tarafından temsil olunurlar (659 s. KHK m.8/1). 659 s. KHK m.8/4'e göre de birim amiri *"bu maddedeki yetkilerini sınırlarını belirterek yardımcılarına veya hukuk birimi amirine devredebilir"*.

Ayrı Tüzel Kişiliği Bulunan Genel Müdürlüklerin Davada Temsili

Ayrı tüzel kişiliği bulunan genel müdürlüklerin hukuk müşavirlikleri bulunmaktadır. Bu genel müdürlükleri davada, kendi bünyesindeki hukuk müşavirliklerinde görevli avukatlar temsil etmektedir.¹⁸ Bağlı buldukları bakanlıkların veya hazine avukatlarının ayrı tüzel kişiliği bulunan genel müdürlükleri davada temsil yetkisi yoktur. Bu tüzel kişilerin kendi bünyelerinde avukatları mevcut değilse serbest avukatlardan hizmet satın alma yoluna gitmeleri de mümkündür.¹⁹

İl Özel İdarelerinin Davada Temsili

5302 s. İl Özel İdaresi Kanunu m.29'a göre il özel idaresi tüzel kişiliğinin temsilcisi validir. İl Özel İdaresi Kanunu m.30/1-c'ye göre bu tüzel kişiyi davada vali bizzat temsil edebilir yahut vekil tayin edebilir.

[15] Kavasoglu, Abdurrahman. *Medeni Usul Hukukunda Davada Temsil*. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2007, s. 96.

[16] Kavasoglu, s. 307.

[17] Kavasoglu, s. 309

[18] "...4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 7. maddesine göre, "Genel Müdürlük, merkez ve taşra teşkilatından oluşur. Genel Müdür idari ve adli merciler ile üçüncü şahıslara karşı Kurumu temsil eder. Temsil yetkisini gerektiğinde genel hükümlere göre devredebilir. Kurum avukatının bulunmadığı yerlerde ve zamanlarda bunlara ait görevlerin yerine getirilmesinde Genel Müdür, icra ve yargı mercileri nezdindeki temsil yetkisini uygun göreceği Kurum personeline devredebilir..." Yar. 10. HD, E.2005/7965, K.2005/13662, 20.12.2005, (www.yargitay.gov.tr).

[19] Kavasoglu, s. 311.

Tebliğat Kanunu m.12/1'in de gereği olarak aleyhe açılan davalarda dava dilekçesi valiye tebliğ edilir.²⁰ Temsil yetkisini vekile devretmesi durumunda, tebliğat yetkiyi devralana yapılır.

Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Davada Temsili

233 s. Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.13/2'ye göre teşebbüsü davada genel müdür temsil eder ve gerektiğinde temsil yetkisini devretmesi mümkündür.

233 s. Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.21/2'ye göre müesseseleri davada müessese müdürü temsil eder, temsil yetkisini başkasına devretmesi mümkündür.

Belediyelerin Davada Temsili

5393 s. Belediye Kanunu m.37/1'e göre davalarda belediyenin temsilcisi, belediye idaresinin başı olan belediye başkanıdır. Belediye başkanının davada temsil yetkisini belediye başkan yardımcısına devretmesi mümkün değildir. Belediye Kanunu m.38/1-c'ye göre belediye başkanı temsil yetkisini ya kendisi kullanır ya da baroda kayıtlı bir avukata verir.²¹

Köylerin Davada Temsili

442 s. Köy Kanunu m.37/7'ye göre köyü davalarda muhtar temsil eder. Bununla birlikte yerine bir başkasını da görevlendirebilir. Temsil yetkisini devredeceği kişinin köy halkından biri olması Köy Kanunu'nda şart koşulmamakla beraber doktrinde, bu kişinin köy halkından biri olması gerektiği kabul edilmektedir.²²

Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Davada Temsili

Özel hukuk tüzel kişileri davaları yetkili organları aracılığıyla takip ederler (HMK m.52). Bahsi geçen yetkili organ üçüncü kişilere karşı temsille görevli dış organdır.²³

Anonim Şirketlerin Davada Temsili

Anonim şirketlerin temsil organı yönetim kuruludur.²⁴ Yönetim kurulu üyeleri kurul olarak karar almak zorundadır. Buna göre, davayı tüm yönetim kurulu üyeleri takip edebilecekleri gibi içlerinden biri, yönetim kurulunun verdiği yetkiye dayanarak temsil edebilecektir. Eğer yönetim kurulunun yetki verdiği bir yönetim kurulu üyesi ise, bunu

[20] Deliduman, s. 184.

[21] Kavasoğlu, s. 314.

[22] Deliduman, s. 186; Kavasoğlu, s. 315.

[23] Deliduman, s. 178.

[24] Kavasoğlu, s. 318.

usulüne uygun olarak alınmış bir yönetim kurulu kararı ile ispat etmelidir. Yönetim kurulunun görevlendirdiği bir avukat ise, vekâletnamesiyle yetkili olduğunu tevsik etmelidir.²⁵

Adi Komandit Şirketlerin Davada Temsili

TTK m.318'de adi komandit şirketleri sözleşmeyle gösterilen komandite ortakların temsil edeceği düzenlemiştir. TTK m.317 gereği komandite ortakların şirketi temsil yetkileri kolektif şirketlerde olduğu gibidir. Dolayısıyla temsil yetkisi üçüncü bir kişiye bırakılabilir (TTK m.233).²⁶

Sermeyesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketlerin Davada Temsili

Sermeyesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde temsil yetkisi komandite ortaklara aittir ve bu konuda adi komandit şirkete ait hükümler uygulanır (TTK m.565). Söz konusu temsil yetkisinin üçüncü bir kişiye bırakılması da mümkündür.

Limited Şirketlerin Davada Temsili

Tüzel kişiler HMK m.52 gereğince davaları yetkili organları aracılığıyla takip ederler. Limited şirketlerin yönetim ve temsil organı müdürleridir. Yetkili organı müdür/leri olduğu için davada temsil edecek kişi de müdürdür.

Kollektif Şirketlerin Davada Temsili

Kollektif şirketlerin temsile ilişkin maddesi TTK m.233'de "*şirketi temsile yetkili olan kimse*" ifadesi yer almaktadır. Buna göre bu kimseler kolektif şirketin ortağı olmak durumunda değildir. Kollektif şirketin temsilcisi üçüncü kişiler olduğu takdirde kolektif şirketin organı sıfatını taşıyacaktır.

Derneklerin Davada Temsili

Derneğin davalarda temsilcisi TMK m.85'e göre yönetim kuruludur. Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir başkasına ya da bir avukata devredebilir.

Vakıfların Davada Temsili

Vakfeden, tek zorunlu organ olan yönetim organını (TMK m.109) tek bir kişi olarak yahut birden fazla kişiden oluşan bir kurul olarak

[25] Kavasoglu, s. 319.

[26] Alışkan, Murat. İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, 2012, s. 210.

belirleyebilir. Vakfın temsil organı bu yönetim kuruludur. Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir başkasına ya da bir avukata devredebilir.

Ceza Muhakemesinde Temsil

Tüzel kişilerin temsili CMK m.249'da şöyle düzenlenmiştir: “(1) Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilir.

(2) Bu durumda, tüzel kişinin organ veya temsilcisi bu Kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır.

(3) Birinci fıkra hükmü, sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması hâlinde uygulanmaz.”

Madde gerekçesinde, tüzel kişilerin yargılamalarında izlenecek usulün bu maddede düzenlendiği ifade edilmiştir. Buna göre; tüzel kişilerin yargılamalarında, maddedeki hükümler dışındaki haller için genel hükümlere gidilecektir.

Soruşturma Evresi

Suç iddiasının araştırıldığı soruşturma evresi, suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder.²⁷

Ceza Muhakemesi Kanunu, 249. maddenin bölüm başlığında ve birinci fıkrasında, “tüzel kişilerin soruşturmada ve kovuşturmada temsili” ifadesi kullanılmıştır. Bununla birlikte; birinci fıkrada “katılan” ve “duruşma” kelimeleri, ikinci fıkrada “katılan” ve “sanık” kelimeleri, üçüncü fıkrada da “sanık” kelimesi kullanılmıştır. Bu kelimelerin ifade ettiği kavramlar soruşturma evresi değil kovuşturma evresi ile ilgilidir. Soruşturma evresinde “sanık” değil “şüpheli” kavramı söz konusuyken katılma da yalnız kovuşturma evresinde mümkündür. Bu sebeplerle bu maddenin soruşturma evresini kapsamadığı sonucuna ulaşılabilir.²⁸ Doktrindeki genel görüş, soruşturma evresinde tüzel kişinin temsiline mümkün olmadığı yönündedir.²⁹

CMK m.253/4'te uzlaşmaya tâbi bir soruşturma konusu olması halinde, suçtan zarar görene uzlaştırma teklifinde bulunulacağı düzenlenmiştir. Tüzel kişiler suçtan zarar gören olabileceği için uzlaştırmaya tâbi bir konu olduğu takdirde tüzel kişilerde de uzlaştırma usulü uygulanacaktır.

[27] Şahin, Cumhur & Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 39.

[28] Şahin & Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 152.

[29] Yenisey, Feridun & Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2021, s. 843.

Bununla birlikte m.253/1'de “*şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur*” denilmiştir. Buna göre, suçtan zarar görenin kamu tüzel kişisi olması durumunda uzlaştırma usulü uygulanamayacaktır.³⁰ Kamu tüzel kişisi ile özel hukuk tüzel kişisi birlikte zarar görmüşse de uzlaştırma usulü uygulanamayacaktır.³¹ Uzlaştırma usulü tüzel kişinin organı ya da temsilcisi aracılığıyla gerçekleştirilecektir.

Kovuşturma Evresi

Kovuşturma evresi, iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredir.³² CMK m.249'da düzenlenen hüküm esasında bu evre hakkındadır; tüzel kişilerin kovuşturmada temsili. CMK m.249/2'ye göre tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılanın veya sanığın sahip olduğu haklardan yararlanır.³³

Tüzel kişilere yapılacak tebligatlara ilişkin düzenlemeler 7201 sayılı Tebligat Kanunu m.12,13'te ve Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.21'de hüküm altına alınmıştır. Tebligat Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrasına göre tebligat, tüzel kişinin yetkili temsilcisine yapılır. Tüzel kişinin birden fazla yetkili temsilcisinin bulunması halinde, yetkili temsilcilerden sadece birine yapılır.³⁴ Tüzel kişinin vekille temsil edilmesi durumunda ise Tebligat Kanunu 11. madde gereği tebligat, tüzel kişinin yetkili temsilcisine değil, tüzel kişiyi temsil eden vekiline yapılacaktır.³⁵ Tebligat Kanunu m.7/a-7'de; “Kanunla kurulanlar da dâhil olmak üzere tüm özel hukuk tüzel kişileri” zorunlu olarak elektronik ortamda tebligat yapılması gerekenler listesinde sayılmıştır.

Tüzel kişinin temsilcisinin ölümü halinde, yeni temsilciye davaya devam etmek isteyip istemediği tebligat aracılığıyla sorulur.³⁶ Buna göre davaya devam olunur.

Katılan Sıfatı

Katılan söz konusu suçtan zarar gören olup; şikâyetçi, katılan sıfatını

[30] Yenisey & Nuhoğlu, s. 858.

[31] Şahin, Cumhuriyet & Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 221; Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan; Tezcan, Durmuş; Erden Tütüncü, Efser; Alan Akcan, Esra; Sırma Gezer, Özge; Saygılar Kırıt, Yasemin F.; Özyayın, Özdem; Altınok Villemin, Derya & Tok, Mehmet Can. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2021, s. 63.

[32] Şahin & Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 41.

[33] Kazaker, Gözde. *Kamu Davasına Katılma (Müdahale)*. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2013, s. 68.

[34] Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Üçüncü, S. Hilal. *Tebligat Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2021, s. 176.

[35] Atalı, Ermenek & Üçüncü, s. 178.

[36] Kazaker, s. 142.

almakla iddia makamının bir süjesi olur.³⁷ Tüzel kişi temsilcisinin sahip olduğu hakları ve yükümlülükleri de bu konumuna göre belirlenir. Doktrinde tüzel kişilerin suç mağduru olup olamayacağı tartışılmaktadır.³⁸ Yargıtay'ın da dolandırıcılık suçu bağlamında şirketlerin de mağdur olarak kabul edileceği yönünde görüşü bulunmaktadır.³⁹ Bazı görüşlere göre ise tüzel kişiler yalnızca suçtan zarar gören olabilecektir.⁴⁰ Bu görüş, kanunun bu konudaki anlayışına da uygundur.⁴¹ Suçtan zarar görenin bir tüzel kişi olması durumunda, dava ehliyetine sahip olmak koşuluyla, bu tüzel kişi adına açılmış bir ceza davasına katılma yetkisi, bu tüzel kişinin organ veya temsilcisine ait olacaktır.⁴² Tüzel kişinin temsilcisinin katılan sıfatıyla duruşmaya katıldığında sahip olduğu haklar iddia makamının sahip olduğu haklar gibidir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Kamu davasına katılma*" başlıklı 237. maddesinin birinci fıkrasına göre; "*mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilineceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.*"

Davaya katılabilmek için 237. maddedeki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Tüzel kişiler mağdur olamayacakları için davaya katılımı, ancak suçtan zarar gören⁴³ veya malen sorumlu sıfatıyla mümkün olabilecektir.⁴⁴

Yargıtay, kamu davasına katılabilmek için suçtan doğrudan zarar görme şartını aramaktadır.⁴⁵ Dolaylı zararlar ile muhtemel zararlar davaya

[37] Kazaker, s. 7.

[38] Kazaker, s. 3

[39] Yar. CGK, E.2009/11-109, K.2010/48, 9.3.2010; "Sahtecilik suçlarının hukuki konusu kamu güveni ise de; bu suçun ilk ve tek mağdurunun kamu idaresi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Suça konu olan belgenin ilgili olduğu gerçek kişiler ile tüzel kişilerin de suçun mağduru olduğunu kabul etmek zorunluluktur." Yar. CGK, E.2013/828, K.2015/293, 29.9.2015, (www.lexpera.com.tr).

[40] Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 218; Kazaker, s. 35.

[41] Kahveci, Muhammet. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları*. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019, s. 15.

[42] Kazaker, s. 67.

[43] Kahveci, s. 187.

[44] "16.11.2006 tarihli oturumda sanıklar U.B. ile S.U. yönünden de davaya katılma hususunda sözlü istemde bulunan ve diğer sanık S.E. hakkındaki kamu davasına katılmasına daha önceden karar verilmiş olan Bartın Belediye Başkanlığı'nın atılı **suçtan zarar görmesi** sebebiyle 5271 sayılı CMK'nın 237/2. maddesi uyarınca bu iki sanık hakkındaki kamu davasına katılmalarına karar verilerek..." Yar. 9. CD, E.2011/3437, K.2011/1970, 29.3.2011, (www.kazanci.com.tr); "5237 sayılı Türk Ceza Yasasının hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdur, ancak gerçek bir kişi olabilecek, tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri olanaklı ise de bunlar mağdur olamayacaklardır." Yar. CGK, E.2011/491, K.2012/219, 5.6.2012, (www.lexpera.com.tr); Yar. CGK, E.2011/263, K.2012/118, 27.03.2012.

[45] Kahveci, s. 109; "Kamu davasına katılma için aranan "suçtan zarar görme" kavramı kanunda açıkça tanımlanmamış, gerek Ceza Genel Kurulu, gerekse Özel Dairelerin yerleşmiş

katılma hakkı vermeyecektir.⁴⁶ Olaydaki zararın maddi ya da manevi olduğu hususu bir ayrıma tâbi tutulmamış ve sınırlandırılmamıştır.

Bununla birlikte bazı kanunlarda, belirli bir tüzel kişinin bazı suçlardan açılan kamu davalarına katılmasını özel olarak düzenleyen hükümler düzenlenmiştir. Bu durumda suçtan zarar görmüş olma şartının incelenmesi söz konusu olmayacaktır.⁴⁷ Bu maddelerde;

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun "*Davaya katılma*" başlıklı 18. maddesine göre Gümrük İdaresinin,

3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun "*Suçun ihbarı*" başlıklı 18. maddesine göre Maliye Bakanlığının,

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununun 20/2. maddesine göre Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının,⁴⁸

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun "*Yazılı başvuru ve müdahale*" başlıklı 162. maddesinin birinci fıkrasına göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun usulüne uygun başvuruda bulunmaları halinde kamu davasına katılacakları açıkça hükme bağlanmıştır.

*"... zabıta memuru olarak görev yapan mağdura karşı işlendiği iddia olunan görevi yaptırmamak için direnme suçundan doğrudan zarar görmeyen ve kamu davasına katılmasını özel olarak düzenleyen bir hükmün de bulunmaması nedeniyle bu suçu takip etme görevi bulunmayan ...'nın kamu davasına katılma yetkisinin olmadığı gibi yerel mahkemece verilen müdahale kararı hukuki değerden yoksun olup hükmü temyiz etme hakkı vermeyeceğinden... temyiz isteminin reddine karar verilmesi usul ve kanuna uygundur."*⁴⁹ Bu kararda, doğrudan zarar görmeyen ve hakkında kamu davasına katılmasını düzenleyen özel bir hüküm bulunmayan kurumun, kamu davasına katılma yetkisi olmadığına hükmedilmiştir.

kararlarında; "suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunma hali" olarak anlaşılıp uygulanmış, buna bağlı olarak da dolaylı veya muhtemel zararların, davaya katılma hakkı vermeyeceği kabul edilmiştir." Yar. CGK, E.2017/157, K.2017/325, 13.6.2017, (www.lexpera.com.tr).

[46] Çınar, Ali Rıza. *Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma*. Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21 Sayı: Özel Sayı, 2019 s. 2814.

[47] Yar. CGK, E.2010/155, K.2011/80, 3.5.2011, (www.lexpera.com.tr); Yar. CGK, E.2013/599, K.2014/190, 15.4.2014, (www.lexpera.com.tr).

[48] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından, "6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununun 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığı" kabul edilmiştir. YIBK, E.2019/6, K.2019/7, 13.12.2019, (www.lexpera.com.tr).

[49] Yar. CGK, E.2014/306 K.2016/62, 16.2.2016, (www.lexpera.com.tr).

Katılma ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinde mümkündür. İstinaf ve temyiz aşamasında kural olarak katılma söz konusu değildir. Çünkü 237. maddenin ikinci fıkrasında “*Kanun yolu mahkemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır.*” hükmü düzenlenmiştir. Bununla birlikte; istinaf aşamasında duruşmalı inceleme yapıldığında, dava duruşmalı yürütüldüğünde Bölge Adliye Mahkemesi esas mahkemesi gibi inceleme yaptığından, katılmayı kabul etmenin gerektiği durumlar olabilir. Bu aşamada Bölge Adliye Mahkemesi bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine gönderemeyeceğinden, bu imkâna ilk defa sahip olunan hallerde katılma talebi olumlu karşılanmalıdır.

CMK m.249/2’ye göre tüzel kişi temsilcisi, katılanın sahip olduğu haklara sahiptir. Katılan sıfatı, kovuşturma evresinde söz konusu olmaktadır ve iddia makamı yanında yer almayı ifade etmektedir. Bu durumda tüzel kişi temsilcisinin sahip olduğu haklar, kovuşturma evresinde mağdurun sahip oldukları haklar gibidir. Bunlar; duruşmadan haberdar edilme hakkı (CMK m.234/1-b-1), kamu davasına katılma hakkı (CMK m.234/1-b-2), tutanak ve belgelerden örnek isteme hakkı (CMK m. 234/1-b-3), tanıkların davetini isteme hakkı (CMK m.234/1-b-4), kanun yollarına başvurma hakkı (CMK m. 234/1-b-6) ve aydınlanma hakkıdır (CMK m.234/3).

Savunma Makamı Yanında Yer Alan Sıfatı

Tüzel kişilere güvenlik tedbiri yaptırımını uygulandığında, sanık olarak gerçek bir şahıs bulunmaktadır.⁵⁰ Bununla birlikte yararına suç işlenen tüzel kişiye de güvenlik tedbiri uygulanmaktadır.⁵¹ Bu noktada, sanık ile temsilci aynı kişi olduğunda, CMK m.249/3 gereği sanığın tüzel kişinin temsilcisi olamayacağını hatırlatmalıyız. Kamu hukuku tüzel kişilerinin temsilcilerinin savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla davaya katılması söz konusu değildir. Savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla katılma, hakkında yaptırım uygulanabilmesi sebebiyle özel hukuk tüzel kişileri için söz konusudur.

Malen sorumlu CMK m.2/1-i’de şöyle tanımlanmıştır: “*Yargılama konusu işin hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenen veya bunlara katlanacak kişi*”dir. Malen sorumlu olarak davaya katılmak isteyen tüzel kişi (temsilcisi), sanığın cezalandırılmasından etkilenen

[50] Öztürk vd., s. 244.

[51] Yenisey & Nuhoglu, s. 842.

kişi olduğu için, davaya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla katılacaktır. Katılmanın amaçlarından birisinin davaya yön vermek olduğundan hareketle, bu hakkın suçtan zarar gören ve mağdura tanınmasının asıl olduğu; malen sorumluya bu hakkın verilmesinin ise katılma kurumu ile bağdaşmadığı yönünde görüşler mevcuttur.⁵²

Savunma makamı yanında yer alan sıfatı, kovuşturma evresinde söz konusu olmaktadır ve savunma makamı yanında yer almayı ifade etmektedir. Tüzel kişinin temsilcisinin savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya katıldığında sahip olduğu haklar savunma makamının sahip olduğu haklar gibidir.⁵³ CMK m.249/2'ye göre tüzel kişi temsilcisi, kovuşturma evresinde sanığın sahip olduğu haklara sahiptir. Sanığın sahip olduğu haklar hukukun temel kuralları, uluslararası hukuk normları, ulusal mevzuatımız ve içtihatlar ile belirlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunumuz ceza muhakemesine hâkim olan ilkeleri ayrı bir başlık altında düzenlememekle birlikte bunlar:⁵⁴ Savunma hakkı kapsamında suçlamaları öğrenme hakkı (CMK m. 147/1-b), müdafiden yararlanma hakkı (CMK m.150), susma hakkı, meramını anlatabilme hakkı, tanık dinleme ve soru sorma hakkı (CMK m.201/1), tercümandan yararlanma hakkı (CMK m.202), dosyayı inceleme ve örnek alma hakkı (CMK m.153), delillerin toplanmasını isteme hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı (CMK m.193); adil yargılanma hakkı, bağımsız-tarafsız-tabii hâkim ilkesine uygun bir mahkemede yargılanma hakkı, hâkim önüne çıkma hakkı, haklarını öğrenme hakkı, mahkemeye başvurma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, masum sayılma hakkı, işkence ve onur kırıcı ceza ve muameleye tabi olmama hakkı, kişisel bilgileri üzerinde serbestçe karar verme hakkıdır.

Kanun Yoluna Başvuru

Kovuşturma, dar anlamda kovuşturma ve geniş anlamda kovuşturma olmak üzere iki anlam içermektedir. Dar anlamda kovuşturma, ilk derece mahkemesinde gerçekleşen yargılama sürecini ifade ederken; geniş anlamda kovuşturma olağan kanun yollarını da kapsayarak hükmün kesinleşmesini ifade etmektedir.⁵⁵ Kanun yolları ile yargılama makamlarınca verilen kararların başka makamlarca denetlenmesi sağlanır.⁵⁶

CMK'nın "Mağdur ile şikâyetçinin hakları" başlıklı 234. maddesinde, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı

[52] Çınar, s. 2811; Öztürk vd., s. 670.

[53] Şahin & Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 152.

[54] Ercan, Mehmet Sercan. Kovuşturma Evresinde Sanığın Hakları. İstanbul *Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2019 s. 181-197.

[55] Şahin & Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 41.

[56] Şahin & Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, s. 245.

kanun yollarına başvurma hakkı mağdur ve şikâyetçiye tanınmıştır. Bununla birlikte “Katılanın kanun yoluna başvurusu” başlıklı 242. maddenin birinci fıkrasında “katılan”ın kanun yollarına başvurabileceği düzenlendiği için davaya katılan herkesin kanun yollarına başvurabileceği sonucu çıkarılabilir. CMK m.249’a göre, tüzel kişinin temsilcisi de duruşmaya kabul edildiği takdirde katılan sıfatını alacağı için Cumhuriyet savcısından bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır.⁵⁷

CMK’nın “Kanun yollarına başvurma hakkı” başlıklı 260. maddesinin birinci fıkrası gereği, Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre davaya katılan sıfatını almış olanlar ile bu konudaki istekleri mahkemece reddedilmiş veya 249. madde kapsamında bulunup duruşmadan haberdar edilmemiş suçtan zarar görmüş kişiler de kanun yollarına başvuru hakkına sahiptirler. Şüpheli, sanık ve davaya katılan ile katılma istemi reddedilmiş veya duruşmadan haberdar edilmemiş olan suçtan zarar görenlerin ancak hukukî çıkarlarını ihlâl etmiş olan karara karşı kanun yoluna başvurabilecekleri madde gerekçesinde belirtilmiştir.

SONUÇ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda özel yargılama usullerinin düzenlendiği beşinci kitabın, “Tüzel Kişilerin Soruşturmada ve Kovuşturmada Temsili” başlıklı üçüncü bölümünde, 249. maddede tüzel kişilerin temsiline ilişkin hüküm yer almaktadır. Madde metninde kullanılan ifadeler sebebiyle, bu maddenin soruşturma evresini kapsamadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Tüzel kişilerin organ ya da temsilcisi davaya katılan sıfatıyla ya da savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla kabul edilebilecektir. CMK m.249/2’ye göre tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılanın veya sanığın sahip olduğu haklardan yararlanır. Ancak suçtan zarar gören veya malen sorumlu sıfatıyla duruşmaya katılabilecek tüzel kişilerin davaya katılabilmesi için 237. maddedeki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şart suçtan doğrudan zarar görmüş olmaktır. Bununla birlikte bazı kanunlarda, belirli bir tüzel kişinin bazı suçlardan açılan kamu davalarına katılmasını özel olarak düzenleyen hükümler düzenlenmiştir. Bu durumda suçtan zarar görmüş olma şartının incelenmesi söz konusu olmayacaktır.

CMK m.242/1’de katılanın kanun yollarına başvurabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, davaya katılan herkes kanun yollarına başvurabilir. CMK m.249’a göre, tüzel kişinin temsilcisi duruşmaya kabul edildiği takdirde katılan sıfatını alacağı için Cumhuriyet savcısından

[57] Kahveci, s. 115.

bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. CMK m.260/1 gereği, Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre davaya katılan sıfatını almış olanlar ile bu konudaki istekleri mahkemece reddedilmiş veya 249. madde kapsamında bulunup duruşmadan haberdar edilmemiş suçtan zarar görmüş kişiler de kanun yollarına başvuru hakkına sahiptirler.

Tüzel kişileri davalarda yetkili dış organları temsil ederler. Tebligat Kanunu'na göre tebligat, tüzel kişinin yetkili temsilcisine yapılır. Tüzel kişinin birden fazla yetkili temsilcisinin bulunması halinde, yetkili temsilcilerden sadece birine yapılır. Tüzel kişinin vekille temsil edilmesi durumunda ise tebligat, tüzel kişinin yetkili temsilcisine değil, tüzel kişiyi temsil eden vekiline yapılacaktır.

KAYNAKÇA

- Alışkan, Murat. İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, 2012, s. 207-219.
- Aslan, Ali Çetin. Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: Özel Sayı 2014, 2015, s. 1669-1711.
- Aslan, M. Yasin. Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu. *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 68, Sayı: 2, 2010, s. 233-246.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Üçüncü, S. Hilal. *Tebligat Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2021.
- Aydın, Devrim. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 10, 2017, s. 97-110.
- Centel, Nur. Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016 s. 3313-3326.
- Çınar, Ali Rıza. Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma. *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: Özel Sayı, 2019 s. 2801-2836.
- Deliduman, Seyithan. Tüzel Kişilerin Davada Temsili. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 1, 1998 s. 175-187.
- Ercan, Mehmet Sercan. Kovuşturma Evresinde Sanığın Hakları. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2019, s. 181-197.
- Erdoğan, İhsan & Keskin, A. Dilşad. *Türk Medeni Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- Kahveci, Muhammet. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları*. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019.
- Karaarslan, Mehmet. İdare'nin Yargısal Mercilerde Temsili ve Temsilcilerin Sorumluluğu. *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 74, Sayı: 3, 2016, s. 417-465.
- Kavasoğlu, Abdurrahman. *Medeni Usûl Hukukunda Davada Temsil*. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2007.
- Kazaker, Gözde. *Kamu Davasına Katılma (Müdahale)*. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2013.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan; Tezcan, Durmuş; Erden Tütüncü, Efser; Alan Akcan, Esra; Sırma Gezer, Özge; Saygılar Kırıt, Yasemin F.; Özaydın, Özdem; Altınok Villemin, Derya & Tok, Mehmet Can. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2021.
- Şahin, Cumhur & Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

Şahin, Cumhuriyet & Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

Yenisey, Feridun & Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2021.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

YAPAY ZEKA VE BİLİŞİM HUKUKU

CEZA MUHALEMESİNDE YAPAY ZEKANIN KULLANIMI ÖRNEKLERİ- GEREKÇELER-ELEŞTİRİLER VE GELECEĞE BAKIŞ

Dr. Öğr. Üyesi Soner DEMİRTAŞ

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-3910-9196

sonerdemirtas@trabzon.edu.tr

ÖZET

Bilimsel ve teknolojik gelişmeler hayatın her alanında etkili olduğu gibi hukuk disiplinini de etkilemektedir. Bu etkiler gerek özel hukukta gerekse kamu hukuku alanlarında görülmektedir. Ceza ve ceza muhakemesi alanında da bilimsel ve teknolojik gelişmelerin etkisi fazlasıyla hissedilmekte ve özellikle yeni delil elde etme ve değerlendirme yöntemlerinin gelişmesi maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından mesafe kat edilmesini sağlamaktadır. Bu alanda farklı şekillerde ortaya çıkan etkiler ise yapay zekâ teknolojilerinin gelişmesi ile farklı bir boyuta ulaşmıştır.

Yapay zekâ teknolojilerinin gelişmesi yargılama aşamasında bu teknolojilerden yararlanılması gerekir gerekmediği, yararlanılırsa bunun hangi derecede verilen hüküm üzerinde etkili olabileceği konularındaki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Ceza muhakemesi kolektif bir faaliyet olup muhakeme sonunda maddi ve hukuki meselelere ilişkin olarak yargılama makamı edindiği kanaate göre hüküm verecektir. Yargılama makamı delilleri değerlendirecek, deliller ile suç işlediği iddia edilen kişinin fiilleri ile deliller arasında bağlantı kuracak ve kişinin suçu işlediği ya da işlemediği noktasında kanaate vardığında hükmü tesis edecektir. Mahkûmiyet kararı verildiğinde de cezanın miktarını belirleyecektir. Bu faaliyetlerin yapılması sırasında hâkim yalnızca elde edilen delillere göre hareket edecek ve karara varmada başka etkenlerin etkisinde kalmayacaktır. Bununla birlikte yapay zekâ teknolojilerinin hayatın birçok alanında yer bulması ceza yargılamasında delillerin değerlendirilmesi ve cezanın belirlenmesi gibi durumlarda söz konusu teknolojilerin kullanılması eğilimini doğurmaktadır.

Ceza yargılamasında cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi safhasında yapay zekâ teknolojilerinin kullanıldığı görülmektedir. Ceza yargılaması sonucunda gerçekleştirilen ve yargılama sırasında

varılan kanaatlerin esas alındığı cezanın belirlenmesinde şüphesiz birden fazla faktör rol oynamaktadır. Her ne kadar kanunda cezanın belirlenmesinde hangi kıstasların esas alınacağı belirli olsa da farklı mahkemelerin ve hatta aynı mahkemenin benzer olaylarda vereceği ceza miktarları birbirinden farklı olabilecektir. Vicdani delil sisteminin geçerli olduğu ceza muhakemesinde verilen kararlar ve cezalar arasında farklılık bulunması olağan bir durum olarak görülse de benzer olaylar karşılaştırıldığında hükmedilen ceza miktarları arasındaki farklılığın mümkün merteye az olması beklenir. Bu şekildeki farklılıkların cezanın belirlenmesinde yapay zekâ teknolojilerinin kullanılması suretiyle en aza indirilebileceğinden bahisle farklı hukuk sistemlerinde bu tür teknolojiler kullanılmaktadır.

Hafızası sınırlı olan hâkim ile yapay zekâ teknolojileri karşılaştırıldığında aynı anda ya da kısa süre içerisinde milyonlarca veriyi değerlendirip bunlar arasından somut olayın özelliklerini de dikkate alarak olaya özgü bir karar verebilme yeteneğine sahip olacak programlar yukarıda zikredilen çekinceleri azaltabilecektir. Türk ceza yargısında yapay zekâ teknolojileri kullanılsa da ABD, Çin Malezya gibi ülkelerde bu nitelikte programlar kullanılmaktadır. Bu çalışmada ilgili ülkelerde ve karşılaştırmalı hukukta ceza muhakemesi alanında yapay zekâ teknolojilerinin kullanımı örnekleri, bunların gerekçeleri ve beklentiler ile bunlara yönelik eleştiriler değerlendirilecek olup söz konusu ülkelerde kullanılan teknolojilerin hangi görevleri yerine getirdiğinden bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Ceza Hukuku, Hüküm, Cezanın Belirlenmesi, Delillerin Değerlendirilmesi.

EXAMPLES OF THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN CRIMINAL PROCEDURE - JUSTIFICATIONS-CRITICISMS AND FUTURE OUTLOOK

ABSTRACT

Scientific and technological developments are effective in all areas of life and also affect the discipline of law. These effects are observed both in private law and public law. In the field of criminal and criminal procedure, the impact of scientific and technological developments is felt to a great extent, and especially the development of new methods of obtaining and evaluating evidence enables progress to be made in terms of revealing the material truth. The effects emerging in different ways in this field have reached a different dimension with the development of artificial intelligence technologies.

The development of artificial intelligence technologies has brought with it discussions on whether these technologies should be utilised in the trial phase and, if so, to what extent they may have an impact on the judgement. Criminal procedure is a collective activity, and at the end of the procedure, the judgement will be made according to the judgement of the trial authority regarding the material and legal issues. The judicial authority will evaluate the evidence, establish a connection between the evidence and the acts of the person who is alleged to have committed the offence, and when it reaches the conclusion that the person has committed the offence or not, it will establish the judgement. When a judgement of conviction is rendered, it will determine the amount of the penalty. During these activities, the judge will act only according to the evidence obtained and will not be influenced by other factors in reaching a decision. However, the use of artificial intelligence technologies in many areas of life leads to the tendency to use these technologies in criminal proceedings in cases such as the evaluation of evidence and determination of punishment.

It is seen that artificial intelligence technologies are used in the determination and individualisation of punishment in criminal proceedings. Undoubtedly, more than one factor plays a role in determining the punishment, which is carried out as a result of criminal proceedings and based on the opinions reached during the trial. Although the law specifies the criteria to be taken as a basis in determining the punishment, the amount of punishment to be imposed by different courts or even the same court in similar cases may be different. In criminal proceedings where the conscientious evidence system is valid, although

it is seen as a normal situation that there are differences between the judgements and sentences, it is expected that the differences between the sentences imposed should be as small as possible when similar cases are compared. Since such differences can be minimised by using artificial intelligence technologies in determining the punishment, such technologies are used in different legal systems.

When the judge, whose memory is limited, and artificial intelligence technologies are compared, programmes that will have the ability to evaluate millions of data at the same time or in a short period of time and make a case-specific decision by taking into account the characteristics of the concrete case among them will be able to reduce the reservations mentioned above. Although artificial intelligence technologies are not used in the Turkish Criminal Judiciary, such programmes are used in countries such as the USA, China and Malaysia. In this study, examples of the use of artificial intelligence technologies in the field of criminal procedure in the relevant countries and comparative law, their justifications, expectations and criticisms against them will be evaluated, and the tasks that the technologies used in these countries fulfil will be mentioned.

Keywords: Artificial Intelligence, Criminal Law, Judgement, Determination of Sentence, Evaluation of Evidence.

GİRİŞ

Bilişim alanındaki gelişmeler günlük yaşamda ve her alanda olduğu gibi hukuk disiplininde etkilerini göstermektedir. Bu bağlamda hukuki faaliyetlerin yürütülmesinde de bilişim teknolojileri çeşitli düzeylerde kullanılmakta, yapak zekâ da bu alanda etkisini göstermekte ve bu düzeyde kullanım Legal Tech 3.0 olarak ifade edilmektedir. Hukuk gündelik hayatında da muazzam miktarda veriyle karşı karşıya kalınmakta ve örneğin büyük hukuk büroları karmaşık veri analizi yapan çeşitli programları (Relativity, Reveal, nuix, Clearwell ve Brainspace) kullanmaktadır. Bağımsız olarak algoritmalar tasarlayabilen veya mevcut algoritmaları değiştirebilen yapay zekâ teknolojileri bugün zayıf yapay zekâ sistemi olarak ortaya çıkmakta, bu nedenle temelde insanlarla rekabet etmeyen bu sistemler insanları desteklemek, onların verimliliklerini ve performanslarını artırmayı hedeflemektedir.

Yapay zekâ teknolojilerinde yaşanan gelişmeler doğrudan maddi ceza hukukunu ilgilendirmekte ve bu teknolojilerin kullanımı bu alanda çeşitli sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca şekli ceza hukukunda da yapay zekâ teknolojileri kullanılmakta ve farklı ülkelerde çeşitli alanlara ve şekillerde bu teknolojilerden yararlanıldığı görülmektedir.

CEZA MUHALEMESİNDE YAPAY ZEKANIN KULLANIM ÖRNEKLERİ

Soruşturma Aşamasında

Soruşturma aşamasında yapay zekâ teknolojilerinin kullanılmasıyla ceza hukukunu ilgilendiren olayların ve verilerin tespit edilmesi ve veri sayısının azaltılması amaçlanmaktadır. Almanya'da Kuzey Ren Vestfalya eyaletinde bir araştırma projesinde çocukların istismarı/ çocuk pornografisinin engellenmesi ve suçların ortaya çıkarılması için kullanılmıştır. Bu araştırma projesinin arka planında şu gerçek yatmaktadır: İnternetteki söz konusu suçları oluşturan hareketlerin sayısı oldukça fazladır, ancak milyonlarca veri arasından bunların analizi ve tespiti oldukça zordur ve samanlıkta iğne aramak gibi bir durum oluşturmaktadır. Memurların görüntüleri izlerken ve değerlendirirken maruz kaldıkları psikolojik stres göz önünde bulundurulduğunda, manuel soruşturmanın hem zaman hem de personel açısından çok uygun olmadığı hemen anlaşılabilir. Bu nedenle çeşitli sektörlerden uzmanlarla iş birliği içinde masum görüntüleri çocuk pornografik materyallerinden ayırt edebilen bir algoritma geliştirilmiştir. Dijitalleştirilmiş ön soruşturma sayesinde adli makamlar verilerin hızlıca değerlendirilmesini ve ceza hukuku bakımından önem arz eden dosyaların/görüntülerin sayısının azaltılmasını amaçlamaktadırlar. Böylece seyreltilmiş dosyalar arasında değerlendirme yapılarak ceza muhakemesi süreci hızlandırılacaktır.¹ Dijital gelişmeye bağlı olarak, giderek daha fazla verinin elde edilmesi ve bu verilerin giderek daha hızlı bir şekilde analiz edilebilmesi özellikle dijital ortamda işlenen suçlar bakımından daha fazla başlangıç şüphesinin ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir.²

Tehlikeliliğin Belirlenmesinde

Algoritmaların bir başka uygulama alanını da mahkûmun erken tahliyesinin belirlenmesi durumu oluşturur. Bu aşamada yargı kararını desteklemek için veriye dayalı analizler üzerine mahkûmların erken tahliyesine veya mahkûmlar veya kefaletle serbest bırakma konularında yapay zekâ sistemleri değerlendirmede bulunur. İsviçre'nin Zürih kantonunda "Adli Açından Ayırıştırıcı Tedavi Risk Değerlendirme Sistemi" (FOTRES-Forensisches Operationalisierte Therapie-Risiko-Evaluations-System) adıyla çeşitli vakaların hipotezine dayalı, kişi ile ilgili bir tahminde bulunmak ve terapiye yönelik strateji belirlemek için bu tür bir sistem kullanılmaktadır.³

[1] Staffler & Jany, s. 169.

[2] Schneider, Frédéric, Auswirkungen der Digitalisierung auf das Ermittlungsverfahren Impulse aus der Strafverteidigungspraxis, ZIS 2/2020, s. 80.

[3] Staffler & Jany, s. 171.

Cezanın Belirlenmesinde

Ceza yargılaması sonucunda gerçekleştirilen ve yargılama sırasında varılan kanaatlerin esas alındığı cezanın belirlenmesinde birden fazla faktör rol oynamaktadır. Her ne kadar kanunda cezanın belirlenmesinde hangi kıstasların esas alınacağı belirli olsa da farklı mahkemelerin ve hatta aynı mahkemenin benzer olaylarda vereceği ceza miktarları birbiri ile aynı olmayacaktır. Vicdani delil sisteminin geçerli olduğu ceza muhakemesinde verilen kararlar ve cezalar arasında farklılık bulunması olağan bir durum olarak görülse de benzer olaylar karşılaştırıldığında hükmedilen ceza miktarları arasındaki farklılığın mümkün mertebe az olması beklenir. Farklılıklara sebebiyet verecek hususlar ise birden fazla olabilmektedir.

Hükmedilen ceza miktarları arasındaki farklılığa ilişkin Almanya'da yapılan bir araştırmada⁴ ceza miktarları arasında bölgesel farklılıkların olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre benzer olaylara farklı yerlerdeki hakimlerin dikkate değer bir oranda farklı cezalar verdikleri saptanmıştır. Bu araştırmaya göre örneğin Nürnberg'de yağma suçunu işleyen suçlu, vakaların yüzde 60'ında şartlı tahliye olmaksızın hapis cezası alırken bu oran Bremen'de ise yüzde 40 olarak görülmektedir. Araştırmaya göre bölgeler arasındaki ceza farklılıkları önemli orandadır ve yargı bölgelerinin yaklaşık beşte birinde hakimler ulusal ortalamanın en az yüzde on üzerinde cezalar verirken, diğer beşte birinde ortalamanın yüzde on altında cezalar vermektedirler.⁵ *Grundies* bir uç nokta olarak nitelendirerek, Yukarı Bavyera'daki cezaların Baden'dakinden yaklaşık yüzde 25 daha uzun olduğunu ifade etmektedir.⁶ (Alman AYM'de kararlarında kanunda belirtilen sınırlar dahilinde hareket edilmişse cezalar arasındaki farklılığın eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını ifade etmektedir.)⁷

Öğretide her ne kadar ceza makası içerisinde hâkimin takdir yetkisi olsa da eşitlik ilkesi gereği cezalar arasındaki farklılığın mümkün mertebe azaltılması gerektiği ifade edilmekte ve bunun kanun koyucu

[4] Max-Planck Yabancı ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü'nden *Volker Grundies*'in 800 Alman Bölge ve Bölge Eyalet Mahkemesi'nin 2004, 2007 ve 2010 yıllarında vermiş oldukları 1,5 milyon kararı analiz ederek yapmış olduğu araştırma. (<https://www.spiegel.de/panorama/justiz/wo-deutschlands-strengste-richter-sitzen-a-1230399.html>, Erişim Tarihi: 02.06.2023.

[5] Örneğin yağma suçu ortalama olarak yaklaşık iki yıllık hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Kiel yargı bölgesinde failler ortalama bir yıl on bir ay ceza alırken, Koblenz bölgesinde iki yıl beş ay ceza almaktadırlar. Bu durum benzer suçlar ve benzer koşullar için yarım yıllık bir fark anlamına gelmektedir. Benzer farklılıklar diğer suçlar için de söz konusudur. (<https://www.spiegel.de/panorama/justiz/wo-deutschlands-strengste-richter-sitzen-a-1230399.html>, Erişim Tarihi: 02.06.2023.

[6] Grundies, Volker, Gleiches Recht für alle? Eine empirische Analyse lokaler Unterschiede in der Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, in: Neubacher, Frank/Bögelein, Nicole (Hrsg.): Krise-Kriminalität-Kriminologie, Mönchengladbach 2016, Sayı: 524.

[7] BGHSt 1, 184.

ve hukuk biliminin görevi olduğu vurgulanmaktadır.⁸ Cezaların farklı olması yani eşit olmayan cezalar hukukun üstünlüğüne olan güveni sadece genel önleme bakış açısından değil, aynı zamanda özel önleme bakış açısından zedeleyerek tersine bir etki meydana getirmektedir.⁹

Farklı miktarlardaki cezalar yargılamının yapıldığı zaman göre de değişebilmekte, uzun süren oturumlar sonucu verilen cezaların daha yüksek olduğu, tatil öncesi verilen cezaların daha düşük olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰ Açlık, yorgunluk ve uykusuzluk da verilen cezayı etkileyen unsurlar arasında görülmektedir. Yapılan bir araştırmada uykusuzluğun ceza miktarlarındaki etkisi ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu araştırmada hükmedilen 1.252 ceza karşılaştırılmıştır. Bahar saati değişiminden (saatlerin 1 saat ileri alınması) sonraki Pazartesi hükmedilen 1252 ceza ile (bu durum bir saat daha az uykuya sebebiyet veriyor) - önceki ve sonraki pazartesi günlerinde (toplam 37 hafta) uygulanan 2.785 ceza analiz edilerek karşılaştırılmıştır. Araştırma sonucunda, saat değişikliğinden bir gün sonra verilen cezaların diğer günlere göre yaklaşık %5 daha yüksek olduğu saptanmıştır.¹¹

Savcı tarafından istenen ceza da hükmedilen cezayı etkilediği gibi, ayrıca cezanın alt ve üst sınırları arasındaki makas ne kadar farklı ise sonuç cezalar arasındaki fark da o kadar artabilmektedir.¹² Bu ve benzeri hususlar kanunda belirlenen cezanın belirlenmesi kriterlerinin yanında birçok faktörün de sonuç ceza üzerinde etkili olduğunu göstermektedir. Ancak bu belirlemede etkili olabilecek hususlar hemen hemen bütün insanlar ve meslek grupları için de geçerlidir. Bu durum esasında bir robot gibi hareket edemeyen ve hisleri duyguları olan ve olayların değerlendirilmesinde farklı unsurlardan etkilenebilecek kişiliğin bir sonucudur.¹³

Ceza muhakemesinde yargılama makamı gerek daha önceden kendi vermiş olduğu kararlara gerekse de başka mahkemelerin kararlarına bakmakta ve bu kararlar yönlendirici olabilmektedir. Ancak hafıza kapasitesi kaçınılmaz olarak sınırlı olan insanların aksine, yapay zekâ sistemlerinin dahil olduğu bir muhakemede kararlar verilirken çok daha geniş bir veri tabanından hızlıca yararlanabilir, bu sistemler binlerce

[8] Hörnle, Tatjana. *Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes*. Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15. Symposium der Kommission: Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart, Editör: Eva Schumann, Berlin, New York: De Gruyter, 2010, s. 107 vd.

[9] Hörnle, s. 121.

[10] Kohn, Benedikt, *Künstliche Intelligenz und Strafzumessung*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2021, s. 114.

[11] Kohn, s. 116.

[12] Kohn, s. 122.

[13] Kohn, s. 122.

farklı faktörü dikkate alabilir ve dış etkilerden ve dikkatsizlik sonucu yapılan hatalardan arınmış olarak daha hızlı ve eşit bir şekilde karar verebilirler. Böylece cezanın belirlenmesinde daha adil ve eşit kararlara varılması sağlanabilecektir.¹⁴

Yapay zekâ sistemlerinin ceza muhakemesinde kullanılması bugün daha ziyade cezanın belirlenmesi, muhakeme sürecinin hızlandırılması gibi amaçlara hizmet edecek şekilde uygulanmakta ve kabul edilmektedir. Bunun dışında suç teorisine ilişkin sorunlardan örn. suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin olarak söz konusu sistemlere henüz mesafeli durulmaktadır. Yapay zekâ temelli sistemlerin çeşitli ülkelerdeki uygulamalarına ise aşağıdaki örnekler verilebilecektir:

Amerika Birleşik Devletleri

Cezanın belirlenmesinde "Risk Değerlendirme Aracı": ABD'de yargıçlar yapay zekâ çerçevesinde cezanın belirlenmesinde risk değerlendirme araçları ile desteklenmektedir. Risk değerlendirme araçları yargıçları ve polisleri -farklı alanlara ilişkin olabilecek- tahmine ilişkin kararlar alınırken destekleyen programlar olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda örneğin tutuklama kararı verilirken failin yeniden suç işleme riskinin değerlendirilmesinde, şartlı tahliye, erken tahliye ve yaptırımların belirlenmesinde bu tür programlar kullanıldığı görülmektedir. Bu tür kararların alınmasında geleceğe yönelik olan somut ya da soyut verilere dayalı olan tahmine dayalı süreçte hâkimin isabetli karar vermesi mümkün olsa da hâkim geçmişte verdiği benzer kararları sınırlı sayıda hatırlayarak buradaki tecrübelerini kullanabilecektir. Bu noktada risk değerlendirme araçları devreye girerek hâkime yardımcı olabilecektir. Risk değerlendirme programında bütün önemli bilgilerin elde edildiği bir vakada program, karar vericiye kısa süre içerisinde somut bir olasılık içeren ve karar verebilmek için sağlam temeller oluşturan bir sınıflandırma ya da risk ölçeği sunar. (COMPAS programı bu kapsamda en bilinen risk değerlendirme araçlarındanındır.) ABD'de dördüncü nesil risk değerlendirme araçları olarak ifade edilen program statik ve dinamik faktörlerin bir özetinden ve değerlendirmesinden, değerlendirilen suçlu için bireyselleştirilmiş bir yönetim planı oluşturmak üzere tasarlanmıştır ve bu tür programların gelişimi devam etmektedir. Teknik bileşenlere ek olarak - örneğin son nesil sistemler daha fazla sayıda risk faktörü, daha iyi istatistiksel hesaplama modelleri ve hatta makine öğrenimi kullanımı ve daha kapsamlı veri setlerine erişim içermekte - sistemde bireyle eşleştirmeye daha güçlü bir odaklanma söz konusudur. Programda, yeniden topluma uyum sağlama süreci de dahil olmak üzere, yani sürecin

[14] Kohn, s. 123.

tamamında eşlik edilerek bütüncül bir değerlendirme yapılmaktadır.¹⁵ Bu tür çok çeşitli programlar hem eyaletler bazında hem de ABD'nin tamamında tahmin için kullanılmaktadır. Bu programlar arasında en tartışmalı olanı ise Northpointe firmasının COMPAS (Alternatif Yaptırımlar için Düzeltici Suçlu Yönetimi Profili Oluşturma) adlı programıdır.

Risk değerlendirme araçlarının birçoğu, yapay zekanın mevcut gelişim durumuna kıyasla oldukça basit teknikler kullanılmaktadır. Hukuk teknolojilerinin söz konusu olduğu bu jenerasyondaki programlarda test edilen kişi hakkında daha ziyade ifade/sorgu yoluyla elde edilen ve toplanan bilgiler veri olarak girilir ve bu bilgiler bir puanlama sistemi içinde bir sonuç üretmek için statik bir algoritma modeli aracılığıyla işlenir. Bununla birlikte Pensilvanya eyaletinde modern bir sistem kullanılmaktadır. Random Forests (karar ormanları: farklı karar ağaçlarından birinin tahmini) modeli makine öğrenmesi yoluyla kendi koyduğu kurallar uyarınca karar vermektedir. Amacı toplumu tehlikeli suçlulardan korumak olan bu program failin yeniden suç işleme durumu ile ilgili tahminde bulunma amacıyla geliştirilmiştir.¹⁶

Program, potansiyel olarak failin yeniden suç işlemesi ile ilgili tahmini puan değeri sunmamakta, hükümlüyü üç kategoriden birine gruplandırılmaktadır. Bunlar “tutuklama yok”, “şiddet içeren bir suç olarak sınıflandırılmayan bir suçtan tutuklama” ve “şiddet içeren bir suçtan tutuklama” şeklindedir. Somut olayın verileri programa girilmekte program değişkenler arasında nihai değerlendirmeyi yapmaktadır. Yapay zekanın bu türünde esas olan -dalları rastgelen büyüyen- farklı karar ağaçlarının söz konusu olduğu bir sistemde (ormanda) sınıflandırma yapmaktır. Böyle bir sistemin oluşabilmesi için de çok büyük miktarda veriye ihtiyaç vardır. Bu amaçla, çok sayıda vakadan elde edilen doğru veriler bilgisayara yüklenir.¹⁷

Amerika'daki geniş kullanım aynı zamanda çeşitli sebeplerden dolayı eleştirilmektedir. Bunlardan ilki programların azınlıklara karşı olası önyargılarıdır. Örneğin 2006 yılında *Kevin Whitecare*'in yaptığı çalışmada LSI-R risk değerlendirme aracının yalnızca 532 kişinin verileri esas alındığından Afro-Amerikalıların yeniden suç işleme riskini diğer suçlulara kıyasla daha yüksek değerlendirdiğini ortaya koymuştur. Diğer bazı programların da benzer tespitlerde buldukları gözlenmiştir. COMPAS programının da siyahi suçlulara karşı ayrımcılık yaptığı ifade edilmektedir. Amerika'da cezalandırmada yapay zekâ teknolojilerinin kullanımına yönelik eleştirilerden biri de söz konusu teknolojilerin özel

[15] Kohn, s. 128.

[16] Kohn, s. 130.

[17] Kohn, s. 131.

şirketler tarafından geliştirilmiş olmasından dolayı rekabet korkusuyla ticari sınırlarını ifşa etmek istemeyenlerin bu nedenle teknik ayrıntılara ilişkin bilgilere erişimi reddetmeleridir. Bu durumda şeffaflığın önünde bir engel olarak görülmektedir.¹⁸

ABD’de COMPAS programının kullanıldığı bir davada yüksek riskli bulunduğundan dolayı cezası ertelenmeyen fail yüksek yargı merciine başvurmuştur. İlgilinin ilk gerekçesi sistemin şeffaf olmaması olsa da yüksek mahkeme kişinin sisteme girilen kendisine ait bilgileri bildiğinden dolayı bu iddiasını kabul etmemiştir. Hükümlü ayrıca başkalarına ait verilerle, başkalarının davranışlarıyla kendi bireysel durumunun değerlendirilemeyeceği iddiasında bulunmuş ve mahkeme, tipik olarak sisteme işlenen bir gruba ait verileri kullanan bir algoritmanın kararının tek başına veya ağırlıklı olarak bireysel bir kararı haklı çıkarmak için kullanılamayacağı konusunda onaylamıştır. Ancak söz konusu davada, risk değerinin değerlendirmeye dahil edilmesi, şartlı tahliyenin başarısızlığını etkileyen farklı faktörler bütününe sadece bir parçasıdır ve bu değerlendirme kabul edilebilirdir. Bununla birlikte yüksek mahkeme yapay zekâ teknolojisi ile elde edilen verilerin cezanın değerlendirilmesinde tek başına ya da belirleyici faktör olarak kullanılamayacağını ifa etmiştir. Ayrıca karara göre risk değerlendirme araçları kullanılacaksa bunların güçlü ve zayıf yönleri de göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁹ Risk değerlendirme araçları hâlihazırda ABD ceza hukukunun birçok alanının vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir ve büyük veri çağında, artan donanım kapasiteleri ve her geçen gün yapay zekadaki yeni etkili metotların gelişmesinden dolayı bunlardan vazgeçme beklenmemektedir.

Çin’de de hem ceza hukuku medeni hukuk alanlarında, yapay zekâ destekli tam hizmet sistemleri -akıllı mahkemeler- yargılama sürecinin her aşamasında yargıcı desteklemek üzere kullanılmaktadır. Bunlardan biri Ceza Davalarında Şangay Yapay Zekâ Destek Sistemidir. Bu sistemin en önemli özelliği hukukçular ile mühendislerden oluşan geniş bir çalışma ekibi tarafından oluşturulmasıdır. Sistemin meydana getirilmesinde ilk olarak 300.000 olaya ilişkin veriler vasıtasıyla makine öğrenmesi yoluyla işlenen bir modelleme oluşturulmuştur. Bu elde edilenlerden 45 milyon dijital belgelik 9 adet veri bankası oluşturulmuştur. Sistemde makine öğrenmesinin yanında yapay zekanın konuşma ve metin tanımadan oluşan dört adet dalı daha kullanılmıştır. Hem soruşturma hem de kovuşturma makamlarının kullanımında olan bu yapay zekâ sistemi 26 farklı fonksiyonu ifa ederken temelde iki fonksiyonu ön plandadır.²⁰

[18] Kohn, s. 139 vd.

[19] Kohn, s. 147 vd.

[20] Kohn, s. 151 vd.

Bunlardan ilki kanıt modeli olarak ifade edilebilecek olan, kanıtlarla başa çıkmak için kapsamlı bir yardımcı niteliğindeki fonksiyondur. Bu model öncelikle her suç için belirli kanıt standartlarını saptamalı ve sonra yargılama sürecinde otomatik olarak bu standartların karşılanıp karşılanmadığını, kanıtlarda hala eksiklikler olup olmadığını ve hatta kanıtların birbiriyle çelişip çelişmediğini denetleyecektir. Örneğin tanık ifadeleri, hâkim veya savcılık makamına şüpheli aleyhindeki olguların bir mahkûmiyet veya iddianame için zorunlu olan noktaları yeterince ispatlayıp ispatlamadığı konusunda geri bildirimde bulunabilmek için önce modern konuşma tanıma yöntemiyle metin haline getirilir, ayıklanır ve diğer delillerle karşılaştırılır. Kanıt hukuku kapsamında yardım sağlamanın yanı sıra program ayrıca, cezanın belirlenmesinde suçun sonuçlarının değerlendirilmesi ve ceza miktarının belirlenmesinde destek sunmaktadır. Sistemin ikinci ana fonksiyonu uygulayıcılar için -savcılık ya da hakimlik- cezanın tayininde tavsiyede bulunmaktadır. Bu amaçla geçmişte verilen çok sayıda karar yapay zekâ aracılığıyla okunup ayıklanacak, cezanın belirlenmesindeki önemli faktörler ve bu faktörlerin değerlendirilmesi ortaya konacak ve bu temelde gelecekteki suçların cezasını belirlenebilmesi için bir model oluşturularaktır.²¹

Avrupa'daki Durum: Yapay zekâ teknolojilerinin ceza hukuku alanında kullanılmasına ABD ve Çin'e kıyasla Avrupa ülkelerinde daha temkinli yaklaşıldığı görülmektedir. Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) bu bağlamda 2002 yılında yargıyı daha etkin kılmak adına yeni teknolojilerin kullanılma imkanlarının araştırılmasını çalışma alanları arasında belirlemiştir.²² 3-4 Aralık 2018 tarihli "Yapay Zekânın Yargı Sisteminde Kullanılmasına Dair Avrupa Etik Şartı" kabul edilmiştir. Amerika'da yapay zekâ kullanımına yapılan eleştirilerin CEPEJ tarafından temel prensipler arasında yer aldığı görülmektedir. Bunlar (1) temel haklara saygı (2) ayrımcılık karşıtı olma (3) kalite ve güvenlik (4) şeffaflık, tarafsızlık ve adalet (5) kullanıcı kontrolü altında değildir.²³

ELEŞTİRİLER

Sistemlere yöneltilen en önemli eleştirilerden biri şeffaflıktır. Özellikle bu tür teknolojileri geliştiren firmaların veri analiz yöntemleri, güvenilirlik derecesi gibi konularda tam olarak tarafları aydınlatması

[21] Kohn, s. 154 vd.; Malezya'da 2020 yılında uyuşturucu ve cinsel saldırı suçlarında cezanın belirlenmesinde bağımsız bir karar verici olarak değil tavsiye edici bir sistem olarak kullanılmaktadır. Hâkim nihai kararını vermeden önce yapay zekâ sisteminin sunmuş olduğu tavsiyeye karşı hem savcılık hem de savunma makamı görüşlerini ifade edebileceklerdir. Bu uygulamada şeffaflığın sağlanması adına olumlu bir adım olarak görülmektedir. Kohn, s. 163.

[22] <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cepej27022020045409>

[23] Yılmaz, Gizem. Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 28 Sayı: 1, 2020, s. 35.

beklenmektedir. Bu durum varılan sonuçların adaletin tesis edilmesi, maddi gerçeğe uygun bir sonuca varıldığı noktasındaki beklenti bakımından önemlidir. Ayrıca kişisel verilerin korunması bu tür teknolojilerinin kullanımıyla birlikte daha da önemli hale gelmektedir. Belli bir kişi ya da toplumun belli bir kesimi bakımından değerlendirme yapma potansiyeline sahip olabilecek bu tür sistemlerin kullanımı kişi hak ve özgürlüklerine müdahale bakımından ön yargılı bir metot üzerine kurulmamalıdır.

Ceza hukuku alanında yapay zekâ sistemlerinin kullanılması ABD ve Çin’de aktif olarak kullanılıp kullanma alanlarının da genişlediği görülse de özellikle Avrupa’daki birçok ülkede bu alandaki kullanıma henüz çekinceli yaklaşılmakta ve tartışmalar daha ziyade teorik alanda yapılmaktadır. Bu tartışmaların temelinde ise esasen ceza hukukunun kişi hak ve özgürlüklerini en fazla sınırlandıran alan olması yatmaktadır. Her ne kadar yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılmasında ilkesel olarak herhangi bir sorun görülmesi de nihai kararların yalnızca insan tarafından verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Yapay zekâ temelli teknolojilere getirilen eleştirilerden bir diğeri de kullanımın silahların eşitliği ilkesine aykırı uygulamalara sebebiyet verebileceğidir. Verilerin ceza hukuku ile giderek daha fazla ilgili olduğu bir dünyada silahların eşitliği ilkesi, savunmanın aynı verilere erişiminin olmasını gerektirir ve soruşturma veya kovuşturma makamı ile savunma aynı verilere sahip olmalıdır. Çünkü ancak böyle bir durumda örneğin savcılığın değerlendirmelerini anlamak ve buna binaen anlamlı bir savunma stratejisi geliştirmek mümkün olabilecektir.²⁴ Bununla birlikte yukarıda zikredilen ve farklı cezalar verilmesine sebebiyet verebilecek açlık, uykusuzluk, yorgunluk gibi fiziksel veya psikolojik etkenlerin en aza indirilmesi yapay zekâ temelli sistemlerle mümkün olabilecektir. Böylece benzer olaylarda farklı cezaların verilmesi engellenecek ve eşitlik sağlanabilecektir.²⁵

SONUÇ

Ceza ve ceza muhakemesi alanında da bilimsel ve teknolojik gelişmelerin etkisinin artmasıyla ve özellikle yeni delil elde etme ve değerlendirme yöntemlerinin gelişmesi maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından önem arz etmektedir. Bu gelişmelere paralel olarak özellikle yapay zekâ teknolojilerinin ceza muhakemesinde de kullanıldığı görülmektedir. Ceza hukuku alanında yapay zekâ sistemlerinin kullanılması ABD ve Çin’de aktif olarak kullanılıp kullanma alanlarının da genişlediği

[24] Staffler & Jany, s. 176.

[25] Yılmaz, s. 43.

görülse de özellikle Avrupa'daki birçok ülkede bu alandaki kullanıma henüz çekinceli yaklaşılmakta ve tartışmalar daha ziyade teorik alanda yapılmaktadır. Bu tartışmaların temelinde ise esasen ceza hukukunun kişi hak ve özgürlüklerini en fazla sınırlandıran alan olması yatmaktadır. Her ne kadar yapay zekâ teknolojilerinden yararlanılmasında ilkesel olarak herhangi bir sorun görülme de nihai kararların yalnızca insan tarafından verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Soruşturma aşamasında yapay zekâ teknolojilerinin kullanılması yukarıda anlatılan faydaları beraberinde getirecek olup, ceza hukukunu ilgilendiren olayların ve verilerin tespit edilmesi ve veri sayısının azaltılması böylece sağlanabilecektir. Bu tür programlarda soruşturma sürecinin kısaltılmasına ve katkı sunacak olup muhakeme sürecinin daha kısa süre içerisinde tamamlanmasına hizmet edecektir. Kovuşturma aşamasında da yapay zekâ teknolojilerinin kullanılması çeşitli açılardan muhakemeye katkı sağlayacaktır. Benzer olaylar ile eldeki vakanın kıyas edilerek sonuç ceza veya değerlendirmede göz önünde bulundurulacak kıstaslar bakımından tavsiye niteliğinde bildirimlerde bulunabilecek bir sistem faydalı olabilecektir. Ancak bu yapılırken salt sonuca odaklı çözümlerden ziyade sürece odaklanılmalıdır. Şüphesiz binlerce vaka arasında benzerlikler olduğu gibi farklılıkların sayısı da bir hayli fazla olacağından hiçbir olay diğerinin aynısı olmayacaktır. O halde yapay zekâ teknolojilerinin muhakeme alanında kullanılması halinde sistemin kullanmış olduğu verilerden hangi sonuca nasıl vardığını, benzerlikleri ve farklılıkları da sunmak suretiyle tavsiye de bulunması daha isabetli olacaktır. Böylece söz konusu teknolojileri kullanan kişiler sunulan veri ve bilgileri daha sağlıklı bir şekilde değerlendirebilecek ve kendi kişisel kararında bu hususları neden kullandığını açıklayabilecektir.

KAYNAKÇA

- Grundies, Volker. *Gleiches Recht für alle? Eine empirische Analyse lokaler Unterschiede in der Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, in: Neubacher, Frank/Bögelein, Nicole (Hrsg.): *Krise-Kriminalität-Kriminologie*, Mönchengladbach 2016.
- Hörnle, Tatjana. *Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes. Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*: 15. Symposium der Kommission: „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart. Editör: Eva Schumann, DeGruyter, Berlin, New York, 2010.
- Kabak Yüce, Emine. Cezanın Belirlenmesinde Yapay Zekâ Temelli Sistemlerin Kullanımının Değerlendirilmesi, *Ceza Hukuku Dergisi*, Nisan 2022, Y. 17, Sayı: 48, s. 77-128.
- Kangal, Zeynel T. *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Kohn, Benedikt. *Künstliche Intelligenz und Strafzumessung*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2021.
- Okur, Sinan. *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, Yapay Zekâ Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

- Schneider, Frédéric. *Auswirkungender Digitalisierung auf das Ermittlungsverfahren Impulse aus der Strafverteidigungspraxis*, ZIS 2/2020, s. 79-83.
- Staffler, Lukas & Jany, Oliver. *Künstliche Intelligenz und Strafrechtspflege-eine Orientierung*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 4/2020, s. 164-177.
- Yılmaz, Gizem. *Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı*, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 28 Sayı: 1, 2020, s. 27-55.
- <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/wo-deutschlands-strengste-richter-sitzen-a-1230399.html>, Erişim Tarihi: 02.06.2023.
- <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cepej27022020045409>, Erişim Tarihi: 01.06.2023.

KRİPTO PARALARIN NİTELİĞİ VE MÜSADERESİ

Avukat Şerife Sena SOLAK

Konya Barosu

ORC-ID: 0009-0001-4200-7716

serifesenasolak@gmail.com

ÖZET

Üzerine inşa edildiği teknolojinin uzun yıllardır varlığına rağmen, çevresel faktörlerin uygun olduğu, tutunabileceği bir zeminde, merkezi otoritelerin yanlış tutumlarının eleştirilmesi sonucu ortaya çıkan kripto paralar, aracısız ödemelere olanak sağlamıştır. Kripto paralar, merkezi olmadığı halde güvenli olan bir sistem oluşturabilmiştir. Aslında kripto paralar, blok zinciri adı verilen dağıtık defter teknolojisi temelli veri depolama sisteminde yalnızca bir veri olarak tutulmaktadır. Dağıtık defter teknolojisi, üzerinde barındığı verileri tek bir merkezde değil, tüm katılımcılarda tutmaktadır. Blok zinciri ise doğruluğu madenciler tarafından onaylanmış verileri şifreleme algoritmalarıyla zincir halindeki blokları tüm katılımcılara dağıtmaktadır.

Kripto paralar, merkezi bir otorite denetiminden yoksun olduğundan müsadere kapsamında uygulamaya yönelik zorluklar oluşturmaktadır. Çalışmamızda kripto paraların müsaderesinin açıklanabilmesi için, öncelikle kripto paraların teknik temelleri atılacak, daha sonra para, sermaye piyasası aracı ve eşya olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği incelenecektir. Kripto paraların müsaderesi kapsamında, öncelikle Türk Ceza Kanunu çerçevesinde müsadere kurumu, eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi anlatılacaktır. Daha sonra kripto paraların müsadere kurumuna uygun şekilde failin hakimiyetinden çıkarak adli makamlara nasıl geçebileceği sorununun çözülebilmesi için, kripto paraların muhafazasından bahsedilecektir. Kripto dünyada kullanılan bir slogan vardır: “Özel anahtar sizde değilse kripto para sizin değildir”. Anahtar failin kripto para sahipliğini göstermektedir. Failin kripto paraları muhafaza edebilmesinin kripto para borsaları ve kripto para cüzdanları olmak üzere iki yolu vardır. Merkezi kripto para borsaları MASAK kapsamında yükümlü olduğu için, adli makamların burada tutulan kripto paralara ulaşımı konusunda bir kolaylık söz konusu olabilir. Kripto paraların sahipliğini belirten özel anahtarın sıcak veya soğuk bir cüzdanda tutulması da mümkündür. Soğuk bir cüzdan olan kâğıt cüzdanın failin özel anahtarını doğrudan barındırıyor olması,

adli makamların özel anahtara ulaşabileceği anlamına gelmektedir. Bir diğer soğuk cüzdan olan donanım cüzdanın cismani bir varlık olduğu göz önüne alınarak müsaderesinin nasıl yapılabileceği anlatılacaktır. Sıcak cüzdanların ise, çok olası olmamakla beraber ülkemizdeki adli makamlarla mutabakatın sağlanabilmesi durumunda faile ait özel anahtarın adli makamların hakimiyetine teslim edilmesi söz konusu olacaktır. Adli makamların özel anahtara ulaşması ilk aşamada yeterlidir, ancak failin hala özel anahtarına ulaşabiliyor olması durumunda failin kripto paralar üzerindeki hakimiyetini kaybetmemesi durumu söz konusu olacaktır. Bu nedenle adli makamların kripto para cüzdanı edinmesi ve müsadere edilen kripto varlıkları burada toplaması önerilebilir. Her şeye rağmen özel anahtara ulaşılmaması halinde ise Türk Ceza Kanunu m.55/2 gereğince kaim değerın müsaderesinin yapılması gündeme gelebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kripto Paralar, Blok Zinciri, Müsadere, Cüzdan, Kripto Para Borsaları

NATURE AND CONFISCATION OF CRYPTOCURRENCIES

ABSTRACT

Despite the existence of the technology on which it is built for many years, cryptocurrencies, which emerged as a result of criticism of the wrong attitudes of central authorities on a ground where environmental factors were suitable and could take hold, enabled intermediary-free payments. Cryptocurrencies have been able to create a system that is decentralized yet secure. In fact, cryptocurrencies are kept only as data in a distributed ledger technology-based data storage system called blockchain. Distributed ledger technology does not store data in a single center, but across all participants. The blockchain, on the other hand, distributes chained blocks to all participants with encryption algorithms whose accuracy is verified by miners.

Since cryptocurrencies lack the control of a central authority, they pose practical difficulties within the scope of confiscation. In order to explain the confiscation of cryptocurrencies in our study, firstly, the technical foundations of cryptocurrencies will be laid, and then whether they can be characterized as money, capital market instruments and goods will be examined. Within the scope of the confiscation of cryptocurrencies, firstly, the confiscation institution, confiscation of property and confiscation of earnings will be explained within the scope

of the Turkish Criminal Code. Then, in order to solve the problem of how cryptocurrencies can pass from the control of the perpetrator to the judicial authorities in accordance with the confiscation institution, the preservation of cryptocurrencies will be mentioned. There is a slogan used in the crypto world: “not your keys not your coins”. The key shows the perpetrator’s ownership of the cryptocurrency. There are two ways for the perpetrator to store cryptocurrencies: cryptocurrency exchanges and cryptocurrency wallets. Since centralized cryptocurrency exchanges are liable under MASAK, it may be easier for judicial authorities to access the cryptocurrencies held there. It is also possible to keep the private key indicating the ownership of cryptocurrencies in a hot or cold wallet. The fact that the paper wallet, which is a cold wallet, directly contains the perpetrator’s private key means that judicial authorities can access the private key. Considering that the hardware wallet, which is another cold wallet, is a tangible asset, it will be explained how its confiscation can be made. As for hot wallets, although it is very unlikely, if an agreement can be reached with the judicial authorities in our country, the private key of the perpetrator will be handed over to the judicial authorities. It is sufficient for the judicial authorities to access the private key in the first stage, but if the perpetrator can still access his private key, the perpetrator will not lose his control over the cryptocurrencies. Therefore, it may be advisable for the judicial authorities to acquire a cryptocurrency wallet and collect the confiscated cryptocurrencies there. In the event that the private key cannot be accessed despite everything, it may be possible to confiscate the value in accordance with Article 55/2 of the Turkish Criminal Code.

