Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2022/2

TÜBİTAK ULAKBİM Hakemli Dergi
EBSCOhost

Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 101
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 80

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (Editör)

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Prof. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ (Editör Yardımcısı)

Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Arş. Gör. Dilşad KUĞUOĞLU (Raportör)

Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

Arş. Gör. Ömer Mert YILMAZ

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Olivier DÉCIMA (Université de Bordeaux, France)

Prof. Dr. Mariavaleria DEL TUFO (Universita Suor Benincasa, Italy)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (İstanbul Bilgi Üni.)

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Okan Üni.)

Prof. Dr. Tarsis Barreto OLIVEIRA (Université Fédérale de Tocantins et à l'Université d'État de Tocantins, Brésil)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Faruk ACAR

Prof. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY

Prof. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ

Prof. Dr. Ebru CEYLAN

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Prof. Dr. Pınar KARTAL

Prof. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ

Prof. Dr. Y. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR

Prof. Dr. Samim ÜNAN

Doç. Dr. Sami AKSOY

Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK

Doç. Dr. Halil ALTINDAĞ

Doç. Dr. Nilay ARAT

Doç. Dr. Taylan BARIN

Doç. Dr. Abdullah Batuhan BAYTAZ

Doç. Dr. Nur BOLAYIR

Doç. Dr. Oya BOYAR

Doç. Dr. Berk DEMİRKOL

Doç. Dr. Meral EKİCİ

Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK

Doç. Dr. Doruk GÖNEN
Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN
Doç. Dr. Burak HUYSAL
Doç. Dr. Bleda Rıza KURTDARCAN
Doç. Dr. Elif KÜZECİ EROL
Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK
Doç. Dr. Berke ÖZENÇ
Doç. Dr. Öz SEÇER
Doç. Dr. Cemil SİMİL
Doç. Dr. Cüneyt SÜZEL
Doç. Dr. Tolga ŞİRİN
Doç. Dr. Mete TEVETOĞLU
Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ
Doç. Dr. Ahmet YAYLA
Doç. Dr. Çiğdem YAZICI
Doç. Dr. İlhan YILMAZ
Doç. Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN
Doç. Dr. Fülurya YUSUFOĞLU BİLGİN
Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN
Dr. Öğr. Üyesi Rifat CANKAT
Dr. Öğr. Üyesi Halil Ali DURAL
Dr. Öğr. Üyesi Rahime ERBAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK
Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Gül KARAGÖZ
Dr. Öğr. Üyesi Serkan KÖYBAŞI
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Beril ÖZCANLI
Dr. Öğr. Üyesi İsmail PAMUK
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ŞAHİN
Dr. Öğr. Üyesi Faruk Yasin TURİNAY
Dr. Öğr. Üyesi Cem VEZİROĞLU
Dr. Nebile Pelin MANTI
Dr. Şinasi Özgür MUMCU
Arş. Gör. Emin ÇAMURCU

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2022 yılının Aralık ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556
Yayın : SEÇKİN YAYINCILIK A.Ş. - Emre Kızmaz
Sertifika No: 45644
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL
e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (abstract), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.

5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfer başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.

6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar "nesnel değerlendirme ilkesi" uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.

8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

9. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF
1. Kalın ve Sadece İlk Harfer Büyük
A. Kalın ve Sadece İlk Harfer Büyük
a. Beyaz ve Sadece İlk Harfer Büyük
aa. Beyaz ve Sadece İlk Harfer Büyük

10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

11. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümleme yapılabilir.

a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16. bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör), ..., ...

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), Eser adı (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu", **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir. Big Data, Crime and Security, Parliamentary Offce of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, http://researchbriefngs.fles.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POST-PN-470.pdf (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harflerle yazarın soyadı; eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkiden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını "ve diğ./et al." ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

13. Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **1 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **1 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

14. Bu Dergide yer alan yazılara yapılacak atıfların aşağıdaki şekilde olması önerilir:

Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları.

Örnek: KOÇ Sedef, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu", **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. **Bleda Rıza KURTARCAN** **1223**
Dr. **Şinasi Özgür MUMCU**

2022: DENİZ SAVAŞLARI HUKUKUNDA BEKLENEN KIRILMA YILI (MI?)

2022: THE TURNING POINT FOR THE LAW OF NAVAL WARFARE?

Dr. Öğr. Üyesi **Rahime ERBAŞ** **1241**

"COMPLIANCE" FENOMENİ EKSENİNDE ŞİRKET İÇ SORUŞTURMALAR VE TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ OLASI SONUÇLARI

INTERNAL INVESTIGATIONS IN THE FRAME OF THE COMPLIANCE PHENOMENON AND ITS PROBABLE CONSEQUENCES IN TURKISH CRIMINAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi **Harun MURATOĞULLARI** **1287**

SİYASİ EŞİTLİK VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ARASINDA SEÇİM HARCAMALARI SINIRLANDIRMALARI

LIMITATIONS ON ELECTION SPENDING BETWEEN POLITICAL EQUALITY AND FREEDOM OF EXPRESSION

Dr. Öğr. Üyesi **M. Buket SOYGÜT** **1343**

THE EVALUATION OF SOCIAL MEDIA EVIDENCE IN THE TRIALS OF ATROCITY CRIMES

ULUSLARARASI AĞIR SUÇLARIN YARGILANMASINDA SOSYAL MEDYA DELİLLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi **Murat Buğra TAHTALI** **1365**

TÜRK HUKUKUNDA BİR ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK OMBUDSMAN DENETİMİNİN İDARE HUKUKUNA VE İDARİ DAVALARA ETKİSİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION ON THE EFFECT OF OMBUDSMAN AUDIT ON ADMINISTRATIVE LAW AND ADMINISTRATIVE CASES AS AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLITION IN TURKISH LAW

Dr. Öğr. Üyesi **Yağız YAVUZ** **1405**

GERÇEK ÖZGÜ SUÇA ŞERİK SIFATIYLA KATILANLARIN CEZASI:
ALMAN CEZA KANUNU §28/1 HÜKMÜ KAPSAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

PUNISHMENT OF AN ACCOMPLICE WHO PARTICIPATES IN GENUINE CRIMES DEMANDING THE PERPETRATOR'S SPECIAL STATUS:
AN ASSESSMENT UNDER §28/1 OF THE GERMAN PENAL CODE

Dr. **Meliz ERDEM** **1437**

REMEDYING DISPLACEMENT IN CYPRUS:
A GUIDANCE FOR "NON-TRANSITIONAL" SOCIETIES

KIBRIS'TA YERİNDEN EDİLMEYE ÇARE BULMAK:
"GEÇİŞ DÖNEMİ İÇERİSİNDE BULUNMAYAN TOPLUMLAR" İÇİN REHBER

Benjamin H. BARTON **1463**
Çeviren: Arş. Gör. **Recep Ersel ERGE**

HARRY POTTER VE YARI ÇILGIN BÜROKRASİ

Arş. Gör. **Abdulkadir GÜLÇÜR** **1483**

DOĞU EGE ADALARININ EGEMENLİĞİ SORUNU VE ASKERDEN ARINDIRILMIŞ OLMALARI STATÜSÜNÜN ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

THE PROBLEM OF SOVEREIGNTY OF THE EASTERN AEGEAN ISLANDS AND THE EVALUATION OF THEIR DEMILITARIZED STATUS IN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LAW

Arş. Gör. **Burak TAŞ** **1515**

MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

APPLICABILITY OF UNJUST PROVOCATION PROVISIONS AT CRIMES AGAINST PROPERTY

Av. **Dicle DEMİR**, LL.M. **1555**

INTRA-OCCUPIED TERRITORIAL POPULATION TRANSFER
AN ASSESSMENT UNDER ARTICLE 49 OF THE GENEVA CONVENTION IV

İŞGAL ALTINDAKİ TOPRAKLAR ÜZERİNDE NÜFUS TRANSFERİ
DÖRDÜNCÜ CENEVRE SÖZLEŞMESİ'NİN 49. MADDESİ KAPSAMINDA
BİR DEĞERLENDİRME

Seyfullah TOSUN **1575**

KURALLAR VE İLKELER: ALEXY'NİN İLKE-NORMUNUN REDDİ VE ANAYASAL HAKLARIN NORMATİF OLARAK YENİDEN YAPILANDIRILMASI

RULES AND PRINCIPLES: EXCLUSION OF ALEXY'S PRINCIPLE-NORM AND NORMATIVE RECONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. **Hakan PEKCANITEZ** **1633**

TAHKİMDE İDDİA VEYA SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ

EXPANDING OR CHANGING THE CLAIM OR DEFENSE IN ARBITRATION

Prof. Dr. **İpek SAĞLAM** **1655**
Arş. Gör. **İsmail DEDE**

ÇOCUKLARA ÖZGÜ ÖRGÜTLENME MODELİ: ÇOCUK DERNEKLERİ

CHILD-SPECIFIC ORGANIZATION MODEL: CHILDREN'S ASSOCIATIONS

Doç. Dr. **Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN** **1679**

TBK M. 116 VE TBK M. 507/II'DEKİ SORUMLULUK HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA KAPSAMI:
"YARDIMCI KİŞİ" - "ALT VEKİL" - "İKAME VEKİL"

THE SCOPE OF THE APPLICATION OF LIABILITY PROVISIONS IN ARTICLE 116/I AND ARTICLE 507/II OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS (TCO):
"PERFORMANCE ASSISTANCE" - "SUB-AGENT"

Doç. Dr. **Tuba BİRİNCİ UZUN** **1715**

HAVAYOLUYLA YAPILAN ULUSLARARASI TAŞIMALARDA TAŞIYICININ MİKTAR İLE SINIRLI SORUMLU OLDUĞU HALLER VE ÖZEL FAYDA (MENFAAT) BEYANIYLA TAŞIYICININ SORUMLU OLDUĞU MİKTARIN ARTIRILMASI

THE LIMITED LIABILITY OF THE CARRIER IN INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR AND INCREASING THE LIMIT OF LIABILITY BY SPECIAL DECLARATION OF INTEREST

Doç. Dr. **Evren KOÇ** **1757**

İLAMSIZ İCRA TAKİPLERİNDE İİK M. 33A (İİK M. 71/2) HÜKMÜNDEN KAYNAKLANAN DAVALARIN NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

CHARACTERISTIC AND FEATURES OF THE LAWSUITS ARISING FROM ART. 33A (ART. 71/2) OF THE LAW ON EXECUTION AND BANKRUPTCY WITHIN THE CONTEXT OF EXECUTION PROCEEDINGS WITHOUT JUDGMENT

Doç. Dr. **Fülurya YUSUFOĞLU BİLGİN** **1797**

INDIRECT INFRINGEMENT OF SECOND MEDICAL USE PATENTS

İKİNCİ TIBBİ KULLANIM PATENTLERİNİN DOLAYLI İHLALİ

Doç. Dr. **Özge YÜCEL** **1817**

CİNSİYET KİMLİĞİNİN VE CİNSEL YÖNELİMİN MEDENİ HUKUKTA STATÜSÜ

THE STATUS OF GENDER IDENTITY AND SEXUAL ORIENTATION IN CIVIL LAW

Dr. Öğr. Üyesi **Cahit AĞAOĞLU** **1841**

EVLİ EŞLERİN MAL REJİMLERİNE İLİŞKİN MESELELERDE MİLLETLERARASI YETKİ, UYGULANACAK HUKUK İLE KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİNE İLİŞKİN GELİŞMİŞ İŞBİRLİĞİ UYGULAMASINA DAİR 2016/1103 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ TÜZÜĞÜ'NÜN UYGULANACAK HUKUK VE MÜNHASIR YETKİ KAVRAMLARI ÜZERİNE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN UNION COUNCIL REGULATION NO. 2016/1103 IMPLEMENTING ENHANCED COOPERATION IN THE AREA OF JURISDICTION, APPLICABLE LAW AND THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS IN MATTERS OF MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES ON APPLICABLE LAW AND EXCLUSIVE JURISDICTION

Dr. Öğr. Üyesi **Ceren CERİT DİNDAR**.....**1881**

QUALIFICATION OF THE PERFORMANCE WARRANTY BY 'WITHOUT GUARANTEE' AND ITS RAMIFICATIONS IN THE CONTEXT OF TIME CHARTERS

ZAMAN ÇARTERLERİNDE GEMİNİN PERFORMANSINA İLİŞKİN TANIMLAMALARA 'WITHOUT GUARANTEE' ŞERHİ EKLENMESİ DURUMU VE SONUÇLARI

Dr. Öğr. Üyesi **Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK**.....**1899**

CHATGPT İLE ÜRETİLEN İÇERİKLERİN ESER NİTELİĞİNİN 5846 SAYILI FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF THE LEGAL STATUS OF CONTENT GENERATED VIA CHATGPT AS COPYRIGHTED WORK UNDER THE LAW NO. 5846

Dr. **Mehmet Emin ALPASLAN**.....**1919**

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU UYARINCA TAHKİMDE DELİL TESPİTİ

DETERMINATION OF EVIDENCE IN ARBITRATION UNDER THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Av. **Ertuğrul AKINCI** **1947**

TBK M. 530 İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK FİKRİ VE SINAİ MÜLKİYET HAKKI İHLALLERİNDE GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞ GÖRME

AGENCY WITHOUT AUTHORITY IN INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT INFRINGEMENTS IN COMPARISON WITH ART. 530 OF TCO

KAMU HUKUKU

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1223-1239

2022: DENİZ SAVAŞLARI HUKUKUNDA BEKLENEN KIRILMA YILI (MI?)(*)

Doç. Dr. **Bleda Rıza KURTARCAN**(**)
Dr. **Şinasi Özgür MUMCU**(***)

Öz: Rusya-Ukrayna savaşının denizdeki silahlı çatışmalar boyutu sınırlı olsa da burada hayata geçirilen uygulamaların siyasi ve hukuki alanda etkileri (ya da potansiyel etkileri) icra edilen muharebelerin doğrudan sonuçlarından çok daha kuvvetlidir. Nitekim mayın harbinin icra edilmesinde insansız sualtı araçlarının kullanımına yönelik çalışmalar ve bunun için gereken hukuki ve doktriner altyapı oluşturma çabalarına yönelik haberlerin bu savaştaki tecrübelerle eş zamanlı olması büyük oranda tesadüfi olsa da başka bir olguyu da işaret etmektedir. İnsansız deniz sistemlerinin hukuki statüsüne ve denizde silahlı çatışma araç ve yöntemlerine yönelik kurallarda bir süredir beklenen değişikliklerin gerçekleştirilmesinde kritik bir eşiğin 2022 yılında aşılmış olduğu söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Denizde Mayın Harbi, İnsansız Deniz Araçları, İnsansız Sualtı Araçları, Ukrayna Savaşı, Komutanın El Kitabı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2022. Makale Kabul Tarihi: 20.12.2022.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Dr. Öğr. Üyesi (ORCID no: 0000-0002-0202-3041; *brkurtdarcan@gsu.edu.tr*).

(***) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Arş. Gör. (ORCID no: 0000-0003-2270-5805; *omumcu@gsu.edu.tr*).

2022: THE TURNING POINT FOR THE LAW OF NAVAL WARFARE?

Abstract: The extent of armed conflict at sea in the Russia-Ukraine war is limited. However, the political and legal effects of such practices are more significant than their direct results. In fact, news about studies on the use of unmanned underwater vehicles in mine warfare and efforts to create the necessary legal and doctrinal infrastructure are occurring simultaneously with war experiences. It can be said that a critical threshold has been crossed in 2022 in realising expected changes in the legal status of unmanned naval systems and rules of armed conflict at sea.

Keywords: Naval Mine Warfare, Unmanned Maritime Systems, Unmanned Underwater Vehicles, War in Ukraine, Naval Commander's Handbook on the Law of Naval Operations.

GİRİŞ

24 Şubat 2022'de başlayan Rusya'nın Ukrayna'yı işgali harekatının denizdeki silahlı çatışmalar boyutu, kara ve havadakiler kadar dikkat çekici olmamıştır. Bu durumun iki temel gerekçesi bulunmaktadır. Öncelikle Rusya'nın giriştiği ve uluslararası hukukun en temel normlarından olan kuvvet kullanma ve saldırı yasağının açık bir ihlalini teşkil eden harekatın esas olarak Ukrayna'nın kara ülkesinin işgalini, en azından bir kısmının ilhakını ve (pek muhtemelen de) hükümetin devrilmesini hedeflemesi sebebiyle kara kuvvetleri ağırlıklı bir karaktere sahip olmasıdır. İkinci gerekçe ise Ukrayna deniz kuvvetlerinin muharip unsurlarının Rus Karadeniz Filosu ile deniz muharebelerine girişecek kabiliyete sahip olmaması ve çatışmanın başlarında ya Rusya tarafından ele geçirilmesi ya da bilfiil Ukrayna tarafından hasmın eline geçmesini engellemek için batırılmasıdır.[1]

Bununla birlikte Rusya-Ukrayna Savaşı Rus Karadeniz Filosu'nun bayrak gemisi olan Slava sınıfı Moskva kruvazörünün batırılması, savaşın başında bazı 3. devlet bayraklı sivil gemilerin saldırıların hedefi olması[2], Uk-

---

1 ROGOWAY Tyler, "The Ukrainian Navy's Flagship Appears to Have Been Scuttled", **The War Zone**, March 3, 2022, https://www.thedrive.com/the-war-zone/44563/the-ukrainian-navys-flagship-appears-to-have-been-scuttled (Erişim tarihi: 15.11.2022).

2 "Merchant Ships Attacked and on Fire off Ukraine", **The Maritime Executive**, February 25, 2022, https://www.maritime-executive.com/article/merchant-ships-attacked-and-on-fire-off-ukraine, (Erişim Tarihi: 15.11.2022), PEDROZO, Raul 'Pete', "Ukraine Symposium- Maritime Exclusion Zones in Armed Conflicts", **Articles of War**, https://lieber.westpoint.edu/maritime-exclusion-zones-armed-conflicts/, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

rayna'nın henüz işgal edilmemiş limanlarına yönelik tam niteliği belli olmayan (*de jure* bir ablukanın şartlarını yerine getirmeyen) fiili bir engellemenin (ya da bunun tehdidinin) varlığı[3] ile deniz mayınlarının kullanımı ve bunların kontrolden çıkıp tarafsız devletlerin haklarını ihlal eder hale gelmesi denizde silahlı çatışmalar hukuku açısından dikkat çeken hususlar olmuştur.

Lakin bu hususlardan mayın harbi, özellikle de ofansif boyutu ile, Atlantik'in Batısından gelen ve bu gelişmelerle eş zamanlı olan iki haber ile bir adım daha öne çıkmış gözükmektedir[4]. Bu iki önemli gelişmeyi ele almadan önce mayın harbinin denizde silahlı çatışmalar hukukunda nasıl düzenlendiğine kısaca göz atmak yerinde olacaktır.

I. DENİZDEKİ SİLAHLI ÇATIŞMALARDA MAYINLARIN KULLANILMASI REJİMİ: TAŞA KAZINMIŞ HUKUK

Barutla patlayan ilkel deniz mayınlarının Orta Çağ'da Çinliler tarafından bulunduğu ve 14. Yüzyıldan itibaren sistematik bir şekilde kullanıldığına yönelik kayıtlar mevcuttur.[5] Bu silahların yaygın kullanım alanı bulması ise, 19. Yüzyılda mayın teknolojisinde elektriğin uygulanması ile mümkün olmuştur. Bununla beraber 1905-1906 Japon-Rus savaşında deniz mayınları

---

[3] Esas konudan sapmamak adına çok kısaca ele alınırsa abluka, bir silahlı çatışmanın tarafınca, diğer bir tarafa ait ya da onun kontrolü altında bulunan belirli deniz limanları, kıyı bölgeleri ya da havaalanlarına yönelik ya da buralardan kaynaklanan düşman ya da tarafsız tüm ulaşımı engelleme amacıyla icra edilen, denizde silahlı çatışmaların yürütülmesinin hukuki bir yöntemi şeklinde tanılanabilir. DREW Phillip, **The Law of Maritime Blockade, Past, Present, and Future**, Oxford University Press, 2017, s.10. Akdi ve teamüli hukuk altında belirli kriterlere göre yürütlmesi gereken ablukanın bu minvalde a) belirlenmiş ve açıkça ilan edilmiş alanlara yönelik olması, b) etkin bir şekilde icra edilmesi, c) abluka altındaki alanlardaki sivillerin insancıl ihtiyaçlarına dikkat edilerek hayata geçirilmesi gerekmektedir. Detaylar için bkz. von HEINEGG, Wolff Heintschel, "The Law of Military Operations at Sea", GILL Terry, FLECK Dieter (*eds.*), **The Handbook of the International Law of Military Operations**, Oxford University Press, 2011, ss. 362-366; DREW., ss. 63-81 ve ss. 91-111.

Rusya-Ukrayna Savaşı esnasında Rusya'nın açıkça belirli bölgelere ilişkin bir abluka ilanı olmadığı gibi deniz ve hava araçları vasıtasıyla etkin bir abluka kurduğuna yönelik bir tespit yapılmamıştır. Dolayısıyla bu durumda kuvvet kullanımı tehdidine (ya da bu yönde bir algı oluşturulmasına) dayandırılan fiili bir ablukadan bahsetmek yerindedir.

[4] Terimden de anlaşılacağı üzere ofansif mayın harbi, hasım gemilerinin faaliyet gösterdiği alanlarda bunlara *saldırmak* amacıyla, defansif mayın harbi de belirli denizcilik tesislerini ve kıyı bölgelerini hasım gemilerinin saldırılarından *korumaya* yönelik olarak icra edilmektedir. Genel olarak bkz. CLARKE Barru, FIELITZ Jurgen, TOUCHIN Malcolm, Geoffry Till (*ed.*), **Coastal Forces**, Brassey's, 1994, s.48; Aynı yönde bkz. von HEINEGG Wolff Heintschel, "The law of armed conflict at sea" *in* FLECK Dieter (*ed.*), **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict**, 2nd Ed., Oxford University Press, 2008, ss.521, 528-531.

[5] ERICKSON Andrew/GOLDSTEIN Lyle/ MURRAY William, **Chinese Mine Warfare, A PLA Navy 'Assassin's Mace' Capability**, U.S. Naval War College, Rhode Island, 2009, s.6.

kapsamlı şekilde başvurulması ve 'bunun hem tarafsız devletlerin gemiciliğine hem de savaştan sonra genel olarak gemiciliğe arz ettiği riskler, konu hakkında uluslararası bir düzenleme yapılması ihtiyacını doğurmuştur'.[6] Nitekim Uluslararası hukuk, bu yeni patlayıcı cihazı yönelik kuralları, hiç vakit geçirmeksizin 1907'de Otomatik Temaslı Denizaltı Mayınları hakkında VIII. Lahey Sözleşmesi'yle belirlemiştir[7].

VIII. Lahey sözleşmesinin getirdiği düzenleme mayınların tamamen yasaklanmasını talep eden ticaret çevreleriyle, Donanmaların güvenlik gerekçelerinin bağdaştırılması amaçlamıştır. Deniz mayınlarının kullanımına ilişkin kurallar bu uzlaşmayı yansıtmaktadır[8]. Benzer bir çıkar çatışması da güçlü donanması olan devletlerle diğerleri arasında yaşanmıştır[9]. Sözleşme'nin önsözü mevcut durumda deniz mayınlarının yasaklanamayacağını ifade ettikten sonra ileride yapılacak düzenlemelerde "ilgili kesimlerin arzu ettiği tüm garantilerin sağlanacağı umudunun" altını çizmektedir.[10]

Deniz mayınları, kullanıma girmeleriyle beraber uluslararası bir sözleşmeyle düzenlenmelerine rağmen, bu andlaşma konu hakkındaki tek uluslararası andlaşma olma özelliğini taşımaktadır.

International Institute of Humanitarian Law (Uluslararası İnsancıl Hukuk Enstitüsü) tarafından hazırlanıp 1994 tarihinde yayınlanan San Remo Deniz Silahlı Çatışmalara Uygulanacak Uluslararası Hukuk Elkitabı'nda da 12 ilke altında deniz mayınlarının hukuki rejimine ilişkin bazı tespitler bulunmaktadır[11]. San Remo Elkitabı bağlayıcı bir metin değildir. Ancak deniz hukuku uzmanları ve diplomatlar tarafından hazırlanan Elkitabının bu tespitleri deniz mayınları hakkındaki teamül kurallarını yansıtmaktadır[12].

---

6 BOOTHBY William, **Weapons and the Law of Armed Conflict**, Oxford University Press, 2009, s. 281.

7 Chatham House the Royal Institute of International Affairs, International Law Applicable to Naval Mines, 2014, https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field_document/20140226NavalMines.pdf (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

8 LETTS David, "Naval mines: Legal considerations in armed conflict and peacetime", **International Review of the Red Cross**, vol. 98, S. 2, 2016, s. 549.

9 VON HEINEGG, 2008, s. 517.

10 *Ibid.*

11 International Institute of Humanitarian Law, **San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea**, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, ss.168-176.

12 Geneva Call, **Naval Mines and International Law**, https://www.genevacall.org/naval-mines-and-international-humanitarian-law/#_edn2, (Son erişim: 15.11.2022), Aynı yönde bkz. BOOTHBY, s.287.

VIII. Lahey Sözleşmesi'ne göre silahlı çatışmanın başlangıcından önce ya da sonra dökülen deniz mayınlarının etkin denetim, risk kontrolü ve uyarı ilkelerine tabi olduğunu düzenlemiştir. Deniz mayınlarının yerlerinin kaydedilmesi ve deniz mayınlarının demire bağlanmasının ya da programlanmasının test edilmesi hem etkin denetim için gerekli olup hem de uyarı ödevinin altyapısını hazırlamaktadır. Mayın döken devletlerin mayın alanlarının ticari seyrüseferine muhtemel tehlikeli etkilerin önlenmesi ödevi de bulunmaktadır[13].

1907 VIII. Lahey Sözleşmesi sadece otomatik temaslı mayınları kapsamaktadır.[14] Ancak buna rağmen, sözleşmenin yukarıdaki konuları düzenleyen 1, 2, 3 ve 5. maddelerinin diğer deniz mayını çeşitleri dökülürken göz önüne alınacak ilkeleri kapsadığı dolayısıyla teamül kuralı teşkil ettiği konusunda doktrinde ve devlet uygulamalarında bir yöneliş bulunmaktadır.[15] Ancak doktrinde kimi görüşün VIII. Lahey Sözleşmesi'nin teamüli nitelik kazanacak kadar devlet pratiğinin oluşmadığını ileri sürdüğü de belirtilmeli-

---

20. Yüzyılın ilk çeyreğindeki geniş bir kodifikasyon çalışmasından sonra, yaşanan tüm teknolojik ve teknik gelişmelere rağmen spesifik olarak denizde silahlı çatışmalar hukukuna yönelik bir sözleşme yapılmamıştır. Bu durumda 1995 yılında uluslararası hukuk ve deniz savaşı uzmanlarınca hazırlanan San Remo El Kitabı gerek hukuk doktrininde gerekse de devlet uygulamalarında denizde silahlı çatışmaların araç ve yöntemleri açısından yerleşik teamüli hukuk kurallarını yansıtır olarak kabul edilmektedir. Önde gelen yazarların bu yöndeki tespitleri için örnek olarak bkz. DINSTEIN Yoram, **The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, ss.17-18; von HEINEGG, 2011, ss.347-348.

13 **Naval Mines and International Law.**

14 'Sözleşmenin hükümlerinin deniz tabanı mayınlarını, modern demirli mayınları ve örneğin VLF ile aktive edilen uzaktan komutalı mayın sahalarını kapsadığı tartışmalıdır. Bu sofistike ve yüksek derecede doğruluğa sahip mayınlar Sözleşme'nin kapsamına girmemektedir zira manyetik ve akustik sinyallere ya da su basıncındaki değişikliklere reaksiyon göstermekte olup basit bir temas ile patlamamaktadır.' VON HEINEGG, s. 519.

15 BOOTHBY, s.289, VON HEINEGG, 2008, ss. 519-520. San Remo El Kitabı da söz konusu sözleşmenin teamül hukukunu yansıttığını "Birinci Körfez Savaşı'nda muhariplerin pratiği, Sözleşme'nin modern deniz muharebesinde geçerliliğinin sürmekte olduğunu göstermiştir" ifadesiyle belirtmiştir. International Institute of Humanitarian Law, **San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea**, 1994, s. 169. VIII. Lahey Sözleşmesi'nin teamüli niteliği ABD Savunma Bakanlığı'nın yayınladığı Askeri El Kitabı'nın deniz mayınlarına ilişkin kısmından da anlaşılmaktadır. Departement of Defense, Office of General Counsel, **Law of War Manuel**, 2016, ss. 909-914, https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190, (Erişim Tarihi: 10.12.2022). Doktrinde hakim görüş de bu yöndedir: LETTS, ss. 551-552 VIII. Lahey Sözleşmesi'nin teamüli niteliği hakkında ayrıntılı bir tartışma için bkz: BUSSUTIL James J., **Naval Weapons Systems and the Contemporary Law of War**, Oxford University Press, Oxford, 1998, ss. 29-71.

dir.[16] Ancak teamül kurallarına dönüşsün ya da dönüşmesin deniz mayınları hususunda sıkı bir uluslararası denetim öngördüğü söylenemez.[17] Bu da Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün söz konusu andlaşmanın "köhnediği" tespitiyle örtüşmelidir[18]. Uluslararası Kızılhaç Örgütü, San Remo Elkitabı'nı "takdire şayan" olduğunu belirterek getirilen kuralların deniz savaşı hukukunu aydınlattığını belirtse de kuralların bağlayıcı olmadığının altını çizse de metnin deniz savaşları için temel referans olduğunu da not etmektedir[19].

VIII. Lahey Sözleşmesi'ne göre, yüzergezer otomatik temaslı deniz mayınları, üzerinde denetim yitirildikten, tabana bağlı aynı nitelikteki deniz mayınları ise, serbest kalmaları halinde takip eden bir saat içinde etkisiz olacak şekilde inşa edilmelidir. Bunun yanı sıra devletlerin, hasımlarının liman ve kıyılarına sadece ticari seyrüseferi engellemek için mayın dökmeleri yasaklanmıştır. Barışçıl seyrüsefer için gerekli tüm tedbirlerin alınması, denetim dışı kalan mayınları askeri gereklilikler ölçüsünde duyurma yükümlülüğü, silahlı çatışmanın sonlanmasıyla beraber deniz mayınlarının kaldırılması ve hasmın deniz ülkesine yerleştirilen mayınların bildirilmesi yükümlülüklerinin hem andlaşmaya hem de teamül hukukuna dayanmaktadır.[20]

Her ne kadar 1907 senesinden bu yana geçen uzun süre zarfında, deniz mayınları çeşitlenmiş ve bir deniz aracına temas ederek infilak eden otomatik temaslı deniz mayınlarına bir çok başka deniz mayın türü eklenmiş olsa da otomatik temaslı deniz mayınlarının da hala önemli oranda kullanım alanı bulunmaktadır. Bu açıdan yaklaşıldığında 1907 VIII. Lahey Sözleşmesi'nin doğrudan uygulandığı durumların sayısı şaşırtıcı derecede yüksek kalmaya devam etmektedir.

Otomatik temaslı deniz mayınları dışındaki mayınlarına sözleşme hükümlerinin uygulanması konusunda tartışma bulunsa da hakim görüş, sonradan ge-

---

16 O'FLAHERTY, Captain Chris. "The Naval Minefield of Customary International Humanitarian Law.", **St Antony's International Review,** vol. 14, no. 1, 2018, ss. 24-52., https://www.jstor.org/stable/26501062 (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

17 LEVIE Howard S., "Mine Warfare and International Law", **Naval War College Review,** vol. 24, n. 4, 1972, s. 35.

18 International Committee of the Red Cross, **Naval Warfare**, https://casebook.icrc.org/law/naval-warfare#iii_1, (Erişim Tarihi: 18.12-2022).

19 *Ibid.*

20 Aslına bakılacak olursa denizdeki mayın harbi hususunda teamüli niteliği kabul edilen bu genel kurallar, 1977 tarihli Ek Protokol I md. 57 karadaki silahlı çatışmalarda alınacak tedbirlerin deniz alanındaki muadillerini teşkil etmektedir. BOOTHBY, ss.289-290.

liştirilen mayınlar için San Remo Elkitabı'nda yer alan kuralların uygulanacağı yönündedir.[21] San Remo Elkitabı'nda yer alan deniz mayınlarına ilişkin teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen kurallar da temelde VIII. Lahey Sözleşmesi'ne paraleldir: "Mayınlar yalnızca meşru askeri amaçlar için kullanılabilir, hasımlar üzerlerinde etkin denetimi yitirdikten sonra etkisiz hale gelen mayın döşeyebilirler, bir askeri hedefe yönelmeyen ve etkin denetim yitirildikten bir saat sonra işlevsiz hale gelmeyen mayınlar yasaktır. Devletlerin mayınlanan alanları kayıt ve gerekli koşullarda bildirme yükümlülüğü mevcuttur ve tarafsız sularla uluslararası sular arası geçişi engelleyecek şekilde mayın döşemeleri yasaktır".[22]

Deniz mayınları, 1907 yılından sonra deniz boyutu olan neredeyse tüm silahlı çatışmalarda önemli bir rol oynamış, teknolojinin gelişmesine paralel olarak çok çeşitlenmiş ve yeni kabiliyetler kazanmış olsa da mayın harbine ilişkin uluslararası kuralların bu süre zarfında yeniden ele alınmamış olması çok da şaşırtıcı değildir. Zira 1907'deki düzenlemeden sonra bırakalım diğer deniz mayınları türlerinin düzenlenmesini, uluslararası hukukta, deniz mayınları için geçerli bir tanım bulunmamaktadır.[23]

Bu noktada askeri teknolojide gelişmiş devletlerin silahlı kuvvetlerinin yayınları önem taşımaktadır. Yeni silahların tanımlanması ve bu minvalde onlara uygulanacak hukukun şekillenmesinde bu metinler, muhtemel hukuki etkileri sebebiyle salt bir ulusal hukuk düzenlemesi olarak değerlendirilmemektedir. Opinio juris'i yansıttığına şüphe olmayan elkitaplarının kimi koşulların bir araya gelmesiyle devlet pratiğini de açıklayıcı olma özelliği bulunmaktadır.[24] Bu sebeple devletlerin silahlı kuvvetlerinin elkitaplarıyla, NATO gibi örgütlerin tanımları rehberlik edici niteliktedir. NATO, deniz mayınını "Gemilere zarar verme ya da batırma ya da gemilerin bir bölgeye girmesini engellemeyi amaçlayan suya, deniz tabanına ya da onun altına serilmiş patlayıcı bir cihaz" olarak

---

[21] "1907 Sözleşmesindeki kurallar sadece otomatik temaslı deniz mayınları açısından teamüli nitelik taşımaktayken, teamül hukukunun diğer unsurlarıyla beraber ele alınarak San Remo Kitapçığı'nda yer alan kuralların ortaya konmasına yol açmıştır. Bu kurallar bütün deniz mayını türleri için geçerli olacaktır.", HAINES Steven, "1907 Hague Convention Relating to the Laying Off Automatic Submarine Contact Mines", **International Law Studies,** vol. 90, 2014, s.443.

[22] LETTS, s.550.

[23] Chatnam House the Royal Institute of International Affairs, **International law Applicable to Naval Mines**, 2014, https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field_document/20140226NavalMines.pdf (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

[24] Askeri elkitapları hakkında bkz: TURNS David, "Military manuels and the customary law of armed conflict", NOBUO Hayashi (ed.) **National Military Manuels on the Law of Armed Conflict,** Torkel Opshal, Oslo, 2010.

tanımlamaktadır.[25] Bu tanım üzerinden hareket edildiğinde gelişen teknolojiye paralel olarak çeşitleri ve ofansif ve defansif kabiliyetleri çok artan deniz mayınlarının neden 100 yıldan uzun süredir aynı hukuk rejimine tabi olduğu anlaşılabilir: "deniz mayınlarının arz ettiği tehdidin temel yapısı, tehdidin doğası ve silah sisteminin etkileri çok büyük oranda deniz mayınlarının ilk geliştirildiği zamankilerle aynıdır".[26] Von Heinegg'in de haklı olarak vurguladığı üzere aralarında deniz mayınlarının da bulunduğu ofansif deniz silahlarının geçtiğimiz 100 yıl boyunca tabi olduğu gelişme, onları daha iyi ayırım gözeten ve daha hassas bir şekilde hedefine angaje olan silahlara dönüştürmüş ve yerleşik hukuk kurallarına daha uyumlu hale getirmiştir.[27]

Bununla beraber 2021 sonunda Rusya Federasyonu'nun Ukrayna'ya saldırıda bulunmasıyla başlayan silahlı çatışma süreci, insancıl hukuk alanında bir çok meseleyi tekrar tartışma gündemine taşımıştır. Karadeniz'de deniz mayınlarının tarafsız devletlerin gemiciliği ya da deniz yetki alanlarındaki hakları üzerinde risk doğuracak şekilde denetimsiz kalması ve dolayısıyla denizde mayın harbinin rejimi de bu tartışma alanlarından biri olmuştur.[28] Bu kapsamda Karadeniz'de yaşananlara paralel olarak 2022 ilk yarısında Birleşik Devletler'de özellikle mayın harbi kontekstinde ortaya çıkan iki gelişme, belki doğrudan deniz savaşlarında mayın harbinin hukuki rejiminde değil ama daha genel olarak deniz hukuku ve denizde silahlı çatışmalar hukukunda önemli bir kırılım yaratacak ve beraberinde bir süredir beklenen değişimleri getirecek potansiyeli haizdir.

II. BİRLEŞİK DEVLETLERİN YENİ İNSANSIZ SUALTI ARAÇLARI VE DOKTRİNDE BEKLENE KIRILMA: HUKUKUN YENİŞDEN YAZILMASINDA İK ADIM

Birleşik Devletler'de eş zamanlı olarak ve biri teorik seviyede diğeri de uygulama boyutunda birbirini destekler şekilde vuku bulan gelişmeler şunlardır:

---

25 *Ibid.*

26 LETTS, s.545.

27 VON HEINEGG Wolff Heintschel, "Naval Technologies", *in* BOOTBY William (*ed.*), **New Technologies and the Law in War and Peace**, Cambridge University Press, Canbridge, 2019, ss.315-316.