Keywords: Criyptocurrencies, Blokchain, Confiscation, Wallet, Cryptocurrency Exchanges

GİRİŞ

Kripto paralar, merkezi olmayan yapılarıyla, blok zinciri teknolojisi sayesinde şeffaflık ve güvenlik vadederek finansal işlemlere yeni bir boyut kazandırmıştır. Dağıtık defter teknolojisi temelli blok zinciri üzerindeki bir veri olarak tanımlanabilecek kripto paralar aracısız işlem yapmaya olanak sağlamıştır. Blok zinciri, verilerin dağıtık ve güvenli bir şekilde kaydedilmesini sağlayan özel bir veri tabanı yapısıdır. Kripto paraların hukuki açıdan incelenebilmesi, teknik altyapısının anlaşılmasıyla mümkün olabilecektir.

Merkezi bir otoriteden yoksun olma hali, Türk Ceza Kanunu kapsamında müsadere tedbirinin uygulanmasında birtakım soruların, bazı ihtimaller dahilinde cevaplandırılmasını gerektirmektedir. Bu

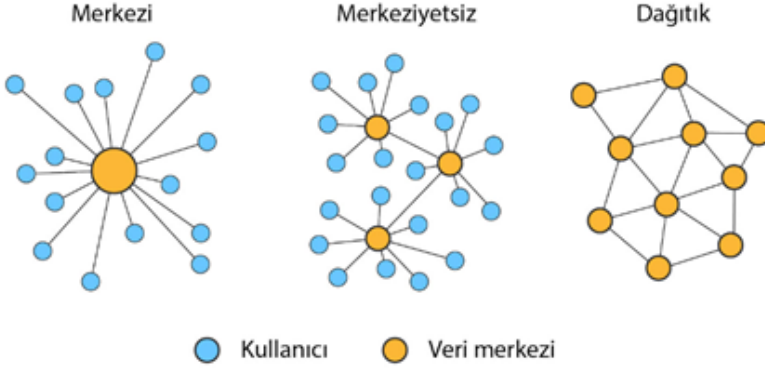
cevaplara ulaşılması ise öncelikle hukuki açıdan kripto paraların niteliklerinin ortaya konulmasıyla ve daha sonra kripto para sahipliğinin belirlenerek bunların muhafaza sisteminin açıklanmasıyla mümkün olabilecektir. Çalışmamızda bu yönerge kapsamında, kripto paraların hukuki nitelikleri ve Türk Ceza Kanunu'nun müsadereye ilişkin hükümleri anlatıldıktan sonra kripto paraların kripto para cüzdanları ve kripto para borsalarında muhafazası açıklanacaktır. Son olarak bu bilgiler ışığında müsadereye nasıl gerçekleştirilebileceği konusu üzerinde durulacaktır.

KRİPTO PARA SİSTEMİNİN ALTYAPISI

Dağıtık Defter Teknolojisi (Distributed Ledger Technologies -DLT)

Deferi kebir olarak da açıklanan dağıtık defter teknolojisi, verilerin tümünün herhangi bir merkezde değil de şifrelenmiş bir şekilde birden fazla katılımcıda dağıtık tutulmasına dayanan bir yaklaşımı ifade eder. Temel olarak her dağıtık defter teknolojisi; iki veya daha fazla tarafın merkeziyetsiz ve aracısız işlem yapmasına (eşler arası ağ) olanak vermeli, dağıtık defterdeki işlemleri kaydeden, paylaşan ve senkronize eden katılımcılar barındırmalı ve verilerin tek bir formatta tutulmasına yarayacak konsensüs mekanizması kullanılmalıdır¹. Bu konsensüs algoritması sayesinde verilerin erişimi, doğrulama işlemleri, güncellemeler gerçekleşmektedir. Verilerin tek merkezde değil de birden fazla katılımcıda tutulması olası siber saldırılara karşı güvenlik sağlamaktadır.

[1] Şafak, Emre; Arslan, Çağlar & Gözütok, Mesut. Blok Zinciri ile Yeni Nesil Dağıtık Defter Teknolojilerinin Karşılaştırılması (Konferans). *2020 4th International Symposium on Multidisciplinary Studies and Innovative Technologies (ISMSIT) 2020 4th International Symposium*, İstanbul, s. 1.



Şekil 1: Merkezi, Merkeziyetsiz ve Dağıtık Sistemler²

Bu veri tabanına yeni eklemeler, üyeler tarafından işlem kayıtları içeren bir veri topluluğu oluşturulmasıyla başlamaktadır. Bu yeni veri bloğu hakkındaki bilgiler şifrelenmiş olarak daha sonra tüm ağda paylaşılır. Böylece işlem ayrıntıları açıklanmaz ve tüm ağ katılımcıları, önceden tanımlanmış bir algoritmik doğrulama yöntemine göre bloğun geçerliliğini belirleyerek, bloğu defterlerine ekler. Bu mekanizma sonucu, defterdeki her değişiklik tüm ağda çoğaltılır ve her ağ üyesinde herhangi bir zamanda tüm defterlerin tam ve özdeş kopyası bulunur.³

1991 yılında Stuart Haber ve W. Scott Stornetta tarafından yayımlanan “How To Time-Stamp a Digital Document” isimli makalede teknik tasarımının açıklandığı dağıtık defter teknolojisi; merkezi otorite varlığı ve aracı olmadan anonim olarak işlem yapılamama, verilen tek merkezde tutulması sebebiyle manipülasyona açık olma gibi güvenlik sorunlarına çözüm sunmaktadır⁴. Bu sistemde veriler birden çok katılımcıda dağıtık olarak tutulmakta ve insanlık tarihinde ilk kez merkezi otoriteye ihtiyaç duyulmadan aracısız olarak güvenli işlemlerin yapılabilir⁵.

Dağıtılmış defter teknolojisinde sistem, izinsiz veya izinli olarak iki şekilde geliştirebilmektedir. İzinli defterler izin verilen kullanıcı grubu tarafından erişilmek üzere tasarlanmışken; izinsiz defterler herkesin

[2] Günen, Emre. En Sade Anlatımla Blockchain Nedir, Nasıl Çalışır? <https://tr.cointelegraph.com/news/a-simple-explanation-of-what-is-blockchain-and-how-its-works>, Erişim Tarihi: 01.05.2023.

[3] World Bank. Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain. *World Bank Group Fintech Note No: 1*, 2017, s. 11.

[4] Şafak, Emre; Arslan, Çağlar; Gözütok, Mesut & Köprülü, Tacettin. Dağıtık Defter Teknolojileri ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme. *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi*, Özel Sayı: 29, Yıl: 2021, s. 37.

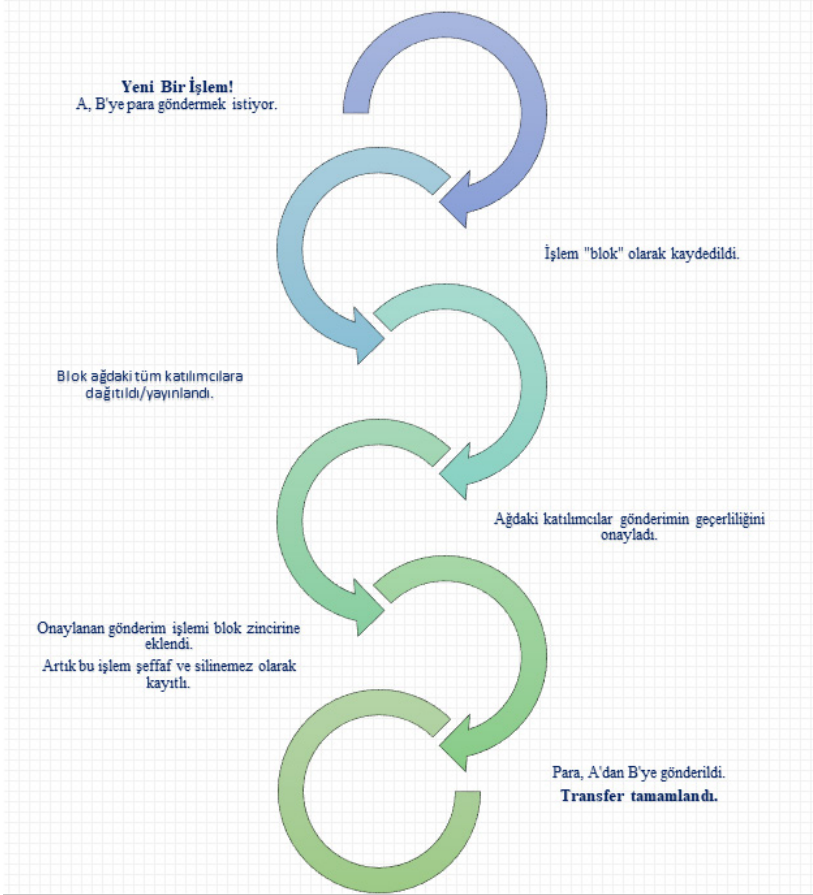
[5] Şafak, Arslan & Gözütok, 2020, s. 5.

erişimine açık olup, burada ağ erişimini kontrol eden bir merkezi yapı bulunmamaktadır. İsteyen herkes izinsiz olarak ağa katılabilir ve doğrulama işlemi yapabilir.

Her bloğun kendinden önceki bloğun hash bilgisini tuttuğu bloklardan oluşmuş blok zinciri, dağıtık defter türlerinin en başında yer almaktadır. Zamanla blok zinciri teknolojisinin eksikleri doğrultusunda, Swirlds tarafından geliştirilmiş patentli hızlı ve güvenli işlemler amaçlayan Hasgraph, birbirine oklarla bağlı düğümlerden oluşan Tangle, verilen ağa eklenebilmesi için blokların ve madencilerin bulunmadığı DAG (Directed Acyclic Graph), her katılımcının kendi yerel zincirini tutmasını esas alan Holochain ve defter parçalama yöntemini kullanan Tempo gibi yeni nesil dağıtık defter teknolojileri ortaya çıkmıştır.

Blok Zinciri (Blockchain)

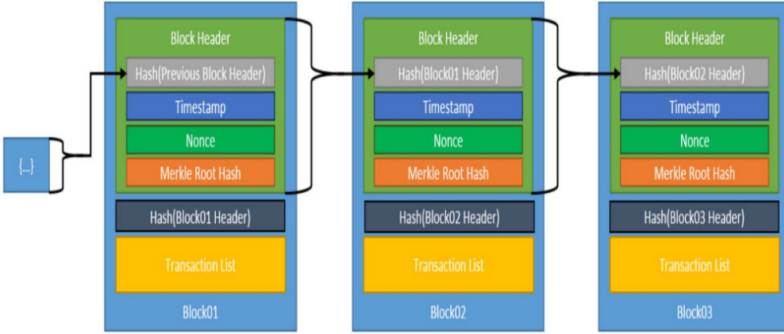
Blok zinciri, katılımcılar tarafından onaylanan her verinin bloklar halinde depolandığı ve yeni blokların zincirleme olarak önceki bloğa bağlandığı, onaylama işleminin ağdaki katılımcılar tarafından yapılması nedeniyle herhangi bir otoriteye ihtiyaç duymayan, dağıtılmış defter teknolojisi tabanlı bir veri depolama sistemi olarak tanımlanabilir. Verilerin tüm paydaşlar tarafından tutulması ve herkesin bu verilere erişebilir olması dolayısıyla verilerin kaybının veya bozulmasının önlenmesi söz konusudur.



Şekil 2: Blok Zinciri Çalışma Sistemi

Herhangi iki kişi tarafından gerçekleştirilen bir işlem ağ üzerinden yayınlanır ve sistemdeki katılımcılar şifreleme algoritmaları ile bu işlemi onaylar⁶. Blok zincirinin kuralları çerçevesinde oluşturulan belli bir işlem kapasitesini kaydetmiş blok sisteme yazılmaktadır.

[6] Ünal, Gökhan & Uluyol, Çelebi. Blok Zinciri Teknolojisi. *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 168.



Şekil 3: Blok Zinciri Blok Mimarisi⁷

Bir blok basitçe iki bölümden oluşur: başlık ve ana veriler. Ana veriler, blokların oluşturulmasındaki temel sebep olan işlem listeleridir. Blok başlığı ise önceki bloğun hash değerini, işlem listelerinin özeti olan merkle kökünü, zaman damgasını, madencilerin çözmeye çalıştıkları nonce değerini ve varsa diğer bilgileri içerir.

Blok zincirindeki ilk blokta, kendinden önceki bir blok olmadığı için önceki bloğun hash değeri de yoktur. Bu ilk bloğa başlangıç bloğu (Genesis Blok) adı verilmiştir.

Her blok, kendinden önceki bloğun hash değeri bilgisini tutmaktadır. Bu blokların birbirine nasıl bağlandığı sorusunun cevabıdır. Hash değeri (özet değeri), hash fonksiyonunun çıktısıdır. Hash fonksiyonu (özetleme fonksiyonu), uzun bir girdiyi alarak daha kısa bir özet çıkarmaktadır. Hash fonksiyonu, hash değeri alınan verinin uzunluğuna bağlı olmaksızın aynı formatta ancak parmak izi gibi eşsiz çıktılar verecektir. Hash fonksiyonunun en önemli özelliği çıktılarının yani hash değerlerinin her bir veri için eşsiz olarak üretilmesidir. Yani hash fonksiyonunun çalıştırılması, veri güvenliğinin kontrolü kapsamında, verilerin değişikliğe uğrayıp uğramadığının kontrol edilmesi amacıyla⁸ kullanılabilir. Eşsizdir, hash değeri hesaplanan bir verinin üzerindeki herhangi bir değişiklikten sonra yeniden hash değeri alındığında önceki hash değeri ile uyuşmayacak ve verinin değişikliğe uğradığı ortaya çıkacaktır⁹. Aynı zamanda hash fonksiyonu tek yönlü bir

[7] "Blok Zincir Nedir? Blok Yapıları, Transaksiyonlar, Blokların Oluşturulması", <https://rojhat.com/blok-zincir-nedir-blok-yapilari-transaksiyonlar-blokların-olusturulmasi/>, Erişim Tarihi: 01.05.2023.

[8] Şeker, Şadi Evren. *Özetleme Fonksiyonları (Hash Function)*. <https://bilgisayarkavramlari.com/2008/05/26/-ozetleme-fonksiyonlari-hash-function/>, Erişim Tarihi: 26.04.2023.

[9] Okuyucu, Hacı Hasan. *Hash Fonksiyonlarının Adli Bilişimde Uygulamaları Ve C++ İle Şifreleme Algoritması Tasarımı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Karabük Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Karabük, 2020, s. 35.

fonksiyondur, dolayısıyla hash değerinden asıl veriye ulaşılamaz. Hash değerinden asıl veriye ulaşmak teknik olarak her ne kadar mümkünse de günümüz bilgisayarlarında böyle bir işlem yükünün karşılanması mümkün olmayacaktır.

Blokzinciri yapısında hash fonksiyonu olarak farklı algoritmalar kullanılmakla birlikte en bilinen kripto para diyebileğimiz bitcoin (BTC) başta olmak üzere birçok kripto para SHA-256 (Secure Hash Algorithm) kullanmaktadır.

	SHA256 Hash Fonksiyonu Çıktısı
KRİPTO PARALARIN NİTELİĞİ VE MÜSADERESİ	• 516c078a70c6cd8ad4a9fe92585fb802086cfc6c6f67b740c4f0b7256c0ae95
KRİPTO PARALARIN MÜSADERESİ VE NİTELİĞİ	• d3f4393a813aebca94563d132e63bfac1a58d67b419e207ae18a65d7c2183ac
Kripto Paraların Müsaderesi Ve Niteliği	• 0a3e6ec8960ec50393754f312b73460a875f2173571b7d56077f13bf45cd9dab

Şekil 4: Örnek SHA256 Hash Fonksiyonu Çıktıları

Bütün blokların kendilerinden önceki blokların hash değerlerini tuttuğu düşünülürse blokların herhangi birindeki herhangi bir işlemin değişmesi zincirdeki kendinden sonra gelen blokların hash değerlerinin yeniden hesaplanmasını gerektirecektir ki bu günümüz bilgisayarlarının karşılamayacağı kadar büyük bir işlem gücüne ihtiyaç duyacaktır¹⁰. Bloklar içindeki verilerin değiştirilmesi söz konusu olmadığından bloklardaki veriler güvencedir diyebiliriz.

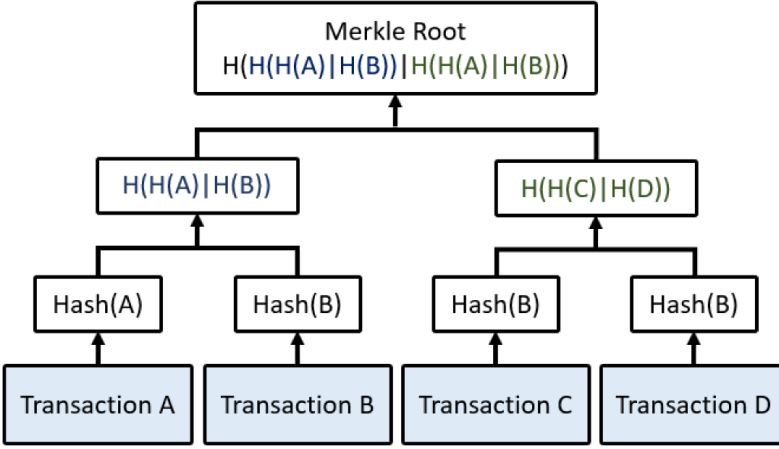
Merkle ağacı, 1979 yılında Ralph Merkle tarafından bulunmuştur. Blok zincirindeki işlemlerin özetini içeren kriptografik bir veri yapısını oluşturarak bloklardaki işlemlerin kolay ve verimli şekilde doğrulanmasına yardım eder¹¹.

İlk önce bloklarda yer alan işlemlerin hash değeri hesaplandıktan sonra bu hash değerleri tekrar hash fonksiyonuna alınarak ara hash değeri elde edilir ve son katmanda da ara düğümlerin hash değeri alınarak kök hash bilgisi elde edilmektedir¹². Bu şekilde merkle ağacı inşa edilmiş olur. Yani merkle ağacı, hash değerlerini aşağıdan yukarıya doğru sıralayarak bir şema haline getirir.

[10] Karaarslan, Enis & Akbaş, Muhammed Fatih. Blokzinciri Tabanlı Siber Güvenlik Sistemleri. *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 18.

[11] Merkle Ağacı Nedir?, <https://www.btcturk.com/bilgi-platformu/merkle-tree-nedir/>, Erişim Tarihi: 26.04.2023.

[12] Şafak, Arslan, Gözütok & Köprülü, 2021, s. 38.



Şekil 5: Merkle Ağacı Mimarisi¹³

Blok zinciri, dağıtılmış verinin senkronizasyon sorununu çözmek için P2P (peer to peer) ağlarını ve mutabakat mekanizmalarını kullanır. Böylelikle merkezi bir otoriteye ihtiyaç olmadan verilerin senkronizasyonu sağlanabilir¹⁴.

Kripto Paralar

Merkezi bir otoriteye bağlı olmadan, kriptografik yöntemlerle, blok zinciri (blockchain) adı verilen, bloklarının birbirine bir zincir gibi bağlandığı, blok içeriklerinin değiştirilmesi-silmesinin neredeyse imkânsız olduğu, veri depolama sistemlerinde depolanacak verilerin doğruluğunu onaylayarak blokları oluşturan dürüst kişiler için teşvik mahiyetinde üretilen kripto paralar, değişim aracı olarak kullanılmak üzere tasarlanmıştır. Blok zincirde, madencilik işlemi yapan (kuyruğa alınmış verileri onaylayarak blok oluşturan), kendisinin sahip olacağı yeni bir parayı dolaşıma çıkarmaktadır. Aslında kripto paralar, blockchain sisteminde, kuyrukta bekleyen işlemlerin doğrulanmasını sağlayarak blok oluşturan dürüst kişiler için bir ödül niteliğindedir.

Kripto paralar değişim aracı olarak kullanılır ve işlemlerin onaylanması için banka gibi merkezi bir otoriteye ihtiyaç duymaz. En çok kullanılan kripto para BTC'nin Satoshi Nakamoto tarafından açıklanmasında asıl amaç da buydu. Nakamoto, BTC'nin teknik dokümanında (white

[13] Chen, Yi-Cheng; Chou, Yueh-Peng & Chou, Yung-Chen. An Image Authentication Scheme Using Merkle Tree Mechanisms. *Future Internet*, Cilt: 11, Sayı: 7, Yıl: 2019, <https://doi.org/10.3390/fi11070149>, Erişim Tarihi: 26.04.2023.

[14] Chen, Chou & Chou. <https://doi.org/10.3390/fi11070149>, Erişim Tarihi: 26.04.2023.

paper)¹⁵, internet üzerinden yapılan alışverişlerin finansal kurumlara bağımlı olduğundan bahsetmekte ve ihtiyacın güven yerine kriptografik kanıta dayalı, iki tarafın üçüncü bir güvenilir kişiye gerek duymadan yani aracısız-kendi aralarında işlem yapabileceği bir elektronik ödeme sistemi olduğunu söylemektedir¹⁶. BTC ödeme sistemi ve kripto parasının ortaya çıkmasında 2008 yılındaki ekonomik krizde merkezi otoritelerin verdiği hatalı kararlar etkili olmuştur¹⁷.

Kripto para blok zincirindeki bir veriden ibarettir diyebiliriz. Merkezi bir otorite olmadan, aracısız ödeme yapılabilmesi amacıyla BTC'yi tasarlayan Nakamoto her ne kadar bunu bir takas aracı olarak tasarlasa da günümüzde kripto paralar bir yatırım aracı olarak da kullanılmaktadır.

Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik kripto paraları da içinde barındıran kripto varlıkları şöyle tanımlamıştır: *“Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder.”*

KRİPTO PARALARIN NİTELİĞİ

Kripto paralar konusunda Türkiye’de yasal bir boşluk olduğu açıktır. Ancak kripto paralar ve benzeri dijital malvarlıklarının varlığı da göz ardı edilemez. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi’nin 2020/1149 E. ve 2020/905 sayılı kararında,

“...Günümüzde dijital mal varlığının yadsınamaz ve göz ardı edilemez bir gerçeklik olduğu, kripto para adı verilen ve uluslar arası ödemelerde dahi kullanılmaya başlanmış dijital sistemlerin var olduğu, yine astronomik reklam gelirleri sağlayan sosyal medya hesaplarının gün geçtikçe arttığı, aynı şekilde youtube ve benzeri dijital platformlarda salt reklam geliri ve hatta ücretli üyelik sistemi ile hizmet veren kanallar oluşturulduğu bir ortamda dijital mal varlığı ve dijital miras ile ilgili olarak yasal bir düzenleme bulunmadığı, bu konuda yasal bir boşluk bulunduğu değerlendirilmiştir...”

Kripto paraların, başta para niteliği olmak üzere, sermaye piyasası aracı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmelidir. Daha

[15] Bir çözümün, ürünün veya hizmetin felsefesi, amacı, kapsamı, teknik detayları ve getireceği yenilikleri tanıtmak için yayımlanan bilgilendirici rapor olarak tanımlanabilir. Bunu sermaye piyasası araçlarının halka arzı sırasında yatırımcılara arz edilen sermaye piyasası aracı hakkında bilgilerin yer aldığı “izahname”ye benzetebiliriz.

[16] Nakamoto, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Yıl: 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, Erişim Tarihi: 31.01.2022.

[17] Şafak, Arslan & Gözütok, 2020, s. 5.

sonra eşya hukuku mevzuatı kapsamında eşya olarak nitelendirilmesi gündeme gelebilecektir. Bu kavramlar doğrultusunda ayrı ayrı inceleme yapılacaktır.

Kripto Paraların Para Niteliği Taşıyıp Taşımadığının Değerlendirilmesi

İktisadi olarak para kavramının üç temel işlevinden söz etmek mümkündür: para bir hesaplama birimidir, değişim aracıdır ve değer saklar¹⁸. Paranın değişim aracı olması, satın alma gücünün herkesçe kabul edilmesidir. Tüm mal ve hizmetleri para ile değişerek elde edebiliriz. Para ortak bir değer ölçüsü yani hesap birimi olarak işlev görür. Bu sayede değişime aracılık edebilir. Hesaplama birimi olarak para, mal veya hizmetlerin ne kadar para birimi karşılığında değişebileceğini ifade etmektedir (mal veya hizmetin fiyatı). Aynı zamanda para, taşıdığı bu değeri gelecekte de korumalıdır. Bu gereklilik paranın değer saklama (tasarruf aracı olma) işlevini göstermektedir. Bu işlevler ışığında, para için hukuken; hukuk düzeninin ödeme aracı olarak tanıdığı, maddi görünüşü önemsiz bir değişim aracı olan hesap birimi¹⁹, tanımlanabilir.

Her kripto para için açıklanan işlevlerin incelenmesi gerekmele birlikte, değişim aracı olarak tasarlanmış kripto paraların, bu para birimlerine olan değişken talep ve arzının kontrolünü sağlayabilecek bir otoriteden yoksunluğu sebebiyle değer saklamak²⁰ noktasında birtakım eksiklikleri barındırdığı söylenebilir. Değeri sürekli olarak değişen, aşağı ve yukarı sert hareketler sergileyebilen kripto para birimlerinin değer saklama işlevinin düşük olduğu ifade edilse de uzun vadede değer değişimlerine bakıldığında enflasyona karşı dayanıklı oldukları²¹, değer saklama aracı olarak kullanılacakları görülecektir. Atik, Köse ve Yılmaz çalışmalarının sonucunda, her ne kadar aynı sebeple kripto paraların bir hesaplama birimi olma işlevinin karşılayamadığını söylese de günümüzde çok sınırlı noktada olmakla beraber kripto paralar mal ve hizmetlerin değerinin ölçülmesinde kullanılabilir. Nitekim BTC ilk olarak, Florida’da yerel bir pizza restoranında Laszlo Hanyecz’in 10.000 BTC karşılığında pizza almasıyla ticari işleme konu

[18] Yermack, David. Is Bitcoin A Real Currency: An Economic Appraisal. *Working Paper, National Bureau of Economic Research*, 2013, s. 2, <https://www.nber.org/papers/w19747.pdf> <https://doi.org/10.3390/fi11070149>, Erişim Tarihi: 27.04.2023.

[19] Şener, Oruç Hami. ECASH Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakti) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 455-490, s. 479.

[20] Atik, Murat; Köse, Yaşar & Yılmaz, Bülent. “Kripto Para, Para Mıdır Döngüsünde Kabul Edilebilirlik Üzerine Ampirik Bir Uygulama”, *Bartın Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 23, Y. 2021, sayfa aralığı 156-172, s. 170.

[21] Durdu, Muhammed. *Mali Egemenlik Boyutuyla Blokzincir Teknolojisi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2023, s. 153.

oldu. Günümüzde bazı üniversitelerde, restoran zincirlerinde, gıda marketlerinde teknolojik ürün satıcılarında mal veya hizmet alabilmek için kripto paralar kullanılmaktadır. Yardım kuruluşlarında bazı kripto paralar ile ödeme kabul edilmektedir. Hatta 6 Şubat tarihinde ülkemizde meydana gelen depremde MASAK'tan onay alınmasıyla Ahbap Derneği kripto para ile bağış kabul etti ve daha sonra AFAD, Kızılay gibi diğer yardım kuruluşları da kripto cüzdanları oluşturarak bağış toplamaya başladı. Söylenildiği gibi buradaki para niteliği her bir kripto para için ayrı ayrı ve kripto paraların kullanıldığı mekan bağlamında incelenmelidir.

Paranın tüm bu işlemlere sahipliğin değerlendirilmesinin yanında egemen devlet tarafından tanınması, paranın hukuken para olarak değerlendirilebilmesi için şarttır. Bazı ülkelerin kripto paraları tanınması söz konusu olsa da Türk Hukuk Sistemi, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından hazırlanan 16.04.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan ve 30.04.2021 tarihinde yürürlüğe giren *38569 sayılı Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik* ile kripto varlıkların²² ödemelerde kullanılmasını yasaklamaktadır. "Ödemelerde kripto varlıkların kullanılmaması" başlıklı 3. maddesinde kripto varlık tanımı yapılmış ve ödemelerde doğrudan veya dolaylı olarak kullanılamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla değişim aracı olarak tasarlanan kripto paralar, her ne kadar iktisadi açıdan para niteliği taşıyabilecekse de mezkur düzenleme nedeniyle kripto paraların ülkemizde değişim aracı olma vasfı kaybolacağından, Türk Hukuku çerçevesinde kripto paraları para olarak nitelendirebilmemiz mümkün olmayacaktır.

Kripto Paraların Sermaye Piyasası Aracı Niteliği Taşıyıp Taşımadığının Değerlendirilmesi

Varoluş amacına aykırı olarak değişim aracından çok bir yatırım aracı olarak kullanılan kripto paraların, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) kapsamında sermaye piyasası aracı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Kripto paraların sermaye piyasası olarak nitelendirilmesi halinde kripto paraların halka arzı (ICO), alım ve satımı gibi işlemler, 6362 sayılı kanun hükümlerine tabi olacaktır.

SerPK'nun 3. maddesinin (ş) bendinde, sermaye piyasası araçları, "Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca (Sermaye Piyasası Kurulu-SPK) bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları" olarak ifade edilmiştir.

Sermaye piyasası araçlarının ilk türü olan menkul kıymetler SerPK 3.

[22] Kripto varlıklar, kripto paraları da içine alan daha geniş bir kavramdır.

madde (o) bendine göre, “Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere;

1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları,

2) Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarıdır.”. Yürürlükten kaldırılan eski SerPK, menkul kıymetler için şu tanımı yapmıştır: “Ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları Kurulca belirlenen kıymetli evraktır.”.

Herhangi bir ortaklık ve alacaklılık hakkı içermeyen kripto paraların, hem eski SerPK kapsamındaki menkul kıymet tanımına uymadığı hem de 6362 sayılı SerPK'nun sayma yoluyla belirlediği menkul kıymetler dahilinde değerlendirilemeyeceği açıktır. Kripto paraların, yatırımcıların menfaat elde etmek amacıyla ortak bir projeye para yatırması olarak tanımlanabilecek yatırım sözleşmesi olarak değerlendirilmesi de ortada müşterek bir girişim olmadığından mümkün olmayacaktır²³. Bir malın veya finansal aracın, işlem anında belirlenmiş bir fiyattan, yükümlülüğü gelecekteki bir tarihte etki doğuracak şekilde bugünden alım veya satımın yapıldığı finansal bir enstrüman²⁴ olan türev araçlar nezdinde; kripto paraların, türev araçların dayanak varlığı olup olamayacağı düşünülebilir. Bu konu kapsamında SPK 01.12.2017 tarih ve 785 numaralı genel mektubunda,

“...Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında yer alan türev araçlara dayanak teşkil edebilecek unsurlar içerisinde sanal para birimlerinin bulunmadığı dikkate alınarak bu aşamada; müşterilere yönelik olarak sanal para birimlerine dayalı spot veya türev işlemler yapılmaması gerektiği hususunda...”²⁵ duyuru yapmıştır.

SerPK menkul kıymetleri sayma yoluyla belirtmiş olmasına rağmen sermaye piyasası araçlarının türlerini belirlemek konusunda SPK'yi yetkilendirerek bu araçların bahsi geçen bent kapsamında tahdidi olarak sayılmadığını ortaya koymuştur²⁶. “... Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları...” ifadesi kapsamında SPK'nin

[23] Üzümcü, Rabia & Yıldırım, Yasin. Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri. *SDÜ Vizyoner Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 33, s. 279.

[24] Kurar, İhsan & Çetin, Ali Cüneyt. Türev Araçlarının Risk Yönetim Fonksiyonu: Vadeli İşlem Piyasası Risk Yönetimi Üzerine Bir Araştırma. *SDÜ İİBF Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, s. 406.

[25] Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği. *785 Numaralı Genel Mektup*. <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2017/12/Genel-Mektup-785-Sanal-Paralara-Dayalı-İşlemler-hk..pdf>, Erişim Tarihi: 03.05.2023.

[26] Turanboy, Asuman. Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri. *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi*, Cilt: 35, Sayı: 3, Yıl: 2019, s. 55.

kripto paralar için sermaye piyasası aracı olarak kabulüne dair bir karar da bulunmamaktadır.

Aslında tüm bu değerlendirmeler Ödemelerde Kripto Paraların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik kapsamında gereksizdir. Nitekim, Yönetmelik m. 3/1, kripto paraların “...sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıklar” olduğunu belirtmiştir.

Kripto Paraların Eşya Niteliği Taşıyıp Taşmadığının Değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanunu (TMK) kapsamında yapılmış bir tanımı bulunmayan Eşya (tekil ifadeyle ‘şey’) kavramı için eşyaya ilişkin düzenlemelerden yola çıkarak, üzerinde hakimiyet kurulabilen, sınırlandırılabilen kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklardır diyebiliriz²⁷. Yani hukuki anlamda bir eşya için cismanilik, üzerinde hakimiyet kurulabilme, sınırlandırılma ve kişilik dışı olma olmak üzere dört unsurdan bahsedebiliriz. Cismanilik, elle tutulan üç boyutlu bir maddi varlıktan bahsederken, eşyanın sınırlandırılabilmesi doğal veya yapay yoldan meydana gelen fiziksel ve işlevsel olarak bütünlük arz etmesi ve böylelikle cismanilik kazanmasını ifade eder²⁸. Eşya üzerinde, insan iradesine tabi olmayı ifade eden fiili hakimiyet ve fiili hakimiyete hukuk düzeni tarafından izin verilmesini ifade eden hukuki hakimiyet kurulabilmelidir.

İşlevsel olarak ayırt edilebilir olmak anlamına da gelen sınırlandırılabilir olma konusunda kripto paraların incelenmesi halinde, blok zinciri üzerindeki verilerin her birinin diğer verilerden ayrı bir varlığa sahip olduğu söylenebilir. Sahiplerinin hakimiyeti alanında, cüzdanlarda saklanan kripto paralar için, her ne kadar TCMB tarafından hazırlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik söz konusu olsa da burada ödemelerde kullanım konusunda bir yasak getirilmiş olup, kripto paraların edinilmesine dair bir sınırlama öngörülmemiştir. Blok zinciri üzerinde depolanan bir veri olan kripto paraların kişilik değerleriyle bir ilgisinin bulunmadığı da izahtan varestedir.

TMK, maddi varlığı olan yani cismani varlıkları, eşya olarak kabul

[27] Oğuzman, M. Kemal; Selici, Özer & Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı*, 2. Basi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 4.

[28] Bilgili, Fatih & Cengil, M. Fatih. *Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu*. s. 9, https://www.academia.edu/40037816/BITCOIN_%C3%96ZEL%4%BÜNDE_KR%4%B0PTO_PARALARIN_E%C5%9EYA_N%4%B0TEL%4%B0%4%9E%4%B0_SORUNU_THE_QUESTION_OF_PROPERTY_QUALIFICATION_OF_CRYPTOCURRENCIES_SPECIFIC_TO_BITCOIN, Erişim Tarihi: 02.05.2023.

etmiştir. Ancak cismani olmamasına rağmen eşya ile bir tutularak eşyaya ilişkin kuralların uygulanacağı varlıklar kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Bağımsız ve sürekli haklar, doğal güçler ve enerji, üzerinde aynı hak kurulabilen haklar eşya kavramına girmeyen ancak aynı haklara konu olabilecek objelerdir²⁹. Maddi bir varlığa sahip olmadıkları halde eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı bu istisnai nitelikteki objeler, kanun tarafından düzenlendiği için, eşyaya ilişkin hükümlere uygulama sahası bırakılmaktadır. Yani maddi varlığa sahip olmayan kripto paraların, eşya olarak nitelendirilebilmesi için, açık bir kanuni düzenleme olmalıdır. Zaten kripto paraların eşya niteliğinde olduğunun belirlenmesinin tek başına bir etkisi bulunmayacaktır. Eşyaya ilişkin hükümlerin kripto paralar için uygulanabilirliğinin, yani aynı hak sahibine tanınan mutlak korumanın kripto para sahiplerine de tanınabilmesinin işlevsel bir sonucunun olması gerekmektedir ki böyle bir kabul durumda uygulama bakımından pek çok sorun çıkacaktır³⁰.

Açıklamalar ışığında kripto paraların para, eşya ya da sermaye piyasası aracı niteliğini haiz olmadığı görülmektedir. Ancak ekonomik bir değeri ifade eden kripto paraların; aynı hakları da içine alan, bir kişinin para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tümü olarak tanımlanabilen malvarlığı kapsamında yer aldığı şüphesizdir.

Teknolojik gelişmeler ışığında hukuken bir düzenlemenin varlığını gerektirmekte olduğu görülmektedir. Bu durumda Türk Hukuku bakımından, dijital mülkiyet hakları şeklinde bir düzenlemeye gidilmesi düşünülebilir³¹.

KRİPTO PARALAR VE MÜSADERE

Türk Ceza Kanunu Kapsamında Müsadere Tedbiri

Kökeni Roma Hukukuna dayanan müsadere, kişinin suçu nedeniyle, eşya veya kazançları üzerindeki hakimiyetine son verilerek, kamusal karakter taşıyan bir teşekküle geçmesi³² olarak açıklanabilir. Müsadere, bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesini sonuçlayan bir yaptırımdır ve Türk Ceza Hukuku kapsamında bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Kişinin malvarlığının tümünün devlete geçirilmesi olarak ifade edilen genel müsadere, Anayasa'nın 38. maddesiyle yasaklanmıştır. Türk Ceza Hukukundaki müsadere düzenlemesi, suçla ilgili olan eşyanın intikalinin

[29] Oğuzman, Seliçi & Oktay-Özdemir, s. 4.

[30] Tekelioğlu, Numan. Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: Nft'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme. *SÜHFD.*, Cilt: 30, Sayı: 3, 2022, s. 1323.

[31] Tekelioğlu, s. 1324.

[32] Günler, Kemal. Türk Ceza Hukukunda Müsadere. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 3-4, Yıl: 2014, s. 849.

söz konusu olduğu özel müsadere ve genel olarak eşya ve kazanç müsadere olmak üzere iki biçimde sınıflandırılmıştır.

Eşya müsadere başlıklı TCK m. 54'ün ilk fıkrasına göre, “İyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.”. Bir eşyanın suçun işlenmesinde kullanılması veya suçun işlenmesi sonucu meydana gelmesi halinde eşya müsadere söz konusu olabilecektir.

Bir diğer müsadere biçimi olan kazanç müsadere ise TCK m. 55'te açıklanmıştır. Buna göre, “Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere karar verilir.” İkinci fıkrada ise, müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı veya bunların mercii teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadere hükmüne hükmedileceği belirtilmiştir.

Kripto Paralar İçin Müsadere Tedbirinin Uygulanabilmesi

Kripto paralar, herhangi bir merkezi denetimden yoksunluğu sebebiyle, yasa dışı faaliyetler için oldukça elverişlidir. Kripto paraların sağladığı anonimlik sayesinde tüm işlemler rahatlıkla yapılabilmektedir. Ancak bu anonimlik mutlak bir koruma sağlamaz. Çünkü kripto paraların saklandığı cüzdanların adreslerinin yeterince yakından takibi sonucu çok küçük de olsa bazı çıkarımlar yapılabilmektedir. Aynı zamanda kripto paralarla işlem yapılmasına olanak sağlayan borsalar (kripto varlık hizmet sağlayıcıları); Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin ilk fıkrasına 01.05.2021 tarihine eklenen ü bendine göre yükümlü kılınmıştır. Bu madde kapsamındaki yükümlüler suçla mücadele, Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK)'nın en önemli paydaşı konumundadır³³. Bu kapsamda, kripto varlık hizmet sağlayıcılarına getirilen yükümlülükler; müşterinin tanınması, şüpheli işlem bildirim, bilgi ve belge verme, devamlı bilgi verme ile muhafaza ve ibraz olarak sıralanabilir³⁴. Kripto para hizmet sağlayıcılarında işlem yapabilmek için, işlem yapanların kimlik tespitinin yapılması gerekmektedir.

[33] MASAK Başkanlığı. *Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının Ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar*. s. 6, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf>, Erişim Tarihi: 05.05.2023.

[34] MASAK, s. 7.

Dolayısıyla MASAK nezdinde yükümlü olan kripto para borsalarında yapılan işlemlerde bir anonimlik söz konusu olamayacaktır.

Ancak müsadere için sorun, suç işlemekte kullanılan veya suçtan elde edilen değerın sahipliğinin tespitinden ziyade, bu değerin sahibi üzerindeki hakimiyetinin nasıl son bulup, kamusal nitelikteki teşekküle geçeceğiğidir. Bu noktada öncelikle kripto paraların sahipleri tarafından nerede tutulduğunun, daha sonra kripto paraların transferinin nasıl gerçekleştiğinin açıklanması gerekmektedir.

Kripto Paraların Muhafazası: Kripto Para Cüzdanları ve Kripto Para Borsaları

Kripto paralar, blokzincirindeki bir veriden ibarettir demiştik. Bu kripto paralara sahipliği belirten anahtar bir kripto para cüzdanında veya bir kripto para borsasında muhafaza edilebilmektedir. Dolayısıyla burada muhafaza edilen aslında kripto para değil, kripto para sahipliğini belirten bir anahtardır. Yani kripto paraların, sahiplik belirten anahtar vasıtasıyla dolaylı olarak muhafaza edilmekte olduğu söylenebilir.

Kripto para borsaları merkezi olmayan borsa (Decentralised Exchange-DEX) veya merkeziyetli borsa (Centralised Exchange-CEX) olarak iki türdür. En bilinen CEX, Binance, Coinbase, Huobi gibi borsalardır. Uniswap ve PancakeSwap ise DEX için birer örnektir. CEX’de işlem yapılabilmesi için kimlik doğrulama (KYC) zorunluluğundan bahsetmiştik. Geleneksel borsalar alıcı ve satıcıyı buluşturmaktadır. Kullanım kolaylığı ve likidite avantajları mevcuttur. Merkezi borsalar, alım satım hesabında çevrimiçi olarak depolanan bir cüzdanı ifade eden Exchange Wallet (değişim cüzdanı) ile çalışmaktadır ki bu korumalı bir üçüncü taraf sağlayıcı tarafından çevrimiçi yönetildiği anlamına gelir. İşlemler blok zincirine kaydedilmez ancak blok zinciri üstü bir kayıt sistemi vardır, bir emanet kasa gibi çalışıyor diyebiliriz. Yani fonların, merkezi borsalara emaneti söz konusudur. Ancak akıllı sözleşmeler ile (token değiş tokuşu) çalışan DEX’lerin bir sahibi yoktur. Burada bir muhafaza durumundan bahsedilemez, yalnızca bir değiş tokuş söz konusudur. Kullanıcılar DEX’e kaydolmazlar, cüzdanlarını bağlayarak işlem yaparlar. Sonra bu işlemler onaylanarak blok zincirine kaydolur.

Cüzdanlar kripto paraların borsalarda tutulmasından çok daha güvenli bir yöntemdir. Cüzdan oluşturulurken, öncelikle bir özel anahtar (private key) meydana gelmektedir. Bu özel anahtar, cüzdana ait fonların sahiplik kanıtıdır ve fonlar bu özel anahtarla yönetilmektedir. Cüzdanlar kripto paraları tutmamakta, özel anahtar ile şifreleme yaparak, işlemi yapan kişiye dair bir kanıt oluşturmaktadır. Fonları yönetirken, bu özel şifre daima gizli kalmalıdır. Açık anahtar (public key) ise, özel

anahtar kullanılarak üretilmektedir ($K=k.G$ özel anahtar ve eliptik eğri üzerindeki sabit üretici noktanın çarpımı). Burada G noktası her kullanıcı için aynı olduğundan açık anahtarını bildiğimiz bir cüzdanın özel anahtarını bulabileceğimizi düşünebiliriz (ayrık logaritmayı bulma) ancak bu tersine işlem çok fazla olasılığa sahip olduğundan günümüz teknolojisinde imkansızdır.

Cüzdanlar, sıcak ve soğuk cüzdanlar olmak üzere ikiye ayrılır. Soğuk cüzdan kavramı, özel anahtarın internet ortamında saklanmaması sistemini ifade eder. Özel anahtarlar oluşturmak üzere rastgele sayı üreten ve bu özel anahtarı saklayan fiziksel donanım cihazlar, bu kategoridedir. Kripto paraların saklanması için tercih edilen en güvenli yoldur ancak kaybolmaları veya fiziksel zarara uğramaları durumunda cüzdana erişim mümkün olmaktadır. Günümüzün en çok tercih edilen soğuk cüzdanları arasında; CoolWallet S, Ledger Nano X/S, Billfold Steel Bitcoin Wallet, Trezor, KeepKey, Coinkite Steel ColdCard bulunmaktadır. Bu kategoriye bir de özel anahtarı kâğıt üzerinde saklamak şeklinde çalışan kağıt cüzdanlar girmektedir ve özel anahtarı direkt ya da bir karekod ile kağıt üzerinde saklama imkanı tanımaktadır. Ancak kâğıdın kaybolması veya fiziksel olarak bir zarar gelmesi durumunda cüzdana erişim mümkün olmayacaktır. Sıcak cüzdanlar, çevrim içi cüzdanlar olarak da bilinmektedir. İnternete bağlı olarak kripto paralarla işlem yapılmasını sağlayacak özel anahtar masaüstü, web ya da mobil tabanlı programlarda muhafaza edilmektedir. İnternet erişimi olan her yerden ve anında sıcak cüzdana erişimi mümkün olan sıcak cüzdanların kullanılması halinde, siber saldırılar karşısında yeterli korumanın sağlandığına emin olunmalıdır. Exodus, Bitcoin Core, Electrum masaüstü cüzdanları; MetaMask, Phantom web cüzdanları ve Coinomi, Mycelium ise mobil cüzdanlara örnek olarak verilebilir.

Kripto Para Transferi

Merkezi sistemde gönderilen paralarda işlemin onaylanması için, bir otorite bulunmaktadır.



Şekil 6: Merkezi Sistemlerde Para Transferi

Gönderen A, banka hesabının şifresini girerek, banka hesabına ulaşmış ve alıcıya bir meblağ gönderilmesi emrini vermiştir. Alıcının tanınması için, alıcının IBAN (international bank account number - uluslararası banka hesap numarası) adresini gönderim emrine eklemiştir; böylelikle emrin nereye gerçekleşeceği sorusunu, yani gönderim adresini açıklamıştır. İşlem daha sonra, banka tarafından onaylanmış, alıcı B'ye aktarılan meblağ ulaşmıştır.

Kripto paraların transferi için bir merkezi kurumun olmadığı çalışma boyunca açıklandı. Burada işlemin doğruluğunu sağlamak için SHA256 kullanılmaktadır. Alıcı açık anahtarını (alıcı IBAN gibi) gönderici ile paylaşır ve gönderici, göndereceği meblağı alıcının paylaştığı açık anahtara atar. Gönderici işlemi ağa yayınlamadan önce, kendisine ait özel anahtarla (tam karşılama ile beraber, banka hesap şifresi gibi) imzalar ve ağa yayınlar. İşlemi gören madenciler, göndericinin açık anahtarını (gönderici IBAN gibi) kullanarak işlemi göndericinin gönderdiğini doğrular. Gönderilen fon içinde alıcının açık anahtarının bulunması sayesinde alıcının kimliği de doğrulanabilmektedir.

Sonuç Olarak Kripto Paraların Müsaderesinin Değerlendirilmesi: “Anahtarınız Sizin Değilse Kriptunuz Sizin Değildir”

Kripto paraların muhafaza sistemi ve transfer işlemleri, kripto paraların müsaderesi kapsamında bilinmesi gereken en önemli şey için anlatıldı: “Anahtarınız Sizin Değilse Kriptunuz Sizin Değildir”. Bahsedilen anahtar herkesin görebileceği açık anahtar değil, sahiplik kanıtı ifade eden özel anahtardır.

Müsadere Edilecek Kripto Paranın Cüzdanda Olması

Kripto paraların muhafaza edildiği cüzdanlarda transfer işleminin göndericinin özel anahtarıyla yapılıyor olması durumu, devletin failin kripto paralarını hakimiyeti altına almasını neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Çünkü kripto varlıklara ulaşmak yalnızca özel anahtara ulaşılması sayesinde olacaktır. Failin özel anahtarını paylaşması, adli makamlarla işbirliği yapması durumunda bir sorun bulunmayacaktır. Fail özel anahtarını doğrudan adli makamlara teslim edebilir ve böylelikle kripto paraların hakimiyeti doğrudan adli makamlara geçer. Bir alternatif olarak fail hakimiyetindeki kripto paraları, adli makamlar tarafından müsadere edilen kripto paralar için oluşturulabilecek kripto para cüzdanlarına aktarabilecektir. Ancak uygulamada failin işbirliği yapması halinin pek olası olmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla özel anahtara ulaşamayacak adli makamların nasıl bir yol izleyeceği sorunu karşımıza çıkacaktır.

Kripto para bir sıcak cüzdanda tutuluyorsa, bir kamu otoritesinin talebiyle sıcak cüzdanda tutulan özel anahtarın sıcak cüzdan tarafından adli makamlarla paylaşılması mümkün olabilir. Çünkü özel anahtar cüzdanın içinde tutulmaktadır. Ancak muhtemelen güvenlik önlemleri alınmış bir sıcak cüzdanda, kullanıcıların özel anahtar verilerine ulaşılması, sıcak cüzdanın kendisi açısından dahi mümkün değildir. Yine de bu tür cüzdanların siber saldırılara uğradığı ve birçok insanın cüzdanlarının çalındığı bilinmektedir. Sıcak cüzdanların, kamu otoritesi tarafından verilecek bir emre binaen kullanıcıların özel anahtarlarını paylaşması durumu gündeme gelebilir. Ancak böyle bir durum ülkemizde mevcut durumda uygulama alanı bulamayacaktır. Mobil, web ya da masaüstü olarak tasarlanabilen sıcak cüzdanlara erişimin, failin sıcak cüzdanı kullandığı bir bilgisayarının ya da telefonunun adli makamların elinde olması halinde mümkün olabileceği söylenebilir. Başlangıçta fail tarafından belirlenen cüzdana giriş şifresinin adli makamlarca bulunabilmesi cüzdana giriş yapmayı sağlayacak ve cüzdan içindeki özel anahtara ulaşılacaktır.

Kripto paranın bir soğuk cüzdanda tutulması halinde ise, bir kâğıt cüzdan tercih edilmişse, bu kâğıt cüzdanın bulunması ile özel anahtar ele geçirilmiş olacaktır. Cismani bir varlığa sahip kâğıt cüzdanın eşya niteliği taşıdığı açıktır ve dolayısıyla burada eşya müsadere söz konusu olacaktır. Bu soğuk cüzdan bir donanım cüzdan da cismani bir varlığı olan ve eşya olarak nitelendirilebilecek bir cihazdır. Burada tutulan kripto paralara cismani varlığı olan kâğıt ve donanım cüzdanlar için eşya müsadere gerçekleştirilerek ulaşılabilir. TCK m. 54 kapsamında bir eşya müsadere gerçekleştirilebilecek olsa da içinde özel anahtarı barındıran

donanım cihazının bilgisayar tarafından okunabilmesi için her donanım cüzdan için kullanıcı tarafından belirlenen başlangıç şifresinin çözülmesi gerekecektir. Oldukça güvenli olan donanım cüzdanlarına erişim fiziken mümkün olmasına rağmen şifrelerinin bulunamaması durumunda, donanım cüzdan için eşya müsadereesi gerçekleştirilmiş olsa bile kripto paraların müsadereesi gerçekleştirilemeyecektir.

Kripto paraların eşya niteliğini haiz olmamasından dolayı TCK m. 54 uyarınca eşya müsadereesine konu olamayacağını söyleyebiliriz. Bu durumda bir diğer müsadere türü olan kazanç müsadereesinin kripto paraların müsadereesi kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Kazanç müsadereesinin düzenlendiği TCK m. 55/1'in ilk cümlesi şu şekildedir:

“Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereesine karar verilir.”

Burada maddenin gerekçesinin incelenmesinde fayda vardır:

*“Maddede, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek etkin bir yaptırım olarak kazanç müsadereesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile güdülen temel amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle yeni hükümde kazanç müsadereesi kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen **ekonomik kazançların** müsadereesi olanaklı hâle getirilmiştir. Böylece, kazanç müsadereesi, “karapara aklama”, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi **ekonomik çıkar** elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur.”*

Öncelikle kazanç müsadereesinin getiriliş amacının suçtan kazanç eldesinin önüne geçilmesi olduğu hususu, bir değer barındırdığı göz önüne alındığında kripto paraların da 55. madde gereğince müsadere edilmesi gerektiğini açıklamaktadır. Madde metninde geçen ‘maddi menfaat’ kavramı, madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde ekonomik bir değeri ifade etmektedir. Önemli olan suç işlemek yoluyla elde edilen herhangi bir ekonomik kazancın olmasıdır ki kripto paraların bir ekonomik değerinin olduğu günümüz dünyasında izahtan varestir. Maddenin amacına uygun bir şekilde, suç işlemek yoluyla elde edilen kripto paraların, müsadere edilmesi gereklidir. Dolayısıyla kripto paraların kazanç müsadereesi kapsamında müsadereesinin mümkün olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte özel anahtarlara erişim mümkün olmadığında TCK m. 55/2'nin uygulama alanının bulunup bulunmadığı sorgulanabilir. Buna göre,

“Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.”

Bu fıkranın gerekçesi ise şu şekildedir:

“Düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik, kaim değer müsaderesidir. Buna göre, müsadere konusu ekonomik değer harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderesinin imkânsız kılınması hâlinde, karşılığı para tutarının müsaderesine karar verilecektir.”

Ekonomik değer harcanması, imhası veya tüketilmesi nedeniyle müsadere edilememesi durumunda kaim değer müsaderesi uygulanabileceği öngörülmektedir. Ancak gerekçede müsaderesinin imkânsız hale gelmesinin yalnızca bu durumlarla sınırlı olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla özel anahtarlara erişim sağlanamadığından kripto para kazançlarının müsaderesinin imkânsız hale gelmesi söz konusu olursa, burada kaim değer müsaderesinin uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Söz konusu kripto paranın müsadere kararı verilen tarihte işlem gördüğü ortalama fiyat üzerinden hesaplanacak bir tutarın müsaderesine karar verilebilir.

Müsadere Edilecek Kripto Paranın, Kripto Para Borsasında Olması

Burada muhafazanın bir merkezi borsa tarafından yapılıyor olması durumunda, devletin failin kripto para hesabına ulaşması oldukça kolaylaşacak ve bu borsalardaki kripto para bakiyesi devlet hakimiyeti altına alınabilecektir. Kripto para borsasında, failin kendi hesabındaki kripto paraların, kontrolü zaten tamamen failde değildir. Çünkü burada bir özel anahtar yapısı değil, yukarıda da değinildiği gibi, Exchange wallet söz konusudur ki bu korumalı bir üçüncü taraf sağlayıcı tarafından çevrimiçi yönetildiği anlamına gelir. Yani kripto para borsası bir emanet kasa gibi çalışmakta ve tüm varlıkların kaydı bu kasada durmaktadır. Kripto para borsaları bir kamu otoritesinin talebiyle faile ait kripto paraları, kamu otoritesinin hakimiyetine geçirebilecektir. Eğer müsadere edilecek kripto varlıklar, bir merkezi kripto para borsasındaysa herhangi bir problem meydana gelmeyecektir.

Merkeziyetsiz borsalarda ise token değiş tokuşu söz konusudur. Yazılımcılar tarafından kodlanarak kullanıma sunulan ve daha sonra bir otorite tarafından denetlenmeyen merkeziyetsiz borsaların bir

yöneticileri de yoktur. Dolayısıyla müsadere talep edilebilecek bir makama sahip değildirler.

Kripto paraların, bir cüzdanda olması durumunda kazanç müsaderesi yapılabileceği açıklanmıştı. Burada da durum aynı şekilde geçerlidir. Eğer kripto para borsaları, failin kripto paralarını devlete geçirmeye kaim değer müsaderesi yapılabilecektir.

SONUÇ

Kripto paralar, dağıtık defter teknolojisi temelli blok zinciri üzerinde bir veri olarak tasarlanmış merkeziyetsiz ve aracısız işlem yapılabilen ödeme araçlarıdır. Hukuken yapılacak nitelendirme için, oldukça karmaşık olan teknik yapısının anlaşılması gerekmektedir. Kripto paralar, Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik uyarınca ülkemizde bir ödeme vasıtası olarak kullanılmayacağından para niteliğinde olmadığı gibi, cismani bir varlığa sahip olmadığından eşya niteliğinde de değildir. Sermaye Piyasası Mevzuatı çerçevesinde sermaye piyasası aracı olarak da nitelendirilemeyecek kripto paraların, sermaye piyasası aracı olmadığı Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'te de belirtilmiştir. Para, eşya ya da sermaye piyasası aracı niteliğini haiz olmayan kripto paraların, ekonomik bir değeri ifade ettiği ve bu şekilde aynı hakları da içine alan, para bir kişinin para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tümü olarak tanımlanabilen malvarlığı kapsamında yer aldığı şüphesizdir.

Öncelikle kripto para bir eşya olmadığından eşya müsaderesinin burada uygulama alanı bulamayacağını söyleyebiliriz. Kazanç müsaderesinin uygulanmasında, failin hakimiyet alanındaki kripto paraların devlete geçirilmesi için transfer sisteminde kullanılan özel anahtarın bilinmesi gerekmektedir. Bu kripto paraların sahipliğini belirten anahtarın muhafaza alanı soğuk veya sıcak bir kripto para cüzdanı olabileceği gibi kendisine ait bir anahtar sistemi bulunan kripto para borsaları da olabilecektir. Kripto paranın soğuk cüzdanlarda muhafaza edilmesi ihtimalinde, özel anahtara erişimin mümkün olduğu durumda TCK m. 55/1 gereğince ekonomik bir değeri haiz kripto paraların, kazanç müsaderesi kapsamında müsadere edilebilmesi söz konusudur. Ancak özel anahtara erişimin mümkün olmadığı ihtimalde, aynı maddenin ikinci fıkrasında açıklanan kaim değer müsaderesi gündeme gelebilecektir. Kripto paraların merkezi kripto para borsalarında muhafaza ediliyor olması ihtimalinde ise, adli mercilerin bu merkezi kripto para borsalarına göndereceği bir taleple faile ait kripto paraları müsadere edebilmesi söz konusu olacaktır. Yine burada kazanç müsaderesinin uygulanmadığı bir durumda kaim değer müsaderesi uygulanabilecektir. Aynı şekilde

internet bağlantısı bulunan sıcak cüzdanların merkezi bir yönetime sahip olması durumunda da adli mercilerin talebi doğrultusunda kazanç müsadere gerçekleştirilebilecek, bu mümkün olmazsa kaim değer müsadere uygulanabilecektir.

KAYNAKÇA

- Atik, Murat; Köse, Yaşar & Yılmaz, Bülent. Kripto Para, Para Mıdır Döngüsünde Kabul Edilebilirlik Üzerine Ampirik Bir Uygulama. *Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 23, Yıl: 2021, s. 156-172.
- Bilgili, Fatih & Cengil, M. Fatih. *Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu*. https://www.academia.edu/40037816/BITCOIN_%C3%96ZEL%-C4%BONDE_KR%C4%B0PTO_PARALARIN_E%C5%9EYA_N%C4%B0TEL%-C4%B0%9E%C4%B0_SORUNU_THE_QUESTION_OF_PROPERTY_QUALIFICATION_OF_CRYPTOCURRENCIES_SPECIFIC_TO_BITCOIN.
- "Blok Zincir Nedir? Blok Yapıları, Transaksiyonlar, Blokların Oluşturulması", <https://rojhat.com/blok-zincir-nedir-blok-yapilari-transaksiyonlar-bloklar-olusturulmasi/>.
- Chen, Yi-Cheng; Chou, Yueh-Peng & Chou, Yung-Chen. An Image Authentication Scheme Using Merkle Tree Mechanisms. *Future Internet*, Cilt: 11, Sayı: 7, Yıl: 2019, <https://doi.org/10.3390/fi11070149>.
- Durdu, Muhammed. *Mali Egemenlik Boyutuyla Blokzincir Teknolojisi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2023.
- Günen, Emre. *En Sade Anlatımla Blockchain Nedir, Nasıl Çalışır?* <https://tr.cointelegraph.com/news/a-simple-explanation-of-what-is-blockchain-and-how-its-works>.
- Günler, Kemal. Türk Ceza Hukukunda Müsadere. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 3-4, Yıl: 2014, s. 849-876.
- Karaarslan, Enis & Akbaş, Muhammed Fatih. Blokzinciri Tabanlı Siber Güvenlik Sistemleri. *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 16-21.
- Kurar, İhsan & Çetin, Ali Cüneyt. Türev Araçlarının Risk Yönetim Fonksiyonu: Vadeli İşlem Piyasası Risk Yönetimi Üzerine Bir Araştırma. *SDÜ İİBF Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, s. 403-425.
- MASAK Başkanlığı. *Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar*, s. 6, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf>.
- "Merkle Ağacı Nedir?", <https://www.btcturk.com/bilgi-platformu/merkle-tree-nedir/>.
- Nakamoto, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, Yıl: 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer & Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- Okuyucu, Hacı Hasan. *Hash Fonksiyonlarının Adli Bilişimde Uygulamaları ve C++ İle Şifreleme Algoritması Tasarımı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Karabük Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Karabük, 2020.
- Şafak, Emre; Arslan, Çağlar & Gözütok, Mesut. Blok Zinciri ile Yeni Nesil Dağıtık Defter Teknolojilerinin Karşılaştırılması (Konferans). *2020 4th International Symposium on Multidisciplinary Studies and Innovative Technologies (ISMSIT) 2020 4th International Symposium*, İstanbul.
- Şafak, Emre; Arslan, Çağlar; Gözütok, Mesut & Köprülü, Tacettin. Dağıtık Defter Teknolojileri ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme. *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi*, Özel Sayı: 29, Yıl: 2021, s. 36-45.

- Şeker, Şadi Evren. *Özetleme Fonksiyonları (Hash Function)*. <https://bilgisayarkavramlari.com/2008/05/26/-ozetleme-fonksiyonlari-hash-function/>.
- Şener, Oruç Hami. ECASH Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakti) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 455-490.
- Tekelioğlu, Numan. Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: Nft'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme. *SÜHFD.*, Cilt: 30, Sayı: 3, 2022, s. 1301-1329.
- Turanboy, Asuman. Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri. *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi*, Cilt: 35, Sayı: 3, Yıl: 2019, s. 47-62.
- Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği. *785 Numaralı Genel Mektup*. <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2017/12/Genel-Mektup-785-Sanal-Paralara-Dayali-Islemler-hk.pdf>.
- Ünal, Gökhan & Uluyol, Çelebi. Blok Zinciri Teknolojisi. *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 167-175.
- Üzümcü, Rabia & Yıldırım, Yasin. Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri. *SDÜ Vizyoner Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 33, s. 271-291.
- World Bank. *Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain*. World Bank Group Fintech Note No: 1, 2017.
- Yermack, David. Is Bitcoin A Real Currency: An Economic Appraisal. *Working Paper, National Bureau of Economic Research*, 2013, <https://www.nber.org/papers/w19747.pdf> <https://doi.org/10.3390/fi11070149>.

HUKUK TARİHİ VE İSLAM HUKUKU

İSLÂM CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK ÇOCUĞUN TEDİBİ

Arş. Gör. Dr. Mustafa ÜNAL

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-3454-9694

mustafaunal@erbakan.edu.tr

ÖZET

Fiilin hukuka aykırı olarak değerlendirilebilmesi için, hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma içerisinde bulunması gerekmektedir. Suç tanımına uygun bir fiil bulunsa dahi bu fiili suç olmaktan çıkararak herhangi bir nedenden ötürü hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmemiş olabilir. Bu durumda ilgili fiil suç olarak değerlendirilemeyecek ve fail, bu fiilden ötürü sorumlu tutulamayacaktır. Kanuni tanıma uygun fiilin hukuka aykırı kabul edilmesine engel olan sebepler hukuka uygunluk nedenleri olarak ifade edilmektedir.

Hukuka uygunluk nedenleri meşru müdafaa, görevin ifası, hakkın kullanılması başlıkları altında tasnif edilebilir. Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin kapsamındaki haklardan biri de tedib hakkıdır. İslâm ceza hukuku kapsamında tedib hakkı farklı şekillerde karşımıza çıkar. Bunlar çocuğun tedibi, karının tedibi, öğrenci ve çırağın tedibi olarak tasnif edilmektedir. Çalışma konumuz açısından çocuğun tedibi ele alınacaktır.

Ayetler ve hadisler ile çocuk eğitiminin önemi açıklanmıştır. İslâm dini çocukların güzel bir şekilde yetişmesini, dünyada ve ahirette saadete kavuşacak bir eğitim almalarını gerekli görmüştür. Bu bakımdan velilere tedibi yalnızca yetki veren bir hak olarak değil aynı zamanda bir yükümlülük olarak görmüştür. Hiçbir ebeveyn bu yükümlülüğün kurtulamayacaktır. Aynı zamanda hiçbir ebeveynin bu hakkı iptal edilemeyecektir. Dolayısıyla tedib hakkı, hak sahibi açısından hem bir başkasının engel olamayacağı bir yetki hem de kaçınılamayacak bir ödev barındırmaktadır.

Çocuk üzerinde tedib hakkı sahibi olan kişi esas itibariyle velidir. Velinin bu hakkı kamu düzeni tarafından iptal edilemez. Çocuğun bir suç işlemiş olması durumunda, kamu açısından çocuk affedilmiş olsa dahi velinin yine tedib yetkisi bulunacaktır. Velinin izin vermiş olduğu kimseler de, hukuka uygunluk nedeni olarak tedib hakkından

yararlanabilirler. Okulda eğitim veren öğretmene veya meslek eğitimi veren ustaya, veli tedib hakkı konusunda izin verebilir. Bu durumda bu kişiler sınırları dahilinde bu haktan yararlanabileceklerdir.

Tedib hakkının kapsamı konusunda tartışmalar bulunmakla birlikte İslâm hukukçuları bu hakkın belirli bir sıraya göre kullanılmasını gerektiğini belirtmişlerdir. Buna göre öncelikle iyi ve güzel sözler söylenmeli, örnek olunmalı, sabır gösterilmeli, daha sert sözler kullanılmalı ve son olarak fiziksel şiddete başvurulmalıdır. Fiziksel şiddetin de sınırları bulunmaktadır. Çocuk en az 10 veya 13 yaşında olmalı, el haricinde herhangi bir alet kullanılmamalı, vücutta iz bırakılmamalı, çocuğun yüzüne veya hayati tehlikesine neden olacak bölgelerine vurulmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, Hukuka aykırılık, Hukuka uygunluk nedenleri, Hakkın kullanımı, Tedib hakkı, Çocuk eğitimi.

JUS PATRIUM AS A REASON FOR COMPLIANCE WITH THE LAW IN ISLAMIC CRIMINAL LAW

ABSTRACT

In order for an act to be considered illegal, it must be in contradiction and conflict with the legal order. Even if there is an act that complies with the definition of crime, the element of illegality may not be realized due to any reason that makes this act a crime. In this case, the relevant act cannot be considered a crime and the perpetrator cannot be held responsible for this act. The reasons that prevent the act in accordance with the legal definition from being considered illegal are referred to as the reasons for compliance with the law.

Reasons for compliance with the law can be classified under the headings of legitimate self-defense, performance of duty and exercise of right. One of the rights within the scope of the justification of the exercise of the right is the jus patrium. Within the scope of Islamic penal law, jus patrium appears in different forms. These are classified as the jus patrium of the child, jus patrium of the wife, jus patrium of the student and the apprentice. In terms of our subject of study, jus patrium of the child will be discussed.

The importance of child education is explained in verses and hadiths. Islam considers it necessary for children to be raised in a good way and to receive an education that will lead to happiness in this world and the hereafter. In this respect, it has not only given parents the right but also

an obligation. No parent can escape this obligation. At the same time, this right of any parent cannot be revoked. Therefore, jus patrium is both an authorization that cannot be interfered with by anyone else and an obligation that cannot be avoided.

The person who has jus patrium on the child is essentially the parents. This right of the parent cannot be revoked by the public order. In the event that the child has committed a crime, even if the child is pardoned from the public order of view, the parent will still have jus patrium to treat the child. Persons authorized by the parent may also benefit from jus patrium as a reason for compliance with the law. The parent may give permission to a teacher who teaches at school or a master who provides vocational training. In this case, these persons will be able to exercise this right within their limits.

Although there are debates about the scope of jus patrium, Islamic jurists have stated that this right should be exercised in a certain order. First, kind words should be said, an example should be set, patience should be shown, harsher words should be used, finally physical violence should be used. Physical violence also has its limits. The child must be at least 10 or 13 years old, no tools other than the hand should be used, no marks should be left on the body, and the child should not be hit in the face or in areas that could cause life-threatening injuries.

Keywords: Fiqh, Illegality, Reasons for compliance with the law, Exercise of the right, Jus patrium, Child education.

GİRİŞ

“Ey iman edenler! Kendinizi ve ailenizi, yakıtı insanlar ve taşlar olan ateşten koruyun...”¹ “...Hepiniz yükümlülükleri olan birer çobansınız; her biriniz himayeniz altında olan ve bakmakla yükümlü olduğunuz kişilerden ve işlerden sorumlusunuz...”² Şeklinde gelen naslar ile velilerin çocukları üzerinde tedib ile görevli ve yetkili oldukları bildirilmiştir. Hiçbir velinin çocuğunu eğitmekten, iyiyeye yönlendirmekten imtina etme hakkı bulunmamaktadır. Günümüzde din ve vicdan hürriyeti adı altında çocuğa dini bir eğitim verilmemesi, onun iyiliğe yönlendirilmemesi, çocuğun reşit olduğu vakit bu konularda kendisi isterse bilgilenebilmesi ve ona göre bir seçimde bulunması gerektiği savunulmaktadır. Ancak İslâm hükümleri kişinin hem dünya hem de ahiret saadetini amaçlamaktadır.³ Hiçbir ebeveyn çocuğunun

[1] Tahrîm, 66/6.

[2] el-Buhârî, Muhammed. *Sahîh-i Buhârî*, trc. Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi, İstanbul: Karınca&Polen Yayınları, 2017, Cum'a 11, İstikrâz 20, İtk, 17, 19.

[3] Hacı Reşid Paşa. *Ruhu'l Mecelle*, Dâru'l Hilafet-i'l-Âliyye, Cilt: I, İstanbul, 1326, s. 65;

dünya ve ahiret saadetinden mahrum kalmasını isteyemez. Dolayısıyla çocuğun eğitilmesi ve iyiliğe yönlendirilip kötülükten nehyedilmesi hususunda ebeveynler sadece yetkili kılınmamış aynı zamanda sorumlu tutulmuşlardır.

Tedib yükümlülüğünü yerine getiren veliler bir sıralama doğrultusunda hareket etmelidirler. Öncelikle çocuğa karşı sevgi ve şefkatle yaklaşılmalı, yumuşak huylu davranışlarda bulunulmalıdır. İfadeler tatlı sözlerle ortaya koyulmalı, veli kendi davranışları ile örnek olmalıdır. Çocuğun aniden istenilen tutuma bürünemeyeceği unutulmamalı ve sabır gösterilmelidir. Tedib süreci içerisinde disiplinli olunmalı, tedrici olarak söz ve davranış şartleştirilmelidir. Çocuğu cezalandırma son çare olarak uygulanmalıdır.⁴

HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Genel Olarak

İşlenen bir fiilin hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma içerisinde bulunma durumu, suçun unsurlarından biri olan hukuka aykırılığı ifade etmektedir. Fiilin suç tanımına uygun olması ve bu fiili suç olmaktan çıkararak herhangi bir nedenin bulunmaması durumunda fiil suç olarak kabul edilir.⁵ Tipiklik olduğu halde fiili suç olmaktan çıkararak sebepler, hukuka uygunluk nedenleri olarak ifade edilmektedir. İslâm ceza hukuku kapsamında bu nedenler meşru müdafaa, görevin ifası, hakkın kullanılması başlıkları altında tasnif edilerek incelenebilir.⁶ Hukuka uygunluk nedenleri arasında biri, diğerinden üstün tutulacak şekilde herhangi bir derecelendirme yapılamaz. Bir olayda birden fazla hukuka uygunluk nedeni birlikte bulunabilir.⁷

Bilerek ve istenerek bir fiilin yapılması kast olarak ifade edilmektedir. Kast hareket eden fail, fiili işlerken neticenin gerçekleşmesini istemekte

Duman Soner. *Usul Yazıları*, Beka Yayınları, İstanbul, 2018, s. 57; el-Karadâvi, Yusuf. *İslam Hukuku Evrensellik-Süreklilik*, çev. Yusuf Işıcık, Ahmet Yaman, Nida Yayınları, İstanbul, 2016, s. 33; Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh İlmine Giriş*, Dem Yayınları, İstanbul, 2013, s. 22, 23; Dönmez, İ. Kâfi. *Maslahat, DİA*, TDV Yayınları, Cilt: 28, Ankara, 2003, s. 79; Haçkalı, Abdurrahman. *Şerh Hükümlerin Genel Amaçları. İslâm Hukuku El Kitabı*, ed. Talip Türcan, Ankara, 2017, s. 229.

[4] Canan, İbrahim. *Peygamberimizin Sünnetinde Terbiye*, Cihan Yayınları, İstanbul, 1984, s. 275-282; Dodurgalı, Abdurrahman. *Kur'an-ı Kerim'e Göre Çocuk Eğitimi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1984, s. 58; Atasoy, Samed. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidâne*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 138.

[5] Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 105; Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 302; Boynukalın, Mehmet. *Suç, DİA*, TDV Yayınları, c. 37, İstanbul, 2009, s. 456; Hakeri Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler*, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s. 222; Koca, Mahmut & Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 265, 266; Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 286.

[6] Aydın, M. Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 167; Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 293 vd.

[7] Avcı, *Hukuk Tarihi*, 2022, s. 293.

veya en azından bu neticenin gerçekleşeceğini bilmektedir.⁸ İslâm hukukunda kast kavramının karşılığı olarak *taammüd* kullanılmıştır. Bu kavram, kasta göre daha yoğun bir kararlılık, irade ve icrayı ifade etse de genel itibariyle eserlerde, kastın yerine kullanıldığı görülmektedir.⁹ Çocuğun tedibi esnasında bu hakka sahip olan kimse, çocuğun vücut bütünlüğünü ihlal edecek şekilde kasten hareket edebilmektedir. Bu durumda herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaması halinde bu kimsenin ilgili suçtan ötürü sorumlu tutulması gerekecektir. Dolayısıyla böyle bir hakka sahip olmayan kimsenin ya da hakkın sınırlarını aşan kimsenin, ilgili fiilinden ötürü sorumlu tutulması gerekecektir. Çünkü hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması durumunda fiil, hukuka uygun olmaktan çıkar ve fail, bu nedenden yararlanamaz.¹⁰

Hakkın Kullanımı

Hukuk düzeninin herhangi bir konuda kişilere hak tanması ve fiilin bu hak sınırları dahilinde işlenmesi durumunda, normal şartlar altında bir suç tipini oluşturan fiil hakkında, hukuka aykırılık değerlendirilmesinde bulunulamayacaktır.¹¹ Bu durumda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden bahsedilecektir. Hakkın kullanılması genel bir hukuka uygunluk nedeni olup, bunun kapsamındaki haklar tahdidi olarak belirtilmemiştir.¹² Bu haklara örnek olarak eleştiri hakkı, şikayet hakkı, tanıklık yapma hakkı, bir meslek veya sanatın icrası, haber verme hakkı, spor faaliyetleri, tıbbi müdahaleler ve tedib hakkı gösterilebilir.¹³ Tedib hakkı ise farklı tasniflere ayrılmaktadır. Bunlardan biri de çocuğun tedibidir.

ÇOCUK ÜZERİNDE TEDİB HAKKI

Edeb kavramı çok geniş bir muhtevayı ifade etmektedir. Bu kavramın içerisine İslâm şeriatının getirmiş olduğu “her türlü adab-ı şeriyye ve örfiyye ve ilim”¹⁴ girmektedir. Bunların öğretilmesi ise tedib kavramı ile ifade edilmektedir.¹⁵ Tedib hakkı kapsamında çocuğun zorunlu olarak eğitilmesi gereken hususlar genel itibariyle müslümanların inanç

[8] Avcı, *Genel Hükümler*, s. 89; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 241, 242; Koca & Üzülmmez, *Genel Hükümler*, s. 156, 157.

[9] Şafak, Ali. Kasıt, *DİA*, TDV Yayınları, Cilt: 24, İstanbul, 2001, s. 559.

[10] Avcı, *Hukuk Tarihi*, s. 293.

[11] Avcı, *Hukuk Tarihi*, s. 297; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 312; Koca & Üzülmmez, *Genel Hükümler*, s. 287; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 336, 337.

[12] Koca & Üzülmmez, *Genel Hükümler*, s. 289; Töngür, Ali Rıza & Çetintürk, Ekrem. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 201.

[13] Koca & Üzülmmez, *Genel Hükümler*, s. 289; Hakeri, *Genel Hükümler*, s. 247; Demirbaş, *Genel Hükümler*, s. 340-351; Töngür & Çetintürk, *Genel Hükümler*, s. 201.

[14] Canan, İbrahim. İslâm’da Çocuk Hakları. *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 1995, s. 16.

[15] Canan, Çocuk Hakları, s. 17; Çağrı, Mustafa. Edep, *DİA*, TDV Yayınları, Cilt: 10, İstanbul, 1994, s. 413.

ve ibadet esaslarını ihtiva eden temel eğitim olarak ifade edilmiştir. Bununla birlikte çocuğun yaptığı veya yapacak olduğu mesleğe dair bilgileri öğrenmesi gerekmektedir.¹⁶

Hukuki Dayanağı

“Onlara merhamet ederek tevazu kanadını indir ve de ki: ‘Rabbim! Tıpkı beni küçükken koruyup yetiştirdikleri gibi sen de onlara acı.’”¹⁷

“Ey iman edenler! Kendinizi ve ailenizi, yakıtı insanlar ve taşlar olan ateşten koruyun. O ateşin başında gayet katı, çetin, Allah’ın kendilerine verdiği emirlere karşı gelmeyen ve kendilerine emredilen şeyi yapan melekler vardır.”¹⁸

“Siz de Allah’tan başka dilediğiniz şeylere ibadet edin!” De ki: “Şüphesiz hüsrana uğrayanlar kıyamet gününde kendilerini ve ailelerini hüsrana sokanlardır. İyi bilin ki bu apaçık hüsranın ta kendisidir.”¹⁹

“Ailene namazı emret ve kendin de ona devam et. Senden rızık istemiyoruz. Sana da biz rızık veriyoruz. Güzel sonuç Allah’a karşı gelmekten sakınanlarıdır.”²⁰

“Hani, İmran’ın karısı, ‘Rabbim! Karnımdaki çocuğu sırf sana hizmet etmek üzere adadım. Benden kabul et. Şüphesiz sen hakkıyla işitensin, hakkıyla bilensin’ demişti.”²¹ Bu ayetler, ebeveynin çocuk üzerindeki tedib hakkının bulunduğu Kur’ân-ı Kerim’den bir delil olarak kabul edilmektedir.²² Bu hakkın yalnızca bir yetkiyi içermediği aynı zamanda bir ödevi de barındırdığı bu ayetlerden anlaşılmaktadır.²³

“...Hepiniz yükümlülükleri olan birer çobansınız; her biriniz himayeniz altında olan ve bakmakla yükümlü olduğunuz kişilerden ve işlerden sorumlusunuz...”²⁴ “Çocuklarınıza ikram edin ve onların terbiyelerini güzel yapın.”²⁵ Bu hadisler ile çocuğun eğitimi ile ilgili yükümlülüğün onun velisine verildiği dolayısıyla velinin bu konuda hem bir ödevi hem de bir yetkisi olduğu görülmektedir.

[16] Okçu, Davut. İslam Hukukunda Eğitim ve Öğretim Hakkı, Harran Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Şanlıurfa, 2003, s. 36, 41, 55; Zorlu, Süleyman Emre. Günümüz ve İslam Hukukunda Çocuk Hakları Karşılaştırmalı Bir İnceleme. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 2, 2013, s. 153; Ayrıntı için bkz. Canan, Çocuk Hakları, s. 17-20.

[17] İsrâ, 17/24.

[18] Tahrim, 66/6.

[19] Zümer, 39/15; Benzer bir ayet için bkz. Şûrâ, 42/45.

[20] Tâhâ, 20/132.

[21] Âl-i İmrân, 3/35.

[22] Canan, Çocuk Hakları, s. 16; Avcı, Genel Hükümler, s. 123.

[23] Dodurgalı, Çocuk Eğitimi, s. 42.

[24] Buhârî, Cum’a 11, Istikrâz 20, İtk, 17, 19.

[25] İbn Mâce Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni. Sünen-i İbn Mâce, Tah.: Muhammed Fuâd Abdülbâkî, yy.: Daru’l-Ihyau’l-Kütübi’l-Arabiyye – Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431, Edeb, 3.

Çocukların ibadetlerle ilgili eğitimleri bakımından onlara oruç tutturulması tavsiye edilmiştir. Nitekim, sahabiler o dönemde çocuklarına oruç tutturmuşlar, çocuklar acıktıkları için yemek istedikleri zaman, vakit geçirmeleri için kendilerine oyuncaklar hazırlamışlar ve o oyuncakları onlara vermişlerdir.²⁶

Rasulullah (s.a.v.) çocuklara yedi yaşına geldikleri vakit namaz kılmalarının emredilmesini, on yaşına geldikleri halde kılmazlarsa dövülmelerini buyurmuştur.²⁷ Bir başka hadiste ise çocuğun sağını solundan ayırdığı vakit ona namaz kılmasının emredilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁸ Bu hadislerden, çocuklara erken dönemde ibadet bilincinin aşılmasının gerekliliği²⁹ ve velilerin çocuklar üzerinde ibadetleri hususunda tedib hakkına sahip oldukları anlaşılmaktadır.

Rasulullah (s.a.v.) tedib hakkı kapsamında hiç kimseye vurmamıştır.³⁰ Dolayısıyla doğrudan dayakla ilgili bir uygulama Rasulullah (s.a.v.)'den aktarılmamıştır.

Hak Sahibi

Çocuk üzerinde tedib hakkı esas itibariyle çocuğun veli veya vasisine aittir. Bununla birlikte hak sahibinin, çocuğa ilim veya meslek öğreten kimseye bu hakkı kullanması için izin vermesi mümkündür. Bu doğrultuda çocuğa ilim öğreten öğretmen yahut meslek öğreten ustasının hakkın sınırlarını aşmamak şartıyla tedib yetkisi bulunacaktır.³¹ Ancak bu çocuk üzerinde velayet hakkı olmayan bu ustaların, doğrudan böyle bir yetkileri bulunmamaktadır.³²

Dede Cöngü Efendi, "*Valideynin veled hakkında olan taziri vali münferiden afv eylemek caiz değildir. Meğer valideynin afvı munzam ola.*"³³ şeklindeki ifadesiyle ebeveynin çocuk üzerindeki tedib hakkını açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bunun yanında bu hakkın çocuğun fiilinin yalnız başına kamu otoritesi tarafından affedilmesi durumunda

[26] Buhârî, Savm, 46.

[27] Ebû Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, *Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi*, trc. Necati Yeniçel, Hüseyin Kayapınar, İstanbul: Şamil Yayınevi, 1987; Salât, 26.

[28] Ebû Davud, Salat, 26.

[29] Bardakoğlu, Ali. İcbar, *Dîa*, TDV Yayınları, Cilt: 21, İstanbul, 2000, s. 409.

[30] Ebu'l-Hüseyyn Müslim, b. İsmail el-Haccâc el-Kuşeyrî el-Nisâburî. *Sahîh-i Müslim*, thk. Muhammed Fuad Abdülbâkî, Kahire: Daru'l-İhyau'l-Kütüb'l-Arabîyye: Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431, Fedail, 79; İbn Mâce, Nikah, 51.

[31] Ömer Hilmi Efendi, *Mi'yâr-ı Adalet*, m. 51, akt. Akgündüz, Ahmed. İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Cilt: I, OSAY Yayınları, İstanbul, 2011, s. 664; Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmîyye ve İstîlâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, Cilt: III, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1976, s. 115, No: 352.

[32] Manastırlı İsmail Hakkı. İslam Hukukunda Kişilere Karşı Suçlar (*Mi'yâr-ı Adalet Şerhi*), Haz. Avcı, Mustafa, Karadağ, Mansur, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 112.

[33] Meşrebzâde Mehmed Arif Efendi. *Tercüme-i Siyâsetnâme*, akt. Akgündüz, *Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, m. 106, s. 595; Minkarizâde Kemâlüddîn İbrâhîm. *Terceme-i Risâle-i Siyâset-i Şer'iyye*, çev: Mehmet Seb'î Efendi, Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi Nuruosmaniye Koleksiyonu, no: 4982, 1121/1709, vrk. 27a.

dahi düşmeyeceğini de belirtmiştir. Buradan hareketle, ebeveynin sınırları kapsamında bu hakkını kullanmasına kamunun engel olmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir. Dolayısıyla tedib hakkı sahibi, bu yükümlülüğünden kurtulamayacağı gibi, onun bu hakkı iptal de edilemez.³⁴

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nda "*Hadd-i bülûğa vâsıl olmayan mücrim işlediği cürme müterettib olan cezaya müstahak olmayıp, kuvve-i mümeyyize ashâbından dahi olmadığı surette, kefâlet-i kaviyyeye rabt ile peder ve vâlidesine veya akrabasına teslim olunur. Peder ve vâlide ve akrabası taraflarından kefâlet-i kaviyye gösterilmediği halde, dahi polis marifetiyle ıslah-ı nefis zımında müddet-i münâsibe ile haps olunur.*"³⁵ şeklinde yer alan düzenleme ile ebeveynin tedib hakkı sahibi olduğu açık bir şekilde ortaya konmaktadır. Bununla birlikte henüz bülûğ çağına gelmemiş ve mümeyyiz de olmayan bir çocuğun suç işlemesi durumunda eğer ebeveyn görevlerini yerine getirmezse devletin, bu görevi yerine getireceği de belirtilmektedir.

Tedib hakkı çocuğun velisine tanınmıştır. Hidane hakkı kapsamında değerlendirildiği takdirde evlilik birliği içerisinde anne ve baba bu hakka müşterek bir şekilde sahip olacaktır.³⁶ Hidane hakkı bakımından durum böyle olmakla birlikte tedib hakkının genel itibarıyla babaya tanındığı, babanın tedib ile sorumlu tutulduğu ifade edilmiştir. Babanın yokluğu veya farklı fiziki imkansızlıklar nedeniyle bu hakkını yerine getirememesi durumunda amca, dede gibi asabelerin bu görevle yükümlü oldukları belirtilmektedir.³⁷ Tüm bu asabelerin olmaması durumunda ise tedib hakkı, hidane hakkı sahibine geçecektir. Bununla birlikte babanın ifade edilmesinin asıl nedeni, aile reisi olarak öncelikli şekilde bu sorumluluğun babanın üzerinde olmasından kaynaklanmaktadır.³⁸ Bunun yanında, çocuğun mesleki açıdan yetiştirilmesi gibi babanın yapmaya daha ehil olduğu birçok hususun tedib hakkı kapsamında bulunması da etkili olmuştur. Tedib hakkı kapsamında öncelikli olarak babanın zikredilmesi, anne ve baba arasındaki sorumluluğa ilişkin bir belirlemedir. Hukuka uygunluk nedeni olarak tedib hakkından yararlanma hususunda ise yukarıdaki düzenlemelerde de görüleceği üzere anne ve baba arasında net bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla hem annenin hem de babanın tedib hakkı hukuka uygunluk sebebinden yararlanması mümkündür. Evlilik birliğinin ortadan kalkmış olması durumunda ise tedib hakkı hidane hakkı sahibine geçecektir. Bu durumda hidane hakkı anneye

[34] Dodurgalı, Çocuk Eğitimi, s. 42.

[35] m. 40, akt. Akgündüz, *Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Cilt: I, s. 627.

[36] Atasoy, *Hidane*, 56.

[37] Dodurgalı, Çocuk Eğitimi, 44; Atasoy, *Hidane*, s. 137; Zorlu, *İslam Hukukunda Çocuk*, s. 153, 154.

[38] Dodurgalı, Çocuk Eğitimi, s. 43, 44.

veya annenin yokluğu, fiziki imkansızlıklar nedeniyle bu hakkı yerine getirememesi gibi durumlarda ise anne tarafından kadın akrabalara tanınacaktır.³⁹

Mer'î hukukta, Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun hukuk düzeninin sınırları içerisinde anne ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu yükümlülüğün, çocuğun yaşı büyüdükçe azalacağı da öğreti tarafından ifade edilmektedir.⁴⁰ Bu düzenlemenin ardından ise anne ve babanın çocuğu eğitmekle yetkili ve yükümlü oldukları belirtilmiştir. Bununla birlikte bu düzenlemelerde doğrudan tedib hakkının sınırlarından bahsedilmemiştir. Dolayısıyla ilgili düzenlemelerde hak ve yükümlülük sahibi olarak anne ve babayı göstermekle birlikte tedib hakkının sınırları bakımından bir açıklama yapılmamaktadır.

TMK m. 339/2: “Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür.”

TMK m. 340: “Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar.”

TCK ise disiplin yetkisi sahiplerini şu şekilde düzenlemiştir: “İdaresi altında bulunan veya büyütme, okutma, bakma, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.”⁴¹ Burada da bir yükümlülük ve yetki sahipliği bir arada belirtilmektedir.

Hakkın Kullanımında Aşamalar ve Hakkın Sınırları

Ebu Hanife, tedibin dövme yoluyla gerçekleştirilemeyeceğini, tedib hakkının azarlama ve kulak çekmeden daha öte bir fiziksel şiddeti kapsamadığını ifade etmiştir.⁴² Ebu Hanife bu görüşünde “Çocuktan, deliden ve uyuyandan sorumluluk kalemi kaldırılmıştır.”⁴³ hadisini esas almıştır.⁴⁴ Nitekim, Rasulullah (s.a.v.)'in tedib hakkı kapsamında hiç kimseye fiziksel şiddet uygulamadığı bilinmektedir.⁴⁵ Çocuklara yedi yaşına geldiklerinde namaz kılmalarının emredilmesi, on yaşına

[39] Ayrıntı için bkz. es-Serahsî, Şemsü'l-Eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed bin Ahmed. *el-Mebsût*, c. V, Daru'l-Mârife, Beyrut, 1414/1993, s. 207, 208; Baktır, Mustafa. *İslâm Hukukuna Göre Çocuk Terbiyesi*. İslâm'da Aile ve Çocuk Terbiyesi, İlmî Neşriyat, yy., ty., s. 54, 55; Zorlu, *İslam Hukukunda Çocuk*, s. 143; Atasoy, Hidane, s. 137, 57 vd.

[40] Erdem, Mehmet & Makaracı Başak, Aslı. *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 451.

[41] TCK, m. 232/2.

[42] Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, Cilt: III, s. 115, No: 351.

[43] İbn Mâce, Talak, 15.

[44] Avcı, *Hukuk Tarihi*, 298.

[45] Müslim, Fedail, 79; İbn Mâce, Nikah, 51.

geldikleri halde namazı kılmazlarsa dövülmelerini buyuran hadisi⁴⁶ esas alan İmameyn ise belirli şartlar dahilinde, mutad kabul edilen fiziksel şiddetin de tedib hakkı kapsamında uygulanabileceğini ifade etmektedir.⁴⁷

Çocuk üzerindeki tedib hakkının sınırları ile ilgili olarak tartışmalar bulunmakla birlikte genel itibarıyla bu hakkın kullanılmasında şu sıranın takip edileceği ifade edilmektedir: Öncelikli olarak çocuklara iyi ve yumuşak söz söylenmelidir. Bir çocuğu tedib ederken öncelikle kendisine iyi ve yumuşak sözlerle yaklaşılmalı ve ilgili husus anlatılmalıdır. Bu sözlerin etki etmemesi durumunda tedrici olarak diğer aşamalara geçilmelidir. Bu noktada çocuğa yönelen sözler sertleşmektedir. Ancak bu sözler asla hakaret ve beddua şekline dönüşmemelidir. Bu sözlerin de fayda etmemesi durumunda çocuk fiziksel şiddete geçileceği hususunda uyarılarak korkutulmalıdır. Bu korkutma da fayda etmezse ancak o vakit fiziksel şiddete geçilebilecektir. Fiziksel şiddet ise azarlama ve kulak çekme şeklinde olmalıdır. Mudat olan dövme kabul eden fukahaya göre bu noktada tedib dövme yoluyla da yerine getirilebilir.⁴⁸

Tedib hakkı kapsamında fiziksel şiddet olarak dövmenin uygulanabileceğini ifade eden İslâm hukukçuları, bunun şartlarını açıklamışlardır. Buna göre öncelikle çocuğun kasten işlemiş olduğu bir suçun (kasten namaz kılmamak gibi) ya da vacip olan bir fiilin ihmalinin söz konusu olması gerekmektedir.⁴⁹ Çocuğun 10 veya 13 yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Henüz buluş çağına yaklaşmamış olan bir çocuk dövülecekse hafif şiddette 3 defa vurulabileceği, buluş çağına yaklaşmış bir çocuğa ise en fazla 10 defa vurulabileceği belirtilmiştir. Âkil olmayan çocuğa böyle bir uygulama gerçekleştirilemez.⁵⁰ Vurulacak olan sayının belirlenmesinde çocuğun fiilinin ağırlığının da etkili olacağı ifade edilmiştir. Hafif bir ihlalinden ötürü 10 defa vurulamayacaktır.⁵¹ Bu dövme işlemi el ile gerçekleştirilecektir. Sopa vs. bir alet ile dövme işlemi gerçekleştirilemeyecektir. Bu nitelikte bir aletin kullanılması durumunda, vücutta iz bırakılması durumunda veya bir kemik kırığına neden olunacak şekilde vurulması durumunda hukuka uygunluk nedeninde sınır aşılmış olacaktır.⁵² Bu durumlar tedib hakkı kapsamında

[46] Ebû Davud, Salât, 26.

[47] Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, Cilt: III, s. 115, No: 351; Atasoy, *Hidâne*, 135.

[48] Canan, İbrahim. *Resûlullah'a Göre Âilede ve Okulda Çocuk Terbiyesi*, Cihan Yayınları, İstanbul, 2003, s. 158-162; Atasoy, *Hidâne*, s. 133, 134.

[49] Canan, Terbiye, s. 288; Avcı, *Genel Hükümler*, s. 123.

[50] Kâsânî, Ebû Bekir b. Mes'ûd. *el-Bedâ'i'u's-şanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'*. Cilt: VII, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1986, s. 64; Canan, Terbiye, s. 287-290; Çeker, Orhan. *İslâm Hukukunda Çocuk*, Tekin Kitabevi, Konya, 2015, s. 181; Avcı, *Genel Hükümler*, s. 124.

[51] Mehmet Emin Ay. *İslâm Eğitimcilerine Göre Disiplin. İslâm'da Aile ve Çocuk Terbiyesi*, İlmî Neşriyat, yy., ty., s. 236.

[52] Kâsânî, *el-Bedâ'i'u's-şanâ'i'*, c. VII, s. 305; Canan, Terbiye, s. 289-290; Avcı, *Genel Hükümler*, s. 124.

değerlendirilmemiştir. Çocuğun vurulacak olan bölgesi de önem arz etmektedir. Çocuğun yüzüne⁵³ veya hayati tehlike oluşturacak bölgelerine vurmak hak kapsamında değerlendirilmez. Tedib hakkı kapsamında çocuğun el ve ayağına yahut kaba yerlerine vurulabilir.⁵⁴ Ayrıca bu hak çocuğun tedibi maksadıyla kullanılacak olup, velilerin öfkelerini dindirmek gibi farklı amaçlarla kullanılamayacaktır.⁵⁵ Bu tip durumlar tedib hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilemeyecektir. Tüm bu sınırlamalar ifade edilmiş olmakla birlikte birçok İslâm hukukçusu fiziksel şiddetin terk edilmesinin daha uygun olduğunu belirtmiştir.⁵⁶

Ömer Hilmi Efendi, bir ceza kanunu niteliğinde hazırlamış olduğu Mi'yar-ı Adalet isimli eserinde bu tedib hakkının sınırlarını içeren bir düzenlemeye yer vermiştir: m. 51/2-3: *"Li-eclî't-tedîp sağıri darbetmek üzere veli veya vasî izin verdiği surette ancak sağırin el ve ayak gibi mu'tad olan azasını âdet veçhile darbetmek câizdir. Bu suretle sağır vefat etse, dâribe diyet lazım gelmez. Ve eğer darbı mu'tad olan azasından başka bir yerine meselâ sağırin kulağı tozuna veya boş böğrüne yumruk veya değnek ile darp veya darbı mu'tad olan uzvunu fevkalâde darp edip de ondan naşi sağır vefat etse, dâribe diyet lazım gelir."*⁵⁷ Bu düzenlemeyi şerh eden Manastırlı İsmail Hakkı Efendi, buradaki darbin selâmet şartı ile mukayyet olduğunu ifade ederek, bu darptan ötürü öğrencinin vefat etmesi durumunda darbeden kimsenin sorumlu olacağını belirtmiştir. Çünkü tedib edilen kimsenin yaşıyor olması gerekir. Aksi halde tedib de amacına aykırı bir hal almış olacaktır.⁵⁸

Mer'i hukuk bakımından, TMK'da hak sahibi olarak anne baba gösterilse de bu hakkın sınırlarından bahsedilmemiştir. TCK'da da disiplin yetkisini kimlerin kullanacağı ve bu yetkinin kötüye kullanılmayacağı düzenlenmiş⁵⁹ olmasına rağmen, tedib hakkının sınırlarından net biçimde bahsedilmemiş yalnızca, hakkın kötüye kullanılmasının yasak olduğu belirtilmiştir. Düzenlemenin gerekçesinde ise yetkinin kötüye kullanılması ile basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki oluşturmuş olan fiillerden ötürü kötü muamele değil doğrudan kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırmanın gerekeceği belirtilmiştir. Ayrıca hakaret suçunu oluşturan fiillerin bu madde kapsamında disiplin yetkisi içerisinde değerlendirilemeyeceği,

[53] Müslim, *Birr ve Sıla ve Adâb*, 112-116.

[54] Avcı, *Genel Hükümler*, s. 124.

[55] Canan, *Terbiye*, 288; Eşkan, Selma. *İslam Aile Hukukunda Çocuğun Bakım ve Eğitimi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1999, s. 38.

[56] Canan, *Terbiye*, 290.

[57] Mi'yar-ı Adalet, m. 51.

[58] Manastırlı İsmail Hakkı, *Şerh*, s. 113.

[59] TCK, m. 232/2.

bu fiillerin hakaret suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir.⁶⁰ Dolayısıyla ilgili düzenlemelerden hakkın sınırlarının yargı kararlarına ve öğretiyeye bırakıldığı görülmektedir. Bir fiilin tedib hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine hakimin somut olayın özelliklerine göre karar vereceği belirtilmiştir.⁶¹ Yargı kararlarında, çocuğa tedib hakkı kapsamında, belirli bir dereceye kadar şiddet uygulamaya izin verildiği görülmektedir.⁶² Bununla birlikte öğretide tedib hakkının sınırının ölçülülük ilkesi doğrultusunda belirleneceği, çocuğun eğitilmesi için zorunlu ve elverişli şekilde bu hakkın kullanılabilmesi, çocuğun onuru ve beden bütünlüğü gibi haklarına müdahale edilemeyeceği ifade edilmekte, fiziksel şiddetin tedib hakkı kapsamında yer almaması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.⁶³

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Çocuğun tedibi esnasında, tedib hakkının sınırları kapsamında fiziksel bir şiddette bulunan kimse kasten çocuğun vücut bütünlüğünü ihlal etmiş olmaktadır. Bu durumda suçun maddi ve manevi unsuru gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, tedib hakkı nedeniyle hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlanılacaktır.

Tedib hakkının meşruiyeti doğrudan ayetlere ve hadislere dayanmaktadır. İslâm dini çocuğun eğitimine büyük önem vermiştir. Bu önemine binaen tedib hakkını hem bir yetki hem de bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Tedib hakkı sahibinin bu yükümlülüğün kurtulması mümkün olmadığı gibi, hak sahibinin bu yetkisi iptal edilemez niteliktedir.

Çocuk üzerinde tedib hakkı sahibi olan kişi, velidir. Velinin bu hakkını kullanması devlet tarafından engellenemeyecektir. Bununla birlikte velinin tedib yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumda, devlet çocuk üzerinde tedib yetkisine sahip olacaktır.

Çocuk üzerinde tedib hakkı yerine getirilirken ölçülü bir şekilde davranılmalıdır. Öncelikle çocuğa yumuşak ve iyi sözlerle yaklaşılmalı, bunun fayda etmemesi durumunda sözler hakarete dönüşmeksizin sertleşmeli, fiziksel şiddete geçileceği hissettirilerek korkutulmalı ve

[60] Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Cilt: I, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 465.

[61] Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 933; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 251.

[62] Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, dn. 364, s. 322; Usta, Sevgi. Anne Babanın Tedip Hakkı. *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı:8, 1994, s. 17.

[63] Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan & Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1143, 1144; Erdem &/ Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 451; Usta, *Tedip Hakkı*, s. 17.

son olarak azarlama ve kulak çekme boyutunu aşmayacak ölçüde fiziksel şiddette bulunulmalıdır. Fiziksel şiddet olarak dövme kabul eden İslâm hukukçularına göre ise mutad dövme biçiminde olacak şekilde tedib yetkisi kullanılabilir. Ancak dövme için farklı şartların da bulunması gerekmektedir. Çocuk 10 veya 13 yaşını doldurmuş olmalı, kasten bir ihlal de bulunmuş olmalı, vurmada ölçülü davranılmalı, el ile vurulmalı, herhangi bir alet kullanılmamalı, çocuğun yüzüne ya da hayati tehlikeye neden olacak bölgesine vurulmamalı, bir iz yahut kemik kırığına neden olacak şekilde vurulmamalı ve bu fiil tedib kastı ile icra edilmelidir. Tüm bu kayıtlarla birlikte, fiziksel şiddetin terkinin daha uygun olduğu ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Cilt: I, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Atasoy, Samed. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidâne*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Aydın, M. Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- Baktır, Mustafa. İslâm Hukukuna Göre Çocuk Terbiyesi. *İslâm'da Aile ve Çocuk Terbiyesi*, İlmî Neşriyat, yy., ty., s. 54-64.
- Bardakoğlu, Ali. İcbar, *DİA*, TDV Yayınları, Cilt: 21, İstanbul, 2000, s. 408-410.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, Cilt: III, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1976.
- Boynukalın, Mehmet. Suç, *DİA*, TDV Yayınları, Cilt: 37, İstanbul, 2009, s. 453-457.
- el-Buhârî, Muhammed. *Sahîh-i Buhârî*, trc. Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi, İstanbul: Karınca & Polen Yayınları, 2017.
- Canan, İbrahim. İslâm'da Çocuk Hakları. *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 1995, s. 7-22.
- Canan, İbrahim. *Peygamberimizin Sünnetinde Terbiye*, Cihan Yayınları, İstanbul, 1984.
- Canan, İbrahim. *Resûlullah'a Göre Âilede ve Okulda Çocuk Terbiyesi*, Cihan Yayınları, İstanbul, 2003.
- Çağrı, Mustafa. Edep, *DİA*, TDV Yayınları, Cilt: 10, İstanbul, 1994, s. 412-414.
- Çeker, Orhan. *İslâm Hukukunda Çocuk*, Tekin Kitabevi, Konya, 2015.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Dodurgalı, Abdurrahman. *Kur'an-ı Kerim'e Göre Çocuk Eğitimi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1984.
- Dönmez, İ. Kâfi. Maslahat, *DİA*, TDV Yayınları, Cilt: 28, Ankara, 2003, s. 79-94.
- Duman Soner. *Usul Yazıları*, Beka Yayınları, İstanbul, 2018.
- Ebü Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî el-Ezdi, *Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi*, trc. Necati Yeniçel, Hüseyin Kayapınar, İstanbul: Şamil Yayınevi, 1987.
- Ebu'l-Hüseyin Müslim, b. İsmail el-Haccâc el-Kuşeyrî el-Nisâburî. *Sahîh-i Müslim*, thk. Muhammed Fuad Abdülbâkî, Kahire: Daru'l-İhyau'l-Kütübi'l-Arabiyye: Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431.
- Erdem, Mehmet & Makaracı Başak, Aslı. *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Erdogan, Mehmet. *Fıkıh İlmine Giriş*, Dem Yayınları, İstanbul, 2013.

- es-Serahsî, Şemsü'l-Eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed bin Ahmed. *el-Mebsût*, Cilt: V, Daru'l-Mârifê, Beyrut, 1414/1993
- Eşkan, Selma. *İslam Aile Hukukunda Çocuğun Bakım ve Eğitimi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1999.
- Hacı Reşid Paşa. *Ruhu'l Mecelle*, Dâru'l Hilafet-i'l-Âliye, Cilt: I, İstanbul, 1326.
- Haçkalı, Abdurrahman. Şer'î Hükümlerin Genel Amaçları. *İslâm Hukuku El Kitabı*, ed. Talip Türcan, Ankara, 2017, s. 229-242.
- Hakeri Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler*, Astana Yayınları, Ankara, 2020.
- İbn Mâce Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni. *Sünen-i İbn Mâce*, Tah.: Muhammed Fuâd Abdulbâkî, yy.: Daru'l-Ihyau'l-Kütübi'l-Arabiyye – Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431.
- el-Karadâvî, Yusuf. *İslam Hukuku Evrensellik-Süreklilik*, çev. Yusuf Işıcık, Ahmet Yaman, Nida Yayınları, İstanbul, 2016.
- Kâsânî, Ebû Bekir b. Mes'ûd. *el-Bedâ'i'u's-şanâ'î' fî tertibi's-şerâ'î'*. Cilt: VII, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986.
- Koca, Mahmut & Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Manastırlı İsmail Hakkı. *İslam Hukukunda Kişilere Karşı Suçlar (Mi'yâr-ı Adalet Şerhi)*, Haz. Avcı, Mustafa, Karadağ, Mansur, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Mehmet Emin Ay. İslâm Eğitimcilerine Göre Disiplin. *İslâm'da Aile ve Çocuk Terbiyesi*, İلمي Neşriyat, yy., ty., s. 233-247.
- Meşrebzâde Mehmed Ârif Efendi. *Tercüme-i Siyâsetnâme*, akt. Akgündüz, Ahmed. İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Cilt: I, OSAV Yayınları, İstanbul, 2011.
- Minkarizâde Kemâlüddîn İbrâhîm. *Terceme-i Risâle-i Siyâset-i Şer'iyye*, çev: Mehmet Sebzi Efendi, Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi Nuruosmaniye Koleksiyonu, no: 4982, 1121/1709.
- Okçu, Davut. *İslam Hukukunda Eğitim ve Öğretim Hakkı*, Harran Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Şanlıurfa, 2003.
- Ömer Hilmi Efendi. *Mi'yâr-ı Adalet*, akt. Akgündüz, Ahmed. İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Cilt: I, OSAV Yayınları, İstanbul, 2011.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları*, Ankara, 2022, s. 933; Demirbaş, Genel Hükümler, 251.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Şafak, Ali. Kasıt, DİA, TDV Yayınları, Cilt: 24, İstanbul, 2001, s. 559-561.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan & Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Töngür, Ali Rıza & Çetintürk, Ekrem. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Usta, Sevgi. Anne Babanın Tedip Hakkı, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı: 8, 1994, s. 15-18.
- Zorlu, Süleyman Emre. Günümüz ve İslam Hukukunda Çocuk Hakları Karşılaştırmalı Bir İnceleme. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 2, 2013, s. 125-160.
- <https://kuran.diyanet.gov.tr/mushaf>, Erişim Tarihi: 08.05.2023.

OSMANLI DEVLETİ YARGI TEŞKİLATINDA AVUKATLIK KURUMUNUN ORTAYA ÇIKIŞ SÜRECİ

Avukat Tuğçe AÇIKGÖZ

Ankara Barosu

ORC-ID: 0000-0002-1131-6719

ttugceacikgöz@gmail.com

ÖZET

Günümüzde yargının üç kurucu unsuru olarak ifade edilen, iddia, savunma ve karar makamlarından savunma makamını oluşturan avukatlar Osmanlı Devleti yargı teşkilatında da yer almışlardır. Her ne kadar Klasik Dönem’de günümüzdeki anlamıyla görev yapan avukatlardan söz edilemese de Tanzimat Dönemi’nde bu anlamda avukatlık yapan kişiler ortaya çıkmıştır. Bununla beraber Klasik Dönem’de de avukatın ifa ettiği görevlerin bir kısmını yerine getiren kimseler var olmuştur. Bu kimseler arzuhâlciler ve ayak kavaflarıdır. Ayak kavaflarına, kâğıt kavafi veya müzevvir de denilmiştir. Arzuhâlcilerin ve ayak kavaflarının ifa ettiği görevler farklılık göstermiştir. Arzuhâlciler dilekçeleri kaleme almışlar ve diğer bazı yazım işleriyle uğraşmışlardır. Ayak kavafları ise dava vekilliği yapmışlardır. Dava vekillerinin aksine, arzuhâlciler olabilmek için belirli bir eğitimden geçmek gerekmiştir. Zira dava vekilleri, İslam hukukundaki vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde, kendilerine vekâlet veren kişileri mahkemede temsil etmişlerdir. Tanzimat Dönemi’nden önce bu şekilde ifa edilen dava vekilliği, Tanzimat Dönemi’nde de yine aynı ad altında mevcut olmuştur. Öte yandan yine aynı dönemde Devlet’te görülen yenileşme hareketlerinin yargı alanında da etkisini göstermesi sonucunda yeni mahkemeler kurulmuş ve günümüzdeki anlamıyla savcılık, avukatlık, noterlik gibi kurumlar vücuda getirilmiştir. Bu çalışmada, avukatlık kurumunun Osmanlı Devleti yargı teşkilatında ortaya çıkış süreci genel hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu amaçla öncelikle İslam hukukundaki dava vekilliği açıklanacaktır. Devamında ise Klasik Dönem Osmanlı hukukundaki dava vekilliği ve arzuhâlcilik bazı mühimme defterlerine ve şer’iye sicillerine atıflarla açıklanacaktır. Son olarak, Tanzimat Dönemi Osmanlı hukukundaki dava vekilliği ve dava vekilliği kurumunun bu dönem içerisinde gösterdiği gelişim çıkarılan bazı nizamnamelerle birlikte ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda dava vekilliği kurumu açısından özel bir öneme sahip olan Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri

Hakkında Nizamname'ye ayrıca temas edilecektir. Zira Nizamname ile dava vekilliğinin belirli kurallara tabi olarak icra edilen bir meslek grubu olduğu kabul edilmiş ve avukatlığa dair günümüz mevzuatının temelleri atılmıştır. Belirtmek gerekir ki Tanzimat Dönemi'nde atılan bu temelin kaynağını ise Klasik Dönem'de edinilen dava vekilliği ve arzuhâlcilik tecrübeleri oluşturmuştur.

Anahtar Kelimeler: Arzuhâlcî, Dava vekili, Vekâlet sözleşmesi, Avukat, Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname.

THE EMERGENCE PROCESS OF THE LAWYERSHIP INSTITUTION IN THE JUDICIAL ORGANIZATION OF THE OTTOMAN STATE

ABSTRACT

Today, it is stated that the three constituent elements of the judiciary are the prosecution, defense and decision authorities. Of these elements, lawyers who constitute the defense authority existed in the judicial organization of Ottoman State as well. Although it is not possible to talk about lawyers who worked in the present sense in the Classical Period, people who work as a lawyer in this sense emerged in the Tanzimat Period. However, there were people who fulfill part of the duties performed by the lawyer in the Classical Period as well. These people were *arzuhâlcis* and *ayak kavafis*. *Ayak kavafi* was also called *kâğıt kavafi* or *müzevvir*. The duties performed by *arzuhâlcis* and *ayak kavafis* were different from each other. *Arzuhâlcis* wrote petitions and engaged in some other writing works. On the other hand, *ayak kavafis* acted as a barrister. Unlike barristers, it was necessary to go through a certain education in order to become a *arzuhâlcî*. Because barristers, within the framework of the provisions of the agency contract in Islamic law, represented the persons who gave a power of attorney to them in court. The barristership which was carried out in this manner before the Tanzimat Period also existed in the Tanzimat Period in the same name. However, again in the same period, new courts were established and institutions such as prosecution, lawyership, notary in present sense were established as a result of the taking effect of modernization movements that were seen in the State in the field of judiciary as well. In this study, the emergence process of the lawyership institution in the judicial organization of the Ottoman State will be tried to be clarified in general terms. For this purpose, the barristership in Islamic law will be explained primarily. Afterwards, the barristership and *arzuhâlcilik* in the Classical Period of Ottoman law will be explained with references

to some *mühimme defteris* and *şer'iyе sicilis*. Finally, the barristership in the Ottoman law in the Tanzimat Period and the development of the barristership institution during this period will be tried to be clarified with the published some *nizamnames*. In this context, *Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname* which has a special importance for the barristership institution, will be touched upon particularly. Because it was accepted with the *Nizamname* that barristership is a professional group that is carried out subject to certain rules and the foundations of present legislation on lawyership were laid. It is necessary to state that the sources of this foundation laid in the Tanzimat Period were the barristership and *arzuhâlcilik* experiences gained in the Classical Period.

Keywords: Arzuhâlcî, Barrister, Agency contract, Lawyer, Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname.

GİRİŞ

Osmanlı Devleti yargı teşkilatında avukatlık kurumunun ortaya çıkışı Tanzimat Dönemi'ne rastlamaktadır. Bu dönemde Devlet'te görülen yenileşme hareketleriyle uyumlu olarak yargı teşkilatında da bazı yenilikler yapılmıştır. Bu bağlamda yürürlüğe koyulan çeşitli nizamnamelerle yeni mahkemeler kurulmuş ve günümüzdeki anlamıyla savcılık, avukatlık, noterlik gibi kurumlar oluşturulmuştur. Bununla beraber Osmanlı Devleti'nin Klasik Dönemi olarak adlandırılan, Devlet'in kuruluşundan Tanzimat Dönemi'ne kadar olan süreyi kapsayan¹, dönemde de günümüzdeki avukatların ifa ettiği görevlerin bir kısmını yerine getiren kimselere rastlanmaktadır. Bu kimseler arzuhâlcî ve ayak kavafı olarak nitelendirilen kişilerdir. Evliya Çelebi'nin esnaf-yazıcıyan şeklinde tabir ettiği arzuhâlciler, dilekçe yazmışlar ve diğer bazı yazılı belgeleri düzenlemişlerdir. Bu nedenle arzuhâlcî olabilmek için her şeyden önce okuma yazma bilmek gerekmiştir. Okuma yazma bilenlerden yalnızca belirli bir eğitimden geçenlerin arzuhâlcî olmalarına izin verilmiştir. Kâğıt kavafı veya müzevvir olarak da adlandırılan ayak kavafıları ise dava vekilliği yapmışlardır. Dava vekili olabilmek için İslam hukukundaki vekâlet sözleşmesi hükümlerine uygunluk aranmıştır².

Bu nedenle, Osmanlı Devleti yargı teşkilatında avukatlık kurumunun ortaya çıkış sürecinin genel hatlarıyla inceleneceği bu çalışmada

[1] Kılıç, Ahmet. Klasik Dönem Osmanlı Devletinde Teşhir Cezası. *International Journal of Science Culture and Sport*, Cilt: 3, Sayı: Özel Sayı 4, 2015, s. 448.

[2] Yılmaz, Ejder. Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, s. 196; Vatansver Öztürk, Müge. Osmanlı Devleti'nde Avukatlık (Dava Vekilliği) Kurumu. *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 146, 2018, s. 48; Durhan, İbrahim. Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 3-4, 2004, s. 27-28; Kılıç, Yusuf. *Osmanlı Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 142-143.

öncelikle İslam hukukunda dava vekilliği konusuna temas edilecektir. Devamında, Klasik Dönem’de dava vekilliği ve arzuhalcilik bazı mühimme defterlerine ve şer’iye sicillerine atıflarla açıklanacaktır. Son olarak ise Tanzimat Dönemi’nde dava vekilliği bu dönemde çıkarılan bazı nizamnameler ışığında anlatılacaktır.

İSLAM HUKUKUNDA DAVA VEKİLLİĞİ

İslam hukuku tarihine bakıldığında vekil adı verilen kimselerin İslam hukukundaki vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde davacıyı veya davalıyı mahkemede temsil etmek için duruşmalara katıldığı görülmektedir. Tarihsel olarak Hz. Muhammed döneminden itibaren bu uygulamanın var olduğu söylenebilir. İslam hukukuna göre vekâlet sözleşmesi, dinen ve hukuken yapmaya yetkili olunan ve vekil eliyle yürütülmeye elverişli olan bir konuda kişinin kendisi adına işini yürütebilmesi için başka bir kişiyi yetkilendirmesidir. Vekâleti şahsen ifa borcu altına giren bu kişiye vekil adı verilirken, kendisi adına işi yürütülecek kişiye ise müvekkil adı verilir³.

İslam hukukunda davaya vekâlet sözleşmesine husumete vekâlet sözleşmesi denilmektedir. Diğer vekâlet sözleşmeleri gibi husumete vekâlet amacıyla yapılan vekâlet sözleşmeleri de karşılıklı veya karşılıksız yapılabilir. Vekâlet sözleşmesinin bağlayıcı olmayan sözleşmeler grubunda yer alması nedeniyle müvekkil veya vekil sözleşmeyi kural olarak istedikleri zaman feshedebilir. Ancak vekâlet sözleşmesi uygun olmayan bir zamanda feshedilirse, sözleşmeyi fesheden taraf açısından bu yüzden doğacak zararları karşılama yükümlülüğünün ortaya çıktığını belirtmek gerekir⁴.

Vekâlet sözleşmesi çerçevesinde vekile verilen karşılığın mahiyeti konusunda ise İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı vardır. Kimi İslam hukukçuları bu karşılığın cuâle hükmünde olduğunu savunmaktadır. Cuâle ise yapılacak belirli bir iş karşılığında ödenecek ücret, böyle bir ödemeyi üstlenme, ödemeye söz verme gibi anlamlara karşılık gelir. Sözleşmede cuâleyle dair bir hüküm varsa vekile ücret ödemesi ancak dava kazanılırsa yapılır. Sözleşmede ücrete dair doğrudan bir hüküm olduğunda ise ücret ödemesi yapılırken davanın kazanılıp kazanılmadığına bakılmamaktadır. Bu durumda vekil ücrete her iki ihtimalde de hak kazanmaktadır. Ancak sözleşme yapılırken herhangi bir karşılık belirlenmemişse, vekilin konumuna bakılması gerekir. Vekil genellikle ücretle iş yapan, bu işten para kazanan, biriyse ücret ödemesi yapılmalıdır. Ödenecek ücretin nasıl belirleneceği hususunda

[3] Durhan, s. 26; Kılıç, s. 25; Atar, Fahrettin. Avukat, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 4, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1991, s. 166-167.

[4] Vatanserver Öztürk, s. 47; Kılıç, s. 75-76, 126, 152.

ise sözleşmeye konu olan işin genellikle nasıl bir ücret karşılığında yapıldığına bakılarak karar verilir⁵.

Öte yandan ücretin ödenebilmesi için vekâlet sözleşmesinin ispatı gerekebilir. Sözleşmenin ispatı iki şekilde mümkündür. İlki tanıkla ispattır. Bu durumda mahkemede iki tanığın vekâlet sözleşmesine şahitlik yapması gerekir. İkincisi ise mahkemeden veya kâtibiadil olarak adlandırılan günümüzdeki noterlikler benzeri resmi bir kuruluştan alınacak belge ile ispattır. Bu durumda ispat için belgenin gösterilmesi yeterlidir. Ancak belirtmek gerekir ki hangi davaların vekâletle yürütülebileceği konusunda İslam hukukçuları arasında fikir ayrılığı bulunmaktadır⁶.

Tarihsel olarak ise vekillere verilen önemin zamanla arttığı görülmektedir. Hatta öyle ki vekillik kazançlı bir meslek hâline gelmiştir. Bundan başka, 10. ve 12. yüzyıllar arasında baroya benzer örgütlenmelerin teşekkül ettiği anlaşılmaktadır. Bahsedilen olumlu gelişmelere rağmen 13. yüzyıldan itibaren vekillik kurumunun yozlaşma sürecine girdiği gözlenmektedir. Söz konusu yozlaşma kadı beratlarındaki ifadelerden de anlaşılmaktadır. Beratlardaki ifadeler mahkemeyi yanıltmaya çalışan vekillere karşı kadılara uyarı niteliğindedir. Bu uyarıların altında yatan temel neden ise İslam hukukuna göre vekilin görevinin gerçeğe ulaşılmasında kadıya yardımcı olmak olmasıdır. Bu sebeple kadı, vekili dürüst bulmadığı takdirde mahkemeden dahi atabilir. Nitekim *“Her kim haksız bir davayı bile bile savunmaya kalkarsa, bu davasından dönünceye kadar Allah’ın gazabı, öfkesi onun üzerine olur.”*⁷ hadisiyle, dava vekillerinin uyarılmasının yanı sıra İslam hukukunda yapılan yargulamaların amacı da ortaya konulmaktadır⁸. Konu başlığıyla ilgili diğer hususlara dair açıklamalar bir sonraki başlık altında yeri geldikçe yapılacaktır.

KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUKUNDA DAVA VEKİLLİĞİ VE ARZUHÂLCİLİK

Osmanlı Devleti’nin Klasik Dönemi’ndeki devlet teşkilatıyla Abbasi, Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletlerinin devlet teşkilatları arasında benzerlikler vardır. Bu bağlamda Osmanlı Devleti’nin Klasik Dönemi’ndeki yargı teşkilatıyla bu devletlerin yargı teşkilatları arasında

[5] Vatansever Öztürk, s. 47; Aydın, Mehmet Âkif. Cuâle, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 8, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1993, s. 77; Songür, Haluk. İslâm Hukukunda Avukatlık Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme. *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 1994, s. 241-242.

[6] Vatansever Öztürk, s. 47; Durhan, s. 26; Aybakan, Bilal. Vekâlet, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 43, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2013, s. 2.

[7] D3597 Ebû Dâvûd, *Kada’ (Akdiye)*, 14; HM5385 İbn Hanbel, II, 71, Aktaran: Diyanet İşleri Başkanlığı, *Hadislerle İslâm 5 Hadislerin Hadislerle Yorumu*, 1. Baskı, Ankara, 2014, s. 405.

[8] Durhan, s. 26-27; Vatansever Öztürk, s. 47; Atar, s. 167.

da benzerlikler olduğu görülmektedir⁹. Söz konusu devletlerin ortak özelliği ise İslam devleti olmaları dolayısıyla İslam hukukuna tabi olmalarıdır. Bu nedenle bu başlık altında, Osmanlı Devleti'nin yargı teşkilatı içerisinde incelenebilecek olan dava vekilliği ve arzuhalcilik konuları yeri geldikçe İslam hukuku kurallarına da değinilerek genel hatlarıyla açıklanmıştır.

Dava Vekilliği

Klasik Dönem Osmanlı hukukundaki dava vekilliğinin İslam hukukundakine benzer şekilde mevcut olduğu görülmektedir¹⁰. Osmanlı hukukundaki vekâlet sözleşmesi ve dava vekilliği aşağıda maddeler hâlinde açıklanmıştır.

1- Vekâlet sözleşmesinin hukuk dünyasında varlığı için gerekli olan bazı unsurlar vardır. Hanefilere göre bu unsurlar icap ve kabuldür. Hanefiler dışındaki İslam hukukçularının çoğunluğuna göre ise icap ve kabulden başka, taraflar, konu ve bu hususlarla ilgili varlığı zorunlu olan unsurlar da bulunmalıdır. Vekile ödenecek ücret ise Osmanlı hukukunda da vekâlet sözleşmesinin varlık şartı olmamıştır. Ücret sözleşmenin zorunlu bir unsuru değildir¹¹.

2- İslam hukukçularının çoğunluğu, davaya vekâlet sözleşmesi yapılabilmesi için hasmın rızasının gerekmediğini düşünmüşlerdir. Aynı görüş Osmanlı hukukunda da kabul edilmiştir. Vekil tayini tamamen kişiye ait bir hak olarak görülmüştür¹².

3- İslam hukukunda olduğu gibi, vekâlet sözleşmesi yetki alanı itibarıyla, genel veya özel olabilmıştır. Alım satıma vekâlet, nikaha vekâlet, davaya vekâlet gibi çeşitli konularda vekâlet sözleşmesi yapılabilmıştır¹³.

4- Vekâlet sözleşmesinde müvekkil veya vekil olabilmek için gerekli şartlar İslam hukukundakiyle aynı şekildedir. Vekilin ayırt etme gücüne sahip olmasını yeterli gören Hanefi görüşünün Osmanlı hukukunda kabul edildiği söylenebilir¹⁴. Aşağıda bir şer'îye sicilinden alıntılanan hüccetteki ifadeler bu düşüncenin dayanağı niteliğindedir.

“Mehmed b. Abdullah, Yorgi b. Mihal'in mürâhik zimmî oğlunu vekil

[9] Cin, Halil & Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, 6. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2015, s. 104, 161.

[10] Vatansver Öztürk, s. 48-49; Durhan, s. 27; Konan, Belkıs. 20. Yüzyılın Başında Osmanlı Hukukçularının Avukatlık Mesleğine Bakışı. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, 2022, s. 123.

[11] Karaman, Hayreddin. Akid, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 2, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1989, s. 253; Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990, s. 20.

[12] Vatansver Öztürk, s. 47, 49; Songür, s. 238.

[13] Vatansver Öztürk, s. 47; Songür, s. 240-241; Durhan, s. 28; Kılıç, s. 37-38.

[14] Aybakan, 1990, s. 28.

*eyledi ve bi't-taleb sebt-i sicil olundu.*¹⁵

Belgeden anlaşıldığı üzere Müslümanlar zimmileri vekil tayin edebilmiştir. Ayrıca vekilin baliğ olması da gerekmemiştir. Zira ergenlik dönemine girmemiş çocukların dahi vekil olarak belirlenmesi mümkün olmuştur. Nitekim tüm bu hususlar, vekilin ayırt etme gücüne sahip olmasını yeterli gören Hanefi görüşünün uygulamaya yansımış şeklidir.

5- İslam hukukunda olduğu gibi, aynı dava için birden fazla vekil tayin edilebilmiştir¹⁶.

6- Vekâlet sözleşmesi, İslam hukukundakiyle benzer şekilde, mahkemede iki tanıkla ya da mahkemededen veya kâtibadilden alınan yazılı bir belgeyle ispat edilmiştir¹⁷.

7- İslam hukukundakine benzer şekilde vekilin ve müvekkilin vekâlet sözleşmesinden doğan birtakım borçları olmuştur. Vekilin sözleşmeden doğan borçları genel olarak; müvekkilin talimatına uygun hareket etme, üstlendiği işi sadakatle ve özenle bizzat yerine getirme, müvekkil adına elde edilen şeyleri müvekkile teslim etme ve üstlenilen işle ilgili hesap verme borçlarıdır. Müvekkilin borçları ise şartları oluştuysa, vekile ücret ödenmesi ve vekilin giderlerinin ve zararların karşılanmasıdır¹⁸.

8- Osmanlı hukukunda dava vekili, müvekkili izin vermedikçe; karşı tarafla sulh yapamamış, karşı tarafı ibra edememiş ve uyuşmazlık konusu malvarlığını veya değeri karşı tarafa bağışlayamamıştır. İkrarda bulunma ve kabz yetkisi konusunda ise İslam hukukçuları arasında farklı görüşler mevcuttur¹⁹. Aşağıda, şer'îye sicillinden alıntılanan iki hüccet ile konuya dair çıkarımlarda bulunulmuştur.

*"Sebeb-i tahrîr-i kitâb budur ki Üveys Bey b. Mustafa Çelebi meclis-i şer'de Turudcaoğlu Mustafa Rıdvan'da ve gayride irs-i şer' ile kendiyeye müntekil olan emvâlin kabzına ve îsâline ve murâfa'a-i hükkâmına ene ehtaccü ileyhâ vekîl-i mutlak üzre vekîl nasb edildi meclis-i tevkîlde Turudcaoğlu dahi vekâleti kabûl etti tevkîlen sahîhan şer'îyyen âriyen an şâyibeti'l-fesâd ve'l-butlân mu'teberen lede'l-hükkâm öyle olsa Üveys Bey'in talebiyle deftere sebt olundu.*²⁰

Belgeye konu olan vekâlet sözleşmesinde davaya vekâlet yetkisinden

[15] Tophane Mahkemesi, 2 Numaralı Sicil, Hüküm Numarası: 340, Yılmaz, Coşkun (Editör). İstanbul Kadı Sicilleri 43 Tophane Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, Seçil Ofset, İstanbul, 2019, s. 141.

[16] Atar, s. 167; Vatansver Öztürk, s. 49; Kılıç, s. 36-37.

[17] Kılıç, s. 141; Vatansver Öztürk, s. 49; Durhan, s. 26; Atar, s. 167.

[18] Kılıç, s. 45-53; Aybakan, 2013, s. 3-4.

[19] Kılıç, s. 127, 130-133; Aybakan, 2013, s. 3.

[20] Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, Hüküm Numarası: 248, Yılmaz, Coşkun (Editör). İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, TDV Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, İstanbul, 2008, s. 193.

ayrı olarak kabz yetkisi verildiği açıktır. Bu belgeden yola çıkılarak bir sonuca varılacak olursa vekâlet sözleşmesinin vekile kabz yetkisini doğrudan vermediği, bu yetkinin vekile ayrıca verilmesi gerektiği söylenebilir.

Aşağıdaki hüccet ise vekâlet sözleşmesindeki ikrar yetkisiyle ilgilidir. Belgenin günümüz Türkçesine uyarlanmış hâlinin yalnızca konuyla ilgili olan kısımları alıntılanmıştır.

“Bu sahih şer’î bir hüccet ve açık geçerli bir belgedir. İçeriğinde Ali b. Hızır isimli şahsın kendisinden asaleten ve kardeşi İbrahim b. Hızır’dan vekaleten ikrar ve kabul ettiği hususlar dile getirilmektedir. Aşağıdaki dava için ikrar ve tecvîz etme hususunda kardeşine vekâleti sabit olmuştur. Bununun zikri o ikisinin (Ali ve İbrahim) mûrisin nesebî asabesi olmaları itibarıyla vefat etmiş bulunan Silahdar Hüseyin b. Abdullah’ın vârisleri oldukları Hasan b. Ali ve Yusuf b. ...’nın şehadetleriyle sabittir. Zikri geçen mûris Hüseyin b. Abdullah hastalığı esnasında bütün malının üçte birini vasiyyet etmişti... Her ikisi bu zikredilen vasiyyeti sahih ve şer’î bir şekilde kabul ve tecvîz etmişlerdir... Böylece bu yazının üzerine imza koyan hâkim bu ikrar ve vasiyyetin sahih ve şer’î olduğuna hükmetti. İş bu şekilde neticelenince delil getirmek gerektiğinde bir hüccet olarak bulunması için bu belge yazıldı ve zikri geçen vasiye verildi...”²¹

Belgedeki ifadelerden, ikrar yetkisinin kapsamı belirtilerek vekâlet sözleşmesi yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumdan yola çıkılarak bir sonuca varılacak olursa, vekâlet sözleşmesinde kapsamı belirtilmesi gereken ikrar yetkisinin davaya vekâlet sözleşmesinde de ayrıca belirtilmesi gerektiği söylenebilir.

9- İslam hukukunda olduğu gibi Osmanlı hukukunda da vekiller ceza ve hukuk davalarında temsil faaliyetinde bulunmuşlardır²². Şer’iye sicillerinde ve mühimme defterlerinde konuya dair örnekler mevcuttur. Aşağıda şer’iye sicilinden yapılan bir alıntı yer almaktadır.

“Fasl Vech-i tezkiretü’l-hurûf oldur ki nefsi Herekedone’de fevt olan Koca Pavlo nâm zimmî kâfirde karz-ı hasenden beş yüz akçem var idi üstünde kaldı deyu meclis-i şer’de Hüseyin b. Abdullah da’vâ edicek vekîli olan Mehmed yüzüne udûl-i müslimînden Hamza b. Yadigar ve Kara Hasan b. Bazarlı edâ-i şehâdet edip dediler ki mezbûr müdde’î Hüseyin b. Abdullah mezkûr müteveffâ üzerinde beş yüz [akçesi] vardır deyu şehâdetleri ba’de’t-tahlîf hayyiz-i kabûlde vâki olup mezbûr meblağî şer’an Hüseyin’e hükm olunup deftere sebt-i sicil olundu.”²³

[21] Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, Hüküm Numarası: 472, Yılmaz, Coşkun. 2008, s. 291-292.

[22] Vatansver Öztürk, s. 49; Kılıç, s. 39.

[23] Üsküdar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, Hüküm Numarası: 687, Yılmaz, Coşkun. 2008, s. 378.

Belgedeki ifadelerden bir hukuk davasında vekil tayin edildiği ve bu davanın nitelik itibarıyla tespit davası olduğu anlaşılmaktadır. Aşağıdaki alıntı ise mühimme defterinden yapılmıştır.

“Dubrovnik beglerine hüküm ki: Bundan akdem gözlerin çıkarduf[ği] nuz kimesnenün da’vâsı Südde-i sa’âdetümde olan ilçilerinüz yüzine istimâ’ olunup hükm olmak üzre iken bu husûsa vekil değılüz diyü te’hîr-i da’vâ itdüklerinde bu husûsa vekîl nasb idüp gönderesin diyü hükm-i şerîf gönderilmiş idi. Haylî zamân olup henüz vekîlinüz gelmedi. Buyurdum ki: Kadîmden atebe-i ulyâma olan ubûdiyyet muktezâsınca mu’accelen bir [ve]kîl nasb idüp Südde-i sa’âdet’üme gönderesin ki mezkûrun da’vâsı Şer’ile görölüp fasl olına.²⁴”

Belgedeki ifadelerden Dîvân-ı Hümâyûn’da bir ceza davasının görüleceği ve bu davanın görülebilmesi için davalıyı temsil edecek vekilin huzurda bulunmasının gerektiği anlaşılmaktadır. Ayrıca belgede ismen zikredilmese de bir ilkeye vurgu yapılmaktadır ki o da günümüz ceza muhakemesi hukuku ilkelerinden yüz yüzelik ilkesidir. Zira taraflardan birinin ve vekilinin yargılama sırasında huzurda bulunmaması durumunda yargılamanın ertelenmesi bu ilkeye işaret etmektedir.

10-İslam hukukunda olduğu gibi, vekâlet sözleşmesi azil, istifa, taraflardan birinin ölümü, tasarruf ehliyeti veya yetkisi kaybı ve ifa imkansızlığı gibi hâllerde sona ermiştir²⁵.

11-Dava vekilliği Osmanlı Devleti’nin Klasik Dönemi’nde de bir düzen içerisinde icra edilmemiştir. Nitekim dava vekillerine atfen söylenen ayak kavafı tabirinden de bu husus anlaşılmaktadır. Zira kavaf kelimesi esnaf kelimesine karşılık geldiğinden, ayak kavafı ifadesinden bu esnafın yazlıhanelerinin olmadığı ve belirli bir düzen içerisinde işlerini yürütmedikleri sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte dava vekilliği yapan herkese ayak kavafı denmediğini, dava vekilliğinden düzenli şekilde para kazanan kişilere yönelik olarak bu ifadenin kullanıldığını belirtmek gerekir. Yine belirtmek gerekir ki bahsedilen kişilere kâğıt kavafı denildiği de olmuştur. Dava vekillerine atfen söylenen bir diğer ifade ise müzevvidir. Bu ifade dava vekillerinin yalancı, arabozucu olarak görüldüğünü anlatmaktadır²⁶. Ancak Osmanlı Devleti’nin Klasik Dönemi olarak adlandırılan dönem, hukuk sisteminin en iyi şekilde işlediği ve Devlet’in en güçlü olduğu dönemi de içinde barındırmaktadır. Bu nedenle şayet yukarıda verilen bilgiler dolayısıyla, Klasik Dönem

[24] 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm Numarası: 1392, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, *Dîvân-ı Hümâyûn Sicilleri Dizisi: 1 3 Numaralı Mühimme Defteri*, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 1993, s. 616-617.

[25] Aybakan, 2013, s. 4-6; Kılıç, s. 75-85.

[26] Vatansver Öztürk, s. 48-49; Durhan, s. 27; Kılıç, s. 142.

boyunca dava vekillerinin daima yalancı ve arabozucu olarak görüldüğü sonucuna ulaşırsa kanaatimizce bu sonuç hakkaniyete uygun olmaz.

Arzuhâlcilik

Osmanlı Devleti'nde dava vekilleri dışında günümüzdeki anlamıyla avukata benzer görevler ifa eden başka kimseler de vardır ki bu kimseler arzuhâlcilerdir. Arzuhâl kelimesi, bir istek ya da şikâyetin üst bir merciye ulaştırılabilmesi için sunulan yazı veya dilekçe, istek ya da şikâyetin üst merciye duyurulması gibi anlamlara karşılık gelmektedir. Arzuhâlcisi ise bu arzuhâlleri kaleme alan kişidir. Evliya Çelebi, Seyahatname'sinde bu kişileri esnaf-ı yazıcıyan yani yazıcılar esnafı olarak ifade etmiştir²⁷.

Arzuhâlcilerin dürüstlüğüne, yazısının güzelliğine, tecrübesine ve hukuk bilgisine önem verilmiştir. Bu özelliklere sahip olmayanların arzuhâlcilik yapmasına izin verilmemiştir. Bu bağlamda yalnızca ruhsat alanlar arzuhâlcilik yapabilmıştır. Sahip olunması gereken tüm bu nitelikler dolayısıyla, devlet kurumlarında kendilerini yetiştirmiş katipler arzuhâlcilik yapmıştır²⁸. Aşağıda konuyla ilgili olarak, mühimme defterinden yapılan bir alıntı yer almaktadır.

“Klis sancağı beğine hüküm ki: Rikâb-ı hümâyûnuma ruk'a sunulup senden şikâyet olunmağın sunulan ruk'anun sûreti aynı ile ihrâc olup sana gönderildi. Buyurdum ki: Vusûl buldukda, nazar idüp göresin; içinde münderic olan mevâddı tamâm ma'lûm idünüp dahı her birine cevâbun neyse yazup arz eylesin.”²⁹

Belgedeki ifadelerden Dîvân-ı Hümâyûn'a bir dilekçe sunulmuş ve Kilis sancağı beyinden şikâyetçi olduğu ve dilekçeye konu olan hususlarda sancak beyinden cevap istendiği anlaşılmaktadır.

Aşağıda konuyla ilgili olarak, mühimme defterinden yapılan bir başka alıntı yer almaktadır.

“Kudüs-i Şerîf beğine hüküm ki: Dârende Fâtıma gelüp ruk'a sunup; “Oğlum ile Kudüs ziyâretine varup gelürken âsî Arab basup esbâbum gâret idüp oğlumı alup esîr itdiler. Bahâ taleb iderler; hayfdur.” diyü tezallüm eyledi. İmdi; şimdiye değın Arab tâyifesi kimesne esîr itdüğü yoğdı. Bu husûs hâlâ senün zamânunda vâkı' olup bu bâbda tamâm mes'ûl olmışın. Mezkûrenün oğlını halâs itmek senün uhdene lâzımdür. Buyurdum ki: Te'hîr itmeyüp mukayyed olup her ne tarîkla mümkün ise tedârük idüp halâs idesin. Şöyle ki; tekrâr şikâyet oluna, mu'âteb olursın.”³⁰

[27] Yılmaz, Ejder. s. 196; Vatansver Öztürk, s. 48; İpşirli, Mehmet. Arzuhâl, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 3, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1991, s. 447-448.

[28] Durhan, s. 27; Kılıç, s. 143-144; Yılmaz, Ejder. s. 196-197.

[29] 3 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm Numarası: 51, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, s. 27.

[30] 7 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm Numarası: 34, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel

Belgedeki ifadelerden bir annenin, oğlunu alıkoyan kişilerden Dîvân-ı Hümâyûn'a dilekçe sunarak şikâyetçi olduğu anlaşılmaktadır. Belgede söz konusu olaydan Kudüs-i Şerîf beyinin sorumlu olduğu ayrıca açıklanmıştır. Beyden önceki görevlilerin döneminde Arapların kimseyi alıkoymadığı belirtilmiştir. Beye, alıkonulan kişiyi kurtarması söylenmiştir.

Bu başlık altındaki mühimme defterlerinden yapılan alıntılardan, Osmanlı Devleti tebaasının dileklerini ve şikâyetlerini yetkili mercilere iletmesinde arzuhâllerin ne denli önemli bir işlev yerine getirdiği anlaşılmaktadır. Yine söz konusu alıntılardan yola çıkılarak, arzuhâlcilerin ne denli önemli bir iş gördüğü anlaşılabilir.

TANZİMAT DÖNEMİNDE DAVA VEKİLLİĞİ

Gülhane Hatt-ı Hümâyûnu olarak da anılan Tanzimat Fermanı 3 Kasım 1839'da ilan edilmiştir. Fermanla birlikte Tanzimat Dönemi'nin başladığı kabul edilmektedir. Bu dönemin özelliği, Osmanlı Devleti'nin klasik devlet yapısında siyasal, yönetsel, hukuksal ve ekonomik düzenlemelerin yapıldığı bir dönem olmasıdır. Yargı teşkilatıyla ilgili bu dönemde yapılan düzenlemelerde yeni mahkemelerin kurulduğu ve günümüzdeki anlamıyla savcılık, avukatlık, noterlik gibi kurumların oluşturulduğu görülmektedir. Kurulan yeni mahkemelere nizamiye mahkemeleri örnek olarak verilebilir. Böylelikle Klasik Dönem'de temel olarak şer'îye mahkemelerinde yürütülen yargılama faaliyetleri Tanzimat Dönemi'nde yeni kurulan mahkemelerde de yürütülmeye başlanmıştır. Nitekim tanzimat kelimesinin Türk Dil Kurumu'na göre anlamı "*idari işlerin düzeltilmesi için alınan önlemlerin ve uygulamaların tamamı*" şeklindedir³¹.

Çalışmanın bu bölümünde, Osmanlı Devleti yargı teşkilatında avukatlık kurumunun ortaya çıkış sürecinin ve bu bağlamda Tanzimat Dönemi'nde dava vekilliğinin anlaşılabilmesi için bu dönemde çıkarılan bazı nizamnamelere aşağıda kronolojik olarak değinilmiştir.

1-1861 tarihli Usul-ü Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamname'de davaya vekâlete ilişkin bazı hükümlere yer verilmiştir. Nizamname'nin 28. maddesine göre tarafların mahkemeye ya bizzat gelmeleri ya da vekil görevlendirmeleri gerekmektedir. Vekil görevlendirildiği takdirde vekâletnamenin duruşmadan önce mahkeme başkatibine ibraz edilmesi zorunluluğu 29. maddede düzenlenmiştir. Ayrıca 30. maddede ise geçerli bir vekâletnameye sahip olanlardan ya da geçerli bir vekâletnameye

Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, *Dîvân-ı Hümâyûn Sicilleri Dizisi: V 7 Numaralı Mühimme Defteri*, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 1998, s. 15-16.

[31] Durhan, s. 30; Cin & Akyılmaz, s. 177, 541; <<https://sozluk.gov.tr/>>, tanzimat, Erişim Tarihi: 27.06.2023.

sahip olmamakla birlikte mahkemede taraflarca yetkili kılınarlardan başka kimsenin davaya vekâlet edemeyeceği belirtilmiştir³².

2- 1869 tarihli Şura-yı Devletin Nizamname-i Dâhilîsi'nin 6. maddesinde duruşmada vekil ile temsile belirli şartlar altında izin verilmiştir. Maddeye göre, asıl davacı zorunlu bir nedene bağlı olarak duruşmada hazır bulunmazsa mahkemenin kabul edeceği nitelikteki bir kişiyi vekil tayin edebilecektir³³.

3- 1870 tarihli Divan-ı Ahkâm-ı Adliyenin Nizamname-i Dâhilîsi'nin 28. maddesinde davaya ilişkin Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'ye dilekçeyle yapılacak başvurunun vekil vasıtasıyla da yapılabileceği ifade edilmiştir³⁴.

4- 1870 tarihli Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabita ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamnâme'de de davaya vekâlete ilişkin bazı hükümler yer almaktadır. Nizamname'nin 76. maddesine göre, işlenen cinayetle ilgili kişi haklarını ilgilendiren bir davada taraflar kendilerini vekille temsil ettirebileceklerdir. Bir ceza davasında ise sanık ancak duruşmada hazır bulunduğu takdirde vekilin sanığı savunması mümkün olabilecektir. Tayin edilebilecek vekillerin Osmanlı Devleti tebaasından olması ve vekâletnamenin ibraz edilmesi zorunluluğu ise 77. maddede düzenlenmiştir. Bundan başka, 78. maddede ise davaya vekâlet edemeyecek görevliler istisnai durumlar da ifade edilerek açıklanmıştır³⁵.