28 Bu konuda ve deniz mayınlarının uluslararası hukuki rejiminin ayrıntılı bir incelemesi için bkz: MOLLA Tayanç Tunca, "Uluslararası Hukukta Deniz Mayınlarının Rejimi ve Rusya-Ukrayna Savaşı", PİRİM Ceren Zeynep (ed.), **Rusya-Ukrayna Savaşının Siyasi, Hukuki ve Askeri Boyutları Sempozyumu,** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2022, ss: 38-47.

1. İnsansız Sualtı Araçları ile Mayın Döşeme

25 Mayıs 2022'te Monterey, California'da 15. Uluslararası Mayın Teknolojisi Sempozyumu'nda konuşan Birleşik Devletler Deniz Kuvvetleri İnsansız Deniz Sistemleri Programı Yöneticisi Albay Searles'ın basına yansıyan açıklamalarına göre Boeing'in Deniz Kuvvetleri için ürettiği Ekstra Büyük Boy İnsansız Sualtı Aracı (XLUUV) olan Orca, öncelikle gizli bir biçimde deniz mayınlarının döşenmesinde, yani ofansif mayın harbinde kullanılmak üzere şekillendirilmektedir.[29] 80 ton ağırlığı ve 85 fit uzunluğu olan bu insansız sualtı aracı (UUV), 34 fit uzunluğunda, 8 ton ağırlık taşıma kapasitesini haiz ve değişik ihtiyaçlara göre donatılabilecek bir görev modülüne sahiptir. Lityum-ion pilleri ile desteklenen hibrit dizel-elektrik tahriki ve pumpjet tipi pervanesi ile oldukça düşük bir akustik ize sahip olacağı düşünülen bu UUV'nin 'hasım tarafından tespit edilmesinin zor olacağı ve [ölçüleri ve kabiliyetleri sayesinde] hedef bölgede mayın döşenmesi için en ideal yerlere ulaşabileceği değerlendirilmektedir.'[30]

Mayın harbinin en dikkat çeken boyutunun bunun ofansif bir amaçla kullanılması olduğu ve ofansif mayın döşenmesinin de en etkin ve yaygın şeklinin bunun gizlice ve denizaltılar tarafından yapılması olduğu[31] göz önünde bulundurulduğunda bu ekstra büyük boy UUV'lerin sahip olacağı ilk operasyonel kabiliyetin mayın döşemeye yönelik olması şaşırtıcı değildir. Ofansif mayın döşemenin yöntem ve araçları da maksimum etkinlik için hukuka uygun olarak hedeflenen deniz trafiğinin (askeri hedefler ve abluka delicilerin) en öngörülebilir ve yoğun olduğu kıyıya görece yakın ve sığ sulara odaklanmaktadır.[32] Oysa kıyıya yakın sığ sular, *gizlice* mayın döşemek için kullanılan temel platformlar olan nükleer saldırı denizaltıları ve dizel-elektrik denizaltılar için DSH harbi teknolojinin gelişmesine paralel olarak giderek kriz zamanında yakalanma, savaş zamanında da imha edilmeye yönelik daha fazla risk arz etmektedir. İşte bu koşullarda Orca'nın

---

[29] BURGESS Richard, 'Navy's Orca XLUUV will carry 34 foot payload modüle for mine laying", **Seapower Magazine**, May 26, 2022, https://seapowermagazine.org/navys-orca-xluuv-will-carry-34-foot-payload-module-for-mine-laying/, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

[30] PARSONS Dan, "Navy's 85 foot Orca unmanned submarine will a minelayer first", May 22, 2022, https://www.thedrive.com/the-war-zone/navys-85-foot-orca-unmanned-submarine-will-be-a-minelayer-first, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

[31] MILLER David, MILLER Chris, **Modern Naval Combat**, Salamander Books, New York, 1986, s.200; Aynı yönde bkz. CLARKE Barru/ FIELITZ Jurgen/TOUCHIN Malcolm/ TILL Geoffrey (eds.), **Coastal Forces**, Potamac Books, Virginia, 1994, s. 56.

[32] MILLER/MILLER, s.200; CLARK/et.al., ss.49-50.

denizaltılara göre çok daha küçük boyutları, düşük akustik ve elektronik izi ve mürettebatlı denizaltılara kıyasla rahatlıkla harcanabilir olması sayesinde düşman deniz ülkesinin daha derinlerine, en büyük etkiyi üretecek noktalara mayın döşenmesini mümkün kılacağı düşünülmektedir.[33]

Tüm bu potansiyel avantajlarının yanında Orca'nın ağırlığı ve ölçüleri itibariyle bir denizaltı tarafından taşınması ve buradan gizlice göreve yollanması mümkün olmamaktadır. Bu durumda bu UUV'ler ancak ya oldukça büyük bir suüstü gemisinden ya da doğrudan bir rıhtımdan göreve gönderilebilecek bir araçtır.[34] Bu koşulda ise bu tip araçların kullanımıyla elde edilmesi planlanan avantajlardan yararlanılması (gizlice hasmın ya da potansiyel hasmın deniz ülkesinde en önemli ve derin noktaların mayınlanması) ancak ve ancak bu UUV'lerin otonom sistem olması ile sağlanabilecektir. Nitekim Orca da otonom bir deniz aracı olarak tasarlanmıştır.

İşte bu husus tam da Ukrayna-Rusya Savaşı esnasında yine Atlantik'in batısından gelen eş zamanlı ikinci bir gelişme ile doğrudan ilişkili olup beraber hukuki planda önemli yansımlar yaratacak gibi durmaktadır.

2. Deniz Harekatları Hukukuna İlişkin Komutanın El Kitabı Yeni Basım

1900 yılından beri gelişmelere göre güncellenerek yayımlanan Komutanın El kitabı (*The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* (NWP 1-14M), esas olarak barış ve silahlı çatışma zamanlarında deniz harekatlarını düzenleyen hukuk kurallarının, harekât icra eden komutanlar ve her komuta kademesinde bunları destekleyen karargâh subaylarına yönelik olarak bir derlemesini teşkil etmektedir. Bir önceki basımı 2017 yılında yapılan Komutanın El Kitabı'nın güncellenmesi yaklaşık 5 yıl almış ve Mart 2022 finalize edilerek 5 Nisan 2022'de yayınlanmıştır. Yaklaşık 100 yıldır Birleşik Devletler Deniz Kuvvetleri, Deniz Piyadeleri ve Sahil Güvenlik'i için Savunma Bakanlığı ve Anayurt Güvenliği Bakanlığı tarafından hazırlanan

---

33 PARSONS. Denizdeki silahlı çatışmalar hukukunda savaşan tarafların muhasamat eylemlerini hasmın deniz ülkesinde yani içsuları ve karasularında icra edebileceği kabul edilmektedir. Muhasamat eylemleri savaş araç ve yöntemlerinin kullanılmasını kapsamaktadır ki yine denizdeki silahlı çatışmalar hukukunda kabul edilen araç ve yöntemler arasında mayınlar ve mayın döşeme açıkça kabul edilmektedir. Bkz. International Institute of Humanitarian Law, **San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea**, 1994, ss.80-82, ss. 168-169.

34 PARSONS.

bu belge, başta İspanyolca olmak üzere birçok dile çevrilmekte ve bir çok devlet uygulaması ve doktrinde yazarların yorumları için kaynak teşkil etmektedir.[35]

Aslına bakılacak olursa, özellikle Birleşik Devletlerin insansız deniz aracı teknolojileri ve sistemlerine yönelik son dönemde artan çalışmaları ışığında bu araçların deniz hukuku altındaki statüsüne yeni bir yorum getirebileceğine dair beklentiler bir süredir Komutanın El Kitabı'ın başta bu hususta güncellenmiş yeni basımının yakın bir zamanda çıkacağına yönelik düşüncelerin kuvvetlenmesini de beraberinde getirmişti. Nitekim insansız deniz araçlarının teknolojisinin ve kullanımının gelişmeye başladığı 2010'lu yıllarda geçerli olan Komutanın El Kitabı'nın Temmuz 2007[36] ve Ağustos 2017[37] basımlarında insansız su üstü ve sualtı araçlarını tanımlayan ve statüsünü yorumlayan paragraflar (2.3.4.- 2.3.6) bunları açıkça savaş gemisi ve yardımcı gemi statülerinin dışında tutmuş ve tekne/araç (craft) olarak adlandırmakla yetinmiştir. Bununla beraber Komutanın El Kitabı'da kabul edilen yoruma göre (ki bu yorum genel uluslararası hukuka ve deniz hukukunda, örnek olarak 1982 tarihli BMDHS md.96'de kabul edilen spesifik kurala uygundur) bu araçlar münhasıran ticari faaliyet kapsamına girmeyen bir hükümet hizmetini (örnek olarak askeri görevler) ifa ettikleri sürece egemen bağışıklığından yararlanmaktadır.

Bununla beraber insansız (uzaktan komutalı ya da otonom) deniz aracı teknolojilerinin olgunlaşmaya ve bunların kullanımı konseptlerinin oluşturulmaya çalışıldığı bir dönemde, hele ki bunların istihbarat toplama, elektronik harp, DSH sistemleri ve silahlarla donatılarak test edildiği ya da bu şekilde kullanılacağına yönelik planlamaların yapıldığı bir süreçte işbu saptamalar, yürürlükteki hukuk rejimi ile uygulama arasında ciddi bir uyuşmazlık ve gerilim yaratmaktaydı.

---

[35] PARMLEY Cynthia/ PEDROZO Raul 'Pete', "New Edition of the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations", **Articles of War**, April 20, 2022, https://lieber.westpoint.edu/new-edition-commanders-handbook-law-of-naval-operations/, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

[36] Department of the Navy Office of the Chief of Naval Operations, **The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations**, http://everyspec.com/USN/NAVY-General/NWP_1-14M_JUL2007_52275/, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

[37] Department of the Navy Office of the Chief of Naval Operations, **The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations**, https://www.hsdl.org/?view&did=806860, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

Bilindiği üzere denizde silahlı çatışmalar hukuku altında sadece savaş gemileri savaş haklarını kullanabilir ve muharip ayrıcalıklarından yararlanabilir.[38] Denizde savaş hakları ise esas olarak muhasamatın yürütülmesi eylemlerinin ve düşmanca faliyetlerin icrasının hukuka uygunluğunu ifade etmekte olup savaş araç ve yöntemlerine başvurmayı kapsamaktadır, ki bu araç ve yöntemler askeri hedeflere yönelik olarak füze ve diğer mühimmatlar, torpido ve mayın kullanımını içermektedir[39]. Nitekim hasım ticaret gemilerinin ne zaman askeri hedefe dönüştüğü ve bunun sonucu olarak doğrudan saldırının hedefi olabileceğine yönelik kuralı ortaya koyarken San Remo El Kitabı açıkça *inter alia* 'hasım taraf adına, mayın döşemek ve ticari gemilere saldırmak' ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla mayın döşemek denizde savaş hakları çerçevesinde kabul edilen en temel düşmanca eylemler arasındadır ve hukuken sadece savaş gemilerince icra edilebilir.

Bu durumda mayın ya da diğer silah ve mühimmatlarla donatılmış ve kullanım konsepti bu silah ve mühimmatlara başvurulmasına dayalı insansız deniz araçlarının geliştirildiği bir dönemde Komutanın El Kitabı'nın bir yandan bu araçlar için hukuki bir terim olmayan tekne/araç (craft) statüsü ile yetinmesi ve diğer yandan da sahip olmadıkları bir hakkın icrası için yetkilendirilmeleri denizde silahlı çatışmalar hukukunu ihlal eden bir uygulamanın teşvik edilmesi, uluslararası hukukun temel kurallarıyla çelişkili ve oldukça sorunlu yeni bir teamül kuralının kristalizasyonu yani içeriğinin yavaş yavaş şekillenmesi sürecinin başlaması anlamına gelmekteydi.

Ancak Birleşik Devletler'in resmi pozisyonunun yansıtan ve uluslararası hukukta teamül oluşumuna önemli katkı sunan Komutanın El Kitabı'nda böyle bir tehlikeli bir sonuç çıkarılmasına neden olacak ifadelerin dokümanın 2022 versiyonunda ciddi değişikliklere ve detaylı açıklamalara başvurulmak suretiyle ortadan kaldırıldığı ve kendi içinde daha tutarlı ve hukuka uygun bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

Gerçekten de 2022 tarihli Komutanın El Kitabı, savaş gemisi tanımını yaptığı 2.2.1 no'lu paragrafta insansız araçların da savaş gemisi statüsüne alınabileceği yorumunu benimserken böyle bir araçta komutan ve de müretebatın uzaktan komuta ve kontrol/işletme koşulunu yerine getirebileceği

---

[38] International Institute of Humanitarian Law, **San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea**, 1994, s. 90.

[39] International Institute of Humanitarian Law, **San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea**, 1994, s.167-175.

gerekçesini ileri sürmüştür.[40] Paragraf 2.3.4. insansız sistemlerin bağımsız bir *gemi* olarak hareket edebileceğini ya da bir ana platformdan denize indirilebileceğinin altını çizmekte ve ayrı ayrı ifade edilen 15 maddede susütü harbi, matın harbi, denizaltı savunma harbi, istihbarat toplama, yük taşıma gibi (hukuken silahlı çatışma esnasında savaş eylemleri/ düşmanca eylemler olarak kabul edilen) faaliyetleri icra edebileceğini vurgulamıştır. Paragraf 2.3.5 insansız deniz sistemlerinin egemen bağışıklığına sahip olduğunu belirttikten sonra, bunların gemi olarak kaydedilebileceğini ve 'uzaktan ya da diğer bir şekilde' bir deniz subayının komutasında ve düzenli silahlı kuvvetlerin disiplinine tabi mürettebatın kontrolünde olması halinde de savaş gemisi statüsü taşıyabileceğinin altını çizmiştir. Burada dikkati çeken unsur 'uzaktan ya da diğer bir şekilde' ifadesi ile sadece uzaktan insan tarafından komuta edilen insansız deniz araçlarının değil aynı zamanda komuta ve kontrol kavramının daha geniş yorumlanması suretiyle otonom sistemlerin de savaş gemisi olarak kabul edilebilmesi için bir imkân yaratılmaya çalışılmış olduğudur.

SONUÇ

Rusya-Ukrayna savaşının denizdeki silahlı çatışmalar boyutu sınırlı olsa da burada hayata geçirilen uygulamaların siyasi ve hukuki alanda etkileri (ya da potansiyel etkileri) icra edilen muharebelerin doğrudan sonuçlarından çok daha kuvvetli olmaktadır. Nitekim Atlantik'in Batısından gelen, mayın harbinin icra edilmesinde insansız sualtı araçlarının kullanımına yönelik çalışmalara ve bunun için gereken hukuki ve doktriner altyapı oluşturma çabalara ilişkin haberlerin bu savaştaki tecrübelerle eş zamanlı olması büyük oranda

---

[40] Department of the Navy Office of the Chief of Naval Operations, **The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations**, https://usnwc.libguides.com/ld.php?content_id=66281931. (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

Bu yorum, yürürlükteki teamüli ve akdi hukuk kuralları ile gelişmekte olan teknoloji ve bunun kullanım konseptleri arasında uyumu sağlamak amacıyla doktrinde bir çok yazar tarafından bir süredir dile getirilmektedir. Örnek olarak bkz. NORRIS, Andrew (Capt.), **Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems,** U.S. Naval War.

College, 2013, ss.23-24; MCKENZIE, S, **When is a Ship a Ship? Use by State Armed Forces of Un-crewed Maritime Vehicles and the United Nations Convention on the Law of the Sea,** Law and the Future **of War** Research Paper no: 3, University of Queensland Law School, 2020, ss.6-8; SCHMITT, Michael N., GODDARD, David S., "International law and the military use of unmanned systems", **International Review of the Red Cross** vol 98, no: 2 (2016), pp.581-582; KLEIN, N., GUILFOYLE, D., KARIM, S. & MCLAUGHLIN, R., "Maritime Autonomous Vehicles: New Frontiers in the Law of the Sea", **ICLQ** vol.69, 2020, p.725.

tesadüfi olsa da aynı zamanda başka bir olguyu da işaret etmektedir. Ekim ayı sonunda Sivastopol limanına insansız su üstü araçları ile yapılan Ukrayna saldırısı[41] ve bunun akabinde Ukrayna'nın insansız deniz araçlarından oluşan bir vurucu güç kurma planını açıklaması[42], Ukrayna'nın Rus işgalinden kurtulması mücadelesinin deniz boyutunun insansız sistemlerin silahlı çatışmalarda etkin bir şekilde kullanımı için ihtiyaç duyulan askeri ve hukuki doktrinin oluşturulması için bir test sahası olarak da kullanılacağını göstermektedir. İnsansız deniz sistemlerinin hukuki statüsüne ve denizde silahlı çatışma araç ve yöntemlerine yönelik kurallarda bir süredir beklenen değişikliklerin gerçekleştirilmesinde kritik bir eşiğin 2022 yılında aşılmış olduğu söylenebilir.

---

41 Detaylar için bkz. **Ukraine's New Drone Boats that Will Change Naval Warfare, Explained,** https://www.youtube.com/watch?v=C_tvZufo4hE, (Erişim Tarihi: 14.11.2022).

42 "Ukraine seeks funds for naval drones to counter Russian missile strikes", **Reuters**, 11.11.2022, https://www.reuters.com/world/europe/ukraine-seeks-funds-naval-drones-counter-russian-missile-strikes-2022-11-11/, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

KAYNAKÇA

Kitaplar:

BOOTHBY, William, **Weapons and the Law of Armed Conflict**, Oxford University Press, Oxford, 2009.

BUSSUTIL James J., **Naval Weapons Systems and the Contemporary Law of War**, Oxford University Press, Oxford, 1998.

CLARKE Barru/ FIELITZ Jurgen/ TOUCHIN Malcolm/ TILL Geoffrey (eds.), **Coastal Forces**, Potamac Books, Virginia, 1994.

DINSTEIN Yoram, **The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict**, 2nd ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

DREW Phillip, **The Law of Maritime Blocakde, Past, Present, and Future**, Oxford University Press, Oxford, 2017.

ERICKSON Andrew /GOLDSTEIN Lyle /MURRAY William, **Chinese Mine Warfare, A PLA Navy 'Assasin's Mace' Capability**, U.S. Naval War College, Rhode Island, 2009.

MCKENZIE, S, **When is a Ship a Ship? Use by State Armed Forces of Uncrewed Maritime Vehicles and the United Nations Convention on the Law of the Sea,** Law and the Future **of War** Research Paper no: 3, University of Queensland Law School, 2020.

MILLER David, MILLER Chris, **Modern Naval Combat**, Salamander Books, New York, 1986.

NORRIS, Andrew (Capt.), **Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems,** U.S. Naval War College, 2013.

Makaleler:

KLEIN, N., GUILFOYLE, D., KARIM, S. & MCLAUGHLIN, R., "Maritime Autonomous Vehicles: New Frontiers in the Law of the Sea", **ICLQ** vol.69, 2020, pp.719-734.

LETTS David, "Naval mines: Legal considerations in armed conflict and peacetime", **International Review of the Red Cross**, vol. 98, 2016, ss: 543-565.

MOLLA Tayanç Tunca, "Uluslararası Hukukta Deniz Mayınlarının Rejimi ve Rusya-Ukrayna Savaşı", PİRİM Ceren Zeynep (ed.), **Rusya-Ukrayna Savaşının Siyasi, Hukuki ve Askeri Boyutları Sempozyumu,** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2022 ss: 38-47.

SCHMITT, Michael N., GODDARD, David S., "International law and the military use of unmanned systems", **International Review of the Red Cross** vol 98, no: 2 (2016), pp.567-592.

VON HEINEGG Wolff Heintschel, 'The law of armed conflict at sea', *in* FLECK Dieter (*ed.*), **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict**, 2nd Ed., Oxford University Press, 2008, ss: 475-568.

VON HEINEGG, Wolff Heintschel, "The Law of Military Operations at Sea", *in* GILL Terry, FLECK Dieter (*eds*.), **The Handbook of the International Law of Military Operations**, Oxford University Press, 2011.

VON HEINEGG Wolff Heintschel, "Naval Technologies", *in* BOOTBY William (*ed*.), **New Technologies and the Law in War and Peace**, Cambridge University Press, 2019, ss: 315-336.

TURNS David, "Military manuels and the customary law of armed conflict", HAYASHI Nobuo (ed.) **National Military Manuels on the Law of Armed Conflict,** Torkel Opshal, Oslo, ss. 65-77.

Internet Kaynakları:

"Merchant Ships Attacked and on Fire off Ukraine", **The Maritime Executive**, February 25, 2022, https://www.maritime-executive.com/article/merchant-ships-attacked-and-on-fire-off-ukraine, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

BURGESS Richard, 'Navy's Orca XLUUV will carry 34 foot payload modüle for mine laying", **Seapower Magazine**, May 26, 2022, https://seapowermagazine.org/navys-orca-xluuv-will-carry-34-foot-payload-module-for-mine-laying/, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

Chatham House the Royal Institute of International Affairs International Law Applicable to Naval Mines, **International Security Department Workshop Summary**, 2014, https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field_document/20140226NavalMines.pdf (Erişim tarihi: 15.11.2022).

Department of the Navy Office of the Chief of Naval Operations, **The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations**, http://everyspec.com/USN/NAVY-General/NWP_1-14M_JUL2007_52275/, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

Department of the Navy Office of the Chief of Naval Operations, **The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations**, https://www.hsdl.org/?view&did=806860, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

Departement of Defense, Office of General Counsel, **Law of War Manuel**, 2016, ss. 909-914, https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190, (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

Geneva Call, **Naval Mines and International Law**, https://www.genevacall.org/naval-mines-and-international-humanitarian-law/#_edn2, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

HAINES Steven, "1907 Hague Convention Relating to the Laying Off Automatic Submarine Contact Mines", **International Law Studies,** vol. 90, 2014, https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=ils, (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

International Committee of the Red Cross, **Naval Warfare**, https://casebook.icrc.org/law/naval-warfare#iii_1, (Erişim Tarihi: 18.12-2022).

O'FLAHERTY, Captain Chris. "The Naval Minefield of Customary International Humanitarian Law.", **St Antony's International Review,** vol. 14, no. 1, 2018, ss. 24-52., https://www.jstor.org/stable/26501062 (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

PARMLEY Cynthia /PEDROZO Raul 'Pete', "New Edition of the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations", **Articles of War**, April 20, 2022, https://lieber.westpoint.edu/new-edition-commanders-handbook-law-of-naval-operations/, (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

PARSONS Dan, "Navy's 85 foot Orca unmanned submarine will a minelayer first", **The War Zone**, May 22, 2022, https://www.thedrive.com/the-war-zone/navys-85-foot-orca-unmanned-submarine-will-be-a-minelayer-firs (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

PEDROZO, Raul 'Pete', "Ukraine Symposium- Maritime Exclusion Zones in Armed Conflicts", **Articles of War**, https://lieber.westpoint.edu/maritime-exclusion-zones-armed-conflicts/ (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

ROGOWAY Tyler, "The Ukrainian Navy's Flagship Appears to Have Been Scuttled", **The War Zone**, March 3, 2022, https://www.thedrive.com/the-war-zone/44563/the-ukrainian-navys-flagship-appears-to-have-been-scuttled (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1241-1286

"COMPLIANCE" FENOMENİ EKSENİNDE ŞİRKET İÇ SORUŞTURMALAR VE TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ OLASI SONUÇLARI(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Rahime ERBAŞ**(**)

Öz: Kaynağını ABD'den alan uluslararası bir kavram olarak *compliance* fenomeni, Türk ticari hayatını da etkilemiştir. Söz konusu fenomenin ortaya çıkma amaçlarına uygun olarak geliştirdiği araçları, ilkeleri ve denetim mekanizmaları şirketler hukukuna yeni kurum ve kavramları taşımıştır. Bunlardan biri de bu çalışmanın konusunu oluşturan *compliance programının* bir aracı olan şirket içi soruşturma usulüdür. Şirketlerle ilgili suçların birer karanlık sayı olarak kalmaması için karşılaştırmalı hukukta ele alınmaya başlanmış şu üç yeni anlayış üzerinde ve birbirleri ile bağlantılı olarak Türk ceza hukukunda da düşünülmesinde fayda görülmüştür. Bunlardan birincisi, şirket bünyesinde ve faaliyetlerinde şirketin, kendisinin suç işlenmesini önlemek üzere çalışmalar yapmasıdır *(criminal compliance).* İkincisi, bu amaç için oluşturulan *compliance* programının araçlarından şirket içi soruşturmalar *(internal investigations)* ile işlenmiş olan suçların şirket içinde soruşturulmasıdır. Üçüncüsü de bu iç soruşturmanın ceza muhakemesine bağlanabilirliği ve sonuçlarının olup olamayacağının kabulü meselesidir. Bu bağlamda özel kişiler tarafından elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilir olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimler: Compliance, Uyum Programları, Şirketi İçi Soruşturma, Compliance Görevlisi, Ekonomik Suçlar, Delil Hukuku.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2022. Makale Kabul Tarihi: 15.12.2022.

(**) İstanbul Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-6257-4312; *rerbas@istanbul.edu.tr*).

INTERNAL INVESTIGATIONS IN THE FRAME OF THE COMPLIANCE PHENOMENON AND ITS PROBABLE CONSEQUENCES IN TURKISH CRIMINAL LAW

Abstract: The phenomenon of compliance, as an international concept originating from the USA, has also affected the Turkish commercial life. Its tools, principles and control mechanisms developed in accordance with the purpose of the emergence of that phenomenon have brought new institutions and concepts to company law. This study analysis the internal investigations, which stands as one of the main tools of the compliance program. In terms of prevention the economic crimes from remaining as a dark figure of crime, it has been beneficial to consider these three new understandings that have been started to be discussed in comparative law, and as such to analyze its consequences in Turkish criminal law. The first one of these is that the company develops compliance programs to prevent the commission of a crime within the company and its activities (criminal compliance). Second, internal investigations, one of the tools of the compliance program created for this purpose, are the internal investigations of crimes committed within the company. Third, the impacts and legal consequences of the internal investigation on the criminal procedure. In this context, it is significant to determine whether the evidence obtained by private individuals can be used in criminal proceedings.

Keywords: Compliance, Compliance Programs, Internal Investigations, Compliance Officer, Economic Crimes, Evidence Law.

GİRİŞ

Şirket bünyesinde ve faaliyetlerinde şirket çalışanları tarafından bir suç işlendiğinde, genellikle şirket içerisinde suçla ilgili delillerin gizlenmesi eğilimi gösterilebilir. Yahut ta şirket dışındakilerle (ceza muhakemesi makamları) etkin bir işbirliği yapılmaması söz konusu olabilir. Bunun en önemli nedeni, şirket içinde veya faaliyetlerinde suç işlendiğinin ilk olarak kamuoyunda duyulması ve sonrasında kamuya açık yürütülen ceza muhakemesi sonucunda şirket çalışmalarının ve şirket itibarının zedeleneceği endişesidir. Söz gelimi eğer borsada işlem gören bir şirket söz konusu ise borsada şirketin hisse senetlerinde değer kaybı ile karşılaşılabilmektedir. Örneğin Alman *Volkswagen* otomobil şirketi, dizel yakıtıyla ilgili hem çevre hem de vergi ile ilgili hukuk kurallarını dolanmak ve aynı zamanda dizel kullanan bir araçla aynı kaliteyi sunabilmek için araçlara bir yazılım programı yerleştir-

mek suretiyle emisyon testini manipüle etmiştir.[1] Bu olay, *emisyon skandalı* olarak büyük yankı uyandırmış ve söz konusu şirketin borsada hisseleri iki hafta içerisinde %40 oranında değer kaybetmiştir.[2]

İşte şirket de bizatihi varlık gayesi maddi kazanç olan bir oluşum olarak, maddi kazancı zedeleyecek nitelikteki *"suç işlendi!"* iddiasını tabii olarak saklama eğilimi gösterir. Bu nedenle suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunun (TCK md.281) işlenmesi söz konusu olabilir. Bunu, klasik eğilim olarak nitelendirebiliriz. Modern eğilim ise, şirket bünyesinde işlenen suçlarla ilgili şirket içerisinde bir soruşturma yapılması yönündedir.[3] Özellikle borsada işlem gören şirketler açısından *"şeffaflık"* temel bir ilke olarak giderek daha fazla benimsenmektedir.[4] Bu, adeta suç işlenmesi ile şirkete bulaştırılan virüsün temizlenmesi faaliyetidir.[5] Gerçekten şirketlerin ceza muhakemesi makamları ile işbirliği içinde olmaları, hem yararına menfaat elde edilen şirket tüzel kişiliği hem de şirketteki yetkili kişilerin de menfaatinedir. Keza emisyon skandalında, *Volkswagen'ın* şirket içi kontrol sisteminin kalitesiyle ilgili soru işaretlerinin olduğuna işaret edilmiştir.[6] Diğer taraftan bu tür bir soruşturmanın sadece şirketler açısından değil; devlet açısından da faydaları mevcuttur.[7] Cumhuriyet Savcısının şirket faaliyetlerinde işlenen suçlarla ilgili yürüttüğü soruşturmalarda söz konusu suçların açıklığa

---

1 GOEL Anusha, "Volkswagen: The Protagonist in Diesel Emission Scandal", **South Asian Journal of Marketing & Management Research (SAJMMR)**, C. 5, S. 11, Kasım 2015, ss.33-34, https://ssrn.com/abstract=2707162 (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

2 JUNG Jae C./ SHARON Elizabeth, "The Volkswagen Emissions Scandal and its Aftermath", **Global Business and Organizational Excellence**, C.38, S.4, s.6, https://doi.org/10.1002/joe.21930 (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

3 SAHAN Oliver, "Unternehmensinterne Untersuchungen aus rechtsanwaltlicher Perspektive", in **Compliance und Strafrecht**, Yay. Haz. Hans Kudlich/Lothar Kuhlen/Iñigo Ortiz de Urbina, C.F. Müller, Heidelberg, 2012, s.172.

4 MARTÍN Víctor Gómez, "Compliance und Arbeitnehmerrechte"**,** in **Compliance und Strafrecht**, Yay. Haz. Hans Kudlich/Lothar Kuhlen/Iñigo Ortiz de Urbina, C.F. Müller, Heidelberg, 2012, s.110.

5 MOMSEN Carsten, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)**, C. 6, S. 6, 2011, s.508.

6 EWING Jack/ BOWLEY Graham, "VW Reveals It Misstated Emissions of Gas Cars", **The New York Times**, 4 Kasım 2015, s. 1, http://www.consumerauto.org/wp-content/uploads/2015/11/VW-Reveals-It-Misstated-Emissions-of-Gas-Cars.pdf (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

7 ROTSCH Thomas, "Compliance und Strafrecht- Fragen, Bedeutung, Perspektiven Vorbemerkungen zu einer Theorie der sog. „Criminal Compliance", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, 2013, C.125, S. 3, s.488.

kavuşturulabilmesi için şirketin C. Savcısının ile aktif bir işbirliği içinde olması gereklidir.[8] Söz gelimi şirket seviyesinde dahil olunan ticari yaşamın yoğunluğu ve karmaşık niteliği, ceza muhakemesi makamlarını da yanıltabilmektedir. Bu şekilde bu suçların ortaya çıkarılması güçlük nedeniyle şirketler ilgili *kriminolojik* açıdan bu suçlar, karanlık alanda kalabilmektedir.[9] Keza söz konusu yoğunluk ve karmaşıklık nedeniyle uzun sürecek bir ceza muhakemesi soruşturması devlete; zaman, işgücü ve mali kaynakları açısından başkaca problemeler yaratabilmektedir.[10]

Başkaca, bilhassa rüşvet suçu gibi kamu güveni aleyhine işlenen suçlarda *etkin pişmanlık*[11] hükümlerinden istifade edebilmelerini kolaylaştırabilir. Buna göre, şirketlerin bu tür bir soruşturma ile elde ettikleri delilleri ceza muhakemesi makamlarıyla paylaşmalarının da önemi ortaya çıkmaktadır. Bu noktada dikkat çekilmelidir ki sınırlı sayıda da olsa Türk hukukunda kapsamına bazı hallerde rüşvetin de girdiği bazı tür suçlar nedeniyle yine bazı tür şirketlerin, compliance programı oluşturma zorunluluğu mevcuttur.[12]

Şirketlerle ilgili suçların birer karanlık sayı olarak kalmaması için karşılaştırmalı hukukta ele alınmaya başlanmış şu üç yeni anlayış üzerinde ve birbirleri ile bağlantılı olarak Türk ceza hukuku açısından da düşünülmesinde fayda görülmüştür. Bunlardan birincisi, şirket bünyesinde ve faaliyetlerinde şirketin, kendisinin suç işlenmesini önlemek üzere çalışmalar yapmasıdır *(criminal compliance).* İkincisi, bu amaç için oluşturulan *compliance* programının araçlarından şirket içi soruşturmalar *(internal investigations)* ile işlenmiş olan suçların şirket içinde soruşturulmasıdır. Üçüncüsü de bu iç

---

8 ZAPFE Henrik, **Compliance und Strafverfahren: Das Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteressen und Beschuldigtenrechten**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013, s.101.

9 ERMAN Sahir, **Ticari Ceza Hukuku I- Genel Kısım**, 3. Bası, İ.Ü Basım Evi, İstanbul, 1992, s.4; ÖZBEK Veli Özer, **Ekonomi Ceza Hukuku (Birinci Kitap - Genel Hükümler)**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s.25.

10 ROTSCH, "Compliance und Strafrecht- Fragen, Bedeutung, Perspektiven Vorbemerkungen zu einer Theorie der sog. „Criminal Compliance", s.488.

11 Ekonomik suçlar açısından etkin pişmanlık için bkz.: ÖZBEK, s.124 vd.

12 Buna göre, *"suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama"(TCK md. 282)* suçu ile "*terörizmin finansmanı"* suçu (07.02. 2013 tarih ve 6415 sayılı *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun,* md.3-4) kapsamında bazı tür şirketlerin uyum programı oluşturma zorunluluğu 16. 09. 2008 ve 26999 sayılı *Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklere Uyum Programı Hakkında Yönetmelik'inde* mevcuttur. Ayrıca bkz.: MERAKLI Serkan, **Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları**, Seçkin, Ankara, 2022, ss.141-142, ayrıca ss. 146-147.

soruşturmanın ceza muhakemesine açısından değerlendirilmesidir. Bu soruşturmalarla ilgili maddi ve hukuki açıdan hatalı değerlendirmeler, ceza muhakemesinde soruşturmaya da taşınacaktır.[13] Buna göre bu iç soruşturmanın ceza muhakemesine bağlanabilirliği ve sonuçlarının olup olamayacağının kabulü, temel bir meseledir. Bu bağlamda özel kişiler tarafından elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilir olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir.

I. ÇALIŞMANIN SINIRLARI VE İZLENECEK YÖNTEM

Kaynağını ABD'den alan[14] gerek son dönemin popüleri *compliance,*[15] gerekse 1990'lı yıllarda dünyaya yayılan *kurumsal yönetim (corporate governance*)[16] fenomeni,[17] uluslararası kuruluşlar ve çok uluslu şirketlerin etkisiyle Türk ticari hayatına olsa girmiştir.[18] Compliance programı ile uyumlu olunması gereken sadece ulusal hukuk değil; sözleşmeler aracılığı ile uluslararası hukuk kuralları da yer almaktadır. Bu bağlamda söz konusu fenomenlerin ortaya çıkma amaçlarına uygun olarak geliştirdikleri araçları, ilkeleri ve denetim mekanizmaları şirketler hukukuna yeni kurum ve kav-

---

13 ZAPFE, s.108.

14 PASLI Ali, "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.71, S. 2, 2013, s.320. Ayrıca bkz.: SAHAN Oliver, "Strafrecht und Compliance in der Praxis", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/ Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss. 61-62, ayrıca s.72.

15 Terimle ilgili açıklamaları için bkz.: PASLI, "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", ss.317-320.

16 İngilizce dilindeki *"corporate governance"* ifadesini Türkçe'de PASLI'nın çevirisiyle benimsemekteyiz. Bu ifadeye ilişkin diğer Türkçe ifadeler için bkz.: PASLI Ali, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, Ağustos 2005, ss.29-30.

17 ROTSCH Thomas, "Criminal Compliance", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/ Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.51. Kurumsal yönetim kavramını Türk hukuku açısından değerlendiren ve kurumsal yönetim anlayışının hukukumuzda yerleşebilmesi için atılması gereken hukuki adımları sıralayan çalışma için bkz.: PASLI, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, s. 85 vd. Kurumsal yönetim ile compliance kavramlarını karşılaştıran bir çalışma için bkz.: YAŞAR Tuğçe Nimet, **Anonim Şirketler Hukukunda "Uyum" (Compliance),** On İki Levha, İstanbul, 2020, ss.103-106.

18 Örneğin bkz.: **Koç Holding**, "Etik İlkeler ve Uyum Politikaları", https://www.koc.com.tr/hakkinda/etik-ilkeler-ve-uyum-politikalari (Erişim Tarihi: 11.11.2022). Ayrıca bkz.: KOLCUOĞLU Umut, "Türk şirketleri uyum (compliance) programı oluşturmalı mı?", 3 Şubat 2017, https://www.dunya.com/kose-yazisi/turk-sirketleri-uyum-compliance-programi-olusturmali-mi/348439?ysclid=laclhb0tqv17519021 (Erişim Tarihi: 11.11.2022).

ramları taşımıştır. Bunlardan biri de bu çalışmanın konusunu oluşturan *compliance programının* bir aracı olan şirket içi soruşturma usulüdür. Bu kavram, şirket bünyesinde veya şirketin yürüttüğü faaliyetler sırasında işlenen suçların, kabahatlerin ve hatta her türlü etik ihlallerin şirket içerisinde soruşturulması olarak kısaca tanımlanmaktadır.[19] Bu şekilde esasında şirket yetkililerin ceza hukuku ve kabahat sorumluluklarının oluşmasının önüne geçmek amacıyla şirket bünyesinde soruşturma yapılması, Türk hukukunda tüm şirketler açısından ve her türlü aykırılıklar için açık kanuni dayanağı olan bir uygulama niteliğinde değildir.[20] Bu nedenle oluşturulması, Türk hukukunda, kural olarak zorunlu değildir.[21] Ancak, yukarıda belirtilmiş olduğu üzere uluslararası sözleşmelerin sonucu olan *Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklere Uyum Programı Hakkında Yönetmelik"* kapsamında zorunluluk olarak *compliance* programının düzenlendiği haller mevcuttur. Bu bağlamda, birinci olarak özellikle büyük şirketlerde *etik kurullar* ve *etik kurul soruşturması* biçiminde karşımıza çıkmaktadır. İkinci olarak bankacılık faaliyetleri yapan anonim şirketler bakımından *teftiş kurulu* ve *teftiş kurulu soruşturmasıdır.*[22] Bu ikisinden farklı olarak *compliance* kavramı kapsamında değerlendirilebilecek bir durum ise iş hukukunda klasik bir kurum mahiyetindeki *disiplin kurulu* ve *disiplin kurulu soruşturmasıdır.*

---

[19] SAHAN, "Unternehmensinterne Untersuchungen aus rechtsanwaltlicher Perspektive", s.171. Ayrıca bkz.: MERAKLI, ss.140-141.