5- 1876 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname ise Nizamname'nin adından da anlaşılacağı üzere münhasır olarak dava vekilliği mesleğini konu edinmektedir. Nizamname'nin birinci bölümünde dava vekilliği mesleğine giriş ve kabul şartları açıklanmıştır. İkinci bölümünde dava vekillerinin görevleri ve sorumluluk alanları ifade edilmiştir. Üçüncü bölümünde davaya vekilliği ücretleri ve bu ücretlerin tahsili düzenlenmiştir. Dördüncü bölümünde, günümüzdeki anlamıyla baronun karşılığı olan, dava vekilleri cemiyetinin kurulmasına ve cemiyetin görevlerine dair hükümlere yer verilmiştir. Nizamname'de

[32] Türkiye Barolar Birliği, *Türkiyede Savunma Mesleğinin Gelişimi Birinci Cilt*, 1. Baskı, Yörük Matbaası, İstanbul, 1972, s. 61-62; Durhan, s. 31. Türkiye Barolar Birliği'nce yayımlanan eserde Nizamname'nin miladi tarihinin 1862 olarak geçtiğini belirtmek gerekir.

[33] Türkiye Barolar Birliği, s. 66; Durhan, s. 32. Türkiye Barolar Birliği'nce yayımlanan eserde Nizamname'nin miladi tarihinin 1870 olarak geçtiğini belirtmek gerekir.

[34] Türkiye Barolar Birliği, s. 65; Durhan, s. 33. Durhan'ın eserinde Nizamname'nin miladi tarihinin 1869 olarak geçtiğini belirtmek gerekir.

[35] Türkiye Barolar Birliği, s. 63; Durhan, s. 32; Turan, Ali. "Osmanlı Devleti'nde Ceza Muhakemesine Dair Hukuki Bir Düzenleme: Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'ce Hazırlanan Muvakkat Talimatname (1869), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 2, 2021, s. 1174, 1195-1196. Türkiye Barolar Birliği'nce yayımlanan eserde ve Durhan'ın eserinde Nizamname'nin tarihi belirtilmemiştir. Turan'ın eserinde ise Nizamname'nin miladi tarihi 1870 olarak geçmektedir.

geçici maddeler de bulunmaktadır. Bu maddelerin genel olarak geçiş hükmü niteliğinde olduğu söylenebilir. Ayrıca Nizamname'nin hatimesinden anlaşıldığı üzere Nizamname İstanbul'daki dava vekilleri için hüküm ifade etmiştir. Nitekim 1880 tarihli Dava Vekâleti Nizamının Vilayatta Dahi İcrasına Dair Adliye Nezaretinden Vilayat ile Müstakillen İdare Olunan Mutasarrıflıklara ve Mehakimi Nizamiye Rüesasına Yazılan Muharreratı Umumiye'den anlaşıldığı üzere 1876 tarihli Nizamname ancak daha sonraki yıllarda taşradaki dava vekilleri için hüküm ifade eder olmuştur³⁶.

1876 tarihli Nizamname'nin avukatlık mevzuatımızın temelini oluşturduğu söylenebilir. Nizamname'nin aşağıda yer verilen yalnızca 2. maddesi dahi bu yöndeki düşünceleri destekler niteliktedir.

“Mehakimi nizamiyede dava vekâleti edecek olanların evvelâ mektebi hukuka devam ve tahsili fûnun ile bilimtihan ru'us alması veyahut hariçte tahsili ilimi hukuk etmiş olup da mektebi hukuk nezdinde ispatı malûmat ile yedinde bulunacak ru'us veya şahadetnameyi tasdik ettirmiş olması saniyen yirmi bir yaşına baliğ olmuş bulunması, salisen memuriyeti devlette bulunmaması, rabian mücazâtı terziliye veya terhibiye ile mahkûmen ceza görmemiş olması, hamisen tüccar ve sarraf silkinde bulunmuş olup ta resmen izharı iflâs etmemiş veyahut izharı iflâs eyledikten sonra kanunen iadei itibar etmiş olması meşruttur.”³⁷

SONUÇ

Osmanlı Devleti yargı teşkilatında avukatlık kurumunun ortaya çıkış sürecinin anlaşılabilmesi için öncelikle Osmanlı Devleti'nin Klasik Dönemi'ndeki dava vekilliğinin ve arzuhâlciliğin ne anlama geldiğinin anlaşılması gerekir. Bu bağlamda dava vekilliği genel olarak, İslam hukukundaki vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde vekil tayin edilen kişinin müvekkilini mahkemede temsil etmesi olarak tanımlanabilir. Bununla birlikte Klasik Dönem'de dava vekilliği yapan kimselere farklı isimler atfedilmiştir. Ayak kavafı, kâğıt kavafı, müzevvir bu isimler arasındadır. Kavaf kelimesi esnaf anlamına gelirken müzevvir kelimesi ise yalancı, arabozucu anlamlarına gelmektedir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki Klasik Dönem, Devlet'in en güçlü olduğu, adalet sisteminin en iyi şekilde işlediği dönemi de içinde barındırmaktadır. Bu nedenle Klasik Dönem boyunca dava vekillerinin istisnasız olarak yalancı, arabozucu olarak görüldüğü düşüncesine varılması kanaatimizce yerinde olmayacaktır. Öte yandan arzuhâlciliğin ise Osmanlı Devleti'nde belirli kurallara tabi olarak icra edilen bir meslek

[36] Türkiye Barolar Birliği, s. 3-11, 27; Kılıç, s. 148; Konan, s. 126.

[37] Türkiye Barolar Birliği, s. 3.

grubu olduğu söylenebilir. Bu meslek mensupları dilekçeleri kaleme almışlar ve diğer bazı yazım işleriyle uğraşmışlardır.

Bundan başka, Tanzimat Dönemi'nde Devlet'te görülen yenileşme hareketlerinin yargı alanına da etki ettiği görülmektedir. Bu bağlamda yeni mahkemeler kurulmuş ve günümüzdeki anlamıyla savcılık, noterlik, avukatlık gibi kurumlar oluşturulmuştur. Avukatlık kurumu açısından konuya bakıldığında 1876 tarihli Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin münhasır olarak dava vekilliği mesleğini konu edinen ilk düzenleme olduğu görülmektedir. Nizamname'nin yayımından sonraki yıllarda yapılan konuya ilişkin diğer düzenlemelerin bu Nizamname ile getirilen kurallar üzerine inşa edildiği söylenebilir. Nitekim İstanbul'daki dava vekillerini ilgilendiren bu Nizamname, 1880 tarihli Dava Vekâleti Nizamının Vilayatta Dahi İcrasına Dair Adliye Nezaretinden Vilayat ile Müstakillen İdare Olunan Mutasarrıflıklara ve Mehakimi Nizamiye Rüesasına Yazılan Muharreratı Umumiye'den anlaşıldığı üzere, daha sonraki yıllarda taşradaki dava vekillerini de kapsamıştır. 1876 tarihli Nizamname'de her ne kadar avukat ifadesine yer verilmemiş olsa da dava vekilliğinin Nizamname'de düzenleniş şekli itibarıyla, avukatlık kurumunun Osmanlı Devleti yargı teşkilatında da belirli bir tarihten sonra mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle avukatlık mevzuatımızın temellerinin Osmanlı Devleti'nde atıldığı, bu temelin ise Klasik Dönem'deki dava vekilliği ve arzuhâlcilik tecrübelerine dayandığı söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Atar, Fahrettin. Avukat, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 4, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1991, s. 166-167.
- Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990.
- Aybakan, Bilal. Vekâlet, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 43, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2013, s. 1-6.
- Aydın, Mehmet Âkif. Cuâle, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 8, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1993, s. 77-78.
- Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, *Dîvân-ı Hümayûn Sicilleri Dizisi: 1 3 Numaralı Mühimme Defteri*, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 1993.
- Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, *Dîvân-ı Hümayûn Sicilleri Dizisi: V 7 Numaralı Mühimme Defteri*, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 1998.
- Cin, Halil & Akyılmaz, Gül. *Türk Hukuk Tarihi*, 6. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2015.
- D3597 Ebû Dâvûd, Kada' (Akdiye), 14; HM5385 İbn Hanbel, II, 71, Aktaran: Diyanet İşleri Başkanlığı, *Hadislerle İslâm 5 Hadislerin Hadislerle Yorumu*, 1. Baskı, Ankara, 2014.
- Durhan, İbrahim. Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 3-4, 2004, s. 23-46.

- İpşirli, Mehmet. Arzuhal, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 3, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1991, 447-448.
- Karaman, Hayreddin. Akid, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Cilt: 2, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 1989, s. 251-256.
- Kılıç, Yusuf. *Osmanlı Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Kılınç, Ahmet. Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Teşhir Cezası. *International Journal of Science Culture and Sport*, Cilt: 3, Sayı: Özel sayı 4, 2015, s. 447-456.
- Konan, Belkıs. 20. Yüzyılın Başında Osmanlı Hukukçularının Avukatlık Mesleğine Bakışı. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, 2022, s. 122-139.
- Songür, Haluk. İslâm Hukukunda Avukatlık Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme. *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 1994, s. 225-256.
- Turan, Ali. Osmanlı Devleti'nde Ceza Muhakemesine Dair Hukuki Bir Düzenleme: Divan-ı Ahkam-ı Adliye'ce Hazırlanan Muvakkat Talimatname (1869). *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 2, 2021, s. 1167-1211.
- Türkiye Barolar Birliği, *Türkiyede Savunma Mesleğinin Gelişimi Birinci Cilt*, 1. Baskı, Yörük Matbaası, İstanbul, 1972.
- Vatansever Öztürk, Müge. Osmanlı Devleti'nde Avukatlık (Dava Vekilliği) Kurumu. *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 146, 2018, s. 45-53.
- Yılmaz, Coşkun (Editör). *İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil*, TDV Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, İstanbul, 2008.
- Yılmaz, Coşkun (Editör). *İstanbul Kadı Sicilleri 43 Tophane Mahkemesi 2 Numaralı Sicil*, Seçil Ofset, İstanbul, 2019.
- Yılmaz, Ejder. Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, s. 193-208.
- <<https://sozluk.gov.tr/>>, "tanzimat", Erişim Tarihi: 27.06.2023.

**HUKUK
FELSEFESİ**

VATANDAŞLIKTAN OTOKRATLIĞA PRINCEPS KAVRAMININ HERMENÖTİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Burçin AYDOĞDU

Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-53135676

baydogdu@gmail.com

ÖZET

Roma cumhuriyet döneminde önder vasfını taşıyan vatandaş anlamında kullanılan Princeps kavramı Roma devletinde cumhuriyet fiilen sona erdiği halde devletin adına ve kurum adlarında ve hatta senatonun varlığını sürdürmesiyle resmi anlamda varlığını sürdürürken de kullanılmaya devam etmiş ve zamanla, özellikle Orta Çağ'ın sonlarında bu kelime prens/hükümdar kelimesinin esasını teşkil eder hale gelerek ilk başta kast edilen anlamının neredeyse tersi anlamda, sınırsız iktidar sahibi otokratları ifade etmek için kullanılır hale gelmiştir. Bir sözcükteki anlam değişiminin sadece semantik bir kayma olmayıp o söz konusu asırlar zarfında anayasal ve siyasi pek çok dönüşümün yaşandığı çağlarda gerçekleşmiş olan zihniyet kaymasının izlerini taşıyarak Avrupa'yla sınırlı bu paradigmatik dönüşümün ipuçlarını verdiğini kabul ederek söz konusu değişimi hermenötik bir yaklaşımla incelemek mümkündür. Bu çalışmanın amacı Roma'nın cumhuriyetinin son yıllarından başlayıp Avrupa'daki aydınlanma çağının başlarına, Cicero'dan Machiavelli'ye uzanan dek bu süreci sadece anlamsal dönüşümü itibarıyla incelemekle yetinmek değil, söz konusu süreçte gerçekleşmiş olan paradigmatik farklılıkları hermenötik yöntemle ele alarak anayasal ve siyasi bir analiz yapmaktır.

Anahtar Kelimeler: Princeps, Prens, Roma Cumhuriyeti, Orta Çağ, Machiavelli, Cicero

HERMENEUTİCS OF THE CONCEPT OF PRINCEPS FROM CITIZENSHIP TO AUTOCRACY

ABSTRACT

The concept of Princeps, which was used in the meaning of 'a citizen with the title of leader' in the Roman republic period, continued to be employed, even though the republic actually ended in the Roman state while the title of 'republic' survived in the name of the state and in the names of institutions and even in the official sense with the continuation of the senate; and in time, especially by the end of the Medieval era, this word was used for referring to a prince/sovereign. Being a derivative of the word princeps, the term prince, started refer to autocrats with unlimited power, which is almost in the opposite sense of what was originally meant. It is possible to analyze the change in question with a hermeneutic approach, accepting that the change in meaning of a word is not just a semantic shift, but gives the clues of this paradigmatic transformation limited to Europe, bearing the traces of the mentality shift that took place in the ages when many constitutional and political transformations were experienced during those centuries. The aim of this study is not only to examine this process from the last years of the Roman republic to the beginning of the Enlightenment in Europe, from Cicero to Machiavelli, but also to analyze the paradigmatic differences that took place during the process in terms of hermeneutic method and to analyze the constitutional and political differences.

Keywords: Princeps, Prince, Roman Republic, Medieval, Machiavelli, Cicero

GİRİŞ

Princeps yaklaşık 2500 yıllık tarihi olan ve tarih boyunca çok farklı anlamlara sahip olmuş siyasal/anayasal bir kavramdır. Kavrama yüklenmiş olan anlamlar arasında monarşi karşıtlığının izlerini görmek kadar monarşistliğin izlerini de görmek mümkündür. Yüzyıllar içinde gerçekleşmiş bu anlam kaymasını incelemek semantik açıdan faydalı olacaktır. Bununla birlikte bu kavramın söz konusu çağlardaki anlamını o çağlardaki anayasal yapılar çerçevesinde ele almak sadece kavramın anlamını değil Avrupa anayasa hukuku tarihinin farklı çağlarındaki yaygın zihinsel ön kabulleri, halkların devlete ve hukuka bakış açısında yaşanmış değişimleri de izlemeyi mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla insanların 2500 yıl zarfında toplumların hukuk algılarındaki dönüşümün en azından bu kavrama düşen payını tespit edebilmek için öncelikle anlam kaymasını ayrıntılı biçimde analiz etmek gerekir

PRİNCEPS KAVRAMININ ANAYASAL ANLAMININ GEÇİRDİĞİ DÖNÜŞÜMLER

Latinedeki sözlük anlamı birinci, önde gelen, öncü olan *Princeps* sözcüğünün Roma'nın cumhuriyet döneminden beri anayasal bir kavram olarak (*Princeps Senatus*) kullanıldığı kesindir. Roma devletindeki Senato kurumu krallık döneminde de bir danışma organı işlevi görmüş olduğu için söz konusu kavramın cumhuriyet döneminden önce de anayasal bir kavram olduğu tahmin edilmekte ancak bu hipotez belgelenememektedir. Buna ilave olarak Roma ordusunda da bir rütbe olarak kullanılmış olduğu ve Roma ordusundaki rütbelerde Roma devlet yönetiminde söz sahibi olmak arasındaki paralellik olduğu düşünüldüğünde *Princeps* kavramının Roma'nın çok eski bir anayasal kavramı olduğu anlaşılmaktadır.

Bu kavram zamanla yasama organındaki ilk söz hakkı verilen kişiyi, sonraki yıllarda senatonun desteğini arkasına alarak inisiyatif alan kişiyi ve en nihayetinde Augustus'tan itibaren Roma devletinin başında duran ama yine de kendisini kral değil vatandaş sayan kişiyi ifade etmiştir. Başlangıçta sadece yasama organı olan *Senatus* içerisinde önemli bir makam olan *Princeps*, Augustus'tan sonra hem senatoda önceliği olan hem de magistralar gibi iktidar yetkisine de sahip olan yani yürütme ve yargı işlerinde de söz sahibi olan bir makamı ifade eder olmuştur.

Roma devletinde senatonun ağırlığının azalması ve liderin ağırlığının artması hatta zamanla önce, köle sahibi anlamında efendi (*Dominus*) konmasıyla birlikte imparatorluk makamı öncelikli bir vatandaşı ifade etmenin çok ötesine geçip otokrat nitelikteki yöneticiyi ifade eder hale gelmiştir.

Roma'nın yıkıldığı ve Roma devlet geleneğinin kavramlarının özünden ayrılarak farklı anlamlara büründüğü feodal çağda *Prince* şeklinde de ifade edilen bu kavram karşıtı olduğu kral kavramına çok yakın bir anlam ifade eder olmuştur. Özellikle Machiavelli'nin kitabının adı olarak Prens, bir şehrin hükümdarı anlamında kullanılmış ve kraldan daha küçük otoriter lideri ifade edegelmiştir.

Merkezi idare yerine her yerleşimin büyüklüğüne göre ayrı bir özerklik sahibi ve sıfat kullandığı feodalitenin bir sonucu olarak prens, kral ile düğ arasında bir unvan olarak yerleşmiştir. Monarşinin tarihe karışıp yerine cumhuriyetlerin kurulmaya başlandığı, aristokratik unvanların siyaset tartışmalarından çok peri masallarında kullanılmaya başlandığı 18. yüzyıldan itibaren ise prens, kralın tahta en yakın varisini, veliahdını ifade eden bir kavram haline gelmiştir.

Bu bildirinin amacı söz konusu dönüşümü sadece anlamsal ve tarihsel

yönden izlemek değildir. Bu bildirinin amacı siyaset kültürünü sabit tutup kavramın dönüşümünü incelemek değil, tüm dönüşümlerine rağmen kavramı bakış açısının ortasına alarak kavrama yönelik yaklaşımlardaki dönüşümleri okuma, böylelikle bu dönüşümün arkasındaki kolektif bilinci anlamaya çalışarak Roma'nın cumhuriyet döneminden modern çağın bu günlerine gelene kadar insanların yönetmeye ve yönetilmeye dair, yöneticilerin ayrıcalıklarına ve halka denkliliğine dair ne gibi ön kabulleri ve beklentileri olduğuna dair fikir edinebilmektir.

Lejyonlarda ve İdari Teşkilatta Princeps Kavramı

Roma lejyonlarında en ön safta savaşan yeni yetişmiş askerlere "Hastatus", ikinci safta duran, nispeten deneyimli askerlere *Princeps* ve üçüncü safta savaşan, çok deneyimli askerlere *Pilus* ya da *Triarius* adı verilirdi.¹ Bu sıralama, ikinci saftaki askerlerin birinci saftaki askerlerden daha kıdemli ve rütbeli olduğunu ifade ederdi. Bunların liderlerine *Ordinarius Princeps* ya da *Centurio Princeps* adı verilirdi.² Bu safları oluşturan askerlerin derlendiği, gelli bir amaç için oluşturulmuş geçici görev güçlerine *Princeps Vexillation*, liderlerine ise *Ordinarius Princeps Vexillation* adı verilirdi.³

Roma'nın cumhuriyet formunu kaybettiği ama bürokratik organizasyonunun gelişmeye devam ettiği sonraki yıllarda, *Princeps Praetorii* ya da *Princeps Officii* adı verilen makam, bir idari birimin başındaki kişilere bağlı tüm personelin idari amirini ifade ederdi.⁴

Her ne kadar sözlük anlamı 'birinci' olsa da orduda kullanıldığı anlamıyla *Princeps* ne en ön saftaki askerleri ifade ederdi ne en rütbeli, deneyimli, donanımlı askerleri ifade ederdi. Bunlar askerlik eğitimini yeni tamamlamış olanlara kıyasla donanımlı ve deneyimli olmakla birlikte üçüncü safları oluşturan *Pilus*'lardan geri kalmaktaydılar. Dolayısıyla, kelimenin anlamı bulmak gerekirse ancak şu söylenebilir: *Princeps* bir lejyonda, savaş deneyimi olan askerlerin birinci saflarını oluşturanlarına verilen isimdir.

Tarihsel olarak bu isimlendirmeden önce mi sonra mı olduğu kesin bilinmemekle birlikte Roma'nın Cumhuriyet döneminin ortalarından sonlarına kadar devlet yönetiminin en üst seviyelerinde kullanılmış olan *Princeps Senatus* unvanı bunlardan çok daha kritik öneme sahiptir.

[1] Radin, Max. The Promotion of Centurions in Caesar's Army. *The Classical Journal* 10, Sayı: 7, 1915, s. 300-305.

[2] Gilliam, J. Frank. The Ordinarii and Ordinati of the Roman Army. *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, Volume: 71, Johns Hopkins University Press, American Philological Association, 1940, s. 130.

[3] Gilliam. *The Ordinarii and Ordinati*, s. 134.

[4] Dise, Robert L. Variation in Roman Administrative Practice: The Assignments of Beneficarii Consularis. *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 1997, s. 292.

Senatoda Princeps Kavramı (*Princeps Senatus*)

Senato, Romalıların söyleyişle *Senatus* Roma devletinin en köklü organlarından biridir. Roma'nın M.Ö. 753-510 yılları arasındaki krallık döneminde kentlinin kurucu ailelerinin (*Patricii*) en yaşlı üyelerinden oluşan bir danışma meclisi işlevi göre senato, M.Ö. 510 yılındaki ayaklanmanın⁵ ardından cumhuriyetin kurulmasıyla birlikte Roma devletinin en önemli organı haline gelmiştir.⁶

Senato yasaların görüşüldüğü, dış ilişkilerin ve savaşların tartışıldığı, ülke yönetimiyle ilgili meselelere dair çözümlerin karara bağlandığı organ olduğu için günümüzdeki kuvvetler ayrılığı terminolojisinin yasama ayağına büyük oranda benzetilebilir. *Consul*'ler, *praetor*'lar ve diğer magistralar gündelik işlerle ilgilenerken yargı ve yürütme meselelerine eğilirken Roma'nın kurucu ailelerinin 300 temsilcisiyle oluşan senato hem bunların atanmasında ve denetiminde hem de kalıcı yasaların düzenlenip yürürlüğe sokulmasında söz sahibi bir organ olarak hepsinden daha etkili olma imkanına sahipti.

Princeps Senatus en geleneksel haliyle, söz konusu senatonun, *Gentes Maiores* denen en başta gelen kurucu ailelerinin (ki bunlar 7 ailedir: Iulii, Cornelii, Claudii, Valerii, Fabii, Manlii, Aemilii) en yaşlı üyesinin adı, ilgili *Censor* tarafından senato albümünün birinci sırasına yazılır ve bir konuda konuşmalar yapılacağı zaman ilk söz hakkı, *Princeps Senatus* olan senato üyesine verilir, böyle söz konusu elit aileler ve onların en yaşlı üyesi onore edilmiş olurdu.⁷

Bu makamın etkinlik düzeyi doktrinde tartışmalıdır. Tamamen fahri bir makam olduğunu savunan otoriteler olduğu gibi Roma devletinin en yüksek makamı olduğunu savunanlar da vardır.⁸ Zira senato Roma'nın en etkin organıydı ve senato üzerinde etkili olmak demek, gündelik işlerden sorumlu magistralarınkinden bile daha büyük bir güç demektir.

Bu hususun aydınlanmasının zor olmasının, bir bakıma da aydınlatılmasının tarihsel analizlerde ciddi bir fark yaratmayacak olmasının sebebi bu makamın gayriresmi bir görevlendirme olmasıdır.⁹ Resmîyette bu kişinin adının albümün en üstüne yazılmasından ve ilk konuşmayı yapan kişi olmaktan başka bir ayrıcalığı ve sorumluluğu yoktur. Eğer senato üzerinde bir hakimiyeti var idiye bile bu resmi değil fiili bir hakimiyettir.

[5] Byrd, Robert C. *The Senate of the Roman Republic: Addresses on the History of Roman Constitutionalism*. Amerika Birleşik Devletleri, U.S. Government Printing Office, 1995, s. 20.

[6] Byrd. *The Senate*, s. 20-28.

[7] Suolahti, Jaakko. *Princeps Senatus*. *Arctos-Acta Philologica Fennica* 7, 1972, s. 208.

[8] Suolahti. *Princeps Senatus*, s. 210.

[9] Suolahti. *Princeps Senatus*, s. 209, 210.

Cumhuriyetin orta döneminden¹⁰ sonlarına dek adlarının ve yaptıkları işlerin kayıtlarının çok iyi tutulmuş olması görmezden gelinmeyecek bir öneme sahip olduklarına işaret etmektedir ancak cumhuriyetin sonlarına doğru *Gentes Miores* mensubu olmadığı halde hatta Roma'nın kurucu ailelerinin birinden bile olmadığı, *Pleps* kökenli olduğu halde sırf senato üzerinde fiilen sözü geçtiği için *Princeps Senatus* şeklinde nitelenen kişiler olması dikkat çekicidir. Bu kişilere bu unvanın resmi prosedür gereği değil senatoya liderlik ederek senatonun kritik kolektif girişimlerine ön ayak oldukları için bu unvanı aldıkları kesindir.¹¹ Bu olgudan yola çıkarak, cumhuriyetin orta döneminden itibaren adlı senato albümünün başına yazılan kişilerden de bu tür bir girişimcilik beklenmiş olduğu, yer yer bunun hakkını verdikleri; o bakımdan fahri bir unvanla kalmayıp önemli bir beklentiyi üstlenen bir makama sahip oldukları düşünülebilir.

Cumhuriyet döneminin ortalarından sonlarına kadar görev yapmış *Princeps Senatus*'ların fiili işlevini anlayabilmek için, bu unvanı salt fiili başarıları nedeniyle üstüne almış kişilikleri incelemek faydalı olacaktır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki *Princeps Senatus* unvanına sahip kişilere cumhuriyet döneminin tam olarak bilinmeyen bir aşamasında sonra sadece *Princeps* dendiği de olmuştur.¹² Hem söz konusu kelime "Birinci" (senatör) anlamına geldiği için hem de unvanların kısaltılması ancak çok sık kullanıldıkları hallerde pratik amaca hizmet ettiği için bu dönüşümün de *Princeps Senatus*'un önemli bir unvan oluşuna yormak mümkündür.

Söz Sahibi Princeps Kavramı

Günümüze kadar gelen kayıtlara göre M.Ö. 100 yılından M.Ö. 97 yılına kadar *Princeps* unvanını taşıyan senator L. Valerius Flaccus prosedürel şartları karşılayarak *Princeps* olduğu bilinen son kişidir. M.Ö. 82-M.Ö. 79 yılları arasında diktatör Sulla senatonun selameti için *Censor*'luk makamını kaldırdığında resmi anlamda *Princeps Senatus* unvanının lağvedilmiş olduğu tahmin edilmektedir.¹³ Nitekim o tarihten sonra M.Ö. 77 yılıyla M.Ö. 70 yılı arasında *Princeps*'lik yaptığını bildiğimiz kişi Mamercus Aemilius Lepidus Livianus'tur. Aemilius olduğu için yani *Gentes Miores*'ten olduğu için prosedürel şartları karşılayarak *Princeps* seçildiği düşünülebilirdi ama kendisinin M.Ö. 77 yılının *Consul*'u olduğunu biliyoruz. Senatonun *Gentes Miores*'ten gelen en yaşlı üyesinin aynı sene *Consul* seçilmesi gibi bir tesadüf yaşanmış olması

[10] M.Ö. 366 yılından M.Ö. 80'lere kadarki dönem. Bkz. Suolahti. *Princeps Senatus*, s. 208.

[11] Suolahti. *Princeps Senatus*, s. 211.

[12] Suolahti. *Princeps Senatus*, s. 210.

[13] Suolahti. *Princeps Senatus*, s. 209.

zayıf ihtimaldir. O yıl yaşanan olayları da göz önüne alan tarihçiler Mamercus Aemilius Lepidus Livianus'un senatoya fiilen önderlik etmiş olduğu için gayriresmi biçimde *Princeps* unvanıyla anılmış olduğunu kabul etmektedirler.¹⁴

Devamında Quintus Lutatius Catulus Capitolinu ve Publius Servilius Vatia Isauricus'un gayriresmi *Princeps* olduğu görülmektedir.¹⁵ Gayriresmi *Princeps*'lik açısından cumhuriyet döneminin en son gelen ve en öne çıkan iki figürünü yakından ele almak, gayriresmi *Princeps* olmanın anlamını açıklığa kavuşturmak açısından yararlı olacaktır: Marcus Tullius Cicero ve Gaius Octavianus.

Marcus Tullius Cicero

Marcus Tullius Cicero, *Pleps* kökenli bir avukat ve devlet adamıdır. Devlet adamlığı kariyeri çok parlak geçmiş ve M.Ö. 63 yılında en yüksek magistrallık olan *Consul* makamına senato tarafından seçilmiştir. Bununla kalmamış; senatoya karşı askeri müdahalede bulunarak yönetimi ele geçirmeye çalışan *Populares* taraftarı yani senato sınıfının oligarşisine karşı çıkan Catilina'nın planlarını fark edip derhal senatoyu alarma geçirmiş ve senatoya zamanında aldırıldığı önlemler sayesinde Catilina'nın girişimlerini boşa çıkarmış, senato ordusunun isyancı ordusunu yenmesini sağlamış ve "Vatanın Kurtarıcısı" unvanını almıştır.¹⁶ Bu süreçte senato üzerinde sahip olduğu hakimiyet itibarı ile kendisinin o dönemin en büyük komutanı olan Pompey'inkine benzer bir güce kavuştuğu bile söylenebilir.¹⁷

Yukarıdaki bilgilerin de ışığında, Cicero'nun ancak ve ancak senato üzerinde kurmuş olduğu söz konusu hakimiyet nedeniyle *Princeps Senatus* sayılmış olabileceği söylenebilir. Zira kendisi *Gentes Maiores*'ten olmak bir yana, *Patricii* soyundan bile değildi ve yaş olarak en yaşlı senatör olmak bir yana, *consul* makamına yasaların izin verdiği en erken yaşta gelmiş bir devlet adamı idi.¹⁸ Bu nedenle Catilina olayında senatonun gözdesi olmasıyla başlayan *Princeps Senatus* statüsünün ömür boyu sürmekten uzak kaldığı, birkaç yıl sonra Catilina'yı yargılamadan idam etmiş olanlarla birlikte yargılanıp sürgüne gitmek zorunda kaldığında bu statüsünün kendiliğinden sona ermiş olduğu söylenebilir.¹⁹

[14] Suolahti. *Princeps Senatus*, s. 216-217.

[15] Suolahti. *Princeps Senatus*, s. 217.

[16] Phillips, Edward J. Catiline's conspiracy. *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* H. 4, 1976, s. 445-448.

[17] Waters, Kenneth H. Cicero, Sallust and Catiline. *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* H. 2, 1970 s. 209-215.

[18] Husband, Terence J. *Cicero and The Moral Education of Youth*, Doktora Tezi, Georgetown University, 2013, s. 31.

[19] Suolahti. *Princeps Senatus*, s. 217.

Cicero'ya yazılan ve Cicero'nun yazdığı mektuplarda Pompey'den ve Iulius Caesar'dan da "Princeps" diye bahsedildiğini görmekteyiz.²⁰ O zamanki konumlarına baktığımızda her ikisine de bu unvanın, senato üzerindeki nüfuzlarının en üst derece olduğu için yakıştırılmış olduğu söylenebilir.

Cicero'nun bir diğer özelliği, zamanında edinmiş olduğu *Princeps* kavramı üzerinde düşünmüş ve *De Re Publica* (Devlet Üzerine) adlı eserinde devletin etkin yönetimi için hem magistra yetkisine sahip olan hem de senatoda öncelikli söz hakkı olan bir makama ihtiyaç olduğunu tespit etmesiydi. Cicero'nun bazı yazılarında da Iulius Caesar'ın bir iç savaş sonrası diktatör olmasındansa bir *Princeps Civitatis* (Birinci Vatandaş) olarak devlete çok daha iyi nizam verme ihtimalinden bahsetmiş olması, ondan sonraki yıllarda devletin başına geçecek olan Gaius Octavianus'a bu konuda ilham vermiş olsa gerektir.²¹

Bu bakımdan Roma'da Cumhuriyetin döneminin son yıllarında, Roma anayasal geleneklerine en bağlı olan devlet adamı Cicero'nun bir yönetimdeki kaosu çözmek için aradığı formüller arasında yer alan *Princeps* formülü kavramın otorite sıfatı haline gelmesindeki en keskin dönemeçtir. Iulius Caesar'ın evlatlığı Gaius Octavianus önce müttefikleriyle birlikte senatonun ordusunu yenmiş, akabinde müttefiklerini tek tek bertaraf ederek Roma'da senatoyu tekrar kurmuş olmakla birlikte ne görevini tamamlamış olarak magistrallık yetkilerini bırakarak kenara çekilmek niyeti vardı, ne de senatodaki üstünlüğünü bırakmak niyeti vardı.²² Aksine, ömür boyu kullanılan bir sıfat olan *Princeps Senatus* ile Cicero'nun anayasal arayışları sayesinde ortaya çıkmış olan *Princeps Civitatis* sıfatlarını kendinde birleştirip bunlara *auctoritas*²³ ve *potestas*²⁴ yani iktidar/hükmetme yetkisi de ekleyerek anayasal tartışmaları yüzyıllarca tartışılmamak üzere sona erdirmiştir.²⁵

Gaius Octavianus (Iulius) - Princeps Civitatis

Her ne kadar senatonun varlığına son vermemiş olsa da günümüzde kabul ettiğimiz anlamıyla cumhuriyet idaresine son veren Gaius Octavianus Iulius, sonradan verilecek olan adıyla Augustus, yeni bir idare

[20] Baldson, John Percy; Dacre, Vyvian; Griffin, Miriam T. *Princeps*, *Oxford Research Encyclopedia of Classics*. 2016.

[21] Pelham, H. F. *Princeps or Princeps Senatus?* *The Journal of Philology*, 8.16, 1879, s. 330, 331.

[22] Pelham. *Princeps Or Princeps Senatus?*, s. 323, 324.

[23] Markelov, Andrei Y. *Augustus as Princeps Senatus*. *Acta Classica Universitatis Scientiarum Debreceniensis* 55, 2019, s. 205.

[24] Suolahti. *Princeps Senatus*, s. 210.

[25] How, W. W. *Cicero's Ideal in his de Republica*. *The Journal of Roman Studies* 20.1, 1930, s. 37, 38.

şekli başlatmış ve buna *Principates* yani “*Princeps*’lik” adı verilmiştir. Bu dönemin başında Octavianus’a senato tarafından *Princeps* unvanı verildiği gibi, *Princeps* olduğu bu dönem zarfında Octavianus 6 yıl boyunca consul’luk makamını da elinde tutmuştur.²⁶ Dolayısıyla aynı anda hem senatonun hem magistrallığın en üst düzey yetkilisi olmuştur.

Princeps unvanını üzerine alan Augustus’un göreve başladığı M.Ö. 31 yılından Diokletian’ın hükümdarlığının başlangıcı olan M.S. 284 yılları arasında sürmüş olduğu kabul edilen²⁷ *Principatus* dönemi “İmparatorluk dönemi” şeklinde de adlandırılır. Bu dönem boyunca devletin başında “*Princeps*” denen kişi ömür boyu görevde kalan ve devletin tüm kurumlarının üzerinde söz sahibi olan kişi olmuştur. Bununla birlikte devlet “*Res Publica*” (Kamu Malı) ve *S.P.Q.R.* yani *Senatus Populusque Romanus* (Roma Senatosu ve Halkı) adıyla anılmaya devam edilmiş, senato da varlığını sürdürmüştür. Sahip olduğu tüm önceliğe rağmen “Birinci Vatandaş”ın kendisini sıra bakımından diğer vatandaşlardan önde görmekle birlikte diğer vatandaşların üstünde olduğuna dair bir nitelime kullanılmamasına dikkat edilmiştir.

Mutlak Otorite Sahibi *Princeps* Kavramı

Principatus adı verilen dönem boyunca devletin rejimi cumhuriyet makyajı yapılmış bir monarşi iken bu dönemin bitip devlet yöneticisinin *Dominus* yani efendi, sahip unvanını kullanmasıyla artık devletin başındaki kişinin diğerleri gibi bir vatandaş olmadığı anlaşılmıştı. Sonraki yıllarda, Herakles zamanında buna *Basileus* unvanı da eklenmiştir, ki bu Elen dilinde “kral” anlamına gelirdi.

İlk başlarda büyük Plinius’un sözü şair edinilmişti: “Non est princeps super leges, sed leges supra principem” yani “*Princeps* yasaların üstünde değildir; yasalar *Princeps*’in üstündedir”. Ancak bu söz zamanla “*princeps* super leges” yani “Yasaların üstünde *Princeps*” şeklinde dönüşmüştür.

Bununla birlikte Roma devlet geleneğindeki söz konusu kopuş öncesinde Romalı ünlü hukukçu Ulpianus’un tespit ettiği bir hukuk ilkesi/şiarı devlet yöneticisinin anayasal üstünlüğünü çok daha önceden belirleyici niteliktedir: “**Princeps legibus solutus est**” yani “**Princeps, yasalarla bağlı değildir**”.²⁸ Bu deyişteki *Princeps* kelimesinin

[26] Salmon, Edward Togo. The Evolution of Augustus' Principate. *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* H. 4, 1956, s. 462.

[27] The Oxford Companion to Classical Literature, Ed. M. C. Howatson, Oxford University Press, 2011, s. 776, 777.

[28] Aslında Ulpianus bu sözü Lex Iulia et Papia adlı yasanın şerhinde “*Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent*” şeklinde söylemiştir yani Augustus yasalarla bağlıdır ve *Princeps* makamı yasalarla bağlı değildir derken aile hukuku kurallarıyla bağlanıp bağlanmamak kast edilmektedir ancak bu yaklaşım zamanla *Princeps*’in her yasadan üstün olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Bkz. Brunt, Peter A. Lex de imperio Vespasiani. *The Journal of Roman Studies* 67, 1977, s. 108

İngilizceye “Prince” (Prens, yasalarla bağlı değildir”) ve diğer dillerde de benzer şekilde tercüme edilmiş olması çok normaldir.²⁹ Her ne kadar Roma devleti *Princeps* kavramını monarşiye cumhuriyet görünümü kazandıran bir örtü olarak kullanmışsa da *Princeps* makamının yüzyıllar boyunca sahip olduğu anayasal statü Avrupa kültüründe *Princeps* kelimesinden türemiş olan Prens kavramını yaratmış ve bu kavram ilgili rejime cumhuriyeti süsü vermek için değil; aksine, monarşi niteliğini, devletin başında hesap verme yükümlülüğü olmayan bir kişinin bulunduğunu ifade etmek için kullanılmıştır. Feodal çağda Avrupa’da, özellikle Doğu Roma dışında kalan Avrupa’da prens artık monark anlamına geliyordu. Kendi dillerinde monarşi ifade eden kelimeleri (könnig, king vs) nispeten büyük hükümdarlar için kullanırken prens kavramını bir şehir devletten de ibaret olsa asgari hakimiyet alanına sahip olan dahil tüm hükümdarları genel olarak ifade etmek amacıyla kullanıyorlardı. Başında “prens” olan devletlerin ortak özelliği, o ülkedeki hukuk sisteminin kutup yıldızının “prens” olmasıdır. Prens yasalarla bağlı değildir çünkü yasa koyucu olan zaten odur. Dolayısıyla onun yaptığı hiçbir davranış suç teşkil etmez ve cezası da yoktur. Suçun ne olduğu, halkın mağduriyetine göre tespit edilmez. Prens koyduğu yasaya uymamak, esas alınır. Suçun cezalandırılmasının sebebi, prensin koyduğu yasaya uyulmamış olmasıdır. Ceza verme yetkisinin kaynağı yine prensin iradesidir. Bu kural günümüz İngiltere’si dahil hala pek çok monarşide geçerlidir ve monarşinin mantığıyla da tutarlıdır. Eğer belli sınırlar içinde yaşayan insan topluluğunu bir arada tutan hukukun kaynağı tek bir insanın iradesi ise o kişinin hiçbir eyleminin hukuka aykırı olması mümkün değildir. Bir davranışın hukuka aykırı ilan etmenin tek yolu da prensin iradesine aykırı olduğunu tespit etmekten geçer.³⁰

Ulpinus’un *Princeps* anayasal sistemini tutarlı bir bütün haline getirmek için getirmiş olduğu ceza hukuku ilkesi uzun vadede Avrupa’da prenslik rejiminin temel ölçütü haline gelmiştir.

Hükümdar Anlamında Princeps/Prince Kavramı

Machiavelli’nin ünlü eserinin Latince adı “De Principatibus” (Principslikler Üzerine, Beylikler Üzerine), İtalyanca adı ise “Il Principe” (Prens) şeklindedir. Machiavelli bu eserini uzun yıllar cumhuriyetle yönetildikten sonra tekrar monarşiyle yönetilmekte olan Floransa’da, söz konusu monarşik yönetimi kuran lidere, devlet yönetimine ne kadar vakıf olduğunu göstermek için yazmıştır. Eserinde, ideal bir Prens’in devleti halkın iyiliğiyle sonuçlanmak kaydıyla her yolu mübah görerek

[29] Baker, David. First Among Equals: The Utopian Princeps. *Moreana* 30.3-4, 1993, s. 33.

[30] Tirney, Brian. The Prince Is Not Bound by The Laws - Accursius and The Origins of The Modern State. *Comparative Studies in Society and History* 5.4, 1963, s. 378, 379.

yönetmesi gerektiğini savunmaktadır. İtalyan birliğinin kurulması, devletin paralı askerler değil gönüllü milisler kullanması gibi hayalleri vardır. Tüm bu bakış açısı, Machiavelli'nin kalbinde bir krallık değil Roma'daki gibi halka, kamuya mal olmuş bir devlet yattığını ancak devletin başındaki kişinin yönetimiyle mümkün olacağına inandığını göstermektedir. Machiavelli'nin siyasi realizmin temellerini atmasına sebep olan esas tespit belki de devletin halkın iyiliğini gözeten bir mekanizma haline gelmesinin tek yolunun devletin becerikli bir monarkın ellerinde olması gerektiğini anlamış olmasıdır. Fakat kesin olan şudur ki Machiavelli'nin kastettiği ne bir cumhuriyettir ne de kralın veliahtı anlamında "Prens"tir. Machiavelli'nin kastettiği tam anlamıyla kendi kararını kendi veren ve hatta kendi yasasını kendi yapan ve gerektiğinde kendi etiğini bile kendi yaratan bir otoritedir. Princeps kavramı cumhuriyet döneminde otorite sahibi bir makamı ifade eder hale geldikten sonra imparatorluk döneminde monarşinin üstünü örten bir kavram haline gelmiş; Ulpianus'tan sonra kendi hukukunu kendi yaratan idareci anlamına gelmekle kalmamış, Machiavelli zamanında artık kendi etik anlayışını da ben merkezci biçimde oluşturması meşru görülen bir lider haline gelmiştir.

"Kralın Veliahtı" Anlamında Prince Kavramı

Feodalitede krallıklar merkeziyetçi yapılar değildir. Her kral, kendisine tâbi olan kont, dük gibi yerel otoritelerle birlikte hareket etmek zorunda olan, onlar üzerinde mutlak iradesi olmayan monarklardı. Osmanlı'daki ya da doğu despotizmlerindeki gibi bir kralın bir dükün makamından alıp onun yerine başka birini getirmek gibi bir anayasal gücü yoktu. Aksine, söz konusu baronlar kralın yanında savaşmak için krala kendi şartlarını dayatabiliyorlardı, ki Magna Carta o şekilde ortaya çıkmıştır.

Kralın merkeziyetçi bir biçimde yönetebildiği yerler sadece bizzat fethetmiş olduğu ve yöneticisini bizzat atadığı yerlerdi. İngiltere'de kral küçük oğlunu, merkeze doğrudan bağlı York şehrine dük olarak atadığı gibi en büyük oğlunu, Galler bölgesinin hükümdarı olarak atayarak ona "Galler Hükümdarı" anlamında "Galler Prensi" unvanını verirdi. Orta Çağ'daki germen hükümdarları için Almanca "Birinci" anlamına gelen *Fürst* nitelemesi kullanılırken kralların çocuklarına, onların da birer kral olduğunu ifade edecek şekilde *Prinz* denmesi gelenekselleşmişti.³¹ İşte bunun gibi, tahtın varisinin kral tarafından nispeten küçük egemenlik alanlarına yönetici atanması geleneği, hükümdar anlamına gelen prens kelimesinin zamanla kralın en büyük oğlu, tahtın varisi olan erkek çocuğu anlamına gelmesine yol açmış olması muhtemeldir.

[31] Curme, George Oliver. *A Grammar of The German Language: Designed for a Thorough and Practical Study of The Language as Spoken and Written To-Day*, Macmillan, 1913., s. 88.

ABD ve Fransa'da 18. yüzyılın sonunda gerçekleşen cumhuriyetçi devrimler ve cumhuriyet rejiminin Avrupa'da yayılmasına yol açmıştır. Aristokrasi ya siyasetten tamamen çekilmiş ya da demokratik organların içinde göze batmayacak konumlara yerleştirilmiştir. Bu süreç zarfında aristokrat unvanlarının ve işlevlerinin gündelik siyasi hayattan çekilmesine ve sadece eski anlatılarda kalmasına yol açmıştır. Bu da *Prens* kavramının anayasal anlamının geri planda kalıp magazinsel anlamının ön plana çıkmasına yol açmış olabilir.

BU DÖNÜŞÜMLERİN ARKASINDAKİ TOPLUMSAL VE ANAYASAL ÖN KABULLERİN SEMANTİK ANALİZİ

Roma Kültüründe Bir Tabu Olarak “Rex” (Kral) Kavramı

Yukarıda aktarılan sürece bir bütün olarak bakıldığında göze çarpan birinci husus Roma devletinin cumhuriyet dönemi bittikten sonra fiilen monarşiye dönmüş olduğu halde bunun ne devlet başkanı ne idareciler ne de halk tarafından telaffuz edilmemesi, adeta rejimin adını açıktan söylememek, onun yerine örtmeceler kullanmak gibi gizli anlaşmalar yapılmış olmasıdır.

Roma devletinde cumhuriyet idaresine geçilmeden önce de senato vardı. Krala danışma hizmeti veren bir meclisti. *Principates* döneminde de aynı konuma geri dönmüştür. Üstelik Roma'nın krallık dönemindeki yedi kralın her birinin “seçilmiş” kral olduğunu, babadan oğluna veraset yürümediği, *Principates*'te ise soy bağının etkili olduğu düşünülürse, cumhuriyetten önceki krallıkta senatonun devletin zirvesine geçecek kişinin seçiminde daha etkin olduğunu düşünmek bile mümkündür. Tıpkı cumhuriyetten önceki krallar gibi *Princeps* olan kişi de ömür boyu görevde kalmaktadır. Oysa cumhuriyette magistralıklar birer yıllık süreyle sınırlandırılmış ve cumhuriyetin önemli bölümü boyunca bir yıllık süre dolduktan sonra aynı kişi yeniden aynı makama getirilmemiştir. *Augur*'luk, *Princeps Senatus*'luk gibi onursal makamlar istisnadır. *Principates* ise magistralık yetkisine en üst düzeyde sahip olduğu halde bunu ömür boyu kullanabilmekteydi. Ayrıca *Princeps*'likten sonra düşünceyi açıklama özgürlüğü asla cumhuriyet dönemindeki günlerine dönmedi. Denebilir ki Cicero'nun idam edilmesinden sonra hiç kimse halk/senato adına devletin başındaki kişiyi alenen, yüksek sesle eleştirememiştir.³² Oysa Cicero'nun tek suçu Iulius Caesar'ı öldüren senato üyelerine arka çıkıp cumhuriyeti korumak adına yeni potansiyel despot adayı Marcus Antonius'u yüksek sesle eleştirmektir. İdam kararının altında, sonradan *Princeps* olacak Octavianus'un da imzası vardı.

[32] Wallace-Hadrill, Andrew. Civilis Princeps: Between Citizen and King. *The Journal of Roman Studies* 72, 1982, s. 38.

Dolayısıyla *Princeps* denen makam, adı konmamış krallıktan başka bir şey değildir. Cicero dahil o dönemin pek çok yazarında Romalıların diğer milletlere karşı çok gururlu olduklarını ve bunun başlıca sebeplerinin cumhuriyet rejimleri olduğunu görmek mümkündür. Romalılara göre diğer milletler başlarındaki kralların kuludur. Düşmanlarını yenseler bile kendi ülkelerinde esirdirler çünkü kendi kaderlerine kendileri karar vermezler. Mağrur Romalılar ise hiç kimsenin kulu değildir, hiç kimse Roma devletinin zirvesinde sabit değildir; kişiler gelip geçer, makamlar kalır. Dolayısıyla Roma halkı kendi kendini yöneten, herhangi bir kral dahil hiç kimsenin esiri olmayan bir halktır.

İşte bu yerleşik düşünce yapısı *Rex* yani kral kavramını Roma'da bir tabu haline getirmiştir. Krallığın kalkmasında Romalı bir kadının iffetine kral tarafından leke sürülmüş olması ve krallığı lağvederek bu lekeyi temizlemiş olmaları gibi örfi unsurlarla güçlendirilmiş olan cumhuriyet söylemi Roma'da tartışılmaz bir kavram haline gelmiştir. Senatoya söz geçirecek derecede halk desteği edinen Gracchus kardeşler ve Caesar dahil birçok devlet adamı 'kral olmaya kalkıştığı' gerekçesiyle öldürülmüştür. Hatta senatonun ordularını yenip Roma'da kendi kontrolünde yeniden senato oluşturan Iulius Caesar'a Marcus Antonius'un krallık tacını üç kez uzattığı ve onun krallık tacını üç kez reddettiği kayıtlıdır. Bunun anlamı, Iulius Caesar'ın kral kadar güçlü bir otorite haline gelmesine rağmen kendini kral ilan etmeyi reddetmesidir. Fakat bu tutumu, senato oturumunda kendisine senatörler tarafından suikast düzenlenmesini önlememiştir. Suikastı düzenleyenler de eylemlerini, cumhuriyetin savunucusu olarak meşrulaştırmışlardır.

Tüm bunları bilen Augustus, yeni devlet yapılanmasında *Rex* unvanını geri getirmek ya da sıfırdan yeni bir makam yaratmak yerine cumhuriyet döneminde kullanılmış meşru kavramları en geniş anlamıyla birleştirerek *Princeps Senatus* gibi ömür boyu sahip olunan, *Dictator* ve *Consul* gibi tüm magistralık yetkilerini elinde tutan ve *Princeps Civitatis* gibi devletin bir "vatandaşı" olmaktan öte iddia taşımayan bir makam yaratarak bu tabunun etrafından dolanarak cumhuriyete fiilen son vermiştir.

Roma devlet kültüründe devletin başındaki kişiye kral unvanını vermeme tabusu 7. yüzyıla kadar sürmüştür. Artık başkent İstanbul'a taşındığı ve devlet idaresinde Latince değil "Rumca" konuşulmaya başlandığı bu zamanda Heraklius kendini *Christoi Basileus* yani "Hıristiyanların Kralı" ilan etmiştir.³³ Bunun, söz konusu tabunun 1100 yıl sonraki yıkılışı saymak mümkün olsa bile şu iki hususa dikkat etmek gerekir: (1) bu unvanın Elencesi konmuş ve kullanılmış,

[33] Chrysos, Evangelos K. The Title Βασιλευσ in Early Byzantine International Relations. *Dumbarton Oaks Papers*, 1 Ocak 1978, s. 34.

Latince *Rex* kelimesi kesinlikle kullanılmamıştır (2) Bu unvanı ülkesel hegemonyasını ifade etmek için değil Hıristiyan ümmeti üzerindeki nüfuzunu ifade etmek için yani siyasi bir unvan olarak değil dini bir unvan olarak kullanmıştır.

Roma Devlet Geleneğinde Görünüşte Kalsa Bile Vazgeçilmez Bir Kavram Olarak Senato

Roma kültüründe cumhuriyetçi gurur *Rex* kavramını bir tabu haline getirdiği gibi “senato”yu da yüzyıllarca görünüşte de olsa, en zayıf yetkilerden ibaret de kalsa var etmeye devam etmiştir.³⁴ Kendini *Princeps* ilan eden Augustus senatoyu lağvetmediği gibi kendini *Dominus* yani halkın efendisi ilan eden Diokletian bile senatoyu bir danışma meclisi gibi kullanmaya devam etmiştir. Başkent Roma’dan İstanbul’a taşındığında bile Konstantin ve Justinianus döneminde senato, artık başkent belediye meclisi kadar yetkilerle sınırlı göstermelik bir kuruma dönüşmüş olduğu halde şimdi Sultanahmet meydanı olan yerde toplanmaya devam ediyor ve madeni paraların üzerine SPQR (Senatus Populusque Roma) yani “Roma Senatosu ve Halkı” (Roma Cumhuriyeti) yazılmaya devam ediliyordu.

Bu iki gelenek dördüncü haçlı seferinde İstanbul’un haçlılar tarafından yağma edilmesiyle birlikte son bulmuş, senatonun izine bir daha rastlanmamıştır.³⁵ Her ne kadar imparator soyundan gelen kişiler Trabzon, İznik gibi şehirlere dağılarak devletin meşru idaresindeki silsileyi sürdürmeye başarmışlarsa da bu idarelerde artık senatonun izine rastlanamamaktadır. Kendini cumhuriyet saymayı vazgeçilmez sayma kültürü ise Doğu Roma’nın batı ucu olan Venedik şehir devletine bırakılarak terk edilmiştir.

Otokratlığın En Yaygın Meşruluk Kaynağı Olarak Soyluluk

Princeps kavramının ilk zamanlarından modern zamanlardaki anlamına kadar değişmeyen bir özelliği, soyluluk ön şartını taşıması. *Princeps Senatus*, Roma’nın kurucu ailelerinin en elitleri arasından olmak zorundaydı. Gayriresmi *Princeps*’lerde bu zorunluluk kalkmıştı ama gayriresmi *Princeps*’lerin ortak özelliği de senato tarafından yol gösterici seçilmiş olmaktı. Senato’nun aristokratik yapısı düşünüldüğünde bu, aristokrat olmak değilse de aristokratlardan yana olmak anlamına geliyordu. Augustus’un yarattığı anlamıyla *Princeps*, yukarıda da ifade edildiği üzere, Roma’nın cumhuriyet öncesi krallık döneminde bile görülmeyen bir geleneği, devletin en üst düzey makamının babadan oğula

[34] Wallace-Hadrill, Andrew. *Civilis Princeps: Between Citizen and King*. *The Journal of Roman Studies* 72, 1982, s. 37, 38.

[35] Pears, Edwin. *The Fall of Constantinople, Being the Story of the Fourth Crusade*, Amerika Birleşik Devletleri, Creative Media Partners, LLC, 2019, s. 210-215.

geçmesine vesile olmuştur. Yüzyıllar zarfında hanedan değışiklikleri olmuşsa da *Princeps* unvanı alan kişi sadece o makamı ömür boyu yürütmekle kalmamış soyundan gelen birine ya da üvey bir evladına bırakarak bir silsile oluşturmuştur.

Monarşiyle alenen özdeşleşen anlamıyla *Prens* zaten hanedanın başını ifade eden kral ile hemen hemen aynı nitelikte bir kavramdı; aralarındaki tek fark hakimiyet alanının büyüklüğüne ilişkindi. Prens kelimesinin modern anlamı da kralıçeden doğmuş olarak taht'ın yasal varisi bulunmak anlamına gelmektedir. Tüm bu dönüşümdeki bu değışmezlik; toplumların üstün, mutlağa yakın yönetme yetki tanımak konusunda tanıdıkları başlıca meşruluk kaynağının seçim ya da din değil soy bağı olduğunu göstermektedir. Diğer meşruiyet kaynaklarıyla gelenlerin görev süresi ya yıllarla ya da şahsiyle sınırlı tutulurken soya dayalı meşruiyet kaynakları nesillerce süren, kurumsallaşmış otokratlığın en yaygın, neredeyse tek meşruluk kaynağı olmuştur.

SONUÇ

Princeps kavramının tarih boyunca geçirmiş olduğu dönüşümlerden çıkarılabilecek ilk sosyolojik sonuç Roma'nın ilk yıllarında varlık düzeyi, orduda sahip olunan rolün kritikliği ve devlet idaresinde sahip olunan söz hakkının büyüklüğü arasında ciddi bir paralellik olduğudur. Roma'nın kurucularının ordudaki ve devletteki kademelenmesindeki ölçütün ilgili kişilerin servetlerinin büyüklüğü olduğu söylenebilir. İkinci olarak Roma'da krallığın yıkılışına giden sosyal travma ve etkilerinin çok ağır olduğu ve kral anlamına gelen *rex/regis* kelimesinin bir tabu haline geldiği, cumhuriyet fiilen yıkıldıktan, otokrasinin farklı türleri uygulandıktan sonra bile bu unvanı kimsenin üstlenmediğini ve halkın bu unvanı kimseye yakıştırmadığı anlaşılmaktadır. Bu sosyal tutum *princeps* kelimesinin anlamında birtakım örtmecelere sebep olduğu gibi senatonun isimden ibaret kaldığı zamanlarda bile varlığını koruduğu görülebilir. Son olarak devletin başındaki kişiye izafe edilen bu unvanın egemenliğe meşruluk kazandıran bir soybağını ifade etmesi monarşilerde bir meşruiyet kaynağı olarak soybağının tanrısallık, galibiyet, örf-adet gibi kaynaklardan daha kullanışlı olduğuna işaret etmektedir.

KAYNAKÇA

- Baker, David. *First Among Equals: The Utopian Princeps*. Moreana 30.3-4, 1993, s. 33-45.
- Balsdon, John Percy; Vyvian Dacre & Miriam T. Griffin. *Princeps, Oxford Research Encyclopedia of Classics*, 2016.
- Brunt, Peter A. Lex de imperio Vespasiani. *The Journal of Roman Studies*, 67, 1977, s. 95-116.
- Byrd, Robert C. *The Senate of the Roman Republic: Addresses on the History of Roman Constitutionalism*. Amerika Birleşik Devletleri, U.S. Government Printing Office, 1995.
- Chrysos, Evangelos K. *The Title Βασιλευσ in Early Byzantine International Relations*. Dumbarton Oaks Papers, 1 Ocak 1978, s. 29-75.
- Curme, George Oliver. *A Grammar of The German Language: Designed For a Thorough and Practical Study of The Language as Spoken and Written To-Day*, Macmillan, 1913.
- Dise, Robert L. *Variation In Roman Administrative Practice: The Assignments Of Beneficiarii Consularis*. Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik, 1997, s. 284-299.
- Gilliam, J. Frank. The Ordinarii and Ordinati of the Roman Army. Transactions and Proceedings of the American Philological Association, Volume: 71, Johns Hopkins University Press, American Philological Association, 1940, s. 127-148.
- How, W. W. Cicero's Ideal in his de Republica. *The Journal of Roman Studies* 20.1, 1930, s. 24-42.
- Husband, Terence J. *Cicero And The Moral Education Of Youth*, Doktora Tezi, Georgetown University, 2013.
- Markelov, Andrei Y. Augustus as Princeps Senatus. *Acta Classica Universitatis Scientiarum Debreceniensis* 55, 2019, s. 203-218.
- Pears, Edwin. *The Fall of Constantinople, Being the Story of the Fourth Crusade*, Amerika Birleşik Devletleri, Creative Media Partners, LLC, 7 Mart 2019.
- Pelham, H. F. Princeps Or Princeps Senatus? *The Journal of Philology*, 8.16, 1879, s. 323-333.
- Phillips, Edward J. Catiline's conspiracy. *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* H. 4, 1976, s. 441-448.
- Radin, Max. The Promotion of Centurions in Caesar's Army. *The Classical Journal* 10, Sayı: 7, 1915, s. 300-311.
- Salmon, Edward Togo. The Evolution Of Augustus' Principate. *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* H. 4, 1956, s. 456-478.
- Suolahti, Jaakko. *Princeps Senatus*. Arctos-Acta Philologica Fennica 7, 1972, s. 207-218.
- The Oxford Companion to Classical Literature, Ed. M. C. Howatson, Oxford University Press, 2011.
- Tierney, Brian. The Prince Is Not Bound By The Laws - Accursius And The Origins Of The Modern State. *Comparative Studies in Society and History* 5.4, 1963, s. 378-400.
- Wallace-Hadrill, Andrew. Civilis Princeps: Between Citizen And King. *The Journal Of Roman Studies* 72, 1982, s. 32-48.
- Waters, Kenneth H. *Cicero, Sallust and Catiline*. *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* H. 2, 1970, s. 195-215.

**MEDENİ USUL
HUKUKU**

SİGORTA TAHKİMİNE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 01.03.2023 TARİHLİ VE 2019/20425 SAYILI BİREYSEL BAŞVURU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Cansu KORKMAZ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-3362-1703

ckorkmaz@ybu.edu.tr

ÖZET

Günümüzde bireysel başvuru sayısının artması ve başvuru konularının değişmesi ile birlikte bireysel başvuru yolunun öngörülenden farklı bir işlevle kullanıldığı görülmektedir. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarının, temel hakların ve özgürlüklerin kamu gücünü kullanan organlarca ihlâl edildiğine dair iddiaları konu edinen bireysel başvuru yolunun işlevi yönünden değerlendirilmesi gerekir. Bu kararlardan biri, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği sigorta tahkimine dair 01.03.2023 tarihli ve 2019/20425 sayılı kararıdır. Anılan kararda, sigorta tahkim yolunun niteliği, bu uyuşmazlıklar yönünden dava açılması ve söz konusu uyuşmazlıkların bireysel başvuruya konu edilmesi hususları ele alınmış ve sigorta tahkimi ile devlet yargısı karşılaştırılmıştır. Çalışmada da Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı sigorta hukuku ile medenî usûl hukuku bakımından ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Sigorta Tahkimi, Anayasa Mahkemesi, Sigorta Tahkim Komisyonu, Temel Hak ve Özgürlükler.

EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S INDIVIDUAL APPLICATION DECISION DATED 01.03.2023 AND NUMBERED 2019/20425 ON INSURANCE ARBITRATION

ABSTRACT

Today, with the increasing number of individual applications and the change in the subject matter of the applications, it is observed that the individual application procedure is used with a different function than envisaged. In this respect, some decisions of the Constitutional Court should be evaluated in terms of the function of the individual application procedure, which deals with the claims that fundamental rights and freedoms have been violated by organs exercising public power. One of these decisions is the Constitutional Court's decision dated 01.03.2023 and numbered 2019/20425 on insurance arbitration upon individual application. In this decision, the nature of insurance arbitration, the filing of a lawsuit for these disputes and the subject matter of these disputes to individual application are discussed and insurance arbitration is compared with the state judiciary. In this study, the aforementioned decision of the Constitutional Court is analyzed in terms of insurance law and civil procedural law.

Keywords: Individual Application, Insurance Arbitration, Constitutional Court, Insurance Arbitration Commission, Fundamental Rights and Freedoms.

GİRİŞ

Bireysel başvuru, Anayasa'nın 148'inci maddesinde 5982 sayılı Kanun¹ ile yapılan değişiklikle öngörülmüş, bu kuruma dair usûl ve esaslar 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'da² (m. 45 - 51) ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde³ (m. 59-84) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bireysel başvuru, temel hakların ve özgürlüklerin kamu gücünü kullanan organların eylem, işlem ya da ihmâli sebebiyle ihlâl edilmesi hâlinde, bireylerin öngörülen başvuru yollarını tüketerek Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvurabilmelerine imkân sağlayan bir yoldur⁴.

[1] RG. T. 13.05.2020, S. 27580.

[2] RG. T. 03.04.2011, S. 27894.

[3] RG. T. 12.07.2012, S. 28351.

[4] Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 1080; Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 352; Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 388-389. Bireysel başvurunun hukukî niteliğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Hakan. Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti. *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 12, Yıl: 1995, s. 261; Göztepe, Ece. *Anayasa Şikâyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara,

Hukuk sistemimizde 23.09.2012 tarihinden itibaren fiilen uygulanan bireysel başvuru yoluna çeşitli temel hak ve özgürlük ihlalleri konu edilmektedir. Ancak günümüzde başvuru konuları çeşitli ihlâl sebeplerine dayanmakta ve bireysel başvuru yolu temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet etme amacından farklı bir işlevle kullanılmaktadır. Bu yaklaşım, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarına da yansımaktadır. Bu kararlardan birini, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği sigorta tahkimine dair 01.03.2023 tarihli ve 2019/20425 sayılı kararı (*İbrahim Arda Gezgin başvurusu*) oluşturmaktadır⁵. Çalışmada, anılan kararda sigorta tahkim yoluna ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmeleri ve söz konusu kararın sigorta hukuku ile medenî usûl hukuku bakımından etkileri ele alınmaktadır. Bu doğrultuda, söz konusu karar sigorta tahkim yolunun etkili bir başvuru yolu olup olmadığı, hakem kararlarının kesinliği ile bağlayıcılığı, adil yargılanma hakkı ve bireysel başvurunun işlevi yönünden değerlendirilmektedir.

BAŞVURU KONUSU VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ

Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2023 tarihli ve 2019/20425 sayılı kararına konu olan bireysel başvuru, trafik kazası sonucunda sürekli ve geçici iş göremezlik tazminatı ile bakıcı giderlerinin ödenmesi talebiyle Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılan başvurunun, başvurunun sağlam olduğu belirtilen birinci rapor dikkate alınarak kesin olarak reddedilmesi üzerine, engellilik oranına yer verilen ikinci raporun Komisyon'ca haklı sebep gösterilmeden gözetilmediği ve kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu olayda trafik kazasına dair tazminat talebine ilişkin olarak sigorta şirketine yöneltilen bir uyuşmazlığın bulunduğunu ve başvurunun bu uyuşmazlığa dair dava açmak yerine Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru yaptığını belirterek sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ve riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda sigorta tahkim yolunu ihtiyari bir yol nitelendirmiştir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi *Muhittin Yeşilmen başvurusuna*⁶

1998, s. 20; Ermenek, İbrahim. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar. *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 26, Yıl: 2013, s. 6; Atar, s. 352.

[5] AYM, B.B. No. 2019/20425, T. 01.03.2023, RG. 20.04.2023, S. 32169.

[6] Bireysel başvuru, trafik kazasından kaynaklı tazminat talebinin Sigorta Tahkim Komisyonu'nca zamanasımı sebebiyle reddedilmesi üzerine mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiği iddiasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi ise kararında, söz konusu başvuruda da hakemlerin kararına karşı alınan mahkeme kararı olmadığı sürece adil yargılanma hakkı

atıf yaparak sigorta tahkim yoluna başvurulmakla birlikte sigorta sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklara dair dava açma imkânından ve adil yargılanma hakkı güvencelerinden feragat edildiğini ifade etmiştir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi kararında, bireysel başvuruda bulunabilmek için başvuru yollarının tüketilmesi ve bu yolun somut başvuru kapsamında etkili olması gerektiğine değinerek sigorta sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar yönünden sigorta tahkim yolunun etkili olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu doğrultuda, Mahkeme *Tanju Bozkurt başvurusuna*⁷ atıf yaparak kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı bağlamında bir başvuru yolunun etkili olması için kusurun tespit edilmesi ve zararların tazmin edilmesi konusunda elverişli olması gerektiğini, buna karşılık sigorta tahkim yolunun bireylerin vücut bütünlüğünün korunmasına dair Devletin yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini tespit etmeye ve kamusal makamların sorumluluğunu belirlemeye elverişli olmadığını, bu nedenle söz konusu hak bakımından sigorta tahkim yolunun tazminat davalarının aksine etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Somut olay yönünden tazminat davası açılması üzerine benzer iddialarla bireysel başvuru yapılmasının ve başvurunun bu hâlde esas yönünden değerlendirilmesinin mümkün olduğuna değinilmiş ve başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle söz konusu *İbrahim Arda Gezgin başvurusunun* kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Sigorta Tahkim Yolunun Etkili Bir Başvuru Yolu Olup Olmaması Yönünden Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi *İbrahim Arda Gezgin başvurusuna* dair 01.03.2023 tarihli ve 2019/20425 sayılı kararında, sigorta sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar yönünden dava açılabilirliği gibi sigorta tahkim yoluna da başvuru yapılabileceğine, bu yolun söz konusu uyuşmazlıklar bakımından ihtiyari olduğuna, ancak Sigorta Tahkim Komisyonu'nca sınırlı inceleme yapılarak karar verilmesi sebebiyle sigorta tahkim yolunun etkili bir başvuru yolu olmadığına yer vermiştir.

güvencelerinin uygulanmadığı iddiasının denetlenemeyeceğini ve sigorta tahkim yoluna başvurulması üzerine başvurucunun iradî olarak adil yargılanma hakkının ihlâl edilip edilmediğine dair denetim imkânından vazgeçtiğini belirtmiştir. Anılan bireysel başvuru kararı için bkz. AYM, B.B. No. 2016/58665, T. 10.06.2020, RG. 01.09.2020, S. 31231.

[7] Bireysel başvuru, zorunlu askerlik görevi sırasında beden sağlığının bozulması nedeniyle maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile vazife malulü kabul edilmeme işlemine dair açılan davada adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddialarına dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi ise kararında anılan hak yönünden bir başvuru yolunun etkili olabilmesi için idarenin sorumluluğunu tespit etmeye elverişli olması gerektiğini, ancak somut olay yönünden vazife malullüğü aylığı bağlanması için açılan davanın idarenin sorumluluğunu tespit etmeye elverişli olmadığını ve etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Anılan bireysel başvuru kararı için bkz. AYM, B.B. No. 2014/11917, T. 17.07.2018, RG. T. 14.09.2018, S. 30535.

Sigortatahkim sistemi, sigorta ettiren ve sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ve Güvence Hesabı'ndan faydalanacak kişiler ile Güvence Hesabı arasında doğan uyuşmazlıklar yönünden 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun⁸ 30'uncu maddesi ile düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'te sigorta tahkim sistemine dair usûl ve esaslara yer verilmiştir. Sigorta hukukundan doğan uyuşmazlıkların artması, mahkemelerin iş yükü, bu uyuşmazlıklar yönünden ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargılamanın uzun sürmesi, bu durumun sigortalıların mağduriyetine sebep olması, zararın telafisinin uzun zaman alması ve sürecin hızlandırılması ihtiyacına binaen sigorta tahkim sistemi öngörülmüştür⁹.

Sigorta hukukundan doğan uyuşmazlıklar bakımından öngörülen tahkim sistemi hem serbest hem de zorunlu sigortalar yönünden ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁰. Buna göre söz konusu uyuşmazlıkların çözümü yönünden, adli yargıda dava açılabileceği gibi Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde oluşturulan Sigorta Tahkim Komisyonu'na da başvurulabilir. Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru için uyuşmazlığın değerine göre bir sınırlama olmadığı gibi genel tahkim yolundan farklı olarak uyuşmazlığın tarafları arasında tahkim sözleşmesinin varlığı ve hatta zorunlu sigortalar yönünden sigorta kuruluşunun sigorta sistemine üye olması dâhi aranmaz.

Sigorta tahkim sistemi ihtiyari bir yol olarak öngörülmesine rağmen, Komisyon tarafından yayımlanan faaliyet raporlarından, sigorta

[8] RG. T. 14.06.2007, S. 26552.

[9] Bkz. Sigortacılık Kanunu'nun 30'uncu maddesinin hükümet gerekçesi. Yargı kararlarında da sigorta tahkim sisteminin düzenlenme amacı vurgulanmaktadır. Örneğin, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında sigorta tahkim yolunun amacı şu şekilde ifade edilmiştir. "...Alternatif çözüm yollarından biri olan sigorta tahkiminde, adli yargı yerine, Sigorta Tahkim Komisyonuna müracaat edilerek komisyon tarafından belirlenecek hakemler aracılığıyla sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında, sigorta sözleşmesinden veya güvence hesabından faydalanacak kişiler ile güvence hesabı arasında çıkan uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulmaktadır. Bu sistem ile sigorta konusundaki uyuşmazlıkların uzman kişiler tarafından az maliyetle, hızlı ve adil şekilde çözüme kavuşturularak sigortacılık sektörüne olan güvenin artırılması amaçlanmıştır.", YİBK, T. 19.06.2020, E. 2019/4, K. 2020/1, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 30.05.2023.

[10] Yeşilova Aras, Ecehan & Yeşilova, Bilgehan. Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usûlü ve Ayırt Edici Özellikleri, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Özel Sayı, Cilt: 8, Yıl: 2013, s. 289; Kara, Hacı. *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 485; Kayıhan, Şaban & Selanik, Atakan Adem. *Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usûlü*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 81; Sigorta tahkim sisteminin zorunlu veya ihtiyari tahkim türlerine girmediği, kendine özgü bir yapısının olduğu yönünde bkz. Özdamar, Mehmet. Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 1-2, Cilt: 17, Yıl: 2013, s. 838-839. Bu sistemde sigorta şirketinin Komisyon'a üye olmasının ardından ortaya çıkan uyuşmazlıklar yönünden tahkim yoluna itiraz edememesi, diğer tarafın ise tahkim yoluna başvurmakta serbest olması karşısında bu sistemin nispi zorunlu tahkim yolu olduğu yönünde bkz. Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin & Özdamar, Mehmet. *Sigorta Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 113-114.

hukukundan doğan uyuşmazlıkları konu alan sigorta tahkim yolunun sıklıkla tercih edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim 2021 yılına ait faaliyet raporundaki verilere göre başvuru sayısı 2020 yılına göre %128,48 oranında artmış ve Komisyon'a yapılan 294.472 başvurudan 194.651'i karara bağlanmıştır. Bu dosyalardan 113.284'ünde (%58,20) başvuruda belirtilen tazminat talebinin tamamı kabul edilmiş, 42.626'sında (%21,90) başvuru sahiplerinin talepleri kısmen kabul edilmiş, 38.741'inde (% 19,90) ise talep edilen tazminat talebi reddedilmiştir. 2021 yılındaki başvuruların 12.429'u başvuru koşullarının oluşmaması nedeniyle işleme alınamamış, 7.016'sı raportörlerce yapılan ön inceleme sonucunda ilgili mevzuat hükümleri gereğince gerekli şartları taşımamaları nedeniyle kapatılmış, 1.110'u raportör aşamasında uzlaşmayla neticelenmiştir.

Sigorta hukukundan doğan uyuşmazlıkların sigorta tahkim sistemiyle çözüm süresi ise 2021 yılı yönünden dosyanın hakeme tevdi tarihinden karar verilme tarihi arasındaki süre esas alınarak ortalama 87 gün olarak belirlenmiştir¹¹. Buna karşılık, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 2022 yılına dair istatistiklere¹² ve sigortacılık uygulamasından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeye göre bir davanın ortalama görülme süresi asliye hukuk mahkemelerinde 376 gün, asliye ticaret mahkemelerinde 399 gün, tüketici mahkemelerinde ise 354 gündür.

Sigorta tahkim yoluna başvurulması hâlinde, başvurunun ön incelemesi on beş gün içinde tamamlanır (SK m. 30/15). Esastan incelemeye geçilen dosyaya Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından hakem atanır ve uyuşmazlık hakkında hakemin görevlendirildiği tarihten itibaren dört ay içinde karar verilmesi gerekir. Bu süre, tarafların açık ve yazılı muvafakatleriyle uzatılabilir (SK m. 30/16)¹³. Genel tahkim süresi ise hakemin seçildiği veya hakem kurulunca ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıldır (HMK m. 427/I). Bununla birlikte, belirli miktar üzerindeki sigorta hukukundan doğan uyuşmazlıklarda hakem kararlarına karşı bir defaya mahsus

[11] Sigorta Tahkim Komisyonu'nun 2021 yılına ait faaliyet raporu için bkz. http://www.sigortatahkim.org.tr/files/FaaliyetRaporu_2021_web.pdf, Erişim Tarihi: 30.05.2023.

[12] Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2022 yılına dair Adalet İstatistikleri için bkz. <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, Erişim Tarihi: 30.05.2023.

[13] Tahkim süresinin uzatılması konusunda tarafların anlaşamamaları hâlinde, nasıl bir yol izleneceğine dair mevzuatta düzenleme olmadığı için bu durumda tahkim süresinin akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztekin, Selçuk. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış. *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 13, Yıl: 2009, s. 238; Kale, Serdar & Tunç Yücel, Müjgan. Sigortacılık Kanunu'nda Tahkim, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt: I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 469; Kurt Konca, Nesibe. Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü. *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Cilt: I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1362; Yeşilova Aras & Yeşilova, s. 347-348.

olmak üzere itiraz edilebilir ve itiraz hakkında hakem heyetince iki ay içinde karar verilmesi gerekir (SK m. 30/12). Dolayısıyla sigorta tahkim yolu, uyuşmazlığın en geç karara bağlanması gereken süre yönünden hem dava yolundan hem de genel tahkim yolundan ayrılmaktadır. Sigorta tahkim yolunda uyuşmazlık hakkında ve hakem kararlarına karşı yapılan itirazlar hakkında karar verme süresinin kısalığı, sigorta tahkim sisteminin öngörülme amacıyla da bağdaşmaktadır.

Sigorta tahkim sistemi masraflar yönünden değerlendirildiğinde, Komisyon'a başvuru yapılırken sadece cüzi tutarda başvuru ücreti alındığı ve bu ücretlerin de uyuşmazlığın miktarına göre değiştiği anlaşılmaktadır. Nitekim 0-5.000 TL arasındaki uyuşmazlıklar için 200 TL, 5.001-10.000 TL arasındaki uyuşmazlıklar için 450 TL, 10.001-30.000 TL arasındaki uyuşmazlıklar için 650 TL, 30.001 TL ve üzeri uyuşmazlıklar için en az 650 TL olmak üzere uyuşmazlık tutarının %1,5'i olarak başvuru ücreti belirlenmiştir¹⁴. Dava açılırken ise dava dilekçesi ile birlikte harca tâbi olan davalarda harçların ve gider avansının, harca tâbi olmayan davalarda ise gider avansının yatırılması gerekir (Harçlar Kanunu m. 27, 28/I, a; HMK m. 120/I). Harç ve gider avansı miktarları dikkate alındığında, sigorta tahkim yoluna başvuru ücretlerinin daha az tutarda olduğu ve masraflar yönünden de sigorta tahkim sisteminin dava yolundan ayrıldığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin *İbrahim Arda Gezgin başvurusuna* dair kararında ise sigorta tahkim yolunda hakemlerce sınırlı bir inceleme yapıldığı, bu yolun kusurun tespit edilmesi ve zararların tazmin edilmesi yönünden elverişli olmadığı ve tazminat davalarının aksine geniş giderim imkânı sunmadığı gerekçesiyle, sigorta tahkim yolunun sigorta uyuşmazlıkları bakımından etkili bir başvuru yolu olmadığı belirtilmiştir. Kanaatimizce, kararda sigorta tahkim yoluna dair değerlendirme yapılırken sigorta tahkim yolunun yukarıda zikredilen hususların yanında, esastan incelenen dosyalarda yadsınamayacak bir oranda tazminat taleplerinin kısmen veya tamamen kabulüne karar verilmesinin de gözetilmesi gerekirdi. Nitekim sigorta tahkim yoluyla uyuşmazlıkların kısa sürede kurumsal bir yapısı olan sistemde çözümlenmesi, zarar görenin mağduriyetinin diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre makûl sürede giderilmesi sağlanmaktadır. Bunun yanında, sigorta hakemleri, tarafların sundukları deliller kapsamında uyuşmazlığı değerlendirmekle birlikte, çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda tarafların talebi üzerine veya re'sen bilirkişi görüşünün alınmasına karar verebilir (Yön. m. 6/12). Ayrıca

[14] http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=67&Itemid=92, Erişim Tarihi: 30.05.2023.

uygulamada sigorta hakemlerince keşif yapıldığı gibi resmî belgeler ilgili yerlerden de getirilmektedir¹⁵. Dolayısıyla sigorta uyuşmazlığının tarafsız uzman kişilerce, az maliyetle ve makûl sürede karara bağlanması, tazminat taleplerinin büyük oranda kısmen veya tamamen kabul edilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararının aksine sigorta tahkim sistemini kullanılabilir ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre tercih edilebilir kılmaktadır.

Hakem Kararının Bağlayıcılığı Yönünden Değerlendirme

Sigortacılık Kanunu'nda sigorta hakeminin ve itiraz hakem heyetinin verdiği belirli tutar altındaki kararların kesin olduğu öngörülmüştür. Hakem kararlarının kesinlik sınırı her yıl değişmekte olup, ilgili Tebliğ¹⁶ ile Sigortacılık Kanunu'nun 30'uncu maddesinin on ikinci maddesinde yer alan parasal sınır 2023 yılı için güncellenmiştir. Buna göre 15.000 TL'nin altındaki hakem kararları kesindir. 15.000 TL ve üzerindeki tutarda olan hakem kararları yönünden Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde itiraz yoluna başvurulabilir¹⁷. 238.731 TL'nin altında olan hakem kararları bakımından ise itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu tutar üzerindeki hakem kararlarına dair temyiz kanun yoluna başvurulabilir (SK m. 30/12)¹⁸. Bununla birlikte, tahkim süresinden sonra veya talep edilmeyen bir şey hakkında ya da yetkileri dâhilinde olmayan konularda karar verilmesi ile tarafların iddiaları hakkında karar verilmemesi durumlarında her hâlükârda temyiz yolu açıktır. İtiraz ve kanun yolu açık olan hakem kararlarına karşı söz konusu yollara başvuru yapılmadığı takdirde de hakem kararları kesinleşir.

Parasal sınırların her yıl artarak güncellenmesi, bu sınır altındaki hakem kararları yönünden itiraz ve kanun yolunun kapalı olması, bu kararlara karşı sadece belirli durumlarda temyiz kanun yolunun açık

[15] Kara, s. 501. Sigorta hakemlerinin bilirkişi raporu alabileceğine, keşif yapabileceğine dair Bölge Adliye Mahkemesi'nin şu kararı için bkz. "...5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 30/23 maddesine göre, bu kanunda bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümleri, sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen uygulanır hükmü mevcuttur. Bu düzenleme Tahkim Komisyonuna delil elde etme ve değerlendirme konusunda gereken yetkiyi vermekte olup uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bu yetkilerin kullanılması gerekmektedir. Kaldı ki, süresi içinde gerekiyorsa dosya üzerinde bilirkişi raporu alınabileceği gibi gerekli görülecek resmi belgelerin ilgili yerlerden getirilmesi de mümkündür.", İstanbul BAM 17. HD, T. 24.01.2019, E. 2018/3178, K. 2019/173, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.05.2023.

[16] Sigortacılık Kanunu'nun 30'uncu Maddesinin On İkinci ve On Beşinci Fıkralarında Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, RG. T. 28.02.2023, S. 32118.

[17] İtiraz, teknik anlamda bir kanun yolu olmayıp kendine özgü bir hukukî çare olarak nitelendirilmektedir. İtiraz hakem heyeti sadece hakem kararını denetlemekte, aynı zamanda yeniden karar verebilmektedir. Bkz. Budak, Ali Cem. Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIII, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 127.

[18] İtiraz üzerine verilen kararlara karşı bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı 20.07.2016 tarihinden sonra da temyiz kanun yoluna başvurulacağına dair bkz. YİBK, T. 19.06.2020, E. 2019/4, K. 2020/1, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 30.05.2023.

olması ve söz konusu kararların denetimsiz kesinleşerek icra edilecek olması eleştiriye açıktır. Belirli parasal sınır altındaki hakem kararları bakımından sadece Sigortacılık Kanunu'nda öngörülen belirli sebeplerle denetimin olması, bu tutarlar üzerindeki kararlar yönünden ise esastan denetim imkânının sağlanması tereddüt doğurmaktadır¹⁹. Ancak kanun yollarının olumlu ve yargı sürecini uzatması gibi olumsuz yönü birlikte değerlendirilerek bazı uyuşmazlıklara dair mahkeme kararları bakımından kanun yolunun kapatılması kamu yararı gereği görülmüş ve Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır²⁰. Sigorta tahkim sistemi bakımından da parasal sınırların öngörülmesinin temel sebebi sigorta uyuşmazlıklarının kısa sürede çözümlenmesi düşüncesi olsa da hakem kararlarının yüksek tutarlı olan bu parasal sınırların altında kaldığı için temyiz edilmeden kesinleşmesi hususunun tarafların sübjektif hakları yönünden yeniden değerlendirilmesi gerekir.

Parasal sınırlar altında kalan hakem kararlarının verildiği anda kesin olmasının sonucu, ilgili uyuşmazlığı konu alan kararın artık şekli anlamda kesinleşmesidir. Bu sonuç, kanun yolu açık olmakla birlikte başvurulmayan veya başvurularak bu yolun tüketildiği hakem kararları bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, Sigortacılık Kanunu'nda hüküm bulunmayan hâllerde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri uygulanacağından (SK m. 30/23), Kanun'un 443'üncü maddesi gereğince sigorta hakem kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak mümkündür. Bu olağanüstü kanun yoluna, kesin olarak verilen veya kesinleşmiş hükümlere karşı başvurulabileceğine göre sigorta tahkim yolunda verilen kararlar da mahkeme kararları gibi maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bu hususu, sigorta tahkim yolunun sigorta uyuşmazlıklarının nihai olarak neticelenmesine hizmet etme amacı ve bu yolun yargısal niteliği de desteklemektedir. O hâlde, sigorta tahkim kararları da kesin hüküm etkisine sahiptir ve mahkemeler nezdinde bağlayıcıdır²¹. Bu doğrultuda, sigorta uyuşmazlığının esasa ilişkin nihai hakem kararı ile

[19] Yeşilova Aras & Yeşilova, s. 356-357.

[20] AYM, T. 20.01.1986, E. 1985/23, K. 1986/2, RG. 16.04.1986, S. 19080.

[21] Akkanat, Halil; Atalı, Murat & Seven, Vural. *Yargıtay Kararlarında Sigorta Tahkimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 585. Genel tahkim yolunda hakem kararlarının mahkeme kararları gibi kesin hüküm etkisine sahip olduğuna dair mevzuatta açık kanun hükmü olmamakla birlikte, doktrinde hakem kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. Özbay, İbrahim. *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi*. Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Alkim Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 282; Pekcanitez, Hakan & Yeşilirmak, Ali. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2594; Erdoğan, Ersin. *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 89 vd.; Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, Cilt: VI, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 6092; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema & Hanağası, Emel. *Medenî Usûl Hukuku*. 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 834; Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt: II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 470-471; Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2022, s. 757-758.

sonuçlanması hâlinde, konusu, tarafları ve sebepleri aynı olan söz konusu uyuşmazlığın dava yoluyla mahkemeler önüne getirilmemesi gerekir. Aynı uyuşmazlığa dair dava açıldığı takdirde, kesin hükümün dava şartı olması (HMK m. 114/I, i) sebebiyle, hakkında kesin hakem kararı olan uyuşmazlığa dair davanın usûlden reddine karar verilmelidir²². Aksi durumda, sigorta tahkim yolunda karara bağlanmış olan bir uyuşmazlığın aynı zamanda dava yoluyla mahkemeler nezdinde görülmesi tahkim sisteminin amacıyla, işleviyle ve kesin hüküm etkisiyle bağdaşmaz.

Anayasa Mahkemesi, *İbrahim Arda Gezgin başvurusuna* dair kararında sigorta tahkim yolunun etkili bir başvuru yolu olmadığına ve tazminat davası açılmasından sonra benzer iddialarla bireysel başvuruda bulunabileceğine yer vermiştir. Bu bağlamda, başvuru kesin hakem kararı olan bir sigorta uyuşmazlığına ilişkin olarak mahkemelere yönlendirilmiştir. Bu husus, sigorta uyuşmazlıklarına dair verilen hakem kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı ile bağdaşmamaktadır. Aynı şekilde, sigorta tahkim yoluna başvurulabilmesi için gerekli olan şartlardan biri, uyuşmazlığın mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine göre Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmemiş olmasıdır (SK m 30/14). Buna göre kanun koyucu sigorta uyuşmazlığının hem mahkemeler hem de hakemler nezdinde görülmesinin önünü kapatmıştır. Aksi takdirde, tarafları, konusu ve sebepleri aynı olan uyuşmazlığın hem sigorta tahkim yoluna hem de dava yoluna konu edilmesi derdestlik durumunu doğurur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında, hakem kararlarının bağlayıcılığına rağmen başvurunun sigorta tahkim yoluna konu edilen bir uyuşmazlığa dair dava açmaya teşvik edilmesi isabetli değildir.

[22] Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri kararlarında da sigorta tahkim yolunda verilen hakem kararlarının kesin hüküm ifade ettiği belirtilmektedir. Bu doğrultuda bkz. *"Somut olayda...destekten yoksun kalma tazminatının davalı ... şirketinden tahsili için sigorta tahkim komisyonuna başvurulmuş, başvurusu Hakem Heyetince verilen 23.06.2011 gün, 2011/E 274-2 Esas ve 2011/513 sayılı kararla reddedilmiş, ilgili kararın temyizi üzerine Dairemizin 28.11.2011 tarih ve 2011/10888 E- 11330 K sayılı kararıyla hakem heyeti kararı onanarak kesinleşmiştir. Hakem Heyetinin ilgili kararı tarafları, konusu ve sebepleri aynı olduğundan işbu dosyada davacı ile davalı ...arasında kesin hüküm teşkil ettiğinden destekten yoksun kalma davasının davalı ...yönünden kesin hüküm nedeniyle dava şartı yokluğundan usulden reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir."*, Y17HD, T. 02.03.2020, E. 2019/1154, K. 2020/2405, Akkanat/Atalı/Seven, s. 595-596. Aynı yönde bkz. *"...Dava, araç hasarına ilişkin maddi tazminat davasıdır. Davacı tarafından aynı olaya ilişkin olarak daha önce 25.03.2013 tarihinde ... Tahkim Komisyonuna başvurulmuş olup Uyuşmazlık Hakem Heyeti tarafından verilen 24.04.2013 tarih E-629/2013 K-2013/724 sayılı karar ile başvurunun reddine karar verilmiştir. Bu durumda mahkemece, ... Tahkim Komisyonu kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği gözetilmek suretiyle davanın kesin hüküm nedeniyle HMK'nun 115/2.maddesi gereğince usulden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde davanın esasına girilerek karar verilmiş olması doğru görülmemiştir."*, Y17HD, T. 23.05.2017, E. 2014/22687, K. 2017/5788. Ayrıca bkz. Y4HD, T. 23.06.2021, E. 2021/2969, K. 2021/3503; Y17HD, T. 04.10.2017, E. 2016/16910, K. 2017/8591; Trabzon BAM 4. HD, T. 02.06.2020, E. 2020/357, K. 2020/351, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.05.2023.

Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirme

Tahkim yolunda, Devlet mahkemelerinde olduğu gibi yargısal temel haklar geçerlidir ve bu hakların korunması gerekir. Bu bağlamda, her ne kadar tahkimde tarafların adil yargılanma hakkına sahip olup olmadığı hususu tartışmalı olsa da yargısal bir faaliyetin yürütülmesi sebebiyle tahkim yargılamasında da temel haklardan biri olan adil yargılanma hakkı gözetilmelidir. Buna göre adil yargılanma hakkı gereğince, tahkim yargılamasında tarafların eşitliği ile hukukî dinlenilme hakkına ve tarafsız ve bağımsız hakemlerce hakkaniyete uygun ve makûl sürede yargılama yapılmasına riayet edilmelidir²³.

Anayasa Mahkemesi'nin *İbrahim Arda Gezgin başvurusunda*, sigorta tahkim yoluna başvurulmakla birlikte dava açma imkânından ve adil yargılanma hakkı güvencelerinden feragat edildiği belirtildiği için söz konusu kararın adil yargılanma hakkı yönünden değerlendirilmesi gerekir. Buna göre sigorta tahkim yargılamasında icrai karar alma yetkisine sahip hakemlerce uyuşmazlığın karara bağlanması, bu kararın yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilememesi, söz konusu kararların kesin hüküm etkisine sahip olması, sigorta tahkim yolunun ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak öngörülmesi ve adli yargı yolunun kapatılmaması adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan mahkemeye erişim hakkının uygulanabilirliğini göstermektedir. Ancak tahkim yoluna başvurulması üzerine taraflar mahkemeler nezdinde aynı uyuşmazlığa dair dava açamazlar. Nitekim bu husus, hakem kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı ile sigorta tahkim yolunun amacı ve işlevinin bir gereğidir.

Sigorta tahkim sisteminde, uyuşmazlık belirli nitelikleri haiz olan, sigorta hakem listesine kayıtlı ve uzmanlık alanına göre Komisyon tarafından sıra usûlüyle atanan hakem tarafından görülür. Belirli miktar üzerindeki uyuşmazlıklar yönünden ise hakem heyeti tarafından karar verilir (SK m. 30/15). Buna göre sigorta tahkim sisteminde önceden tayin edilmiş bir mahkeme ve hâkimden söz edilememekte, taraflarca sigorta tahkim yolunda genel tahkim yolunun aksine hakemlerin seçim usûlü de kararlaştırılmamaktadır²⁴. Bununla birlikte, hakemlerin tarafsızlığının sağlanmasına hizmet etmek üzere Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'in 17'nci maddesinde öngörülen sebeplere dayanılarak tarafların hakeme dair ret talebinde bulunması mümkündür. Taraflar ret talebinde bulunmasalar dâhi Yönetmelik'in 18'inci maddesinde yer verilen durumlarda hakemlerin uyuşmazlığa bakmaları

[23] Özbek, Mustafa Serdar. *Tahkim Hukuku*, Cilt: II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 1163-1164; Yeşilova Aras & Yeşilova, s. 369.

[24] Sigorta tahkim sistemindeki kurumsal yapının hakemleri seçmesi ve hakemlerin reddi hakkında karar vermesi doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Yeşilova Aras & Yeşilova, s. 368-369.

yasak olup, hakemlerin çekinmeleri gerekir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan sigorta tahkim yolunda uyuşmazlığı karara bağlayacak olan hakemlerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik olarak ilgili mevzuatta düzenlemelere yer verilmesinden, adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan tarafsız ve bağımsız yargı mercilerince yargılanma güvencesinden vazgeçilmediği sonucuna varılmaktadır.

Sigorta tahkim yolunda, adil yargılanma hakkı kapsamında makûl sürede yargılanma hakkı da güvence altına alınmaktadır. Nitekim sigorta uyuşmazlığının kısa sürede çözümlenmesine hizmet etmek üzere, hakemlerin görevlendirildiği tarihten itibaren dört ay içinde karar vereceği, kararın taraflara en geç üç iş günü içinde bildirileceği, bildirimden itibaren on gün içinde karara itiraz edilebileceği, itiraz hakem heyetinin ise itirazı iki ay içinde karara bağlayacağı düzenlenmiştir (SK m. 30/12, 16). Bununla birlikte, tahkim süresinden sonra karar verilmesi durumu, temyiz sebebi olarak her hakem kararı bakımından öngörülmüştür. Makûl süre, her somut olayın koşullarına göre belirlense de sigorta tahkim sisteminde uyuşmazlıkların ortalama görülme süresi ve söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında, bu sistemde makûl sürede yargılanma güvencesinden feragat edilmediği anlaşılmaktadır. Ancak genel tahkim yolunun aksine sigorta tahkim yolunda sürenin uzatılması bakımından tarafların anlaşamamaları ihtimâlinin mevzuatta düzenlenmemesi eleştiriye açıktır.

Sigorta tahkim yolunda, adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan alenî yargılanma hakkı ise uygulanmaz. Zira tahkim yargılamasının doğası gereği yargılama, alenî değil gizlilik ilkesi esas alınarak yürütülür. Ancak uyuşmazlıkların nihai şekilde neticelenmesi amacıyla Devlet mahkemelerine değil, tahkim yoluna başvurulması ve bu yolda yargılamanın alenî olmaması, Anayasa Mahkemesi'nin kararının aksine yargısal temel haklardan ve adil yargılanma hakkından feragat edildiği sonucunu doğurmaz. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında dava açılmayan ancak sigorta tahkim yoluna başvuru bir uyuşmazlığa dair adil yargılanma hakkı güvencelerinden feragat edildiğine yer verilmesi isabetli değildir.

Bireysel Başvuru Yolunun İşlevi Yönünden Değerlendirme

Bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, temel hakların ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlâl edilip edilmediğini incelemektedir. Bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlâl edilen herkese açık bulunmaktadır. Buna göre bireyler, temel hak ihlâllerine karşı dolaysız olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmekte, Anayasa Mahkemesi de somut olay

kapsamında yeniden yargılama yapılmasına ve uygun bir tazminata karar verebilmektedir. Bu yönüyle, bireysel başvuru yolunun subjektif olarak da nitelendirilen temel işlevi, temel hakların ve özgürlüklerin korunmasına hizmet etmektedir²⁵.

Bireysel başvuru temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin yorumlanmasını, uygulanmasını ve uygulamanın yeknesaklaşmasını sağlayıcı objektif bir işleve de sahiptir²⁶. Bu bağlamda, bireysel başvuru yolu ile temel haklar ve özgürlükler korunduğu gibi bunlara dair kurallar da somutlaştırılmakta ve bunların öngörülebilir biçimde uygulanması sağlanmaktadır²⁷. Dolayısıyla bireysel başvuruya dair verilen kararlar kamu gücü kullanan organların uygulamasına yansımakta olup, bu yönüyle bireysel başvuru yolu yol gösterici bir işlev üstlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin *İbrahim Arda Gezgin başvurusuna* dair kararının, bireysel başvuru yolunun işlevi yönünden de değerlendirilmesi gerekir. Buna göre Anayasa Mahkemesi'nin sigorta tahkim yoluna dair etkili bir başvuru yolu olmadığı ve sigorta uyuşmazlıklarında tazminat davalarının daha geniş giderim imkânı tanıdığı yönündeki yorumları ile söz konusu uyuşmazlıklar ve hatta somut başvuru bakımından kesin hakem kararına rağmen dava yoluna yönlendirilmesi bireysel başvurunun objektif işleviyle bağdaşmamaktadır. Zira günümüzde mahkemelerin iş yükü gözetildiğinde, hakemler aracılığıyla sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında, sigorta sözleşmesinden veya Güvence Hesabı'ndan faydalanacak kişiler ile Güvence Hesabı arasında çıkan uyuşmazlıklar yönünden öngörülen ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan sigorta tahkim sisteminin önemi yadsınamaz. Bu nedenle, sigorta tahkimi ile Devlet yargısı karşılaştırıldığında, uyuşmazlıkların karara bağlanma süresi, zarar görenin mağduriyetinin kısa sürede giderilme ihtiyacı, sigortanın var olma nedeni, tazminat taleplerinin kabul edilme oranı dikkate

[25] Benda, Ernst; Klein, Eckart & Klein, Oliver. *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2012, s. 187; Şirin, Tolga. *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 67; Karaman, Ebru. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 34-35; Kanadoğlu, Korkut. *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 11-12; Korkmaz, Cansu. *Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 219; Gündoğdu, Süleyman Burak. *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 8-9.

[26] Düwel, Martin. *Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen*, Nomos, Baden-Baden, 2000, s. 250; Hillgruber, Christian/Goos, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 2004, s. 33; Kanadoğlu, s. 11-12; Karaman, s. 37; Korkmaz, s. 219-220; Gündoğdu, s. 9-10.

[27] Kılınc, Bahadır. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*. *Anayasa Yargısı*, Sayı: 25, Yıl: 2008, s. 27; Düwel, s. 250-251; Karaman, s. 37; Gündoğdu, s. 7.

alındığında günümüzde uyuşmazlığın daha hızlı ve uzman kişiler nezdinde karara bağlandığı bir sistemin desteklenmesi, eksikliklerinin tamamlanarak ve tereddütlü yönleri tekrar değerlendirilerek daha işler hâle getirilmesi gerekir. Ancak aksi yönde olan Anayasa Mahkemesi'nin anılan karardaki yorumları sigorta tahkim sistemine başvurma yönünden tereddüt yaratabilir, bu sisteme olan güvenin sarsılmasına ve sigorta tahkim yolundan beklenen faydanın gerçekleşmemesine yol açabilir. Bu tereddüt, mahkeme dışındaki diğer uyuşmazlık çözüm yolları yönünden de sirayet edebilir.

SONUÇ

Sigorta tahkim sistemi, sigortacılık uygulamasından doğan uyuşmazlıkların tarafsız ve bağımsız alanında uzman kişilerce kısa sürede ve düşük maliyetle nihai olarak neticelenmesi amacına hizmet üzere öngörülmuş kurumsal bir yapısı olan alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Mahkemelerin iş yükü, yargılamaların uzun sürmesi ve yargılama giderlerinin yüksekliği sebebiyle, sigorta uyuşmazlıkları bakımından sigorta tahkim yolu sıklıkla tercih edilmektedir. Günümüzde söz konusu özel tahkim yolunun önemi ve işlevinden hareketle, kira, iş, bankacılık gibi başkaca uyuşmazlıklar yönünden dâhi benzer bir sistem değerlendirilmektedir. Bu husus, sigorta tahkim sisteminin uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak işlerlik kazandığını ve diğer uyuşmazlıklar bakımından model olarak alınabileceğini göstermektedir.

Sigorta tahkim yolunun eleştiriye açık yönleri olmakla birlikte, bu yolun olumlu yönleri ve uyuşmazlıkların çözümlenmesine katkısı sebebiyle sigorta tahkim sisteminin korunması, geliştirilmesi ve eksikliklerinin tamamlanması gerekir. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında aksi yönde bir yaklaşım sergilenmesi isabetli değildir. Hâlbuki Anayasa Mahkemesi'nin üst mahkeme olarak hukuk sistemimizdeki yeri ve bireysel başvurunun objektif işlevi dikkate alındığında, bireysel başvuruya konu olan kuralların ve kurumların nasıl değerlendirildiği önem teşkil etmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bazı son bireysel başvuru kararlarında usûlî kurumlara dair farklı ve olması gerekenden uzak yorumları dikkat çekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında, sigorta tahkim sisteminin uyuşmazlık çözüm yolu olarak işlevi, katkısı, hakem kararlarının bağlayıcılığı gibi hususlar gözetilmeksizin yapılan değerlendirmeler bunun bir örneğini oluşturmaktadır. Anılan kararda sigorta tahkim yolunun ihtiyari bir yol olduğuna dair nitelendirme dışında yapılan değerlendirmelere katılmak mümkün görünmemektedir.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema & Hanağası, Emel. *Medenî Usûl Hukuku*. 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Akkanat, Halil; Atalı, Murat & Seven, Vural. *Yargıtay Kararlarında Sigorta Tahkimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2022.
- Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin & Özdamar, Mehmet. *Sigorta Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Benda, Ernst; Klein, Eckart & Klein, Oliver. *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2012.
- Budak, Ali Cem. Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIII, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 121-129.
- Düwel, Martin. *Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen*, Nomos, Baden-Baden, 2000.
- Ermenek, İbrahim. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar. *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 26, Yıl: 2013, s. 3-55.
- Erdoğan, Ersin. *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.
- Göztepe, Ece. *Anayasa Şikâyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.
- Gündoğdu, Süleyman Burak. *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Hillgruber, Christian & Goos, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 2004.
- Kara, Hacı. *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Kayıhan, Şaban & Selanik, Atakan Adem. *Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usûlü*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Kale, Serdar & Tunç Yücel, Müjgan. Sigortacılık Kanunu'nda Tahkim. *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 461-477.
- Kanadoğlu, Korkut. *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Karaman, Ebru. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Kılınç, Bahadır. Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği. *Anayasa Yargısı*, Sayı: 25, Yıl: 2008, s. 19-54.
- Korkmaz, Cansu. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 215-276.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, Cilt: VI, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Kurt Konca, Nesibe. Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü. *Prof. Dr. Firat Öztan'a Armağan*, Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1343-1365.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Öztek, Selçuk. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış. *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 13, Yıl: 2009, s. 221-249.

- Özdamar, Mehmet. Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 1-2, Cilt: 17, Yıl: 2013, s. 831-856.
- Özbay, İbrahim. Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi. *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 281-304.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Tahkim Hukuku*, Cilt: II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Pekcanitez, Hakan. Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti. *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 12, Yıl: 1995, s. 257-287.
- Pekcanitez, Hakan & Yeşilirmak, Ali. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Şirin, Tolga. *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt: II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Yeşilova Aras, Ecehan & Yeşilova, Bilgehan. Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usûlü ve Ayırt Edici Özellikleri. *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Özel Sayı, Cilt: 8, Yıl: 2013, s. 275-379.

**İCRA VE İFLAS
HUKUKU**

TAŞKIN HACİZ İŞLEMİNİN NİTELİĞİ

Doç. Dr. Evren KOÇ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-1379-8771

evrenkoc@istanbul.edu.tr

ÖZET

Borçlunun malvarlığı üzerinde icra dairesi tarafından uygulanan haciz işleminin, alacaklının alacağından fazla olması halinde taşkın haciz sonucu gerçekleşmiş olur. Kavram olarak İİK'da taşkın hacze yer verilmemiş olmakla birlikte doktrin ve içtihatlarda bu kavrama yer verilmektedir. Haciz işleminde esas olan alacaklının talebi üzerine gerçekleştirilen haciz işleminin alacaklının alacağına yeter miktarda tatbik edilmesidir. Ancak icra daireleri gerek ihtiyaten gerekse hatalı tespit neticesinde dosya alacağından yüksek bir bedele isabet edecek nitelikte haciz işlemi gerçekleştirebilmektedir. Bu durum borçlunun menfaatinin açık olarak ihlali sonucunu doğurmakta ve icra mahkemeleri nezdinde yapılan müracaatlar ile haciz işleminin iptali ya da düzeltilmesi yoluna gidilmektedir. 7445 sayılı Kanunla İİK m.85'de yapılan değişiklik ile haciz işlemi gerçekleştiren icra dairesinin takdir yetkisi ortadan kaldırılarak, gerçekleştirilen haczin geçerli bir haciz işlemi olarak değerlendirilmesini sağlayabilmek için değişiklik yapılmıştır. Kanunun genel gerekçesi ve madde gerekçesi taşkın haciz işleminden doğan problemlere dikkat çekerek, değişikliğin iki ana amaca hizmet edeceğinin altını çizmiştir. Bunlar; borçlunun mülkiyet hakkının korunması ve alacaklı ile borçlunun menfaat dengesinin bozulmamasıdır. Mülkiyet hakkı, AİHS ve AY ile düzenlenmiş mutlak haklardan olup, icra dairesinin haciz işlemi ile bertaraf edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla sadece iç hukukumuz açısından değil taraf olduğumuz sözleşmeler ile uluslararası hukukun da ihlalinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Haczin borçlunun malvarlığında bulunan taşınır, taşınmaz ve hakları üzerinde uygulanması ve haciz işlemi tamamlandıktan sonra da mahcuz malın borçlunun malvarlığında bulunması sebebiyle taşkın haciz hali olumsuz etkisini uzun süre sürdürebilmektedir. Taşınır ve taşınmaz malların haczini düzenleyen İİK m.85 aynı zamanda icra hukukuna ilişkin bir ilkeyi de düzenlemektedir. İİK m.85/son f. Uyarınca haciz işlemi gerçekleştiren icra memurunun haciz işlemi sırasında borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmesi gerekir.

Bu hüküm uyarınca icra dairesi alacaklı ile borçlunun menfaatleri eşit olarak gözütecek, tarafların haklarını eşit olarak uygulayacaktır. Madde gerekçesinde de taşkın haciz halinin gerçekleşmesi halinde menfaat dengesinin haksız yere ihlal edilmiş olacağı ve m.85/son f. Düzenlemesinin ve dolayısıyla icra hukukuna hâkim olan ilkenin de ihlal edilmiş olacağı ifade edilmiş olacaktır. Borçlunun malvarlığında bulunan haczedilebilir nitelikteki tüm mallar için taşkın haciz sonucu doğabilir. Bu nedenle haczin uygulanacağı taşınır mallar, taşınmaz mallar ve haklar özelinde farklı sonuçların değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Birden fazla alacaklının bulunduğu takiplerde icra dairesinin taşkın haciz sonucunu doğuracak nitelikte işlem yapması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. İİK m.85/f.1’de yapılan değişiklik ile hacze iştirak kurumu kapsamında taşkın haciz sonucunun doğmasını engelleyen nitelikte işlem tesis edilmesi esastır. Taşkın haczin İİK’da yer alan haciz türleri ve 3. Kişilerin borçlunun malvarlığında bulunan mallar üzerindeki haklarına tesiri açısından doğuracağı sonuçların İİK m.85 de yapılan değişiklik sonrasında ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Haciz, Taşkın Haciz, İcra Dairesi, Mülkiyet Hakkı, Hacze İştirak.

THE NATURE OF EXCESSIVE ATTACHMENT

ABSTRACT

In case the value of the property attached by the enforcement office overcomes the receivables of the creditor’s, this results excessive attachment. Even though the concept of excessive attachment is not defined in IİK, it is mentioned in the doctrine and jurisprudence. Fundamentally, the attachment executed following the demand of the creditor, should satisfy the creditor’s receivables. However, enforcement offices can carry out an attachment that will result in a higher price than the receivable, as a precautionary measure or by mistaken determination. This situation would clearly breach the debtor’s interests. For this reason, the cancellation or correction of the attachment process may be demanded before enforcement courts. The amendment made to Article 85 of the IİK by the Law No. 7445 withdraws the discretionary power of the enforcement office and aims to set a valid attachment. The general preamble of the law and the preamble of the article underlines that the amendment would serve two main purposes by paying attention to the problems arising from the excessive attachment. One of these purposes is the protection of the debtor’s property right and the other one is

deterioration of debtor's and creditor's balance of interest. The property right is one of the absolute rights regulated by ECHR and Turkish Constitution. In consequence, enforcement officer may not remove it by the seizure process. Therefore, the subject regulation also aims to prevent the violation of international law set by bilateral agreements, beyond the domestic legal measures. Since the attachment is applied on the properties and rights of the debtor and the attached properties and rights involve the debtor's estate, the negative effect of the excessive attachment may proceed for a long time. Art. 85 of IİK which regulates the attachment process on movable and immovable properties also provides a principle relating to the enforcement law. Pursuant to art. 85/6 of IİK, the enforcement officer who carries out the attachment must consider the interests of the debtor and the creditor as far as possible during the attachment. According to the said provision, the enforcement office must protect the interest of the creditor and the debtor and apply the rights of the parties equally. According to the preamble of the subject article, if an excessive attachment occurs, the balance of interest between the parties and consequently art. 85/6 of IİK will be unfairly infringed. In case there are multiple creditors, It is a more common situation for the enforcement office to act in a way that lead an excessive attachment. With the amendment in art. 85/1, a regulation which anticipates the result of excessive attachment within the scope of the participation to attachment concept should be predicated. Moreover, the consequences of the excessive attachment in terms of attachment types regulated in IİK and the effects of third parties on the rights of the debtor on the assets of the debtor should be evaluated separately following the amendment made in IİK art. 85.

Keywords: Attachment, Excessive Attachment, Enforcement Office, Property Right, Participation to Attachment.

GİRİŞ

7343 sayılı Kanun ile İcra İflas Kanunu taşkın haciz kavramına ilişkin bir düzenlemeye kavuşmuştur. Taşkın haciz, uygulama da ve içtihatlarda yer alan ancak mevzuatta düzenlenmemiş bir icra hukuku kavramı olarak Türk hukuk hayatında yer alan bir kavramdır. İcra hukukunda borçlunun malvarlığı üzerinde uygulanan haczin, alacaklının alacak miktarının üzerinde olması halinde, borçlunun malvarlığına ve özellikle mülkiyet hakkına tesir edecek olan tecavüzün belirtilebilmesi taşkın haciz kavramı ile sağlanmıştır. İcra hukukunun en önemli özelliklerinden olan cüzilik sebebiyle borçlunun sadece o icra takibinde kendisinden talep edilen alacak oranında mal varlığı üzerinde haciz tesis edilebilmesi mümkündür. Cüzilik özelliğinin muhafaza edilebilmesi ve alacaklı

ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunabilmesi taşkın haciz kavramının bir ölçü olarak kullanılması halinde mümkün olabilecektir. Bu çalışmada, taşkın haciz kavramının temel özellikleri üzerinde durulmakla birlikte, taşkın haczin gerçekleşmesi halinde müracaat edilebilecek olan yolların tespiti üzerinde de durulmuştur.

TAŞKIN HACİZ KAVRAMI

Alacaklının haciz talebinin ardından icra müdürlüğünce tatbik edilecek haczin sınırı İİK m. 85'te çizilmektedir. Haciz; ana para, faiz ve masraflar dahil olmak üzere alacak miktarının üzerinde tekemmül edemez. Kanunun bu düzenlemesine aykırılık halinde taşkın haciz durumu meydana gelmektedir¹.

Yargıtay kararlarında kavram olarak hem “aşkın haciz²” hem “taşkın haciz” kullanılmaktadır. 7445 Sayılı Kanun'un gerekçesinde “taşkın haciz” ifadesi kullanılmaktadır. Hem kanun gerekçesinde kullanılan ifade olması hem de ortaya çıkan durumu daha açık ve net bir biçimde ortaya koyduğu kanaatinde olmamız nedeniyle çalışmamızda taşkın haciz kavramı kullanılmıştır.

İcra hukuku ilkelerine uygun, icra memurlarının kanuna uygun işlemleriyle cereyan eden bir takip sürecinde alacaklının alacağı kesinleşmesinin ardından haciz aşamasına geçilecek ve borçlunun malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf hakkı kısıtlanacaktır. Malvarlığına hukuken el koyulan borçlunun haciz işlemine karşı şikâyet yoluna başvurması mümkündür. Bu şikâyet sebeplerinden birini de İİK'nin 85. maddesinin 1. fıkrasının sonuna 7445 sayılı Kanunla eklenen “*haczolunur; ancak bu miktarı aşacak şekilde haciz yapılamaz.*” ifadesiyle kanundaki yeri netleştirilen, taşkın haciz oluşturmaktadır. 7445 Sayılı Kanun'un genel gerekçesinde taşkın hacizle ilgili yapılan mevzuat değişikliğinin özelliği “*yasaklanmıştır*” ifadesiyle belirtilmektedir. Genel gerekçede görüleceği üzere kanun koyucunun amacı taşkın haciz kavramını emredici bir nitelikte ifade etmektir. Objektif hukuk açısından icra dairesinin haciz işleminde kanunun emredici hükmüne riayet ederek haczi tesis etmesi esastır.

Taşkın haciz, borçlunun malvarlığı değerleri üzerinde ana para, faiz ve masraflar da dahil toplam alacak miktarının ciddi biçimde üzerine çıkılarak haciz tatbik edilmesidir. Taşkın haciz, borçlunun mülkiyet

[1] Güneysu, Nilüfer Boran. Aşkın Haciz, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 4, 2016, s. 27.

[2] Güneysu, kelime anlamı itibarıyla “taşkın” ifadesinin sözlük anlamı itibarıyla su baskını kavramına daha yakın olduğunu, “aşkın” kelimesinin ise çok, fazla anlamında kullanılması nedeniyle çalışmada aşkın haciz kavramını kullandığını ifade etmektedir. Güneysu, a.g.m., s. 27.

hakkını ihlal etmekte, menfaat dengesine ve icra hukukunda ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Kanun koyucu, taşkın haczin borçlunun ekonomik hayatına ciddi biçimde zarar vermesinden bahsederek taşkın haczin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Bu doğrultuda icra memuruna taşkın haciz hususunda da bir yükümlülük getirdiği tartışılabilir. İcra memuru, kendisine ulaşan haciz talebinin taşkın nitelikte olup olmadığını incelemeli, icra hukukundaki diğer kural ve prensiplerle birlikte ele almalı ve işlemlerini bu esasa göre gerçekleştirmelidir.

Haczi kabil olmayan mallar başlığı altında da değerlendirildiği üzere, icra memurunun haczi talep edilen malın haczi kabil olmayan bir mal olduğu yönünde değerlendirme yapması ve bu doğrultuda işlemlerini sürdürmesi gerek Yargıtay içtihatlarında gerekse doktrinde kabul edilmemektedir. Kanaatimizce bu yaklaşım isabetlidir. Zira icra memurunun, haciz talebini değerlendirme aşamasındaki yetkisinin genişletilmesinin prosedürün aksamasına sebep olması ve takip hukukunun fonksiyonuna zarar vermesi kuvvetle muhtemeldir. Taşkın haciz konusunda yapılacak değerlendirmede de bu yaklaşımın kabul edilip edilmemesi önemli sonuçlar doğuracaktır. Taşkın haciz yapmamaya gösterilen özenle alacaklıyı alacağına kavuşturma gayesi arasındaki dengeyi gözetilmesi elzemdir.

Taşkın Hacze Karşı Muhalefet

Taşkın haczin oluşmasıyla beraber mülkiyet hakkı ihlal edilen ve menfaatleri zedelenen borçlunun şikâyet yoluna başvurması mümkündür. Yargıtay da taşkın haczin şikâyete konu edilebileceğini kabul etmektedir³. İcra organlarınca yapılan işlemlerin takip hukuku ilkelerine yahut kanun hükümlerine uygun tatbik edilmemesi halinde mezkûr işlem şikâyet yoluna başvurularak düzeltilebilir⁴.

Şikâyet kendisine ulaşan icra mahkemesi, incelemesini şikâyet konusuyla sınırlandırmak mecburiyetinde değildir⁵. Ancak verilecek kararın kapsamını şikâyete konu edilen işlem oluşturacaktır, şikâyete konu edilmemiş bir işlem hakkında karar verilemez⁶. HMK m. 26'da

[3] "İİK.85. maddesi uyarınca aşkın haciz şikâyeti hacizler konulduktan sonra ayrıca icra mahkemesine şikâyet yolu ile ileriye sürülebilecek hususlardandır." (12. HD 2015/20996 E. 2015/2885 K. 19.11.2015 T.)

"...borçlunun aşkın haciz şikâyetinin esaslı ilik'nun 261/3. maddesi kapsamında incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken, açıklanan bu hususlar gözden kaçırılarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir." (12. HD. 2015/31542 E. 2016/9534 K. 31.03.2016 T.)

[4] Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 2004, s. 44-45; Karslı, Abdurrahim, *İcra ve İflas Hukuku*, 2014, s. 147-148.

[5] Üstündağ, a.g.e., s. 54.

[6] Üstündağ, a.g.e., s. 54; Pekcantez, Hakan & Simil, Cemil, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, 2017, s. 332.

düzenlenen taleple bağlılık ilkesi şikâyetin muhakemesinde de geçerlidir⁷. Fakat icra mahkemesi incelemesini yaparken kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir durum tespit ederse, şikâyete konu edilmemiş olsa dahi, işlemin iptaline karar vermelidir⁸.

Taşkın haciz şikâyete konu edilmemesine rağmen icra mahkemesince incelenebilir mi sorusunu tartışmakta fayda görmekteyiz. Güneysu, borçlu başka bir nedene dayansa dahi icra mahkemesinin taşkın haciz işlemi nazara alarak inceleme yapacağını ifade etmektedir⁹. Mahkemenin inceleme kapsamına bir sınır getirilmemiş olmakla beraber kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir durum tespit edilmediği müddetçe mahkeme, bu konuda bir talep olmaksızın karar veremeyecektir. Kanaatimizce taşkın haciz kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir durum oluşturmaktadır. Bir başka açıdan ise taşkın haciz; kanunda, özellikle son değişikliklerle beraber, açık bir şekilde düzenlenmektedir. Kamu düzenine aykırılık haliyle ele alındığı takdirde kapsamı genişleyecektir. Kapsamın bu şekilde genişletilmesi uygulamada haciz yapacak memurun çekingen davranması ve prosedürde aksaklık yaratması neticesini doğurabilecektir. Zira kamu düzeninden olduğu yönünde bir tespit yapılması halinde taşkın haciz şikâyeti süresiz olarak ileri sürülebilecektir¹⁰.

Bununla birlikte gerek yakından ilgili olduğu anayasal haklar gerekse icra iflas hukuku prensipleri çerçevesinde değerlendirildiğinde taşkın haczin yarattığı kanuna aykırılık ağır bir hak ihlali meydana getirecektir. Şikâyet süresinin yedi günle sınırlandırılması halinde borçlunun mülkiyet hakkının geri dönülemez şekilde ihlal edilmesi tehlikesi söz konusu olabilecektir.

Olması gereken uygulama açısından kanaatimizce taşkın haciz yönündeki muhalefet kamu düzenine aykırılık sebebine isnat ediyor olsa da satışa hazırlık işlemlerine kadar bu muhalefetin ileri sürülebilmesi mümkün görülmelidir. Aksinin kabulü halinde taşkın hacizden haberdar olan ya da haberdar olması beklenen kişinin satış işlemlerini geciktirebilmesine olanak tanıyabilecek bir imkân sağlanmış olur. Bunun da takip ekonomisi ilkesine ve İİK'nin amacına uygun

[7] Pekcanitez & Simil, Şikâyet, s. 332.

[8] Postacıoğlu, icra mahkemesinin emredici hüküm niteliğindeki kaidelerin ihlal edilmesi gibi re'sen müdahaleyi gerektiren veya takip dışı üçüncü kişinin menfaatinin gerektirdiği hallerde şikâyet konusuyla bağlı olmayacağını mütalaa etmektedir. Postacıoğlu, İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, 1982, s. 76-77.

[9] Güneysu, a.g.m., s. 41.

[10] AYNİ görüşte Güneysu, a.g.m., s. 42. "*Haczin üst sınırı, İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir (İİK m. 85), aşkın haczin varlığı halinde ilgili hüküm açıkça ve ağır biçimde ihlal edilmektedir. Aşkın haciz borçlunun mülkiyet hakkını, hukuk devleti ilkesini, insan onurunu zedelemektedir. Kanımızca aşkın haciz, kamu düzenine aykırı bir işlemdir ve süresiz şikâyete tâbi olmalıdır.*"

düşmeyeceğini belirtmek gerekir. Taşkın haciz kavramının haciz işlemi özelinde icra dairesinin uyması gereken bir kural olarak İİK'de yer alması, aynı zamanda takip ekonomisine riayet edilerek icra takiplerinin gerçekleştirilmesine de hizmet edecektir.

Taşkın hacze karşı şikâyete ilişkin değerlendirme yapılırken, taşkın haczin kapsamı konusunda bir sınırlamaya gidilmeli midir sorusu da sorulabilecektir. Alacak miktarının çok üzerinde ve borçlunun mülkiyet hakkını ciddi anlamda ihlal eden bir haczin tespitinde, miktar ya da oran bazlı bir değerlendirmenin mümkün olup olmadığı kanaatimizce tartışılabilir bir husustur. Böyle bir değerlendirmenin kabul edilmesi halinde kanuna aykırılığın ağırlığı da her somut olayda müstakilen inceleme konusu yapılabilir. Misalen, değeri borç miktarının iki katına tekabül eden bir malvarlığı değerine haciz konulmasıyla değeri borç miktarının dört katına tekabül eden bir malvarlığı değerine haciz konulması neticesinde meydana gelen hak ihlalleri, aynı kapsamda değerlendirilmeye müsait midir sorusu sorulabilir. Kanaatimizce bu tip ayrımların yapılması, miktar ya da oran bazlı kıstaslar getirilmesi, icra hukukunun ruhuyla uyuşmamaktadır. Kanundaki düzenleme ile mülkiyet hakkının korunması esas alınmakta olup bu nitelikteki bir hak ihlalinin spesifik bir oran üzerinden değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Taşkın haciz kurumunun temas ettiği anayasal haklar ve icra hukuku prensipleri göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce şikâyet sebebi kamu düzeni karakterini yansıtmaktadır.

Esas olan, taşkın hacze borçlunun muhalefet etmesidir. Zira taşkın haciz nedeniyle mülkiyet hakkı ihlal edilen kişi borçludur¹¹. Şikâyet yoluna başvuruda yetkili olan kimseler İİK'de sayılmamıştır. Doktrinde ve uygulamada şikâyete konu edilen işlem nedeniyle menfaati zarar gören herkesin şikâyete yetkili olduğu kabul edilmektedir¹².

Taşkın haciz konusunda alacaklının şikâyet yetkisini haiz olup olmadığı, tartışmaya açık bir diğer konudur. Burada farazi bir tartışmanın olduğunu, alacaklının menfaatinin taşkın hacizden doğrudan etkilenmediğini belirtmekte fayda olacaktır. Bu konuyu tartışılabilir olarak nitelendirirken dikkate aldığımız ihtimal şudur; haczin açık bir şekilde taşkın haciz niteliğinde olması ve alacaklının bu durumu tespit ederek ileride şikâyet yoluna başvurularak hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi riskini almak istememesidir. Bu durum ancak tamamlama haczinde mümkün olabilecektir. Zira haciz, kural olarak alacaklının

[11] Güneysu, a.g.m., s. 43.

[12] Postacıoğlu, a.g.e., s. 61; Üstündağ, a.g.e., s. 49; Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2013, s. 106; Karslı, a.g.e., s. 79; Pekcanitez & Simil, a.g.e., s. 232. "Şikâyet yoluna gitmekte hukuki kararı olmayan kişi Devletin mahkemelerini (icra mahkemesini) gereksiz yere meşgul edemez."

talep etmesi halinde tatbik edilebilecektir. Yukarıda da değinildiği üzere tamamlama haczi bu kuralın istisnasını oluşturacaktır.

Değerlendirilmesi gereken bir başka konu ise, üçüncü kişinin taşkın haciz şikâyetine yetkili olup olmadığı hususudur. Yargıtay, takibin tarafı olmayan üçüncü kişinin şikâyet marifetiyle hacizlerin kaldırılmasını isteme hakkını haiz olmadığı görüşündedir¹³. Taşkın haciz ile borçlunun mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir. Mahcuz malın mülkiyetinin üçüncü kişiye ait olması durumunda kanun üçüncü kişiye, istihkak iddiasına dayanarak dava açma imkânı tanımaktadır. Güneysu, taşkın haciz şikâyeti ve istihkak iddiası arasında terditli bir ilişki veya aslilik-ferilik ilişkisi bulunmadığını, iki kurumun farklı hükümlere tabi olduğunu ifade etmekte ve üçüncü kişinin taşkın haciz şikâyetine yetkili olmadığını tespit etmektedir¹⁴. Esas itibarıyla yazara katılmakla beraber üçüncü kişinin menfaatinin yalnızca mülkiyet hakkının ihlaline dayanmayan durumların da tezahür edebileceğini değerlendirmek gerekir. Borçlunun mal varlığı değerlerinden fayda sağlayan üçüncü kişilerin de taşkın hacizden olumsuz etkilenmesi mümkün olabilecektir. Misalen, borçluyla ortak çalışan bir kişi, işyerlerinde taşkın haczin gerçekleşmesi halinde hacizlerin kaldırılması talebiyle şikâyet yoluna başvurabilmeli midir? Bu noktada menfaatin, mezkûr takip dosyasıyla ne kadar ilintili olduğunun irdelenmesi gerektiği yönünde bir fikir ileri sürülebilir. Taşkın haczin kanuna aykırılığını yalnızca mülkiyet hakkının ihlali esaslı çerçevesinde ele aldığımız takdirde üçüncü kişinin şikâyete yetkili olmadığı yönünde bir tespit yapılması mümkündür.

Kıymet Takdirinin ve Ekspert Raporunun Taşkın Hacze Etkisi

Taşkın haczin meydana gelmemesi, İİK m. 85'te sayılan ana para, faiz ve masraflar da dahil edildiğinde tespit edilen alacak miktarını aşmaması için, İİK m. 87'de mahcuz mala kıymet takdiri yapılacağı düzenlenmektedir¹⁵.

Haczi tatbik eden icra memuru, sicile kayıtlı mallar hariç olmak üzere haczettiği malın kıymetini takdir eder. Gerektiği takdirde bilirkişiye müracaat edebilir (m. 87/1). Kıymet takdiri taşkın haczin vuku bulup bulmadığının tespiti açısından önem arz etmektedir. Haciz işleminin m.

[13] "İcra dosyasında taraf olmayan üçüncü kişi, haczin kaldırılmasını şikâyet yoluyla isteyemez. Bu konuda aktif dava ehliyeti yoktur. Üçüncü kişi ancak istihkak iddiası ve prosedürüne göre haczin kaldırılmasını isteyebilir. Somut olayda, üçüncü kişinin adresinde yapıldığı iddia edilen hacizde üçüncü kişiye ait malların haczedildiği iddia edilerek, haczedilen ve muhafaza altına alınan mallar üzerindeki hacizlerin kaldırılması talep edilmiş olmakla, davacı üçüncü kişinin talebinin istihkak davası niteliğinde olduğunun kabulü gerekir." (8. HD 2015/24217 E. 2018/16005 K. 20.09.2018 T.)

[14] Güneysu, a.g.m., s. 43.

[15] Üstündağ, a.g.e., s. 153; Kuru, *El Kitabı*, s. 421; Muşul, Timuçin, *Haciz ve Hacze İştirak*, 2019, s. 92.

85'te yer alan sınırla sabit olup olmadığı, haciz tutanağına kaydedilen kıymet takdirinin değerlendirilmesiyle mümkün olacaktır.

Bilirkişi marifetiyle yahut uzmanlık gerektirmeyen bir malın kıymeti takdir edileceğinde bizzat icra memuru eliyle malın değerinin takdir edilmesi halinde bu tespite şikâyet yoluyla muhalefet edilmesi mümkündür. Kıymet takdirine karşı itiraz süresi yedi gündür¹⁶.

Kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulmaması yahut başvurulup icra mahkemesince şikâyetin kabul görmemesinin ardından kıymet takdiri kesinleşir. Mahcuz mala biçilen değer haciz tutanağına kaydedilmektedir. Taşkın haciz şikâyetinde bulunacak bir borçlu, uygulanan haciz ile alacak miktarı arasındaki ölçsüzlüğe dayanmaktadır. Bu başvurusunda haczin taşkın olup olmadığının tespiti, kıymet takdirine göre mi yapılacaktır sorusu önem arz etmektedir. Zira kıymet takdiri malın gerçek değerini yansıtmıyor olabilir. Yapılan kıymet takdiri neticesinde mal olduğundan daha yüksek değerde veya daha düşük değerde gösterilmiş ve bu durum taşkın haciz meydana getirmiş yahut gerçekleşen taşkın haczin üzerinin örtülmesine sebebiyet vermiş olabilir. Bu husus özellikle kıymeti icra memurunca takdir edilen taşınırlar nezdinde önem arz edecektir. Kanaatimizce, taşkın haczin tespiti konusunda esas alınacak değer olarak kıymet takdiri raporunu kabul eder yani kıymet takdiri raporunu bağlayıcı addedersek borçlunun veya alacaklının menfaatinin ihlali söz konusu olabilecektir. Çünkü, haciz tutanağında icra müdürü tarafından tespit edilecek mahcuz mal bedeli ile alacak miktarı şeklen denk olmak zorundadır. Esas problem, mahcuz malların haciz tarihi itibari ile aktüel değerinin haciz tutanağında belirtilen bedelden fazla olması halinde ortaya çıkacaktır. Taşkın haciz iddiası ile icra mahkemesine müracaat edecek olan taraf, icra dosyasında yer alan alacak toplamı ile gerçek mahcuz mal değeri arasındaki farkı esas almak zorundadır.

İhale Sırasında Taşkın Haczin Tespiti

Taşkın haciz, satış aşamasına geçildikten sonra ihale aşamasında tespit edilirse ne yapılacağı sorusu, taşkın haczin hangi noktaya kadar şikâyete tabi olduğu sorusuyla yakından ilgilidir. Haciz prosedürünün, paraya çevirme aşamasının usulüne uygun biçimde tezahür ettiği varsayımıyla¹⁷, ihale aşamasında taşkın haczin şikâyete konu edilebileceği kabul edilirse kanuna aykırılığın ağır biçimde kamu

[16] Burada dayanılan şikâyet sebebi işlemin olayın gereklerine uygun olmamasıdır. Bu nedenle şikâyete süresiz değil, yedi gün içerisinde başvurulabilecektir. Muşul, a.g.e., s. 93.

[17] Taşkın haczin gerçekleşebilmesi için tatbik edilen haczin geçerli bir haciz olması gerekmektedir. Güneysu, bu durumu usulsüz tebligat ve geçersiz tebligat arasındaki ilişkiye benzetmekte ve geçersiz bir haczin varlığı söz konusu olduğu takdirde aşkın hacizden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Güneysu, a.g.m., s. 36-37.

düzenine aykırılık oluşturacağına dayanılarak taşkın haczin süresiz şikâyete tabi olduğu sonucu doğacaktır. Bu tespitten hareketle şikâyetin süreye tabi olup olmaması konusunda yukarıda da ifade edildiği üzere taşkın haciz şikâyetinin süreye tabi kılınmamasının önemli olduğu ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, takip ekonomisini muhafaza etme amacıyla taşkın haciz sebebiyle şikâyet yoluna başvurulmasının satış aşamasına kadar gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Taşkın Haczin Kısmen İptali

Taşkın haciz şikâyetini haklı bulan icra mahkemesi, haczin kaldırılmasına karar verecektir. Bu karar, haczin kısmen iptali veya tamamen kaldırılması yönünde olabilir¹⁸. Haczin kısmen iptalinin mümkün olabilmesi için alacak miktarını karşılayacak hacizler ile taşkın hacze sebebiyet veren haciz tutarının ayrılabilir nitelikte olması gerekmektedir. Yani borçlunun mallarından bir kısmı m. 85/1'de kapsamı belirlenen alacak tutarını karşılamaya yetiyorsa diğer malı üzerindeki haczin iptal edilmesine karar verilebilecektir.

Borçlunun alacak tutarına tekabül eden değerde bir malı varken alacak tutarının çok üzerinde bir değere sahip bir başka malının haczedilmesi ve bu haczin taşkın haciz nedeniyle şikâyete konu edilmesi halinde haczin kaldırılmasına karar verilmelidir. Zira bu durumda kısmen iptal mümkün olamayacaktır.

TAŞKIN HACZİN ÖZELLİKLERİ

Haciz, alacaklının talebi üzerine cebri icra organı tarafından borçlunun

[18] "Somut olayda davacı vekili cismani zarar nedeni ile talep ettikleri maddi-manevi tazminatın tahsilini korumak amacı ile ihtiyati haciz talep etmiş, mahkemece ihtiyati haciz talebinin kabulüyle davalıların tüm taşınır-taşınmaz mal varlıklarının kaydına haciz konulmasına, kararın icra müdürlüğüne yerine getirilmesine karar verilmiş, icra müdürlüğüne müzekkere yazılarak davalılar adına kayıtlı taşınır-taşınmaz malların kaydı üzerine ihtiyati haciz şerhi konulmuş, davalılarca ihtiyati haczin aşkın olduğu gerekçesi ile itiraz edilmiş, mahkemece, ihtiyati haciz kararının icra müdürlüğüne infaz edildiği ve haczin infazı ile ilgili olarak mahkemenin görevli olmadığı yönünden yoruma gidilmiştir. Mahkemenin gerekçesi hatalı olup bozmayı gerektirmektedir. Mahkemece davalıların tüm mal varlıklarının kaydı üzerine ihtiyati haciz konulmasının ardından davalılar vekili, müvekkillerinin tüm mal varlıkları üzerine ihtiyati haciz konulmasının haksız ve yersiz olduğunu, müvekkillerinin sadece birkaç taşınmazı üzerine dahi ihtiyati haciz konulması halinde borcu fazlası ile karşılamaya yettiğini, mahkemece aşkın haciz uygulandığını, bazı taşınmazla üzerindeki ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilmesini talep ederek anılan karara itiraz etmiştir. Davalıların bu talebi İcra İflas Kanununun 265. maddesinde düzenlenen ihtiyati haczin kaldırılması talebine ilişkin olup, ihtiyati haciz kararına yapılan itirazları incelemeye, ihtiyati haczin kaldırılması talebini görmeye görevli mahkeme ihtiyati hacze karar veren mahkemedir. Bu nedenle mahkemece, görevsizlik nedeniyle ihtiyati haczin kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu durumda mahkemece, davalıların talepleri doğrultusunda kayıtlarına haciz şerhi konulan taşınmazların kıymet takdirlerinin yapılarak borca yetecek kadar mal varlıklarının kaydı üzerinde haczin devamına, borçtan fazlasına ilişkin kısım yönünden ihtiyati haciz kararının kaldırılmasına, ihtiyati haczin; alacağın varlığını koruyucu amacı doğrultusunda taşınmaz kayıtlarına haciz yerine teminat mektubu verilmesine ilişkin hususun da değerlendirmek üzere kararın bozulmasına karar vermek gerekmektedir." (17. HD. 2016/8787 E. 2019/5040 K. 18.04.2019 T.)

malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf hakkını sınırlayan, borçlunun malvarlığına el koyulmasıyla nihayete eren bir icra hukuku işlemidir¹⁹. Bu işlemle amaçlanan, haciz tatbik edilen değerın paraya çevrilmesi suretiyle alacaklının tatmininin sağlanmasıdır.

Borçlunun malvarlığı değerleri üzerinde haciz uygulanabilmesi için alacaklı tarafından para alacağına istinaden bir icra takibi başlatılmış ve bu takip kesinleşmiş olmalıdır. Takip kesinleşmeden haczin yapılmasını İİK m. 257’de düzenlenen ihtiyati haciz kurumu oluşturmaktadır.

Borçluya ait malvarlığı değerinin hacze konu edilebilmesi için devredilebilir ve paraya çevrilebilir bir değer olması gerekir. Ayrıca haczedilebilecek nitelikteki malların İİK m. 82 ve m. 83’e de uyumlu olması gerekir. Zira haczin amacı, borçluya ait malvarlığı değerlerinin satışı suretiyle elde edilen meblağdan alacağı kadarının alacaklıya ödenmesidir²⁰. Borçlunun malvarlığının bir kısmının alacaklıya devredilmesi suretiyle haciz mümkün değildir²¹.

Haczin konusunu İİK m. 88/1’de sayılan taşınırılar oluşturmadığı sürece haczedilen bir mala icra müdürlüğünce fiili olarak el konulması ve borçlunun tasarruf sahasının dışına çıkarılması gerekmemektedir²². Haczin borçluya etkisi açısından iki husus önem taşımaktadır. Borçlu, taşınır malların haczedilmesi halinde alacaklının rızası ve icra memurunun izni olmadan taşınır mallar hakkında tasarrufi işlem yapamaz (İİK m. 86). Taşkın haciz durumu, bu maddede düzenlenen borçlunun tasarruf yetkisini elde etme ihtimalini de bertaraf etmektedir.

Borçlunun taşınmazının haczi halinde tasarruf hakkının tahdide uğrayacağı hususu İİK m. 91’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre; TMK’nin “tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında” başlıklı 1010. maddesi haczi, tapu kütüğüne şerh verilebilir tasarruf yetkisi kısıtlamaları kapsamında saymaktadır. Haczin bildirildiği tapu dairesi tarafından haciz şerhi ilgili

[19] Postacıoğlu, a.g.e., s. 220, “Haciz, icra takibine mevzu teşkil etmiş icra kabiliyetini haiz muayyen bir para alacağının istifasını temin zımında, bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine, mevzubahis alacağı karşılayacak miktar ve kıymetteki borçluya ait mal ve haklara icra memurunun beyan ile hukuken el konulmasıdır”; Üstündağ, a.g.e., s. 143; Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku, Cilt: 1, 1988, s. 615-616; Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 2005, s. 436. “Borçlunun borcunu kendi arzusu ile ödemesi durumunda, alacaklının istemi ile, borçlunun borca yetecek mal ve haklarına Devlet aracılığı ile (icra dairesi tarafından) el konulması”; Karslı, a.g.e., s. 278; Muşul, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Cilt: 1, 2013, s. 472; Yıldırım, Kamil & Deren-Yıldırım, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, 2016, s. 134; Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 2021, s. 185; Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral & Özekes, Muhammet, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, 2022, s. 162; Muşul, a.g.e., s. 35

[20] Postacıoğlu, a.g.e. s. 291; Kuru, Cilt: 1. s. 616; Aslan, Kudret. Hacizde Tertip. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 54, 2005, Sayı: 2 s. 271. “Alacağı aşan miktarda mal ve değere haciz konulması halinde, sadece icra hukukun değil haczin de amacı aşmaktadır.” Güneysu, a.g.m., s. 4.

[21] Karslı, a.g.e., s. 279.

[22] Muşul, a.g.e., s. 473.

taşınmaza işlenir. Ancak bu durum borçlunun taşınmazı devretmesini engellemez; şerh, maddenin son fıkrasında belirtildiği üzere taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilerin iyi niyet iddiasını bertaraf edecektir. Taşkın haczin gerçekleşmesi halinde esasen haczedilmemesi gereken malvarlığı üzerinde borçlunun maddi menfaatini ihlal edecek nitelikte tasarrufi işlem yetkisi açısından sınırlama gerçekleşmiş olacaktır.

Hacze konu edilecek mal veya hakkın borçlunun elinde bulunması şart değildir. Mevzubahis malvarlığı değerlerinin borçlunun mamelekinde yer alması yeterlidir. İİK m. 89 uyarınca üçüncü kişinin zilyesinde veya zimmetinde olan malvarlığı değerleri hacze konu edilebilir. Bu yönde bir haciz tatbik edildiği takdirde üçüncü kişiye elinde bulundurduğu taşınırı icra dairesine teslim etmesi, borçluya olan borcunu icra dairesine ödemesi gerektiği ihtar edilir. Üçüncü kişinin ödemeyi borçluya yapması halinde ödeme muteber olmayacaktır. Üçüncü kişi elinde bulundurduğu bir taşınırı kendisine yapılan ihtara rağmen borçluya teslim ederse malın bedelini icra dairesine ödemekle mükelleftir (m. 89/1). Bu madde uyarınca borçlunun mal varlığı üzerinde gerçekleştirilecek taşkın haciz halinin üçüncü kişi tarafından da bir muhalefet sebebi olarak ileri sürülmesi mümkün görülmelidir.

İcra Memurunun/Müdürünün Yetkisi ve Haciz Tutanağının Etkisi

Haciz tutanağı, tatbik edilen haczin ispat edilmesi açısından tek vasıta²³. Bu nedenle borçlunun, malvarlığında yer alan değerlerden yalnızca haciz tutanağında haczedildiği sabit olanlar üzerindeki tasarruf hakkı sınırlanmış olacaktır ve ancak haciz tutanağında yazan malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesi mümkün olacaktır²⁴. Haciz tutanağına yazılmadığı halde haczedilen bir mal varsa bu durum başka bir delil ile ispat edilemez²⁵. Haciz tutanağı, aksi sabit oluncaya kadar geçerliliğini muhafaza eder (m.8/4). Haciz, haciz tutanağı ile değil, icra memurunun haciz tatbiki yönündeki beyanıyla tekemmül eder²⁶. Haciz beyanı ile hukuki el koyma gerçekleşmiş olacaktır²⁷.

İİK m. 79/1'in lafzından anlaşıldığı üzere haciz yapma konusunda icra müdürüne bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Aynı doğrultuda m. 85/1'de de "*haczolunur*" ifadesi kullanılmaktadır. Ancak gerek 85'nci maddenin ilk fıkrasının sonuna eklenen "*ancak bu miktarı aşacak şekilde haciz yapılamaz*" cümlesi hem de m. 82/son'da yer alan "*İcra memuru, haciz*

[23] Muşul, a.g.e., s. 493; Atalı; Ermenek & Erdoğan, a.g.e., s. 217.

[24] Üstündağ, a.g.e., s. 169.

[25] Kuru, a.g.e., s. 633; Muşul, a.g.e., s. 493.

[26] Haciz gerçekleştiren irade beyanı konusunda bkz. Akgün, Şükran, *Haciz Hukuki Niteliği*, 2020.

[27] Postacıoğlu, a.g.e., s. 291.

talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir." cümlesi haciz tatbik edip etmeme konusunda icra memuruna bir takdir yetkisi tanımaktadır. Haczi talep edilen taşınır m. 82 kapsamında ya da yahut bu taşınırın değeri ana, faiz ve masrafların da dahil edildiği tüm alacakların üzerinde bir tutara tekabül ediyorsa icra memurunun talep konusunda ne karar vermesi gerekmektedir? İcra memuru, haczi talep edilen malın haczinin caiz olup olmamasına istinaden haciz talebini reddedemeyecektir²⁸.

Taşınmaz haczi ile birlikte borçlunun mahcuz taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkı sınırlanır. Haczi gerçekleştiren icra dairesi tarafından tapu siciline bildirimde bulunulur. Bu bildirim muhteviyatını haciz işlemi yapıldığı, hangi miktar için yapıldığı ve alacaklının adı ile tebliğ yarar adresi oluşturur (m. 91/1). Hacze iştirak halinde yahut haczin kalkması durumunda bu hususlar da tapu siciline bildirilir (m. 91/2).

İİK m. 102/2 uyarınca haczi talep edilen taşınmaz 91'inci madde

[28] Muşul, *Haciz ve Hacze İştirak*, s. 64. "...icra memuru, haczi istenen malın İİK m. 82 uyarınca gayri kabili haciz olduğu, gidilen adresin borçluya ait olmadığı veya malın üçüncü kişiye ait olduğundan bahisle alacaklının haciz talebinin reddine karar veremeyip, haciz yapmak zorundadır. Vaki hacze karşı kanun koyucu, istihkak (m.96-99) ve hacze karşı şikayet (m.16) müesseselerini tayin ettiği gibi Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da icra müdürünün alacaklının haczini istediği mal veya hak İİK m.82 kapsamında yer almış olsa bile haczetmesi gerektiği, borçlunun bu hacze karşı müddetli şikayet yoluyla icra mahkemesine başvurabileceği yönündedir."