[20] Bunların önüne geçilmesinde başvurulan yaygın metot ise bağımsız deneticilere zorunlu olarak başvurulmasıdır. Bu bağlamda compliance programı ise iç denetimi ifade etmektedir (YAŞAR, **Anonim Şirketler Hukukunda "Uyum" (Compliance),** ss141-142, s.147).

[21] Söz gelimi TTK'nın *"riskin erken saptanması ve yönetimi"* başlıklı 378. maddesine göre; *"Pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer şirketlerde bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir."* Türk ticaret hukuku mevzuatında şirket yönetim kurulu tarafından bir compliance programı oluşturulmasının gerekliliğinden bahseden çalışma için bkz.: YAŞAR, **Anonim Şirketler Hukukunda "Uyum" (Compliance),** s.344.

[22] Dikkat çekilmelidir ki; Alman Ticaret hukukunda da *compliance* kurumunun esas itibarıyla bankacılık ve sermaye piyasası şirketleri bağlamında tartışıldığı belirtilmektedir. Bkz.: TEMEL Erhan, "Compliance- System in der Aktiengesellschaft", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.2.

Etik kurul soruşturması ile teftiş kurulu soruşturmasında *kurumsal yönetim* ile *compliance* kavramlarının özelliklerini ve sonuçlarını doğrudan görmek mümkündür. Ancak iş hukukundaki disiplin kurulu soruşturması, işçiye savunma hakkı tanınarak ve gerçeğin ortaya çıkarılması sağlanarak işçinin haksız bir şekilde sözleşmesinin feshedilmesinin önüne geçilmesi için geliştirilmiş bir kurumdur. Bu yönüyle örneğin işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması, işverenin güvenini kötüye kullanması, hırsızlık suçunu işlemesi veya işverenin meslek sırlarını ifşa etmesi gibi aralarında suç teşkil edebilecek nedenlerin sıralandığı hallerde şirket bünyesinde bir iç soruşturma yapılması ile sonuçlanmaktadır. Nitekim bu nedenle şirket çalışanlarının faaliyetleri sırasında suç işlemiş olmalarının soruşturulması da şirket içi soruşturma olarak değerlendirilmektedir.[23] Buradan hareketle işçiyle ilgili yapılması yönünden etik kurul ve teftiş kurulu soruşturması ile de birçok açıdan kesiştiği söylenebilir. Söz gelimi bu soruşturmalarda da suç işlediği hususunda şüphe olan kimselere iş sözleşmesinin feshi gibi birçok iş hukuku yaptırımı uygulanmaktadır. Bu nedenle Türk hukukunda şirket içi soruşturmalar hangi ad ile anılırlarsa anılsınlar, kişilere uygulanan yaptırımlar dikkate alındığında iş hukuku ile iç içedir. Bu nedenle Türk hukukunda da bu konu *disiplinler arası* bir mahiyet arz etmektedir.[24]

Çalışmada bu incelemelere geçmeden kısaca *compliance* ve *şirket içi soruşturma* kavramlarının tanımlarına ve kapsamına ilişkin kısaca bilgi verilecektir. Yine nedenleri ile Türkiye özelinde bu kavram ve kurumların tanınıp tanınmadığı; tanınmakta ise yaygınlığı hakkında tespitlere yer verilecektir.

Tanımlardan sonra *ilk olarak, etik kurul soruşturması, teftiş kurul soruşturması* ve son olarak *disiplin kurulu soruşturması (iş hukukundaki)* olarak Türk hukukunda karşımıza çıkan şirket içinde yürütülen soruşturmaların ceza soruşturması ve kovuşturması üzerindeki etkileri ve bunları öne çekip çekemeyeceği hususu ele alınacaktır. Bu kısımda hâlihazırda Türk hukukundaki yerleşik hukuki mekanizmaların, bugün popülerlik kazanan *compliance* fenomeninin aracı olan şirket içi soruşturma kurumunu karşılamakta olup olmadığı sorgulanacaktır. Türk hukukunda Alman hukukundaki *Siemens*

---

[23] SAHAN, "Unternehmensinterne Untersuchungen aus rechtsanwaltlicher Perspektive", s.172.

[24] İspanya ceza hukuku açısından compliance kavramı iş hukuku ile bağlantılı inceleyen bir çalışma için bkz.: MARTÍN, s.124. Ayrıca bkz.: ROTSCH, "Compliance und Strafrecht-Fragen, Bedeutung, Perspektiven Vorbemerkungen zu einer Theorie der sog. „Criminal Compliance", s. 481.

davası gibi compliance programlarını hukuki alanda da kapsamlı hale getirerek katalizör görevi gören emsal bir dava olmadığından compliance programına sahip olan şirketlerde dahi şirket içi soruşturma detaylı düzenlenmemiştir. Bu halde konuya sadece compliance özelinden değil, Türk iş hukukundan da yaklaşılması zaruridir.

İkinci olarak, şirket içinde yürütülen soruşturmaların ceza soruşturması ve kovuşturması üzerindeki etkileri bağlamında; şirket içi soruşturma yapmanın ve bunu ceza muhakemesi makamları ile paylaşmanın şirketin yararına olup olmadığı üzerinde durulacaktır. Diğer bir anlatımla, şirketin bünyesinde kendiliğinden soruşturma yapması için bir motivasyonu olmalı mıdır sorusu ele alınacaktır. *Daha sonra* özel kişiler tarafından elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılamayacağı meselesi ele alınacaktır. Söz gelimi şirket bünyesinde işlenen suçlarla ilgili suçun işlendiğini öğrenen kişilerin, TCK'nın 278. maddesinde düzenlenen *"suçu bildirmeme suçu"* nedeniyle suçu bildirme yükümlülükleri mevcuttur. Buna göre şirket içerisinde veya şirketin faaliyetleri sırasında bir suçun işlendiğini öğrenip de bu yükümlülüğünü yerine getirmezler ise ticari sır sebebine dayanamayacaklar ve 278. madde nedeniyle sorumlu olacaklardır.[25]

Üçüncü olarak ise, kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama yasağı- *nemo tenetur ilkesi*- ve tanıklıktan çekinme hakkı ele alınacaktır. Nihayetinde şirket içi soruşturmanın ceza muhakemesindeki olası bir sonucu olarak, C. Savcısının soruşturma tekelinin kalkıp kalkmadığı sorusu ile çalışma tamamlanacaktır.

II. "COMPLIANCE" VE "ŞİRKET İÇİ SORUŞTURMA (INTERNAL INVESTIGATION)"

1. *"Compliance"* Terimi ve Kavramı

Menşei, terapi sürecine bağlılık anlamında tıp alanına dayanan[26] *compliance* hukuk sahasına ABD'den yayılmıştır. Her ne kadar Dünyada İngilizce özgün adıyla adeta moda sözcük haline gelmiş olsa da, yeni bir

---

[25] Ayrıca karş. Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki bildirim yükümlülüğüne ilişkin 102. madde ve ayrıca 64. madde.

[26] MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.508; ROTSCH Thomas, "§ 1: Criminal Compliance- Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung", in **Criminal Compliance**, Yay. Haz. Thomas Rotsch, 1. Bası, Nomos, 2015, s.37, kn.5.

fenomeni ifade etmesi sebebiyle Alman hukukunda İngilizce özgün haliyle benimsenmiştir.[27] Keza İspanyol hukuku için de aynı şey söylenebilir.[28] Türk hukukunda ise terimsel açıdan *compliance* sözcüğü için bir birlik söz konusu değildir. Buna göre, mevzuatta da *"uyum"*[29] olarak yer verildiği görülmektedir. Öğretide ise *compliance* için *"uygunluk/ uyumluluk"*[30] veya *"hukuk normlarına uyum"*[31] şeklinde Türkçe karşılık önerilerine rastlanılmaktadır. Buna karşılık sadece *compliance* ibaresini tercih edenler de mevcuttur.[32] Bunun en temel gerekçesi, uluslararası fenomenin Türkçe'de tek bir sözcük ile yeterli düzeyde karşılanamayacağı endişesidir.[33] Biz de bu çalışmada aynı gerekçe ile *compliance* sözcüğünü kullanmayı tercih etmekteyiz.

---

[27] ROTSCH, "Criminal Compliance", s.51; SAHAN, "Strafrecht und Compliance in der Praxis", ss.61-62.

[28] Örneğin konuyla ilgili İspanyolca dilindeki eserlere bakıldığında "Compliance y Derecho Penal" şeklinde baskılandırmalar görülmektedir. Bkz.: Gómez, "Compliance und Arbeitnehmerrechte", s.105, dn.2; JAVE Camilo Clavijo, "Criminal compliance en el derecho penal peruano", **Derecho PUCP**, S.73, 2014, ss.625-647.

[29] Mevzuatta, *"uyum"* sözcüğü kullanılmaktadır. Bkz.: Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklere Uyum Programı Hakkında Yönetmelik *(*Resmi Gazete Tarihi: 16. 09. 2008, Resmi Gazete Sayısı: 26999).

[30] Bu sözcüğü Türk hukukunda ve Türkçe yazılmış ilklerden sayılan bir çalışmada ele alan ve *"uygunluk/uyumluluk"* şeklinde çeviren ve bu kavrama ilişkin İngilizce ve Türkçe terim karşılaştırma yapan bir çalışma için bkz.: Paslı, "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", s.317- 320.

[31] MERAKLI, s. 140.

[32] *"Global terminolojik bütünlük bakımından Türkçede de doğrudan 'compliance' teriminin kullanılması yerinde olacaktır"* (TEMEL Erhan/ SÖZÜER Adem, "Önsöz", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. vıı; PASLI, "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", s.317 vd.; KANGAL Zeynel T., "Türk Ceza Hukuku Açısından Compliance", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 73 vd.; YAŞAR Tuğçe Nimet, **Şirketler Hukuku Açısından "Compliance" Kavramı ve Borsaya Kayıtlı Şirketlerde Uygulaması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018, ss.24- 25. Ancak yazar, daha sonra yayınlanan tez çalışmasının kitap formatında bu görüşünden vazgeçerek kavramın Türkçe karşılığının araştırılması gerektiğini belirterek *"uyum"* şeklinde bir kullanımı tercih etmiştir. YAŞAR, **Anonim Şirketler Hukukunda "Uyum" (Compliance),** s.10.

[33] YAŞAR, **Şirketler Hukuku Açısından "Compliance" Kavramı ve Borsaya Kayıtlı Şirketlerde Uygulaması**, s.24. Nitekim *Yaşar*, tezinin kitap formunda "uyum" sözcüğünü kullanmaya başlamış olsa da tek başına *"uyum"* sözcüğü ile yetinmediğini sıklıkla *"uyum" (compliance)"* şeklinde parantez içinde *compliance* sözcüğünü kullandığını görmekteyiz. Bu da *compliance* fenomenini, *"uyum"* sözcüğünün karşılayamadığının bir göstergesidir. Bkz.: YAŞAR, **Anonim Şirketler Hukukunda "Uyum" (Compliance),** s. 28 vd.

Muhteva açısından ise; *compliance* sözcüğünden ne anlaşılması gerektiği hususunda da bir birlik olmamaktadır.[34] Çünkü kavram, bizatihi hukuki değil aynı zamanda ekonomi alanına da aittir.[35] Yine de kısaca işyerinde kurulacak bir sistem ile şirketin etik kurallara ve mevzuata riayet edilmesi olarak tanımlanmaktadır.[36] Burada amaçlanan şirketin herhangi bir adli işleme dahil olmaksızın önceden bu tür işlemlerin söz konusu olmasının önüne geçilmesidir. Bu nedenle kavram, *önleyici hukuk* anlayışının bir sonucudur.[37] Bu amaçla compliance programlarının geliştirilmesi, görevli *(compliance officer)*[38] atanması, şirket içi soruşturma yürütülmesi ve şirket dışı compliance hizmetlerinden yararlanılması gibi çeşitli araçlar türetilmiştir.[39] Ancak compliance programları her zaman sadece *önleyici işlev* görmemekte; bazı hallerde *bastırıcı* mahiyette bir boyuta ulaşmaktadır.[40] Nitekim konu ceza hukuku normlarına uygunluğun sağlanması olduğunda, amaç önleyici olmanın ötesine zorunlu olarak geçmektedir. Bilhassa şirket bünyesinde şirket çalışanları tarafından suç işlendiği durumlarda, şirket bir savunma mekanizması oluşturma ihtiyacına girmektedir. Söz gelimi bu halde compliance; rüşvet, yolsuzluk, güveni kötüye kullanma veya benzeri suçların şirket bünyesinde işlenmesi nedeniyle virüs bulaşan şirketin söz konusu virüsten kurtarılması hizmetine tahsis edilmektedir.[41] Bu halde, *"ceza hukukunda compliance"* veya *"suçlulukla bağlantılı compliance (kriminalitätsbezogene*

---

[34] ROTSCH, "§ 1: Criminal Compliance- Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung", s.37, kn.4.

[35] ROTSCH, "Compliance und Strafrecht- Fragen, Bedeutung, Perspektiven Vorbemerkungen zu einer Theorie der sog. „Criminal Compliance", s. 481.

[36] SAHAN, "Strafrecht und Compliance in der Praxis", s.60; PASLI, "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", s.320. Burada esasında kastedilen hukuka uyumluluğu ifade etmek üzere *"regulatory compliance"* olarak oluşturulmuştur (PASLI, "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", s.317).

[37] Detaylı açıklamalar için bkz.: PASLI, "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", ss.320- 321.

[38] Paslı, "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", s.328.

[39] PASLI, "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", s.321 vd.

[40] MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.509.

[41] MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.508.

compliance)"[42] kavramlarına ulaşılmaktadır.[43] Bu halde uyumun sağlanması gereken normlar ceza hukuku kuralları ve amaçlanan ise ceza hukuku yaptırımlarının önüne geçilmesi olmaktadır.[44] Ceza hukukundaki compliance programları ile sadece suç ve kabahat işlenmesinin önlenmesi değil; işlenmiş suçlarla ilgili yaptırımlardan kaçınılması da kapsar.[45] Bilhassa ekonomik suçların yol açacağı zararların yüksekliği[46] ve olası mağdur sayılarının fazlalığı[47] dikkate alındığında compliance adı altında bir mekanizmaya şirketlerin sahip olmasını desteklemekte ve gerektiğinde bu mekanizmayı şirketlere zorunlu kılmakta kamusal menfaat çok önemlidir.

Her ne kadar hukuk alanında compliance ABD'de 1930'lu yıllarda başlamış ve 1950'li ve 1960'lı yıllarda kartel hukukunda;[48] Almanya'da ise kıymetli evrak sektörü ile olmuş[49] olsa da fenomenin hukuk alanında dünyaya yayılması, 2001 yılında meydana gelen *Enron skandalı*[50] ile rüşvet ve yolsuzluklar nedeniyle ceza hukukunda yankı uyandırması ile başlamıştır. Bu nedenle bugün compliance kavramın anlaşılması, rüşvet ve yolsuzlukla mücadeleye ilişkin mevzuatın incelemesi olmaksızın mümkün görülmemektedir.[51] Hatta *"compliance= eşittir yolsuzlukla mücadele tedbirleri"* olarak anlaşıldığına dikkat çekilmektedir.[52] İşte compliance programı çerçevesinde ceza hukuku normlarına uygunluğun sağlanması amacına hizmet eden bir

---

42 BOTTMANN Ute, "Kap. 2.1. Criminal-Compliance", in **Kapitalmarktstrafrecht**, 5. Bası, Yay. Haz. Tido Park, Nomos, 2019, kn.1-3, https://beck-online.beck.de (Erişim tarihi: 02.11.2022); ROTSCH, "§ 1: Criminal Compliance- Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung", s.41, kn.11.

43 Bkz.: ROTSCH, "Criminal Compliance*",* s.52.

44 ROTSCH, "Criminal Compliance", s.54, ayrıca s.56; ROTSCH, "§ 1: Criminal Compliance- Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung", s.42, kn.11.

45 ROTSCH, "§ 1: Criminal Compliance- Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung", s.62, kn.40.

46 ERMAN, s.4.

47 ERMAN, s.5.

48 ROTSCH, "§ 1: Criminal Compliance- Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung", s.45, kn.17.

49 ROTSCH, "§ 1: Criminal Compliance- Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung", s.46, kn.19.

50 PETRICK Joseph A./ SCHERER Robert F., "The Enron Scandal and the Neglect of Management Integrity Capacity", **American Journal of Business**, C.18, S.1, 2003, s.38, https://doi.org/10.1108/19355181200300003 (Erişim tarihi: 02.11.2022).

51 SAHAN, "Strafrecht und Compliance in der Praxis", s.63. Ayrıca bkz.: ROTSCH, "Criminal Compliance", s.52-53.

52 SAHAN, "Strafrecht und Compliance in der Praxis", s.72.

başka araç olarak *şirket içi soruşturma* bu çalışmanın konusunu teşkil etmektedir.

2. Şirket İçi Soruşturma *(Internal Investigation)*

> *"Şirket içi soruşturma ile ilgili en temel güçlük, hiçbir ülkenin hukukuna ait olmamasıdır. Aynı şekilde bu, her ülkenin kendine özgü farklı kurallarının geçerli olması itibarıyla her bir ülkenin hukukuna ait olması olarak da okunabilir".*[53]

Buna göre şirket içi soruşturmanın da kariyeri, ABD'de başlamıştır.[54] Hatta bu ülkede 1985 yılında bir şirketle ilgili soruşturma yapan savcının, şirket içi soruşturma ile elde edilen deliller neticesinde bazı şirket çalışanlarına atıf yaptığı belirtilmektedir.[55] Kariyeri dışında ABD'de zorunlu kılınması ile çok uluslu şirketlerin örneğin *Siemens* veya *Volkswagen* gibi kendi ülkeleri için de zorunlu hale getirilmiştir. Bunda ABD'deki *Securities and Exchange Commission (SEC)* adlı kuruluşun etkisi büyüktür. Gerçekten Alman hukukunda şirket içi soruşturma konusunu öne çıkaran olaylar, bu iki şirketle ilgili, bilhassa *Siemens olayıdır.*[56]

Türk hukukunda ise, 16. 09. 2008 tarih ve 26999 sayılı *"Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklere Uyum Programı Hakkında Yönetmelik"* şirket içi soruşturmayı bazı tür şirket ve suçlarla ilgili olarak zorunlu kılmaktadır. Buna göre Yönetmelik'in 5. maddesinin 1. fıkrasındaki *"b) Risk yönetimi faaliyetlerinin yürütülmesi", "c) İzleme ve kontrol faaliyetlerinin yürütülmesi"* ve *"e) İç dene-*

---

[53] THEILE Hans/ GATTER Marcelle Janina/ WIESENACK Tobias C., "DomestizierungvonInternalInvestigations?", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft** (**ZStW)**, C. 126, S. 4, s.804.

[54] NESTLER Nina, "1. Kap.", in **Internal Investigations**, Yay. Haz. Thomas C. Knierim/Markus Rübenstahl/Michael Tsambikakis, 2. Yeniden Çalışılmış Bası, C.F. Müller, Heidelberg, 2016, kn.5.

[55] GREEN Bruce A./ PODGOR Ellen S., "Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents", **Boston College Law Review**, C.54, S. 1, 2013, s.86. *Green/Podgor'un* işaret ettiği olay için bkz.: New York Times, "15 Hutton Employees are Cited", 6 Eylül 1985, https://www.nytimes.com/1985/09/06/business/15-hutton-employees-are-cited.html (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

[56] WESSING Jürgen, "§ 46. Internal Investigations -Interne Ermittlungen im Unternehmen", in **Corporate Compliance,** Yay. Haz. Christoph E. Hauschka/Klaus Moosmayer/ Thomas Lösler, 3. Bası, 2016, kn.3, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

Bkz.: MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", ss.510-511.

tim faaliyetlerinin yürütülmesi" yükümlülükleri, şirket içi soruşturmayı gerektirecek işlemleri de kapsar. Nitekim öğretide bu şekilde şirket çalışanların faaliyetlerini kontrol etmesi ve denetlemesi, *geniş anlamda şirket içi soruşturma* olarak tanımlanmaktadır.[57] Belirtilen Yönetmelik kapsamındaki şirket ve suçlarla ilgili olarak söz konusu soruşturmayı, aynı maddenin 2. fıkrasına göre *"uyum (compliance) görevlisi"* yerine getirmek zorundadır.

Kesin bir tanımı bulunmamakla birlikte yine de şirket içi soruşturma;[58] *dar anlamda* şöyle tanımlanmaktadır: Suç veya kabahat nedeniyle sorumluluğun önüne geçilmesi amacıyla şirket içinde ve faaliyetlerinde işlendiği iddia edilen suç ile ilgili şirket içinde bir soruşturma yürütülmesidir. Böylece olası bir ceza soruşturmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.[59] Bu nedenle, en temelde şirket faaliyetlerinde veya şirket bünyesinde meydana gelen bir olayla ilgili bilgi edinilmek için yapılan bir araştırma faaliyetidir. Bu bağlamda herhangi bir soruşturma değil; hususi tipte bir soruşturma söz konusudur.[60] Bu faaliyetin başlamasını sağlayan temel çıkış noktalarından biri de *whistle blowing* adı verilen muhbirliktir.[61] Bu, şirket çalışanı olabileceği gibi şirket dışında olup şirketle ilgili bilgi edinebilecek konumdaki bir kişi örneğin konuyla uzmanlaşmış bir polis bürosundan gelen anonim bir e-posta aracılığı ile de olabilir.[62] Burada önemli olan şirketin yetkili biriminin, yöneticisinin veya compliance görevlisinin bir hukuk kuralının ihlal edildiğini öğrenmesidir.[63]

Şirket içi soruşturmada cevabı aranan sorunun ve kapsamının şirket tarafından belirlendiğine dikkat çekilmektedir.[64] Buna göre, *"nadiren tek bir yönetici bile olsa şirketin bir organı tarafından, şirket bünyesinde bir kanun hükmünüm ihlal edildiği iddiasını soruşturmak için açık veya gizli bir soruşturma yürütmek üzere, şirket içinden bir kişiyi veya compliance görevlisini*

---

57 MARTÍN, s.110.

58 GREEN/ PODGOR, s.87.

59 MOMSEN Carsten, "B. I. Interne Ermittlungen aus strafwissenschaftlicher sicht", **Criminal Compliance**, Yay. Haz. Thomas Rotsch, 1. Bası, Nomos, 2015, s. 1236, kn: 1; MARTÍN, s.110.

60 NESTLER, "1. Kap.", kn.20.

61 MARTÍN, s.109; GREEN/ PODGOR, s.89; MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.509.

62 MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.509; Ayrıca bkz.: MARTÍN, s.119.

63 MARTÍN, s.111.

64 GREEN/ PODGOR, s.87.

yahut ta harici bir hukuk bürosunu veya toplu olarak atanması, şirket içi soruşturmayı ifade eder".[65] Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, üç hususla ilgili şirket yetkilileri tarafından karar verilmektedir: (1) Şirket içinde bir soruşturma yapılıp yapılmaması gerektiği, (2) Bu tür bir soruşturmada hangi usulün izleneceği ve hangi tedbirlerin alınacağı ve (3) Harici bir uzmanın soruşturmacı olarak atanıp atanmayacağı hususudur.[66]

Alman hukukunda şirket içi soruşturmayı tanımlamaya yönelik, öğretide çeşitli girişimler söz konusudur. Bunlar, söz konusu soruşturmanın önce çıkan *bazı niteliklerinden* hareket etmektedirler. Bunlardan en temeli, *üç ölçütlü modeldir (Drei-Kriterien-Modell).* Birinci ölçüt, şirket içi soruşturmanın *hususi bir reaksiyon türü* olarak *bastırıcı (repressive)* özelliğe sahip olduğuna dayanmaktadır.[67] Çünkü burada, işlendiği öğrenilen suçun ortaya çıkarılması amacı vardır. Oysa compliance, önleyici nitelikte, yani ihlallerin oluşmasının önlenmesi amaçlayan bir kurumdur.[68] İkinci ölçüt ise, soruşturmanın yürütülmesi *için harici bir uzman veya soruşturmacı atanmasına* dayanmaktadır. Bu nedenle şirket içi soruşturma ifadesi yerine terminolojik olarak kamusal niteliktekinin karşıtı olarak *"özel soruşturma"* ifadesini daha doğru bulmaktadır.[69] Üçüncü ölçüt ise, şirket içi soruşturmanın *olası ceza soruşturması için bir reaksiyon* olma ihtimaline dayanmaktadır. Bu nedenle soruşturma, bir ceza soruşturmasının önüne geçmeye yönelik çeşitli tedbirlerin alınmasını içerebilir.[70] Örneğin, Alman şirketlerinin uygulamasında şirket içerisinde çalışanlardan birinin rüşvet suçuna karışması söz konusu ise şirket bunu ortaya çıkarmak yerine; ya bundan kaynaklanacak başkaca hukuka aykırılıkların önlenmesi ve böylelikle ceza zamanaşımının söz konusu olmasının umulduğu ya da söz konusu suçla ilgili başkaca girişimlerde bulunularak suçun gizlenmeye çalışıldığı belirtilmektedir.[71] Keza söz konusu soruş-

---

65 GRÜTZNER Thomas/ JAKOB Alexander, "Internal Investigation", in **Compliance von A-Z**, 2. Bası, C. H. Beck, Münih, 2015, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

66 SAHAN, "Unternehmensinterne Untersuchungen aus rechtsanwaltlicher Perspektive", s.174. Ayrıca bkz.: IMPERATO Gabriel L., "Internal Investigations, Government Investigations, Whistleblower Concerns: Techniques to Protect Your Health Care Organization", **Alabama Law Review**, C.51, S.1, 1999, s.210.

67 MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.511, ayrıca s.509.

68 NESTLER, "1. Kap.", kn.22.

69 NESTLER, "1. Kap.", kn.25.

70 NESTLER, "1. Kap.", kn.27.

71 Sahan, "Unternehmensinterne Untersuchungen aus rechtsanwaltlicher Perspektive", s.172- 173.

turma, hukuki bir soruşturmanın yardımcısı veya bir bileşeni de değildir.[72] Ancak şirketin lehine olduğu durumlarda şirket, söz konusu soruşturma ile elde ettiği verileri ve bilgileri ceza muhakemesi makamları ile paylaşmak isteyecektir. Bu halde suç işleyen şirket çalışanının söz konusu bilgileri ceza muhakemesi makamları ile paylaşarak lehine bir imkân elde etmesi imkânını da ortadan kalkacaktır. Böylelikle şirket, çalışanını *"güçsüz"* bir duruma sokacaktır.[73]

Soruşturmada hangi hukuk alanlarına temas edildiği de esasında belirsizdir. Burada özel hukuk ilkeleri, bilhassa iş kanunu, ticaret kanunu, SPK ve Bankacılık Kanunu uygulanır. Buna göre şirket içi soruşturmanın, ticaret hukuku, iş hukuku, disiplin hukuku, kabahatler hukuku ile ceza hukuku ve kişisel veriler ile anayasa hukukunu da içine alan *disiplinler arası* bir niteliği mevcuttur.[74] Bu nedenle bir şirketteki ihlal nedeniyle zedelenen menfaatlerin çeşitlilik arz etmesi nedeniyle hangi alandaki hukuk normlarının dikkate alınacağı ve bunlar arasında uyumun nasıl sağlanabileceği, bir mesele teşkil etmektedir.[75] Gerçekten bir şirket içi soruşturmanın nasıl yürütüleceğine ilişkin bağlayıcı usul kuralları mevcut değildir.[76] Ceza muhakemesinde şüphelilere tanınan hakların, tanınıp tanınmaması gerektiği tartışmalıdır. Örneğin ABD'de söz konusu haklarının sağlanmasının gerekmediği belirtilmektedir.[77] Ancak diğer taraftan da şirketlerin, ceza muhakemesi makamlarının şüpheli ve sanıktan bilgi almaya yönelik zorlayıcı güce de sahip olmadığı da belirtilmektedir.[78] Diğer taraftan yapılan soruşturma sonuçlarının kimlerle paylaşılacağı da önem arz etmektedir. Keza söz konusu soruşturma sonucunun ceza soruşturması makamlarının suçu işlemiş olabileceğinden şüphelendiği kişi ile paylaşılmaması gerektiğinde de işaret edilmektedir.[79]

Soruşturmayı yürütenlerin yükümlülüklerinin nasıl belirleneceği de belirsizdir. Buna göre, her somut olayda soruşturmanın kapsamı ve soruşturmayı yürütenlerin yükümlülükleri değişmektedir. Örneğin soruşturma ile

---

72 GREEN/ PODGOR, s.87.

73 GREEN/ PODGOR, s.88.

74 MOMSEN, "B. I. Interne Ermittlungen aus strafwissenschaftlicher sicht", kn: 2.

75 MOMSEN, "B. I. Interne Ermittlungen aus strafwissenschaftlicher sicht", kn: 2 ve kn.8.

76 MOMSEN, "B. I. Interne Ermittlungen aus strafwissenschaftlicher sicht", kn: 3.

77 GREEN/ PODGOR, s.87.

78 GREEN/ PODGOR, s.88.

79 IMPERATO, s.210.

görevlendirilen avukat, her yeni soruşturmada öncesinden öngörülemeyen yeni yükümlülüklerle karşılaşmaktadır.[80] Gerçekten bu nedenle, *"compliance pahalı; compliance'ın olmaması ise daha pahalı"*[81] anlayışının olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu halde, bu tür bir soruşturmada elde edilen deliller ceza muhakemesi makamları ile paylaşılabilir mi ve paylaşılabilir ise bunlar ceza muhakemesi kanununa göre usulüne uygun bir delil olarak kullanılabilir mi soruları ortaya çıkmaktadır.

III. TÜRK HUKUKUNDA COMPLIANCE VE ŞİRKET İÇİ SORUŞTURMA İŞLEVİNİ TAMAMEN VEYA KISMEN GÖREN/GÖREBİLECEK UYGULAMALARDAN ÖRNEKLER

1. Genel Olarak

Türk hukukunun birer kurum olarak *compliance* ve başta şirket içi soruşturma olmak üzere onun araçları, *genel bir normatif bir temele* sahip değildir. Keza, ABD'deki *Enron skandalı*, Alman şirketlerinin örneğin *Daimler, Deutsche Bank, Ferrostaal, Henkel, MAN, Siemens*[82] *ve son olarak Volkswagen'ın emisyon skandalı* gibi olaylar belirtilen kurumlara ihtiyaç duyuracak düzeydeki ses getiren olaylardır. Ancak bu şekilde katalizör görevi görebilecek olaylar[83] da Türkiye'de henüz vuku bulmamış veya en azından kamuoyuna ve yargı kararlarına henüz yansımamıştır.

Özel bir normatif temel ise Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler nedeniyle mevcuttur. Hatta bu nedenle mevzuattaki ifadesiyse "uyum" programının oluşturulması, belirli tür suçlar nedeniyle belirli tür şirketler açısından zorunludur. Buna göre, 11.10. 2006 tarih ve 5549 sayılı *Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'a* dayanılarak çıkartılan 16. 09. 2008 tarih ve 26999 sayılı *Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklere Uyum Programı Hakkında Yönetmelik'ine* belirli grup şirketler açısından *"Yükümlülük-*

---

80 SAHAN, "Unternehmensinterne Untersuchungen aus rechtsanwaltlicher Perspektive", s.171.

81 KUHLEN Lothar, "Grundfragen von Compliance und Strafrecht", in **Compliance und Strafrecht**, Yay. Haz. Hans Kudlich/Lothar Kuhlen/Iñigo Ortiz de Urbina, C.F. Müller, Heidelberg, 2012, s.14, dn.93.

82 SAHAN, "Strafrecht und Compliance in der Praxis", s.62, ayrıca s. 63; ROTSCH, "§ 1: Criminal Compliance- Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung", ss.60-61, kn.38.

83 NESTLER, "1. Kap.", kn.14.

lere Uyum Programı" oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır.[84] Bunlar, bankalar (Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ile kalkınma ve yatırım bankaları hariç), sermaye piyasası aracı kurumları, sigorta ve emeklilik şirketleri ve Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü (Bankacılık faaliyetiyle sınırlı olmak üzere) olarak sırlanmaktadır (Yönetmelik md. 4). Zorunlu uyum programlarının temeli olan suçlar ise TCK'nın 282. maddesinde düzenlenen *"suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama"* suçu ile 07.02. 2013 tarih ve 6415 sayılı *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'u* kapsamındaki "*terörizmin finansmanı suçudur (md.3-4)"*.

Yine de hukuk uygulaması ile sınırlı kalınmaksızın konuya bakıldığında; çok uluslu şirketler (bilhassa ABD ve Almanya menşeili), söz konusu kurumları Türk ticari hayatına çoktan taşımıştır.[85] Ticari hayatta bir gerçeklik olarak var olmayı başarmış compliance fenomeninin, ceza hukukundaki bilimsel temellerinin ortaya konulması zarureti doğmuştur.[86] Nitekim bu nedenle uyum ve ceza muhakemesinde işlevi tartışılabilecek onun bir aracı olan şirket içi soruşturma kavramı, üzerinde ceza hukukunun yaklaşımının gösterilmesi gerektiği bir konu olarak incelenmeye değer görülmüştür.

2. İşyeri Etik Kurulları ve Soruşturması

Türk hukukunda geniş anlamda kurumsal yönetim dar anlamda risk yönetimi çerçevesinde[87] şirket içerisinde her şirketin kendi etik kuralları ve bu kuralların uygulanması ve denetiminin sağlanması için etik kurullar oluşturulduğu görülmektedir. Geçmişte bu şekilde kurumsal yönetim anlayışı *(corporate governance)* ile hukuk ve etik kurallarına riayetin sağlanması için oluşturan şirketler, günümüzde *compliance* adı verilen fenomen ile ön plana

---

[84] Ayrıca bkz.: UZAR- SCHÜLLER Gökçe, "Länderreport Türkei: Compliance Regeln in der Türkei nach den letzten Reformen", **Compliance- Berater**, 2014/1-2, s.2, https://www.gvw.com/uploads/tx_news/Compliance_Berater-2014-1-2_Laenderreport_Tuerkei-_Uzar-Schueller.pdf, (Erişim Tarihi: 19.05. 2019). Ayrıca bkz.: MERAKLI, ss.141-142, ayrıca ss. 146-147.

[85] Örneğin Siemens Türkiye tarafından, "*2007-2013 yılları arasında Siemens'te yaşanan "compliance" tecrübeleri ışığında hazırlanmış"* olduğu belirtilen çalışma için bkz.: Siemens Türkiye, **Etik ve Compliance (Mevzuata Uyum) Rehberi**, Yay. Haz. M. Sait Samlı, İstanbul, Yay. Tarihi yok, http://siemens.e-dergi.com/pubs/books/Compliance/EtikVeCompliance Rehberi/assets/common/downloads/publication.pdf, (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

[86] ROTSCH, "Criminal Compliance", s.54.

[87] Örneğin bkz.: Garanti Bankası, **2018 Entegre Faaliyet Raporu**, s.151, (çevrimiçi) https://surdurulebilirlik.garanti.com.tr/media/1378/gb18_tr-entegre-faaliyet-raporu.pdf, (Erişim Tarihi: 21. 05. 2019).

çıkmıştır. Bu kavram, ABD'de *Enron*[88] isimli şirketin zararlarını gizlemesi ve ilgili birimlere ve yatırımcılara durumdan haber edilmemesi sonucu birçok kişinin zarar etmesiyle skandal olarak kamuoyuna yansımıştır.[89] Bundan sonra bu kavram, bir fenomen olarak tüm dünyaya yayılmıştır. Bunun nedeni esasında bu kavramın çıkış noktasında yatmaktadır.

Türk ticaret hayatında da özellikle halk açık anonim şirketler, etik kurallarını yazılı olarak ilan ederek etik kurullar oluşturmaktadır. Bu kurullar, Yönetim Kurulu Başkanı'na bağlı olarak çalışmaktadır. Şirket çalışanlarının bu tür ilkelere aykırılıkları kurula bildirilmeleri öngörülmektedir. Etik kurul, ihlallere ilişkin şikâyet ve bildirimleri soruşturmak ve çözümlemek ile sorumludur. Etik kurul da çalışanının iş sözleşmesinin feshine kadar yaptırımları olan yaptırım uygulamaya yönelik soruşturma yapmakta ve raporunu yayınlamaktadır.[90] Bu bağlamda "*Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Politikası"* çerçevesinde politikalar ayrıca belirtilmekte, bu politikalara yönelik ihlaller olduğuna yönünde görüş ya da şüphelerin etik kurul tarafından soruşturulması öngörülmektedir.[91] Bu soruşturmaların yürütülmesine ilişkin, gizliliğin ve objektifliğin sağlanmasına yönelik ilkeler benimsenmektedir. Örneğin *Sabancı Holding A.Ş.*, etik kurul soruşturması için bildirim veya şikâyette bulunanların kimliğinin gizli tutulması, soruşturmanın gizli kurallar içinde yürütüleceği ve elde edilen her türlü bilgi ve belgenin sadece soruşturma konusu ile sınırlı olarak incelenebileceği şeklinde bir dizi ilke benimsenmiştir[92]. Yapılan soruşturmalar neticesinde iş sözleşmesinin feshi ile sonuçlanabilecek çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır.

---

88 WEISS Art, "The consequences of Enron", **Compliance & Ethics Professional Mart/ Nisan 2012**, s.31, http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/Compliance_Ethics_Professional/0312/CEP_0312_Weiss.pdf (Erişim Tarihi: 22. 10. 2015).