"...Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; haczedilen menkullerin muhafazası ve ek haciz uygulanmasına ilişkin alacaklı isteminin yerine getirilmesi konusunda icra müdürlüğünün takdir hakkının bulunup bulunmadığı; bu cümleden olarak, icra müdürlüğünün borçlunun şikâyeti olmaksızın kendiliğinden haczedilmezliğe karar verip veremeyeceği, noktasındadır. Haciz, cebri icra organı tarafından yapılan Devlete ilişkin bir hakimiyet tasarrufu olup; icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için, bu yolda istemde bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra memuru tarafından hukuken el konulmasıdır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 79/1 maddesi gereğince, İcra Dairesi'nin, haciz talebinden itibaren en geç 3 gün içinde haczi yapması gerekir. Yine Aynı Kanunun 85/1 maddesi gereğince, İcra Müdürlüğüne, borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta bulunan menkul malları ile gayrimenkullerinden ve alacak ve haklarından alacaklının ana para, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı, haczedilecektir. Anılan her iki maddede yer alan ifadelerden ortaya çıkan sonuç, haciz isteminin icra memuruna yerine getirilmesinin zorunlu olduğu ve icra memuruna, haczedilecek menkul, gayrimenkul ya da hakların niteliği esas alınarak bunun haczinin mümkün bulunup bulunmadığı konusunda bir takdir yetkisi tanınmadığıdır.

Diğer taraftan, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 82.maddesinde; Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczolunamayacağı belirtilmiştir.

3213 sayılı Maden Kanunu 40. maddesinde, madenin işletilmesinde gerekli olan kuyular, ocaklar ve galeriler ile makineler, binalar, yer altında ve yer üstünde kullanılan her türlü nakil vasıtaları madenin çıkarılması, temizlenmesi, izabesi gibi cevherin kıymetlendirilmesini yarayan alet ve tesisler ve bir senelik işletme malzemesinin üzerine münferiden haciz veya ihtiyati tedbir konulamayacağı, belirtilmiştir.

Ne var ki, borçlu haczi caiz olmayan bir malın haczine, malın haczi sırasında muvafakat verebileceği gibi, şikayet yoluna gitmeyerek, zımnen de rıza gösterebilir. Tüm yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, 3213 sayılı Maden Kanunu 40. maddesi uyarınca haciz konulması, bağlanan emekli maaşlarının haczi mümkün değil ise de, bu husus haciz işleminden sonra, süresiz ve geriye etkili olarak, borçlu tarafından şikayet konusu yapılabileceğinden ve haczedilmezlik iddiası ancak borçluya tanınan bir hak olduğundan; icra memurunun bu hükmü değerlendirerek, emekli maaşının haczinin mümkün bulunup bulunmadığı konusunda şikayet tarihi itibarıyla bir takdir yetkisi bulunmamaktadır." (YHGK E. 2012/12-1071 K. 2013/351 T. 13.03.2013)

mucibince tapu siciline bildirilir ve taşınmaz mahallinde tutanak tutulur. İlgili tutanakta taşınmazın türü, mahiyeti, sınırları ve gerekli diğer hususlar yazmalıdır. İİK Yön. m. 41’de de taşınmaz haczinde taşınmazın cinsi, niteliği, sınırları, kıymeti ve gerekli diğer hususların yazılacağı düzenlenmektedir. Ancak uygulamada taşınmaz haczi mahallinde gerçekleşmemekte; kayden haciz tatbik edilerek ilgili tapu siciline bildirilmektedir. Kuru, bu durumda haczin alacaklı ve borçlu yokluğunda gerçekleşmesinden bahisle taraflara davet kâğıdı (103 davetiyesi) gönderilmesi gerektiği kanaatindedir²⁹. Haciz tutanağını tutulurken alacaklı, borçlu veya onlar adına tebellüğe yetkili bir kimsenin bulunmaması halinde alacaklı ve/veya borçlu üç gün içinde tutanağı inceleme ve bir itirazı varsa belirtmesi için icra dairesine davet edilir. Haciz esnasında borçlu veya alacaklı adına tebellüğe yetkili bir kimse varsa bu kimseye haciz tutanağının bir sureti verilir ve alacaklı veya borçluya ayrıca haber verilmez (m.103/1).

Davet kâğıdı kendisine ulaşan taraf İİK m. 16 uyarınca haciz işlemine karşı şikâyet yoluna başvurabilir. Yedi günlük şikâyet süresi haczin öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Üç günlük inceleme süresinde icra dairesine gelerek bu hakkını kullanan alacaklının ve/veya borçlunun yedi günlük şikâyet süresi bu andan itibaren işlemeye başlayacaktır³⁰. Alacaklı ve/veya borçlu, haciz tutanağını incelemek üzere icra dairesine gelmedikleri takdirde şikâyet süresinin başlangıcı olarak üç günlük sürenin bitimi kabul edilmektedir³¹. Davet kağıdının borçluya intikal etmemiş olması, haczin geçerliliğini etkilemeyecektir³². Satış için m. 103’teki üç günlük sürenin geçmesinin beklenilmesi dahi gerekmemektedir. Zira satış isteme hakkı hacizden itibaren doğmaktadır (m. 106/1).

[29] Kuru, a.g.e., s. 649.

[30] “Somut olayda, şikâyete konu haciz işlemi, İİK’nun 103. maddesi gereğince borçluya 01.03.2010 tarihinde tebliğ edilmiş olup, borçlu, yasal yedi günlük süre geçtikten sonra 24.05.2010 tarihinde icra mahkemesine başvurmuştur. İİK’nun 103. maddesinde borçluya tebliğ edilen davet kağıdında her ne kadar haciz konulan taşınmazın tapu bilgileri tam olarak yazılmamışsa da, hacze ilişkin yevmiye numarasının yazılı olduğu ve taşınmazın haczedildiğinin belirtildiği görülmüştür. Takip dosyasında şikâyet konusu taşınmazdan başka haczedilen taşınmaz da bulunmadığına göre, 103. madde davetiyesinde haczedilen taşınmazın parsel numarasının yazılmamış olması onu geçersiz kılmaz. Kaldı ki, borçlunun kendisine tebliğ edilen 103. madde davetiyesinin usulsüzlüğüne ilişkin icra mahkemesine herhangi bir başvurusu olmadığı gibi, şikâyet dilekçesinde de bu yönde bir iddiası yoktur. İİK’nun 16/2. maddesi anlamında süresiz şikâyete konu bir işlem de bulunmadığına göre, mahkemece süresinde yapılmayan şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken kabul yönünde hüküm kurulması isabetsizdir.” (12. HD 2011/3983 E. 2011/20231 K. 25.10.2011 T.)

[31] Postacıoğlu, İsviçre’deki uygulamanın aksine bizde tebliğden söz edilmediği için tarafların, davetin en geç üçüncü gününde keyfiyeti öğrendikleri kabulüyle hareket edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Postacıoğlu, a.g.e, s. 304.

[32] Postacıoğlu, 103 Davetiyesi gönderilmemesinin yegane sonucu olarak borçlunun hacze karşı şikâyet süresinin işlemeye başlamayacağı yönünde olduğunu ifade etmektedir. Postacıoğlu, a.g.e, s. 304.

Borçlunun, davet kâğıdı kendisine ulaşmadan haczi öğrenmiş ve yedi günlük şikayet süresi geçmişse haczedilmezlik şikayetinde bulunması mümkün değildir³³. Davet kağıdının tebliği ardından gerçekleşmiş haciz işlemi öğrenen taraf taşkın haciz durumunun gerçekleşmiş olup olmadığından da bilgi sahibi olabilecektir.

İİK m. 91, 92 ve 93 hükümleriyle taşınmaz haczinin kapsamı belirlenmiştir. Bu sebeple bir taşınmazın haczedilmesi sonucunda, kısaca belirtmek gerekirse, taşınmazın iratları da haczin kapsamında değerlendirilecektir. Taşınır haczinde haczedilecek taşınırın değerinin belirlenmesi icra memurunun yetkisindeyken taşınmaz haczinde haczedilecek taşınmazın değerinin belirlenmesinin bilirkişi tarafından gerçekleştirilmesi yerinde olacaktır. Tatbikatta mahcuz taşınmazların satış talebi ardından bilirkişi değerlemesi yapılmakta ve taşkın haciz muhalefetinin ileri sürülmesine imkân tanıyacak somut gerekçe ancak bu aşamada ortaya çıkmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki mahcuz taşınmazların paraya çevrilmesi prosedüründe mahcuz taşınmazla ilgili değer tespitinin satış talebinden sonra gerçekleştirilmesi sebebiyle taşkın haciz muhalefetine sebep oluşturacak durumun belirlenebilmesi mümkün olmaktadır. Çalışmamızda belirttiğimiz üzere taşkın haciz muhalefetinin takip ekonomisi ilkesine menfi etki etmemesi amaçlanmalıdır. Kanaatimizce mahcuz taşınmazlarla ilgili değer tespiti ardından ortaya çıkacak taşkın haciz halini icra takibinin uzamasına sebep olmaması gerekir.

İntifa hakkı, taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde tesis edilebilir (TMK m. 794/1). Aksine düzenleme olmadığı sürece intifa hakkı, hakkın konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar (TMK m. 794/2).

İntifa hakkı, kısmen haczedilebilir şeyleri düzenleyen İİK m. 83'te sayılmaktadır³⁴. TMK m. 806/1'de intifa hakkının devrine cevaz verilmesi haczinin de mümkün olduğu kanaatini oluşturmaktadır³⁵. Maddede devrin mümkün olabilmesi için sözleşmede aksine hüküm bulunmaması ve koşullardan hak sahibi tarafından şahsen kullanılması

[33] "Meskeniyet şikayeti İİK'nın 16. maddesi uyarınca şikayete konu taşınmazın (meskenin) haczin öğrenildiği tarihten itibaren 7 gün içinde yapılması gerekir. Borçlu haczi öğrendikten sonra kendisine 103 tebliğ yapılmış olması borçlu lehine şikayet için sürenin 103 tebliğ tarihinden itibaren başlaması sonucunu doğurmaz." 12. HD 2022/9486 E. 2023/2280 K. 03.04.2023 T.

[34] "Somut olayda intifa hakkının şahsen kullanılması gerektiğine yönelik sözleşmede hüküm bulunmadığı gibi, durum ve koşullardan da hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılamamaktadır. Bu durumda intifa hakkı şahsa bağlı olmadığından haczedilmesinde bir usulsüzlük yoktur. Ancak ücretlerde olduğu gibi, İİK 83. M.si gereğince intifa hakkının da kısmen haczi mümkündür. Mahkemece intifa hakkının 3/4'ü üzerinden haczin kaldırılması gerekirken, tamamının kaldırılmasına karar verilmesi usulsüzdür." (12. HD 2012/16828 E. 2012/24487 K. 22.11.2012 T.)

[35] Kuru, a.g.e. s. 447; Muşul, a.g.e., s. 381.

gerektiğinin anlaşılmasında gerektiği düzenlenmektedir. Kanunun mefhum-u muhalifinden şu sonucu çıkarmak mümkündür: Devri kabil olmayan intifa hakları hacze konu edilemeyecektir.

Bir intifa hakkının haczedilmesi durumunda icra dairesi, ikametgahları bilinen ilgili üçüncü kişilere durumu bildirir (m. 94/c.1). İlgili üçüncü kişi, intifa hakkına konu edilen malın malikidir. İntifa hakkının haczinde de taşınmaz haczinde olduğu gibi satış talebinin ardından bu hakkın maddi değeri belirlenebilmektedir. Taşkın haciz muhalefedinin yapılabilmesi için somut gerekçe, bu sebeple ancak satış talebinin ardından ortaya çıkmaktadır.

İntifa hakkının haczinden anlaşılması gereken TMK'de 803 ila 805. maddeler arasında intifa hakkı sahibine tanınan hakların haczedilmesidir. İntifa hakkının konusunu teşkil eden mal üzerinde herhangi bir haciz tatbiki mümkün olmayacaktır. TMK'de tanınan bu haklar şu şekildedir:

- *hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma* (TMK m. 803/1),
- *intifa hakkı süresi içinde olgunlaşan doğal ürünler* (TMK m. 804/1),
- *intifa hakkına konu olan sermayenin faizleri ve diğer dönemsel gelirleri* (TMK m. 805)

Alacaklının takip talebinde bulunduğu tarihteki, haciz talebinde bulunduğu tarihteki veya haczin yapılacağı tarihteki dosya kapak hesabına göre haczin taşkın olup olmadığının tespit edilebilmesi mümkündür. Taşkın haciz açısından önem arz eden hususlardan biri de dosya kapak hesabının yapılacağı tarihtir. Kanaatimizce yapılan haczin alacaklının alacağından yüksek bir tutarda olup olmamasında esas alınacak tutar, dosya kapak hesabındaki tutardır.

Haciz esnasında icra memuru hacze konu malların değerini tespit eder veya bilirkişi marifetiyle bunların tespitini sağlar. Yapılan tespit haciz tutanağına yazılır. Haciz konulan malların değeri bu noktada hususiyet arz eder. Zira alacak tutarı ile haczedilen malların değeri arasında taşkın haciz olgusunu meydana getirecek bir fark olmamalıdır.

Alacaklının takip talebinde belirttiği alacak miktarının esas alınmasıyla haciz anındaki alacak miktarının esas alınması birbirinden farklı sonuçlar doğuracaktır. İcra memurunca tatbik edilen haczin taşkın haciz niteliğinde olup olmadığı belirlenirken alacak miktarının hangi tarih esas alınarak belirleneceği hususu bu noktada önem arz edecektir.

Takip talebinde yer alan alacak miktarına göre taşkın haciz değerlendirmesi yapıldığı takdirde, alacaklının tatmin edilmesi mümkün

olmayabilecektir. Diğer tarafta ise haciz tarihinde dosya kapak hesabı yapılarak alacak miktarı olarak hesaplanan tutar dikkate alındığında, menfaat dengesi ihlal edilip alacaklı lehine bir durum yaratılması da söz konusu olabilir.

Kanaatimizce İİK m. 85/1’de yer alan “ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı” ifadesi uyarınca haciz anındaki dosya kapak hesabının esas alınması gerekmektedir.

Mülkiyet Hakkı ve Eşitlik İlkesi Açısından

Cebri icra hukuku müdahale alanı itibariyle anayasa hukukuyla, görüldüğünden daha sıkı bir ilişki içerisinde. Zira cebri icra hukuku, borçlunun temel haklarına müdahale etmekte³⁶ ve bu hakları sınırlamaktadır. Borçlunun haklarına yapılacak bu müdahalenin sınırlarının çizilmesi ve belirli olması önem arz etmektedir. Bu sınırların borçlu tarafından öngörülebilir nitelikte olması da kanunilik ilkesinden bağımsız biçimde değerlendirilemez³⁷.

Anayasanın 2. maddesi şu şekildedir: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.”

Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak icra hukuku işlemlerinin temel haklara olan müdahalesi de göz önünde bulundurularak icra daireleri tarafından yapılacak işlemlerin sınırlarının çizilmesi ve denetime açık olması önem arz etmektedir³⁸.

Taşkın haciz, borçlunun mülkiyet hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğuran ve İİK m. 85’e aykırılık teşkil eden bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Mülkiyet hakkının önemi, korunması ve sınırlanırken gösterilmesi gereken hassasiyet muvacehesinde icra memurunun/ müdürünün haciz işlemleri sırasında özen göstermesi elzemdir. İİK m. 85/1’in sonuna eklenen “*haczolunur; ancak bu miktarı aşacak şekilde haciz yapılamaz.*” ifadesi de kanun koyucunun açıkça taşkın haczin önüne geçme gayesi taşıdığını göstermektedir.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla, kanun marifetiyle sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Haciz işleminin tatbiki, esas itibariyle borçlunun mülkiyet hakkına bir müdahalenin gerçekleştirilmesidir. Mülkiyet hakkına yapılacak bu

[36] Üstündağ, a.g.e., s. 2 dn. 3a.

[37] Güneysu, a.g.m., s. 36.

[38] Üstündağ, a.g.e., s. 2.

müdahalenin ölçülü olması, taraflar arasındaki eşitliği bozacak mahiyette olmaması gerekmektedir.

Haciz işlemi mülkiyet hakkının iki taraf açısından da farklı tezahürleri söz konusu olacaktır. Alacaklının haciz talebi, kendisine borçlu olunan miktarın mülkiyetine geçirilmesi amacını taşımaktadır. Cebri icra hukuku vasıtasıyla alacaklıya, alacağını tahsil etme imkânı tanınmış ve mülkiyet hakkına bir koruma getirilmiştir. Alacaklıya getirilen bu korumayla borçlunun malvarlığına yapılan müdahale arasındaki hassas dengenin korunması gerekmektedir. Borçlunun malvarlığına yapılan bu müdahalenin ölçülü olması, eşitlik hakkını ihlal etmemesi gerekmektedir.

İİK m. 85/son şu şekildedir: *Haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir.* Kanun koyucu bu düzenlemeyle taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulmamasını amaçlamakta ve icra memuruna eşitlik ilkesine uygun hareket etme sorumluluğu getirmektedir. Bu dengenin alacaklı lehine bozulması halinde borçlunun malvarlığına ölçüsüz bir müdahale söz konusu olacak ve bu durum mülkiyet hakkının yanı sıra ölçülülük ilkesine de aykırılık oluşturacaktır³⁹.

Eşitlik ilkesi, “kanun önünde eşitlik” başlığıyla Anayasanın 10. maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin son fıkrasında “*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemeyle devletin tüm organlarına işlemlerini eşitlik ilkesine uygun biçimde tesis etme zorunluluğu getirilmiştir. Tanör/ Yüzbaşıoğlu, AY m. 10/son’daki bu ifadenin *eşitlik yükümlülüğü* olarak adlandırılabilir ifade etmektedir⁴⁰.

İİK m. 85/son ile haczi yapan icra memuruna yüklenen mükellefiyet de Anayasadaki düzenlemeyle paraleldir. İcra memuru haciz tatbik ederken, taraflar arasındaki menfaat dengesini yani eşitliği göz önünde bulundurarak işlemlerini gerçekleştirmelidir. Menfaat dengesinin sağlanması suretiyle eşitlik ilkesine uygun bir süreç işletilmesi icra hukuku boyutuyla adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde “silahların eşitliği” kavramıyla tezahür etmektedir⁴¹.

Alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunmasında önem arz eden bir diğer husus ise ölçülülük ilkesidir⁴². Kaynağını idare

[39] Özekes, Muhammet, *İcra Hukukunda Temel İlkeler ve Haklar*, 2009, s. 185.

[40] Tanör, Bülent & Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, 2012, s. 121.

[41] Özekes, a.g.e., s. 190.

[42] Yıldırım, M. Kamil, *İcra Hukuku Ders Notları*, 2002, s. 4.

hukukunda bulan ölçülülük ilkesi icra hukukunun temel ilkelerindedir ve İİK m. 85 düzenlemesi de muhteviyatında ölçülülük ilkesini işaret eden hükümler barındırmaktadır. Ölçülülük ilkesi, temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin temel ilkelerden olup ulaşılmaya hedeflenen amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan aracın birbiriyle orantılı olmasını ifade etmektedir⁴³.

İcra hukukuna başvurulması, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı hukuk düzeni dışında çözememesi nihayetinde hasıl olmaktadır. İcra hukukunda alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat çatışmasının dengeli bir biçimde çözülmesi amaçlanmaktadır⁴⁴. Alacaklı, bir an önce kendisine borçlu olunan alacağı tahsil etme amacını taşımaktadır. Alacaklıya, alacağını tahsil etmesi için tanınan imkanlara karşılık borçluya da kendisini savunması için imkân tanınması gerekmektedir. Zira aksi takdirde menfaat dengesi alacaklı lehine bozulacak⁴⁵ ve bu durum anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Cebri icra hukukunun özgürlükleri kısıtlayıcı ve müdahaleci niteliği gereği menfaat dengesinin sağlanması, yapılacak işlemlerin ölçülülük ilkesine uygun biçimde gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir⁴⁶. Alacaklının talebi gerçekleştirilirken borçlunun şahsi hakları ve özellikle mülkiyet hakkına yapılacak müdahalede hassas davranılması gerekmektedir. Devlet aracılığıyla borçlunun malvarlığına yapılacak müdahalenin sınırı alacaklının alacak miktarıyla sınırlı olmak zorundadır. Bu perspektiften bakıldığında taşkın haczin meydana gelmesi halinde hem kanuna aykırı bir durum yaratılmakta hem de borçlunun temel hakları anayasaya aykırı biçimde ihlal edilmektedir. İİK m. 85/1'in sonuna eklenen cümleyle beraber taşkın haczin fiili olarak meydana gelmesi kesin suretle engellenmeye çalışılmaktadır. Kanun koyucu, taşkın haczin borçlu üzerinde yarattığı olumsuz etkiden bahsetmek suretiyle bu konunun net bir biçimde düzenlenmesini amaçlamaktadır⁴⁷.

Haciz Türleri

İİK'de yer alan haciz türleri açısından da taşkın haciz halinin ortaya çıkma ihtimali ayrıca değerlendirilebilir.

[43] Tanör & Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 154.

[44] Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, a.g.e., s. 11.

[45] *"Devlet, âdeta alacaklının bir kolu gibi davranamaz; sadece hukuku korur ve uygular. Cebri icraya alacaklının talebi ile başlanılmış olsa bile; alacaklının kollarını eşitlik ilkesine aykırı olur."* Aslan, a.g.e., s. 281.

[46] Özekes, a.g.e., s. 207.

[47] 7445 S. Kanun gerekçesi şu şekildedir: "Madde 3- Maddeyle, 2004 sayılı Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılmaktadır. Uygulamada, alacaklının ana, faiz ve masraflar dâhil olmak üzere bütün alacaklarını aşacak şekilde haciz yapıldığı müşahade edilmekte ve bu uygulama taşkın haciz olarak nitelendirilmektedir. Bu durum alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi bakımından borçluya aşırı külfet getirmekte ve yakınmalara neden olmaktadır. Hükümle, alacaklının fıkrada belirtilen bütün alacaklarına yetecek miktarı aşacak şekilde haciz yapılamayacağı açıkça düzenlenmektedir."

Kesin Haciz

Ödeme emrinin kesinleşmesiyle beraber alacaklının haciz talep etme hakkı doğacaktır. İİK m. 78 bu hakkın kullanımını süre yönünden sınırlamış ve haciz isteme hakkının ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl geçmekle düşeceğini hüküm altına almıştır. Paraya çevirme aşamasına geçilmesi ve alacaklının alacağına kavuşması için konulan haczin kesin haciz olması gerekmektedir⁴⁸. Alacaklının haciz talebinde bulunduğu tarih itibariyle alacağına yetecek miktarda borçlunun malvarlığına ait değerler üzerinde haciz uygulanması gerekir. Bu haczin kesin haciz niteliğinde olmasından dolayı borçlunun haciz işleminin etkisinden kurtulabilmesi için şikâyet yoluna müracaat ederek haczin fekkini talep etme zorunluluğu bulunmaktadır. Meri mevzuat uyarınca kesin haciz işleminin tesis edilmesi ardından icra dairesinin resen haczin fekkini sağlayabilmesi mümkün görülmektedir. Tatbikatta da taşkın haciz halinin meydana gelmesine sebep olan en önemli haciz kesin hacizdir.

Muvakkat Haciz

“İtirazın Muvakkaten Kaldırılmasının Hükümleri” başlıklı İİK m. 69 itirazın geçici olarak kaldırılması halinde alacaklının talebi üzerine borçlunun malları üzerine geçici haciz konulacağını düzenlemektedir.

İtirazın geçici olarak kaldırılması kararının borçluya tefhim yahut tebliğ edilmesinin ardından borca itiraz davası açmak için yedi günlük süre tanınmıştır (m. 69/2 c.1). Borçlu tarafından bu davanın açılıp reddolunması yahut hiç açılmaması halinde geçici haciz kesinleşir.

Geçici haciz, alacaklıya satış talebinde bulunma yetkisi tanımaz⁴⁹ ve geçici haczin meydana gelebilmesi için borçlu tarafından imzaya itiraz edilmesi, akabinde bu itirazın alacaklının başvurusu üzerine geçici olarak kaldırılması gerekir⁵⁰.

Bu haciz türünde de taşkın haciz halinin ortaya çıkması mümkün olmakla beraber haczin *muvakkat* niteliğinden dolayı işlemin yapıldığı an itibariyle borçlu aleyhine kesin hacizde olduğu gibi menfi sonuç doğurması mümkün olmayabilecektir. Geçici haczin kesin hacze dönüşmesi için gerçekleşecek prosedür esnasında taşkın hacze ilişkin de borçlu tarafından muhalefet ileri sürülebilmesi mümkün görülmelidir.

İlave Haciz

İlave haczin yapılabilmesi için hacze iştirak edilmiş olmalıdır. İİK m.

[48] Muşul, a.g.e., s. 43.

[49] İİK m. 113/2 bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır (İİK m. 108/2).

[50] Muşul, a.g.e., s. 43.

100/2 alacaklılara, alacaklarını karşılayacak kadar ilave haciz yapılması talebinde bulunma hakkı tanınmaktadır. Burada haczin tüm alacaklıları tatmin etmemesi hacze iştirak edilmesi sonucunda alacak miktarının artmasından kaynaklanmaktadır⁵¹. İlave haciz, kesin haciz niteliğindedir ve bu nedenle alacaklının satış talep etme hakkı vakidir.

İlave haciz, taşkın haczin gerçekleşmesi açısından kanaatimizce en müsamaha gösterilmemesi gereken haciz türüdür. Alacaklıların alacak miktarı ve borçlunun haczi kabil malvarlığı değerlerinin tespit edilmesi ardından gerçekleştirilecek bir haciz türü olan ilave hacizde tüm alacaklıları tatmin edecek alacak miktarının borçlunun malvarlığı değerinin taşkın hacze sebep oluşturmayacak şekilde belirlenmesi esastır.

Tamamlama Haczi

Tamamlama haczi İİK m. 139'da şu şekilde düzenlenmektedir: *"Satış tutarı bütün alacakları ödemiye yetmezse icra müdürü kendiliğinden yeni hacizler yaparak haczi tamamlar; ancak bu suretle haczolunan mallar üzerinde sonra gelen derecelerin evvelce koydukları hacizler varsa bu hacizlerin doğurduğu haklara halel gelmez. Yeniden haczedilen mallar ayrıca satış talebine hacet kalmaksızın ve mümkün olduğu kadar çabuk satılır."*

İcra dairesi tamamlama haczini re'sen tatbik edecek ve mahcuz malları paraya çevirecektir. Tamamlama haczi bu noktada ilave hacizden ayrılmaktadır⁵². İlave haciz alacaklıların talebi üzerine tatbik edilirken tamamlama haczi re'sen tatbik edilir⁵³.

Hem ilave haciz hem de tamamlama haczi, taşkın haciz durumunun oluşmaması açısından hassas haciz türleridir. Zira ilave hacizde toplam alacak tutarının çok üzerine çıkılması mümkündür. İcra memurunun haciz talebini bu yönüyle ele alması ve bu hususa dikkat etmesi gerekmektedir. Tamamlama haczinde alacaklının herhangi bir talebi bulunmamakla beraber burada da ölçülülük ilkesine riayet edilmesi elzemdir. Sürecin talep olmaksızın işlemesi, ilave hacze göre daha hızlı cereyan etmesi nedeniyle denetimi güçlük arz etmektedir.

İhtiyati Haciz

İhtiyati haciz, para alacağının teminat altına alınması saikiyle borçlunun malvarlığına geçici olarak, mahkeme kararına istinaden el konulmasıdır⁵⁴. İhtiyati hacizle, kötü niyetli borçlunun yargılama

[51] Muşul, a.g.e., s. 44.

[52] Kuru, a.g.e., s. 732.

[53] Kuru, a.g.e., s. 537.

[54] Kuru, a.g.e., s. 1033; Özekes, Muhammet, *İhtiyati Haciz*, 1999 s. 12; Deynekli, Adnan & Saldırım, Mustafa, *İhtiyati Haciz*, 2011, s. 3.

sürecinde mal kaçırmasının engellenmesi amaçlanmaktadır⁵⁵. İhtiyati haciz, alacağın kesinleşmiş olması aranmaksızın talep edilebilmesiyle diğer haciz türlerinden ayrılmaktadır⁵⁶. İhtiyati haciz talebi kabul edilen alacaklı on gün içerisinde, ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemek zorundadır. Aksi halde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkar (m. 261/1).

İhtiyati haczin tatbiki İİK m. 79-99 hükümleri uyarınca gerçekleştirilecektir (261/2). İhtiyati haciz kurumu, niteliği itibariyle alacaklının menfaatini korumayı amaçlamaktadır. Ancak icra hukukunun genel prensipleri, temel haklar çerçevesinde borçlunun menfaatinin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle ihtiyati hacizde de taşkın haczin vuku bulmaması için özen gösterilmelidir. Hukuk mahkemesi tarafından verilecek ihtiyati haciz kararında mahkeme tarafından taşkın hacze sebep olmayacak nitelikte karar verilmesi önem taşımaktadır. İİK m. 79/a hükmünde de konutta yapılacak hacizle ilgili olarak ihtiyati haciz kurumu istisna görülmüştür. Konutta yapılacak olan menkul haczinin taşkın hacze sebep olması kuvvetle muhtemel olup hem hukuk mahkemesinin ihtiyati haciz kararındaki alacak miktarına ilişkin tespiti hem de ihtiyati haciz kararını icra eden merciin haczolunan mallara dair değer tespitinin birbiriyle uyumlu olması gerekir. Aksi durumda kesinleşmiş bir icra takibi veya kesinleşmiş bir mahkeme kararı yokken sadece geçici hukuki himaye tedbiri kapsamında gerçekleşmekte olan bir işlemin borçlunun mülkiyet hakkına tecavüz etmesi sonucu doğacaktır.

SONUÇ

İnsan haklarının önemli bir unsuru olan mülkiyet hakkı, aynı zamanda Anayasal bir ilke olarak da kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkının özel hukukta ihlaline imkân tanyacak en önemli saha, kanaatimizce icra hukukudur. Taşkın haciz kavramının mülkiyet hakkını ve yine diğer bir ilke olan ölçülülük ilkesini ihlal eden niteliği, İİK'da yapılan değişikliklerle müstakil bir düzenlemeye kavuşmuş bulunmaktadır.

Kanun koyucu, yeni düzenleme ile birlikte, borçlunun malvarlığına vaki olabilecek muhtemel tecavüzleri engelleme amacı taşımaktadır. Taşkın haciz halinin ortaya çıkması durumunda müracaat edilebilmesi mümkün olan yol, icra hukukuna özgü olan şikâyet yoludur.

Taşkın haciz, icra müdürünün bir işlemi neticesinde ortaya çıkacağından dolayı, icra mahkemesinin şikâyet üzerine vereceği kararlar, işlemin iptali ya da düzeltilebilmesi mümkün olacaktır. Şikâyet sebepleri kanunda belirtilmiş olmakla birlikte, İİK m. 85/1'de yapılan

[55] Üstündağ, a.g.e., s. 400.

[56] Deynekli & Saldırım, a.g.e., s. 8-9.

düzenleme ile, taşkın haciz durumunun kamu düzenini ihlal eder bir niteliğe sahip olduğunu belirtmek gerekir.

Alacalının alacak miktarı ile borçlunun malvarlığı değeri arasındaki dengenin ihlali sonucunda, taşkın haciz sonucu doğmaktadır. İşte bu nedenle, hem alacalının talep ettiği alacak miktarının isabetli bir şekilde belirlenmesi hem de borçlunun malvarlığı değerinin aktüel değer üzerinden belirlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akgün, Şükran. *Haczin Hukuki Niteliği*, 2020.
Aslan, Kudret. *Hacizde Tertip. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 54, 2005.
Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 2021.
Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku*, Cilt: 1, 1988.
Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2013.
Deynekli, Adnan & Saldırım, Mustafa. *İhtiyati Haciz*, 2011.
Güneysu, Nilüfer Boran. Aşkın Haciz. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, 2016, Sayı: 4.
Karlı, Abdurrahim. *İcra ve İflas Hukuku*, 2014.
Muşul, Timuçin. *Haciz ve Hacze İştirak*, 2019.
Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku*, Cilt: 1, 2013.
Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel İlkeler ve Haklar*, 2009.
Özekes, Muhammet. *İhtiyati Haciz*, 1999.
Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral & Özekes, Muhammet. *İcra İflas Hukuku Ders Kitabı*, 2022.
Pekcanitez, Hakan & Simil, Cemil. *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet*, 2017.
Postacıoğlu, İlhan E. *İcra Hukuku Esasları*, 1982.
Tanör, Bülent & Yüzbaşıoğlu, Necmi. *Türk Anayasa Hukuku*, 2012.
Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, 2004.
Yıldırım, Kamil & Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflas Hukuku*, 2016.
Yıldırım, M. Kamil. *İcra Hukuku Ders Notları*, 2002.
Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, 2005.

MENFİ TESPİT DAVASININ İFLAS DAVASINA TESİRİ HAKKINDA TESPİTLER

Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Serhat KONURALP

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0001-6467-7641

serhat.konuralp@istanbul.edu.tr

ÖZET

Alacak talebi tehdidi altında bulunan kişinin ya da aleyhine icra takibinde bulunulmuş olan borçlunun borçlu olmadığını ispat sadedinde müracaat edebileceği en önemli hukuki imkân menfi tespit davasının ikame edilmesidir. Menfi tespit davası, maddi hukuk ve şekli hukuk disiplinlerinde kendine yer bulmuş olan, kendine özgü ispat rejimine tabi bir hukuk davasıdır. Bu davanın açılması suretiyle borçlu olduğu iddia edilen tarafça aleyhine başvurabilecek olan tüm hukuki yollara karşı muhalefet edebilmesine imkân tanıyacak bir ilam elde edilmiş olacaktır. İİK m.72’de düzenleme alanı bulan menfi tespit davasının icra takibinden önce açılmış olması ve icra takibinden sonra açılmış olması halinde, borçlu aleyhine başlatılmış olan icra takibine etkisi farklı olacak şekilde düzenlenmiştir. Bunun yanında, borçlunun tüm malvarlığı ile alacaklıları tatmin etmesinin amaçlanan, takipli ya da takipsiz olarak başlatılabilen iflas prosedürü açısından da menfi tespit davasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Takipsiz iflas halleri yönünden, alacaklının talebi ile açılan iflas davası yönünden (m.177), borçlunun bu davadan önce açmış olduğu menfi tespit davasının tesiri, iflas davasının akıbeti açısından değerlendirilmelidir. Alacaklının iflas talebi dışında, İİK m.178 ve İİK m.179 da yer alan iflas davasının ikamesi halinde borçlunun daha önce açmış olduğu menfi tespit davasının akıbeti tartışma konusu yapılabilecek ve bu hallerde incelenmesi gereken özel durumlar ortaya çıkacaktır. Örneğin böyle bir durumda, davadan vazgeçme, feragat ya da davanın konusuz kalması gibi usul hukukuna münhasır sonuçlar bu durumda esas alınamayacaktır. Alacaklılar ile borçlu arasında aynı hukuki ilişkiden doğan farklı hukuki menfaatlerin yer aldığı müstakil davaların devam etmesi söz konusu olacak ve bu durumda da birbiriyle çelişen hatta tasfiye aşamasında alacaklıların ve borçlunun menfaatini doğrudan etkileyecek sonuçlar meydana gelebilecektir. İflas prosedürü kapsamında takipli iflas yolunda da adi ve kambiyo senedine müstenit iflas yolu ile takip hallerinde farklı hukuki neticelerin ortaya çıkması

mümkündür. Menfi tespit davasının, iflas yolu ile takipten önce açılması halinde bekletici mesele yapılabilmesi mümkündür. İflas davasının takibin devamı niteliğinde olmasından dolayı bekletici mesele yapılması yönünde karar verilmesi gerekmektedir. Bu görüşe muhalif olarak İİK m.158 hükmü esas alınmaktadır. İflas prosedürünün emredici niteliği gereği İİK m.158 hükmünün uygulanmaması mümkün görülmemektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki İİK m. 175'de borçlunun istirdat davası açabileceği yönünde düzenleme varken menfi tespit davasının ikame edilebilmesine mahsus bir hüküm mevcut değildir. Kambiyo senedine müstenit iflas yoluyla takipte itiraz süresi içinde menfi tespit davası açılması halinde hukuki yarar yokluğundan dolayı davanın reddi kabul görmektedir. Ancak kambiyo senedine müstenid iflas yoluyla takibin kesinleşmesi ardından açılacak menfi tespit davasının akıbeti ve tesirinin doktrin ve içtihat açısından tartışmalı olması da göz önüne alınarak olması gereken hukuk açısından mevzuatta özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Menfi Tespit Davası, İflas, İcra Takibi, Tasfiye, İflas Davası.

FINDINGS REGARDING THE EFFECT OF THE NEGATIVE CLEARANCE CASE ON THE BANKRUPTCY CASE

ABSTRACT

Action for negative clearance is the most important legal opportunity for the person under the threat of a demand for receivables or enforcement proceeding in order to prove the inexistence of the claim. Negative clearance action is a civil law case which has its own proof regime, and it takes place in both substantive law and adjective law disciplines. By the filing this lawsuit, the rendered verdict allows the alleged party to object to all legal remedies that may be applied against it. Negative clearance action which is regulated under IİK art. 72 has different effects on enforcement proceeding depending onto be filed before the proceeding or after the proceeding. Besides, the negative clearance action should be evaluated in terms of the bankruptcy procedure which is aimed to satisfy the creditors with the entire assets of the debtor and which may be initiated with or without proceedings. In terms of non-proceeding bankruptcy and the bankruptcy case filed upon the demand of the creditor(art.177), the effect of the negative clearance action which filing by the debtor before the bankruptcy case should be evaluated in terms of the consequence of the latter. Apart

from the creditor's claim for the bankruptcy, the bankruptcy case filed as to art. 178-179 of IİK, consequences of the negative clearance action might be discussed, and, in these cases, special situations may occur. For instance, the consequences related to procedural law such as waiver of claim or loss of subject matter may not be considered in such cases. Individual lawsuits between the creditors and the debtor with different legal interests arising from the same legal relationship will continue and, conflicting consequences which will directly affect the interests of the creditors and the debtor during the liquidation phase may come into question. Within the bankruptcy procedure, simple bankruptcy proceedings and the proceedings based on bill of exchange might have different legal consequences. It is possible to consider negative clearance action as a preliminary issue if the action is filed before the proceeding related bankruptcy. Since the bankruptcy case follows the proceeding, it is necessary to decide to adopt it as a preliminary issue. Saying that, this opinion might be challenged in basis of art. 158 of IİK as the compulsory nature of the bankruptcy procedure prevents the exclusion of the said provision. Moreover, it should be noted that there is a regulation in art. 175 that the debtor can file a restitution action, while no specific provision is foreseen for filing the negative clearance action. If a negative clearance action is filed within the period of objection in the bankruptcy proceeding based on bill of exchange, it is accepted that lawsuit should be rejected because of the lack legal benefit. The consequence and impacts of the negative clearance action to be filed after the finalization of the bankruptcy proceedings based on the bill of exchange is nonetheless debatable in doctrine and jurisprudence. Therefore, there is a need for specific regulations in terms of lege ferenda.

Keywords: Negative Clearance Case, Bankruptcy, Enforcement Proceeding, Liquidation, Bankruptcy Case.

GİRİŞ

Bir hak veya hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespitinde hukuki yararı olan kişi menfi tespit davası açabilecektir. İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesinde amacı takibe konu edilen veya edilecek olan borç ilişkisinin mevcut olmadığının ortaya konulması olan menfi tespit davasına ayrıca yer verilmiştir. İflas yoluyla takiplerde menfi tespit davasının açılabilip açılmayacağı ve özellikle de bu davanın açılmasında hukuki yararın mevcudiyeti değerlendirilmesi gereken bir husustur. İflas yoluyla takiplerde menfi tespit davasının açılabilmesi kabul edildiği takdirde bu davanın iflas yoluyla takip prosedürünün devamında açılacak olan iflas davasına tesiri ayrıca incelenmelidir. Biz bu çalışmamızda menfi tespit davası ile iflas davasının niteliğini ve

etkisini inceledikten sonra iflas yoluyla takiplerde menfi tespit davasının açılabilir açılmayacağı hususunu akabinde de açılmış olan menfi tespit davasının iflas davasına tesirini ihtimallere göre ele alacağız.

MENFİ TESPİT DAVASININ NİTELİĞİ VE ETKİSİ

Tespit davası, bir hak veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun hemen tespitinde hukuki yarara sahip olan davacının işbu hak veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun tespiti talebiyle açmış olduğu davadır.

Tespit davası, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 106. maddesinde düzenlenmiştir. HMK m.106/1 uyarınca tespit davası yoluyla bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilmektedir.

Bu durumda tespit davasında bir hak ve hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespiti dava konusu yapılabilecektir. Bunun yanı sıra tespit davasını açan davacının, öne sürülen hukuki ilişkinin varlığının veya yokluğunun mahkeme tarafından derhal tespit edilmesinde hukuki yararının bulunması gerekir. Bu sebeple davacının hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunduğunu ortaya koyması gerekir.

Doktrinde güncel hukuki yararın varlığı için üç unsurun bulunması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bunlar;

- a) Davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı,
- b) Bu tehdit nedeniyle davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmamalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı,
- c) Başka bir yolla veya başka bir davayla ortadan kaldırılamayan bu tehlike ilamlı icraya konulamayan tespit hükmü ile giderilmeye elverişli olmalıdır¹.

6100 sayılı HMK'da yer alan tespit davası, müspet ya da menfi tespit

[1] Görgün, L. Şanal; Börü, Levent & Kodakoğlu, Mehmet. *Medenî Usul Hukuku*, 11. bsk., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 230; Karslı, Abdurrahim. *Medenî Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 318; Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: II, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.1424-1425; Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, Cilt: I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 978 vd.; Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz & Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, İstanbul, 2021, s. 217; Türk, Ahmet. *Maddî Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfî Tespit Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 39-40; Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt: II, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 2355. Ayrıca bkz. Alangoya, H. Yavuz; Yıldırım, M. Kâmil & Deren-Yıldırım, Nevhis. *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 203 vd.; Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 329; Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 310 vd.; Üstündağ, Saim. *Medenî Yargılama Hukuku*, Cilt: I-II, 7. bs., Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 332 vd.

davası niteliğinde ikame edilebilecektir. Müspet tespit davaları bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının tespitine yönelik olarak açılan tespit davaları; menfi tespit davaları bir hakkın ya da hukuki ilişkinin yokluğunun tespitine yönelik olarak açılan tespit davalarıdır.

6100 sayılı HMK'dan başka 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) ve diğer kanunlarda tespit davasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. İİK m.69/2'de düzenlenen borçtan kurtulma davası niteliği itibarıyla bir menfi tespit davasıdır. İİK m.72'de düzenlenmiş olan menfi tespit davası da genel anlamda menfi tespit davasının kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiş özel bir türünü oluşturur². Cebri icra hukukuna özgü olarak düzenlenmiş olan bu menfi tespit davasının konusu, takibe konu edilen veya edilecek olan borç ilişkisinin mevcut olmadığına ortaya konulmasıdır³. İİK m.72/1 uyarınca borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir. Doktrinde ileri sürüldüğü üzere İİK'da böyle bir hüküm bulunmasa dahi borçlu takip alacaklısına karşı borçlu olmadığını tespit için menfi tespit davası açabilecektir; ancak genel mahkemelerde açılacak bu menfi tespit davasının icra takibine etkisinin düzenlenmesi gerekmekte ve İİK m.72 bu amacı gerçekleştirilmektedir⁴.

Bu kapsamda İİK m.72'de yer alan menfi tespit davasının ikamesiyle birlikte davacı, aleyhine başlatılmış ya da başlatılacak olan icra takibine tesir etme imkanına kavuşabilecektir⁵. Zira İİK m.72/2 uyarınca icra takibinden önce açılan menfi tespit davasına bakan mahkeme, talep üzerine alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat karşılığında icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilir. İİK m.72/3'e göreyse icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulmasına karar verilemez. Ancak, borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir. Ayrıca İİK m.72 uyarınca açılacak olan menfi tespit davasının sonucunda tazminata ilişkin bir hüküm elde edilebilmesi de mümkündür⁶.

[2] Türk, s. 44; Yılmaz, s. 2367. Bu davada öncelikle İİK m.72 hükmü geçerlidir; bu davada HMK m.106 ve ona bağlı olarak diğer HMK hükümlerinin uygulanabilmesi İİK m.72'de açık düzenleme bulunmayan hallerde mümkündür (Yılmaz, m.2367).

[3] Takip konusu yapılmayan bir borç ilişkisi de hukuki yarar bulunmak koşuluyla duruma göre menfi tespit davasına konu olabilir (Türk, s. 44).

[4] Kuru, Baki & Budak, Ali Cem. *Tespit Davaları*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.74-75.

[5] Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 347-348; Altay, Sümer. Menfi Tesbit Davası ile Takip Süreci İçinde Oluşan İflas Davası Arasındaki Karşılıklı Etkileşim ve Özellikle Bekletici Sorun Konusu. *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 60, Sayı: 10-11-12, 1986, s. 709. Ayrıca bkz. Türk, s. 47.

[6] Atalı, Ermenek & Erdoğan, İcra, s. 348.

2004 sayılı İİK m.72'de düzenlenmiş olan menfi tespit davası borçlunun henüz borcunu ödemediği ve borçlu olmadığını ortaya koymaya çalıştığı bir davadır. Bu dava ile takip konusu yapılan veya yapılacak olan alacağın, doğuş şartlarından herhangi birinin eksikliği ya da sona erme nedenlerinin varlığı nedeniyle mevcut olmadığını saptanması amaçlanmaktadır⁷. Borçlu bu dava ile borçlu olmadığı tespit ettirebildiği takdirde hakkındaki takip iptal edilecek ve borcu ödemekten kurtulacaktır. Menfi tespit davası açmak isteyen borçlunun, bu davayı ister takipten önce isterse takipten sonra ikame etmek istesin hukuki yararının mevcut olması gerekmektedir⁸. Menfi tespit davası genel hükümlere göre görüldüğünden bu dava sonucunda verilecek olan karar maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olacaktır.

Menfi tespit davası, daha ziyade icra takipleri yönünde incelenmiş; iflas yoluyla takipler açısından bu davanın uygulama alanı olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. İflas yoluyla takiplerde menfi tespit davasının açıldığının kabulü halinde de yine bu davanın iflas davası üzerindeki etkisi başka tartışmaları beraberinde getirmiştir.

İFLAS DAVASININ NİTELİĞİ VE ETKİSİ

İcra ve İflas Kanunu'nda iflas kararının verilebilmesi için izlenmesi gereken iki yol düzenlenmiştir. Bunlar takipli iflas ve takipsiz iflas prosedürleridir. Takipli iflas prosedüründe, adi iflas yolu ile takip ya da kambiyo senedine müstenit iflas yolu ile takip süreci tamamlandıktan sonra iflas davası açılmakta ve borçlu hakkında iflas kararı verilmektedir. Takipsiz iflas prosedüründe ise başta takip gerçekleştirilmeksizin doğrudan asliye ticaret mahkemesine müracaat edilerek iflas kararının verilmesi mümkün olmaktadır.

Gerek takipli iflasta gerekse takipsiz iflasta, iflas kararının verilebilmesi için asliye ticaret mahkemesinde basit yargılama usulüne göre gerçekleştirilecek bir yargılama faaliyetinin tamamlanması gerekecektir. İflas davası, uygulamada ve doktrinde hâkim olan görüşe

[7] Türk, s. 43.

[8] İlgili hususta bkz. Atalı, Ermenek & Erdoğan, *İcra*, s.349-350, 352; Ceylan, Nurettin. *Kambiyo Senetlerine Dayalı Olarak Açılan Menfi Tespit Davası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 86 vd.; Karşlı, Abdurrahim. *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 660-662; Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 352-354; Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 314; Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 235 vd.; Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral & Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 137-138; Türk, s. 187 vd.; Uyar, Talih. *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları* (İİK m.72), 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019, s. 10 vd.; Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 160-162; Yavuz, Nihat. *Uygulamada ve Öğretide İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 175 vd.; Yıldırım, Mehmet Kâmil & Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 149-150.

göre inşai bir dava niteliğindedir. HMK m.108 uyarınca mahkemeden yeni bir hukuki durumun yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması yönünde karar verilmesinin talep edildiği davalara inşai dava denir. İflas kararıyla birlikte borçlunun sıfatı “müflis” olarak değişmekte, iflas kararının gerek alacaklılar ve gerekse borçlu üzerinde kendiliğinden birtakım sonuçları doğmaktadır.

Takipli iflas prosedüründe iflas davasının davacısı iflas yoluyla takibi başlatan alacaklı taraftır. Alacaklı başlatmış olduğu takibi iflas davası ile sonuçlandırmayı ve borçlusu hakkında iflas kararı elde etmeyi amaçlar. Takipsiz iflas prosedüründe ise İİK m.177’deki hallerde alacaklı iflas davası açabileceği gibi İİK m.178’deki hallerde borçlu kendi kendisinin iflasını talep edebilecektir. Ayrıca İİK m.179’da sermaye şirketleri ve kooperatifler açısından gerek alacaklının gerekse borçlunun iflas talebinde bulunacağı haller gösterilmiştir. Bu nedenle iflas davasının taraflarını tespit ederken iflas davasında ileri sürülecek olan sebepleri de esas alarak bir sonuca varılması gerekecektir.

İflas davasının önemli özelliklerinden birisi de muhafaza tedbirleridir. İİK m.159 uyarınca iflas talebi halinde mahkeme ilk önce alacaklının menfaati için gerekli gördüğü tüm tedbirleri alabilecektir. Borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi ve alacaklının muhafaza tedbiri talep etmesi halinde mahkeme bu durumda tedbir kararı almak zorundadır. İİK, iflas kararının etkisini sağlayabilmek için iflas talebiyle birlikte gerekli tedbirlerin alınmasına yönelik düzenleme yapmıştır. Aksi durumda yargılama devam ederken borçlunun malvarlığında olabilecek muhtemel azalmalar neticesinde iflas kararının sonrasında oluşacak iflas masasında tasfiyeye matuf bir malvarlığının belirlenmesi mümkün olmayabilecektir.

İflas kararının alacaklı ve borçlu hakkındaki etkileri İİK’da yer almakla birlikte, iflas davası derdest iken borçlunun taraf olduğu davaların akıbeti kanunda düzenlenmiş değildir. Menfi bir eleştiriye matuf olmayan bu tespit, aynı zamanda bazı davalar özelinde iflas davasının karşılıklı değerlendirilmesi zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Özellikle derdest bir menfi tespit davasının derdest iflas davasına etkisi teorik olarak irdelenmesi gereken bir ihtimaldir. Mali açıdan zor durumda olan ya da mali bir darboğazın eşliğindeki borçlunun maddi hukuk ve şekli hukuk açısından müracaat edebileceği önemli yollardan birisi olan menfi tespit davası yine aynı durumda olan borçlunun muhatap olacağı iflas davasıyla birlikte derdest olabilecektir. Bu durumda karşılaşılabilecek ihtimaller; takipli iflasta takip prosedüründen önce menfi tespit davasının açılmış olması, takip sırasında menfi tespit davasının açılmış

olması, iflas davasından önce menfi tespit davasının açılmış olması ve iflas davasından sonra menfi tespit davasının açılmış olması şeklinde belirtilebilecektir. Bu ihtimallerle birlikte menfi tespit davasında tesis edilmiş olan hükmün iflas davasına etkisi de belirlenmesi gereken olasılıklardan birisidir.

Menfi tespit davasının özellikleri esas itibariyle iflas talebinin kabul edilmesine ya da reddedilmesine doğrudan bir tesire sahip olacağından her iki davanın da taraflarının ve dava sebeplerinin belirlenmesi, etki sahasının ortaya konulabilmesi için değerlendirilmesi gereken unsurlardır.

İFLAS YOLUYLA TAKİPLERDE MENFİ TESPİT DAVASININ AÇILABİLİP AÇILAMAYACAĞI SORUNU

İcra ve İflas Kanunu'nun adi iflas yoluyla takibe yer verilen hükümlerinde menfi tespit davasının düzenlendiği İİK m.72'ye atf yapılmamış; kambiyo senetlerine müstenit iflas yoluyla takibin düzenlendiği kısımda ise İİK m.72 kapsamında sadece istirdat davasına gönderme yapılmıştır.

Bu kapsamda kambiyo senetlerine müstenit iflas yoluyla takibe ilişkin "istirdat davası" başlıklı 175. madde uyarınca iflas takibine itiraz etmemesi yüzünden borçlu olmadığı bir parayı ödeyen kimse 72. madde uyarınca geri almak hakkını haizdir.

Kanunda yer alan bu düzenleme nedeniyle iflas yoluyla takiplerde menfi tespit davasının açılıp açılmayacağı hususu tartışma konusu olmuştur.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre iflas yoluyla takiplerde menfi tespit davası açılabilecektir; zira İİK m.175'te sadece istirdat davasına yer verilmesi bir unutmama sonucudur. İİK m.175, 538 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki İİK m.174/1'den alınmıştır. 538 sayılı Kanun öncesinde, 72. madde sadece istirdat davasını düzenlemekteydi ve o zamanki İİK m.174/1 hükmü 72. maddeye tüm olarak atf yapmaktaydı. 538 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 72. maddeye menfi tespit davasıyla ilgili hükümler de eklenmiştir. 538 sayılı Kanun ile yeniden kaleme alınan 175. madde 72. maddenin tümüne atf yapmış ancak menfi tespit davasını zikretmeyi unutmamıştır. Menfi tespit davasının kasten zikredilmediği kabul edilse dahi menfi tespit davasını hukuki yararı bulunan herkes açabileceğine göre iflas yoluyla takipte hukuki yararı bulunan borçlu menfi tespit davası açabilecektir⁹. Doktrinde yer

[9] Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 217. Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku*, Cilt: III, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 2704-2705. Ayrıca bkz. Altay, 1986, s.707 vd.; Altay, Sümer. *Türk İflâs Hukuku*, Cilt: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s.176.

alan diğer görüşe göreyse gerek menfi tespit davasına ilişkin hükümde gerekse iflas yoluyla takibe ilişkin bölümde bu konuda bir düzenleme yer almadığından iflas yoluyla takipte menfi tespit davası açılmaz. İİK m.175'in bugünkü şekli 538 sayılı Kanun sırasında yeni baştan kaleme alındığı için İİK m.72'ye atfın sadece istirdat davasına hasredilmesi gerekir. Kanun koyucu bu takip yolunda menfi tespit davasına yer vermek isteseydi bunu açıkça öngörebilirdi¹⁰.

Kanaatimizce burada İİK'da menfi tespit davasının düzenlenmesindeki amaçtan hareketle bir çözüme ulaşılmalı; nasıl ki maddi hukuk bakımından borçlu olmayan kişiye, yapmış olduğu ödeme üzerine istirdat davası açma imkânı sağlanıyorsa¹¹ aynı şekilde borçlu olmadığı halde takibe maruz kalma tehlikesi olan veya maruz kalan borçluya da borçlu olmadığını ortaya koymaya yönelik İİK m.72 çerçevesinde menfi tespit davası açma imkânı verilmelidir. Bu sayede borçlu, borçlu olmadığı bir meblağ nedeniyle herhangi bir ödeme yapmaksızın olası bir iflastan kurtulma imkânına sahip olacaktır. Borçluya bu imkân tanınırken daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere borçlunun bu davayı açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı da her durumda ayrıca ele alınmalıdır.

Burada şunu da belirtmek isteriz ki iflas yoluyla takiplerde İİK m.72'de düzenlenen menfi tespit davasının açılması imkânı kabul edilmese bile borçlu, alacaklıyla arasında borç doğuran bir hakkın ya da hukuki ilişkinin mevcut olmadığını ortaya koymak için HMK m.106 çerçevesinde bir menfi tespit davası açmasında hukuken bir engel söz konusu değildir. Ancak bu menfi tespit davasının takibe etkisi İİK m.72 hükmü çerçevesinde değerlendirilemeyecektir. Kanaatimizce bu davalarda takibe etki edecek özellikle takibi durduracak şekilde bir tedbir kararı verilmesi söz konusu olamayacaktır¹².

MENFİ TESPİT DAVASININ İFLAS DAVASINDAN ÖNCE AÇILMASI

Menfi Tespit Davasının İflas Yoluyla Takipten Önce Açılması

Borçlu, gerek adi iflas yoluyla takipten önce gerekse kambyo senetlerine müstenit iflas yoluyla takipten önce, hukuki yararının mevcut olması kaydıyla menfi tespit davası açabilecektir¹³. Menfi tespit davasının açılmasından sonra iflas yoluyla takibin başlatılması ve hatta

[10] Postacıoğlu, İlhan. İcra İflâs Kanununun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tesbit Dâvası. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1966, s. 830. Postacıoğlu, İlhan E. *İcra Hukuku Esasları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 260.

[11] Doktrinde istirdat davasının sadece kambyo senetlerine müstenit iflas yoluyla takiplerde değil, adi iflas yoluyla takiplerde de açılabileceği savunulmaktadır (Altay, 2004, s. 177; Kuru, 1993, s. 2703; Kuru, 2003, s. 274; Muşul, 2020, s. 142; Postacıoğlu, 1966, s. 830).

[12] Bkz. Konuralp, Cengiz Serhat. *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 35-39.

[13] Kuru, 1993, s. 2705; Kuru, 2003, s. 217; Muşul, 2020, s. 143; Türk, s. 184.

iflas davasının açılması menfi tespit davasına devam edilmesine engel olmayacaktır¹⁴. Her ne kadar menfi tespit davası ile iflas davasının tarafları ve dava sebepleri aynı olsa da bu iki davanın talep sonuçları arasındaki farklılık nedeniyle iflas davasının görüldüğü mahkemede derdestlik hususu ileri sürülemeyecektir.

Burada belirtilmelidir ki iflas yoluyla takipten önce İİK m.72 hükümleri çerçevesinde menfi tespit davasının açılabilceğini kabul ettiğimiz takdirde İİK m.72/2'de düzenlenmiş olan takibin durdurulabilmesine yönelik ihtiyati tedbir kararının menfi tespit davasını gören mahkemece verilmesi söz konusu olabilecektir¹⁵. İİK m.72'de yer alan menfi tespit davası niteliği itibarıyla borçlu aleyhine açılmış ya da açılacak olan takiplere etki etmesi amaçlanarak ikame edilen bir davadır. Bu cümleden hareketle borçlunun, açmış olduğu menfi tespit davasının ardından, aleyhine menfi tespit davası açılmış olan alacaklının borçluya karşı başlattığı takibe tedbiren etki etmesi mümkündür. İİK hükümlerine göre açılan menfi tespit davasında mahkemenin takibin durdurulması yönünde karar verebilmesi için davacı borçlunun bu takibin durdurulması yönünde talepte bulunması ayrıca alacağın yüzde on beşinde aşağı olmamak üzere teminat göstermesi gerekmektedir. Bu halde dahi mahkeme tedbir kararı vermek zorunda değildir. Tedbir kararı olarak iflas yoluyla takip başlatılmadan önce takibin başlatılmasına engel olunamaz. Zira İİK başlatılmış bir takibin durdurulmasına ilişkin tedbir kararı öngörmüştür ayrıca bu halde henüz takibin başlatılıp başlatılmayacağı bilinmemektedir ve yine ortada başlatılmış bir takip olmadığından yatırılacak teminatın miktarı da belirlenemeyecektir.

Menfi tespit davasının açılmasından sonra iflas yoluyla takibin başlatılması üzerine, takibin başında, menfi tespit davasının davacısı olan borçlu takibin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı talep edebilecektir. İlk derece mahkemesi bu talebi kabul ettiği takdirde iflas yoluyla takip duracak ve alacaklıya iflas davası açmaya götüren prosedür işlemeyeceğinden iflas davasının açılması da mümkün olmayacaktır.

Burada akla gelebilecek diğer bir soruda şu olabilecektir: İflas yoluyla takip başlatılmasına rağmen tedbir kararı alınmadığı ve bunun neticesinde alacaklı tarafından borçluya karşı iflas davası açıldığı takdirde menfi tespit davasının iflas davası üzerindeki tesiri ne olacaktır? Doktrinde bununla bağlantılı olarak iflas davasını gören asliye ticaret mahkemesinin menfi tespit davasını bekletici mesele yapısı yapamayacağı tartışılmıştır.

[14] Türk, s. 184.

[15] Kuru, 1993, s. 2705; Kuru, 2003, s. 217-218; Muşul, 2020, s. 143; Türk, s. 184.

Doktrinde yer alan ilk görüş¹⁶ bu halde menfi tespit davasının iflas davasında bekletici mesele yapılmasının mümkün olmadığı yönündedir. Buna göre menfi tespit davasının bekletici mesele olarak kabul edilmesi İİK m.158 hükmünün uygulanmasını bertaraf edecektir. Zira borçlunun tüm itiraz ve defileri iflas davası sırasında asliye ticaret mahkemesinde incelenmelidir. Menfi tespit davasının iflas davasına etki edeceğinin kabulü iflas prosedürüne ilişkin emredici nitelikteki hukuk normlarının ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu görüş uyarınca menfi tespit davası ile iflas davası aynı anda yürüyecek; menfi tespit davası iflas davası neticelenmeden borçlu lehine ilama bağlanmıyorsa, bu ilam iflas davasında delil olarak kullanılabilir.

Katıldığımız diğer görüşe göre iflas davasına bakan mahkemenin menfi tespit davasını bekletici mesele yapması gerekmektedir¹⁷. Bu görüş uyarınca iflas davası iflas yoluyla takibin devamı niteliğindedir¹⁸. İİK m.72/2 hükmü menfi tespit davasının icra takiplerine etkisini şüpheye mahal bırakmayacak şekilde düzenlemektedir. İflas yolu ile takiplerde İİK m.72 hükmünün uygulanmayacağını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca iflas yoluyla takipten önce borçlunun açmış olduğu menfi tespit davasının, borçlu aleyhine başlatılmış takibe ve ardından iflas davasına etki etmeyeceğinin kabulü halinde, hükmeye bağlanacak olan menfi tespit davası neticesinde verilecek karar ile iflas davası arasında bir çelişkinin meydana gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Menfi tespit davası sonucunda verilecek karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceğinden aynı hususun tekrar iflas davasında incelenmesi gereksiz olacaktır. Buna göre menfi tespit davasına bakan mahkemenin İİK m.72/2 gereğince bir tedbir kararı vermesi ve iflas davasına bakan mahkemenin menfi tespit davasını bekletici mesele yapması gerekir.

Doktrinde yer alan diğer bir görüş de¹⁹ iflas yoluyla takipte menfi

[16] Bkz. Postacıoğlu, 1966, s. 830-831; Postacıoğlu, 1982, s. 261. Doktrinde Berkin, borçlunun menfi tespit davası açmasının hakkında iflas yoluyla takip yapılmasına ve iflas davası açılmasına engel olmayacağını belirtmiş; menfi tespit davasına rağmen alacağa yönelik iddiaların ve savunmaların iflas davası ile halledileceğini ifade etmiştir. Yazara göre menfi tespit davası iflas davasında bekletici mesele teşkil etmez ancak iflas karar verilmeden önce menfi tespit davası borçlu lehine hükmeye bağlanırsa takibin durdurulması gerektiğinden, borçlu bu hükmeye dayanarak, iflas davasının ertelenmesini isteyebilir. Menfi tespit davasının iflas davasından önce hükmeye bağlanması halinde, bu hükmün kesinleşmesine kadar iflasa karar vermemek gerekir (Berkin, Necmeddin M. İflâs *Hukuku*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 119).

[17] Altay, 1986, s. 710-711; Altay, 2004, s. 176; Kuru, 1993, s. 2705; Kuru, 2003, s. 218; Muşul, 2020, s. 143. Ayrıca bkz. Türk, s. 184.

[18] İflas davasının iflas yoluyla takibin devamı olduğuna ilişkin olarak bkz. Altay, 1986, s. 707-708. Postacıoğlu, iflas davasının alelade bir dava olmayıp iflas yoluyla takibin bir hadisesi olduğunu belirtmekle birlikte aynı alacak hakkında daha önce açılmış olan menfi tespit davasının iflas yönünden bekletici mesele yapılamayacağını ileri sürmektedir (Postacıoğlu, İlhan E. İflâs *Hukuku* İlkeleri, C. I İflâs, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s. 27.)

[19] Deynekli, Adnan. *Türk Hukukunda Kambyo Senetlerine Özgü İflas Yoluyla Takip*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 95.

tespit davası açılmayacağını ifade ettikten sonra iflas yoluyla takipten önce aynı alacakla ilgili olarak menfi tespit davası açan ve iyiniyetli tedbir kararı alan borçlunun daha sonra yapılan iflas takibine itiraz etmemesine rağmen takip konusu alacaktan dolayı borçlu olmadığı iradesini ortaya koyduğundan iflas davasına bakan mahkemenin menfi tespit davasının sonucu bekletici mesele yapması gerektiği belirtilmiştir. Bu görüş kapsamında menfi tespit davası iflas davasından önce karara bağlanmış ve davacının borçlu olmadığı tespitine karar verilmiş ve karar kesinleşmişse iflas davası reddedilir. Menfi tespit davasının reddine ilişkin karar kesinleşmişse iflas davasına bakan mahkeme borçluya depo emri tebliğ ederek sonucuna göre işlem yapar. Menfi tespit davasının reddine ilişkin karar kesin hüküm teşkil edeceğinden ileride borçlu İİK m.175 hükmüne dayanarak istirdat davası açamaz.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında iflas davası açılmadan önce açılmış olan menfi tespit davasının iflas davasında bekletici mesele yapılması gerektiğine hükmetmektedir²⁰.

Menfi Tespit Davasının İflas Yoluyla Takip Sırasında Açılması

Borçlunun, kendisine karşı başlatılan adi iflas yoluyla takip veya kambiyo senetlerine müstenit iflas yoluyla takip devam ederken alacaklısına karşı menfi tespit davası açabilip açamayacağı hususu iflas ödeme emrinin tebliğ edilip edilmediğine ve tebliğ edildiyse de borçlunun ödeme emrine karşı itirazda bulunup bulunmamasına göre ayrıca değerlendirilmelidir. Zira buna göre borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararının olup olmadığı tespit edilebilecektir.

a. İflas yoluyla takiplerde borçlu, kendisine tebliğ edilen ödeme emri üzerine borcu olmadığına yönelik itirazda bulunabilecek; alacaklı hem bu itirazın kaldırılması hem de borçlu hakkında iflas kararı verilmesi için ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde iflas davası açabilecektir. Açılmış olan bu iflas davasında alacaklının iddiaları ve borçlunun cevap dilekçesinde göstermiş olduğu borcun olmadığına yönelik sebepler incelenerek bir alacağın mevcut olup olmadığına dair karar verilecektir. Borçlunun muhalefetleri yerinde görülmediği takdirde takip kesinleşecek ve İİK m.158'deki prosedür takip edilecektir.

Bu halde iflas yoluyla takibin başlatılması üzerine ödeme emrinin tebliğinden önce borçlunun menfi tespit davası açmasında hukuki yararı olmadığını ileri sürebiliriz. Zira borçlu ödeme emrinin tebliği üzerine ödeme emrine itirazda bulunabilecek ve bir alacağın mevcut olup olmadığı hususu iflas davasında öncelikli olarak incelenecektir.

[20] Kirtiloğlu, S. Serhat. *İflas Davası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 176 dnp.472.

Yine borçlu ödeme emrinin tebliği üzerine henüz ödeme emrine itiraz süresi dolmamışsa bu süre için menfi tespit davası açmakta hukuki yararı mevcut değildir. Çünkü borçlunun ödeme emrine süresi içinde itiraz etmek suretiyle ileride açılacak iflas davasında menfi tespit davası ile elde etmek istediği sonucu sağlaması mümkündür²¹.

Eğer borçlu ödeme emrine itiraz etmişse, alacaklının açacağı iflas davasında bütün itiraz ve defilerini bu kapsamda da borçlu olmadığını ileri sürebileceğinden diğer bir deyişle menfi tespit davasında istediği sonucu iflas davasında sağlayabileceğinden ayrı bir menfi tespit davası açmakta hukuki yararı mevcut değildir²².

İflas ödeme emrine itiraz edilip de alacaklının açmış olduğu iflas davası üzerine bu itirazlar asliye ticaret mahkemesi tarafından incelenmiş ve iflas kararı verilmişse, iflas davasına konu olan alacak hakkında menfi tespit davasının açılması mümkün olmayacaktır²³. Zira borçlunun, alacağı yönelik yapmış olduğu tüm muhalefetler iflas davasında incelenmiştir.

b. Borçlu süresi içinde ödeme emrine itiraz etmemişse, doktrinde ileri sürülen bir görüş uyarınca, İİK m.175 düzenlemesi nedeniyle bu halde sadece istirdat davası açılabilir. Borçlu, borçlu olmadığına ilişkin savunmalarını borcu ödedikten sonra açacağı istirdat davasında ileri sürebilecektir²⁴. Doktrinde ayrıca, iflas yoluyla takibin itirazsız kesinleşmesinden sonra açılan menfi tespit davasının bekletici mesele yapılamayacağı, İİK'da sadece istirdat davasına yer verildiği, aksi görüşün kabulü halinde kötü niyetli borçluların iflas yoluyla takipten sonra açacakları menfi tespit davasında alacakları tedbir kararı ile iflas davasının sonuçlanmasını önleyebilecekleri ileri sürülmüştür²⁵.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göreyse borçlunun ödeme emrine itiraz etmediği hallerde iflas davası açılmadan önce (hatta açıldıktan sonra) borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararı söz konusudur. İstirdat davası açma imkânı olan borçlunun bu davanın öncüsü olan menfi tespit davasını açabileceği de kabul edilmelidir²⁶. Borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi üzerine takip kesinleşmekte, alacaklı ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde sadece borçlunun iflasını talep ederek iflas davası açmaktadır. Bu halde asliye ticaret mahkemesinin iflas davasındaki incelemesi tamamen şekli bir

[21] Altay, 1986, s. 711; Kuru, 1993, s. 2705; Kuru, 2003, s. 218; Muşul, 2020, s. 144.

[22] Altay, 2004, s. 176; Deynekli, s. 97; Kırtıloğlu, s. 176; Kuru, 1993, s. 2705; Kuru, 2003, s. 218; Muşul, 2020, s. 144; Postacioğlu, 1966, s. 830. Ayrıca bkz. Türk, s. 184.

[23] Türk, s. 185.

[24] Postacioğlu, 1966, s. 830.

[25] Deynekli, s. 97.

[26] Kuru, 1993, s. 2706.

incelemedir. Bu davada mahkeme alacaklının gerçekten alacaklı olup olmadığını inceleme yetkisine sahip değildir. Asliye ticaret mahkemesi alacağın esası hakkında bir inceleme yapmaksızın ödeme emrine itiraz edilip edilmediğini ve edilmemişse borcun ödenip ödenmediğini incelemekle yetinecektir²⁷. Buna göre borçlunun alacaklıya karşı borçlu olmadığını ortaya koyacak bir menfi tespit davası açmakta hukuki yararı olduğu ifade edilebilecektir²⁸. Aksi takdirde borçlu iflasın ağır sonuçlarıyla karşı karşıya bırakılacaktır. Yine borçluya sadece istirdat davası açma imkânı verilmesinin savunulduğu hallerde borcunu ödeyebilecek durumda olmayan ve gerçek anlamda borçlu olmayanlar için çok ağır sonuçlar ortaya çıkacaktır²⁹.

İflas yoluyla takipten sonra açılan menfi tespit davalarında, menfi tespit davasını gören mahkemenin İİK m.72/3 kapsamında ihtiyati tedbir kararı verebileceği de doktrinde ileri sürülmüştür³⁰. Bilindiği üzere İİK m.72/3 uyarınca menfi tespit davası takipten sonra açıldığı takdirde mahkemenin takibin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verebilmesi mümkün değildir. Ancak borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilecektir. Bu halde menfi tespit davası, iflas davasından önce sonuçlanmadığı ve iflas davasında depo kararı verildiği takdirde, menfi tespit davasına bakan mahkeme İİK m.72/3'e mahkeme veznesine depo edilmiş olan paranın alacaklıya ödenmemesi hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilecektir³¹. Bu çözüm tarzı da iflas davasının iflas yoluyla takibin devamı olduğu niteliğindeki görüşün sonucu olarak ortaya konulmuştur. Kanaatimizce bu halde icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi yönündeki bir tedbirin uygulanabilmesi için buna yönelik gerçekleşen bir takip aşaması söz konusu olmadığından bu şekilde bir tedbir kararının alınması mümkün değildir. Bu durumda depo edilen para alacaklıya ödeneceğinden menfi tespit davası istirdat davasına dönüşecektir³².

Bununla birlikte menfi tespit davası, iflas davasından önce sonuçlandığı ve borçlunun borçlu olmadığı tespit edildiği takdirde, borçlu kesinleşen mahkeme kararını iflas davasını gören mahkemeye sunarak iflas

[27] Kuru, 2013, s. 1121-1122.

[28] Kuru, 2003, s. 219; Muşul, 2020, s. 144. Ayrıca bkz. Türk, s. 185.

[29] Altay, 1986, s. 712-713; Kırtıloğlu, s. 177.

[30] Kuru, 1993, s. 2706-2707; Kuru, 2003, s. 219. Altay, bu halde depo edilen para hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmesinin düşünülebileceğini ancak bu konuda açık bir kanuni düzenlemeye gidilmesinde yarar olduğunu ifade etmektedir (Altay, 2004, s. 177).