89 JOHNSON Valencia, **An Exploratory Study of Investment Compliance Management in the Enron Collapse**, Thesis, Thomas Jefferson School of Law, July 24, 2013, s.6 http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=valencia_johnson (Erişim Tarihi: 22. 10. 2015).

90 Örneğin H. Ö. Sabancı Holding A.Ş'nin etik ilkeleri ve etik kurulunun çalışması ile ilgili bkz.: **H. Ö. Sabancı Holding**, "İş Etiği Kuralları", (çevrimiçi) https://www.sabanci.com/tr/sabanci-toplulugu/is-etigi-kurallari/is-etigi-kurallari/i-16, (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

91 Örneğin H. Ö. Sabancı Holding A.Ş'nin rüşvet ve yolsuzlukla mücadele politikası ile ilgili bkz.: **H. Ö. Sabancı Holding, "**Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Politikası", (çevrimiçi) https://www.sabanci.com/tr/sabanci-toplulugu/rusvet-ve-yolsuzlukla-mucadele-politikasi/rusvet-ve-yolsuzlukla-mucadele-politikasi/i-3602 (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

92 *Sabancı Holding A.Ş'nin* etik kurulunun soruşturma İlkeleri: **VIII. Etik Kurallara Uyumsuzlukların Çözümlenmesi-B. Etik Kurul Çalışma İlkeleri:** *"(1)Bildirim ve şikayetler ile, bildirim veya şikayette bulunanların kimliğini gizli tutar. (2) Soruşturmayı mümkün olduğu kadar gizli kurallar içinde yürütür. (3) Soruşturma ile ilgili bilgi, belge ve delili doğrudan doğruya mevcut olan birimden talep yetkisine sahiptir. Elde ettiği her türlü bilgi ve belgeyi sadece soruş-*

3. Bankacılık Kanunu Kapsamında Teftiş Kurulları

Türk hukukunda bilhassa bankacılık faaliyetleri kapsamında kamu ve özel bankalarda teftiş kurulu oluşturulmaktadır.[93] Teftiş kurulunun en önemli ve zor görevlerinden biri olarak *soruşturma görevi* gösterilmektedir.[94] Özellikle ABD'de yaşanan *Enron skandalı* gibi hile skandallarının önlenmesi ile uyum politikalarının uygulanması noktasında teftiş kurulunun soruşturma görevi ön plana çıkmıştır. *"Kurumsal hile skandalı"*[95] olarak tanımlanan bu olaylarda organizasyonların içindeki hilelerin tespiti için araçlar oluşturulması hususu, önem kazanmıştır.[96] İşte bankacılık faaliyetlerinde teftiş kurulları da şirket içi soruşturma yapmaya yetkilendirilmiş birimi ifade etmektedir. Bu husus, her bankanın kendi ilkeleri ile şirket esas sözleşmesi çerçevesinde oluşturulmaktadır. Ancak hukuki dayanağı, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklere Uyum Programı Hakkında Yönetmelik'tir. Nitekim md.26/3'e göre, *"uyum programı kapsamındaki yükümlülerin iç denetim faaliyetleri, iç denetim birimleri ya da teftiş kurulu bulunan yükümlülerde bunlar tarafından yerine getirilir"*.

Yine Sermaye Piyasası Kurulu'nun 03.01.2014 tarih ve II-17.1 sayılı *"Kurumsal Yönetim Tebliği"*[97], etik kurallara ve suçlara ilişkin sermaye piyasasına tabi şirketler için şu hükümleri ihtiva etmektedir: *"Şirket, menfaat sahiplerinin şirketin ilgili mevzuata aykırı ve etik açıdan uygun olmayan*

---

turma konusu ile sınırlı olarak inceleyebilir. (4) Soruşturma süreci baştan itibaren yazılı tutanağa bağlanır. Bilgi delil ve belgeler tutanağa eklenir. (5) Tutanak başkan ve üyeler tarafından imzalanır. (6) Soruşturma ivedi yöntemle ele alınır ve sonuca mümkün olan en seri şekilde ulaşılır. (7) Kurulun aldığı kararlar derhal uygulamaya konulur. (8) Sonuç hakkında ilgili bölümler ve mercilere bilgi verilir. (9) Kurulun başkanı ve üyeleri bu konu hakkındaki görevlerini yerine getirirken bağlı oldukları bölüm yöneticileri ve organizasyonun içindeki hiyerarşiden bağımsız olarak ve etkilenmeden hareket ederler. Kendilerine konu hakkında baskı ve telkin yapılamaz. (10) Kurul gerekli gördüğü takdirde uzman görüşüne başvurabilir ve soruşturma esnasında gizlilik prensiplerini ihlal etmeyecek tedbirleri alarak uzmanlardan faydalanabilir" (https://www.sabanci.com/tr/sabanci-toplulugu/rusvet-ve-yolsuzlukla-mucadele-politikasi/rusvet-ve-yolsuzlukla-mucadele-politikasi/i-3602 (Erişim Tarihi: 01. 11.2022)).

93 YURTSEVER Gürdoğan, **Teftişten İç Denetime Banka Müfettişliği**, Türkiye Bankalar Birliği Yayını No: 265, 2009, İstanbul, s.7, https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Yayinlar/Dokumanlar/KITAP.pdf (Erişim Tarihi: 01. 11.2022).

94 YURTSEVER, s.179.

95 DÖNMEZ Adnan/ ÇAVUŞOĞLU Kürşad, "Hilelerin Ortaya Çıkarılması Bakımından Bağımsız Denetim ile Adli Muhasebenin Karşılaştırılması", **Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies**, C.1, S.3, s. 35, 2015, http://jafas.org/articles/2015-1-3/3_Adli_Muhasebe_FULL_TEXT.pdf, (Erişim Tarihi: 01. 11.2022).

96 DÖNMEZ/ÇAVUŞOĞLU, s.35.

97 Resmî Gazete: Sayı: 28871, Tarih: 3 Ocak 2014.

işlemlerinin kurumsal yönetim komitesine veya denetimden sorumlu komiteye iletilmesi için gerekli mekanizmaları oluşturur" (3.1.4). Örneğin *bankalar* tarafından bu amaçla e-posta grupları[98] veya *"Etik Bildirim Hattı"*[99] oluşturulmuş ve kurumsal internet sitesine erişime hazır hale getirilmiştir. Başkaca, aynı tebliğin *"Etik Kurallar ve Sosyal Sorumluluk"* başlıklı 3.5 numaralı maddesi de "*Şirketin faaliyetleri kurumsal İnternet sitesi vasıtasıyla kamuya açıklanan etik kuralları çerçevesinde yürütülür"* (3.5.1) ve "*Şirket, sosyal sorumluluklarına karşı duyarlı olur; çevreye, tüketiciye, kamu sağlığına ilişkin düzenlemeler ile etik kurallara uyar. Şirket, uluslararası geçerliliğe sahip insan haklarına destek olur ve saygı gösterir. İrtikap ve rüşvet de dahil olmak üzere yolsuzluğun her türlüsüyle mücadele eder"* (3.5.2) şeklindedir. Örneğin, *Vakıfbank* tarafından *"banka tarafından gerçekleştirilen işlemlerin mevzuata, bankacılık teamüllerine, banka içi politikalara ve etik ilkelere uyumuna yönelik mevcut kontrol mekanizmalarının gözetimi, Teftiş Kurulu Başkanlığı, İç Kontrol Başkanlığı, Risk Yönetimi Başkanlığı koordinasyonu ile Uyum Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilir"*.[100] Benzer şekilde *Garanti Bankası* da Banka'ya karşı, personel ya da üçüncü kişilerce gerçekleştirilen hile, dolandırıcılık veya sahtekarlık faaliyetlerine ilişkin soruşturma görevi de Teftiş Kurulu tarafından yürütülmesi kabul etmiştir.[101]

4. (İş Hukukundaki) Disiplin Kurulu Kavramı, Oluşumu ve İşleyişi

A. Kavram

Türk iş hukukunda işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması, işverenin güvenini kötüye kullanması, hakaret etmesi, hırsızlık yapması veya işverenin meslek sırlarını ortaya atması gibi aralarında suç teşkil edebilecek nedenlerin sıralandığı bazı hallerde[102], işverenin iş sözleş-

---

98 Vakıflar Bankası, **Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Raporu 2017**, s.12, https://www.vakifbank.com.tr/documents/01222018kurumsal_yonetim_ilkelerine_Uyum_Raporu2017.pdf, (Erişim Tarihi: 01.11.2022). Ayrıca bkz.: **Garanti BBVA**, "Garanti Etik ve Doğruluk İlkeleri", https://www.garantiinvestorrelations.com/tr/kurumsal-yonetim/detay/Garanti-Etik-ve-Dogruluk-Ilkeleri/444/1557/0 (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

99 Garanti BBVA, **Etik ve Doğruluk İlkeleri Ekim 2015**, s.31, https://www.garantiinvestorrelations.com/tr/images/pdf/etikilkelerimiz.pdf (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

100 Vakıflar Bankası, **Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Raporu 2017**, s.13.

101 Garanti Bankası, **2018 Entegre Faaliyet Raporu**, s.152.

102 **İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı: Md. 25:** *"Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir: ... II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:*

mesini haklı nedenle derhal feshedebilmesine imkân tanınmaktadır.[103] Bu haller *"ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri"* olarak İş Kanunu'nun 25. maddenin 2. bendinin (a) ile (ı) alt bentleri arasında "*ve benzerleri"* şeklindeki hükümle örnek kabilinden sıralanmıştır.[104] Ancak bazı hallerde işçi sendikalarının işverenle yaptıkları toplu sözleşmelerle veya işçi ile işveren arasındaki sözleşme ile işverenin yukarıda belirtilen durumlarda derhal fesih hakkını kullanması sınırlandırılmaktadır.[105] Diğer bir anlatımla,

---

a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması.

b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması.

c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması.

d) İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması.

e) İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.

f) İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi.

g) İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi.

h) İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi.

ı) İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması".

[103] Derhal fesih hakkını kullanma süresi, İş Kanunu'nun 26. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *"24 ve 25'inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz."*

[104] SÜZEK Sarper, **İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku)**, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul, Beta, 2021, s.694.

[105] ÇELİK Nuri/ CANİKLİOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat/ ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul, 2021, s.702; ODAMAN Serkan, **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı,** Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 2003, s. 233. Bu noktada *Süzek* tarafından ifade edildiği üzere işverenin haklı nedenle fesih hakkının sözleşme ile ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı; ancak işçilerin feshe karşı korunması için işverenin hakkının özüne dokunmaksızın sınırlama getirilebilmesi söz konusudur. Bu açıklamalar için bkz.: SÜZEK, s.735-736.

bilhassa büyük şirketlerin söz konusu olduğu hallerde sendikalar ile şirketler arasında yapılan toplu sözleşmelerde işveren için haklı nedene dayanan fesih hakkına başvurulmadan evvel şirket bünyesinde *"disiplin kurulu"* oluşturulması şartı öngörülmektedir.[106] Bu şarta uyulmaksızın işverenin fesih hakkını kullanması, işverenin fesih için haklı sebebi bulunsa bile sözleşmeye aykırılık nedeniyle haksız fesih olarak nitelendirilmektedir.[107]

Türk hukukunda disiplin kurulu oluşturulmasına ilişkin açık kanun hükmü bulunmamaktadır. Pozitif dayanağı bulunmayan söz konusu kurum, toplu iş sözleşmesinin özerkliği çerçevesinde Türk hukukuna girmiş ve sözleşme hükümleri ile şekillenmiştir.[108] Bu duruma işçilerin işyerindeki haklarının korunmasına yönelik işyeri içi araçlarının oluşturulması ihtiyacı yöneltmiştir.[109] Diğer bir değişle, disiplin kurulu oluşturulması ile en temelde işçiyi işverenin haklı fesih imkânını keyfi kullanımına karşı korumak amaçlanmıştır.[110] Bu bağlamda oluşturulan kurulda işçinin katılımın da sağlanması yönüyle kurullar, işçilerin yönetime katılımına imkân verilmesini de sağlamaktadır.[111] İkinci olarak ise işyerindeki meselelerin yargıya bir husumet konusu olarak intikal ettirilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.[112] Nitekim öğretide de disiplin kurulları, aynı zamanda işyerinin düzeni ve işyeri barışının tesisi bakımından da önem taşıdığından bahisle disiplin kurullarının *kolektif menfaati* de koruduğu belirtilmektedir.[113] Zira bir işyerinin düzen içinde işlemekte olması, hem ülke ekonomisi hem de işyerinin oluşturduğu topluluk bakımından bir kolektif menfaat olarak tezahür etmektedir.[114]

---

[106] SÜZEK, s.739; ÖZDEMİR M. Erdem, "İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu ile Sınırlandırılması", **TÜHİS,** C.15, S.1, Ağustos 1998, s.8. İşyerinde meydana gelen uyuşmazlıkların işletme içi araçlarla giderilmesi, işçilerin işyerindeki kararlara ve uygulamalara katılımı dikkate alınmasını ifade eden modern iş hukukunun gereğidir (BAŞBUĞ Aydın, **Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları**, TES-İŞ Sendikası Yayınları, Ankara, 1999, ss.210- 211).

[107] SÜZEK, s.739. Ayrıca aynı eserde dipnot 16.

[108] BAŞBUĞ, s.213.

[109] BAŞBUĞ, s.210.

[110] EŞMELİOĞLU İbrahim, "İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi", **Çimento İşveren Dergisi,** Mayıs 1988, s. 26; ODAMAN, s.242.

[111] BAŞBUĞ, ss.213- 214.

[112] ODAMAN, s.242. Nitekim öğretide bağımsız ve ciddi çalışan disiplin kurullarının faydaları dikkate alınarak belli sayıda işçi çalıştıran tüm işyerlerinde disiplin kurulu oluşturulması kanuni düzenleme yapılarak zorunlu hale getirilmelidir (EŞMELİOĞLU, s.26).

[113] BAŞBUĞ, s.214.

[114] BAŞBUĞ, s.212.

İşyerinde disiplinin sağlanması ve ihlalinin yaptırıma bağlanması, disiplin hukukunu gündeme getirir. Bu bağlamda işçinin disiplin suçu mahiyetindeki örneğin iş yerinde hırsızlık yapması *disiplin suçunu*[115] oluşturacak; bu ihlale karşı uygulanan ücret kesintisi veya iş sözleşmesinin feshi de *disiplin cezasını*[116] oluşturacaktır. Bu da disiplin hukukunu ifade etmektir.[117] Buradan hareketle iş hukukunda yer alan bu kurumun *disiplin hukukunun özel hukuk kurallarına tabi kolu* olduğu ifade edilmelidir.

B. Oluşumu

Disiplin kurullarının oluşturulması ise işyerinin belirli özellikleri dikkate alınarak[118] toplu sözleşmelerde yer verilen ayrıntılı hükümlerle olmaktadır.[119] Bu doğrultuda işyerinde çalışan işçi sayısına ve işyerinin yapısal farklılıklarına göre işçi ve işveren sendikaları tarafından belirlenen temsilcilerinin eşit sayıda katılımının sağlandığı[120] bir ya da birden fazla disiplin kurulu oluşturulmakta ve her biri farklı görev ve yetkilere sahip olmaktadır.[121] Buna göre birden fazla kurulun oluşturulduğu hallerde üst kurul- alt kurul ayrımı yapılmakta ve alt kurulların kararlarına karşı üst kurullara itiraz edilmektedir.[122] Öğretide bu kurulların en önemli özelliği olarak kurullarda işçi ve işveren temsilcilerinin eşit sayıda katılımının sağlanması ve kurulların demokratik usullere göre işletilmesi gösterilmektedir.[123] Bu anlamda işçiye savunma hakkını kullanabilme imkânının tanınması sözleşmede açıkça düzenlenmemiş olsa dahi savunma hakkı, bir ön koşul olarak mevcut olması gerektiği savunulmaktadır.[124] Ayrıca bir karara ulaşabilmek amacıyla her

---

115 Bkz.: EŞMELİOĞLU, s.12.

116 Bkz.: EŞMELİOĞLU, s.13.

117 Bkz. Bkz.: EŞMELİOĞLU, ss.12-15.

118 EŞMELİOĞLU, s.18.

119 ÖZDEMİR, s.9; ODAMAN, s.234.

120 BAŞBUĞ, s. 216.

121 EŞMELİOĞLU, s.18. Birden fazla disiplin kurulunun oluşturulması gerektiği hallerde Yüksek İnceleme Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu, Merkez Üst Disiplin Kurulu şeklinde adlandırılan kurullar oluşturulur (EŞMELİOĞLU, s.18). Ayrıca bkz.: Özdemir, s.9.

122 EŞMELİOĞLU, s.18. Ayrıca bkz.: ÖZDEMİR, S.9; ODAMAN, s.234.

123 EŞMELİOĞLU, s.19.

124 BAŞBUĞ, s.222. Nitekim öğretide de Yargıtay'ın işçinin savunmasını almadan verilen disiplin kurulu kararına dayanarak işverenin haklı fesih hakkını kullanması durumunda işçinin savunmasının alınmamasının feshi haksız hale getirdiğini kabul ettiğine dikkat çekilmektedir. Bu açıklamalar ve Yargıtay kararları için bkz.: ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ ÖZKARACA, s. 703 ve dipnot 2373. Ayrıca bu şekilde bir soruşturma işverenin *"iş sözleş-*

türlü delilin toplanması, önemli noktalardan biridir. Örneğin bir toplu iş sözleşmesinde bu husus *"kurul karar vermek için her türlü delili toplar, ilgili işçiyi dinleyerek savunmasını alır"* şeklinde düzenlenmiştir.[125]

Bu şekilde tarafların temsilcilerine de yer verilerek oluşturulan disiplin kurulu[126], işverenin iş sözleşmesini haklı olarak feshetmek istediği neden ile ilgili bir soruşturma yapmaktadır. İş sözleşmesi, uyarı, ücret kesintisi, iş ve işyeri değişimi gibi çeşitli yaptırımlar uygulanabilmektedir[127]. Böylelikle işçiye savunma hakkı tanınmakta ve gerçeğin ortaya çıkarılarak işçinin haksız bir şekilde sözleşmesinin feshedilmesinin önüne geçilmek için şirket bünyesinde bir disiplin süreci işletilmek istenmektedir. Bu anlamda toplu sözleşmeler, işçilerin sözleşme hükümleri ile korunmasına örnek olarak gösterilmektedir[128].

C. İşleyişi

İşyerinde işçi tarafından ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir fiilin meydana getirildiğini öğrenen işveren veya işveren vekili durumu soruşturma yapılmak üzere disiplin kuruluna belirli bir süre içerisinde bildirir.[129] Kurul tarafından toplanmak üzere bir tarih belirlenir, belirlenen tarihte önceden ilgililere yazılı çağrı yapılır ve belirtilen tarihte kurulun asıl üyeleri ile toplanır.[130] Disiplin kurulu soruşturmasına başlamadan önce toplantının günü, saati, katılanların isimleri, unvanları ve itirazlarını kaydedilir.[131] Daha sonra konuyla ilgi bilgilerin ve belgelerin toplanması aşamasına geçilir. Burada toplantının gündemini oluşturan disiplin bozucu fiilin niteliğinin belirlenmesi, failinin kimliğinin araştırılması ve tanıkların dinlenmesi şeklinde bir takım soruşturma faaliyetleri yapılır. Diğer bir anlatımla burada her türlü

---

mesinin feshinde eşit davranma ilkesine" uygun davranmasına hizmet edecektir. Bu ilke ile ilgili tartışmalar ve açıklamaları için bkz.: ERTÜRK Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin, Ankara, 2002, ss.110- 113.

125 **İstanbul Üniversitesi**, İstanbul Üniversitesi ile Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (KAMU-İŞ) Arasındaki 2013-2014 Yılı Toplu İş Sözleşmesi, s.12, (çevrimiçi) http://personel.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2013/08/toplu-s%C3%B6zle%C5%9Fme-2013.pdf, (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

126 SÜZEK, s.739.

127 EŞMELİOĞLU, s.13.

128 ÖZDEMİR, s.8.

129 BAŞBUĞ, s.221.

130 EŞMELİOĞLU, s.19.

131 EŞMELİOĞLU, s.20.

delil toplanmaya çalışılır. Öğretide önemle vurgulanan burada failin savunmasının yazılı biçimde alınması hususudur.[132] İşçinin savunmasının bizzat vermesinin yanı sıra öğretide işçinin savunmasını temsilcileri aracılığı ile söz gelimi avukatı aracılığı ile de yapabileceği belirtilmektedir.[133] Bunun yanı sıra işçin hakları olarak *"delil isteme hakkı, tanık dinlenmesi ve yeminde bulunmasını talep hakkı, soruşturmanın her aşamasında sendikal temsil olanağının tanınması ve soruşturma ya da karar aşamasında yazılı gerekçe isteme hakkı"*[134] sıralanmaktadır.

Kurul karar alma oranı sözleşmelerde belirlenmekle birlikte genellikle toplantıya katılanların salt çoğunluğu ya da oy çokluğudur. Oyların aynı olması halinde ne yapılması gerektiği hususu sözleşmede önceden belirlenebilir. Bu durumda başkanın oyu iki oy sayılabileceği[135] yahut da tarafsız bir kişinin başkanlığında kurulun tekrar toplanması ve yine karar alınmaz ise barodan bir avukatın atanmasının istenmesi şeklinde seçenekler mevcuttur.[136] Kurul, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymadığı iddia edilen fiilin gerçekleştiği sonucuna varılır ise uyarma, kınama, ücret kesintisi, yükselmenin durdurulması, hizmet sözleşmesinin askıya alınması, ücretten indirim cezası, yer değiştirme ve iş sözleşmesinin feshi şeklindeki cezalardan birini yaptırım olarak uygular.[137]

Kurulun aldığı kararlara karşı medeni hukuktaki yargı yollarına gidilebilir.[138] Örneğin kurul kararının iptali için dava açabilir.[139] Bu anlamda öğretide disiplin kurulunun yapmış olduğu her işlemin hukuki denetiminin mümkün olduğu, söz gelimi temyiz makamı kurulun delil değerlendirmesinin hatalı olduğu kanaatine varır ise yeniden delilleri değerlendirebilecektir.[140]

---

132 EŞMELİOĞLU, s.20.

133 BAŞBUĞ, ss.208- 209.

134 BAŞBUĞ, s.209. Ayrıca bkz.: EŞMELİOĞLU, s.20.

135 ODAMAN, s.234.

136 BAŞBUĞ, s.217.

137 İş hukukundaki disiplin yaptırımı olarak öngörülen bu ceza türleri ve tasnifleri için bkz.: BAŞBUĞ, s.147 vd. Ayrıca bkz.: EŞMELİOĞLU, s.13.

138 ODAMAN, s.242.

139 BAŞBUĞ, s.223.

140 BAŞBUĞ, s.224.

IV. ŞİRKET YETKİLİLERİNİN CEZA MUHAKEMESİ MAKAMLARINA KARŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAĞLAMINDA ŞİRKET İÇİ SORUŞTURMALAR

1. Görünüşte İhmali Suçlar: Şirket Yetkilerinin/İşverenin Neticeyi Engelleme Yükümlülükleri (Garantörlük)

Şirket yetkililerinin veya işverenin şirket faaliyetleri kapsamında çalışanların üçüncü kişilere zarar vermeleri durumunda görünüşte ihmali suçlardan sorumlulukları gündeme gelebilir.[141] Burada TCK'nın kabul ettiği garantörlük kaynakları bakımından "*önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış"* ve suç tipleri bakımından ihmali davranışla insan öldürme (TCK md. 83) veya yaralanma (TCK md. 88) suçları tartışılabilir. Compliance programlarının oluşturulması, compliance görevlisinin atanması ve çalışanlar tarafından işlenen herhangi bir suçun şirket içinde soruşturulması, bu kişilerin ceza sorumluluklarını önlemede de bir işlev görebilir. Bu noktada compliance görevlisinin[142] sorumlulukları, önem arz etmektedir. Nitekim kişiler garantörlük sıfatına sahip olmaları ile sonuçlanan neticeyi engelleme yükümlülüğünün somut bir olayda bir başka kişi tarafından yerine getirilmesi için o kişiye devredebilirler.

Alman hukukunda compliance görevlisinin üçüncü kişilerin (şirket çalışanlarının) tehlikeli hareketinden kaynaklı sorumluluğu bağlamında görünüşte ihmali suçlar bakımından gündeme gelebileceği savunulmaktadır.[143] Burada özellikle compliance görevlisinin, bir şirket çalışanının şirket faaliyetleri kapsamında kasten bir suçun işleneceği yönündeki somu tehlikeyi bilmesine rağmen o kişiyi engellememesi durumu örnek gösterilmektedir.[144] Üçüncü kişinin hareketin sorumluluk, Alman ceza hukukunun ilke olarak kabul edilmese de burada bir istisna getirildiği belirtilmektedir.[145] TCK'dan farklı olarak Alman

---

[141] Detaylı bilgi için bkz.: MERAKLI, s.91 vd.

[142] Compliance görevlisi, hukuk ve etik kurallara uyumun sağlanması için çalışanları bilgilendiren, denetleyen, faaliyetlerini gözetimi altında tutan ve gerektiğinde yaptırım uygulan kişi olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım ve compliance görevlisinin sorumlukları ve yetkileri ile ilgili detaylı bilgi için bkz.: BECKEMPER Katharina, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Straftaten anderer?- Der Compliance- Officer im Fokus der Wissenschaft, in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.88.

[143] BECKEMPER, s.88.

[144] MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.512.

[145] BECKEMPER, s.88.

Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde görünüşte ihmali suçlara ilişkin bir hükmün- 13. maddenin- var oluşu[146] ve burada garantörlük kaynakları olarak yalnızca *"hukuki yükümlülük"* ibaresi ile yetinilmiş olması[147], bu görüşü desteklemektedir. O halde bu şekilde tesis edilen garantörlük nedeniyle, Alman hukukunda şirketlerin compliance programlarının oluşturması ve bu program kapsamında şirket için soruşturmalar yürütmesi, söz konusu sorumluluğun ortadan kaldırılması bakımından da işlevseldir.[148] Federal Alman Temyiz Mahkemesi (BGH), 2009 yılında verdiği bir kararında compliance görevlisinin düzenli olarak ceza hukukuna temas eden yükümlülüklerini icra ettiğini ve bu şekilde şirket çalışanlarının da şirket faaliyeti kapsamında işlemekte oldukları suçları engellemekle yükümlü olduğunu kabul etmiştir.[149] Ancak yine bu kararın sınırlılıkları olduğu ve bu kişiler bakımından görünüşte ihmali suça ilişkin tartışmaların devam ettiği belirtilmektedir.[150]

Türk hukukunda ise TCK'da genel hükümlerde görünüşte ihmali suçlara ilişkin bir hüküm mevcut olmayıp; konu sadece belirli özel suç tipleri açısından düzenlenmiştir. Bunun yanında söz konusu suç tipleri açısından da garantörlük kaynakları, Alman hukukundaki gibi *"hukuki yükümlülük"* şeklinde değil; klasik sınırlı kaynaklar olarak *"kanun"*, *"sözleşme"* ve "*önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış"* şeklinde sıralanmıştır (TCK md. 83). O halde compliance görevlisinin üçüncü kişilerin (şirket çalışanlarının) tehlikeli hareketinden kaynaklı sorumluluğu bağlamında görünüşte ihmali suçlar bakımından sorumluluğunun kabul edilebilmesi açısından, bu üç kaynaktan biri nedeniyle garantör sıfatına sahip olduğunu tespit edebilmemize bağlıdır. Burada karşımıza ilk olarak kişinin compliance programına dahil oluşu ve bu kapsamda şirket faaliyetlerinden kaynaklı ölüm (TCK md. 83) veya yaralanma (TCK md. 88) gibi neticeleri engelleme yükümlülüğü altına girmesi, sözleşmeden kaynaklanan garantörlük olarak nitelendirilebilir.[151] Her

---

[146] Bkz.: ERBAŞ Rahime, **Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.159.

[147] BECKEMPER, s.89. Ayrıca bkz.: MERAKLI, ss.91-97.

[148] MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.512.

[149] Kararı aktaran: BECKEMPER, s.89.

[150] BECKEMPER, s.96-97; ERBAŞ, **Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s.159; MERAKLI, ss.92-93. Hatta *Beckemper*, *"Ceza Kanunu'nun 13. maddesi çerçevesinde ihmali davranıştan sorumluluktan sakınabilmesi için 'kör ve uyuşuk bir compliance görevlisi olmak' ideal durum olmaz mıydı?"* şeklinde sormaktadır.

[151] ERBAŞ, **Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s.176.

koşulda Türk hukukunda, compliance görevlisinin garantörlüğü ve bu nedenle görünüşte ihmali suçlardan sorumluluğu, Alman hukukuna göre çok daha sınırlıdır.[152] Alman hukuku ile karşılaştırılarak Türk hukuk açısından da ekonomi ceza hukukunun bu gereklilikleri nedeniyle görünüşte ihmali suçlara ilişkin teşebbüs kurumunda olduğu gibi genel bir hükme yer verilmesi ve bu doğrultuda uygun düştüğü suçlar bakımından da uygulanması gerektiği savunulmaktadır.[153]

Kriminolojik bir kavram olan ekonomik suçluluğun, ceza hukukunun kanunilik ilkesinin sınırlarını zorlamasında olduğu durumun[154], bugün bir başka zorlaması ile karşılaşmaktayız: her geçen gün daha karmaşık hale gelen ticari hayatta belirli kişilerden aktif davranışta bulunma yükümlülüğü beklentisinin giderek büyümekte oluşudur. Ekonomik suçlarda, cezasızlık alanı kalması kaygısı nedeniyle *"açığa imzalanmış bir belge"* oluşturma ihtiyacıdır. Bu kaygı, daha önceleri kanunilik ilkesi[155] üzerinde somutlaşmakta iken; bugün ihmali suçlar üzerinde tezahür etmeye başlamıştır.

İhmali suçlarda genel hükmün varlığı, görünüşte ihmali suçların kurucu unsuru olan garantörlük kaynaklarını ve bu kaynakların özel suç tipleri açısından uyumunu sağlamaya yeterli değildir. Diğer bir anlatımla, görünüşte ihmali suçlar her ne kadar kural olarak, icrai suçların neticelerinin ihmali davranışla meydana getirilmesini ve bu nedenle mülga TCK dönemindeki *"ihmal suretiyle icra"* teriminde kanıksanmış olsa da görünüşte ihmali suçların düzenleme yeri özel suç tipleridir.[156] Eğer kanun koyucu, şirket yetkililerinden aktif harekette bulunma beklentisi içinde ise neticeyi engelleme yükümlülüğünü bu kişiler bakımından açıkça öngörebilir.

---

[152] Türk ve Alman hukuku, bu açıdan karşılaştıran bir çalışma için bkz.: BECKEMPER, ss.90-91.

[153] MERAKLI, ss.93-94. Taksirle gerçekleştirilen öldürme ve yaralama suçlarının cezalandırma temelini dikkate alarak aynı sonuca varan bir başka çalışma için bkz.: TÜRAY Aras, "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.17, S. 3, 2020, s.149.

[154] DURSUN Selman, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, On İki Levha, İstanbul, 2010, s.11.

[155] Bu problematik, mülga TCK döneminde Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında *"ekonomik alana sür'atle müdahale imkanı verilmesi"* şeklinde somutlaşmakta idi. Bu kararlar ve değerlendirmeleri için bkz.: ERMAN, ss.32-40. Bu konuda güncel bir çalışmanın değerlendirmeleri için bkz.: ÖZBEK, ss.43-49.

[156] ERBAŞ, **Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, ss.169-170 ve ss.176-177.

2. Gerçek İhmali Suçlar: Şirket Yetkilerinin/İşverenin Suçu Bildirme Yükümlülüğü (TCK md. 278)

Şirket bünyesinde veya şirketin faaliyetleri sırasında çalışanlar tarafından gerçekleştirilen İş Kanunu'na göre ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık olarak nitelendirilen fiiller, esasında suç da teşkil edebilirler. Örneğin şirket çalışanı şirket faaliyetlerini kolaylaştırmak amacıyla yatırım yaptıkları ülkelerdeki kamu görevlilerine rüşvet verebilir veya şirket çalışanlarının kara para aklamak amacıyla sahte fatura düzenleyebilir. Herhalde bu tür durumları öğrenen kişilerin, compliance görevlileri başta olmak üzere, herkes bakımından suçu bildirmeme suçunu düzenleyen TCK'nın 278. maddesine[157] göre *"suçu ihbar yükümlülüğü"* bulunmaktadır. Eğer iş sözleşmesinde işveren bir kamu tüzel kişisi ise bu durumda işyerinde suçun işlendiğini öğrenen işveren temsilcilileri de kamu görevlisi olacaktır. Bu durumda bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğü, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu düzenleyen 279. madde[158] nedeniyle olacaktır. Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirketler bakımından Sermaye Piyasası Kanunu'nun 102. maddesine göre suçu bildirme yükümlülüğü mevcuttur.[159]

Alman hukukunda da compliance görevlisi bakımından özellikle suçu bildirme yükümlülüğünün Alman Ceza Kanunu'nun 138. maddesi kapsamında gündeme geleceği belirtilmekle birlikte pratikte bunun olmadığına işaret edilmektedir.[160] Ancak compliance görevlisinin ısrarlarına rağmen kurallara uymamakta ısrar edenlerin, compliance görevlisi ile işbirliğinden

---

[157] **Suçu Bildirmeme: TCK md. 278**: *"1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır. (4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır".*

[158] **Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi: TCK md. 279-** *"(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adlî kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır".*

[159] Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki sırrın ifşasını suç olarak düzenleyen md. 113 ile ilgili bkz.: ADIGÜZEL Burak, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 3. Bası, Adalet, Ankara, 2019, ss.359-360.

[160] BECKEMPER, ss.96- 97.

kaçınanların ve nihayetinde suç işlemeye devam eden şirket çalışanlarının olduğu bir hal compliance görevlisinin istifası ile sonuçlanabilir. Hal, bu aşamaya gelmeden compliance görevlisinin öğrendiği suçları bildirmesi compliance programları ile şirkette ulaşılmak istenen amaçla da uyumlu olacaktır.[161]

İşyerinde bir çalışan tarafından suç işlendiğinin çoğu zaman birden fazla kişi haberdar olur. Özellikle bu durum işyeri disiplin kuruluna sevk edilmiş ise kurulun üyeleri, başkanı ve taraf temsilcileri de söz konusu suç ile ilgili işyeri bünyesinde soruşturma yürüteceklerinden suçun işlendiğine vakıf olurlar. Bu şekilde suçun işlendiğinin birden fazla kişi tarafından öğrenilmesi durumunda bir kişinin suçu bildirme yükümlülüğünü yerine getirmesinin diğer kişilerin suçu bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırıp kaldıramayacağı sorusu gündeme gelecektedir. Kanunda bu konuda düzenleme olmadığından öğretide her iki yönde de görüşler mevuttur.[162] Ancak katıldığımız görüşe göre, suç işlendiğinin öğrenen her bir kişinin bu yöndeki bilgisinin kapsamı, öğrenme şekli ve zamanı faklı olabilir. Bu anlamda suçu yetkili mercilere bildiren kişinin öğrendiği suçla ilgili ne derecede bilgi sahibi olduğu önceden bilinemez.[163] Bu nedenle suç işlendiğini öğrenen her bir kişinin suçu bildirme yükümlülüğü mevcuttur. Elbette şirkette çalışan bu kişiler aralarından birini suçu bildirme yükümlülüğünü yerine getirmesi için yetkili kılabilirler. Ancak bu durumda da yine bildirimin yapılması için yetki verilen kişinin ihmalinden veya geç bildiriminden diğerlerinin sorumluluğu devam eder.[164]

Aile üyelerinin oluşturduğu (aile şirketleri) şirketler bakımından aşağıda incelenecek olan *"tanıklıktan çekinme hakkı"* ve *"aleyhe delil verme yasağı"* söz konusu olabilir. Kanunda gösterilen yakınlarından birinin suç işlemekte olduğunu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü, bu kimseler bakımından bulunmamaktadır. Bu duruma örnek olarak, oğlunun işlediği bir

---

[161] BECKEMPER, s.97.

[162] Bu görüşler için bkz.: ERBAŞ Rahime, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 151- 152.

[163] ÜNVER Yener, **TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma**, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, ss.418-149.

[164] EREM Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (Özel Hükümler), C: III**, Seçkin, Ankara, 1993, s.2582.

suç sonucu hastaneye getirilen hastanın tedavisi sırasında oğlunun işlediği suçun belirtileri ile karşılaşan hekimin suçu bildirmemesi gösterilebilir.

Şirket bünyesinde bir çalışan tarafından suç işlendiğinin öğrenilmesi ile ticari sır, meslek sırrı veya görev sırrı arasındaki ilişki tartışılmalıdır. Ancak 5237 sayılı TCK, bir hukuk devletinde ancak suç teşkil etmeyen hususların hukuki olarak korunabileceği düşüncesinden hareket etmiştir. Bu nedenle suç bildirimini sırdan üstün tutarak 278. ve 279. maddeler ile ayrı hükümler sevk etmek suretiyle kişilere suçu bildirme ödevi yüklemiştir.[165] Bu nedenle Şirket bünyesinde bir çalışan tarafından suç işlendiğini öğrenen kişiler, ticari sır, meslek sırrı veya görev sırrına dayanarak suçu bildirme yükümlülüğünü yerine getirmezler ise suç işlemiş olacaklardır.[166]

Suçu bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmesinde disiplin kurulu soruşturmasından yararlanılması mümkündür. Zira kişinin yetkili mercilere bir suç işlendiği iddiasını sadece dile getirmekle yetinemez; belirli nedenlere bunu dayandırabilmelidir. Aksi halde *iftira suçu* nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

3. Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme (TCK md.281)

Şirket bünyesinde yürütülen soruşturmalar, suç işlendikten hemen sonra toplanacak delillerin derhal toplanması, muhafaza altına alınması gibi noktalarda oldukça elzem gözükse de bazı durumlarda tam tersi bir etki gösterebilir. Özellikle şirket itibarının zarar görmesi ve şirkete yatırım yapan kimselerin yatırımlarını çekmesi endişesi şirket içi soruşturmaların suçu gizlemek, delillerini yok etmek ve değiştirmek amacına hizmet etmesi ile sonuçlanabilir[167]. Bilhassa kriminolojik açıdan *beyaz yaka suçluluğu* olarak tanımlanan bir alan söz konusudur. Bu suçlulukla mücadele çeşitli zorluklar içerir. Beyaz yaka suçluluğu kavramının ilk ortaya atan[168] *Edwin H. Sutherland'*a göre suçluluğun ortaya çıkarılması, bu alanda faaliyet gösteren kişilerim özel

---

[165] Sır saklama yükümlülüğü ve suçu bildirme yükümlülüğü arasındaki ilişki için bkz.: ERBAŞ, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, ss.157-162.

[166] Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nda denetçilerin sır saklamadan doğan sorumluluğunu düzenleyen 404. maddesinin 6. fıkrasında *"ceza mevzuatının, suç ihbarına ilişkin hükümleri saklıdır"* hükmü ile suç bildiriminin üstün tutulması da ceza kanunu ile uyumludur. Benzer bir diğer hüküm ise aynı kanunun 527. maddesidir.

[167] SAHAN, "Unternehmensinterne Untersuchungen aus rechtsanwaltlicher Perspektive", ss.172-173.

[168] DURSUN, ss.104- 105; ÖZBEK, s.25.

bilgisini gerektirmektedir.[169] İşte özel bilgi gerektiren bu alanda şirket içindeki kimseler yürüttükleri soruşturma ile esasında işlenen suçları gizleyebilirler. Bu durumda TCK'nın 281. maddesinde düzenlenen *"suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme"* suçu gündeme gelebilecektir. Buna göre gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok etmek, silmek, gizlemek, değiştirmek veya bozmak kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılan bir suçtur. Eğer bu kişiler suçun bizzat faili iseler veya şeriki iseler, bu kişilere ceza verilmez. Nitekim Alman hukukunda *Momsen,* şirket içi soruşturmalarından elde edilen delillerle ilgili; *"yeni deliller elde edilmesinden mi yoksa delillerin zehirlendirilmesinden mi bahsedilmesi gerektiği?"*[170] sorusunu ortaya atmaktadır.

V. ŞİRKET İÇİ SORUŞTURMADA ELDE EDİLEN DELİLLERİN DURUMU

Şirket içi soruşturmaların ceza muhakemesindeki en önemli sonucu, bu soruşturmalarda elde edilen delillerin kullanılıp kullanılamayacağına ilişkindir. Öncelikle şirket içinde yürütülen bir soruşturmanın şirket menfaatine yönelik olduğu; ceza muhakemesi soruşturması ile elde edilen menfaatler olmadığına dikkat çekilerek başlanması gerekmektedir.[171] Ceza muhakemesindeki menfaatler, bu soruşturmanın ancak bir yan sonucu veya bir kesimini teşkil eder. Bu nedenle ceza muhakemesi açısından şirket içinde yapılmış soruşturmanın verilerinin ceza muhakemesinin ilkeleri ve kuralları açısından ayıklanarak kullanılmasından bahsedilebilir.

Buna göre söz konusu delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılamayacağı, soruşturmada elde edilen delil türüne göre de değişebilecektir. Beyan delili açısından özellikle *nemo tenetur ilkesinin* sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi önem arz edecektir. Zira şirket içerisinde yapılan bir soruşturmada kişi, hukuki olarak olmasa da fiili olarak açıklamada bulunmaya zorlanabilir veya zorunda hissedebilir. Her şeyden önce, CMK'ya göre *"şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır"* (md.148/1). Buna göre, CMK'nın öngördüğü ifade ve sorgunun tarzına (md.147), şirket

---

[169] SUTHERLAND Edwin H., "Is 'White Collar Crime' Crime?", **American Sociological Review**, C. 10, S. 2, 1945, ss.138-139. Ayrıca bkz.: DURSUN, s.107 ve s.112.

[170] MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.512.

[171] MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.513.

içinde uyulmayabilir. Hatta CMK'nın *"ifade ve sorguda yasak usuller"* başlıklı 148. maddedeki usuller söz konusu olabilir.

Türk hukukunda şüpheli ve sanık açısından "*müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz"* şeklinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açık hüküm mevcuttur (md.148/4). Burada öğretide eleştirilmekle birlikte delilin kullanılabilirliği şüpheli veya sanığın iradesinde bırakılmaktadır.[172] Bu şekilde kamu görevlisi tarafından alınan ifade, hükme esas alınamayacağından; özel kişiler tarafından bu alınan ifadeler evleviyetle esas alınamayacaktır. Ancak mağdur beyanı, bu noktada farklılık arz etmektedir. Belgeye dönüştürülmüş ise belge delili olarak soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilecektir.

Şirket içi soruşturmalarda elde edilen delilleri, özellikle iş hukukundaki iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi öncesinde yapılan soruşturmada işçiden *"ya konuşursun ya da gidersin! (walk or talk!)"* yaklaşımı ile konuyla ilgili açıklama taleplerini *"nemo tenetur se ipsum accusare"*; Türkçe ifadesiyle *"aleyhe delil verme yasağıdır"* açısından ele almakta fayda vardır. Anayasa'nın *"suç ve cezalara ilişkin esaslar"* başlıklı 38. maddesinde belirtilen ceza hukukuna ilişkin ilkelerden biri de adil yargılanma hakkının bir parçasını oluşturan ve uluslararası alanda genel kabul gören bir ilkedir.[173] Bu ilke, Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında *"... hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu anayasal düzenleme neticesinde, *"nemo tenetur se ipsum accusare*" olarak adlandırılan ve insan haklarının temelini oluşturan bu ilke gereğince, hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye mecbur edilemez.[174] Bu mecburiyet, kişinin kendisinin veya kanunda gösterilen yakınlarının *"aktif"* bir davranışla suçlanmasına yardımcı olmasının yasaklanmış olduğunu ifade eder.[175]

---

[172] Eleştiriler için bkz.: ÜNVER Yener/ HAKERİ HAKAN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 19. Bası, Adalet, Ankara, 2022.

[173] ÜNVER/ HAKERİ, s.109.

[174] ÖZTÜRK Bahri ve diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Seçkin, İstanbul, 2022, s.156; ÜNVER/ HAKERİ, ss.108-109.

[175] YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, Seçkin, İstanbul, 2022, s.87.

Aleyhe delil verme yasağı, şüphelinin ve sanığın susma hakkı ile tanığın susma ve tanıklıktan çekinme hakkı tarafından desteklenip tamamlanır.[176] Nitekim CMK'nın *"Kendisi veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme"* başlıklı 48. maddesine göre; *"Tanık, kendisini veya 45'inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir."*

Şirkette bir suç işlediği iddia edilen kişiler, iş sözleşmelerinin fesih edilmemesi için ikrar da bulunabilirler. Ancak konu yargılama makamlarına intikal ettiğinde iş sözleşmesinin fesih edilmemesi için yapılan ikrarların reddedilmesi ile karşılaşılabilir. Örneğin Bankacılık faaliyetlerinde de bankada zimmet suçunu işlediğini teftiş kurulu soruşturmasında ikrar edip, konu yargılama makamlarına taşındığında inkar edilmesi söz konusu olabilir.

Alman hukukundaki bir görüşe göre, şirket içi soruşturmalarda *nemo tenetu*r ilkesine riayet edilmesi aranmayabilir, zira bu ilke, devlete yönelik bir ilkedir. Diğer bir anlatımla, ceza muhakemesi makamlarının uyması gereken bir ilkedir. Özel kişilere karşı bu ilke savunulamaz. Bu nedenle compliance programı kapsamında şirket içinde yapılan soruşturmada bu ilkeye uyulmayabilir. Bu şekilde elde edilen deliler kullanılabilir. Zira bir şirkette yapılan soruşturmada esas olan şirketin menfaatidir. İş hukukuna göre de işçi işyerinde bir suç işlemiş ise bu suçun soruşturması sırasında kendisini suçlayıcı mahiyette de olsa işçi konuşmakla yükümlüdür. Çünkü işverenin iş yeri ile ilgili menfaati, işverenin menfaatinden daha üstündür. Bunu da İngilizce dilinde *walk or talk!;* Türkçe ifadesiyle *"ya konuşursun ya da gidersin!"* şeklindeki iş yaşamının gerçekliklerine dayandırılmaktadır. Nihayetinde iş hukukunda, işçinin maruz kalacağı en ağır yaptırım iş sözleşmesinin feshidir. Ancak yine de bu görüşte şirket içindeki yürütülen soruşturmaların adil yargılanma hakkına uygun şekilde gerçekleştirmesi zorunluluğuna işaret etmektedir.[177]

Özel hukuk alanında yapılan soruşturmalarının ceza muhakemesinin maddi gerçeği araştırma amacı sebebiyle ceza muhakemesine tesirinin kaçınılmaz olduğunu dikkate alırsak; şirket içi soruşturmalarda kişinin kendini ve kanundaki yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkının tanınma-

---

[176] ÜNVER/ HAKERİ, s.108.

[177] MOMSEN, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", s.513.

ması, bu hakkın ceza muhakemesinde daha ağır şekilde ihlali ile sonuçlanacaktır.[178] Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de *nemo tenetur* ilkesi devlete yönelik olsa da özel kişiler tarafından yapılan soruşturmalar, ceza hukuk yaptırımı ile sonuçlanan herhangi bir soruşturmalar ile bir araya geldiği hallerde bu soruşturmalarda da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre kişinin kendini ve kanundaki yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkının tanınması gerekir.[179] Bu nedenle biz bu görüşe katılmamaktayız.

Şirket içi soruşturmalarda elde edilen deliller açısından derinleşilmesi gereken bir diğer nokta ise özel kişiler tarafından elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilirliği (kişisel veri) meselesidir. Türk ceza muhakemesi hukukunda, medeni yargılama hukukunda benimsenen *taraflarca getirilme ilkesi*[180] temel bir ilke olarak benimsenmemiştir.[181] Aksine ilke olarak delil araştırmasını özellikle soruşturma evresinde C. Savcısı ve kovuşturma evresinde mahkeme tarafından yapılmaktadır. Bununla birlikte bugün C. Savcısı ve mahkemenin yanı sıra özel kişilerin de delil elde edebilecekleri ve muhakeme sürecine elde ettikleri delilleri getirebilecekleri kabul edilmiştir.[182] Ancak bunun en temel koşulu, Anayasa'ya ve CMK'ya göre hukuka uygun yolla elde edilmiş olmasıdır. Bu hususa, Anayasa'nın 38. maddesinde "*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez"* şeklinde 2001 yılında yer verilmiştir.

2005 yılından önce yürürlükte olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMUK) 254. maddesinde *"soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz"* hükmü 1991 yılında eklenmişti. Bu hüküm hukuka aykırı delil elde etme *"soruşturma ve kovuşturma organlarına"* işaret etmekteydi. Bu nedenle bu dönemde özel kişiler tarafından hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması müm-

---

178 ÖLÇER Pınar, "Compliance and the Privilege against Self-incrimination in ECHR Law", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss.162-163.

179 ÖLÇER, s.163.

180 AKİL Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 61, S.4, 2012, s.1224.

181 CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20. Bası, Beta, İstanbul, 2021, ss.255-256.

182 ÖZTÜRK ve diğerleri, ss.426-427.

kündü[183]. Buna karşın 2005 yılında yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 217. maddesinde *"yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir"* hükmüne; 289. maddesinde yer verilerek "*hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması"*, temyiz kanun yolu bakımından *"hukuka kesin aykırılık hâlleri"* kapsamında kabul edilerek delillerin hukuka aykırı olmamasına yönelik uyarı özel kişilere de teşmil edilmiştir.[184]

Diğer bir anlatımla özel kişiler tarafından elde edilen delillerin de ceza yargılamasında kullanılabilmesi için hukuka aykırı yolla elde edilmemiş olması gerekir[185]. Yargıtay da nitekim özel kişilerin elde ettiklerin değerlendirilmesini en baştan dışlamamaktadır.[186] Ancak belirtmek gerekir ki öğretide bir görüş özel kişiler tarafından hukuka aykırı yolla elde edilen delillerin hukuka aykırılığının ağırlığına göre değerlendirme yapmaktadır. Buna göre çok ağır ihlallerde delillin hukuka aykırı olduğu kabul edilir ve ceza yargılamasında kullanılamaz[187]. Yukarıda *nemo tenetur* ilkesinin özel kişilere yönelik olmadığı; devlete yönelik bir ilke olduğu şeklindeki Alman hukukundaki bir yaklaşım tarzının burada da karşımıza çıkmaktadır. Alman hukukundaki bu yaklaşım tarzına göre özel kişiler bakımından delil elde etme bakımından söz konusu kısıtlama söz konusu değildir. Delilleri hukuka uygun şekilde elde etme, devlete yöneliktir.[188]

Sonuç olarak özetlemek gerekirse, bir şirkette veya herhangi bir işyerinde toplanan deliller, hukuka uygun şekilde elde edilmiş ise ceza yargılamasında kullanılabilecektir. Ancak bu noktada da delilin türünde göre ayrım yapılmalıdır. Buna göre en başta beyan delili bakımından; işyerinde suç işlediği iddia edilen kimsenin işyeri disiplin kurulunda verdiği savunması veya işyerinin

---

183 YENİSEY Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", **Ceza Hukuku Dergisi,** C.2, S.4, Ağustos 2007, ss.56- 57. Ayrıca bkz.: DÜLGER Murat Volkan, **Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.94.

184 DEMİRAL BAKIRMAN Büşra, "Unlawfully Obtained Evidence in Turkish Criminal Procedure Law", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,** C.3, S.1, 2015, s.247.

185 ÜNVER/ HAKERİ, ss.645- 646, ayrıca s.652; AKYÜREK Güçlü, "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB Dergisi),** S.101, 2012, s.78; KÖSE Metin, **Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmes**i, Seçkin, Ankara, 2017, ss.256-257.

186 Yargıtay'ın bu konudaki kararları ve değerlendirmeleri için bkz.: ÜNVER/ HAKERİ, ss.645-652.

187 YENİSEY/NUHOĞLU, s.589.

188 Schroeder 1997, 69: aktaran: YENİSEY/NUHOĞLU, s.589. Ayrıca bkz.: KÖSE, ss.253-254.

diğer yetkili birim ve kişilerine bulunduğu beyanları mahkeme tarafından kullanılamayacaktır. Nitekim CMK'nın 148. maddesinde açıkça *"müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz*" kuralı benimsenmiştir. Kolluk, kamu gücünü kullanan ve devletin ceza soruşturmasında yetkilendirdiği mercii ifade ettiğinden, kolluk tarafından müdafi hazır bulunmaksızın alınan ifade hükme esas alınamaması karşısında özel kişilerin aldığı ifade evleviyetle hükme esas alınamayacaktır. Buna göre şüpheli şirket içerisinde iş sözleşmesinin fesih edilmemesi için disiplin kurulunda ikrar da bulunsa dahi bu ikrar yargılamada kullanılamayacaktır. Ancak belge veya diğer maddi belirti delilleri örneğin fatura, makbuz vb. mahkemeye sunulabilir. Türk hukukunda Anayasa ve CMK hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, delil değerlendirmede Alman hukukunun aksine Türk hukukunda aykırılığının önemi/derecelendirmesi yapılmaksızın dışlanması kabul edildiğinden şirket içi soruşturmalarda elde edilen delilin etkisi zayıf olacaktır.

VI. CEZA MUHAKEMESİNDE KORUMA TEDBİRLERİ AÇISINDAN ŞİRKET İÇİ SORUŞTURMALAR

Türk ceza muhakemesi hukukundaki hukuka aykırı delilin her halükarda dışlanması sistemi benimsenmesi, şirket içi soruşturmaların ceza muhakemesindeki etkisini zayıflatsa da koruma tedbirleri bakımından özellikle elkoyma *[genişletilmiş]*[189] (CMK md. 123 vd.)[190] ve şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK md.133)[191] tedbirleri gündeme gelebilir. Hem ceza muhakemesi makamları hem de bizatihi şirket bakımından şirket içi soruşturmalar faydalı bir mekanizma olabilir. Arama koruma tedbirinin devamında diğer şartlarının[192] da sağlanmış olması koşuluyla soruşturma dosyalarına elkoyma tedbiri uygulanabilir.[193] Soruşturma dosyasındaki belgeler veya veriler, 123. maddedeki ifadesiyle *"ispat aracı olarak faydalı"* görülebilir.[194]

---

189 ÖZBEK, s.208.

190 ÖZBEK, s.208 vd.

191 CMK md. 133: *"(1) Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir".*

192 Bu şartlara ilişkin açıklamaları için bkz.: ÖZBEK, ss.211-213.

193 Bkz.: CMK md.123-128.

194 Ayrıca bkz.: ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 12. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s.332.

Şirkete faydası bakımından ise; örneğin, ceza muhakemesi makamları ile işbirliğini sağlayacak etkin bir iç soruşturmanın şirket içinde yapılması, şirket faaliyetleri kapsamında işlenen CMK md. 133/4'te sıralanan katalog suçlardan birine giren suçun soruşturmasında şirkete kayyım atanmasına gerekliliği bağlamından hâkim veya mahkeme tarafından dikkate almada bir ölçüt olabilir. Kayyım tayininde *"maddi gerçeğin ortaya çıkarılması"*, temel amaçtır.[195] Etkin ve temel haklara uygun bir şirket içindeki soruşturma, bu amaca hizmet edecektir. Öğretide ifade edildiği üzere kayyım atanması şirket faaliyetlerini aksatmasa da ve ticari yaşama uygun[196] olsa da borsada işlem gören şirketler açısından değer düşürücü olabilir. Şirkete kayım atanmasının gerekliliğinim etkin bir şirket içi soruşturmanın ceza muhakemesi makamları ile paylaşılması ise, özellikle borsada işlem gören şirketler açısından *"şirket, faaliyetleri kapsamında suç işlenmiş bir şirket"* şeklinde şirket itibarını borsada zedeleyecek bir durumdan kaçınılmasına hizmet edecektir.

SONUÇ

Türk hukukunda Alman hukukundaki *Siemens davası* gibi compliance programlarını hukuki alanda da kapsamlı hale getirerek katalizör görevi gören emsal bir dava olmadığından Türkiye'de compliance programına sahip olan şirketlerde dahi şirket içi soruşturma detaylı düzenlenmediği görülmüştür. Bunun üzerine Türk hukukundaki yerleşik hukuki mekanizmaların, bugün popülerlik kazanan *compliance* fenomeninin aracı olan şirket içi soruşturma kurumunu karşılamakta olup olmadığı araştırılmıştır. Bu halde konuya sadece compliance özelinden değil, öncelikle Türk iş hukukundan da yaklaşılması zaruri görülmüştür.

Compliance fenomeni adı altında şirket içi soruşturma bir kurum olarak bir şirkette inşa edilmiş olsa da bu alan, gerçekten iş hukukundaki yerleşik uygulamalarla şekillenmektedir. Diğer bir anlatımla, şirket içi soruşturma çoğu zaman iş hukukundaki disiplin soruşturmasının karşılığı olarak yapılacaktır. İş hukukundaki disiplin soruşturması yapılmasında adil yargılanma hakkını temin eden Anayasa ve CMK'daki temel hak ve hürriyetlere ne kadar uygun hareket edildiği temel bir sorudur. Bu haklar sağlanmadan veya ihlal edilerek elde edilen bilgiler, ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

---

[195] ÖZBEK, s.214.

[196] ÖZBEK, s.214.

Bu da ceza muhakemesi açısından şirket içi soruşturmaları işlevsiz hale getirmektedir.

Şirket içi soruşturmaların ceza muhakemesindeki olası sonuçları ile ilgili olarak Türk hukukunda Alman hukukundaki katalizör görevi gören emsal bir dava olmadığından genel kurallardan hareketle belirli noktalara örnek kabilinden değinilmiştir. Bu değerlendirmelerimiz sınırlı da olsa şirket içi soruşturma yapılmasında hem şirketin hem de ceza muhakemesi makamlarının menfaati olduğu sonucuna varabiliriz. C. Savcısının soruşturma tekelinin kalkıp kalmadığı ve bu bağlamda ceza muhakemesinde soruşturmanın özelleşmesi tartışmaları, özellikle ekonomik suçlulukla mücadelede devam etmektedir. Bu bağlamda ceza muhakemesi makamları ile işbirliğini sağlayacak etkin bir iç soruşturmanın şirket içinde yapılmasında devletin bu suçluluk türüyle mücadelesinde önemli menfaatleri bulunmaktadır. Aynı şekilde şirketlere, bu tür bir soruşturmanın şirket itibarının korunması gibi önemli faydaları bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL Burak, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 3. Bası, Adalet, Ankara, 2019.

AKİL Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 61, S.4, 2012, ss.1223-1270.

AKYÜREK Güçlü, "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB Dergisi),** S.101, 2012, ss.61-82.

BAŞBUĞ Aydın, **Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları**, TES-İŞ Sendikası Yayınları, Ankara, 1999.

BECKEMPER Katharina, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Straftaten anderer?- Der Compliance- Officer im Fokus der Wissenschaft, in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss.88-97.

BOTTMANN Ute, "Kap. 2.1. Criminal-Compliance", in **Kapitalmarktstrafrecht**, 5. Bası, Yay. Haz. Tido Park, Nomos, 2019, kn.1-84, https://beck-online.beck.de (Erişim tarihi: 02.11. 2022).

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

ÇELİK Nuri/ CANİKLİOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat/ ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul, 2021.

DEMİRAL BAKIRMAN Büşra, "Unlawfully Obtained Evidence in Turkish Criminal Procedure Law", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,** C.3, S.1, 2015, ss.239 - 248.

DÖNMEZ Adnan/ ÇAVUŞOĞLU Kürşad, "Hilelerin Ortaya Çıkarılması Bakımından Bağımsız Denetim ile Adli Muhasebenin Karşılaştırılması", **Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies,** C.1, S.3, 2015 s. 34-67, http://jafas.org/articles/2015-1-3/3_Adli_Muhasebe_FULL_TEXT.pdf, (Erişim Tarihi: 01. 11.2022).

DURSUN Selman, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, On İki Levha, İstanbul, 2010.

DÜLGER Murat Volkan, **Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

ERBAŞ Rahime, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ERBAŞ Rahime, **Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

EREM Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (Özel Hükümler)**, **C: III**, Seçkin, Ankara, 1993.

ERMAN Sahir, **Ticari Ceza Hukuku I- Genel Kısım**, 3. Bası, İ.Ü Basım Evi, İstanbul, 1992.

ERTÜRK Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin, Ankara, 2002.

EŞMELİOĞLU İbrahim, "İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi", **Çimento İşveren Dergisi,** Mayıs 1988, ss.11-26.

EWING Jack/ BOWLEY Graham, "VW Reveals It Misstated Emissions of Gas Cars", **The New York Times**, 4 Kasım 2015, ss.1-4, http://www.consumerauto.org/wp-content/uploads/2015/11/VW-Reveals-It-Misstated-Emissions-of-Gas-Cars.pdf (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

GOEL Anusha, "Volkswagen: The Protagonist in Diesel Emission Scandal", **South Asian Journal of Marketing & Management Research (SAJMMR)**, C.5, S.11, Kasım 2015, ss.32-40, https://ssrn.com/abstract=2707162 (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

GREEN Bruce A. / PODGOR Ellen S., "Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents", **Boston College Law Review**, C.54, S. 1, 2013, ss.73-126.

GRÜTZNER Thomas/ JAKOB Alexander, "Internal Investigation", in **Compliance von A-Z**, 2. Bası, C. H. Beck, Münih, 2015, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

IMPERATO Gabriel L., "Internal Investigations, Government Investigations, Whistleblower Concerns: Techniques to Protect Your Health Care Organization", **Alabama Law Review**, C.51, S.1, 1999, s.205-238.

JAVE Camilo Clavijo, "Criminal compliance en el derecho penal peruano", **Derecho PUCP**, S.73, 2014, ss.625-647.

JOHNSON Valencia, **An Exploratory Study of Investment Compliance Management in the Enron Collapse**, Thesis, Thomas Jefferson School of Law, July 24, 2013, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=valencia_johnson (Erişim Tarihi: 22. 10. 2015).

JUNG Jae C./ SHARON Elizabeth, "The Volkswagen Emissions Scandal and its Aftermath", **Global Business and Organizational Excellence**, C.38, S.4, ss.6-15, https://doi.org/10.1002/joe.21930 (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

KANGAL Zeynel T., "Türk Ceza Hukuku Açısından Compliance", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss. 73-87.

KOLCUOĞLU Umut, "Türk şirketleri uyum (compliance) programı oluşturmalı mı?", 3 Şubat 2017, https://www.dunya.com/kose-yazisi/turk-sirketleri-uyum-compliance-programi-olusturmali-mi/348439?ysclid=laclhb0tqv17519021(Erişim Tarihi: 11.11.2022).

KÖSE Metin, **Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmes**i, Seçkin, Ankara, 2017.

KUHLEN Lothar, "Grundfragen von Compliance und Strafrecht", in **Compliance und Strafrecht**, Yay. Haz. Hans Kudlich/Lothar Kuhlen/Iñigo Ortiz de Urbina, C.F. Müller, Heidelberg, 2012, ss.1-26.

MARTÍN Víctor Gómez, "Compliance und Arbeitnehmerrechte"**,** in **Compliance und Strafrecht**, Yay. Haz. Hans Kudlich/Lothar Kuhlen/Iñigo Ortiz de Urbina, C.F. Müller, Heidelberg, 2012, ss.105-124.

MERAKLI Serkan, **Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları**, Seçkin, Ankara, 2022.

MOMSEN Carsten, "Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)**, C. 6, S. 6, 2011, ss.508-516.

MOMSEN Carsten, "B. I. Interne Ermittlungen aus strafwissenschaftlicher sicht", **Criminal Compliance**, Yay. Haz. Thomas Rotsch, 1. Bası, Nomos, 2015, ss. 1234-1260.

NESTLER Nina, "1. Kap.", in **Internal Investigations**, Yay. Haz. Thomas C. Knierim/Markus Rübenstahl/Michael Tsambikakis, 2. Yeniden Çalışılmış Bası, C.F. Müller, Heidelberg, 2016, kn.1-65.

ODAMAN Serkan, **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı,** Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 2003.

ÖLÇER Pınar, "Compliance and the Privilege against Self-incrimination in ECHR Law", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss.106- 164.

ÖZBEK Veli Özer, **Ekonomi Ceza Hukuku (Birinci Kitap - Genel Hükümler)**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.

ÖZDEMİR M. Erdem, "İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu ile Sınırlandırılması", **TÜHİS**, C.15, S.1, Ağustos 1998, ss.8-24.

ÖZTÜRK Bahri/ TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SIRMA GEZER Özge/ SAYGILAR Yasemin F./ALAN Esra/ ÖZAYDIN Özdem/ ERDEN TÜTÜNCÜ Efser/ ALTINOK VILLEMIN Derya/ TOK Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Seçkin, İstanbul, 2022.

PETRICK Joseph A./ SCHERER Robert F., "The Enron Scandal and the Neglect of Management Integrity Capacity", **American Journal of Business**, C.18, S.1, 2003, ss. 37-50, https://doi.org/10.1108/19355181200300003(Erişim tarihi: 02.11.2022).

PASLI Ali, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, Ağustos 2005.

PASLI Ali, "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.71, S. 2, 2013, ss. 317-334.

ROTSCH Thomas, "Compliance und Strafrecht- Fragen, Bedeutung, Perspektiven Vorbemerkungen zu einer Theorie der sog. „Criminal Compliance", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft** (**ZStW)**, 2013, C.125, S. 3, ss. 481-498.

ROTSCH Thomas, "Criminal Compliance", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/ Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss.50-59.

ROTSCH Thomas, "§ 1: Criminal Compliance- Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung", in **Criminal Compliance**, Yay. Haz. Thomas Rotsch, 1. Bası, Nomos, 2015, s.31-81.

SAHAN Oliver, "Unternehmensinterne Untersuchungen aus rechtsanwaltlicher Perspektive", in **Compliance und Strafrecht**, Yay. Haz. Hans Kudlich/Lothar Kuhlen/Iñigo Ortiz de Urbina, C.F. Müller, Heidelberg, 2012, ss. 171-183.

SAHAN Oliver, "Strafrecht und Compliance in der Praxis", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/ Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss. 60-72.

SUTHERLAND Edwin H., "Is 'White Collar Crime' Crime?", **American Sociological Review**, C. 10, S. 2, 1945, ss.132-139.

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku)**, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul, Beta, 2021.

ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 12. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.

TEMEL Erhan, "Compliance- System in der Aktiengesellschaft", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss.2-21.

TEMEL Erhan/ SÖZÜER Adem, "Önsöz", in **Türk- Alman Hukuk Sempozyumu: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları**, Yay. Haz. Erhan Temel/Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss. vıı-ıx.

THEILE Hans/ GATTER Marcelle Janina/ WIESENACK Tobias C., "DomestizierungvonInternalInvestigations?", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft** (**ZStW)**, C. 126, S. 4, ss.803-843.

TÜRAY Aras, "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.17, S. 3, 2020, ss. 115-154.

UZAR- SCHÜLLER Gökçe, "Länderreport Türkei: Compliance Regeln in der Türkei nach den letzten Reformen", **Compliance- Berater**, 2014/1-2, s.2, https://www.gvw.com/uploads/tx_news/Compliance_Berater-2014-1-2_Laenderreport_Tuerkei-_Uzar-Schueller.pdf, (Erişim Tarihi: 19.05. 2019).

ÜNVER Yener, **TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma**, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

ÜNVER Yener/ HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 19. Bası., Adalet, Ankara, 2022.

WEISS Art, "The consequences of Enron", **Compliance & Ethics Professional Mart/ Nisan 2012**, s.31, http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/Compliance_Ethics_Professional/0312/CEP_0312_Weiss.pdf (Erişim Tarihi: 22. 10. 2015).

WESSING Jürgen, "§ 46. Internal Investigations -Interne Ermittlungen im Unternehmen", in **Corporate Compliance,** Yay. Haz. Christoph E. Hauschka/Klaus Moosmayer/ Thomas Lösler, 3. Bası., 2016, kn.1-182, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

YAŞAR Tuğçe Nimet, **Şirketler Hukuku Açısından "Compliance" Kavramı ve Borsaya Kayıtlı Şirketlerde Uygulaması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018.

YAŞAR Tuğçe Nimet, **Anonim Şirketler Hukukunda "Uyum" (Compliance),** On İki Levha, İstanbul, 2020.

YENİSEY Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil", **Ceza Hukuku Dergisi,** C.2, S.4, Ağustos 2007, ss.5-60.

YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, Seçkin, İstanbul, 2022.

YURTSEVER Gürdoğan, **Teftişten İç Denetime Banka Müfettişliği**, Türkiye Bankalar Birliği Yayını No: 265, 2009, İstanbul, s.7, https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Yayinlar/Dokumanlar/KITAP.pdf (Erişim Tarihi: 01. 11.2022).

ZAPFE Henrik, **Compliance und Strafverfahren: Das Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteressen und Beschuldigtenrechten**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013.

İnternet Kaynakları:

Garanti Bankası, **2018 Entegre Faaliyet Raporu**, s.151, (çevrimiçi) https://surdurulebilirlik.garanti.com.tr/media/1378/gb18_tr-entegre-faaliyet-raporu.pdf, (Erişim Tarihi: 21. 05. 2019).

Garanti BBVA, "Garanti Etik ve Doğruluk İlkeleri", https://www.garantiinvestorrelations.com/tr/kurumsal-yonetim/detay/Garanti-Etik-ve-Dogruluk-Ilkeleri/444/1557/0, (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

Garanti BBVA, **Etik ve Doğruluk İlkeleri Ekim 2015**, s.31, https://www.garantiinvestorrelations.com/tr/images/pdf/etikilkelerimiz.pdf, (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

H. Ö. Sabancı Holding, "İş Etiği Kuralları", https://www.sabanci.com/tr/sabanci-toplulugu/is-etigi-kurallari/is-etigi-kurallari/i-16, (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

H. Ö. Sabancı Holding, "Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Politikası", https://www.sabanci.com/tr/sabanci-toplulugu/rusvet-ve-yolsuzlukla-mucadele-politikasi/rusvet-ve-yolsuzlukla-mucadele-politikasi/i-3602 (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

İstanbul Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi ile Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (KAMU-İŞ) Arasındaki 2013-2014 Yılı Toplu İş Sözleşmesi, s.12, (çevrimiçi) http://personel.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2013/08/toplu-s%C3%B6zle%C5%9Fme-2013.pdf, (Erişim Tarihi: 01. 11. 2022).

Koç Holding, "Etik İlkeler ve Uyum Politikaları", https://www.koc.com.tr/hakkinda/etik-ilkeler-ve-uyum-politikalari (Erişim Tarihi: 11.11.2022).

Siemens Türkiye, **Etik ve Compliance (Mevzuata Uyum) Rehberi**, Yay. Haz. M. Sait Samlı, İstanbul, Yay. Tarihi yok, http://siemens.e-dergi.com/pubs/books/Compliance/EtikVeComplianceRehberi/assets/common/downloads/publication.pdf, (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

New York Times, "15 Hutton Employees are Cited", 6 Eylül 1985, https://www.nytimes.com/1985/09/06/business/15-hutton-employees-are-cited.html (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

Vakıflar Bankası, **Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Raporu 2017**, s.12, https://www.vakifbank.com.tr/documents/01222018kurumsal_yonetim_ilkelerine_Uyum_Raporu2017.pdf, (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1287-1342

SİYASİ EŞİTLİK VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ARASINDA SEÇİM HARCAMALARI SINIRLANDIRMALARI(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Harun MURATOĞULLARI**(**)

Öz: Bu çalışma seçim harcamalarına dönük getirilen sınırlandırmaların ifade özgürlüğü ve siyasi eşitlik ilkesi arasında meydana getirdiği gerilimi incelemektedir. Seçimler ve siyasi karar alma süreçlerinde yurttaşların görüşlerini sınırlanmadan ifade edebilmeleri demokrasilerin en temel unsurlarından birisidir. Yurttaşların karar alma süreçlerine eşit fırsatlarla etkide bulunabilmesi özgürlüklerin mümkün olduğunca müdahalesiz yaşanabilmesini, yani farklı siyasi görüşlerin dışa vurumu, tartışma, müzakere etme ve örgütlenme gibi birtakım eylemlerin serbestçe yürütülebilmesini gerekli kılar. Diğer yandan ifade özgürlüğünün geniş kitlelere ulaşacak şekilde kullanılmasının ekonomik bir külfeti bulunmaktadır. Bu külfetin serbest *siyasal* piyasada müdahalesiz şekilde karşılanabilir olması, tartışma ortamının ekonomik zenginlik araçlarıyla manipüle edilmesine neden olabilir. Hâlbuki seçimlerin yarışmacılık unsuru fikirlerin ve adayların birbirleriyle karşılaştırılabilir düzeyde aleniyetini gerektirir. Dolayısıyla bir yandan ifade özgürlüğünün gereği olarak siyasal düşüncelerin sınırsızca ifade edilmesi, diğer yandan ise yurttaşların karar alma süreçlerine eşit etkide bulunabilmesi idealleri karşı karşıya gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: Seçim Harcamaları, İfade Özgürlüğü, Siyasi Eşitlik, Bowman V. The United Kingdom, Buckley V. Valeo.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 30.06.2022. Makale Kabul Tarihi: 08.12.2022.

Bu çalışmanın düşüncesel serüveninde yolumu aydınlatmış ve değerli katkılarını esirgememiş Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı'ndan sayın Dr. Ensar Baki hocama okuyucu huzurunda teşekkür etmeyi bir borç kabul ediyorum.

(**) Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-5416-1921; *harun.muratogullari@boun.edu.tr*).

LIMITATIONS ON ELECTION SPENDING BETWEEN POLITICAL EQUALITY AND FREEDOM OF EXPRESSION

Abstract: This study examines the tension between the freedom of expression and political equality in the limitations imposed on election spending. The ability of individuals to express their opinions in elections and the political decision-making procedures is one of the fundamental elements of democracies. The power of citizens to exert influence on the decision-making procedures with equal opportunities requires the enjoyment of freedoms without restrictions as far as possible, including a series of activities such as the expression of diverse opinions, discussion, deliberation and organising. That said, there is an economic burden of the enjoyment of the freedom of expression at a mass level. The state of being allowed to meet that burden in a free *political* market with no state intervention may lead the debate to be manipulated by the instruments of economic wealth. On the other hand, the aspect of competitiveness of elections necessitates the publicity of opinions and candidates at a comparable level. Thus, the unlimited expression of political opinions as a prerequisite of the freedom of expression on the one hand and the ability of citizens to equally influence decision-making procedures on the other arise to be into conflict with each other.

Keywords: Election Spending, Freedom of Expression, Political Equality, Bowman V. The United Kingdom, Buckley V. Valeo.

I. GİRİŞ

Modern toplumların bilincinde para, medya ve seçim kelimelerinin bir cümle içindeki birlikteliği demokrasi adına çoğunlukla kuşkuyla karşılanan bir terkip oluşturmaktadır. Hâlbuki düz bir yaklaşımla bunların üçünün de müzakere ve uzlaşıyı hedefleyen demokratik süreçlerin inşası ve sürdürülmesinde silsile halinde kurucu etkiye sahip oldukları yadsınamaz bir hakikattir. Bir kere ifade özgürlüğünün demokrasinin adeta bir can damarı olduğunu kabul ediyoruz. Özgürlükler için bir imkân aracı olan para olmadan medya ve kitlesel iletişim araçlarının kullanımı ve dolayısıyla düşüncelerin ifade edilebilmesinden, düşüncelerin ifade edilemediği bir tartışma ortamında farklı siyasi fikir ve kadroların yerleşik siyasi yapı karşısında etkili denetleyici rol üstlenebilmesi ve yarışabilmesinden ve nihayet yarışmacı seçimler olmadan sahici bir demokrasiden bahsetmek mümkün olamayacaktır. Ayrıca siyasi partiler etkin şekilde yarışabilmek ve *siyasi alan*da kendilerinden bek-

lenen işlevleri yerine getirebilmek için insan kaynakları kadar finansal kaynaklara gereksinim duymaktadırlar[1]. Para fark yaratır, çünkü Fisher'ın da vurguladığı üzere; partilerin örgütsel ve kampanya ihtiyaçları süreklidir[2]. Houghton bunu yarış arabası ve yakıt ilişkisi metaforuna benzetir (*the fuel for the engines of party politics*), yarışın sonucunu belirleyen tek unsur olmasa da, yolda ve yarışta kalmanın asgari unsuru[3].