[31] Kuru, 2003, s. 219. Ayrıca bkz. Türk, s. 186.

[32] Türk, s. 186.

davasının reddini sağlayabilecektir³³. Zira bu halde menfi tespit davası sonucunda verilen ve kesinleşen hükmün iflas davası açısından müspet etkisi söz konusu olacaktır. Menfi tespit davasının kabul edildiği ancak hükmün henüz kesinleşmediği hallerde iflas davasını gören asliye ticaret mahkemesinin bu kararın kesinleşme ihtimalini de göz önüne alarak bekletici mesele hükümleri çerçevesinde iflas kararı vermemesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Burada yine tartışılabilir husus iflas takibinin kesinleşmesinden sonra açılacak menfi tespit davalarının iflas davası için bekletici mesele yapıp yapılmayacağı hususundadır. Yargıtay, iflas takibinin kesinleşmesinden sonra açılan menfi tespit davalarının bekletici sorun yapılamayacağı görüşündedir³⁴. Doktrinde bu halde bekletici meselenin uygulanması gerektiği zira iflas davası ile menfi tespit davasının taraflarının ve dava sebebinin aynı olduğu, bu şekilde çelişkili kararların önüne geçilebileceği ifade edilmiştir³⁵. Kanaatimizce takipten sonra açılmış olan menfi tespit davasının iflas yoluyla takibe doğrudan etki etmesi mümkün değildir. Menfi tespit davasının iflas davası sürecine de doğrudan bir etkisi olmayacaktır. Bununla birlikte borçlunun açmış olduğu menfi tespit davasında alacaklıya husumeten ileri sürmüş olduğu dava sebebi ile iflas davasının davacısı olan alacaklının iflas yoluyla takipte borçlu aleyhine ileri sürdüğü alacak hakkı aynı ise HMK uyarınca bekletici mesele kararı verilmesi mümkün olabilecektir. İflas davasını inceleyen asliye ticaret mahkemesi HMK m.166 da yer alan şartlar mevcutsa derdest menfi tespit davasını bekletici mesele yapabilecektir. Bu halde bekletici mesele uygulanması gereğinin en önemli sebebi, borçlu hakkında iflas kararı verildikten ve karar kesinleştikten sonra borçlunun menfi tespit davasının davalısına gerçekten bir borcu olmadığını ortaya çıkması ihtimalidir. Bu durumda yürütülen tasfiye süreci dayanaksız kalacak ve borçlu açısından telafisi mümkün olmayan zararlar ortaya çıkabilecektir.

Asliye ticaret mahkemesinin menfi tespit davasını iflas davası için bekletici mesele yapmaması, iflas davasında depo kararı verilmesi ve depo emrinin yerine getirilmemesi ihtimalinde borçlu hakkında iflas kararı verilecektir. Bu durumda menfi tespit davası İİK m.194 uyarınca ikinci alacaklılar toplantısından 10 gün sonraya kadar duracaktır. İkinci alacaklılar toplantısında menfi tespit davasına devam edilmesi kararı çıktığı takdirde iflas idaresi bu davaya devam edecektir. Bu halde tasfiye sonucunda paraya çevrilen malların bedelinden davalıya ödememe yapılmaması yönünde tedbir kararı alınabileceği tartışılabilir.

[33] Kırtıloğlu, s. 177; Kuru, 1993, s. 2706; Kuru, 2003, s. 219.

[34] Bkz. Deynekli, s. 96-97, dpn.182.

[35] Altay, 2004, s. 176; Kırtıloğlu, s. 177-178; Türk, s. 186.

Menfi Tespit Davasının İflas Davasından Sonra Açılması

Her ne kadar kanun koyucu kambiyo senedine müstenit iflas yoluyla takiplere ilişkin bölümde yer alan İİK m.175'te istirdat davasına yer vermiş olsa da (ki bu hükmün adı iflas yoluyla takipler bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir) daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere menfi tespit davası açmakta hukuki yararı olan borçlu, iflas davasında davacı olan alacaklıya karşı menfi tespit davası açabilecektir.

Borçlunun açmış olduğu menfi tespit davasında hukuki yararının varlığının tespitinde yine ödeme emrine itiraz edilip edilmediği hususu dikkate alınacaktır. Buna göre borçlu ödeme emrine itiraz ettiyse, açılmış olan iflas davasında borçlu borcun mevcut olmadığına veya sona erdiğine yönelik her türlü muhalefeti yapabileceğinden ayrıca bir menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar söz konusu değildir.

Bununla birlikte borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi halinde açılan iflas davasında asliye ticaret mahkemesi alacağın gerçekten mevcut olup olmadığına dair bir inceleme yapmayacağından bu halde iflas davasının devamı sırasında borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararının mevcut olduğu kabul edilebilecektir. Açılmış olan bu menfi tespit davasının devam eden iflas davasına doğrudan bir etkisi söz konusu olmayacaktır. Ancak yukarıda da izah etmiş olduğumuz sebeplerden ötürü iflas davasını gören asliye ticaret mahkemesi, menfi tespit davasını bekletici mesele yapmalıdır.

SONUÇ

İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesi uyarınca borçlu, borçlu olmadığını ispat için menfi tespit davası açabilecektir. Menfi tespit davası, daha ziyade icra takipleri yönünde incelenmiş; iflas yoluyla takipler açısından bu davanın uygulama alanı olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. İİK'da yer alan düzenleme nedeniyle iflas yoluyla takiplerde menfi tespit davasının açılıp açılmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bununla birlikte burada İİK'da menfi tespit davasının düzenlenmesindeki amaçtan hareketle bir çözüme ulaşılmalı; nasıl ki maddi hukuk bakımından borçlu olmayan kişiye, yapmış olduğu ödeme üzerine istirdat davası açma imkânı sağlanıyorsa aynı şekilde borçlu olmadığı halde iflas yoluyla takibe maruz kalma tehlikesi olan veya maruz kalan borçluya da borçlu olmadığını ortaya koymaya yönelik İİK m.72 çerçevesinde menfi tespit davası açma imkânı verilmelidir. Buna göre borçlu, gerek adi iflas yoluyla takipten önce gerekse kambiyo senetlerine müstenit iflas yoluyla takipten önce, hukuki yararının mevcut olması kaydıyla menfi tespit davası açabilecektir. İflas yoluyla takipten önce açılan menfi tespit davalarında, mahkeme, İİK m.72/2

hükmü çerçevesinde takibin durdurulabilmesine yönelik ihtiyati tedbir kararı verebilecektir. İhtiyati tedbir kararının alınmayıp iflas davasının da açılması ihtimalinde iflas davasına bakan mahkemenin menfi tespit davasını bekletici mesele yapması gerekmektedir. Borçlunun, kendisine karşı başlatılan iflas yoluyla takip devam ederken alacaklısına karşı menfi tespit davası açabilip açamayacağı hususu ise iflas ödeme emrinin tebliğ edilip edilmediğine ve tebliğ edildiyse de borçlunun ödeme emrine karşı itirazda bulunup bulunmamasına göre değerlendirilmelidir. İflas yoluyla takibin başlatılması üzerine ödeme emrinin tebliğinden önceki dönemde ve yine ödeme emrinin tebliği üzerine henüz itiraz süresinin dolmadığı hallerde borçlunun menfi tespit davası açmasında hukuki yararı mevcut değildir. Zira bu hallerde borçlu, ödeme emrinin tebliği üzerine borçlu olmadığı yönünde itirazda bulunabilecek ve açılan iflas davasında bir borcun mevcut olup olmadığı incelenecektir. Borçlunun iflas ödeme emrine itirazı halinde, alacaklının açacağı iflas davasında borçlu bütün itiraz ve def'ilerini ileri sürebileceğinden bu halde de menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar mevcut değildir. Bununla birlikte borçlunun iflas ödeme emrine itiraz etmediği hallerde, iflas davası açılmadan önce, borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararı söz konusudur. Zira bu durumda açılan iflas davasında sadece şekli bir inceleme yapılacak borçlunun bir borcunun mevcut olup olmadığı incelenmeyecektir. İflas yoluyla takipten sonra açılmış olan menfi tespit davasının iflas yoluyla takibe doğrudan etki etmesi mümkün değildir ancak iflas davasını gören mahkeme HMK m.166'da yer alan şartlar mevcutsa menfi tespit davasını bekletici mesele yapabilecektir. İflas davasının devamı sırasında menfi tespit davasının açılabilip açılmaması ise yine borçlunun iflas ödeme emrine itiraz edip etmemiş olmasına göre belirlenebilecektir. Borçlunun iflas ödeme emrine itiraz etmemesi halinde açılan iflas davasında asliye ticaret mahkemesi alacağın gerçekten mevcut olup olmadığına dair bir inceleme yapmayacağından bu halde iflas davasının devamı sırasında borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararının mevcut olduğu kabul edilebilecektir. Bu durumda da iflas davasını gören asliye ticaret mahkemesi, menfi tespit davasını bekletici mesele yapmalıdır.

KAYNAKÇA

- Alangoya, H. Yavuz; Yıldırım, M. Kâmil & Deren-Yıldırım, Nevhis. *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Altay, Sümer. Menfi Tesbit Davası ile Takip Süreci İçinde Oluşan İflas Davası Arasındaki Karşılıklı Etkileşim ve Özellikle Bekletici Sorun Konusu. *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 60, Sayı: 10-11-12, 1986, s. 707-713.
- Altay, Sümer. *Türk İflas Hukuku*, Cilt: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim; Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

- Berkin, Necmeddin M. *İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- Ceylan, Nurettin. *Kambiyo Senetlerine Dayalı Olarak Açılan Menfi Tespit Davası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Deyneki, Adnan. *Türk Hukukunda Kambiyo Senetlerine Özgü İflas Yoluyla Takip*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- Görgün, L. Şanal; Börü, Levent & Kodakoğlu, Mehmet. *Medenî Usul Hukuku*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Karslı, Abdurrahim. *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Karslı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Kırtıloğlu, S. Serhat. *İflas Davası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Konuralp, Cengiz Serhat. *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: II, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku*, Cilt: III, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Kuru, Baki & Budak, Ali Cem. *Tespit Davaları*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, Cilt: I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz & Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, İstanbul, 2021.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral & Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Postacıoğlu, İlhan E. *İcra Hukuku Esasları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Postacıoğlu, İlhan E. *İflas Hukuku İlkeleri*, Cilt: I İflas, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.
- Postacıoğlu, İlhan. *İcra İflâs Kanununun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tesbit Dâvası*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 32, Sayı: 2-4, 1966, s.824-845.
- Türk, Ahmet. *Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Uyar, Talih. *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları (İİK m.72)*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019.
- Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*, C.I-II, 7. bs., Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- Yavuz, Nihat. *Uygulamada ve Öğretide İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Yıldırım, Mehmet Kâmil & Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt: II, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ KISMÎ DAVA OLARAK AÇILMASI

Dr. Öğr. Üyesi Nurbanu ERZURUMLU IŞIK

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-1359-2378

n.erzurumlu.isik@aybu.edu.tr

ÖZET

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun (İİK) 67. maddesi ile düzenlenen itirazın iptali davası, geçerli bir icra takibi üzerine gönderilen ödeme emrine süresi içinde itiraz eden takip borçlusuna karşı takip alacaklısı tarafından açılan ve itirazın iptali talebini içeren davadır. Esasen itirazın iptali davasını, takibe devam edilmesini talep eden alacaklı açar. Ayrıca davanın sonucuna göre haklı çıkan taraf lehine tazminata hükmedilebilmesi de mümkündür. Ancak, bahsi geçen sonuçların doğabilmesi itirazın iptali davasının İİK'nın 67. maddesinde öngörülen bir yıllık süre içinde açılması hâlinde mümkündür. Her ne kadar genel mahkemelerde genel hükümlere göre incelenen bir dava da olsa icra takibi ile olan bağlantısı ve doğurduğu sonuçlar, bu davanın hukukî niteliği hususunda hem öğretilerde hem de yargı kararlarında farklı görüşlerin kabul edilmesine yol açmıştır. İtirazın iptali davasının hukukî niteliğine ilişkin bu belirsizlik, dava sonucunda verilecek hükmün niteliği, ilamlı icraya konu edilip edilemeyeceği gibi farklı hususlarda, uygulama açısından bazı sorunların ortaya çıkmasına yol açabilir. İtirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılmasına ve itirazın iptali davasında ıslaha ilişkin sorun da davanın hukukî niteliğinden kaynaklanmaktadır. Esasen para alacakları niteliği itibari ile bölünebilir olduğundan söz konusu alacakları konu alan takiplerde itirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılabileceği güncel yargı kararları ile genel olarak kabul edilmektedir. Buradan hareketle -en azından uygulamada- itirazın iptali davasının eda davası olarak nitelendirildiği düşünülebilir. Bununla birlikte kısmî dava olarak açılan itirazın iptali davası devam ederken ıslahla talep sonucun artırılması hâlinde ne şekilde karar verilmesi gerektiği hususunda birbirinden farklı yargı kararları bulunmaktadır. Bazı kararlarda ıslah üzerine davanın alacak davasına dönüşeceği, bazı kararlarda ıslahla artırılan kısım bakımından tahsil hükmü verilmesi gerektiği kabul edilmiş; diğer bazı kararlarda ise bir yıllık süre içinde ıslah talebinde bulunulmaması hâlinde talebin reddedilmesi gerektiği

sonucuna varılmıştır. Uygulamada ortaya çıkan bu çelişki, icra takibine konu edilmemiş bir alacağın itirazın iptali davasında talep sonucunun ıslahla artırılması yolu ile davaya dahil edilip edilmeyeceği, ıslahla talep sonucunun artırılması durumunda tazminatlara hangi miktar üzerinden karar verileceği ya da böyle bir durumda takibin devamına karar verilmesinin mümkün olup olmadığı gibi sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada, kısmî dava olarak açılan itirazın iptali davalarına ilişkin yargı kararları ele alınarak öğretilerdeki görüşler çerçevesinde konu değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: İtirazın İptali, Kısmî Dava, İslah, Alacak Davası, Eda Davası

FILING A LAWSUIT FOR ANNULMENT OF OBJECTION AS A LAWSUIT WITH PARTIAL CLAIM IN THE FRAME OF JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT

The lawsuit for annulment of objection, which is regulated by Article 67 of the Execution and Bankruptcy Code (CEB) No. 2004, is a lawsuit filed by creditor against the debtor who objected within the deadline to the order of payment and includes to demand for annulment of objections. In fact, the lawsuit for annulment of the objection is filed by the creditor, who demands to provide continuance of execution proceeding. In addition, depending on the outcome of litigation it is possible to be convicted to indemnity to the detriment of the party, who is regarded as unfair. However, aforementioned consequences may arise when the lawsuit for annulment of the objection is filled in the one-year period that prescribed by Article 67 of CEB. Although it is a lawsuit which is examined according to the general rules before civil courts, this lawsuit and its consequences relate to the execution proceeding. Therefore, there are different opinions about the legal character of this lawsuit in legal doctrine and judicial decisions. This abstruseness regarding the legal character of this lawsuit, can lead to some issues, especially in practice, such as the legal character of the judicial sentence that adjudge by the court at the end of this case and whether it can be subject to an enforcement proceeding with judgement. The issues about filing a lawsuit for annulment of the objection as a lawsuit with partial claim and amendment of claim in this lawsuit arise from the legal character of this lawsuit. The current judicial decisions generally accept that the lawsuit for annulment of objection can be filed as a lawsuit with partial claim in execution proceedings that concern the

pecuniary debts that can be divided by their legal nature. Based on this, it can be thought -at least in practice- that the lawsuit for annulment of objection is classified as a suit for performance. However, there are different judicial decisions regarding how to decide on the demand for amendment during the lawsuit for annulment of objection, which is filed as a lawsuit with partial claim. Some decisions have accepted that the lawsuit will be converted into a suit for debt upon amendment, while in some other decisions it has been deemed necessary to issue a collection order for the increased amount amended by the demand. In yet other decisions, it has been concluded that the demand must be rejected if no amendment demand is made within one year. This inconsistency in practice raises issues such as whether a claim that has not been subject to execution proceeding can be included in the lawsuit for annulment of objection through the amendment of the claim, how the compensation will be determined in case of an increase in the claim amount due to amendment, and whether it is possible to continue the enforcement in such a situation. In this study, the judicial decisions regarding lawsuits for annulment of objection filed as a lawsuit with partial claim evaluated within the framework of the opinions in the doctrine.

Keywords: Annulment of the Objection, Lawsuit with Partial Claim, Amendment, Suit for Debt, Suit for Performance.

GİRİŞ

İtirazın iptali davası, alacağını cebri icra yolu ile talep eden alacaklının takibinin itiraz üzerine durması nedeni ile söz konusu itirazı bertaraf edebilmek için başvurabileceği yollardan birisidir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinde düzenleme altına alınan itirazın iptali davası davanın konusuna ve taraflarına göre belirlenecek görevli ve yetkili mahkemede açılır ve alacağın esası hakkında genel hükümlere göre yapılacak inceleme neticesinde karara bağlanır. Uygulama açısından sıklıkla başvuru olan bir yol olan itirazın iptali davasının konusu ve hukukî niteliği hakkında öğretisi ve yargı kararlarında mevcut bulunan tartışma pek çok konuda çelişkili kararların verilmesine sebep olmaktadır. Bu doğrultuda itirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılmasının mümkün olup olmadığı da Yargıtay'ın çeşitli ve çelişkili kararlarına konu olmuş; özellikle kısmî dava olarak açılan itirazın iptali davasında, dava konusu kılınmayan alacağın hangi süre içinde talep edilebileceğine ilişkin verilen kararların teorik açıdan da incelenmesi gerekmiştir. Bu çalışmada, itirazın iptali davasının kısmî davaya konu olup olamayacağı ile şayet kısmî dava olarak açılacak ise dava konusu edilmeyen kısmın hangi süre içinde talep edilebileceği, davanın hukukî niteliği de dikkate alınarak incelenmiştir.

GENEL OLARAK İTİRAZIN İPTALİ DAVASI

Genel haciz yolu ile ilâmsız takipte borçlunun itirazı üzerine duran takibe devam edilebilmesi için kanun koyucu tarafından öngörülen yollardan birisi, itirazın iptali davası açılmasıdır. İtirazın iptali davası, geçerli bir icra takibi üzerine gönderilen ödeme emrine süresi içinde itiraz eden takip borçlusuna karşı takip alacaklısı tarafından açılan ve itirazın iptali talebini içeren davadır¹. 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesine göre, takip talebi itiraza uğrayan alacaklı, ödeme emrine itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde itirazın iptali davası açabilir².

İcra ve İflâs Kanunu'na göre genel haciz yolu ile ilâmsız takiplerde, borçlunun itirazı üzerine duran icra takibine devam edilebilmesi ya icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasının talep edilmesi ile ya da genel mahkemelerde itirazın iptali davası açılması ile mümkündür. İtirazın kaldırılması yolu, İcra ve İflâs Kanunu'nun 68'inci ve devamındaki hükümlerinde düzenleme altına alınmış olup, bu yola ancak alacaklının elinde 68'inci maddede sayılan belgelerden birinin bulunması hâlinde başvurulabilir. İtirazın kaldırılması yolunda icra mahkemesi, Kanun'da sayılan belgeler üzerinden şekli bir inceleme yapar; bu inceleme neticesinde verilen hüküm maddî anlamda kesin hüküm niteliğini haiz değildir³. Diğer bir ifade ile itirazın kaldırılması yolunda icra mahkemesinin vermiş olduğu karara rağmen, duruma göre alacaklı ya da borçlu genel mahkemelerde alacak ya da menfi tespit davası açabilir⁴. Buna karşın 67'nci maddeye göre, itirazın iptali davası genel hükümlere göre incelenerek karara bağlanır. Dolayısıyla itirazın iptali davasında, itirazın kaldırılması yolundan farklı olarak, takip konusu alacağa ilişkin olarak şekli değil, aksine ispata ilişkin genel kurallar çerçevesinde bir inceleme yapıldığından mahkemenin esas hakkında vereceği karar

[1] Yılmaz, Ejder. *İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği*, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara, 2009, s. 599; Erdem, Murat. *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 4-5; Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 249; Deyneki, Adnan & Kısa, Sedat, *İtirazın İptali Davaları*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 81; Yıldırım, Mehmet Kâmil & Deren Yıldırım, Nevhis, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 100; Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral & Özekes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 109; Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema & Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 214; Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin, *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 145.

[2] Bir yıllık süre bazı hâllerde Kanun'daki özellik arz eder. Örneğin gecikmiş itiraz (İİK m. 65/5) ya da ihtiyatî haciz (İİK m. 264/2 ve 4) bakımından itirazın iptali davasının yedi gün içinde açılması hâlinde, haczin ya da ihtiyatî haczin kalkması sonucu doğar. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 111.

[3] Kuru, s. 311; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 256; Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 146.

[4] Kuru, s. 311; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 256; Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 146.

maddî anlamda kesin hüküm gücünü haizdir⁵. Bu doğrultuda, gerek alacaklının elinde 68. maddede sayılan belgelerden herhangi birinin bulunmadığı durumlarda gerekse de bu belgelere sahip olmakla birlikte alacak hakkında kesin hüküm elde edilmek istenmesi hâlinde genel mahkemelerde itirazın iptali davası açılabilir.

İtirazın iptali davasının açılabilmesi için, öğretide, borçlunun itirazı üzerine duran derdest bir takibin bulunması ve bu itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıllık süre içinde mahkemeye başvurulmuş olması gerektiği ileri sürülmüştür⁶. Diğer bir ifade ile davanın ancak Kanun'da öngörülen bir yıllık süre içinde açılmış olması hâlinde hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmektedir⁷. İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinin dördüncü fıkrasında hüküm altına alınan ve itirazın iptali davası açmak için öngörülen sürenin kaçırılması durumunda alacaklının genel hükümlere göre alacağını dava etme hakkının saklı olduğunu öngören düzenlemenin de bu görüşü desteklediği açıktır.

Tarafların talepleri hâlinde, itirazın iptali davasının sonucunda davacı takip alacaklısının lehine bir karar verilirse, diğer bir deyişle takip borçlusunun itirazlarının haksız olduğu kanısına varılırsa borçlu aleyhine; takibin haksız ve kötü niyetli olduğunun tespiti üzerine ise alacaklı aleyhine, dava konusu kılınan alacak miktarının yüzde 20'sinden az olmamak üzere uygun bir tazminata hükmedilir (İİK m. 67/2).

İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ KISMÎ DAVA OLARAK AÇILABİLMESİ

Öğretide ve Yargı Kararlarında İleri Sürülen Görüşler

Aynı hukukî ilişkiden doğan, bölünebilir nitelikteki edimin şimdilik yalnızca bir bölümünün dava konusu kılınması hâlinde kısmî davadan söz edilir⁸. Edimin niteliğinin değişmeden ve değerinin azalmadan talep edilebilmesi hâlinde bölünebilir olduğu kabul edilmektedir⁹. Alacağın yalnızca bir kısmının talep edilmiş olması geriye kalan kısımdan feragat edildiği anlamını taşımaz. Alacağın bakiye miktarının yargılamaya konu edilmesi zamanaşımı ve hak düşürücü süreler içinde ya ek dava açılması ya da kısmî davada talep sonucunun ıslahla veya

[5] Yılmaz, s. 599; Kuru, s. 271; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 229; Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 146.

[6] Kuru, İcra, s. 254; Deynekli & Kısa, s. 122 vd. Süresinden sonra açılan davaya tahsil davası olarak devam edilmesinin usûl ekonomisine uygun olduğu yönünde bkz. Deynekli & Kısa, s. 123-124.

[7] Kuru, İcra, s. 254; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 109; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 218; Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 148.

[8] Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt: I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 630; Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz & Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 223.

[9] Tanrıver, s. 631.

karşı tarafın muvafakati ile artırılması yolu ile mümkündür¹⁰. Kısmî dava açılabilmesi, hukukî yararın varlığını gerektirir¹¹. Diğer bir ifade ile alacağın yalnızca bir bölümünün talep edilebilmesinde korunmaya değer, güncel bir menfaatin bulunması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109'uncu maddesi ile düzenleme altına alınan kısmî dava, eda davasının özel bir türü niteliğindedir¹².

Genel haciz yolu ile takibin konusu, para ya da teminat alacaklarıdır. Para alacakları bölünebilir niteliği haiz bulunduğundan, kural olarak kısmî davaya konu edilebilir. 1086 sayılı Kanun döneminde özellikle alacağın belirlenebilir olmadığı hâllerde başvurulmuş kısmî davaya, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirsiz alacak davasının düzenlenmiş olması nedeni ile artık sıklıkla yargı harçlarından tasarruf edilmesi amacı başvurulmaktadır. Bu doğrultuda takip konusu yapılan para alacağının itiraza uğraması hâlinde, yargı harçlarından en azından yargılamanın başlangıcında tasarruf etmek isteyen takip alacaklısının alacağın yalnızca bir kısmı için itirazın iptali davası açılabilmesinin mümkün olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

Bu konuda öğretide ileri sürülen bir görüşe göre itirazın iptali davası, alacağın tahsili yanında takibe devam edilmesini ve inkâr tazminatını da konu aldığından bu dava bölünebilir nitelikte değildir ve dolayısıyla bu davanın kısmî dava olarak açılabilmesi mümkün değildir¹³.

İtirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılıp açılmayacağı hususunda Yüksek mahkemelerin kararlarında ise yeknesak bir kararın varlığından bahsedilemez.

Yargıtay'ın 15'inci Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda itirazın iptali davasında dava konusunun bölünemeyeceği gerekçesi ile kısmî davaya konu edilemeyeceği kabul edilmiştir:

"...İtirazın iptali davaları, icra takibine bağlı davalardandır. İtirazın iptali davasının konusu, davacı tarafından takibe konu edilip de davalı tarafından itiraz edilen alacak kaleminden ibarettir. Buna göre, itirazın iptali davasının en geniş hali, icra takibine bütünüyle itiraz edilmesi halinde söz konusu olur ki, bu halde takip talebinde alacağı konu edilen miktarın tamamı bir eda davası olan itirazın iptali davasının konusu haline gelir. Bu halde, itirazın iptali davasının konusunun bölünmesi

[10] Kuru, Baki. *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt: I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 432; Tanrıver, s. 635; Pekcanitez, Atalay & Özekes, s. 225.

[11] Tanrıver, s. 631; Pekcanitez, Atalay & Özekes, s. 224.

[12] Tanrıver, s. 632.

[13] Erdem, s. 145-146. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109'uncu maddesinin yürürlükten kaldırılan ikinci fıkrasından hareketle itirazın iptaline konu edilen alacağın belirli olması nedeni ile kısmî davaya konu edilmesinde hukukî yararın bulunmadığı yönünde bkz. Deynekli & Kısa, 250.

mümkün olmadığından kısmi dava şeklinde itirazın iptali davası açılması da mümkün değildir. Başka bir anlatımla, itirazın iptali davalarında mahkeme, takip talebindeki taleple bağlı olup; ıslahın ancak mevcut bir usul işlemine ilişkin olabileceği gözetilerek, ıslah yoluyla ancak itirazın iptali davasına konu edilen alacağın alacak davası olarak görülmesinin talep edilebileceği kabul edilerek sonuca ulaşılmıştır.”¹⁴

Buna karşın Yargıtay’ın 17’nci Hukuk Dairesi ise itirazın iptali davasının da kısmî dava olarak açılabilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir:

“Alacağın yalnızca bir bölümü için açılan davaya kısmi dava denir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Diğer bir söyleyişle, bir alacak hakkında daha fazla bir miktar için tam dava açma imkânı bulunmasına rağmen, alacağın bir kesimi için açılan davaya, kısmi dava denir. Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerekli olup, açılan davanın kısmi dava olduğunun dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmez.... Somut olayda davacı vekili 150.000,00 TL tutarında başlatmış olduğu icra takibine yapılan itirazın şimdilik 10.000,00 TL’lik kısmının iptalini talep etmiştir. Bu durumda davacı alacağını 150.000,00 TL olarak belirlemiş ancak bunun 10.000,00 TL’lik kısmı için takibini devam ettirmek isteyerek alacağın bir kısmını davaya konu etmiş ve yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği şekilde kısmi dava açmıştır. Bu nedenle davacının kısmi dava açmakta hukuki menfaati bulunduğu gözetilmeden yazılı olduğu şekilde işin esasına girmeyerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”¹⁵

şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay’ın yakın tarihte verdiği kararlarda itirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılmasının mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte bakiye alacak miktarının ancak İcra ve İflâs Kanunu’nun 67’nci maddesinde belirtilen bir yıllık süre içinde talep edilmesi hâlinde dikkate alınabileceği belirtilmektedir:

“...itirazın iptali davası, borçlunun itirazına uğramış olan alacak için, takip alacaklısı tarafından takip borçlusuna karşı açılan alacak davası ile aynı mahiyette bir eda davası türüdür. Davacının, itirazın iptali davasına konu icra takibindeki talep miktarını aşmamak kaydıyla, ıslah yolu ile talebini artırması mümkündür. İİK’nın 67/1. maddesi uyarınca itirazın

[14] Yarg. 15. HD, 20.05.2013 T., 2012/5307 E., 2013/3233 K., (www.lexpera.com), vurgular tarafımıza aittir.

[15] Yarg. 17. HD, 04.12.2018 T., 2016/1644 E., 2018/11686 K., (www.lexpera.com), vurgular tarafımıza aittir.

iptali davasının, borçlunun itirazının alacaklıya tebliği tarihinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gerekmektedir. Davacının en geç dava tarihinde davalının itirazını tebliğ aldığı kabul edilmesi gerektiğinden, dava tarihinden itibaren 1 yıllık süre geçtikten sonra 05/05/2016 tarihinde yapılan ıslah ile artırılan talebin dikkate alınması mümkün değildir.”¹⁶

İcra takibi çerçevesinde alacağın bir kısmına itiraz edilebilmesi mümkün olduğundan (İİK m. 62/4) ve bu durumda alacağın itiraza uğramayan kısmı bakımından takip kesinleşeceğinden yalnızca bu kısım bakımından icra takibine devam edilebilmesi mümkündür¹⁷. Diğer bir ifade ile kanun koyucu takip konusu kılınan alacağı bir kül olarak kabul etmemekte; en azından itiraz açısından takip konusu para alacağının bölünebilir olduğunu kabul etmektedir. Benzer şekilde itirazın iptali davasının kısmen kabulüne karar verilmesi hâlinde de takibe, kabul edilen alacak miktarı üzerinden devam edilebilir. Dolayısı ile kanun koyucunun alacağın tahsiline ve takibe devam edilmesine ilişkin talepleri bir bütün hâlinde değerlendirdiğini söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte itirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılıp açılmayacağı hususunda, kanaatimizce, davanın hukukî niteliğinden hareketle bir sonuca varılması gerekmektedir.

İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği

Öğretide ve Yargı Kararlarında İleri Sürülen Görüşler

Türk Hukukunda

İtirazın iptali davasının hukukî niteliğinin belirlenmesi özellikle uygulama bakımından önemli sonuçları haizdir. Zira bu husus, davanın konusu ile mahkemenin vereceği kararın içeriğini etkilediği gibi ayrıca bazı usûlî meseleler bakımından da farklı sonuçlara yol açabilir. Örneğin,

[16] Yarg. 3.HD, 05.04.2022 T., 2022/620 E., 2022/3140 K., vurgular tarafımıza aittir. Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD, 14.12.2021 T., 2020/4343 E., 2021/7125 K.; Yarg. 19. HD, 23.01.2017 T., 2016/8970 E., 2017/314 K.; Yarg. 19. HD, 02.06.2014 T., 2014/3127 E., 2014/10284 K.; Yarg. 19. HD, 25.01.2005 T., 2004/6952 E., 2005/187 K.; Yarg. 13. HD, 13.12.2005, 2005/13318 E., 2005/18515 K., (www.lexpera.com). Bölge Adliye Mahkemelerinin de benzer yönde kararları bulunmaktadır. Örneğin, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 16'ncı Hukuk Dairesi tarafından verilen kararı şu şekildedir: "İtirazın iptali davasının, davacı vekili tarafından 10/02/2014 harç ve kayıt tarihli dilekçe ile, ileride ıslah etmek üzere 26.500,00 TL dava değerinden , kısmi dava olarak açıldığı, davacı vekilinin 03/08/2016 tarihli dilekçesi ile dava değerini 250.910,58 TL üzerinden ıslah ettiği ve ıslah harcını aynı tarihte yatırdığı, İİK 67. Maddesinde itirazın iptali davalarının, borçlu itirazının alacaklıya tebliği tarihinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gerektiğinin düzenlendiği, ıslah talebinin dava tarihinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde yapılmaması nedeniyle süre yönünden reddi gerekirken mahkeme tarafından kabul edilerek, ıslah talebiyle artırılan kısım üzerinden karar verilmesi yerinde görülmemiş, hak düşürücü süreye yönelik istinaf başvurusunda davalı vekilinin haklı olduğu kanaatine varılmıştır.", İstanbul BAM 16. HD, 02.11.2019 T., 2017/3332 E., 2019/2574 K. Aynı yönde bkz. İzmir BAM 4. HD, 30.05.2022 T., 2019/2524 E., 2022/1170 K., (www.lexpera.com).

[17] Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 202.

itirazın iptali davasının bir yıllık sürenin sonunda açılması hâlinde mahkemenin davanın reddine mi karar vereceği yoksa takibe devam edilip edilemeyeceği yönünde bir değerlendirme yapılmaksızın yalnızca alacağın tahsili hakkında mı karar vermesi gerektiği de davanın hukukî niteliği ile ilgilidir¹⁸. Yine bu davanın eda davası olarak kabul edilmesi hâlinde takip konusu yapılmayan bir alacağın ıslah ile dava konusu kılınması mümkün iken davanın icra hukukuna özgü bir dava olduğunun kabulü hâlinde ıslah ile talep sonucunun bu şekilde genişletilmesi mümkün olmaz¹⁹. Benzer şekilde çalışma konusu ile ilgili olarak takip konusu kılınmakla birlikte başlangıçta itirazın iptali davasına konu kılınmayan alacak miktarının sonradan ıslah ya da ek dava yolu ile talep edilip edilemeyeceği de bu davanın hukukî niteliği ile ilgilidir.

İtirazın iptali davasının hukukî niteliğine ilişkin olarak ne öğretide ne de yargı kararlarında yeknesak bir görüşün varlığından söz edilebilir. Söz konusu tartışmaların kaynağı, itirazın iptali davasının konusudur. Eş söyleyiş ile itirazın iptali davasında davacının talebinin ve mahkemenin bu talep üzerine vereceği kararın içeriği konusundaki belirsizlik, bu davanın hukukî niteliği bakımından da çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu konuda öğretide savunulan görüşlerden birisi, itirazın iptali davasının bir tespit davası olduğudur²⁰. Bu görüşün temsilcilerine göre, itirazın iptali davası ile mahkemeden alacağın tahsiline ilişkin herhangi bir talepte bulunulmamakta; mahkemece de tahsile ilişkin bir karar verilmemektedir²¹. Bu görüş Yargıtay'ın eski tarihli bazı kararlarında²² da kabul edilmekle beraber günümüzde terk edilmiştir.

İtirazın iptali davasının hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretide

[18] Bir yıllık sürenin geçirilmesi hâlinde davanın reddine karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. HGK, 26.11.1997 T., 1997/761 E., 1997/999K., (www.lexpera.com); YHGK, 12.10.2005 T., 2005/52 E., 2005/568 K., (www.legalbank.net). İtirazın iptali davasının bir yıllık hak düşürücü süreden sonra açılması hâlinde davaya alacak davası olarak bakılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Yarg. HGK., 18.9.2013 T., 2013/142 E., 2013/1371 K.; Yarg. 19. HD, 01.07.2004 T., 11126/7852; 13.06.1997 T. 10116/6148; 05.06.1997 T. 3851/5869; 19.02.1997 T. 4480/1506; Yarg. 3. HD, 08.07.2004 T., 7809/7800, (www.e-uyar.com).

[19] İslahla dava konusunun artırılmayacağı ve ıslah talebinin dikkate alınamayacağı yönünde bkz. Yarg. 22. HD, 22.02.2012 T., 18388/2743. İtirazın iptali davasında dava konusunun ıslah yoluyla arttırılmasının mümkün olduğu, artırılan kısım yönünden tahsil davası olarak hüküm kurulması gerektiği, davaya konu miktarın ıslah yoluyla artırılmasının itirazın iptali davasının niteliğini değiştirmeyeceği ve tamamını tahsil davasına dönüştürmeyeceği yönünde bkz. Yarg. 9. HD, 19.01.2016 T., 25511/1266; Yarg. 20. HD, 07.11.2018 T., 2717/7183, (www.lexpera.com).

[20] Çağa, Tahir, Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair, BATİDER, 1976/VIII, S. 3, s. 21 vd. Dava şartı arabuluculuk kapsamında yaptığı değerlendirmede Tanrıver, itirazın iptali davasının alelade bir alacak davası olarak değerlendirilemeyeceğini; hatta bu davanın takibe devamı ve itirazın iptalini hedefleyen bir tespit davası olarak değerlendirilmesi hâlinde dava şartı arabuluculuğun hiç söz konusu olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. Tanrıver, Süha, *Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler*, TBB Dergisi, 2020 (147), s. 123; Tanrıver, Süha, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2. Bası, Yetkin, Ankara, 2022, s. 156.

[21] Çağa, s. 21 vd.

[22] Örneğin bkz. Yarg. 11. HD, T. 14.03.1972, 1174/1203, (www.e-uyar.com).

savunulan diğer görüş bu davanın bir eda davası olduğudur²³. Zira itirazın iptali talebi alacağın tahsili talebini de içine almaktadır ve alacaklı itirazın iptali davası ile mahkemeden alacağın tahsili ile itirazın iptalini birlikte talep edebilir²⁴. Alacağın tahsilini içeren dava İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinde öngörülen bir yıllık sürede açılması hâlinde itirazın iptali davası olarak nitelendirilir²⁵. Böylelikle davanın kabulü hâlinde itirazın iptaline ve takibe devam edilmesine karar verileceği gibi talep hâlinde inkâr tazminatına da hükmedilebilir²⁶. Bu görüşün temsilcilerine göre itirazın iptali davası ile birlikte alacağın tahsilinin talep edilememesi usûl ekonomisine de aykırılık teşkil eder²⁷.

Öğretide itirazın iptali davasının hukukî niteliğine yönelik olarak savunulan son görüş ise bu davanın icra hukukuna özgü bir dava olduğudur²⁸. Söz konusu dava, eda davasından farklı olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinde öngörülen sürede açılırsa hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁹. Diğer bir ifade ile itirazın iptali davasının geçerli şekilde açılmış sayılabilmesi Kanun'daki süreye riayet edilmesi hâlinde mümkün olup ancak bu şekilde açılan bir dava sonucunda icra takibine devam edilebilmesi ve haksız itirazda bulunan borçlu aleyhine inkâr tazminatına karar verilebilmesi mümkündür. Davanın süresi içinde açılmaması hâlinde ise mahkemenin alacağın tahsiline ilişkin bir karar verebilmesi mümkün değildir³⁰. Bu davanın amacı, itiraz üzerine duran takibe devam edilebilmesinin sağlanmasıdır³¹. Şayet alacaklı hem alacağın tahsilini hem de itirazın iptalini talep etmişse bu hâlde hâkimin, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde alacaklının asıl talebinin ne olduğunu sorması ve bu çerçevede bir karar vermesi gerekir³². Şayet alacağın tahsili isteniyorsa itirazın iptali davası ıslah edilerek davanın

[23] Kuru, İcra, s. 243; Yılmaz, s.608-609; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 216.

[24] Kuru, İcra, s. 248; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 216.

[25] Kuru, İcra, s. 272; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 216.

[26] Yılmaz, s. 609.

[27] Kuru, İcra, s. 272; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 216.

[28] Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 110; Erdem, s. 18; Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 148; Ekmekçi, Ömer; Özekes, Muhammet; Atalı, Murat & Seven, Vural. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 196; Atalı, Murat & Korkut, Serra M. İtirazın İptali ve Takipli İflasta İflas Davasının Islah Yoluyla Doğrudan İflasa Dönüştürülmesi Mümkün Müdür?, MİHDER, Yıl: 2019, Sayı: 43, Cilt: 15, s. 432; Eminoğlu, Cafer & Erdoğan, Ersin. *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, Adalet, Ankara, 2020, s. 141. Öğretide Muşul da itirazın iptali davasının genel hükümlere göre açılacak bir eda davasından farklı olduğunu savunmakla birlikte şayet davacı talep etmişse bu davada da alacağın tahsiline karar verilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Muşul, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul, 2008, s. 318-319. Deynekli/Kısa ise itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü bir tahsil davası olduğu görüşündedir Bkz. Deynekli & Kısa, s. 82.

[29] Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 109-110.

[30] Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 110.

[31] Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 110; Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 148.

[32] Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 110, 112.

alacak davasına dönüştürülebilmesi mümkündür³³.

İtirazın iptali davasının hukukî niteliğine ilişkin Yargıtay'ın görüşünün de yeknesak olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Yargıtay daireleri ve Hukuk Genel Kurulu'nun kimi zaman bu davayı eda davası³⁴ kimi zaman ise icra hukukuna özgü bir dava³⁵ olarak nitelendirdiği görülmektedir. Dava dilekçesinde hem alacağın tahsilinin hem de takibe devam edilmesinin talep edildiği durumlarda ise Yargıtay, hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) gereğince davacıdan asıl talebinin

[33] Pekcantez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özkes, s. 113.

[34] "13. İtirazın iptali davası, müddeabihî takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan, normal bir alacak (eda) davasıdır. Takip alacaklı tarafından (şüresi içinde) ödeme emrine itiraz etmiş olan borçluya karşı açılır; yani davacı alacaklı, davalı ise takip borçlusudur. Davacı alacaklı bu davada, borçlunun itiraz etmiş olduğu alacağın mevcut olduğunu bildirerek, borçlunun itirazının iptaline karar verilmesini (ve istiyorsa, borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesini) talep eder (Kuru, B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 251).

14. İİK'nin 67/1. maddesi uyarınca itirazın iptali davası bir süreye tabi olup alacaklı, bu davayı, itirazın kendisine (varsa, vekiline) tebliği tarihinden itibaren bir yıl içinde açabilir.

15. Bir yıllık süre içinde açılan dava, teknik anlamda bir itirazın iptali davasıdır ve ancak bir yıl içinde açılan davanın kazanılması hâlinde borçlunun itirazı iptal edilmiş olur. Bunun üzerine, alacaklı, itiraz ile durmuş olan icra takibine devam edilmesini (yani haciz) isteyebilir. İcra inkâr tazminatına da yalnız bir yıl içinde açılmış olan itirazın iptali davasında hükmedilebilir.

16. Alacaklı bir yıl içinde itirazın iptali davası açmazsa, yaptığı ilamsız takip düşer. Fakat bir yıllık süreyi geçiren alacaklının, genel hükümlere göre alacağını dava etmek hakkı saklıdır. Yani alacaklı, alacağı zamanasına uğramadığı sürece, genel mahkemelerde bir alacak (tahsil) davası açabilir. Ancak, alacaklı böyle bir dava sonucunda alacağı ilam ile eski (düşmüş olan) ilamsız icra takibine devam edilmesini isteyemez; yalnız ilamlı icra takibi yapabilir." Yarg. HGK, 16.09.2020 T., 2017/949 E., 2020/621 K., (www.lexpera.com)

Ayrıca bkz. "Dairemizin 04.12.2020 tarih 2020/1943 Esas-4052 Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere, itirazın iptali davasının açılması halinde aynı alacakla ilgili genel hükümlere göre alacak davası açılmasında hukuki yarar olmadığı, itirazın iptali davası süresinde açılmamış ise veya başka bir nedenle alacaklı davaya alacak davası olarak devam etmek istediği takdirde itirazın iptali davasını ıslah suretiyle alacak davasına dönüştürebileceği, itirazın iptal karar verilmesi halinde ilamın icra dairesine ibrazı suretiyle duran icra takibine devam edilerek alacağın tahsilinin sağlanabileceği gözetildiğinde, itirazın iptali davasının alacağın tahsilini sağlama, bir başka deyişle bir miktar para alacağının ödetilmesi (tahsili) amacını hizmet ettiği anlaşılmaktadır.", Yarg. HD, 03.12.2020 T., 2017/569 E., 2020/4031 K., (www.lexpera.com). Benzer şekilde bkz. Yarg. HGK, 18.06.2019 T., 2017/1651 E., 2019/707 K.

[35] "İcra takibine yapılan itirazın iptali davası ile bir alacağın tahsili amacı ile açılan alacak davası nitelikleri ve sonuçları itibari ile farklı dava türleridir. Zira, ilk dava türü tamamen icra takibine dayalı olarak, takip edilen alacağın İ.İ.K'nun 67. maddesi hükmü çerçevesinde ve takip talebine bağlı olarak sonuçlandırılması ve buna bağlı olarak icra inkar veya kötüniyet tazminatı ile tarafların sorumlu tutulabilmeleri sonucu doğururken, tahsil davası alacaklının genel hükümlere göre alacağını bir ilama bağlatarak ve o ilam çerçevesinde alacağına kavuşma imkanı sağlayan bir dava türüdür.", Yarg. 13. HD, 19.02.2020 T., 2018/2935 E., 2020/2402 K. Benzer şekilde bkz. "Diğer taraftan, İİK'nin 67. maddesinin son fıkrasında alacaklının itirazın tebliği tarihinden itibaren bir yıl içinde itirazın iptali davası açmıyorsa umumi hükümler dairesinde alacağını dava etme hakkının saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu da bir yıllık süre içinde açılan itirazın iptali davası ile süre geçirdikten sonra açılan alacak davaları arasında her ikisi de genel hükümlere tabi olmakla birlikte ispat yöntemleri ve hukuki sonuçları bakımından bir fark olduğunu ortaya koymaktadır. Zira süresi içinde açılan dava itirazın iptali davasıdır ve itirazın iptali davasının kazanılması hâlinde borçlunun itirazı iptal edilmiş olur. Bunun üzerine alacaklı itiraz üzerine durmuş olan icra takibine devam edilmesini isteyebilir. Süresinden sonra açılan davada ise itirazın iptali değil alacağına hükmedilmesi istenecektir ve verilen kararın takibe etkisi bulunmamaktadır.", Yarg. HGK, 30.03.2021 T., 2017/1309 E., 2021/377 K. Benzer şekilde bkz. Yarg. HGK, 18.3.2015 T., 2013/1836 E., 2015/1052 K.; Yarg. HGK, 18.09.2013 T., 2013/142 E., 2013/1371K., (www.lexpera.com).

ne olduğunu açıklaması gerektiğini ve ancak bu açıklamanın sonucuna göre bir karar verebileceğini kabul etmektedir³⁶.

İsviçre Hukukunda

İtirazın iptali davası, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 79'uncu maddesi (SchKG Art. 79) ile düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hükme göre alacağı itiraza uğrayan alacaklı, talebini açacağı bir hukuk davası ya da idari dava ile ileri sürebilir. Alacaklı, ancak itirazı açıkça ortadan kaldıran icra edilebilir bir mahkeme kararının varlığı hâlinde takibe devam edebilir.

İtirazın iptali davasına ilişkin İsviçre'deki düzenlemenin, özellikle iki yönü ile farklılaştığı görülmektedir. Bu hususlar, Türk hukukunda itirazın iptali davasının açılabilmesi için öngörülen bir yıllık sürenin ve dava sonucunda hükmedilecek tazminatların İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 79'uncu maddesinde yer almamasıdır. Bununla birlikte, bahsi geçen düzenleme de takip konusu alacağın itiraza uğraması hâlinde genel hükümlere göre açılacak bir dava ile itirazın hükümden düşürülmesi yolu ile takibe devam edilebilmesini öngörmektedir.

İtirazın iptali davasının bir eda davası olduğu hem İsviçre öğretisinde³⁷ hem de Federal Mahkemece³⁸ kabul edilmektedir. İsviçre icra ve iflâs hukukuna göre itirazın iptali davası genel hükümlere göre açılabilir. Ödeme emrine itirazın tebliğ edildiği tarihten itibaren açılacak bu davada, alacaklı takibe konu alacağın mevcudiyetini ve miktarını ispatlayarak itirazın iptal edilmesini talep etmektedir³⁹. İtirazın iptali davasının yalnızca alacağın tespiti ve tahsilini değil aynı zamanda takibe vaki itirazın iptalini de konu edindiği ve mahkemenin bu iki hususta karar vermesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁰. Bu doğrultuda mahkemenin de bu iki talep bakımından inceleme yaparak karar vermesi gerekir. Bununla birlikte itirazın iptali davası açılmasından sonra alacaklının takibi geri alması ya da şikâyet nedeni ile takibin iptaline karar verilmesi gibi bir durumda dahi davaya alacağın tahsili yönünden devam edilmesi

[36] "İtirazın iptali davasıyla alacak davası ayrı ayrı hukuksal sonuçlar doğuran iki ayrı dava türü olmaları nedeniyle bir arada dava edilmesi olanağı yoktur. Hem itirazın iptali, hem de alacağın tahsili istemini içeren davalarda yargıç hangi dava türüne göre karar vereceğini saptayabilmek için HMK 119/1-e (HUMK 179/3.) ve HMK 31.(HUMK 75/2) hükümleri gereğince ilk önce davacıya istek sonucunu açıklattırmalı, bu istek sonucuna göre davanın koşullarının bulunup bulunmadığını araştırmalı ve davacının itirazın iptali veya tahsil davasını tercih etmesine göre davayı sonuca bağlamalıdır.", Yarg. 19. HD, 19.01.2012 T., 2011/9226 E., 2012/461 K., (www.lexpera.com).

[37] Vock, Dominik & Aepli, Martina, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Baskı, Schulthess, 2017, Art. 79, para. 2.

[38] Örneğin bkz. BGE 119 III 63 E. 4b.

[39] Vock & Aepli, SchKG Art. 79, para. 2.

[40] Staehelin, Daniel; Bauer, Thomas & Lorandi, Franco, *BSK SchKG I*, 3. Baskı, Schulthess, Basel, 2021, Art. 79, para. 11; Vock & Aepli, SchKG Art. 79, para. 2.

gerektiği; ancak artık geçerli bir takipten bahsedilemeyeceği için itirazın iptaline ilişkin hususta yargılamaya devam edilemeyeceği ve bu talep yönünden davanın konusuz kaldığı kabul edilmektedir⁴¹.

Görüşümüz

İtirazın iptali davasının hukukî niteliğinin tespiti bakımından, kanaatimizce, kanunî düzenlemenin yanı sıra uygulamadaki sorunların da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinin birinci fıkrası ile takip talebine itiraz edilen alacaklının, itirazın tebliğinden itibaren bir yıl içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebileceği; dördüncü fıkrasında ise birinci fıkra düzenlenilen bir yıllık süreyi geçiren alacaklının genel hükümler çerçevesinde alacağının dava etme hakkının saklı bulunduğu düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hükümler dikkate alındığında, kanun koyucunun itirazın iptali davasının açılabilmesi için bir hak düşürücü süre öngörmüş bulunduğu, ancak davanın bu süre içinde açılmamasının alacağın maddî hukuk bakımından sona ermesi gibi bir sonuca yol açmayacağı anlaşılmaktadır. Diğer bir ifade ile kanun koyucunun itirazın iptali davası bakımından öngördüğü bir yıllık sürenin bu davanın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi yönünden önem arz ettiği; takip konusu alacağın genel hükümlere göre her zaman talep ve dava edilebileceği açıktır. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak alacaklının takibe devam edebilmesi için 67'nci maddeye uygun bir dava açması; bir yıllık süreden sonra ise alacağın genel hükümlere göre talep edilebileceği düzenlendiğinden, derdest bir takibin varlığı hâlinde en azından bu bir yıllık süre içinde genel hükümlere göre alacağın talep edilmesinin söz konusu olmaması gerektiği kabul edilebilir. Bu düzenlemenin amacının, itirazın iptali davasının alacak davasını da mündemiç olması nedeni ile söz konusu süre içinde derdestliğin engellenmesi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu yönü ile en azından itirazın iptali davasının alacak talebini de içeren bir dava olduğunun kabulü gerekir.

Kanaatimizce, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından 03.06.2022 tarihinde verilen kararın⁴² da itirazın iptali davasının hukukî niteliğinin tespiti bakımından dikkate alınması gerekir. Kendisine ödeme emri tebliğ olunan borçlunun takibe vekil aracılığı ile itiraz etmiş olması durumunda açılan itirazın iptali davasında dava dilekçesinin takip borçlusuna mı yoksa borçlunun ödeme emrine itiraz eden vekiline mi tebliğ edilmesi gerektiği hususunda Yargıtay dairelerinin kararları arasındaki çelişkiyi gidermek için verilen kararda

[41] Vock & Aepli, SchKG Art. 79, para. 3.

[42] YİBBGK, 03.06.2022 T., 2021/1 E., 2022/3 K., RG, T. 26.11.2022, S. 32025.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, dava dilekçesinin asile tebliğ edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Kararın gerekçe bölümünde, itirazın iptali davasının alacak davası gibi genel hükümlere göre genel mahkemelerde görülen bir dava olduğu, yargılama usulleri bakımından aralarında bir fark bulunmadığı, her iki dava sonucunda verilen hükmün de alacağın varlığı ve ödenmesi bakımından kesin hüküm niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir⁴³. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, itirazın kaldırılması yolundan farklı olarak itirazın iptali davasının normal bir hukuk davası gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel hükümlerine tâbi olduğunu, bu davada mahkemenin yalnızca itirazın usûlüne uygun olup olmadığını değerlendirmedeğini, ayrıca takibe konu alacağın esası yönünden de bir inceleme yaptığını ve takibin haklı olup olmadığına da bu şekilde karar verdiğini kabul etmiştir⁴⁴. Bu gerekçeler ile her ne kadar takip dosyasında borçlunun vekili bulunsa dahi dava dilekçesinin borçlunun bizzat kendisine tebliğ edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Söz konusu karar her ne kadar doğrudan itirazın iptali davasının hukukî niteliğine yönelik bir değerlendirme içermese de vardığı sonuç bakımından davanın hukukî niteliğinin belirlenmesi hususunda önemi haizdir. Zira, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun verdiği söz konusu karar ile birlikte, borçlu ödeme emrine vekil aracılığı itiraz etmesi nedeni ile takip dosyasında borçlunun vekili olarak görünen kişinin itirazın iptali davasında tebligat bakımından doğrudan muhatap olarak dikkate alınamayacağı; diğer bir ifade ile itirazın iptali davasının takip dosyası ile sıkı ilişki içinde olmadığı sonucunu doğurmaktadır. Bu, öğretide ve bazı yargı kararlarında itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü bir dava olduğu ve davanın takip konusu alacak ile sıkı ilişki içinde bulunduğu yönündeki görüşün aksine bir sonuçtur. Dolayısıyla, kanaatimizce, 03.06.2022 tarihli karar ile Büyük Genel Kurul'un doğrudan olmasa da dolaylı bir şekilde itirazın iptali davasının hukukî niteliğine yönelik bir belirleme yaptığı söylenebilir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise 7445 sayılı Kanun'un 31'inci maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A ve 41'inci maddesi ile de 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddelerinde yapılan değişikliktir⁴⁵. Esasen söz konusu değişiklikler dava şartı araboluculuğa ilişkindir. Bununla birlikte gerek 6102 sayılı Kanun'un 5/A maddesi gerekse de 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi bir miktar paranın ödenmesini konu alan davalara ilişkin dava şartı araboluculuk müessesini düzenleme altına aldığından, inceleme konusu

[43] Bkz. YİBBGK, 03.06.2022 T., 2021/1 E., 2022/3 K., s. 50.

[44] Bkz. YİBBGK, 03.06.2022 T., 2021/1 E., 2022/3 K., s. 60-61.

[45] Bkz. RG, 05.04.2023 T., S. 32154.

bakımından önemlidir. Esasen 7445 sayılı Kanun'un yukarıda zikredilen maddeleri ile öngörülen düzenlemenin amacı, dava şartı arabuluculuğa yönelik olarak uygulama ortaya çıkan sorunların giderilmesi olmakla birlikte getirilen düzenlemenin sonuçları düşünüldüğünde itirazın iptali davasının hukukî niteliği bakımından artık bu düzenlemenin de dikkate alınması gerekir. Zira uygulamada, itirazın iptali davaları açısından arabuluculuğun dava şartı olup olmadığı hususunda yaşanan tereddütün temel sebebi de davanın hukukî niteliğine ilişkindir. Bu doğrultuda, kanun koyucunun yaptığı değişiklikle birlikte, 01.09.2023 tarihinden itibaren konusu para olan itirazın iptali davaları bakımından arabuluculuğun dava şartı olduğunun kabul edilmesi de bu davanın hukukî niteliğine ilişkin olarak kanun koyucunun iradesini yansıtmakta; bu davanın konusunun alacağın ödenmesini olduğunun kanun koyucu tarafından kabul edildiği anlaşılmaktadır.

03.06.2022 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile 7445 sayılı Kanun değişiklikleri de dikkate alındığında, itirazın iptali davasının tahsil talebini içermeyen, kendine özgü bir dava olduğunu iddia etmenin artık mümkün olmadığı söylenebilir. Gerçekte bu davanın icra hukukuna özgü bir dava olduğunu söylemek uygulama açısından da birtakım sonuçlara yol açmaktadır. Örneğin, itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü bir dava olduğu ihtimalinde, davanın bir yıllık süre içinde açılmaması durumunda alacağın esas hakkında herhangi bir inceleme yapılmaksızın süre yönünden ret kararı verilmesi gerekir. Bu durumda davacının yine aynı mahkemede genel hükümlere göre alacak davası açması gerekir ki bu usûl ekonomisine aykırıdır. Yine bu ihtimalde, takip konusu kılınmamış alacağın ıslah ile dava konusu kılınması mümkün değildir. Zira dava takibe devam edilebilmesi için açıldığından bakiye miktar bakımından takibe devam yönünde bir karar verilemeyeceğinden takip konusu yapılmayan alacağın talep sonucunun genişletilmesi yolu ile talep edilebilmesi söz konusu olamaz. Bununla birlikte bu dava, genel hükümlere göre incelenecek bir dava olduğundan ıslah ile talep sonucunun artırılmasını ya da değiştirilmesini engelleyen bir hüküm de hukukumuzda bulunmamaktadır. Ayrıca itirazın iptali davasının takip dosyası ile sıkı irtibatlı olduğunu ve icra takibine sıkı sıkıya bağlı olduğunu kabul edilen yazarlar dahi bu davada borçlunun ödeme emrine itiraz ederken ileri sürdüğü itiraz sebepleri ile bağlı olmadığını, itirazın iptali davasında savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına uygun olarak yeni itiraz sebeplerinin ileri sürülmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir⁴⁶. Dolayısı ile bu görüşte dahi itiraz sebepleri bakımından takip dosyası ile sıkı ilişkinin bulunmadığının kabul edildiği ortadadır.

[46] Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özkes, s. 112.

Şayet, İsviçre hukukunda olduğu gibi, hukukumuz açısından da bu dava ile hem alacağın tahsilinin hem de itirazın iptalinin talep edildiği; diğer bir ifade ile itirazın iptali davasının davacının birden fazla talebini konu alan bir dava yığılmasına vücut verdiğinin kabul edilmesi hâlinde uygulamada ortaya çıkan sorunların da usûl hukukunun ilkelerine daha uygun bir şekilde çözümü mümkün olabilir. Bu çerçevede, itirazın iptali davasının hem alacağın tahsiline hem de itirazın iptaline ilişkin talepleri konu alan bir dava olduğunun, her bir talep bakımından mahkemenin ayrı ayrı inceleme yaparak karar vermesi gerektiğinin kabulü yerinde olur. Böylelikle uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümü mümkün olabilir. Bu ihtimâlde, dava sonucunda alacağın tahsiline ilişkin olarak da bir hüküm verildiğinden takip alacaklısının elinde alacağına ilişkin ilam bulunduğu ve bu belgeye dayanarak ilamsız icra takibi yapabilmemesinin mümkün olmadığı akla gelebilir⁴⁷. Ancak, itirazın iptali kararı ile birlikte genel haciz yolu ile başlatılan takip kesinleşmiş olacağından, bu aşamada ilamlı icra yoluna başvurulmasında hukukî yarar bulunmaz. Dolayısı ile her ne kadar alacaklının elinde alacağın tahsilini konu edinen bir ilam bulursa dahi bu ilam itirazın iptali kararını da mündemice olduğundan derdest takibe devam edilmesi, yeni baştan ilamlı icra yoluna başvurulmaması gerekir.

İtirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılıp açılmayacağı da davanın hukukî niteliğine ilişkin bu belirlemeye göre yapılmalıdır. Kanaatimizce genel haciz yolu ile icra takibinin konusunu para alacağı oluşturmaktadır ve Kanun'daki kısmî itiraza ilişkin düzenleme ile itirazın iptali davasının kısmen kabulüne yönelik karar verilebileceğine ilişkin görüş dikkate alındığında, bu alacağın bölünebilir olduğunu söylemek gerekir. Bu durumda her ne kadar alacağın tamamı bakımından takip başlatılmış olsa da itirazın iptali davasının yalnızca bir kısım alacak kesimi için açılması söz konusu olabilir. Bu noktada önem arz eden husus, başlangıçta dava konusu kılınmayan bakiye alacak kesiminin itirazın iptali davasına ne zamana kadar dahil edileceğine ilişkindir. İtirazın iptali davasından söz edilebilmesi için İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesindeki bir yıllık süre içinde davanın açılmış olması gerektiğinden bakiye alacak miktarının da ancak bu süre içinde talep edilmesi hâlinde, itirazın iptali davasına konu edilebileceğine yönelik kararlar⁴⁸ bu yönü ile doğrudur. Buna karşın bir yıllık sürenin geçirilmesi hâlinde bakiye miktar bakımından davanın reddine karar verilebileceğini söylemek

[47] İlama dayalı bir alacağın ilamsız takip konusu yapılamayacağına ilişkin olarak bkz. YİBHKG, 26.05.2017 T., 2017/2 E., 2017/3 K.

[48] Bkz. Yarg. 3.HD, 05.04.2022 T., 2022/620 E., 2022/3140 K.; Yarg. 11. HD, 14.12.2021 T., 2020/4343 E., 2021/7125 K.; Yarg. 19. HD, 23.01.2017 T., 2016/8970 E., 2017/314 K.; Yarg. 19. HD, 02.06.2014 T., 2014/3127 E., 2014/10284 K.; Yarg. 19. HD, 25.01.2005 T., 2004/6952 E., 2005/187 K.; Yarg. 13. HD, 13.12.2005 T., 2005/13318 E., 2005/18515 K., (www.lexpera.com).

kanaatimizce yanlıştır. Zira, itirazın iptali davası alacağın tahsilini de konu aldığı anda her ne kadar bir yıllık süre içinde açılmamış olması nedeni ile bakiye alacak miktarı bakımından itirazın iptaline karar verilemeyecek olsa da bu alacağın mevcut ve geçerli olup olmadığının incelenmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle bir yıllık sürenin geçirilmesinden sonra bakiye alacak kesiminin ıslah ya da ek dava ile talep edilmesi hâlinde, mahkeme yalnızca alacağın esas bakımından bir inceleme yaparak karar verebilir. Buna karşın bu miktar bakımından itirazın iptaline karar veremeyeceğinden artık bu alacak kesimi bakımından genel haciz yolu ile ilamsız icra yoluna devam edilebilmesi söz konusu olamaz. Ancak davanın kabulü hâlinde alacaklının elinde bakiye alacak miktarı bakımından da bir ilam bulunduğundan ilamlı icra yolu ile alacağın talep edilebilmesi mümkündür.

SONUÇ

İtirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılmasının mümkün olup olmadığının incelendiği bu çalışmada

Yargıtay'ın daha önce aksini kabul etmiş olsa da yakın tarihli kararları ile itirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılabileceğini kabul ettiği; ancak başlangıçta dava konusu edilmeyen alacak kesiminin, daha sonra talep edilebilmesi için İcra ve İflâs Kanunu'nun 67'nci maddesinde öngörülen bir yıllık sürenin dikkate alınması gerektiği ve bu süreden sonra ıslah ya da ek dava yolu ile ileri sürülen talep hakkında itirazın iptaline karar verilmeyeceği yönünde bir görüş benimsediği,

Genel haciz yolu ile icra takiplerinde takip konusunun para alacağı olması nedeni ile bu alacağın bölünebilir nitelikte bulunduğu ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 62'nci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenleme altına alınan kısmî itirazın da bunu doğrular nitelikte bulunduğu,

Bölünebilir nitelikteki edimleri konu alan eda davalarının kısmî dava olarak açılabilmesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109'uncu maddesi gereğince mümkün olduğu,

Dava konusunun ve bu çerçevede davanın hukukî niteliğinin belirlenmesi ile itirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılıp açılmayacağına tespit edilebileceği,

Öğreti ve yargı kararlarında görüş birliği bulunmamakla birlikte, İsviçre hukuku, 03.06.2022 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararı, 7445 sayılı Kanun ile 6102 sayılı Kanun'un 5/A ve 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde yapılan değişiklikler ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar dikkate alındığında, itirazın iptali davasının takip dosyası ile sıkı bağlantı içinde icra hukukuna özgü bir dava olduğunu söylemenin mümkün olmadığı,

İtirazın iptali davasının hem alacağın tahsili talebini hem de itirazın iptali talebini içeren ve bu hâli ile davaların yığılmasına vücut veren bir dava olarak değerlendirilmesi gerektiği,

Bu şekilde yapılacak yorum ile itirazın iptali davasının kısmî dava olarak açılabilmesinin mümkün olduğu,

Dava konusu yapılmayan miktar bakımından ise itirazın iptali talebi yönünden 67'nci maddedeki bir yıllık sürenin dikkate alınması gerektiği; bununla birlikte alacağın tahsili yönünden ise bu sürenin geçirilmesi hâlinde dahi maddî hukuktaki hak düşürücü ve zamaşımı süreleri dikkate alınarak mahkemece karar verilebileceği sonuçlarına ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema & Hanağası, Emel. *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Atalı, Murat & Korkut, Serra M. *İtirazın İptali ve Takipli İflasta İflas Davasının İslah Yoluyla Doğrudan İflasa Dönüştürülmesi Mümkün Müdür?* MİHDER, Yıl: 2019, Sayı: 43, Cilt: 15, s. 425 vd.
- Çağa, Tahir. *Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair*, BATİDER, 1976/VIII, Sayı: 3, s. 21 vd.
- Deynekli, Adnan & Kısa, Sedat. *İtirazın İptali Davaları*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Ekmeççi, Ömer; Özokes, Muhammet; Atalı, Murat & Seven, Vural. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Erdem, Murat. *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010.
- Eminoğlu, Cafer & Erdoğan, Ersin. *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, Adalet, Ankara, 2020.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (İcra).
- Kuru, Baki. *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt: I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul, 2008.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz & Özokes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral & Özokes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Staehelein, Daniel; Bauer, Thomas & Lorandi, Franco. *BSK SchKG I*, 3. Baskı, Schulthess, Basel, 2021.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usul Hukuku*, Cilt: I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Tanrıver, Süha. *Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler*, TBB Dergisi, 2020 (147), s. 111 vd.
- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2. Bası, Yetkin, Ankara, 2022.
- Vock, Dominik & Aepli, Martina. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Baskı, Schulthess, 2017.
- Yıldırım, Mehmet Kâmil & Deren Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2016.

RIZAEN SATIŞ İŞLEMİNE (İİK M. 111/A) KARŞI MUHALEFET YOLLARI

Avukat Mehmet Ünsal CANDEMİR

İstanbul Barosu

ORC-ID: 0000-0001-5798-2867

unsalcandemir@gmail.com

ÖZET

7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'na eklenen 111/a hükmüyle ihdas olunan borçluya satış yetkisi verilmesi yolu, daha önce mevcut olmayan ve icra hukukumuzdaki yerleşik satış usulleri ile fazla benzerlik göstermeyen, kendine özgü diyebileceğimiz satış usulü niteliğindedir. Bu paraya çevirme usulü kapsamında, borçlu, alıcı, icra müdürü ve icra mahkemesinin katılımı neticesinde mahcuz malın mülkiyetinin, kanundaki şartlara tabi olmak kaydıyla borçlu ile alıcı arasındaki anlaşma gereğince alıcıya geçmesi söz konusu olmaktadır. İİK m. 111/a hükmünde ya da başka bir düzenlemede, rızaen satış işlemine karşı, işlemin taraflarının ya da ilgililerin başvurabilecekleri bir hukuki imkânın varlığı açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. Bilakis İİK m. 111/a/f.3'te, icra mahkemesinin rızaen satış talebine dair kabul ya da ret kararının kesin olduğu belirtilmektedir. Buna mukabil, başta icra takibinin ve rızaen satış işleminin tarafları olmak üzere ilgililerin menfaatini doğrudan etkileyecek nitelikteki rızaen satış işlemine karşı muhalefet imkanının bulunulmadığının söylenmesi, hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan, rızaen satış işleminin özellikleri değerlendirildiğinde, işlemin ilgililerinin başvurabilecekleri hukuki imkanların hem icra hukuku hem de maddi hukuk kuralları çerçevesinde mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Rızaen satış işlemi, icra takibi kapsamında, borçlunun malının paraya çevrilmesi ve paranın alacaklılara ödenmesi amacıyla gerçekleştirilmekte olup, icra takibine tesir etmektedir. Bu bakımdan söz konusu işlem takip hukuku işlemi karakteri taşımaktadır. Ancak rızaen satış işleminin icra mahkemesi kararı ile gerçekleşmesi ve bunun yan etkisi olarak işlemin doğrudan şikâyet ya da itiraz yoluna tabi kılınmamış olması ortaya sui generis bir icra hukuku işlemi çıkarmaktadır. İİK m. 111/a'da düzenlenen paraya çevirme usulünde, takibin taraflarından olan alacaklıya hiçbir rol biçilmemiştir. Başka bir deyişle rızaen satış işleminin tarafları icra takibinin taraflarından farklıdır; borçlu ile alıcı arasında kurulan bir

hukuki ilişki söz konusudur. Bu cihet, rızaen satış işleminin maddi hukuk karakterini ortaya koymaktadır. Rızaen satış işlemi, genel itibarıyla alıcı ile borçlu arasında akdedilmiş bir satış sözleşmesine işaret etmektedir. İİK m. 111/a'da, satış bedelinin belirlenmesi dışında Borçlu ile alıcı arasındaki borçlandırıcı işleme yönelik herhangi bir müdahale öngörülmemiştir. Rızaen satış işleminin maddi hukuk karakteri, işlemin taraflarının bu işleme karşı başta satış sözleşmesine aykırılık, bilhassa ayıp sebebiyle ya da maddi hukuk kurallarından kaynaklı başka bir nedenle muhalefet bulunulabileceğini göstermektedir. Keza, borçlu ile alıcı arasındaki borçlandırıcı işlemde yer verilen sair edimlerin ifası hususu da ihtilaf konusu edilebilecektir. Bunun dışında, yalnız işlemin tarafları olan alıcı ile borçlunun değil, sürece dahil edilmeyen alacaklı ve üçüncü kişilerin de işleme karşı hukuki yollara başvurmaları ihtimal dahilindedir.

Anahtar Kelimeler: Rızaen Satış, Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi, Hukuki İşlem, Cebri Satış, Şikâyet.

LEGAL REMEDIES AGAINST THE AMICABLE SALE TRANSACTION (IİK ART. 111/A)

ABSTRACT

Granting sales authorization to the debtor, provided under art. 111/a added to IİK with the Law No. 7343, is a new sale method that we can define unique, considering that it does not simulate other established sales procedures in our enforcement law. Within the scope of this liquidation procedure, the debtor, the buyer, the enforcement director, and the enforcement court participate in this process. The ownership of the debtor's seized property is transferred to the buyer in accordance with the agreement between the debtor and the buyer, subject to the conditions in the law. IİK article 111/a or any other regulation does not explicitly foresee legal remedies that the parties of the transaction or other relevant parties may appeal against the amicable sale transaction. On the contrary, in IİK art. 111/a-3, it is stated that the decision of the enforcement court to accept or reject about the amicable sale demand is certain. If no opposition possibility is enabled against the amicable sale which has direct effects on the interests of the relevant parties, it would be a violation of the freedom to claim right. On the other hand, the relevant parties of the transaction have legal opportunities within the framework of both enforcement law and substantive law. Amicable sale transaction is carried out to liquidate the debtor's property and

discharge the money to the creditors within the scope of enforcement proceedings. With this regard, this transaction has the characteristic of an enforcement law act. However, as the amicable sale procedure is completed by the enforcement court's decision and as a side effect of this, the transaction is not subject of a direct complaint or appeal, this brings out a sui generis enforcement law transaction. The Creditor who is one of the parties to the subject execution proceedings, is not involved in the liquidation procedure regulated by IİK m. 111/a. In other words, the parties of amicable sale transaction are different from the parties of the enforcement proceedings. In fact, there is a material law relation between the debtor and the buyer. This aspect represents the substantive law character of the amicable sale transaction. Amicable sale transaction refers to a sale contract between the buyer and the debtor in as much as art. 111/a of IİK does not foresee any intervention of the execution body to the said transaction apart from the determination of the sales price. The substantive law character of the amicable sale transaction demonstrates that the parties of the transaction can challenge the transaction because of breach of the sales contract, defect or any other reason arising from substantive law. Likewise, other performance that the parties agreed on in the promissory transaction may also be disputable. Apart from the parties of the transaction, who are the debtor and the buyer, third parties including the creditor of the execution proceedings can pursue legal actions.