Önemi apaçık aşikâr olan böyle bir alanda devletlerin düzenleyici rolü de bu nispette tartışmalı kalmıştır[4]. Aslında modern demokrasilerde siyasi partilere atfedilen anayasal statü ve bu örgütlerin devlet aygıtı ile olan ilişkileri hakkında bir görüş birliği olmadığı dikkate alınırsa[5]; bunların kendi iç işleyişlerinde nasıl örgütlenmesi ve finanse edilmesi gerektiği, gelir ve giderlerine müdahalede meşru sınırların ne olabileceği konularında da belirsizliklerin sürmesi şaşırtıcı olmasa gerekir[6]. Yine de günümüz demokrasileri arasında paranın siyasetle ilişkisi ve siyasi parti veya adayların finansmanını belli ölçüde düzenlememiş ülke neredeyse yok gibidir[7]. Bu bağlamda akademik araştırmalar özellikle doğrudan kamusal yardımlar üzerinde hayli yoğunlaşmış, meselenin gerek anayasallık boyutu gerekse siyasal rekabet

---

1 Günümüzde siyasal partiler için gönüllülük esasına dayalı geleneksel üye faaliyetlerinin geçmişe kıyasla cazibesini yitirmesi finansal kaynakların önemini daha da arttırmıştır. Siyasi partiler için bir yanda geçmişe kıyasla gönüllülük esasının giderek zayıflaması, diğer yanda yürüttükleri faaliyetlerinin ekonomide parayla ölçülebilen veya faturalandırılabilen bir mal ya da hizmet sınıfına indirgenmesi finansal kaynakların vazgeçilmezliği iddiasını daha da haklılaştırmıştır. KONTACI Ali Ersoy, **Kırılgan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü**, Savaş Yayınevi, Ankara, s.35; LUCARDIE Paul, "Prophets, Purifiers and Prolocutors", **Party Politics**, Vol. 6 (2), 2000, ss.175-185; PINTO-DUSCHINSKY Michael, "Financing Politics: A Global View", **Journal of Democracy**, Vol. 13 (4), 2002, ss. 69-86; HAUGHTON Tim, "Law Unto Themselves: Money, Regulation and the Development of Party Politics in the Czech Republic", **Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties**, No. 20, 2012, ss. 1-32.

2 FISHER Justin, "Next Step: State Funding for the Parties?", **The Political Quarterly**, Vol. 73 (4), 2002, s. 393.

3 HAUGHTON, s. 16.

4 JOHNSTON Michael, "Politıcal Partıes and Democracy in Theoretical and Practical Perspectives", The National Democratic Institute for International Affairs, 2005, s.3.

5 KATZ Richard S. / MAIR Peter, "Changing Models of Party Organization and Party Democracy: the Emergence of the Cartel Party", **Party Politics**, Vol. 1 (1), 1995, ss. 5-28.

6 van BIEZEN Ingrid, "Financing political parties and election campaigns, guidelines", Council of Europe Publishing, 2003, https://eos.cartercenter.org/uploads/document_file/path/309/Financing_Political_Parties_en.pdf (Erişim Tarihi: 15 Mayıs 2022), s.12.

7 ALEXANDER Herbert E., "Money and Politics: Rethinking a Conceptual Framework", **Comparative Political Finance in the 1980s**, in Alexander Herbert E. (ed.), Cambridge University Press, Cambrdige, 1989, ss. 9-23.

üzerindeki yansımaları etraflıca irdelenmiştir[8]. Buna karşın aşağıda da ele alınacağı üzere yine bu düzenlemeler arasında ihmal edilemeyecek bir ağırlığa sahip olan seçim harcamaları için öngörülen kısıtlamaların anayasallığı konusu bir şekilde gölgede kalmış görünmektedir.

Bu çalışmanın odak noktası özgürlük ve eşitlik kavramları arasında yaşanan çekişmenin öne çıktığı bir düzenleme sahası olarak seçim harcamalarına getirilen miktarsal sınırlandırmaların anayasallığı tartışmasıdır. Tartışmanın temelindeki soru şudur: Siyasi etki satın alınabilir mi? Serbest piyasa ekonomisinin ayrılmaz bir unsuru olan servet eşitsizliği olgusu ve bunun siyasi katılım mekanizmalarında istenmese de bir kesim yararına ortaya çıkaracağı ayrıcalıklar ile demokratik karar alma süreçlerinin vazgeçilmez öğesi olan fırsat eşitliği ideali arasında göz ardı edilemeyecek bir gerilim ilişkisi bulunmaktadır. Bu gerilim ilişkisi, seçim harcamalarına getirilen sınırlandırmalar hakkında yürütülen tartışmaların da ana eksenlerinden birini meydana getirmektedir[9]. Peki, bu çapraşık ilişkide tutarlı bir normatif çözümün ağırlık merkezi nerede duruyor? Sınırsız ifade özgürlüğü liberal bir düşüncedir, ancak bunun demok-

---

8 KATZ Richard S. / MAIR Peter, "Changing Models of Party Organization and Party Democracy: the Emergence of the Cartel Party", **Party Politics**, Vol. 1 (1), 1995, ss. 5-28; CASAS-ZAMORA Kevin, **Paying for Democracy: Political Finance and State Funding for Parties**, ECPR Press, Colchester, 2006; PIERRE Jon / SVÅSAND Lars / WIDFELDT Anders, "State subsidies to political parties: Confronting rhetoric with reality", **West European Politics**, Vol. 23 (3), 2000, ss. 1-24; PALTIEL Khayyam, "Public Financing Abroad: Contrasts and Effects", **Parties, Interest Groups and Campaign Finance Laws**, in Michael Malbin (ed.) American Enterprise Institute, Washington, D.C., 1980, ss. 354-370; NASSMACHER Karl-Heinz, "Structure and Impact of Public Subsidies to Political Parties in Europe: The Examples of Austria, Italy, Sweden and West Germany," **Comparative Political Finance in the 1980s**, in Alexander Herbert E. (ed.), Cambridge University Press, Cambrdige, 1989, ss. 236-267. van BIEZEN Ingrid, "Political Parties as Public Utilities", **Party Politics**, Vol. 10 (6), 2004, ss. 701-722; Ayrıca Türk hukukundaki etkileri hakkında bkz. GENÇKAYA Ömer Faruk, **Devletleşen Partiler Türkiye'de Siyasi Partilerin Başlıca Gelir Kaynakları**, Anadolu Stratejik Araştırmalar Vakfı, Ankara, 2002; UZUN Cem Duran, "Anayasa Önerilerinde Siyasi Partilerin Finansmanı ve Yeni Bir Öneri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 94, 2011, ss. 235-258; YÜKSEL Nihat, **Siyasetin Kamusal Finansmanı (Siyasal Partilere Devlet Yardımı)**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2007; MURATOĞULLARI Harun, **The Structural Barriers in Political Party Laws and Electoral Systems Against Minor Party Representation**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2020.

9 Aslında demokratik seçimlerin hukuki inşası birbiriyle çekişme halinde olan ilkeler etrafında şekillenmektedir. Özellikle seçim sistemleri (temsilde adalet karşısında parlamentonun aşırı parçalanmasının önlenmesi-istikrar), siyasetin finansmanı (siyasi eşitlik karşısında ifade özgürlüğü) ve oylama yöntemleri (seçimlerin güvenliği karşısında oy kullanmanın kolaylaştırılması-genel oy ilkesi) meselelerinde bugün kısmen yerleşik gibi görünen normatif standartlar ekseriyetle yarışan bu ilkelerin uzlaştırılmasını mesele edinen yargı kararları ya da bilimsel tartışmalar ışığında hala gelişmeye matufturlar. İşte kimi ülkelerin anayasa yargılarında hararetli tartışmalara neden olmuş konulardan biri de bu çalışmanın odak noktasını oluşturan seçim dönemlerinde kampanya harcamalarının sınırlandırılmasının anayasallığı meselesidir.

ratik olduğu da söylenebilir mi? Türkiye'deki yasa koyucular seçimlerde yarışan siyasi parti ya da adaylar arasında ortaya çıkan harcama dengesizliklerine karşı bugüne kadar *laissez-faire* bir tutum sergileyerek gerek yargı mercilerini gerekse akademik çevreleri odadaki file namzet görülebilecek böyle bir tartışmaya önemli düzeyde mesafeli kılmıştır.

Çalışma giriş ve sonuç kısımları dışında altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde harcama sınırlandırmalarıyla ortaya çıkan özgürlük ve eşitlik çatışmasının temeli ve içeriği incelenecektir. Sorunsal ve kavramsal çerçeveyi ortaya koymaya yarayan bu bölümün ardından, harcama sınırlandırmalarıyla alakalı dünyadaki ve Türkiye'deki hukuki durum tespit edilecektir. Takip eden üçüncü bölümde bu sınırlandırma yoluyla gerçekleşen müdahalenin özgün yapısı irdelenecektir. Dördüncü bölümde anayasa ve siyaset teorileri ışığında siyasi eşitlik ilkesinin önemi değerlendirilecektir. Çalışmanın son iki bölümünde ise bu müdahale türüne karşılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi'nin benimsediği yaklaşımlar tartışılacaktır.

II. SORUNSAL ÇERÇEVE (NE, NEDEN, NASIL?)

1. Tartışmada Özgürlük-Eşitlik Gerilimi

Demokrasi teorisinin *conditio sine qua non*ları olarak kabul edilen özgürlük ve eşitlik kavramları arasında hem simbiyotik hem de yarışmacı bir ilişki olduğu öteden beri tartışılagelmiştir[10]. Yurttaşların karar alma süreçlerine eşit fırsatlarla etkide bulunabilmesi özgürlüklerin mümkün olduğunca müdahalesiz yaşanabilmesini, yani farklı siyasi görüşlerin dışa vurumu, tartışma, müzakere etme ve örgütlenme gibi bir takım eylemlerin serbestçe yürütülebilmesini gerekli kılar. Keza eşitsizlik hakkında toplumsal bilincin oluşması ve bunun giderilmesine dönük mücadele siyasi eylem özgürlüğünün her yurttaşça yaşanabildiği bir toplumda mümkündür. Münci Kapani bu iki kavram arasındaki ilişkiyi "*Eşitlik hürriyetin ön şartı ve onun tamamlayıcısıdır*"[11] diyerek ifade etmiştir. Benzer bağıntıyı Kaboğlu da *"... eşitlik,*

---

[10] YILMAZ Alim, "Adalet ve Sosyal Düzen Arayışında Özgürlük ve Eşitlik Çatışması", **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 23 (89), ss. 65-76.

[11] **Kapani** ilerleyen sayfada şöyle der: "*Açıkça görülüyor ki hürriyet ile eşitlik arasında hassas bir denge vardır. Demokrasinin bı iki temel ilkesinden birinin arka plana itilmesi ve küçümsenmesi halinde bu denge hemen bozulacaktır. O zaman da ne biri ne de öteki yalnız başına insanı gerçekten hür ve mutlu kılmaya yetmiyecektir*." KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7 bası, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2013, s. 12.

özgürlüğün gelişimini değerlendirme ölçütü olduğu kadar, özgürlüğü ilerletme aracıdır" ifadesiyle vurgulamaktadır[12]. Eşitlik ile özgürlük arasındaki bu tamamlayıcı ilişki dolayısıyla diğer yönden de temellendirilmeye elverişli görünmektedir. Nitekim toplumdaki eşitsizliklere karşı direnme aynı zamanda özgürlüğe yönelişin bir mücadelesi olarak da ortaya çıkabilir[13]. Şu halde ilk bakışta biri diğerini gerekli ve kuvvetli kılan iki kurucu kavramdan söz edildiği ileri sürülebilir.

Fakat sınırsız özgürlük anlayışı yurttaşların siyasi katılım süreçlerine eşit koşullarda katılması adına her zaman yapıcı sonuçlar meydana getirmeyebilir. Tartışmamızı şöyle bir önerme üzerinden sürdürmeyi öneriyoruz: Birden fazla düşünce ya da önerme arasından bir ya da birkaçının tercihi, eğer gerçekten bunlar arasında bilinçli bir eleme durumundan bahsedilecekse, tercih edilmeyen(ler)in tercih edilen(ler)le yarışabilir düzeyde aleniyetini gerekli kılar. Bu anlamda seçmek ya da tercih etmek karşılaştırma eyleminin ardılı veya uzantısıdır. Karşılaştırma yapabilmenin olmazsa olmazı ise bilmektir. Bilinmeyen bilinenle karşılaştırılamaz, karşılaştırılamayan ise seçilmemenin ya da seçilmemişliğin öznesi olamaz. Benzer akıl yürütmeyle kendisine karşı karşılaştırma yapılmayan ve yarıştırılmayanın da seçilmiş addedilmesi mantığa uygun bir çıkarsama olmaz. O halde seçiciler için anlamlı bir seçme eylemi, seçenekler arasında karşılaştırma yapmayı olanaklı kılan, bütüne ait bilgiyle mümkündür. Bunun tersi çıkarımla, seçme eyleminin anlamı ya da etkinliği seçeneklerden bir kısmının hiç ya da karşılaştırmayı anlamlı kılacak kadar bilinmemesi ile ortadan kalkar ya da azalır.

Bilinmek ise alenileşmiş olmayı ya da dışa vurumu gerekli kılar. Hukukta bir düşüncenin aleniyet kazanması ifade özgürlüğünün konusudur. Fakat ifade özgürlüğü, ondan elde edilebilecek olası genel (toplumsal) yarar bir kenara, ilk elden kendisine sahip olanın sınırlandırılmaması, yani tekilsahip odaklı bir eylem alanı ya da otorite bakımından müdahalesizlik alanı sunmayı hedefler[14]. Bu eylem alanının kapsamı özgürlüğün temelini oluşturan normun lafzına, yorumlanmasına, onu yorumlayanın ilerici ya da tutucu yöntemlerine bağlı olarak değişkenlik gösterebilir; ancak her ihtimalde öz-

---

[12] KABOĞLU İbrahim Özden, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 16. bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2021, s. 41.

[13] ROWBOTTOM Jacob, **Democracy Distorted**, University of Cambridge, Cambridge, 2010, s. 33.

[14] Örgütsel özgürlükler de sonuç olarak sınırlı ve ayrışan bir insan topluluğu öznesi altında normatif bir güce sahiptir.

gürlüğün odak noktası ona sahip olanın bireysel eylem olanaklarına dönüktür. Bu bakımdan klasik liberalizmin özgürlük öğretisi, birey karşısında devletin sınırlarını çizmeye odaklıdır ve bu anlayışla ifade özgürlüğü bireyin kendini gerçekleştirmesi ve özerkliğini kazanabilmesinde vazgeçilmez bir değer olarak görülür[15]. Bu açıdan özgürlüğü koruyan hukuk devletinin esaslı rolü müdahalesizlik söylemi üzerine gelişmiştir. Devletin görevi olsa olsa özgürlüğün, özel mülkiyetin, insan hayatı ve sağlığının şiddet müdahalelerine karşı korunmasıdır. Burada ifade özgürlüğünün bireysel özerklik alanına ve negatif karakterine[16] vurgu yapmakla onun toplumsal yarar savunusunu yok saydığımız sonucu çıkarılmamalıdır.

Oysa ki seçim kavramının açıklamaya çalıştığımız bütüne ait yönü, yani tüm seçeneklerin birbirleriyle karşılaştırılabilir ya da yarıştırılabilir düzeyde aleniyet kazanması özelliği bütünsel ya da kolektif yararın, o halde sistemsel bir tasarımın konusu olmaya matuftur[17]. Yani bu alanda hukuksal akıl salt tek tek düşüncelerin ya da seçeneklerin aleniyet kazanmaları yolunda sınırlandırılmamış olması hedefi ile yetinemez; negatif özgürlüğün (bireysel özgürlük-menfaat alanının) bir adım ötesine geçerek, bunların (seçeneklerin) birbirleriyle karşılaştırılabilir düzeyde aleniyet kazanması gerekliliği ile de ilgilenir. Burada ise stratejik bir düzen kurma gerekliliği ortaya çıkar. Bu ikinci gerekliliği, aşağıda da ele alacağımız üzere siyasi eşitlik ilkesi altında yapılan savunuyla ilişkilendirmeyi tercih ediyoruz.

2. İçerik-Nötr İfade Özgürlüğü Sınırlandırması

Bir önceki bölümde seçim harcamalarının sınırlandırılmasıyla bir tür ifade özgürlüğü sınırlandırması sorununun açığa çıktığını ifade ettik. İfade özgürlüğüne dönük yorumlanabilecek bu müdahalenin doğru sorunsallaştırılabilmesi adına altı önemle çizilmesi gereken husus, sınırlananın son tahlilde esasa dönük bir ifade özgürlüğü sınırlandırmasında olduğu gibi belirli bir fikrin kendisi olmadığı, ama fikir ya da fikirlerin miktarının ya da yoğunluğunun olabileceğidir. Bir örnek üzerinden düşünecek olursak, gerçekte 50 milyon lira seçim harcaması yapabilecek seviyede finansal güce sahip bir

---

15 BARENDT Eric, **Freedom of Speech**, Oxford University Press, Oxford, 2005, ss. 13-18.

16 *Negatif karakterden* kasttetiğimiz insanın yaşama tarzı üzerinde dış müdahalenin bulunmamasıdır. HEYWOOD Andrew, **Siyasetin Temel Kavramları** (çev. Hayrettin Özler), Adres Yayınları, Ankara, 2012, s. 318.

17 Buradaki kolektif yarar ile ifade özgürlüğünden umulan kolektif yarar aynı toplumsal tabanının öznesi olduğu yarardır.

siyasi parti ya da adayın 1 milyon lira harcama ile sınırlandırılmasında, bu sınırlandırmayla hedefte olan, 50 milyon liranın harcanamayacak olan 49 milyon lirası olacaktır; yoksa bu 49 milyonla ifade edilebilecekken kısıtlama nedeniyle hiç ifade edilemeyen ya da daha az yoğunlukta ifade edilen fikirlerin esası değildir. Yani 1 milyon lira, müdahalesizlik halinde 49 milyon liranın harcanması yoluyla ifade edilebilecekken edilememiş fikirlerin her hangi 49'da bir oranına karşılık gelen miktarını ya da yoğunluğunu hedef gözetmeksizin ifade edilmesini mümkün kılacak şekilde harcanmaya elverişlidir. Kısaca sınırlandırma günün sonunda yine ifade özgürlüğü sınırlandırması sorunu olarak formüle edilmeye müsaittir; ama bu, içeriği belirli ya da hedefe alınan bir fikrin ifadesinin sınırlandırılmasından başka bir şeydir. Bu sebeple bizim de katıldığımız bir nitelendirme olarak, harcamaların miktarsal kısıtlanması, Sunstein'in de ifade ettiği gibi, 'içerik-nötür' (*content-neutral*) bir ifade özgürlüğü sınırlaması sorunu ortaya çıkarır[18]. Görüşümüzce bu ince ayrım söz konusu sınırlamanın anayasallığı tartışmasında merkeze alınmayı gerektiren hususlardan biridir.

Doktrinde ayrıca harcama sınırlandırmalarının ifade özgürlüğü sınırlandırmasındansa mülkiyet hakkı sınırlandırması şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri süren azınlık görüşü de bulunmaktadır[19]. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi'nin Missouri eyaletinin bağış sınırlandırmasına ilişkin yasal düzenlemesini anayasaya uygun bulduğu *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC* kararında, muhalif görüşüyle Yargıç Stevens "para maldır; ifade değildir" önermesi ışığında, bu düzenlemenin sınırlandırmalara karşı daha fazla anayasal güvence sunan ABD Anayasası'nın Ek 1. maddesi[20] kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini savunmuştur[21]. Kanaatimizce harcama sınırlandırmalarındaki *ratio legis*'in bahse konu olan ekonomik

---

18 SUNSTEIN Cass R., **Democracy and the Problem of Free Speech**, The Free Press, New York, 1995, s. 106.

19 REDISH Martin H., "Free Speech and the Flawed Postulates of Campaign Finance Reform", **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Vol. 783, ss. 792.

20 ABD Anayasası'nın çekirdeğini meydana getiren hükümlerden biri olan Ek 1. maddesi ifade, basın, toplanma özgürlükleri ve dilekçe hakkının Kongre tarafından yasayla sınırlandırılamayacağını düzenlemektedir. Buna göre; "Kongre, düşünceyi açıklama özgürlüğünü, basın özgürlüğünü, halkın barışçıl şekilde toplanma ve sorunlarını hükümete dilekçe yoluyla iletme hakkını ihlal eden kanunlar yapamaz".

21 "Money is property; it is not speech". The United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, Nixon, Attorney General of Missouri, et al. v. Shrink Missouri Government Pac et al., No. 98-963, 24 Ocak 2000. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/528/377/case.pdf (Erişim Tarihi: 22.05.2022), s. 398.

varlığın mutlak ya da sınırsız şekil-zaman-amaçla kullanılmasının engellenmesi olmadığı, fakat geliştirilen belli kriterler altında kampanya süreci gibi dönemsel ya da konu veya parti-aday lehinde ya da aleyhinde sınıflandırılabilecek bir fikrin satın alma gücüyle diğerlerine karşı siyasal tartışma alanında üstünlük kurmasının engellenmesi olduğu dikkate alınırsa, bunun salt bir mülkiyet hakkı sınırlandırması olarak formüle edilmesi tartışmanın esas konusu olan müdahalenin ayrışan yanını göz ardı etmek olur.

Harcama sınırlandırmalarının anayasallığı tartışmasında gözetilen diğer değerin siyasi eşitlik ilkesi olduğunu belirttik. Finansal kaynakların seçim yarışında ortaya çıkaracağı eşitsizlik, modern anayasacılığın olmazsa olmazı kabul edilen, örneğin hukuk devleti, hesap verilebilirlik, temel hakların güvence altında olması, yargı bağımsızlığı gibi bir takım temel değerlerde yaşanan gerilemeler neticesinde, yani doğrudan iktidarların karar ve eylemleriyle ortaya çıkan otoriter rejim türlerinde karşılaşılan siyasi eşitsizlik sorunu değildir; ekonomik eşitsizlikle bağlantılı fikirde monopolleşmenin sebep olabileceği, tabiri caizse doğa durumunun var ettiği bir siyasi eşitsizlik halidir. Bu yüzden yine eşit siyasal yarışma unsurunun eksik olabileceği rejim türleri olarak 'kontrollü', 'kısıtlayıcı' ya da 'fiili-tek partili' demokrasi formları[22] içinde belli siyasi fikir ya da kadroların dışlanmasıyla ortaya çıkan siyasi eşitsizlik sorunu burada ele alınan siyasi eşitsizlikten ayrışmaktadır. Ele alınan siyasi eşitsizliğin doğası, liberal ya da pekişmiş demokrasiler arasında daha az görülmesi için hiçbir sebep olmayan, rejimin anti demokratik yapısı veya iktidarların otoriter eylem ya da politikaları ile doğrudan ilintilenemeyecek ve bu itibarla adeta görece kendiliğinden oluşmaya müsait bir tür siyasi eşitsizlik halidir.

3. Müdahalenin Doğası ve Yöntemi

Biraz da harcamalara getirilen sınırlandırmalarda müdahalenin doğasını ve fırsat eşitliğinin ne tür bir yöntem ile gerçekleştiriliyor olduğu üzerinde düşünmek istiyoruz. Farklı harcama güçlerine sahip parti ya da adaylar arasında fırsat eşitliği kabaca iki farklı müdahale yönteminden biriyle sağlanabilir. Bunları basitçe düzeltme ve sınırlama yöntemleri olarak başlıklandırmak istiyoruz. Seçimlerde yarışacak tüm fikirlerin ekonomik güç bağlamında seçmenlerin bilişsel kavrayışlarına erişme kabiliyetleri arasında varsayımsal temelde ortalama bir eşik olduğu düşünülse;

---

[22] ÖZBUDUN Ergun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 39-43.

1. (*Düzeltme yöntemi*): Ya bu eşiğin altında yarışa girenlerin dezavantajlı durumları takviye destekle minimuma indirilmeye çalışılır,
2. (*Sınırlama yöntemi*): Ya da eşiğin üstünde olanların avantajlarını ortadan kaldıran müdahaleler gerçekleştirilir.

Birinci müdahale yöntemindeki çözümün etki alanı, yetersiz görünen grubun pozitif olarak desteklenmesi; ikincisinde ise fazlalığa sahip grubun sınırlandırılmasına dönüktür. Sırasıyla bu müdahaleler, görece yetersiz kaynaklara sahip siyasi parti ya da adaylara diğerleri karşısında doğrudan ya da dolaylı yardımlar yapılması ya da zenginin fazladan var olan kaynaklarının etkisiz hale getirilmesi yöntemleridir. Etkinliği ve sonuçları literatürde çokça tartışılmış olsa da siyasi parti ya da adaylara yapılan kamusal yardımlar birinci müdahale türüne elverişli olabilecek yapıya sahiptir[23]. Literatürde siyasetin kamusal kaynaklarla finanse edilmesi aracılığıyla siyasi eşitsizliğin birincisi doğrudan ikincisi dolaylı olmak üzere iki yolla azaltılabileceği ileri sürülmektedir: (1) Daha az kaynaklara sahip yarışmacıları dağıtıma dahil ederek ve (2) devlete özel finansal gelirler ve harcamalarda düzenleyici rol üstlenebilmesi için bir kaldıraç sağlamak suretiyle paranın arz ve talebini kontrol ederek. Bu ikinci durumu Scarrow havuç-sopa metaforuyla açıklamaktadır[24]. Buna göre; partilere ya da adaylara yardım yapan devletler, bunların harcamaları ve genel olarak finansal işlemlerine dönük kısıtlayıcı ve denetleyici rol oynamakta daha meşru bir statü elde edebileceklerdir.

---

[23] Siyasi parti ve adaylara yapılan kamusal yardımların eşitliğe dönük rolü literatürde birbiriyle aynı anlama gelen farklı terimlerle ifade edilebilmektedir. Bu terimlere örnek olarak 'equality of opportunity' (Ewing), 'a level playing field' (Fisher; Ward ve diğerleri; Kolln) 'competitive elections' (Briffault) veya 'fairness' (Sousa) gösterilebilir. EWING Keith, **Money, Politics and Law: A Study of Electoral Campaign Finance Reform in Canada**, Oxford University Press, Oxford, 1992; FISHER Justin, "Next Step: State Funding for the Parties?", **The Political Quarterly**, Vol. 73 (4), 2002, s. 398; KÖLLN Ann-Kristin, "Does Party Finance Regulation Create a Level Playing Field?", **Election Law Journal**, Vol. 15 (1), 2016, s. 71; BRIFFAULT Richard, "Public Funding and Democratic Elections", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 148 (2), 1999, s. 568; DE SOUSA Luís, "Challenges to Political Financing Regulation: Sound External Monitoring/Enforcement and Sensible Internal Party Accountability", Conference Paper, International Conference on Corruption Control in Political Life and the Quality of Democracy: A Comparative Perspective Europe-Latin America, ISCTE, Lisbon, 19-20 May 2005, s.12.

[24] SCARROW Susan (2011) "Carrots and Sticks, Chickens and Eggs: Understanding Variations in Party Finance Regulatory Regimes", Conference Paper, the IPSA/ECPR Conference, Sao Paolo, Brazil, February 16-19, 2011, ss. 3-5. Eleştirel bir bakış açısı için bkz. Orr, G. (2018) Full Public Funding: Cleaning up Parties or Parties Cleaning up?, in Mendilow, J. and Phelippeau, E. (eds.), Handbook of Political Party Funding, Edward Elgar Publishing, ss. 84-102.

Öte yandan yürütülen bazı ampirik çalışmalar kamusal yardımların bilakis seçimlerin yarışmacılık unsurunu zayıflattığını ortaya koymuştur. Bu çerçevede yasama süreçlerine hakim olan partilerin statükonun ve kendi çıkarlarının korunması için çeşitli koşullar ve dağıtım yöntemleri geliştirdiği ileri sürülmüştür. Örneğin Paltiel'in parti sistemlerinin *katılaşması* (*ossification*) teorisine göre, kamusal yardımlardaki yüksek barajlar ve dağıtımın aşırı miktarlarla yapılması, hali hazırda iktidar ve parlamentoda bulunan partilerin durumlarının sürdürülmesinde önemli bir rol oynamaktadır[25]. Benzer iddia Katz ve Mair'in *kartel parti* (*cartel party*) teorisinde de mevcuttur. Buna göre kamusal yardımlar, sistemi kontrol eden ve üyeleriyle bağları zayıflayan iktidar ve muhalefet partilerinin hayatta kalabilmeleri ve mevcut durumlarını sürdürebilmeleri için işbirliği içinde manipüle edebildikleri bir enstrüman görevi yürütmektedir[26].

Bu iddiaların aksi yönünde bulgulara erişen ampirik çalışmalar bulunsa da[27], bu çalışmaların neredeyse hiçbiri sisteme bir şekilde dışarıdan dahil olabilmiş yeni ve küçük siyasi partilerin yardımlar dolayısıyla daha eşit koşullarda yarışabildiklerini ve bu sayede Paltiel'in katılaşan parti sistemi ya da Katz ve Mair'in kartel parti teorilerini yanlışladıklarını ileri sürememişlerdir. Söz konusu teorileri yanlışlayan bu çalışmalar, hazine yardımlarından faydalanmamalarına rağmen dışarıdaki partilerin sisteme girmeyi başarabildikleri şeklinde de anlaşılmaya uygundurlar. Kamusal yardımlara rağmen gerçekleşen bu başarılar söz konusu teorileri çürütebilir, ama bu daha eşitlikçi bir düzlemde yarışın yapıldığı anlamına gelmez. Kanaatimizce kamusal yardımlar gerçekten finansal güç bağlamında bütünüyle sadece dezavantajlı gruplara aktarılsa dahi; bu grupların, kendi öz finansal kaynaklarıyla en

---

[25] PALTIEL Khayyam, 'Campaign Finance: Contrasting Practices and Reforms', **Democracy at the Polls**, in Butler David / Penniman Howard / Ranney Austin (eds.), American Enterprise Institute, Washington DC, 1981, s. 170.

[26] KATZ / MAIR.

[27] MENDILOW Jonathan, "Public Party Funding and Party Transformation in Multiparty Systems", **Comparative Political Studies**, Vol. 25 (1), 1992, ss. 90-117; KITSCHELT Herbert, "Citizens, politicians, and party cartelization: Political representation and state failure in post-industrial democracies", **European Journal of Political Research**, Vol. 37 (2), 2000, ss. 149-179; ROPER Steven D., "The Influence of Romanian Campaign Finance Laws on Party System Development and Corruption", **Party Politics**, Vol. 8 (2), 2002, ss. 175-192; DETTERBECK Klaus, "Cartel Parties in Western Europe?", **Party Politics**, Vol. 11 (2), 2005, ss. 173-191; van BIEZEN Ingrid / RASHKOVA Ekaterina R., "Deterring new party entry? The impact of state regulation on the permeability of party systems", **Party Politics**, Vol. 20 (6), ss. 890-903.

avantajlı grupta yer alanlarla mutlak eşitliğe eriştirilmesi devletler açısından çok maliyetli ve belki de beyhude bir çaba olabilir.

Fırsat eşitliğinin sağlanmasında ikinci yöntem olarak belirlediğimiz sınırlama yönteminde ise eşitliği, doğrudan varlıklı olan parti, aday ya da üçüncü kişilerin harcama kapasitelerini sınırlandırarak ve aslında sınırlanan bu kapasitelerin sınırlanmama halinde yararlanabileceği ifade alanlarını daraltarak sağlamış olacaktır. Yani servet farkının bir kesim elinde siyasi avantaja dönüşmemesi uğruna eldeki imkânların (fazladan zenginliğin) ifade özgürlüğüne dönüşmesinin kısıtlanması sonucu ile karşı karşıya gelinecektir. Bu yöntemle de harcama sınırlandırmaları örtüşmektedir[28]. İşte çalışmamızın konusu bu ikinci yöntemin içerdiği eşitlik ve özgürlük arasındaki normatif gerilimdir. Takip eden bölümde öncelikle karşılaştırmalı olarak dünya genelinde bu yöntemin yaygınlığı incelenecektir.

III. KARŞILAŞTIRMALI YASAL DURUM

Harcama sınırlamalarının anayasal düzlemde ortaya çıkardığı gerilim bir kenara, günümüzde pek çok ülke siyasi partiler ile sermaye odakları arasına mesafe koymak ve farklı siyasi güçlerin fırsat eşitliğini sağlamak amaçlarıyla seçim harcamalarını sınırlandırmaktadır[29]. Seçim harcamalarını sınırlandıran ülkelerin bir kısmı parti ve adayların her ikisinin harcamalarını sınırlandırırken, bazılarının sadece parti veya sadece adayların harcamalarını sınırlandırma yoluna gittiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Kanada, Brezilya, Birleşik Krallık ve İtalya gibi kimi ülkeler parti ve adayları birlikte sınırlandırırken; Fransa, Japonya, İrlanda ve Hindistan sadece aday harcamalarını, İspanya ise sadece parti harcamalarını sınırlandıran ülkeler arasında öne çıkmaktadır[30].

Bu çalışma kapsamında ulaşılan ülkelerin yasal düzenlemelerinden yola çıkılarak, harcama sınırları siyasi partiler için parlamento seçimlerinde, örnek ola-

---

[28] Gerek kamusal yardımlar gerekse seçim harcamalarına getirilen sınırlandırmalarda diğer bir yasama amacı çalışmanın giriş bölümünde de değinildiği üzere yolsuzluk ve ekonomik güç odaklarının siyasi kararların alınmasındaki baskı güçlerini önlemektir. Bu amaç çalışmamızın konu edindiği tartışmanın dışında kalmaktadır.

[29] PINTO-DUSCHINSKY Michael / POSTNIKOV Alexander, "Campaign Finance in Foreign Countries: Legal Regulation and Political Practices (A Comparatıve Legal Survey and Analysis)", **International Foundation for Electoral Systems**, 1999, ss. 1-14. https://www.ifes.org/sites/default/files/campaign_finance.pdf (Erişim Tarihi: 06.04.2022), s. 11-12; van BIEZEN, s. 29-30.

[30] *ACe the Electoral Knowledge Network,* https://aceproject.org/main/english/pc/pce05.htm (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

rak, Avusturya'da 7 milyon Euro (*Bundesgesetz über die Finanzierung politischer Parteien-Parteiengesetz 2012, Part G, Abschnitt 2*)[31], Belçika'da 1 milyon Euro (*Loi relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales, Article 2*)[32], İtalya'da ilgili seçim çevresi özelinde yaşayan vatandaş sayısınca 1 Euro (*Legge No 515, Articolo 10*)[33], Slovakya'da 3 milyon Euro (*Zákon o volebnej kampani, Članak I, §3*)[34] ve Birleşik Krallık'ta partinin aday gösterdiği her bir seçim bölgesi sayısınca 30 bin Sterling (*Political Parties, Elections and Referendums Act 2000, Section 79, Part 2*)[35] olduğu anlaşılmaktadır.

Aday harcamalarına sınır getiren ülkelere örnek olarak, bu sınır Belçika'da 8,700 Euro'ya ek olarak adayın yarıştığı seçim çevresinde kayıtlı her bir seçmen sayısınca 0,035 Euro[36], Bosna Hersek'te kayıtlı her bir seçmen sayısınca 5,030 KM (*Izborni zakon BiH 2001, Članak 15.10*)[37], Hırvatistan'da sabit bir miktar olarak 1,500,000 HRK (*Zakon o financiranju političkih aktivnosti, izborne promidžbe i referenduma, Članak 17*)[38], Fransa'da seçim çevresinin büyüklüğü ve seçimlerin birinci ya da ikinci turda olmasına bağlı olarak ilgili seçim çevresinde yaşayan her bir kişi sayısınca 0,53-1,68 Euro aralığında bir değer (*Code électoral, Article L52-11-1*)[39], Macaristan'da sabit bir miktar olarak 5 milyon HUF[40], Kuzey Makedonya'da

---

[31] Avusturya Federal Dijital ve Ekonomik İşler Bakanlığı resmi veri tabanı, https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007889 (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

[32] Belçika Adalet Bakanlığı resmi veri tabanı, http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1989/07/04/1989000418/justel (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

[33] İtalya Bakanlar Konseyi Başkanlığı resmi veri tabanı, https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1993;515 (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

[34] Halk için Hukuk (*Zákony pre ľudí*) portalının resmi olmayan veri tabanı https://www.zakonypreludi.sk/zz/2014-181 (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

[35] Birleşik Krallık Hükümeti'nin resmi veri tabanı, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/41/contents (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

[36] *Loi relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales*, *Article* 2. Bkz. dipnot 33.

[37] Bosna Hersek Merkez Seçim Komisyonu'nun resmi veri tabanı, https://www.izbori.ba/Documents/documents/ZAKONI/Sl_gl_BiH_23_01/IZ-Sl_gl_23-01-hrv.pdf (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

[38] *Zakon.hr* Projesi'nin resmi olmayan veri tabanı, https://zakon.hr/z/1957/Zakon-o-financiranju-politi%C4%8Dkih-aktivnosti%2C-izborne-promid%C5%BEbe-i-referenduma (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

[39] Fransa Resmi Gazetesi, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006148459/ (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

[40] Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi'nin (*OSCE, ODIHR*) 2018 tarihli Parlamento seçimleri hakkında yayımladığı gözlem raporu, https://www.osce.org/odihr/elections/hungary/385959?download=true (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

ilgili seçim çevresindeki kayıtlı seçmen sayısınca 110 Denar (*Изборен законик, статија 18*)[41] ve Birleşik Krallık 2019 seçimlerinde 8,700 Sterling'e ek olarak Borough'larda her bir kayıtlı seçmen sayısınca 6p ve County'lerde her bir kayıtlı seçmen sayısınca 9p olduğu tespit edilmiştir[42].

IDEA'nın 180 ülkeyi kapsayan veri tabanı seçim harcamalarını sınırlayan düzenlemelerin dünya genelindeki yaygınlığını daha da açıkça ve geniş bir örneklem içinde ortaya koymaktadır. Vardığımız sonuç, harcama sınırlamalarının göz ardı edilemeyecek düzeyde küresel bir meseleye evirildiğidir. Buna göre, dünya genelindeki ülkelerin %36.1'i ve Avrupa kıtasındaki ülkelerin %45.5'i siyasi partilerin kampanya dönemlerinde yapacakları harcamaları sınırlandırma yoluna gitmiştir. Daha çarpıcı bir bulgu ise adaylara dönük özel düzenlemelerde ortaya çıkmaktadır. Örneklemdeki ülkelerin yaklaşık yarısı (%46.6) ve Avrupa ülkelerinin üçte ikisi (%65.9) adayların harcamalarını miktarsal olarak kontrol etmektedir. Bunlara ek olarak, 180 ülkenin %13.3'ünde üçüncü kişilerin[43] kampanya dönemlerinde bir parti ya da aday lehine veya aleyhine harcamalar yapması tamamen yasaklamışken, %16'sında bunlar tarafından yapılacak harcamaların sadece miktarının sınırlandığı anlaşılmaktadır[44]. Bu veri tabanında, üçüncü kişilerin harcamalarını tamamen yasaklayanlar arasında Hırvatistan, Polonya, Sırbistan, İspanya ve Portekiz gibi ülkeler; harcamanın miktarını sınırlayanlar arasında Birleşik Krallık, Çek Cumhuriyeti, Letonya ve Romanya gibi bazı ülkeler öne çıkmaktadır.

Türkiye'deki duruma dönecek olursak, kanun koyucular Cumhuriyet'in kurulmasından bu yana parti ya da aday harcamalarının miktarlarında ve daha genel olarak seçimlerin yarışma unsuruna dönük hukuki enstrümanlarda çekimser bir tutum sergilemişlerdir. 1982 Anayasası'nın 69. Maddesi'nin 11. fıkrası adayları siyasi partilerle birlikte aynı cümle içinde zikrederek

---

41 Makedonya Kamu Personeli Teşkilatı'nın resmi veri tabanı, https://www.aa.mk/WBStorage/Files/izboren_zakonik.pdf (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

42 Birleşik Krallık Seçim Komisyonu'nun resmi veri tabanı, https://www.electoralcommission.org.uk/sites/default/files/2019-11/Candidate%20Part%203%202019%20UKPGE%20GB.pdf (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

43 Üçüncü taraflardan kastedilen doğrudan seçimlerin yarışan tarafı olmayıp, partiler ya da adaylar dışında seçim propaganda faaliyetine katılan özel şahıslar ya da örgütlerdir. İngilizce akademik literatürde *third party spending, parallel campaigning, non-participant spending* ya da *independent campaigning* gibi kavramlarla da anılmaktadır.

44 HAMADA Yukihiko, Comparative Perspectives on Money in Politics: Findings of the 2018 International Idea Political Finance Database, IDEA, https://www.idea.int/news-media/news/let%E2%80%99s-talk-about-money-comparative-perspectives-political-finance-regulations.

seçim harcamaları ve usullerinin bu maddede ortaya konan esaslar çerçevesinde kanunla düzenleneceğini öngörmüşken, Türk hukukunda adayların finansal işlemleri yasa koyucular tarafından özel bir düzenlemeye tabi kılınmadığı gibi, siyasi partiler de usul (belgelendirme) kurallarına uymak kaydıyla diledikleri miktarda harcama yapabilmektedir[45].

Türkiye'de siyasi partilerin harcamalarına miktarsal olarak sınırlama getirilmemişse de, bazı tür harcamaların yapılması tümden yasaklanmıştır. Dolayısıyla niceliksel olmasa da niteliksel sınırlandırmalar mevcuttur. Örneğin Siyasi Partiler Kanunu'nun 72. maddesine göre siyasi partiler üyelerine veya diğer gerçek ve tüzel kişilere borç para veremezler. Yine 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 55/B numaralı maddesi'nin ikinci fıkrasına göre siyasî partilerin, "*vatandaşların, elektronik posta adreslerine gönderilecek mesajlarla, taşınabilir veya sabit telefonlarına sesli, görüntülü veya yazılı mesaj göndermek suretiyle*" propaganda yapması ya da aynı kanunun 57. maddesine göre; "*siyasî partiler ve adayların, bu fıkrada belirtilenler dışında herhangi bir hediye ve eşantiyon dağıtmaları, dağıttırmaları veya bunların üçüncü şahıslar ya da kurum ve kuruluşlar aracılığı ile dağıtılması*" yasaklanmış olduğundan, burada belirtilen propaganda faaliyetlerine dönük yapılacak harcama eyleminin kendisi de pek tabi olarak hukuka aykırı ve yasak kabul edilebilir.

Türk hukukunda ayrıca seçime taraf olmayan üçüncü kişilerin de partiler ve adaylar gibi istedikleri miktarda harcama yapabileceği söylenebilir. Fakat benzer şekilde seçimlerde üçüncü kişiler arasında sayılabilecek basın, medya ve araştırma kuruluşlarına ilişkin önemli bir seçim yasağı bulunmaktadır. 298 sayılı Kanun'un 55/B numaralı maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "*Oy verme gününden önceki on günlük sürede, yazılı, sözlü ve görsel basın ve yayın araçları ile kamuoyu araştırmaları, anketler, tahminler, bilgi ve iletişim telefonları yoluyla mini referandum gibi adlarla bir siyasi partinin veya adayın lehinde veya aleyhinde veya vatandaşın oyunu etkileyecek biçimde yayın yapılması ve herhangi bir surette dağıtımı yasaktır*." Söz konusu yayın ya da dağıtım faaliyeti seçim harcamasının bir türü olarak değerlendirilirse, yine yasa koyucunun bu hükümle aynı zamanda bir tür harcama yasağı ortaya koyduğu söylenebilir.

---

[45] ÇELİK Özlem, "Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir ve Giderlerinin Mali Denetimi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, 2010, s. 1341.

Bu çerçevede Türkiye'de kampanya dönemlerinde yapılan harcamalar için benimsenmiş rejimin yegâne özelliği Anayasa'nın 69. maddesinin ikinci fıkrası ve 298 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun (SPK) 70. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına aykırı olamayacağı esası ve yukarıda değinilen bazı diğer niteliksel kısıtlamalara dayanmaktadır[46]. Buradan hareketle, Türkiye'de siyasi parti, aday ya da üçüncü kişilerin seçim dönemlerinde yaptıkları harcamaların tabi olduğu hukuki rejimi üç esasla ortaya koymak istiyoruz:

Genel: Türkiye'de siyasetin finansmanı rejimi geneldir; çünkü kampanya dönemlerine özgü ayrıca sınırlandırma getiren, şeffaflığı gözeten ya da denetim mekanizmalarını sıkılaştıran özel hükümler bulunmamaktadır.

Partisel: Bu rejim partiseldir; çünkü adayların ya da üçüncü tarafların gelir ve giderleri, sınırlamalar ve denetim mekanizması dışında bırakılmıştır.

Niteliksel: Son olarak giderler (harcamalar) için öngörülen sınırlamalar niceliksel (miktarsal) olmayıp, nitelikseldir. Siyasi partiler, adaylar ve seçime taraf olmayan üçüncü kişiler diledikleri miktarlarda, sınırsızca harcama yapabilmektedirler.

O halde denilebilir ki, parti ya da adaylar arasındaki ekonomik eşitsizlik ve bunun siyasi eşitliğe dönük olası yansımaları Türk hukukunda önemli ölçüde göz ardı edilmiş bir meseledir.

IV. MÜDAHALENİN ÖZGÜNLÜĞÜ

Bu bölümde, harcama sınırlamalarındaki müdahale yönteminin özgün tarafını ele almaya çalışacağız. Giriş bölümünde seçim harcamaları için öngörülen sınırlandırmalardaki tartışmanın odak noktasını ekonomik eşitsizlik gerçeği ile siyasi eşitlik ideali arasındaki gerilime bağladık. Tartışmanın ikinci ayağını oluşturacak bu bölüm insan hakları öğretisinin ancak mağdur edici kaynak-servet yetersizliği ile mücadele ettiğini ve bu itibarla seçim harcamalarına getirilen kısıtlamaların yöntem olarak servet dağılımında üst tabakayı doğrudan hedef almakla adeta *sui generis* bir müdahale yöntemi olduğunu ortaya koymaya çalışacaktır.

---

[46] Partilerin amaçlarına uygun harcamaların neler olabileceği hakkında SPK'nın 3. maddesindeki tanımdan yola çıkılarak yorum yoluyla fikir yürütülebilse de, gelir kalemlerinin aksine giderler kanunda açıkça sayılmamıştır. Bu durum partiler için uygulamada kişisel ve parti giderlerini ayırt etmede bazen kafa karışıklığına neden olabilmekte ve mali denetim aşamasında kimi harcamaların parti amacına aykırı olduğu tespitiyle aynı miktar paranın hazineye irat kaydedilmesine neden olabilmektedir.

Öncelikle siyasi eşitlik ve siyasi ifade özgürlüğünü hemen peşin hükümle siyasi hak ve özgürlükler manzumesine dâhil etmeyip kaynak yeterliliğinin benzer şekilde etkili olduğu diğer tüm sosyo-ekonomik hakları da dikkate alarak şöyle bir soru soralım: Bugün demokrasilerin doğal seyri içerisinde servet eşitsizliğinin bu müdahale türünde olduğu gibi mutlak şekilde etkisizleştirilmesi, yani yukarıda verdiğimiz örnekte görüldüğü gibi harcanabilir 50 milyon lira içinden 49 milyon liranın kullanımının tümden yasaklanması, çağdaş devletlerin fırsat eşitsizliğine karşı geliştirdiği müdahale pratiği ile ne derece örtüşmektedir? Bu soruyu biraz daha açmakta yarar görmekteyiz.

Ekonomik zenginliğin bireyler ya da sınıflar arasındaki eşitsiz dağılımı, serbest piyasa ekonomisinin salt bir sonucu değil, belki de onun kurucu ya da destekleyici bir öğesidir[47]. Sırasıyla 100 milyon ve 100 bin liralık servetlere sahip olan A ve B şahısları, serbest piyasa ekonomisinin hakim olduğu bir düzende etle tırnak gibi sağlıkla işlevlerini yerine getiren bir sistemin uzuvları gibidirler. Öte yandan para ya da gündelik hayatta ekonomik bir değere karşılık gelen malvarlığı, sahibine söz konusu değerin elde edilmesinde başvurulan ekonomik eylemden bağımsız olarak, sosyal hayatın içinde satın alınacak bir başka zenginlik unsuru ya da harcama gücü kazandırır. Diğer bir ifadeyle ekonomik zenginlik, kazanılanın harcanıldığı ya da harcanma potansiyeli ile elde tutulduğu, böylelikle gücünü adeta ikinci kez tekrarlayan bir ekonomik eylem ve dolayısıyla etki alanı ortaya çıkarır. Para ile satın alınabilecek siyasi ifade kanallarının yaratacağı etkiyi de şimdilik bu tahlil kapsamında değerlendirmeyi öneriyoruz. Peki, serbest piyasa ekonomilerinin bir unsuru olan farklı harcama güçlerinin yine bu düzen içinde, yani zengin ile fakir arasındaki farkın teoride korunduğu bir ekonomi politik içinde varlık kazanan ya da onu bizzat tasarlayan modern hukuk sistemlerindeki karşılığı nedir?

Tartışmamızın bu noktasında bir değer yargısı ortaya koymaktan kaçınarak dikkat çekmek istediğimiz tespitimiz şudur ki, servetler arasında ortaya çıkan baş döndürücü farklar günümüze hakim insan hakları öğretisinde başlı başına ihlale konu olacak hukuksal bir sorun meydana getirmez. Bu

---

[47] ENNIS S. et al., "Inequality: A hidden cost of market power", OECD, 2017, https://www.oecd.org/daf/competition/Inequality-hidden-cost-market-power-2017.pdf (Erişim Tarihi: 18.06.2022); MANGANIELLO Fabio, "Extreme wealth inequality is inevitable in a free market: numbers can prove it, but we can fix it", 2019, https://medium.com/swlh/extreme-wealth-inequality-is-inevitable-in-a-free-market-it-can-be-numerically-proved-but-there-e1b5eada0dca (Erişim Tarihi: 18.06.2022).

tespitimizi daha anlaşılır kılmak için yukarıdaki A ve B şahıslarının varsayımsal durumları üzerinden örneklendirmemize devam edelim: Artan ilave vergilerle vatandaşlık görevini yerine getiren A'nın günün sonunda 100 milyon liralık harcanabilir servete sahip olması, 'insan onuruna uygun' yaşam sürdüğü ve temel hak ve özgürlüklerini yaşamasına engel olmadığı tespitleriyle sağlaması yapılmış harcanabilir serveti 100 bin lira olan B'nin durumu karşısında, hakkında çözüm aramayı gerektirecek bir insan hakkı sorunu ve daha özelde doğrudan hedef alınabilir bir fırsat eşitsizliği sorunu ortaya çıkarmaz.

Aralarında ideolojik ya da yöntem farklılıkları olsa da, modern demokrasilerin birçoğu özellikle 1. Dünya savaşı ve klasik liberal politikaların krize sürüklenmesi ile anayasalarıyla sosyal devlet ya da refah devletine dönüşmüşler[48] ve insan haklarına bağlılık esasları manzumesi altında ekonomik alana ilişkin belli düzeylerde müdahale kabiliyetleri geliştirmişlerdir[49]. Tan'ın da ifade ettiği gibi, en başarılı liberal pazar örneklerinden sayılabilecek ABD ya da Avrupa ülkelerinde dahi müdahaleci-karma ekonomik sistemlerin varlığı artık yadsınamaz bir gerçektir[50]. Diğer yandan, modern iktisat politikalarında özellikle 19. yüzyılın klasik liberal devlet anlayışının saf *laissez-faire* çizgisi terkedilerek kamunun piyasaya müdahalesini meşru gören 'sosyal korumacı' yaklaşımların ortaya çıkması, kanaatimizce servet eşitsizliğini başlı başına bir sorun kaynağı olarak hedef alan bir dönüşüm yaşadıkları şeklinde yorumlanamaz; yaşanan dönüşüm ve halen içinde bulunulan neo-liberal devlet anlayışı, piyasanın yıkıcı etkilerinden zarar görenlerin kamu harcamaları ile korunması[51], özünde yine serbest piyasa ekonomisinin sağlıklı ve düzenli biçimde işlemesi ve 'piyasa aksaklıklarının' giderilmesine dair makroekonomik araçları ortaya çıkarabilmiştir. Şüphesiz, Kaboğlu'nun deyimini aynen tekrarlarsak, "*devletten artık yalnızca bireylerin özgürlük alanlarına müdahaleden kaçınması değil, nitelikli bir asgari yaşam için olumlu yükümlülüklerini yerine getirmesi de bekleniyor*"[52], ancak sosyal korumacılık vazifesini üstlenen bu korumacı devletlerin ödevi son

---

48 KABOĞLU, s. 109.

49 EROL İbrahim, "Ekonomi Açısından Devlet ve Piyasa"; **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 47, S. 3, 1992, ss. 152-154, ALKIN Erdoğan, "Piyasa Ekonomisine Kamu Müdahalesi", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi**, Cilt: 3, S. 6, 2004, ss. 4-7.

50 TAN Turgut, "Anayasal Ekonomik Düzen", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 7, 1990, ss. 164.

51 POLANYI Karl, **The Great Transformation from 1920 to 1990, The Political and Economic Origins of Our Time**, 2nd Ed., Beacon Press, Boston, 2001, s.186.

52 KABOĞLU, s. 109.

tahlilde ya da en azından şimdilik yazarın seçtiği kelimelerden de anlaşıldığı gibi, nitelikli yaşamın asgari koşullarını oluşturma şeklinde formüle ediliyor. Burada 'asgari' kelimesinin altını çizmek istiyoruz. Nitekim Milletlerarası Ekonomik, Sosyal ve Ekonomik Haklar Sözleşmesi bünyesinde kabul gören devletlerin 'minimum çekirdek yükümlülük' ('*minimum core obligation*')'üne ilişkin kavramsallaştırma da aynı paradigmanın, yani *nitelikli asgari yaşam* anlayışının bir başka yansıması olarak okunabilir[53].

Klasik liberal devletin sosyal liberal devlete evirilmesinde eşitlik kavramının payına düşeni ifade etmeye çalışırsak, kanaatimizce buradan eşitliğin hesabına kaydedilecek kazanım servetlerin birbirine yaklaştırılması şeklinde değil, olsa olsa zenginle fakirin insan onuruna yaraşır 'asgari' bir hayatın yaşanmasındaki, yani en alt tabakadakiler için geliştirilen ya da üzerine çeşitli açılımlar getirilecek minimum bir eşiğin üstüne çıkarılmakla elde edilecek prototip bir hayatın ve onun standartlarının sürdürülmesinde olan paydaşlıktır. Bu paydaşlığın sacayağını zenginin satın alabildiği daha üstün ya da nitelikli yaşam değil, yoksulun devletin sosyal ve ekonomik alandaki müdahaleleriyle iyileştirilecek yaşamı oluşturmaktadır. Hiçbir modern piyasa ekonomisi son kertede bireysel olarak B ile mutlak eşitlik sağlanması adına A'nın 'fazlalık' olan servetini seçim harcamalarının sınırlandırılmasında görüldüğü gibi tümden ortadan kaldıran ya da etkisizleştiren doğrudan müdahaleler öngörmez. Sosyal bir devletin bu pazar ekonomisindeki müdahaleleri, dolaylı enstrümanlar aracılığıyla A'dan biraz alıp B'ye aktarıyor olabilir (örnek olarak zenginlerden alınan fazladan vergilerle yetersiz kaynaklara sahip parti ya da adaylara kamusal yardım yapıldığı bir durumda), ama bu aktarım günün sonunda A'nın fazlalık olan servetinin cüz'i bir kısmına karşılık gelir ve geriye kalan devasa fark A'nın B karşısındaki ezici ekonomik üstünlüğünü devam ettirmek için yine yeterlidir. Görüşümüzce hepsinden sonra hala fırsat eşitliğine dönük bir müdahale beklentisi oluşuyorsa, buradaki sorunsallaştırmanın dili ya da modern devlet açısından ger-

---

[53] General Comment No 3, The Nature of States Parties' Obligations, Committee of Economic, Social and Cultural Rights, 1990, https://www.refworld.org/pdfid/4538838e10.pdf (Erişim Tarihi: 18.05.2022): *"On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant."* (Paragraf 10).

çekleştirilmek istenen amaç yine A'nın fazlalığı değil, B'nin eksikliği üzerinden formüle edilmeye devam edecektir.

Böyle bir ekonomik eşitsizlik, söz gelimi sosyal bir devlet olduğu ifade edilen Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasasından hareketle; özel teşebbüslerin[54], işçilerin[55] ve tüketicilerin[56] korunduğu, tekelleşme ve kartelleşmenin önlendiği[57], özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine uygun yürütüldüğü[58], enflasyonist uygulamaların gerekli düzeyde sınırlandırıldığı[59] bir devlet pratiğinde adeta bir doğa yasası gibi kabul görebilecek bir olgudur. Yani ekonomik alanın alt kümeleri-işçiler, tüketiciler, sermaye sahipleri, vs., son tahlilde yine oldukları kümeler altında tanımlanıp korunmaya çalışılmaktadır. Şimdilik bu sınıfların en azından çağdaş demokrasiler düzeninde yok edilerek aralarında mutlak eşitliğin tesis edilmesi, eklemlendiği sistemi ya da bütünü inkâr eden bir ideal meydana getirir. Böylece iki yurttaşının servetleri arasındaki farkın 1000 kat olduğu (A ve B farkı) bir devletin insan hakları ve sosyal refah alanındaki başarı karnesi, pekâlâ günümüz yaklaşımlarıyla en üst dereceyle sınıfını geçip, pekişmiş ve hatta sosyal refahı önceleyen, model nitelikte sınıflandırılacak demokrasiler arasında yer edinebilecektir. Nitekim bu unsurlarıyla piyasa ekonomisinin görece en ideal formuna ulaştığı varsayılan birçok Avrupa ve Transatlantik vakalar, bize servet farkı ile insan hakları ve sosyal refah başarılarının tutarlı bir diskur içinde resmedilebildiği ya da en azından aralarında tezat bir bağıntının akla getirilmediği örnekler olarak sunulmaktadır.

Bu tartışmayla şuraya varmak istiyoruz: Öyleyse çağın hukuku ve daha özelde neo-liberal demokrasilerin temel insan hakları öğretisi, fırsat eşitsizliği çerçevesinde hareket alanı olarak kendisine prensipte servetin sunduğu fazladan fırsatları değil, yoksulluğun yani servet dağılımının en alt tabakasında yaşanan mağdur edici eşitsizliği seçmiştir. Örneğimiz üzerinden düşünmeye devam edersek, 100 milyon lirası olan A'nın 100 bin lirası olan B'den bu nispette daha lüks bir konutta ikamet etmesi ya da bir restoranda yemek yemesi veya çocuğuna onunkinden çok daha pahalı bir eğitim hizme-

---

54 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Any), Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, Resmi Gazete Numarası: 17863 (Mükerrer), 48. md.

55 Any 49-55. md.

56 Any 172. md.

57 Any 167/1. md.

58 Any 48/2. md.

59 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu, 4. md.

ti satın alması; B'ye ya da onunla birlikte yaşayan kişilere karşı yaşam, konut, gıda ve eğitim haklarından doğan (minimum) pozitif devlet yükümlülüklerinin yerine gelmiş olması koşuluyla, modern insan hakları öğretisi için şimdilik müdahale edilebilir bir sorun olarak tanımlanmaz.

Yani günümüze hâkim insan hakları öğretisinin fırsat eşitliği bağlamında kural olarak devlete yüklediği sorumluluklar, ilk elden yoksulun yaşam standartlarının insan onuruna yaraşır düzeye yükseltmek ve toplumdaki güçsüz grupları korumak üzerine formüle edilmiş gibi görünmektedir. İki servet arasındaki fark bakımından, önceki hale kıyasla ekonomik dengeye ya da eşitliğe yaklaştıracak devlet müdahalesi, söz gelimi, A'nın gıda hakkının kullanımının en nitelikli formu olarak lüks bir restorandan faydalanma olanağını ya da bunun için yapacağı harcamayı kısıtlamak değil, B'nin gerekli miktarda ve temel besin değerlerini karşılayan gıda ihtiyacını karşılayabilmesine yardımcı olmaktır. İhtiyacın karşılanması ya da asgari insan onuruna yaraşır hayat koşullarının oluşturulması ödevi, ikinci bölümde ortaya koyduğumuz eşitliğin tesisine dönük düzeltici ve sınırlandırıcı müdahale türleri arasından ilkine karşılık gelir. Bu karşılama neticesinde ortaya çıkacak yeni hal, A ile B arasındaki 1000 katlık servet farkının veya bu farkın gündelik yaşamda birincisi lehinde hak ve özgürlüklerin kullanımına ilişkin meydana getireceği avantajların ortadan kaldırılmasında söze bile almayı gerektirmeyecek nispette önemsiz bir değişime karşılık gelmiş olacaktır. Bir sonraki bölümde üzerinde düşünmek istediğimiz soru şudur: Peki seçim harcamalarında fazladan olan bu servetin bu kadar keskin ve doğrudan hedef alınır bir biçimde etkisizleştirilmesinin ve nihai olarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının anlaşılır gerekçesi nedir?

V. NEDEN SINIRLANDIRMA?

Ekonomik zenginlik ile demokratik siyasi kurumlar arasındaki ilişki karmaşık bir yapıya sahiptir. Siyasi kurumlar genel hatlarıyla ekonomik kaynakların dağılımı ve vergilendirmeye ilişkin politikaları belirleme yetkisiyle donatılmışken, aynı zamanda ekonomik kaynaklar bu kurumların takip edeceği politikaları şekillendirebilir. Fakat demokratik bir toplumun tanımlayıcı özellikleri arasında bireylerin özgür olması (buna ifade özgürlüğü de dâhil) kadar, siyasi alandaki eylemlerinin karar mekanizmaları ile ilişkisi olmayan ekonomik üstünlükler ya da farklar sayesinde farklı etkilere açık olmaması da bulunmaktadır. Söz gelimi yerel bir bölgenin kat-imar düzenlemesi, kürtajın yasal kılınması, seçim sisteminin değiştirilmesi, ülkede zo-

runlu eğitimin olup olmayacağı, sığınmacılar hakkında geliştirilecek politikalar, belediye başkanı ya da cumhurbaşkanının seçimi ve hatta ekonomi alanında geliştirilen, örneğin kamulaştırma, vergilendirme, yatırım vb. hususlardaki politikalarda, A'nın B'den 99 milyon 900 bin liralık fazladan servete sahip olması, ona bu politikalarda peşinen daha fazla söz ya da oy hakkı sunmaz. Alınacak bir karar veya geçirilecek bir yasadan A'nın servetinin daha fazla etkiye açık olması durumu müzakere sürecinde göz ardı edilmeyecek bir nokta olabilir, ancak bu A'ya sırf bu nedenden ötürü düşünce çeşitliliğini bastıracak düzeyde ve kontrolsüzce süreci yönlendirme hakkı vermez.

Demokrasilerde bağlayıcı kararların alınabilmesinin meşruiyeti, bireylerin bu alanda uygulanan normların şekillenmesi süreçlerine eşit fırsatlarla etkide bulunabilmesi ile açıklanabilir[60]. Müzakereci süreçler, kamu gücünün refaha ve toplumsal yarara dönüşmesinde yine kamusal aklın herkes tarafından ortaya konacak talepler, itirazlar ya da gerekçeler çerçevesinde yürütülmesini gerekli kılar. Yani demokrasi sadece yerleşik fikir ya da tercihleri belli bir matematiksel formül altında toplayıp çıkararak bir sonuç ortaya çıkarmaktan öte, bizatihi bu tercihlerin oluşması, farkına varılması, hatta oluşmuşların değişmesi süreçlerini kapsayan ve en nihayeti farklılıkların karşılıklı anlayış ve empatiyle tanındığı süreçsel bir idealdir[61]. Bu da kamusal aklın tabanını oluşturan yurttaşların daha fazla sayıda eşit fırsatlarla süreç içinde var olmasıyla benzer oranda realize edilmiş olacaktır.

Amerikan siyaset felsefeci Cohen bu tartışmaya siyasi eşitlik kavramı için ileri sürdüğü 'eşit katılım hakları' ve 'eşit sayılan oylar' unsurları yanında üçüncü bir unsur olan, kolektif karar alma süreçlerine etkide bulunmada eşit fırsatlara ('*equal opportunities for effective political influence'*) sahip olma unsuru başlığı altında dahil olmaktadır. Cohen'e göre ekonomik güç, hakkında karara varılacak mesele ya da toplumsal yararın konusu için ilgisiz bir değer olduğundan, bunun sürece etkide bulunması da yersiz olacaktır. Düşünüre göre bağlayıcı kararların alındığı bir alanda ulaşılmak istenen ideal pozisyon 'aktif yurttaşlıktır' (*active citizen*) ve bu alanda kim aktif bir yurttaş olarak katılma motivasyonuna sahipse o kişi süreci etkilemede

---

60 COHEN Joshua, "Money, Politics, Political Equality", **Fact and Value: Essays on Ethics and Metaphysics for Judith Jarvis Thomson**, in Byrne, R. Stalnaker / R. Wedgwood (eds.), The MIT Press, Cambridge, MA and London, 2001, s. 50.

61 KYMLICKA Will, **Contemporary Political Philosophy: an Introduction**, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 291-292.

benzer motivasyondaki kişilerle aynı şansa sahip olmalıdır[62]. Siyasal alandaki fırsat eşitliğinin bu yorumu, ekonomik statüyü seçim sürecinin etkileyici faktörlerinden olmayı dışlamayı ve dolayısıyla bunun bir gereği olarak devletlerin siyasetin finansmanında özel bir rejime başvurmalarını gerekli kılmaktadır. Geddis'in ifadeleriyle;

> "Ekonomik gücün siyasi güce dönüşmesine karşı mücadele etmek için, devlet ne kadar paranın kim tarafından ve hangi yöntemle ifade süresini satın alabileceğini düzenleyen kurallar oluşturmalıdır."[63]

Buna yakın düşüncede olan ve kampanya finansmanında eşitlikçi kaygılarla devlet müdahalesinin gerektiğini savunan çeşitli düşünürlerin bulunduğu söylenebilir. Bunlar arasında öne çıkanlardan biri de John Rawls ve onun insanların hem özgürlüğüne hem de eşitliğine yer vererek geliştirdiği adalet teorisidir[64]. Rawls'un var oluşa dayanan eşitlik iddiası aslında onun toplumsal sözleşme teorisinin de bir kısmını oluşturmaktadır. Rawls'un eşitlik anlayışı, toplum yönetiminin şekline yansımaları olan toplumsal işbirliğine çeki düzen vermektedir. Buna göre bireyler, devlet yönetimine katılmak için özgürlüklerini kullanırlarken eşit fırsatlara sahip olmalıdırlar. Bu eşit fırsatlara sahip olma gerekliliğinin pratikteki en somut örnekleri 'bir kişi-bir oy' ilkesi veya nüfuza göre birbirine denk seçim çevrelerinin oluşturulmasıdır. Rawls'a göre fırsat eşitliği ilkesi, bireylerin istediği kadar kendini ifade edebilme olanağına sahip olmasını değil, her bir bireyin siyasi sürece katılma ve etkileyebilme imkânlarını hesaba almayı gerektirir. Ona göre siyasal sürece katılımda fırsat eşitliğinin sağlanmasının en temel engellerinden birisi de zenginliktir:

> "Katılım prensibince korunan özgürlükler, ne zaman ki daha büyük özel araçlara sahip olanların bunları kamusal tartışma seyrini kontrol etme avantajıyla kullanabilmelerine izin verilirse değerlerini yitirirler. Sonuçta bu eşitsizlikler onları, yasamanın geliştirilmesinde daha büyük bir etkiyi kullanmaya olanaklı kılacaktır."[65]

---

62 COHEN, s. 50.

63 GEDDIS Andrew, "Democratic Visions and Third-Party Independent Expenditures: A Comparative View", **Tulane Journal of International and Comparative Law**, Vol. 9 (5), 2001b, s. 20.

64 RAWLS John, **A Theory of Justice, Clarendon Pres**, Oxford, 1972, s. 13.

65 RAWLS, 1972, s. 225.

Rawls '*Siyasal Liberalizm*' isimli eserinde ABD Anayasası Ek 1. maddesi kapsamında ifade özgürlüğünü sınırlayan kampanya finansmanına ilişkin düzenlemeler hakkında daha aydınlatıcı görüşler ortaya koymuştur[66]. Düşünüre göre seçim yasaları, "eşit siyasi özgürlüklerin değerinin muhafaza edildiği adil siyasi prosedürü tesis etmesi gerekir"[67]. Dolayısıyla seçimlerin sonucunu belirlemede ekonomik zenginliğin etkisinin en aza indirildiği ve her yurttaşın eşit kabiliyete sahip olduğu bir yarış ortamının gerekliliğinden bahsedilebilir. Bu çerçevede Rawls devletin eşitsizliğe müdahalesinden yana bir duruş sergilemektedir.

O halde ifade özgürlüğünün sağladığı koruma, servet dağılımı bakımından avantajlı olanların düşüncelerini seçim kampanyalarında daha baskın ifade etmelerinin güvencesi haline gelebilecekken, kaynaklardan yoksun diğer görüşlerin seslerinin dolaylı olarak daha az duyulmasına neden olarak hem süreç içinde hem de seçim sonuçlarına muhtemel etkisiyle siyasi eşitsizliğin kaynağı olabilecektir. Rowbottom'un ifadeleriyle,

> "Endişe ifade özgürlüğünün siyasi eşitliği engelleyen bir bariyer olarak ve daha fazla zenginliğe sahip olanların daha fazla konuşmasının güvencesi olarak kullanılabilmesidir."[68]

Diğer bir deyişle, madalyonun bu yüzünde özgürlük eşitliğin değil, eşitsizliğin zeminini oluşturma ve seçeneklerden bir kısmının etkin şekilde seçicilerle buluşmasına perde olma konumundadır. O halde denilebilir ki, ifade özgürlüğü ve siyasi eşitlik koşullu yorumlarıyla kural olarak birbirini tamamlayan, ancak birinin sınırsız yorumlanmasıyla diğeri açısından tahrip edici sonuçlar doğabilen, aynı idealin (demokrasi) iki kurucu bileşenidir.

İfade özgürlüğünün kolektivist savunusu da siyasi eşitlik ideali altında böyle bir devlet müdahalesine meşru kapı aralayabilmektedir. İfade özgürlüğünün kolektivist savunusundan kastedilen bu özgürlüğün kullanımından umulan yararın-*telos* bir bütün olarak topluma dönük yansımalarıyla açıklanması eğilimidir. İfade özgürlüğü değerlidir, çünkü bu özgürlük sayesinde bireyler bilgiye ve farklı görüşlere erişir. Böylece siyasi süreçler sonunda daha iyi ve mantıklı kararlar alınır. İfade özgürlüğünün düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi de nitekim bilgi edinme hakkını

---

66 RAWLS John, **Political Liberalism**, Columbia University Press, New York, 1993.

67 RAWLS, 1993, s. 357.

68 ROWBOTTOM, s. 34.

bu özgürlüğün bir parçası olarak kabul etmiştir[69]. İfade özgürlüğü bu yorumuyla aslında araçsal-*enstrümantal* bir argümanın konusu olmaktadır. Özgürlüğe böyle bir işlev bir kere yüklendiğinde ise sınırlandırma ya da müdahale, onun bireyselci müdafaasına kıyasla daha az zahmetle gerekçelendirilebilir.

Bu yaklaşım Alexander Meiklejohn ile özdeşleşmiş olsa da ifade özgürlüğüne ilişkin ilk felsefi savunulardan birini ortaya koyan John Stuart Mill'in 'Hürriyet Üstüne' eserindeki görüşlerinde de aslında toplum yararına dönük benzer bir argümantasyonla karşılaşmaktayız[70]. İfade özgürlüğünü 'farklı görüşlerin çarpışması' ('*the collusion of adverse opinions*') yoluyla hakikatin keşfedilmesinde ('*the truth'*) bir araç olarak gören Mill[71], kanaatimizce aslında hem bireysel hem kolektif yararın gerçekleşmesine dönük faydacı bir duruş ortaya koyuyordu[72]. Mill insan aklının ürünü olan her türlü düşüncenin sınırsızca ifade edilmesinde ilerleme ('*the progress of human affairs'*)[73] adına bir gereklilik olduğunu savunurken, faydacı temelde bu özgürlüğün araçsal rolü üzerinde durmuştur[74]. Ya da ifadenin sınırlandırılması halinde öngördüğü sonuçta da karşı tezini yine aynı argümantasyon üzerinden formüle etmiştir:

> "Ama bir düşüncenin dile getirilmesinin engellenmesinin özel kötülüğü, bunun insan ırkını yoksun bırakıyor olmasıdır; hem var olan nesli hem de gelecek nesilleri, bu düşünceden ayrılanları, hem de bu düşünceyi benimseyenlerden daha çok."[75]

Burada şu notu kaydetmekte yarar var: Her ne kadar toplumsal yarar odaklı savunu devlet müdahalesine daha kolaycı bir meşru zemin oluşturuyor gibi belirse de, aynı araçsalcı yaklaşımın özgürlüğe müdahaleye karşı olan-*laissez-faire* bir tutum altında da kullanılmaya uygun olduğunu görüyoruz. Nitekim Mill'in hakikatin keşfi sürecinde doğru olarak bilinen düşünce-

---

69 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de çeşitli kararlarında bilgi ve düşünceyi yaymasıyla medyanın oynadığı rolün altını çizmektedir. Örnek olarak bkz. The European Court of Human Rights, *Lingens v. Austria*, Application no. 9815/82, 8 Temmuz 1986, paragraf 42.

70 MILL John Stuart, **On Liberty** [1859], Oxford University Press, Oxford, 1998.

71 Gerçeklik argümanının bir eleştirisi için bkz. ARSLAN Zühtü, **Anayasa Teorisi**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2008, ss. 170-171.

72 MILL, s. 59.

73 MILL, s. 6.

74 ARSLAN, s. 168.

75 MILL, ss. 29-30.

nin yanılabilir ya da yanılsanabilir olabileceği ve bunun da prensipte devlet müdahalesinden kaçınılarak gerçekleşebileceği tartışması daha sonraları ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında da yer bulacak olan '*fikirlerin pazar yeri*' ('*marketplace of ideas*') görüşünün temelini oluşturmuştur[76]. Burada da yine bir 'hakikat peşinde' olma ya da en iyi düşünceyi ortaya çıkarma diskuru yürütülmekte ve bu 'hakikatin' en doğru şekilde ancak piyasa rekabeti içinde yarışarak kendini kabul ettirebileceği ileri sürülmektedir. Yargıç Holmes'un muhalif olarak *Abrams v. United States* kararında sarf ettiği "*hakikatin en iyi testi düşüncenin pazar rekabetinde kendini kabul ettirmesi gücüdür*" deyimi bu yaklaşımın ilk örneklerinden biri olarak gösterilebilir[77].

Nasıl ki malların ve hizmetlerin serbest piyasa ekonomisinde serbestçe dolaşıp kendi talebini ortaya çıkarmasından bahsedilebilir, 'pazar yeri' doktrinine göre de devlet ifade özgürlüğüne müdahale etmeyerek aslında bireylerin bir müşteri ya da tüketici gibi özgür iradeleriyle düşünceler arasında tercih yapabilmesinin ve böylece arzulanan adil yarışın ortaya çıkmasının yolunu açar. Ne var ki bu tez, bir düşüncenin piyasa (bireyler) tarafından manipüle edici[78] -zenginliğin eşitsiz dağlımı gibi- dışsal faktörlerin etkisini göz ardı etmesiyle eleştiriye tabi tutulabilir. Nitekim eğer demokrasi aynı zamanda yerleşik siyasi yapıya muhalefet edebilmekse ve bu yerleşik yapı diğer yandan 'pazar yeri' anlayışı çerçevesinde nihai tercih-'talep' edilenin kendisi olarak da ortaya atılabilirse, o halde ortaya paradoksal bir sistem yorumu çıkar. Nitekim bu soruna işaret eden Ingber şunu ifade etmiştir:

"Sofistike iletişim teknolojisi ve kaynak ve yeteneklerin eşitsiz dağılımından etkilenen karmaşık toplumumuzda, pazaryerinin kaçınılmaz yanlılığı yerleşik güç yapılarını ve ideolojilerine güç verir... İfadenin korunması tek başına yeni düşüncelerin, algıların ve değerlerin gelişebildiği bir ortam garantilemez. Bakış açılarının çeşitliliği önce sosyal deneyim ve fırsatların çeşitliliğini gerektirir. Sonuç olarak, onu kuşatan diskura rağmen, ifade öz-

---

76 ŞAHİN Kemal, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 238.