Keywords: Amicable Sale, Granting Sale Authorization to the Debtor, Legal Act, Forced Sale, Complaint.

GİRİŞ

7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'na eklenen "borçluya satış yetkisi verilmesi" kurumu, icra hukukumuzda yeni bir paraya çevirme usulü getirmiştir. Bu usulde kısaca, borçlunun mahcuz malın satışı için kendisine yetki verilmesini istemesi, akabinde, icra müdürü tarafından tayin olunan asgari satış bedelinin borçlunun anlaştığı alıcı tarafından dosyaya yatırılması ve icra mahkemesinin satış onayı vermesi paraya çevirme işlemi için yeterli görülmüştür.

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulü kapsamında gerçekleşen paraya çevirme işlemine, cebri satışın karşılığı olarak, borçlu ile alıcı arasındaki hukuki ilişkiyi gösterir şekilde "rızaen/rızai satış" denilmektedir. Burada, borçlar hukukuna egemen olan sözleşmenin nispiyeti ilkesi, cebri icra hukukunun genel ilkeleriyle çelişecek şekilde benimsenmiş bulunmaktadır. Zira kanun koyucu tarafından benimsenen usulde, takibin iki tarafından biri olan alacaklı ve diğer ilgililer süreçten tamamen

dışlanmış bulunmaktadır. İşleme geçerlilik kazandıran icra mahkemesi ise yalnız şekli bir inceleme ile yetinmektedir.

Öte yandan, alacaklının ve diğer ilgililerin sürece tamamen kayıtsız bırakılmaları ve bunlar için rızaen satış işlemine karşı bir hukuki imkân tanınmamış olması hak arama özgürlüğü ile hukuki dinlenilme hakkının açık bir ihlalini teşkil edeceği gibi, rızaen satış işleminin özellikleri itibarıyla da bu kişilerin bilhassa maddi hukuktan kaynaklı hukuki imkanlardan istifade etmeleri önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bu çalışmada, rızaen satış işleminin hukuki niteliğini inceledikten sonra, işleme karşı başta işlemin tarafı olmayan alacaklı ve diğer üçüncü kişiler ile bizzat işlemin taraflarınca başvurulabilecek hukuki yollara ilişkin genel bir değerlendirme yapma ihtiyacını duymuş bulunmaktayız. Rızaen satış işlemine karşı gidilecek hukuki yolların kanunda gösterilmemesi ve kurumun tazeliği nedeniyle bu hususta ilmi ve kazai içtihatlar nezdinde henüz belirgin bir çerçeve çizilmemiş olması bizleri bu yönde bir çalışma yapmaya yönlendirmiştir.

RIZAEN SATIŞ İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Genel Olarak

Rızaen satış işlemine karşı, işlemin ilgililerinin başvurabilecekleri hukuki imkanların olup olmadığı, varsa bu hukuki imkanların niteliğinin tespiti için her şeyden önce rızaen satış işleminin hukuki niteliğinin değerlendirilmesi ve bu yönde ortaya bir çerçeve konulabilmesi gerekmektedir.

İİK m. 111/a hükmü, icra hukukunda daha önce mevcut olmayan ve icra hukukundaki yerleşik satış usulleri ile de fazla benzerlik göstermeyen, nevi şahsına münhasır diyebileceğimiz satış usulü ihdas etmiştir. Netice itibarıyla İİK m. 111/a çerçevesinde rızaen satış işlemi, borçlunun satış yetkisi verilmesi talebiyle başlayıp, icra müdürünün ilgili işlemlerini ve bulunan alıcının rızaen satış bedelini depo etmesini müteakip icra mahkemesinin satışa dair kabul kararıyla tamamlanan bir sürecin meyvesidir. Bu bağlamda rızaen satış işlemi, borçlunun, alıcının, icra müdürünün ve icra mahkemesinin katılımıyla gerçekleşebilmektedir.

Bu noktada, bizce öncelikle borçluya satış yetkisi verilmesi kurumu ile rızaen satış işleminin kavramsal olarak birbirinden ayrılması gerekmektedir. Borçluya satış yetkisi verilmesi geniş anlamda, İİK m. 111/a'da ve Yönetmelik'te açıklanan prosedürün tamamını ifade etmektedir. Rızaen satış işlemi ise icra mahkemesinin kabul kararı ile gerçekleşen, ilgili mahcuz malın mülkiyetinin rızaen satış bedeli mukabilinde alıcıya geçirilmesini konu alan hukuki işlemi ifade

etmektedir¹.

Borçluya satış yetkisi verilmesinin, niteliği itibarıyla icra hukukunda yer alan bir paraya çevirme usulü olduğu açıktır. Zira bu kurumun yöneldiği amaç, diğer paraya çevirme usullerinde olduğu gibi mahcuz malın paraya çevrilmesi ve bu yolla alacaklının tatmin edilmesidir. Borçlu açısından da satış yetkisi verilmesi usulünde esasen tam bir rızadan bahsedilmesi mümkün değildir. Zira borçlunun tasarruf yetkisi haciz işlemi ile sınırlandırılmış olup (İİK m. 86/I; m. 91/I) borçlunun tamamen hür iradesiyle kendi malını satması söz konusu değildir². Borçlu için kendisine satış yetkisi verilmesi ehven-i şer niteliğinde olup, açık artırma yoluna gidilmesini istemeyen borçlu bu yola mecbur bırakılmaktadır.

Buna mukabil rızaen satış işlemini müstakil olarak ele alırsak, işlemi yalnız takip hukukunun kapsamıyla sınırlamanın doğru olmadığı görülmektedir. Bilakis rızaen satış işleminin aynı zamanda maddi hukuka dair özellikler gösterdiğini söylemek gerekmektedir. Nitekim, kanun koyucu tarafından seçilen “rızaî (rızaen) satış” teriminin isabetli olmadığı söylenebilir³ de bu terime bilinçli bir şekilde başvurulduğu ve “cebri satış” teriminin karşıtı olarak benimsendiği de ortadadır⁴.

Bunun dışında, açık artırma ve pazarlık usulüyle satıştan farklı olarak, İİK m. 111/a’da benimsenen usulde borçlunun sürece ciddi bir katılımı söz konusudur: Borçlunun talebiyle kendisine satış yetkisi verilmekte, alıcıyı borçlu bulmakta ve alıcı ile bizzat borçlu anlaşmaktadır. Hatta satışa konu malın fiyatını da icra dairesince belirlenen rızaen satış bedelinden (İİK m. 111/a/II) az olmamak kaydıyla borçlu tayin etmektedir. Bu itibarla alıcı ile borçlu arasındaki ilişki icra hukukundan ziyade maddi hukuk ilişkisi özelliği göstermektedir.

Öte yandan, her ne kadar Fransız Hukukundaki düzenleme Türk Hukukuna nazaran ciddi farklılıklar taşısa da⁵ işlemin sonuçları açısından Fransız Hukuku’nda doğrudan maddi hukuk kurallarına atf

[1] Koç, Evren. Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi. *Necmettin Erbakan Hukukun Güncel Meseleleri Özel Hukuk* (Ed: Prof. Dr. Nuran Koyuncu), Konya, 2022, s. 66. Temel paraya çevirme yolu olan açık artırma karşılaştığımızda, borçluya satış yetkisi verilmesi usulü, mahcuz malın paraya çevrilmesine dair açık artırma usulüne ile rızaen satış işlemi ise açık artırma sonucunda yapılan ihale işlemine denk düşmektedir. Artırma ve ihale kavramlarının karşılaştırılması için bkz. Namılı, Mert. *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 314.

[2] Pekcanitez, Hakan. Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi. *GSÜHFD*, 2022/1, s. 284.

[3] Pekcanitez, s. 824.

[4] Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema & Hanağası, Emel. *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 393, dn. 12; Öztekin, Selçuk. *Cebri Satışlarda (Yeni Bir Açık Artırma Türü Olarak) Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satışa İlişkin Bazı Notlar*, Platon Hukuk, İstanbul, 2022, s. 27.

[5] Bkz. Bolayır, s. 83 vd.

yapılması işlemin hukuki niteliğini tayin açısından son derece önemli ve dikkate değerdir.

Bizim görüşümüze göre, İİK m. 111/a'da düzenlenen rızaen satış işlemi hem maddi hukuk hem de icra hukuku karakterini bünyesinde barındırmaktadır⁶. İşlemin her iki yönünü de ayrı ayrı incelemek doğru olacaktır.

İcra Hukuku Karakteri

Rızaen satış işlemi, İcra ve İflas Kanunu'nda, niteliği itibarıyla bir paraya çevrime yolu olarak düzenlenen borçluya satış yetkisi verilmesi usulünün son aşamasını oluşturmaktadır. Nitekim, rızaen satış işleminin belirli bir amaç için, yani borçlunun malının paraya çevrilmesi ve paranın alacaklılara ödenmesi amacıyla gerçekleştirildiği göz önüne alınmalıdır. Bunun için, rızaen satış işleminde uyulması gereken bir rızaen satış bedeli mevcut olup (İİK m. 111/a,II) bu bedelin altında bir bedelle işlemi gerçekleştirmek mümkün değildir⁷. Nitekim bundan dolayı doktrinde hâkim görüş rızaen satış işlemi de takip hukuku işlemi olarak değerlendirmektedir⁸.

Bunun dışında, işlemin tarafı olarak malın mülkiyetini devreden taraf, "satıcı" değil, "borçlu", yani icra hukukunun bir öznesi olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, TBK'da düzenlenen satış sözleşmesinden farklı olarak malın mülkiyetinin devri için borçlu ile alıcının rızası yeterli değildir; işlemin geçerlilik kazanıp kazanmayacağı icra organlarının (icra dairesi ve icra mahkemesinin) aynı yöndeki işlemlerine bağlıdır⁹. İcra mahkemesinin satış talebini reddetmesi durumunda rızaen satış işlemi meydana gelmeyecektir. Belirtmek gerekir ki icra mahkemesinin ret kararı, tamamıyla icra hukuk işlemi olup maddi hukuk yönünden hiçbir sonuç doğurmamaktadır¹⁰.

Rızaen satış işlemin konusunu teşkil eden mal icra dairesi tarafından

[6] Koç, s. 74-75; Durman, Okay. İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikle Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi. 8. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı, Asos Yayınevi, Elazığ, 2022, s. 960.

[7] Meriç, Nedim. İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında), On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 128.

[8] Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin, 6. Bası Ankara 2022, s. 286; Görgün, Şanal; Börü, Levent & Kodakoğlu, Mehmet. İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2022, s. 271; Aşık, İbrahim; Oruç, Yakup; Tok, Ozan & Saçar, Ömer Faruk. İcra ve İflas Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. s. 251; Pekcanitez, s. 840; Kale, Serdar. İcra ve İflas Hukukunda Online Satış, Lexpera Blog, 27.11.2021 (Güncelleme tarihi: 05.12.2021); Meriç, Nedim. İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında), On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 128; Çelikoğlu, Cengiz Topel. 7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme Ve İhalenin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim Ve İzahı. *Adalet Dergisi*, Yıl: 2022, Sayı: 68, s. 416; Bolayır, Nur. Fransız Hukuku'nda Vente Amiable (Dostane Satış) Kurumu. *AÜHFD*, 2023/1, s. 69.

[9] Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 286; Aşık, Oruç, Tok & Saçar, s. 251; Bolayır, s. 69.

[10] Çelikoğlu, s. 416.

hazredilmiştir. Böylece borçlunun söz konusu mal üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış bulunmaktadır (İİK m. 86/I; m. 91/1). Borçluya satış yetkisi verilmesi sürecinde, borçlunun tasarruf yetkisindeki kısıtlama, İİK m. 111/a ve Yönetmelik hükümleri çerçevesinde öngörülen rızaen satış işleminin gerçekleşmesi adına kaldırılmaktadır. Başka bir deyişle, rızaen satış işlemi bir bakıma borçluya verilen sınırlı bir tasarruf izni (hatta onayı) ile gerçekleşebilmektedir.

Tüm bunların yanında, rızaen satış işlemi, icra takibine doğrudan etki eden bir işlem hüviyetindedir¹¹. Rızaen satış işlemi neticesinde mahcuz mal paraya çevrilmekte ve para icra hukuku kuralları çerçevesinde alacaklıya/alacaklılara ödenmektedir. Ayrıca borçluya verilen satış yetkisi de tasarruf işleminin geçerlilik koşuludur.

Bu özellikler, rızaen satış işleminin icra hukuku karakterine işaret etmekte olup, rızaen satış işleminin saf bir hukuki işlemde ayrı tutulması gerektiğini göstermektedir. Bununla birlikte rızaen satış işleminin ne türde bir icra hukuku (takip) işlemi karakteri taşıdığını da ayrıca tartışmak gerekmektedir.

Rızaen satış işlemini borçlunun taraf takip işlemi olarak tavsif etmek mümkün değildir. Zira her ne kadar borçluya satış yetkisi verilmesi borçlunun talebiyle gerçekleşse de rızaen satış işlemi, icra müdürünün rızaen satış işlemine dair İİK m. 111/a'da aradığı şartlara ilişkin kontrolü, bu şartların mevcut olduğuna dair kararı¹² ve akabinde icra mahkemesinin satışa ilişkin kabul kararı ile gerçekleşmektedir.

Borçlu ile alıcı arasındaki akdi ilişkiden bahisle rızaen satış işlemini icra sözleşmesi olarak nitelemek de doğru değildir. Her ne kadar borçlu ve alıcı arasında bir sözleşme ilişkisi mevcutsa da icra sözleşmesinden bahsedilebilmesi için söz konusu sözleşmenin takibin tarafları olan alacaklı ve borçlu arasında akdedilmesi gerekmektedir¹³.

Konuyu icra takip işlemi yönünden ele aldığımızda, işlemin organik yönü önem arz etmektedir. Rızaen satış işleminin icra mahkemesi kararıyla gerçekleştiği göz önüne alındığında, icra mahkemesinin satışın kabulüne dair kararının, özellikle mahkemenin buradaki faaliyetinin niteliği açısından değerlendirilmesi şarttır. Zira, borçluya satış yetkisi verilmesi usulünü organik açıdan diğer paraya çevirme usulleri olan

[11] Çelikoğlu, s. 416.

[12] İcra dairesinin, şartların mevcut olmadığını tespit etmesi halinde dosyayı icra mahkemesine göndermeksizin rızaen satış talebini reddedebileceği hakkında bkz. Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 290.

[13] Aşık, İbrahim. İcra Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 9; Karslı, Abdurrahim. İcra ve İflas Hukuku, Alternatif, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 50; bundan dolayı pazarlık usulüyle satış işlemi de (İİK m. 119) icra sözleşmesi olarak nitelendirilmemektedir (Kılıçoğlu, Evren. İcra Sözleşmeleri, Arıkan, İstanbul 2005, s. 2).

açık artırma ve pazarlık suretiyle satıştan ayıran husus, mahcuz malın satışının icra dairesi işlemiyle değil, icra mahkemesi işlemiyle gerçekleşmesidir.

Kanaatimizce icra mahkemesinin kazai nitelikte olmayan işlemlerinin organik açıdan icra takip işlemi olarak nitelendirilmesi önünde bir engel bulunmamalıdır. Nitekim doktrinde, icra mahkemelerinin de icra takip işlemi gerçekleştirebileceği kabul edilmektedir¹⁴. Bu bağlamda, rızaen satış işleminin bir icra takip işlemi karakteri taşıdığını söylemek mümkündür.

Maddi Hukuk Karakteri Yönünden İnceleme

İİK m. 111/a'da düzenlenen paraya çevirme usulünde, takibin taraflarından olan alacaklıya hiçbir rol biçilmemiştir. Bununla birlikte süreç borçlunun girişimiyle başlamakta ve borçlunun yanında takip dışı üçüncü bir kişi, alıcı ile sürdürülmekte ve sonuçlandırılmaktadır. Başka bir deyişle rızaen satış işleminin tarafları icra takibinin taraflarından farklıdır. Burada borçlu ile alıcı arasında bir hukuki ilişki söz konusudur. Ayrıca, açık artırma ve pazarlık usulüyle satışın aksine, alacaklı taraf bu süreçten tamamen dışlanmış durumdadır¹⁵.

Söz konusu hukuki ilişkinin niteliğine, İK m. 111/a'da yer verilmemiştir. Borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde alıcıya biçilen görev yalnızca icra müdürünce belirlenen rızaen satış bedelinin dosyaya yatırılmasından ibarettir. Ancak, herhangi bir üçüncü kişinin rızaen satış bedelini dosyaya yatırarak alıcı konumuna geçmesi imkân dahilinde değildir. İİK m. 111/a/III'te belirtildiği üzere "borçlu ile anlaşılan" alıcı belirlenen bedeli dosyaya ödemek durumundadır. Keza, alıcının kim olduğu bizzat borçlu tarafından icra dairesine yapılacak bildirim ile tespit edilmektedir (Yön m. 10). Dolayısıyla borçlu ile arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmayan üçüncü kişinin, İİK m. 111/a bağlamında alıcı sıfatını haiz olması mümkün değildir. Nitekim Adalet Komisyonu'ndaki görüşmelerde Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürü tarafından m. 111/a ile getirilen imkânın borçlunun haciz konmuş malının "kendi arzu ettiği kişilere satması" şeklinde ifade edildiği görülmektedir¹⁶.

Rızaen satış kurumu için (her ne kadar mehaz denemese de) ilham verdiği anlaşılan Fransız Hukuku'ndaki kanuni düzenlemeyi inceleyecek

[14] Kuru, Baki. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 147; Arslan, Aziz Serkan. İcra Takip İşlemler Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 50; Boran Güneysu, Nilüfer. İcra Takip İşlemleri. *TBBD*, Yıl: 2012, Sayı: 101, s. 39.

[15] Bunun aksi yönünde bir icra mahkemesi kararında, alacaklının rızaen satış bedeline ve alıcının kimliğine (borçlunun öz oğlu olmasına) yönelik itirazları mahkemeye dinlenmiş ve rızaen satış talebi kesin olarak reddedilmiştir. Bkz. İstanbul Anadolu 7. İcra Hukuk Mahkemesi 2022/358 E. 2022/613 K. (<https://www.linkedin.com/in/serdar-kale-8a6b0277/>).

[16] Adalet Komisyonu Tutanakları, T. 05.11.2021; T:1, O:2.

olursak; 2006 yılında kurumun ilk ihdas edildiği dönemde ilgili kanuni düzenlemeye Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil – “CC”) 2201. maddesi vd. hükümlerinde yer verilmesi rızaen satış işleminin esas olarak maddi hukuk işlemi olarak benimsendiğini göstermektedir. Nitekim, Fransız Medeni İcra Kodu'nun L322-3 maddesinde ve değişikliği getiren 2006/461 sayılı kararnamenin gerekçesinde, mahkemenin izniyle yapılan rızaen satışın (La vente amiable sur autorisation judiciaire) sonuçları yönünden maddi hukuk anlamında satış sözleşmesi ile özdeşleştirildiği ifade edilmiştir¹⁷. Bunun yanında Fransız doktrininde, bu işlemin çifte karakterli olduğu hem akdi hem de kazai nitelik barındırdığı belirtilmektedir¹⁸.

Borçlu ile alıcı arasındaki ilişki, tamamen maddi hukuk ilişkisi niteliğinde olup¹⁹ kural olarak TBK m. 207 vd. hükümleri çerçevesinde satım sözleşmesidir. Bu sözleşme, mahcuz taşınır/taşınmaz ya da hakka ilişkin şekil şartlarına riayet edilerek ihdas olunmalıdır²⁰. Nitekim Fransız Hukukunda, yukarıda belirttiğimiz üzere doğrudan satım sözleşmesine dair hükümlere atıf yapılmakta ve maddi hukuktaki şekil şartlarına dayalı bir sözleşmenin akdedileceği öngörülmektedir. Yine Fransız Hukukunda borçlunun, tek taraflı bir satış vaadinde bulunabileceği ya da mahcuz mala dair ön sözleşme yapabileceği, mahcuz taşınmaz için noter huzurunda yapılacak bir ön sözleşmede sözleşme konusu malın hacizli olduğu hususunun bildirilmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir²¹. Kanaatimizce, bizdeki düzenleme açısından dahi, en azından borçlu ile alıcı arasındaki hukuki ilişkiyi tavsif adına durum farklı değildir.

İlgili pozitif hukuk düzenlemesi incelendiğinde de borçlu ile alıcı arasındaki sözleşmenin varlığının kabul edildiği anlaşılmaktadır. İİK m. 111/a/III'te rızaen satış bedelinin dosyaya yatırılmasından önce borçlu ile alıcının anlaşmasından bahsedilmesi, aynı şekilde Yönetmelik'te borçlu ile alıcının anlaşmasından (Yön m. 5/I-d; m. 10/I) ve hatta anlaştıkları bedelin zikredilmesi (Yön m. 11-12) her ikisi arasındaki sözleşme ilişkisinin kabulünü göstermektedir.

[17] *Rapport Au Président De La République Relatif À L'ordonnance N° 2006-461 Du 21 Avril 2006 Réformant La Saisie Immobilière*, N. 1.3.3. (legifrance.fr).

[18] Piédelièvre, Stéphane & Guerschoun, Frédéric. “Saisie Immobilière”, *Dalloz Repertoire de Procédure Civile*, Novembre 2021, N. 255 (daloz.fr).

[19] Koç, s. 75; Çelikoğlu, s. 416.

[20] Fransız hukukunda mahkemenin, satış izni verilmesi noktasında geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır (Namli, s. 578). Bununla birlikte satış işlemi mahkeme kararıyla değil, maddi hukuk kurallarına göre resmi şekle göre (acte notarié) akdedilmiş sözleşmeyle gerçekleşmektedir. Sonrasında mahkeme işlemin geçerliliğini duruşma yaparak kontrol etmektedir. Bu sebeple işlem, çifte karakterli olarak nitelendirilmektedir (Piédelièvre & Guerschoun, N. 252-255). Ancak son aşamada hakimın vereceği karar, sadece satışın tespitine yöneliktir (Namli, s. 579).

[21] Martin, Xavier. “Saisie Immobilière: De La Bonne Pratique De La Vente Amiable Sur Autorisation Judiciaire”, *DEFRENOIS*, N° 39, 24 septembre 2020, s. 19.

Rızaen satış işleminin maddi hukuk karakteri taşıdığı düşüncesine doktrinde, söz konusu işlem için icra mahkemesi kararının kurucu nitelikte olduğundan bahisle karşı çıkmaktadır²². Halbuki, rızaen satış işleminin gerçekleşmesi için icra mahkemesinin müspet yöndeki kararına ihtiyaç duyulması, söz konusu işlemin maddi hukuk karakterini bertaraf etmemektedir.

Bu noktada, rızaen satış işlemine, borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi perspektifinden yaklaşmak doğru olacaktır. Bilindiği üzere kişinin malvarlığına etkileri yönünden tasarruf işlemleri malvarlığını artıran (kazandırıcı) ve malvarlığını azaltan işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Malvarlığını azaltan işlemlerden kişinin aktifini azaltan işlemler tasarruf işlemleri, pasifini çoğaltan işlemler ise borçlandırıcı işlemlerdir²³. Von Tuhr'un belirttiği üzere borçlandırıcı işlem çoğu zaman bir tasarruf işleminin ilk adımıdır; tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlem ile yüklenilen edim ifa edilir²⁴.

Rızaen satış işlemi açısından; borçlu ile alıcı arasında gerçekleştirilen, İİK m. 111/a'da ve Yönetmelik'te "anlaşma" olarak değinilen işlem, borçlandırıcı işlemdir²⁵. Söz konusu işlem, kural olarak da satım sözleşmesi ile takip borçlusu, mahcuz malın mülkiyetini devir borcu altına girmektedir. Söz konusu anlaşma, tarafların irade beyanlarının uyushması ile kurulmuş bulunmaktadır (TBK m. 1). Belirtmek gerekir ki mahcuz mal üzerindeki kısıtlama (İİK m. 86/I; m. 91/I) tasarruf yetkisine ilişkin olup, borçlunun İİK m. 111/a çerçevesinde ya da bu çerçevenin dışında mahcuz malın borçlandırıcı işleme konu edilmesini engellememektedir²⁶.

Söz konusu borçlandırıcı işlem yani sözleşme, tamamıyla maddi hukuk işlemi niteliğinde olup İİK m. 111/a'da benimsenen rejimde, bu işleme yönelik, rızaen satış bedeli dışında herhangi bir müdahale öngörülmemiştir. Bu doğrultuda, satış bedelinin icra dairesince belirlenen tutarı karşılaması dışında, taraflar maddi hukuk kurallarına riayet ederek istedikleri şekilde sözleşme akdedebileceklerdir²⁷. Bu bağlamda, borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımını gözetmeksizin, alıcı ve borçlu arasındaki hukuki ilişkiyi yalnız rızaen satışın hukuki

[22] Aşık, Oruç, Tok & Saçar, s. 251; Pekcanitez, s. 840.

[23] Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: I-II* (Çev: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, s. 188-190; Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Gallip Sermet; Burcuoğlu, Haluk & Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 45; Oğuzman, M. Kemal & Barlas, Nami. *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 184-185; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, Ankara, 2020, s. 178 vd..

[24] Von Tuhr, s. 190.

[25] Koç, s. 76.

[26] Kuru, El Kitabı, s. 433.

[27] Benzer şekilde bkz. Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 289.

sebebi noktasına indirgemek doğru değildir²⁸.

Mevzubahis sözleşmenin konusunu teşkil eden, mahcuz malın mülkiyetinin devri yani tasarruf işlemi ise icra mahkemesinin kararına tabi kılınmıştır. Başka bir deyişle icra mahkemesi kararı, tasarruf işleminin geçerlilik koşuludur (TBK m. 12)²⁹. Yine de bu durum icra mahkemesinin işleme katılımını da maddi hukuk perspektifinden okumamıza engel teşkil etmemektedir.

İcra mahkemesi kararı ile borçlunun mahcuz mala ilişkin, anlaşmış olduğu alıcı ile tasarruf işlemi yapabilmesi mümkün hale gelmektedir. Bu bağlamda, icra mahkemesi kararı esas itibarıyla maddi hukuk alanında etki gösteren tasarruf yetkisine dair kısıtlamayı bertaraf etme imkânı sağlamaktadır.

Bunun dışında icra mahkemesi kararı ile malın mülkiyetinin iktisap edilmesi de maddi hukuk açısından yabancı olunan bir durum değildir. TMK m. 705/II'de taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce mahkeme kararı ile kazanılabileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda, icra mahkemesi kararı da esas olarak mülkiyetin kazanılması yolu teşkil etmektedir. Mülkiyetin devri için icra mahkemesi kararına ihtiyaç duyulması, mülkiyetin devrine dair işlemin maddi hukuk karakterini dışlamamaktadır. İcra mahkemesi kararı ile gerçekleştirilen tasarruf işlemi de kanaatimizce maddi hukuk karakterini muhafaza etmektedir.

Bu hususla ilgili olarak kanaatimizce rızaen satış işlemi ile pazarlık suretiyle satış işlemini birbirine benzetmek de doğru değildir. Bir defa, pazarlık suretiyle satış işleminde alacaklının da rızası aranmakta olup satış işlemi ve öncesindeki pazarlık süreci icra dairesi ile alıcı arasında cereyan etmektedir; borçlu işlemin tarafı değildir³⁰. Rızaen satışta ise alıcı ile pazarlık ve borçlandırıcı işlem borçlu tarafından akdedilmektedir. Hatta sözleşmenin nispiyeti ilkesine uygun düşecek şekilde alacaklının sürece hiçbir katılımı bulunmamaktadır.

Hülasa, rızaen satış işlemine maddi hukuk karakteri veren başlıca husus, borçluya satış sözleşmesinin kurulması konusunda, takibin karşı tarafı olan alacaklının süreçten tamamen dışlanmasına varacak kadar irade serbestisi tanınmasıdır. Gerçekten de icra dairesi ve icra

[28] Karş. Aşık, Oruç, Tok & Saçar, s. 21.

[29] Kanaatimizce buradaki icra mahkemesi kararı, tasarruf işlemine etkisi yönünden asliye ticaret mahkemesinin İİK m. 295/II gereğince konkordato borçlusunun rehinli malının satışı yönünden verdiği izin ile benzer mahiyettedir. Mahkemenin izin kararı TBK m. 12 çerçevesinde geçerlilik şartı olarak nitelendirilmiştir (Koç, Evren; Konuralp, Cengiz Serhat & Candemir, Mehmet Ünsal, 7323 Sayılı Kanun ile 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun Konkordatoya İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sümer, İstanbul 2021, s. 32).

[30] Arslan, Ramazan. İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 65; Özmumcu, Seda. Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 72.

mahkemesi esas itibarıyla yalnızca rızaen satış bedelinin süresi içinde dosyaya yatırılmasıyla ilgilenmektedir. Borçlu ile alıcı arasındaki sözleşmenin yani borçlandırıcı işlemin şartları, tarafların ilave edimler yüklenmeleri hatta gerçekte rızaen satış bedelinden daha fazla bir bedel kararlaştırılmış olması dahi icra organlarının borçluya satış yetkisi verilmesi sürecindeki görevi dahilinde değildir.

Bunun sonucunda, rızaen satış işlemi özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz olup esas itibarıyla maddi hukuk alanında sonuçlarını göstermektedir³¹. Rızaen satış işlemi icra mahkemesinin kabul kararıyla gerçekleştiikten sonra maddi hukuk kurallarına tabi hale gelmektedir.

RIZAEN SATIŞ İŞLEMİNE KARŞI BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

Rızaen satış işleminin hem maddi hukuk hem de şekli hukuk karakteri taşıdığı tespiti, bu işleme karşı, işlemin tarafları ile üçüncü kişilerin başvurabilecekleri hukuki imkanları ortaya koymak ve bunları değerlendirmek için önemlidir.

İcra hukuku işlemi yönünden, icra takip işlemlerine karşı başlıca hukuki imkân olan şikâyet (İİK m. 16 vd.) yolunun değerlendirilmesi gündeme gelecektir. Öte yandan, bu işlem özelinde İİK'da herhangi bir hukuki imkân ya da dava öngörülmediğinden, İİK'da özel olarak düzenlenen dava ve hukuki yolların kıyas yoluyla rızaen satış işlemine karşı uygulanması imkânı bulunmamaktadır. Maddi hukuk yönünden ise son derece çeşitli ve tasnifi zor bir muhalefet yolu havuzu karşımıza çıkmaktadır.

Şikâyet Yolu

Her ne kadar rızaen satış işlemi bir takip hukuku işlemi niteliği taşısa da ilgili kanuni düzenleme nedeniyle, söz konusu işlemin şikâyet yoluna tabi olduğunu söylemek son derece güçtür. Zira İİK m. 111/a/III hükmü, icra mahkemesi kararının kesin nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Buna rağmen doktrinde bir görüş, rızaen satış işlemine karşı şikâyet yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir³².

İİK m. 16'da İcra ve İflas dairelerinin yaptığı muamelelerin şikâyete tabi olduğu ifade edilmiştir. Bunun dışında da ancak kanunun açıkça zikrettiği hallerde diğer icra organlarının işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulabilir (Örn. konkordato komiseri için İİK m. 290/son; iflas idaresi için İİK m. 227/I). İcra mahkemesi burada sayılan organlardan değildir. Keza, *ÜSTÜNDAĞ'ın* belirttiği üzere şikâyet, adli

[31] Koç, s. 75-76; Durman, s. 960; Çelikoğlu, s. 416.

[32] Kale, *Online Satış*, Lexpera Blog.; Durman, s. 960.

mercilerin işlemlerine karşı gidilebilecek bir yol değildir³³.

İcra mahkemesi kararlarına karşı yalnızca istinaf kanun yoluna gitmek mümkündür (İİK m. 363). Buna karşın, İİK m. 111/a/III'te icra mahkemesinin rızaen satışa dair kararının kesin mahiyette olduğu zikredilmiştir. Buradaki kesinlikten kastedilen şekli anlamda kesin hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla bu karara karşı kanun yolu da kapatılmıştır³⁴.

Bunun dışında, rızaen satış işlemine karşı İİK m. 134 hükmüne kıyasla ihalenin feshi yoluna başvurulması da mümkün değildir³⁵. Zira ortada bir ihale mevcut olmadığı gibi İİK m. 111/a hükmünün getirilme amacı da açık artırma ve ihaleye alternatif, hızlı bir paraya çevirme usulünün ihdas edilmesidir.

Burada esas incelenmesi gereken noktanın, rızaen satış işleminin dolaylı olarak şikâyet yoluna tabi olup olmadığı hususu olduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde, icra müdürlüğünce yapılan her türlü işleme karşı İİK m. 16 vd. çerçevesinde yolu açıktır³⁶. Bu bağlamda icra müdürünün, borçlunun talebi üzerine borçluya satış yetkisi verilmesi, rızaen satış bedelinin belirlenmesi, dosyanın icra mahkemesine verilmesi gibi işlemlerinin her birine karşı ayrı ayrı şikâyet yoluna başvurulması mümkündür.

İcra müdürünün borçluya satış yetkisi verilmesi prosedüründe gerçekleştirdiği işlemlere karşı şikâyet yoluna başvurulmasının, sürece etkisi ise ayrıca incelenmesi gereken bir durumdur. Kural olarak şikâyeti inceleyen mahkemece aksi yönde karar verilmedikçe şikâyet başvurusu takibi durdurmayacaktır (İİK m. 22). Hal böyleyken, icra mahkemesince satışın durdurulması yönünde karar verilmediği müddetçe borçluya satış yetkisi verilmesi süreci devam edecek ve mahkemenin kabul kararı ile satış gerçekleşecektir. Satış kararının verilmesi ile tıpkı açık artırma sürecinde olduğu gibi satışa konu mal ile takip süreci arasındaki bağlantı kopacağından şikâyet yargılaması konusuz kalacaktır.

Rızaen satış işleminin şartlarının mevcut olup olmadığı hususu hali hazırda icra mahkemesinde incelenmiş olacağından, bu hususun daha

[33] Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 45.

[34] Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral & Özkes, Muhammet. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, Yetkin, İstanbul, 2022, s. 232. Görgün, Börü & Kodakoğlu, s. 241; Pekcanitez, s. 838-839; Bolayır, s. 90. Fransız Hukukunda da karara karşı olağan kanun yolu olan istinaf yolu kapatılmış olmakla beraber, hukuki yararı olan kişilerin olağanüstü kanun yolu olan temyize başvurabilecekleri kabul edilmektedir. Ancak alacaklının da kural olarak temyize başvurmada hukuki yararı olmadığı belirtilmelidir (Piédelièvre & Guerchoun, N. 255).

[35] talı, Ermenek & Erdoğan, s. 291; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin & Özkan, s. 233; Görgün, Börü & Kodakoğlu, s. 242; Aşık, Oruç, Tok & Saçar, s. 252; Yazıcı, Burçin. *İcra ve İflâs Kanunu M.111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi*. *AkdHFD*, 2022/2, s. 1140.

[36] Pekcanitez, s. 837; Koç, s. 95; Yazıcı, s. 1132.

sonra tekrardan başka bir icra mahkemesince şikâyet yargılamasında ele alınması mümkün olmayacaktır. Zira icra mahkemesinin rızaen satış hakkında verdiği karar ilgili satış işlemi yönünden kesin nitelikte olup bu kararda incelenen hususların tekrar ele alınması kesin hüküm etkisi sebebiyle söz konusu olmayacaktır.

Rızaen satıştan dolayı menfaatleri zedelenen alacaklı ve üçüncü kişilerin gerçekleştirecekleri şikâyet, yalnızca icra müdürünün İİK m. 111/a ile Yönetmelik hükümleri başta olmak üzere icra hukuku kurallarına aykırı işlemlerde bulunduğuna ilişkin olacaktır. Bu noktada satış bedelinin düşük olması gibi sebeplerin şikâyete konu edilmesi mümkün değildir. Bu tür itirazlar, ancak ilerde görüleceği üzere genel mahkemeler nezdinde ileri sürülebilecektir.

Tasarrufun İptali Davası

Bilindiği üzere İİK m. 277 vd. hükümleri çerçevesinde, borçlunun malvarlığındaki aktifinin azalmasına sebep olan ve İİK m. 278-280'de belirtilen tasarruf işlemlerine karşı alacaklı tarafından tasarrufun iptali davası açılabilmektedir.

İcra mahkemesinin kabul kararıyla birlikte rızaen satış işlemi bir tasarruf işlemi ile birlikte tamamlanmaktadır. Böylece mahcuz mal borçlunun malvarlığından çıkmakta olup alıcının malvarlığına girmektedir. Söz konusu işlem maddi hukuk karakteri taşımakta olup borçlunun aktifini azaltıcı mahiyettedir.

Hal böyleyken, rızaen satış işlemine karşı kanunda belirtilen şartların mevcut olması durumunda alacaklının tasarrufun iptali davası açmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim hem doktrinde³⁷ hem de Adalet Komisyonunda³⁸ yapılan görüşmelerde rızaen satış işleminin tasarrufun iptali davasına konu olabileceği ifade edilmiştir. Keza, bir ilamın dayandığı tasarruf işlemine karşı dahi alacaklı üçüncü kişinin tasarrufun iptali davası açabileceği kabul edilmektedir³⁹.

Rızaen satış işleminin doğası gereğince, bu işlemi İİK m. 278 ve m. 279 kapsamında sayılan tasarruflar kapsamında ele almak mümkün gözükmemektedir. Zira bu maddelerde sayılan tasarruf tariflerinin hiçbirisi, alacağın kıymet takdiri ile belirlenmiş muhammen bedelinin yüzde doksanına tekabül eden bir bedelle yapılacak satış işlemiyle bağdaşmamaktadır. Bu bağlamda meseleyi, İİK m. 280 hükmü bağlamında, zarar verme kastıyla gerçekleştirilen tasarruflar çerçevesinde değerlendirmek doğru olacaktır.

[37] Pekcanitez, s. 842.

[38] Adalet Komisyonu Tutanakları, T. 05.11.2021; T:1, O:2, s. 100.

[39] Muşul, Timuçin. *İcra-İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, Adalet, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 37.

İİK m. 280 uyarınca, alacaklıya zarar verme kastından dolayı iptal davasında biri objektif diğeri sübjektif olmak üzere iki şartın varlığı aranmaktadır. Objektif şart iki unsurdan oluşmaktadır: iptal konusu tasarrufun kanunda şüpheli dönem olarak belirlenen süre içinde yapılmış olması (i) ve alacaklıların, borçlunun tasarrufu nedeniyle zarar görmesidir (ii)⁴⁰. Sübjektif şart ise, borçlunun mali durumunun ve zarar verme kastının üçüncü kişi tarafından bilinmesi ya da bilinebilecek olmasıdır. Dolayısıyla, takip hukukuna ilişkin şartlardan bağımsız olarak, İİK m. 280 uyarınca iptal davasının kabul edilmesi için objektif ve sübjektif şartların birlikte bulunması gerekmektedir.

İşlemin kanunda belirtilen dönem içerisinde gerçekleşmiş olması (işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olması) şartı yönünden özellik arz eden bir durum mevcut değildir. Yalnızca, tasarruf işlemi mahkeme kararı ile birlikte gerçekleştiğinden tasarrufun iptali davasına konu işlemin tarihi olarak rızaen satış işleminin de tarihi olan, mahkemenin kabul kararı tarihinin esas alınması gerektiği söylenmelidir. Keza malın gerçek değerinin altında bir bedelle satılması durumunda alacaklının zarar görme şartı da gerçekleşmiş olacaktır.

Burada, alıcının, borçlunun zarar verme kastını bilmesi ya da bilebilecek durumda olması hususu özellik barındırmaktadır. Zarar verme kastı, borçlunun davacı alacaklıya ya da muayyen bir alacaklıya değil, genel olarak alacaklılarına zarar verme yani alacaklılarının kendisinden olan taleplerini boşa çıkarma girişimi olarak değerlendirilmelidir⁴¹.

Alıcı, satış konusu malın hacizli bir mal olduğunu bilmektedir. Ancak satışa konu malın mahcuz mal olması tek başına borçlunun zarar verme kastına ya da alıcının bu kastı bilebilecek durumda olmasına delil teşkil etmemelidir. Zira borçlu, malının hızlı bir şekilde ve açık artırmaya nazaran çok daha fazla bir bedelle satılması için de kendisine satış yetkisi verilmesi talebinde bulunmuş olabilecektir.

Bu bağlamda, kanaatimizce borçlunun rızaen satış işlemini zarar verme kastıyla gerçekleştirdiğinin ispatında delil ve emareler yönünde yapılacak incelemede rızaen satış işleminin bu yönü dikkate alınmalıdır. Rızaen satış işlemi tek başına, zarar verme kastını gösterir bir emare sayılmamalıdır.

Ancak, özellikle satışa esas teşkil eden kıymet takdirinin de alacağın gerçek değerini göstermekten uzak olması durumunda gerçekleşecek rızaen satış işlemleri bu yönden şüpheli bir işlem olarak

[40] Umar, Bilge. *Türk İcra – İflas Hukukunda İptal Davası*, İstanbul 1963, s. 82; Erdönmez, Güray. *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali*, İstanbul 2019, s. 105.

[41] Erdönmez, s. 182.

değerlendirilmeye açık olacaktır.

Buna karşın, alacaklıların açık artırma yoluyla paraya çevirmeye nispetle yeterince tatmin edilememesi adına satış yetkisi talebinde bulunulması zarar verme kastına örnek olarak gösterilebilecektir. Özellikle, alıcı ile borçlu arasında satış sözleşmesi ilişkisinden öncesine dayanan yakın bir ilişkinin varlığı halinde alıcının zarar verme kastını bilebilecek durumda olduğu yönünde bir değerlendirme yapılması mümkündür.

Bunun dışında, davacı alacaklının, borçlunun rızaen satış bedelinin dışında da borçlunun mahcuz mal karşılığı alıcıdan ilave ödeme aldığı yahut sair bir hak veya menfaat ispatlayabildiği hallerde rızaen satış işlemi İİK m. 280 çerçevesinde iptale konu bir işlem olarak değerlendirilmelidir. Nitekim bu ihtimalde rızaen satış işlemine konu malın gerçek bedelinin altında bir bedelle paraya çevrilmiş olduğu, dolayısıyla hem alacaklının kasten zarar uğratıldığı hem de alıcının zarar verme kastını bilebilecek durumda olduğu sabit olacaktır.

Rızaen satış işleminin İİK m. 280 çerçevesinde değerlendirilmesi noktasında, üçüncü ve dördüncü fıkrada yer verilen karinelere ayrıca değinilmesi doğru olacaktır.

İİK m. 280/III'te belirtilen karine yönünden; borçluya satış yetkisi verilmesi prosedüründe alıcının kimliği yönünden herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Yalnızca, alıcının kimlik bilgilerinin borçlu tarafından icra dairesine bildirilmesi aranmaktadır (Yön m. 10). Bununla birlikte İİK m. 280/3'te davacı alacaklı lehine ihdas olunan karinenin uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki rızaen satış işlemlerinde borçlu ile yakın ilişkisi olan kişilerin, alacaklı devreden çıkarılarak muhammen bedelin altında bir bedelle mahcuz malın mülkiyetini iktibas etmeleri hali hazırda rızaen satış işleminin sorunlu noktalarından birisidir.

İİK m. 280/IV'teki karine yönünden; Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamına veya mühim bir kısmına tekabül eden bir malın rızaen satışa konu edilmesi söz konusu olabilir. Bu noktada, alacaklı taraf borçluya satış yetkisi verilmesi sürecinden haberdar edilmediğinden, bu karinenin aksini ispatlamaya yönelik fıkrada belirtilen vasıtalara başvurulması da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, bu tür bir malın rızaen satış yoluyla paraya çevrilmesi durumunda alıcı taraf ciddi bir şekilde işlemin iptal edilmesi tehdidiyle karşılaşacaktır. Hâlbuki alacaklıların da borçlunun satış yetkisi verilmesi talebinden haberdar kılınması bu tür bir tehdidi bertaraf etme imkanını sağlayabilirdi.

Muvazaa İddiası

Rızaen satış işlemi, farklı yönlerden muvazaalı bir işlemin konusunu teşkil edebilecektir. Örneğin alacaklı ile borçlunun muvazaalı bir şekilde başlattığı icra takibine istinaden borçlunun malının alacaklı tarafından haczedilmesi ve alacağa mahsuben rızaen satış işlemine konu edilmesi söz konusu olabilir. Bu durum esas itibarıyla icra takibi prosedürün mal kaçırma amacıyla kullanılmasının farklı bir görünümünden ibarettir.

Bunun dışında rızaen satış usulünde karşımıza çıkan ve hükmün kanunlaşma sürecinde tartışılan esas mesele, alacaklının süreçten dışlanması nedeniyle işlemin borçlu ile alıcı arasındaki nitelikli muvazaa işlemine elverişli olmasıdır. Bu sorun özellikle bedelde muvazaa hususunda kendisini göstermektedir.

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde, yukarıda belirttiğimiz üzere icra müdürü ve icra mahkemesi, esas itibarıyla yalnızca belirlenen rızaen satış bedelinin süresi içinde dosyaya yatırılması ile ilgilenmektedir. Bu bağlamda, prosedürün işlemesi için belirlenen rızaen satış asgari bedelinin dosyaya depo edilmesi yeterli görülmüştür. Bununla birlikte, İİK m. 111/a/II’de belirtilen bedel, asgari satış bedeli olup Yönetmelik’in 11. maddesine belirtildiği üzere, esas olan taraflarca belirlenen esas satış bedelini dosyaya yatırmasıdır. Başka bir deyişle, taraflar belirlenen asgari satış bedelinin üstünde bir bedel üzerinden anlaşmışlarsa, asgari bedel değil, anlaşılan bedel dosyaya depo edilmelidir⁴².

Hal böyleyken, alıcının daha yüksek bir bedelle borçlu ile anlaşmasına rağmen icra dosyasına yalnızca asgari satış bedelini yatırmış olması, bedelde muvazaaya (TBK m. 19/I) işaret edecektir. Kural olarak bedelde muvazaa, sözleşmenin bir şartında gerçekleştirilen (kısmi) muvazaa olup, sözleşmeyi tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Bunun en bilindik örneği olan, taşınmaz bedelinin tapuda düşük gösterilmesi halinin, İsviçre’den farklı olarak, satış sözleşmesinin hükümsüzlüğüne sebep olmayacağı, aynı zamanda TBK m. 27 bağlamında hukuka ya da ahlaka aykırı nitelikte olmadığı da kabul edilmektedir⁴³.

Rızaen satışta, bedelin alacaklıyı yanıltmak amacıyla farklı gösterilmesi durumunda ise eksik harç ve vergi ödemek sebebiyle tapuda satış

[42] Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 232.

[43] Esener, Turhan. *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956, s. 64; Eren, s. 401; “Tarafların tapu satış senedinde bedeli az göstermeleri bilindiği üzere az vergi ödemek amacıyla yapılan bir işlem olup taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olmasına neden olmayacaktır. Bu halde tarafların satış sözleşmesini yapmayı ciddi olarak istedikleri ve muvazaanın sözleşmenin tamamında değil bir kısmında gerçekleştiği anlaşıldığına göre, davacı tarafın, resmi satış senedindeki bedelde muvazaa yapıldığı ve bedelin daha yüksek olduğu iddiasını kanıtlaması gerekir.” Yargıtay 3. HD E. 2022/5514 K. 2022/7505 T. 10.10.2022.; aksi yönde Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem – Sözleşme*, 6. Basi, İstanbul 2014, s. 359.

bedelinin eksik gösterilmesiyle farklılık arz eden bir muvazaa amacı mevcuttur. Ancak yine de nitelikli bir muvazaa hali söz konusu olduğundan ve şekil şartına aykırılığa neden olabilecek bir ihlal mevcut olmadığından, rızaen satış işleminin tamamen hükümsüz kılınmasına sebep bulunmamaktadır. Bu noktada, rızaen satış bedelinin tayininde gizli anlaşmanın esas alınmasına yönelik bir muvazaa iddiası dermeyeran edilecektir⁴⁴.

Rızaen satış bedelinin muvazaalı olduğu ve malın gerçekte çok daha yüksek bir bedelle alıcıya satıldığı iddiasında bulunan alacaklı, davacı üçüncü kişi konumundadır. Bu davada, davacının hukuki yararının (HMK m. 114/1-h) varlığının kabul edilmesi için dosyaya ödenen rızaen satış bedelinin davacı alacaklının alacağını tatmin etmemiş olması gerekmektedir.

Üçüncü kişi konumundaki alacaklının açacağı bu davada alacaklı, muvazaa iddiasını her türlü delil yoluyla ispat edebilecektir (HMK m. 203/1-d)⁴⁵.

Alıcı ile borçlunun anlaşığı esas bedel üzerinde muvazaanın tespiti durumunda bunun sonucu ne olacaktır? Öncelikle bu durumda hem İİK m. 111/a hem de Yönetmelik m. 11 uyarınca alıcı tarafından ödenmesi gereken rızaen satış bedeli gizli anlaşmaya göre tayin edilmelidir. Bu durumda, alıcı tarafından gerçek rızaen satış bedeli icra dosyasına eksik ödenmiş olacaktır. Bu halde alacaklının, bakiye rızaen satış bedelinin icra dosyasına yatırılması için başvurabileceği yolu belirlemek gerekmektedir.

İlk olarak, İİK m. 361 hükmünün uygulama alanı bulabileceği düşünülebilecektir. Ne var ki burada borçludan fazla para tahsili yahut icra dairesine başka bir kişiye yanlışlıkla ödeme yapılması söz konusu değildir. Bu nedenle, İİK m. 361'e dayanılarak alıcıdan bakiye rızaen satış bedelinin istenmesine karşı koyulması söz konusu olabilecektir.

Bir diğer seçenek olarak, alacaklının alacağı mahsuben açık artırmaya katılması ve mahcuz malı satın alması durumunda ihale bedel farkının doğduğu duruma uygulanan kurallar burada benimsenebilir. Bilindiği üzere, her ne kadar İİK'nun artırmaya ilişkin hükümlerinde açıkça yazmasa da İİK m. 134/XIII alacaklının alacağına mahsuben artırmaya katılabileceği ve ihale konusu malı satın alabileceği kabul edilmektedir. Yalnız birden fazla alacaklının bulunduğu halde, öncelikle sıra cetveli yapılması ve böylece alacaklının alacağının ihale bedelini karşılayıp karşılamadığı hususunun saptanması gerekmektedir. Eğer ihale bedel

[44] Eren, s. 407.

[45] Yargıtay HGK 2013/1622 E. 2015/1238 K. 17.04.2015 T.

farkı mevcutsa yani alacaklının alacağı ihale bedelini karşılamıyorsa, bu durumda öncelikle alacaklıya farkın ödenmesi için muhtıra gönderilmektedir⁴⁶. Burada da eksik ödendiği tespit olan rızaen satış bedelinin tamamlanması için alacaklının elindeki muvazaayı gösterir ilama müsteniden alıcıya, bakiye rızaen satış bedelinin icra dosyasına ödenmesi için muhtıra gönderilmelidir⁴⁷. Alıcının, bu muhtıraya riayet etmemesi durumunda ise başvurulacak yolu kanunun doğrudan gösterdiğini söylemek mümkün değildir. Keza İİK m. 115/VII hükmüne mikyasla rızaen satışın iptali yoluna gidilmesinin de yasal dayanağı bulunmamaktadır.

Bu noktada, kanaatimizce başvurulabilecek yol İİK m. 89'da yer almaktadır. Şöyle ki borçlu ile alıcı arasındaki rızaen satış işleminin temelini oluşturan borçlandırıcı işlem gereğince alıcının rızaen satış bedelini aşacak şekilde borcu olduğu hususu muvazaayı tespit eden ilam ile sabit hale gelmektedir. Bunun yanında İİK m. 111/a ve Yönetmelik m. 11 gereğince alıcının, borcu olan bu bakiye bedeli borçluya değil icra dairesine ödemesi gerektiği hususu da İİK m. 89/1'e paralel şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Kaldı ki alıcının bu durumda TMK m. 3 gereğince iyi niyetinden, dolayısıyla borçluya yapmış olduğu ödeme nispetinde sorumluluktan kurtulacağından da bahsedilmeyecektir. Burada da İİK m. 89/IV'teki düzenlemenin çözmeye çalıştığı sorunla benzer bir durum vardır, üçüncü kişi gerçeğe aykırı beyan ve işlemlile takip alacaklısını zarara uğratmaktadır⁴⁸. Hal böyleyken, bizce bakiye rızaen satış bedelinin dosyaya ödenmesi için alıcıya İİK m. 89 gereğince haciz ihbarnamesi gönderilmesi ve anılan maddedeki prosedürün takip edilmesi yerinde olacaktır.

Alıcının haciz ihbarnamesine itirazı halinde alacaklı, İİK m. 89/IV'e göre tazminat davası açabilecek ve alıcının İİK m. 338/1'e göre cezalandırılmasını isteyebilecektir. Alacaklının bu ihtimal dahilinde

[46] "Öte yandan taşınmaz alacağına mahsuben ihale ile alan alacaklının haciz veya ipotek alacağından önce gelen satışa çıkartılan taşınmaz (veya taşınır) üzerinde haciz veya ipotek olması halinde ileride sıra cetveli yapılması gerekeceğinden alacaklının alacağına ihale bedelini karşılayıp karşılamadığı saptanarak bir başka ifade ile alacaklı aleyhine ihale bedel farkı doğduğu tespit edilerek, alıcıdan önce haciz veya ipotek kaydının bulunup bulunmadığı, eğer alacaklı alıcıdan önce konulmuş olan haciz veya ipotek bulunması halinde üçüncü kişilerin alacak miktarlarının da belirlenmesi gerektiği dahi belirlenmeden alacaklı alıcıya muhtıra çıkartılmayacağı da tartışmalıdır." Yargıtay HGK E. 2017/12-732 K. 2019/14 T. 17.1.2019. Belirtmek gerekir ki 7343 s. Kanun ile İİK m. 118'de ve m. 130'da yapılan değişiklikler ile ihale bedelinin ödenme süresine dair icra müdürlüğünce süre verilmesi kuralı değiştirilmiş, her halde ödemenin artırma tutanağının ilanından itibaren 7 gün içinde yapılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak kanaatimizce bu durum, alacağına mahsuben ihale konusu malı satın almada benimsenen esasları etkilememektedir.

[47] İİK m. 111/a/III'e istinaden alıcıya verilecek bu sürenin azami 15 gün olabileceği söylenebilecektir.

[48] Karş. Akil, Cenk. *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*, Yetkin, Ankara 2013, s. 192.

açacağı davada ise özel bir durum bulunmaktadır. Şöyle ki alıcının üçüncü kişi olarak itirazının aksi hali hazırda HMK m. 204/I uyarınca kesin delil niteliğindeki bir ilam ile (muvazaaya dair mahkeme ilamı) sabit olacaktır. Dolayısıyla alacaklının İİK m. 89/4 gereğince açılan davalarda genel olarak yaşadığı ispat zorluğu burada bertaraf edilmiş olacaktır.

Alım – Önalım – Geri Alım Hakkının İleri Sürülmesi

Kanun ya da sözleşme yoluyla bir kişiye, tek taraflı bir irade beyanıyla bir malı satım yoluyla iktisap yetkisi veren haklar olan alım, önalım ve geri alım hakları yenilik doğuran haklardan sayılmaktadırlar⁴⁹. Kural olarak, sözleşme ile kurulmuş tapuya şerh edilmiş alım, önalım ve geri alım haklarının cebri satış işlemleri karşısında korunduğu kabul edilmektedir (TMK m. 1009/II)⁵⁰. Bununla birlikte paylı mülkiyette pay sahiplerine tanınan kanuni önalım hakkının “*Cebri artırmayla satışlarda*” kullanılmayacağı kabul edilmiştir (TMK m. 733/I).

Tapuya şerh verilmiş akdi alım, önalım ve geri alım hakkının kullanımı hususunda, rızaen satış işlemine konu mal özelinde herhangi bir istisnai durum söz konusu değildir. Zira rızaen satışa konu mal, hacizden önce tatbik edilmeleri kaydıyla bu yüklerle birlikte alıcıya geçecektir.

Bununla birlikte kanuni önalım hakkının korunup korunmayacağı hususu ciddi şekilde tartışmaya açıktır. Doktrinde bir görüş, rızaen satış işleminin cebri tasarruf işlemi olduğundan bahisle rızaen satış işlemine konu mal hakkında da kanuni önalım hakkının korunmayacağını savunmaktadır⁵¹. Kanaatimize göre kanuni önalım hakkının rızaen satış işlemine konu mal yönünden kullanılması önünde bir engel bulunmamaktadır⁵². Öncelikle TMK m. 733/I hükmü kanuni önalım hakkının kullanımı engelini cebri artırmayla satışlar ile sınırlamıştır. Burada icra hukuku karakterli bir satış işlemi olsa dahi bu işlem artırma niteliğinde değildir. Kanuni önalım hakkının kullanımının engellenmesi, aynı zamanda savunmuş olduğumuz işlemin maddi hukuk karakterine aykırılık teşkil edecektir. Bunun yanında, açık artırma yoluyla satıştan farklı olarak burada kanuni önalım hakkı sahiplerinin süreçten haberdar edilmemesi ve bu yolla pay sahiplerinin bilgisi dışında birisinin paylı mülkiyete sahip olması kanuni önalım hakkının korumayı amaçladığı menfaat ile çelişecektir. Aksinin kabulü halinde, kanuni önalım hakkının etrafından dolanılması için de zemin hazırlanmış olacaktır.

[49] Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin, Ankara 2005, s. 147.

[50] Kuru, El Kitabı, s. 586.

[51] Pekcanıtez, s. 842; Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 291; Bolayır, s. 88; Durman, s. 961.

[52] Karş & Öztekin, s. 27.

İşlemin Tarafları Tarafından Sözleşmeye Aykırılığın Dermeyan Edilmesi

Bu ana kadarki açıklamalarımız, rızaen satış işleminin dışında tutulan üçüncü kişiler, bilhassa alacaklılar tarafından icra hukuku ve maddi hukuk çerçevesinde başvurulabilecek hukuki imkanları ana hatlarıyla göstermeyi amaçlamaktadır. Önceliğimizin üçüncü kişiler olmasının başlıca nedeni, kanun koyucunun bu kişileri süreçten tamamen dışlaması ve görünürde bu kişilerin rızaen satış işlemine karşı başvurabilecekleri bir yol göstermemesidir.

Bununla birlikte, rızaen satış işlemi, bizzat işlemin taraflarınca da hukuki muhalefete konu edilebilecektir. Zira, yukarıda bahsettiğimiz üzere taraflar arasındaki ilişki esas itibarıyla bir maddi hukuk ilişkisi, ezcümle bir satış sözleşmesi ilişkisidir⁵³. Bu itibarla kural olarak taraflar, karşı tarafın sözleşmede yer verilen edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinden dolayı borçlar hukuku kurallarına göre talepte bulunma hakkını haizdirler. Ancak alıcının ya da borçlunun sözleşmeye aykırılık sebebiyle, icra mahkemesi kararıyla vücut bulan rızaen satış işlemi iptal ettirmesi mümkün değildir. Zira rızaen satış işlemi kesin mahiyette olup alıcı ile borçlu arasındaki maddi hukuk ilişkisi bu işleme ve dolayısıyla icra dosyasına sirayet etmeyecektir.

Öte yandan hem genel hükümler hem de satış sözleşmesine dair özel hükümler çerçevesinde tarafların sahip olduğu hakların kullanımında, rızaen satış işleminin cebri icra karakterinin göz ardı edilmesi de mümkün değildir.

Öncelikle, sözleşme konusu malın ayıplı olması ya da zapta uğraması halinde TBK'nun zapta (TBK m. 214) ve ayıba ilişkin hükümlerinin (TBK m. 219 vd.) uygulanabilirliği üzerinde durmak gerekmektedir. Tıpkı yukarıda değindiğimiz TMK m. 733/I hükmüne benzer şekilde, TBK m. 280'de "*Cebrî artırmalarda zapttan ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaz.*" denilmektedir. Nitekim açık artırma yoluyla cebri satışta, ihale konusu malın şartnamedeki özellikleri haiz olmadığı hususu ancak "satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya" binaen ihalenin feshi çerçevesinde (İİK m. 134/X) ileri sürülebilmektedir⁵⁴. Bununla

[53] Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz & Hanağası, s. 393, dn. 12; Koç, s. 73; Durman, s. 960.

[54] Yargıtay İBGK E. 1952/14 K. 1953/6 T. 24.6.1953; "BK.nun 230. maddesi gereğince artırma şartnamesinde yasal bir taahhüdün bulunması veya artırmaya iştirak edenlere karşı bir hile yapılmış olması halleri müstesna olmak üzere cebri artırmalarda tekeffül yoktur. Davalılardan M. N. otonun sahibi değildir. Aksine onun araç sahibinden alacağını icra yolu ile alabilmesi için oto ihaleye çıkarılmış ve satılmıştır. Adı geçen davalının davacıya karşı bir hile yaptığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Daha önce davacının satışın iptali ve ihalenin feshi için icra Tetkik Merciiine yaptığı müracaat 7 günlük süre geçirildiğinden Mercii Hakimiğince ret edilmiştir. Bu nedenlerle satılanın ayıbına dayanan işbu istirdat davasında, davalılardan M. N.'ye husumet yöneltilemez. Bu davalının borçludan alacaklı olduğu kesinleştiğine göre, satış bedeli mal

birlikte, yine yukarıda belirttiğimiz üzere, rızaen satış işlemi cebri artırma mahiyetinde değildir.

Bunun yanında, cebri artırmanın aksine, burada alıcının malın ayıplı olduğu hususunu dermeyer edebileceği bir ihalenin feshi yolu da mevcut değildir. Bundan dolayı, İİK m. 280/I hükmünün rızaen satış işlemi için de uygulanacağına dair görüşe⁵⁵ katılmıyoruz.

Temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönülmesi durumunda da rızaen satış işlemi tamamıyla borçlar hukuku kurallarına tabidir. Buna göre, taraflar arasındaki maddi hukuk sözleşmesine göre borçlu (sözleşmede satıcı) ya da alıcı, karşı tarafın temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını haizdir. Örneğin taraflar, dosyaya ödenen rızaen satış bedelinden daha fazla bir bedelle anlaşmış ve alıcı bakiye bedelin ödenmesinde temerrüde düşmüşse yahut satıcı taraf üstlendiği başka bir edimi ifade temerrüde düşmüşse TBK'daki şartların mevcut olması halinde sözleşmeden dönülebilecektir. Böyle bir durumda dönme işlemi, sadece taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisi açısından sonuç doğuracaktır; icra dosyasına herhangi bir etkisi olmayacaktır. Zira maddi hukuk yönünden, icra mahkemesinin vermiş olduğu karar tasarruf işlemini gerçekleştirmekle birlikte mahcuz mal üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlamasını kaldırmış bulunmaktadır. Bu itibarla alıcının, icra dosyasına yatan para üzerinde herhangi talepte bulunması mümkün değildir. Alıcı, sözleşmeden dönme üzerine bedelin iadesi talebini yalnız borçluya karşı yöneltebilecektir.

Taraflar arasındaki sözleşmenin irade bozukluğu neticesinde akdedilmesi durumunda da irade bozukluğunu ileri süren taraf TBK m. 30 vd. hükümlerine başvurabilecektir⁵⁶. İrade bozukluğu sebebiyle iptal hakkının kullanılması, yine yalnızca taraflar arasındaki borçlandırıcı işlem yönünden sonuç doğuracaktır. Bu ihtimalde de icra mahkemesinin kararıyla tamamlanan rızaen satış işleminin ortadan kaldırılması mümkün değildir. Öte yandan, eğer alıcı tarafın yanılması, icra memurunun kusurundan kaynaklanıyorsa, örneğin kıymet takdirinde malın vasıflarının hatalı bir şekilde gerçekleştirilmesi söz konusuyla bu durumda, TBK m. 36/II ve İİK m. 5 hükümleri gereğince icra memurunun eyleminden kaynaklı hukuki sorumluluğa başvurulabilecektir. Ancak bu durumda dahi rızaen satış işleminin iptali mümkün değildir.

Bunların dışında alıcı ile borçlu, aralarında akdettikleri sözleşmede

varlığına girmekle, nedensiz zenginleştiği de ileri sürülemez." Yargıtay 13. HD E. 1985/6068 K. 1986/874 T. 18.2.1986.

[55] Pekcanitez, s. 241.

[56] Pekcanitez, s. 242; Görgün, Börü & Kodakoğlu, s. 242; Atalı, Ermenek & Erdoğan, s. 291; Bolayır, s. 90, dn. 78.

başka edimler yüklenebilirler yahut ceza koşulu öngörebilirler. Bu hallerin de tamamı esas itibarıyla borçlar hukukunun alanına girmektedir. Dolayısıyla, borçlu ile alıcı arasındaki hukuki ilişkinin tamamıyla maddi hukuk perspektifinden ele alınması gerekmekte olup, rızaen satış işleminin icra hukuku karakteri, bu ilişkiden doğan hukuki uyumsuzlukların maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmesini engellemeyecektir.

SONUÇ

Borçluya satış yetkisi verilmesi prosedürü neticesinde gerçekleşen rızaen satış işlemi ile birlikte mahcuz mal paraya çevrilmiş olacaktır. Paraya çevirmenin gerçekleşmesiyle, işlem icra hukuku yönünden kesinleşmiş ve sonuçlarını doğurmuş olacaktır.

İlgili kurumu düzenleyen İİK m. 111/a hükmü, bu işlemi meydana getiren mahkeme kararının şeklen kesin olduğunu düzenlemekle iktifa etmiştir. Her ne kadar rızaen satış işlemine zemin oluşturan icra dairesi işlemleri ayrı ayrı şikâyet yoluna tabi olsalar da hali hazırda yürümekte olan borçluya satış yetkisi verilmesi prosedüründe icra mahkemesi bu işlemleri denetleyecektir. Dolayısıyla ilgililerin şikâyet başvuruları, rızaen satış talebinin kabul kararıyla konusuz kalma ihtimaliyle karşılaşacaklardır.

Bununla birlikte, rızaen satış işlemi aynı zamanda maddi hukuk karakteri taşımakta olup esas olarak maddi hukuk yönünden, satış sözleşmesinin sonuçlarını göstermektedir. Bu karakter gereğince rızaen satış işlemine karşı işlemin dışında kalan üçüncü kişilerin ve işlemin taraflarının maddi hukuk kurallarına binaen muhalefette bulunmaları önünde engel bulunmamaktadır.

Üçüncü kişi konumundaki alacaklıların rızaen satış işlemine karşı başvurabilecekleri başlıca yollar tasarrufun iptali ile muvazaa iddiası olarak öne çıkmaktadır. Üçüncü kişilerin, akdi alım haklarını alıcıya karşı kullanmaları da söz konusu olabilecektir. Hatta, cebri artırma yoluyla satışın aksine, paylı mülkiyete konu bir malın rızaen satışı sonrası, diğer paydaşların kanuni önalım hakkını kullanmaları dahi mümkün addedilmelidir. Zira cebri artırma yönünden bu hakkı kısıtlayan TMK m. 733'ün istisna niteliği göz önüne alındığında, rızaen satış açısından uygulanmasının altyapısı bulunmamaktadır.

Rızaen satış işlemi karşısında esas olarak süreçten soyutlanan üçüncü kişilerin menfaatleri tehlikeye düştüğünden öncelikle bu kişilerin başvurabileceği muhalefet yolları üzerinde durmuş bulunmaktayız. Bununla birlikte rızaen satış işleminin maddi hukuk yönü, işlemin taraflarının da bu işlem hakkında hukuki yollara başvurmalarına, hatta

rızaen satış işleminin tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesine imkân tanınmaktadır. Bu yönden de rızaen satış işleminin bir özel hukuk (satış) sözleşmesinden farkı bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, rızaen satış işlemine karşı, üçüncü kişilerce yahut işlemin taraflarınca muhalefette bulunulması, hatta maddi hukuk hükümleri çerçevesinde bu işlemde dönülmesi yahut işlemin hükümsüz kılınması, takip hukuku yönünden bir etkiye yol açmayacak, ezcümle derdest icra takibi yönünden gerçekleştirilen paraya çevirme işlemi etkilenmeyecektir. Buna sebep, rızaen satış işleminin takip hukuku yönünden kesinliği olup, kararıyla gerçekleşen rızaen satış yoluyla paraya çevirme işleminin sıhhatinin, maddi hukuktan kaynaklı sebeplerle bozulması mümkün olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. *Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi*. Yetkin, Ankara, 2013.
- Arslan, Aziz Serkan. *İcra Takip İşlemler Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Arslan, Ramazan. *İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema & Hanağası, Emel. *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.
- Aşık, İbrahim. *İcra Sözleşmeleri*. Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Aşık, İbrahim; Oruç, Yakup; Tok, Ozan & Saçar, Ömer Faruk. *İcra ve İflas Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim & Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflâs Hukuku*. 6. Bası, Yetkin, Ankara 2022.
- Bolayır, Nur. Fransız Hukuku'nda Vente Amiable (Dostane Satış) Kurumu. *AÜHFD*, 2023/1, s. 67-96.
- Boran Güneysu, Nilüfer. İcra Takip İşlemleri. *TBBD*, Yıl: 2012, Sayı: 101, s. 31-60.
- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Yetkin, Ankara 2005.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel. 7343 Sayılı Kanun'la İİK'da Yapılan Paraya Çevirme Ve İhalenin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim Ve İzahı. *Adalet Dergisi*, Yıl: 2022, Sayı: 68, s. 409-450.
- Durman, Okay. İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikle Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi. 8. *Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı*, Asos Yayınevi, Elâzığ, 2022, s. 952-961.
- Erdönmez, Güray. *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali*. On İki Levha, İstanbul, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.
- Esener, Turhan. *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*. Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956.
- Görgün, Şanal; Börü, Levent & Kodakoğlu, Mehmet. *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.
- Kale, Serdar. *İcra ve İflas Hukukunda Online Satış*, Lexpera Blog, 27.11.2021 (Güncelleme Tarihi: 05.12.2021).
- Karşlı, Abdurrahim. *İcra ve İflas Hukuku*. 4. Baskı, Alternatif, Ankara 2014.
- Kılıçoğlu, Evren. *İcra Sözleşmeleri*. Arıkan, İstanbul 2005.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem – Sözleşme*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

- Koç Evren. Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi. *Necmettin Erbakan Hukukun Güncel Meseleleri Özel Hukuk (Ed: Prof. Dr. Nuran Koyuncu)*, Konya, 2022.
- Koç, Evren; Konuralp, Cengiz Serhat & Candemir, Mehmet Ünsal. 7323 Sayılı Kanun ile 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun Konkordatoya İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sümer, İstanbul, 2021.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2013.
- Martin, Xavier. Saisie Immobilière : De La Bonne Pratique De La Vente Amiable Sur Autorisation Judiciaire. *DEFRENOIS*, N° 39, 24 Septembre 2020.
- Meriç, Nedim. *İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında)*. On İki Levha, İstanbul, 2022.
- Muşul, Timuçin. *İcra-İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*. 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2017
- Namlı, Mert. *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. On İki Levha, İstanbul, 2019.
- Oğuzman, M. Kemal & Barlas, Nami. *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*. 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Özümücü, Seda. *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Öztek, Selçuk. *Cebri Satışlarda (Yeni Bir Açık Artırma Türü Olarak) Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satışa İlişkin Bazı Notlar*. Platon Hukuk, İstanbul, 2022.
- Pekcanitez, Hakan. Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi. *GSÜHFD*, 2022/1, s. 819-848.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral & Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*. 9. Bası, Yetkin, İstanbul, 2022.
- Piédelièvre, Stéphane & Guerchoun, Frédéric. Saisie Immobilière. *Dalloz Repertoire de Procédure Civile*, Novembre, 2021 (daloz.fr).
- Rapport Au Président De La République Relatif À L'ordonnance N° 2006-461 Du 21 Avril 2006 Réformant La Saisie Immobilière, N. 1.3.3. (legifrance.fr).
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Galip Sermet; Burcuoğlu, Haluk & Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Umar, Bilge. *Türk İcra - İflas Hukukunda İptal Davası*. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 82.
- Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*. 8. Bası, İstanbul, 2004.
- Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt: I-II (Çev: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.
- Yazıcı, Burçin. İcra ve İflâs Kanunu M.111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi. *AkdHFD*, 2022/2, s. 1119-1147.