77 The United States Supreme Court, Abrams v. United States, No. 316, 10 Kasım 1919, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep250/usrep250616/usrep250616.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2022), s. 630.

78 INGBER bunu koşullandırılmış tercih (preconditioned tercih) olarak ifade etmektedir. INGBER Stanley, "The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth", **Duke Law Journal**, Vol. 1984 (1), ss. 31.

gürlüğü kendi başına farklı ve interaktif düşüncelerin pazar yerini temin edemez.”[79]

Günün sonunda ‘pazar yeri’ doktrininin beklentisi müdahalesizliktir ve bu beklenti çeşitli düşünürler tarafından eleştirilmiştir[80]. Örneğin 1960 yılında kaleme aldığı ‘Siyasi Özgürlük: Halkın Anayasal Yetkileri’ eserinde Meiklejohn da ifade özgürlüğünü muhataplarının kolektif meselelerde bilinçli kararlar verebilmeleri ve bilgi çeşitliliğine ulaşmaları faydalarıyla açıklama yolunu seçmiştir[81]. Bireylere konuşma ve bilgiyi yayma hakkı tanınarak daha doğru kararlar ve mantıklı sonuçlar elde edilebilir. Bu itibarla ifade özgürlüğünün korunma altına alındığı ABD Anayasası’nın Ek 1. maddesi’nin bireyselci yorumuna sert bir şekilde karşı çıkan Meiklejohn, bu hükmün aslında “*siyasi topluluğun üyelerinin ortak ihtiyaçlarını*” karşılamaya dönük olduğunu savunmaktadır[82]: “*Gerekli olan herkesin konuşması değil, fakat söylenmeye değer her şeyin söylenmesidir*”[83].

Meiklejohn için ifade özgürlüğü topluluk halinde düşünüp, genel için en yararlı karara ulaşmanın aracıdır. Düşünüre göre bu özgürlük “*Hyde Park*”takine benzer bir “*düzenlenmemiş çenebazlık*” değildir. İfade eylemini devletin moderatörlük yaptığı bir ‘şehir buluşması’ benzetmesi üzerinden tasvir eden düşünür, bunu “*bir grup özgür ve eşit adamların halka açık bir girişimde birleştiği ve bu girişimin sorumlu ve düzenlenmiş tartışma için kullanıldığı”* bir toplantı olarak tarif eder[84]. Meiklejohn’un ‘şehir toplantısı’ benzetmesi, düşüncenin dile getirilmesinin araçsal düzlemde haklılaştırılması üzerinden şekillenmiştir. Buradaki araçsallık, toplantının asıl amacı olan belirli ve önemli sosyal meselelerin halline dönük ifadenin işlevselliğidir. Öyleyse bu amacın başarılabilmesi için onun belirli kurallar ile bir düzene oturtulması anayasal olarak gereklidir. Ona göre toplantının etkinliği katılımcıların fikirlerini dile getirmesi ile değil, kamusal karar alma sürecinin ondan umulduğu toplumsal yarar kadar başarıyla yürütülmesi ile orantılıdır. Bu çerçevede bireyin özgürlüğü onun kendini gerçekleştirmesi için değil,

---

79 INGBER, s. 86.

80 BAKER Edwin, **Media, Markets and Democracy**, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, ss. 71-3. INGBER, s. 47.

81 MEIKLEJOHN Alexander, **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, Harper & Brothers Publishers, New York, 1948.

82 MEIKLEJOHN, s. 55.

83 MEIKLEJOHN, s. 25.

84 MEIKLEJOHN, ss. 24-25.

fakat siyasi sürece olan katkısı ile kıymetli bir değer olarak ele alınabilir. Demokrasi pratiğini devasa bir şehir toplantısına benzeten düşünür, bu itibarla ifade özgürlüğü ve birey özerkliğini 'bilge kararların oylaması' (*the voting of wise decisions*) sürecine olan katkısıyla araçsallaştırmaktadır[85].

İfade özgürlüğüne kolektivist savunu ortaya koyan yazarlara bir diğer örnek olarak Profesör Owen Fiss gösterilebilir. Fiss, ABD Yüksek Mahkemesi'nin bireysel özerklik argümanı üzerinde formüle ettiği "İfade Özgürlüğü Geleneği"ni kamusal tartışmaya dönük katkıyı gözardı etmesiyle yetersiz bulmuştur. Düşünür çok açık bir dille özgür ifadenin asli amacını kişinin kendini gerçekleştirmesi değil, demokrasiyi koruması ve yüceltmesi, halkın halk olarak nasıl bir hayat yaşamak istediğinin kararını vermek açısından bir olanak bahşetmesi yararıyla açıklamıştır:

> "... Bütüne bakıldığında kamusal tartışmayı zenginleştiriyor mu? İfade bunu yaptığında (ve sadece bunu yaptığında) korunur ve tam olarak bunu yaptığı için, bir özerklik eylemi olduğu için değil. Aslında özerklik hiçbir şey getirmez ve eğer gerekirse, kamusal tartışmanın doğru kolektif kader tayinine imkan verecek kadar yeterince zengin olunduğundan emin olunursa, kendisinden ödün verilmesi gerekebilir."[86]

İfade özgürlüğünün seçimlerde oynayacağı rol Fiss'e göre, "halkın tüm seçeneklerden haberdar ve bütün gerekli bilgiye sahip olarak akıllıca ve serbestçe oy kullanmasına" olanak sağlamalıdır.

Kısaca, seçim dönemlerinde yapılan yüksek harcamalar ifade özgürlüğünü etkin kılabildiği kadar seçimlerin yarışmacılık unsurunu zayıflatma riskini beraberinde getirecektir. Kuşkusuz ifade özgürlüğünün kullanılmasına dönük her bir harcama, demokrasinin işlemesi için merkezi bir öneme sahiptir. Sınırlandırılmamış ifade özgürlüğü bilginin transferine ve dolayısıyla bireylerin önemli toplumsal sorunlarda bilgiye dayanan görüşlere ulaşmasına olanak sağlayarak, bireylerin seçimler etrafında politik müzakereye aktif şekilde katılmalarını mümkün kılacaktır. Fakat kuşatıcı ekonomik eşitsizlik, zenginliğe sahip olanlara siyasal alanda eşit olmayan miktarda güç bahşederek ve yönetimin eşitlikçi demokratik düzenini saptırarak veya zayıflatarak, onlara daha fazla siyasi söz hakkı vermesi endişesini de akıllara

---

85 MEIKLEJOHN, s. 25.

86 FISS Owen M., "Free Speech and Social Structure", **Iowa Law Review**, Vol. 71, 1986, s. 1411.

getirmelidir. Fazla söz hakkına sahip olmanın toplumsal yarar anlamında ortaya çıkaracağı tehlike şudur: Zengin için en yararlı veya avantajlı olan her durumda toplumun geri kalanı için de aynı düzeyde yarar getirmeyebilir[87].

VI. DENGELEYİCİ YAKLAŞIM: AİHM ve Bowman v. Birleşik Krallık Kararı

Seçimlerdeki harcamalara sınırlama getiren ulusal düzenlemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Sözleşmenin 10. maddesinin konusu olan ifade özgürlüğü ile 1 no'lu Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen serbest seçim hakkı ışığında ele alınmaktadır[88]. Sözleşmenin gerek 10. maddesi gerekse 1 no'lu Protokol'ün 3. maddesi söz konusu haklara mutlak, sınırlandırılamaz bir nitelik yüklememiştir. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası, ifade özgürlüğünün kanunla düzenlenmiş olmak kaydıyla, sınırlı olarak sayılan meşru amaçlar altında ve demokratik bir toplumun gerektirdiği düzeyde sınırlandırılabileceğini düzenlemektedir. Biliyoruz ki, sınırlandırmadaki bu koşullar, siyasi içerikli ve kamu yararına dönük ifadeleri ilgilendiren durumlarda takdir marjının daha dar yorumlandığı sıkı bir yargısal değerlendirmeye tabi tutulmaktadır[89].

Burada şunun da altını çizmek istiyoruz: Aslında ifadenin siyasal olduğuna yönelik nitelendirme ve bu bahisle demokratik müzakere süreci bağlamında taşıdığı önem, onu çalışmamızın konusu olan seçim harcamaları özelinde sınırlandırılmaya iten unsurun kendisidir. Bir başka deyişle, harcama sınırlandırmaları üzerinden sınırlandırmaya maruz kalmış ifadenin siyasal boyutu ve daha sıkı korunması ihtiyacına dönük sav, onun bizatihi harcamalar özelinde sınırlandırılmasının bağlamını oluşturacaktır. Yani siyasi içerik ve önemde olduğu için daha fazla korunmayı hak eder gibi görünen ifade, diğer yandan tam da bu hak edişe yönelik geliştirilen hukuki argümantasyonun aynı dili içerisinde siyasal alandaki eşitsizliğe karşı yapılan sınırlandırmanın gerekçesini meydana getirmektedir.

1 no'lu Protokol'ün 3. maddesi çerçevesinde serbest seçim hakkının sınırlandırılması rejiminde ise gerek bu hakkın devletlerin egemenlik iddiaları

---

87 GEDDIS, 2001b, s. 7.

88 Bu doğrultudaki iki örnek karar için bkz. ECtHR, *Bowman v. the United Kingdom*, Application no. 24839/94, 19 Şubat 1998; ECtHR, *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, Application no. 21132/05, 11 Aralık 2008.

89 ECtHR, *Castells v. Spain*, Application no. 11798/85, 23 Nisan 1992, parağraf 43; ECtHR, *Wingrove v. the United Kingdom*, Application no. 17419/90, 25 Kasım 1996, parağraf 58.

ve siyasal sistem tercihlerine dönük yansımaları gerekse madde lafzının sınırlandırmadaki meşru amaçları açık şekilde ortaya koymaması durumları dikkate alınarak Mahkeme tarafından takdir marjının daha geniş olduğu şeklinde yorumlanmıştır ('*implied limitations*'-zımni sınırlandırmalar yorumu)[90]. Bu ikisi bir arada düşünüldüğünde, taraf devletlerin serbest seçim hakkı hükmünün *ratione materiae*'sı içinde bulunan siyasetin finansmanı ile beraber demokratik süreçlerin adil ve eşitlikçi bir zeminde yürütülmesi yükümlülüğüne dönük başvurduğu harcama sınırlandırmaları, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması rejimindeki 'başkalarının haklarının korunması' (*protection of rights of others*) meşru gerekçesi altında temellendirilmeye elverişlidir[91].

Nitekim AİHM'nin Bowman v. Birleşik Krallık kararı, başkalarının haklarının korunması gerekçesi ile ilişkisini kabul ederek ifade özgürlüğünün siyasi eşitlik çerçevesinde sınırlandırılabileceğini ortaya koymuştur. Benzer şekilde bir başka kararında Mahkemeye göre; '*kamusal tartışmanın yasal kontrolü, serbest seçim hakkına ilişkin ortaya çıkan risk dikkate alındığında zorunlu olmuştur*'[92]. Mahkeme bu riski ücretli siyasi reklamlar özelinde demokratik sürecin tahrifi-saptırılması ('*distortion'*) ve serbest ve çoğulcu tartışmanın engellenmesi olarak değerlendirmiştir[93]. Bölümün kalan kısmında, Birleşik Krallık'a karşı yapılmış *Bowman* başvurusu ve Mahkeme'nin değerlendirmesini ele almak istiyoruz.

Birleşik Krallık hukukunun siyasetin finansmanı alanında geçirdiği tarihi evreleri gözlemleyen araştırmacılar, özellikle 2000 yılında gerçekleşen yasal reforma kadar uygulanan rejimin siyaset-para ilişkisini ancak kısmi şekilde kontrol edebilmiş olduğu görüşünde ekseriyetle birleşmektedirler[94]. Gerçekten de *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000* (PPERA) yürürlüğe girene değin sistemin temel kurgusu adeta seçim yarışında tek kampanya yürütücülerin adayların olduğu yanılsaması üzerine inşa

---

90 ECtHR, *Matthews v. The United Kingdom*, parağraf 64; ECtHR, *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia*, Application no. 55066/00, 11 Ocak 2007, parağraf 94.

91 Bowman v. United Kingdom, parağraf 36-38.

92 ECtHR, *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, Application no. 48876/08, 22 Nisan 2013, parağraf 111.

93 *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, parağraf 112.

94 BUTLER David, "Elections: Legislation and Litigation", **The Law, Politics and the Constitution: Essays in Honour of Geoffrey Marshall**, in David Butler et al. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999, s. 175.

edilmiş gibidir. Bu durum uzun bir dönem hukuki rejimi, seçim çevresi ve aday temelli bir kontrole sevk etmiştir. Buna mukabil siyasi partilerin gelir ve giderlerinin göz ardı edilmesi ya da ülke geneline dönük üçüncü kişi harcamalarının kontrol dışında tutulması gibi önemli eksiklikler bu yüzyılın başına kadar rejimin etkinliğine önemli düzeyde gölge düşürmüştür[95].

Birleşik Krallık paranın siyaset üzerindeki olumsuz etkisini, ABD federal hukukunun aşağıda ele alınacak bağış sınırlandırması yaklaşımına karşın, harcamalar için öngördüğü üst sınırlarla kontrol etmek istemiştir[96]. Bu çerçevede adaylar için ilk defa uygulanan harcama üst sınırı 1883 yılında kabul edilen *Corrupt and Illegal Practices Act*'e dayansa da[97], seçimlere taraf olmayan kişilerin kampanya faaliyetlerinin düzenleme dışında bırakılması, adaylara getirilen sınırlamaların bu kişiler üzerinden dolaylı olarak aşılabilmesinde bir müddet boşluk meydana getirmiş ve bu boşluk seçim çevreleri bazında üçüncü kişi harcamalarına 5 Sterling miktarıyla sınır getiren *Representation of the People Act* (RPA) *1918* ile giderilmek istenmiştir[98]. Üçüncü kişilere ilişkin getirilen bu sınırlama 1998 yılına kadar sorunsuz şekilde uygulanmışsa da AİHM'nin uyuşmazlığa konu olan miktardaki sınırlamanın ölçüsüz şekilde ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmettiği *Bowman* kararından sonra PPERA ile 500 Sterling'e yükseltilmek zorunda kalınmıştır[99].

Karara konu olan olayın meydana geldiği dönemde yürürlükte olan *RPA 1982* ülke ya da bölgesel düzeydeki kampanya faaliyetlerine sınır getirme-

---

95 PPERA'dan önce, sadece bireysel olarak adayların harcamalarına sınırlandırma getirilmiştir. Buna karşılık siyasi partilere yapılan bağışlar ya da bunların harcamaları sınırlandmadığı gibi, gelir kaynakları üzerinde hiçbir denetleme öngörülmemiştir. GEDDIS Andrew, "Confronting the problem of third party expenditures in United Kingdom election law", **Brooklyn Journal of International Law**, Vol. 27 (1), 2001a, s. 110.

96 2019 Parlamento Seçimleri verileri dikkate alındığında, adaylar için ortalama 30,000 Sterling, üçüncü kişiler için 500 Sterling olarak uygulanmıştır. Bkz. https://lordslibrary.parliament.uk/raising-election-spending-limits-in-line-with-inflation/ (Erişim Tarihi: 22.05.2022). Adaylar için belirlenen üst sınır ilgili seçim çevresinde oy kullanacak seçmen nüfuzuna göre değişkenlik göstermektedir. Üçüncü kişilere uygulanan sınır değişmemektedir.

97 Bkz. https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/electionsvoting/elections-and-voting-in-the-19th-century/reforming-election-methods/from-the-parliamentary-collections/election-petitions2111/ (Erişim Tarihi: 22.05.2022).

98 Bu yasa belli alanlarda değişiklikler getiren Representation of the People Act 1983 ile yeniden kaleme alınmıştır.

99 Political Parties, Elections and Referendums Act, 131. md. Bkz. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/41/contents (Erişim Tarihi: 22.05.2022).

mişse de[100] *Section 75*'e göre; seçime doğrudan taraf olmayan[101] üçüncü kişilerin belli bir seçim dönemi ve çevresi içinde herhangi bir aday hakkında lehte ya da Lordlar Kamarası'nın *Luft* kararındaki yorumuna göre aleyhte[102] yapacakları harcamaların 5 Sterling'i geçemeyeceği düzenlenmekteydi. Bu sınırlandırmadan basın yoluyla yapılan siyasi reklamların giderleri ve adayları hedef almaksızın konu (*issue*) ya da politika (*policy*) odaklı her türlü faaliyetlere dönük harcamalar muaf tutulmuştur. Adayların seçim acentaları tarafından harcama yapabilmesi için yetkilendirilen 3. kişiler ise 5 Sterling'in üstünde harcama yapabilseler de bu harcamalar aday tarafından yapılmış gibi kabul edilip ilgili adayın harcama sınırlamasında dikkate alınmaktaydı. Özetle seçimlere taraf olmayan sıradan bir vatandaş ya da topluluğun adaylar hakkında 5 Sterling üzerinde harcama yapması yasaklanmıştı.

Karara konu olan olayda "Doğmamış Çocuğun Korunması Amaçlı Topluluk"un (*the Society for the Protection of the Unborn Child*) lideri olan başvurucu Phyllis Bowman, Birleşik Krallık hukukunda üçüncü kişiler için düzenlenen seçim harcama sınırını 1992 Parlamento Seçimleri öncesinde ihlal etmesi nedeniyle ceza soruşturmasına uğramış, fakat hakkındaki iddianame bir sene içinde tamamlanamadığından soruşturma zamanaşımı nedeniyle beraat ile sonuçlanmıştır. Topluluğun temel amacının anne karnında üst sınır olarak 22 haftalık döneme ulaşan bebeklerin kürtajına ve yine üst sınır olarak 14 güne kadar gelişen embriyonun araştırmalarda denek olarak kullanılmasına izin veren ilgili iç hukuk kuralının kaldırılmasına dönük faaliyetler yürütmek olduğu anlaşılmaktadır.

---

[100] Nitekim Adalet Yüksek Mahkemesi (*the High Court of Justice*) R. v. Tronoh Mines kararında, İşçi Partisi hükümetinin politikalarını eleştirerek bir daha seçilmemesi çağrısıyla bir gazatede yapılan reklamın üçüncü kişilere getirilen harcama sınırını ihlal etmediğini belirtmiştir. R. v. Tronoh Mines, All E.R. 697. Geddis'ten naklen. GEDDIS, 2001(a), s. 112.

[101] Bu sınırlandırmanın kapsamına adaylar, bunların seçim temsilcileri ya da daha sonra temsilci tarafından yazılı olarak aday adına harcama yapması konusunda yetkilendirilenler dışında herkes girmektedir: *"... by any person other than the candidate, his election agent and persons authorised in writing by the election agent..."*.

[102] Her ne kadar kanunun lafzında "promoting or procuring the election of a candidate" ibaresi yer almış olsa da, Lordlar Kamarası 1977 tarihli *Director of Public Prosecutions v. Luft* kararında bu yasağın kapsamına, muhalif nitelikteki harcamaların da gireceği yönünde görüşü kabul etmiştir. Lordlar Kamarası bu kararında *National Front* adaylarına oy kullanılmaması yönünde bazı seçim çevrelerinde dağıtılan broşürlerin diğer adayların lehinde etki doğuran bir harcama olması nedeniyle üçüncü taraflara getirilen harcama sınırının ihlal edildiğini belirtmiştir. Birleşik Krallık Lordlar Kamarası, *Director of Public Prosecutions v Luft and Another*, [1976] UKHL J0526-1, 26 Mayıs 1976. https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8c960d03e7f57ecd6c1 (Erişim Tarihi: 06 Haziran 2022).

Bowman yine karardan anlaşıldığı üzere mücadelesini belli bir zamandır sürdürdüğü bu yasal durum karşısında çeşitli seçim bölgelerinde adayların konu hakkındaki açıklamalarını içeren ve ülke genelinde sayısı toplam bir buçuk milyona ulaşan broşürler bastırıp dağıtmıştır. Bu broşürlerin bir yüzünde embriyonun 9 aylık dönemdeki gelişim aşamaları gösterilmiş, diğer yüzünde ise ilgili seçim çevresinde yarışan adayların söz konusu yasa hükmü hakkında geçmiş dönemdeki açıklamaları ve parlamentodaki oy davranışları paylaşılmıştır. Bu çerçevede, seçimlerin üçüncü kişisi olarak kabul edilen Bowman hakkında başlatılan ceza soruşturması, 5 Sterling olan sınırın *Halifax* seçim çevresi özelinde dağıtılan 25.000 broşür ile ihlal edildiği ve bu harcamanın adaylardan herhangi birinin seçim acentasının yetkilendirmesi dışında gerçekleştiğinden bahisle yolsuzluk eylemi (*corrupt practice*) suçlamasına dayanmıştır.

Bowman, hakkında yürütülmüş bu ceza soruşturması ile AİHS'nin 10. maddesi temelinde ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürerek şikâyetini Strasbourg Mahkemesi'ne taşımıştır. Her ne kadar soruşturma usul kuralı gereği beraatla sonuçlanmışsa da, hükümetin itirazının aksine Mahkeme başvurucunun gelecekteki seçimlerde de benzer faaliyetlere girişmesi halinde yeniden ceza soruşturmasına maruz kalma riskini dikkate alarak mağdurluk statüsünü kabul etmiş, başvuruyu esastan inceleyerek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine 6'ya karşı 14 oyla karar vermiştir. Müdahaleyi Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki koşullara bağlı olarak ele alan Mahkeme, müdahalenin varlığı ve kanunilik unsurunu tespit ettikten sonra incelemesini iki soru üzerinde yoğunlaştırmıştır: Müdahalenin meşru bir amaca dayanıp dayanmadığı ve meşru amaca dayanıyorsa, bunun demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı.

Mahkemeye göre hükümetin bu müdahaleyle adaylar arasında eşitliği sağlama gerekçesi meşru amacın temellendirilmesinde ileri sürülebilecek savlardan birine karşılık gelmektedir. Mahkeme söz konusu sınırlandırmanın 'başkalarının haklarının' korunması meşru amacı ile bağını üç sebep etrafında ele almıştır. Birincisi, ekonomik gücü elinde tutan üçüncü tarafların kampanya faaliyetleri kısıtlanarak, aslında adayların hali hazırda sınırlandırılmış harcama bütçelerinin bir kısmının bu faaliyetlere karşı kullanılması zorunluluğunun önüne geçilmiş ve böylece adaylar arasında adalet sağlanmak istenmiştir. İkincisi, adayların güçlü çıkar gruplarının etkisinden korunmaları temin edilmiştir. Son olarak kampanya gündeminin toplumun genelini ilgilendiren konulardan münferit meselelere kaymasının önüne geçilmek hedeflenmiştir. Öyleyse birinci nokta

altında Mahkeme'ye göre müdahalenin meşru dayanaklarından biri de adaylar arasında ekonomik eşitliğin sağlanması olmuştur.

Değerlendirmenin meşru amaç koşulunu geçen hükümet savunması, öte yandan dördüncü ve son unsur olan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olması koşulunda yetersiz bulunmuştur. Bu bölümdeki değerlendirmede ortaya konulan ilkesel yaklaşım, bazı kararlarda da kullanılan Sözleşme'nin 1 No'lu Protokol'ünün 3. maddesi'nde düzenlenen serbest seçim hakkı ile ifade özgürlüğünün hem birbirini tamamlayan hem de çatışabilen haklara karşılık gelebileceği argümanı üzerine formüle edilmiştir[103]. Mahkeme'ye göre; "... bazı durumlarda bu iki hak çatışabilir ve seçim öncesi ve süresince yasayıcının[104] seçiminde halkın görüşlerini özgürce açıklamasını garanti etmek için ifade özgürlüğüne normalde kabul edilemeyecek türden belli kısıtlamalar konulmasını gerektirebilir..."[105].

Mahkeme bu iki hak arasındaki dengenin sağlanmasında taraf devletlerin belli bir takdir marjına sahip olduğunu kabul etmiş, ancak bu marjı temellendirmeye çalışırken seçim sistemlerinin tercihinde tanınan takdir marjı ile benzeşim kurmakla[106] kanaatimizce maksadının ötesine geçmiştir. Çünkü sözleşmenin serbest seçim hakkını düzenleyen 1 No'lu Protokol'ünün 3. maddesi, ana sözleşmedeki esas haklara ilişkin hükümlerle karşılaştırıldığında *travaux préparatoires*, lafız ve içtihat hukuku çerçevesinde güvence alanı en muğlak, zımni sınırlamalar çıkarımına uygun, dolayısıyla takdir marjının en geniş yorumlanabildiği hükmü oluştura gelmiştir[107]. Öte yandan ifade özgürlüğü alanın-

---

[103] *Bowman v. the United Kingdom*, paragraf 42. Benzer düşüncenin kabul edildiği diğer örnek kararlar için bkz. ECtHR, *Orlovskaya Iskra v. Russia,* Application no. 42911/08, 21 Şubat 2017, paragraf 110; ECtHR, *Cheltsova v. Russia,* Application no. 44294/06, 13 Haziran 2017, paragraf 96; ECtHR, *Długołęcki v. Poland*, Application no. 23806/03, 24 Şubat 2009, paragraf 40.

[104] Madde lafzında geçen legislature ifadesinin Türkçe karşılığı için çeşitli yazarların tercihleri hakkında bkz. ŞİRİN, s. 299.

[105] *Bowman v. the United Kingdom*, paragraf 43.

[106] Aslında mahkeme bu benzetmeyi diğer bazı kararlarında da yapmaktadır. Örnek olarak bkz. (Animal Defenders International v. the United Kingdom, paragraf 123; ECtHR, *Oran v. Turkey*, Application no. 28881/07, 15 Nisan 2014, paragraf 52.

[107] ECtHR, *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium,* Application no. 9267/81, 2 Mart 1987, paragraf 52. Ayrıca Bkz. ŞİRİN, 285; VIVIANI Francesca, "Right to free elections in the case-law of the European Court of Human Rights", Yayınlanmamış Lisans Tezi, Roma, LUISS Guido Carli, 2013, s. 43-44; KUMRIC Nives Mazur / MİJİC Vjekoslav, "Some Aspects of the Right to Free Elections in the Case-Law of the European Court of Human Rights", **Contemporary Legal and Economic Issues IV**, Faculty of Law, J.J. Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croatia, 2013, s. 158; GOLUBOK Sergey, "Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection?", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 27 (3), 2009, s. 370.

da getirilecek bir kısıtlama, özellikle Mahkeme'nin siyasi ifade (*political speech*) özgürlüğü bağlamında verdiği kararlardaki dar takdir marjı yorumu dikkate alındığında[108], belki de sözleşmenin 8 ve 11. maddeler aralığındaki diğer esas haklara kıyasla benzeşme kurmaktan hususiyetle kaçındıracak bir nitelik arz etmektedir. Bunu söylemekle devletlerin seçim harcamaları düzenlemelerinde sahip oldukları takdir marjlarının dar yorumlanması gerektiği şeklinde bir iddiada bulunmuyoruz. Geniş takdir marjı bu düzenlemenin kendine has hususiyetleri, örneğin a) seçim dönemine özgü olması, b) eşitlik gerekçesi ya da c) yolsuzluğu önleme ile de gerekçelendirilmeye elverişli görünmektedir. Ancak seçim sistemlerindeki geniş takdir marjının gerekçelendirmesi, tercihin doğrudan yasama organının yapısına etki etmesi, egemenlik hakkıyla yakından bağ kurulabilmesi ve ilgili maddenin muğlak lafzıyla ilişkilendirilebilirken; ifade özgürlüğü gibi müdahaledeki meşru gerekçelerin sınırlı olarak sayıldığı bir hak türünde söz konusu marjın genişliği seçim sistemlerine referansla açıklanmaması gerekirdi fikrindeyiz.

Bownan başvurusundan çıkan ihlal kararının esas dayanak noktası ileri sürülen meşru amaç ile ortaya çıkan sonuç arasındaki ölçüsüzlük tespiti olmuştur. Her ne kadar hükümete göre Bowman ifade özgürlüğünü harcama sınırlamalarından muaf tutulan, örneğin gazetelere mülakat verme, aday olma ya da medya organı sahibi olma gibi, başka bir takım kanallarla kullanabilirdiyse de, Mahkeme başvurucunun bu kanalları kullanım gücünün olup olmadığından emin olunamayacağına ve 5 Sterlinglik sınırın bütünüyle yasaklama getirir mahiyette ölçüsüz bir müdahale oluşturduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme buna dair görüşünü temellendirirken ayrıca medya kuruluşlarının adayları destekleyen ya da eleştiren yayınlarına veya siyasi partilerin ülke ve bölge düzeyinde yapacakları harcamalara sınırlama getirilmemiş olmasının da altını çizmiştir. Diğer yandan yetkilendirilmemiş de olsa üçüncü kişilerin kampanya dönemleri gibi seçmenlerin ülke yönetimine dair görüşlerini oluşturdukları kritik bir zaman diliminde bu sınırlandırmayla onlarla iletişim kurmaları neredeyse bütünüyle engellenmiştir. Aslında yukarıdaki eleştiri noktamızı, Mahkeme sınırlandırmanın ölçüsüz olduğu görüşünü temellendirirken bizatihi kendisi de ortaya atmıştır.

---

[108] ECtHR, *Ceylan v. Turkey*, Application no. 23556/94, 8 Temmuz 1999. "The Court recalls, however, that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on matters of public interest.", paragraf 34.

Eşitlik ve siyasi çoğulculuğun korunması gerekçeleri ile ifade özgürlüğündeki menfaat arasındaki bu denge tartışması, aslında AİHM'nin seçim harcamaları dışında diğer bağlamlarda verdiği kararlarda da göze çarpmaktadır. Ekonomik olarak güçlü çıkar gruplarının ifade özgürlüklerinde sınırlandırmaya gidilebileceği görüşü özellikle ücretli reklamlara getirilen sınırlandırmaların söz konusu olduğu başvurularda karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla Bowman kararı, kanaatimizce Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin benzer çatışmayı konu alan içtihatları açısından tutarlı bir temel oluşturmuştur.

Örneğin *Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* kararında başvurucu örgütün domuz çiftlikleri ve et tüketimini eleştirir içerikte İsviçre Ulusal Kanalı'nda reklam yayınlatma talebinin geri çevrilmesinde Mahkeme, siyasi tartışma kanallarının toplumun çeşitli grupları tarafından olabildiğince eşit şartlarda kullanılmasını, sınırlandırmada meşru sebeplerden biri olarak saymış[109]; bu çerçevede somut olaydaki sınırlandırmanın genel olması (*blanket ban*) ve başvurucunun kamuoyunu gereğinden fazla etkileyebilecek, toplumun farklı sınıfları arasındaki fırsat eşitliğine zarar verecek ve medya tarafsızlığını tehlikeye sokacak düzeyde güçlü bir finansal örgüt olmamasına da işaret ederek hükümetin ölçüsüz şekilde müdahalede bulunduğuna oy birliğiyle kanaat getirmiştir[110]. O halde Mahkeme'ye göre siyasi tartışma kanallarının eşitlikçi temelde işlemesini sağlamak seçimler bağlamı dışında da gözetilebilecek bir amaçtır[111].

Bir başka örnek olarak Büyük Daire'nin *Animal Defenders International v. the United Kingdom* kararı gösterilebilir[112]. Yine Birleşik Krallık'a karşı görülen bu davada hayvanların ticari, bilimsel ve eğlence amaçlı sömürülmesine karşı kampanya yürüten başvurucu sivil toplum örgütü, konu hakkında farkındalık uyandırmak ve mevcut hukuki düzenlemelerin iyileştirilmesi için hazırlattığı reklamı televizyonda yayınlatmak istemiş, ancak bu talebi televizyon ve radyoda her türlü siyasi reklamı yasaklayan

---

[109] ECtHR, *Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, Application no. 32772/02, 30 Haziran 2009, paragraf 61.

[110] *Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, paragraf 75.

[111] *Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, paragraf 111.

[112] Karar incelemesi için bkz. Ó FATHAIGH Ronan, "Ban on Political Advertising Does Not Violate Article 10: Animal Defenders International v. UK", 2013, https://strasbourgobservers.com/2013/04/24/ban-on-political-advertising-does-not-violate-article-10/ (Erişim Tarihi: 07.06.2022).

yasal düzenleme gereği ilgili idari birim tarafından reddedilmiştir. Gerek başvurucu gerekse hükümet iç hukuk hükümlerinin siyasi tartışma alanlarında çoğulculuğun sağlanması ve medya tarafsızlığının korunması amaçlarıyla düzenlenmesinde görüş birliğine sahip oldukları gibi[113], Büyük Daire de bu gerekçelerin meşruluğunu kabul ederek davayı başvurucunun da asıl itiraz noktası olan demokratik toplum için gerekli olma ölçütü altında ele almış ve alternatif ifade kanallarının varlığına işaret ederek 8'e karşı 9 oyla ihlalin olmadığına hükmetmiştir[114].

Burada şu noktaya da açıklık getirilmeliyiz ki; *Bowman* ve *Animal Defenders International* kararlarındaki karşı oyların esas dayanakları meşru amaç koşulu altında değil, ölçülülük koşulu altında yürütülen tartışmalara dayanmıştır. Yani her iki kararda da yargıçların tamamı eşitlik ve çoğulculuk ilkelerini ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru gerekçe olarak kabul etmişlerdir.

Bowman kararına eleştirel bir yaklaşım olarak, AİHM seçim harcamalarında ifade özgürlüğünü mutlak bir hak olarak kabul etmemişse de sözleşmeye uygun (ölçülü) sayılacak sınırın yani özgürlük ve eşitlik arasındaki uygun dengenin nerede konumlandırılabileceği hakkında tatmin edici bir açıklama getirmediği söylenebilir. Bu noktaya dikkat çeken Gearty de kararı ihtiyatsız ('*ill-advised'*) olduğu şeklinde değerlendirmiştir[115]. Gearty'nin temelde eleştirdiği nokta, kararın ifade özgürlüğü ve eşitlik arasındaki denge konusunda o ülkenin demokratik organının sahip olduğu iradenin yerine geçmiş olmasıdır[116]. Aslında benzer itirazı kısa karşı oy gerekçesinde Yargıç Valticos da dile getirmiştir:

> "Britanya Hükümeti'ne seçimleri nasıl yapması ve demokrasiyi nasıl yönetmesi gerektiği hakkında ders vermeye çalışmakta biraz saçma olan (*ridiculous*) bir şeyler var..."[117]

---

[113] *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, paragraf 78.

[114] *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, paragraf 117.

[115] GEARTY Conor, "Democracy and Human Rights in the European Court of Human Rights: A Critical Appraisal", **Northern Ireland Legal Quarterly**, Vol. 51 (3), 2000, ss. 384. Benzer yönde bir eleştiri için bkz. MILLNS Susan / SHELDON Sally, "Delivering Democracy to Abortion Politics: Bowman V. Unıted Kingdom", **Feminist Legal Studies**, Vol. 7, 1999, s. 70.

[116] GEARTY, s. 395.

[117] *Bowman v. the United Kingdom*, s. 18.

Kanaatimizce geniş anlamda bir seçim hukuku politikası olarak sınıflandırılabilecek ve dolayısıyla devlet yönetim şekline dolaylı da olsa etki edebilecek seçim harcamaları düzenlemelerinde yargı organlarının karar verirken daha dikkatli ve ikna edici bir argümantasyon ortaya koymaları gerekliliği haklı bir uyarı olabilirdi. Ancak AİHS ve onun uygulanma rejiminin gerçek amacı tam da Yargıç Valticos'un 'saçma' bulduğu şey olsa gerektir. Eğer bir düzenlemenin yargısallığı Gearty'nin yaklaştığı gibi salt onu yapanın (parlamento) ülkedeki en demokratik organ olması (seçimlerle göreve gelmesinden mülhem) nedeniyle reddedilebilirse, bu itiraz temelden anayasa ve insan hakları yargısının altını boşaltmaya müsaittir. Eğer bu itirazın esas çıkış noktası sırf düzenlemenin seçim politikalarının alanına girmesi, yani demokrasinin yönetimine ilişkin olması ise, o halde seçim olayı ve süreci ile ilişkilendirilen her türlü yasal ya da idari düzenleme yetkisi, ucu açık şekilde siyasi otoritenin suiistimaline elverişli hale gelebilecektir[118].

Karardan sonra Birleşik Krallık'ta bir süre hangi üst sınırın söz konusu ölçüsüzlük tespitini aşabileceği hakkında tartışmalar sürmüştür[119]. Nihai olarak karardan yaklaşık iki yıl sonra yürürlüğe giren PPERA ile üçüncü kişilerin bir seçim çevresi özelindeki harcamalarının üst sınırı 500 Sterling'e yükseltilmiş[120], ayrıca gerek üçüncü kişilerin gerekse siyasi partilerin ülke çapında yapacakları harcamalara bölge ve yarışılan seçim çevresi sayısına bağlı olarak sınırlandırmalar getirilmiştir[121].

VII. ÖZGÜRLÜKÇÜ YAKLAŞIM: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Buckley v. Valeo Kararı[122]

AİHM'in yukarıda ele alınan dengeleyici yaklaşımına karşın, ABD Yüksek Mahkemesinin harcama sınırlandırmalarındaki tavrı açık şekilde

---

118 Bu tartışma hakkında ayrıca bkz. GEDDIS, 2001(a).

119 GEDDIS, 2001(a), ss. 125-131.

120 Üst sınırın 500 Sterling'e yükseltilmesi, aynı aday aleyhine yapılacak daha yüksek miktarlı harcamaların birden fazla üçüncü kişi aracılığıyla yapıldığı görüntüsü verilerek kanunu dolanma riskini ortaya çıkardığı söylenmektedir. GHALEIGH Navraj Singh, "Election Spending and Freedom of Expression", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 57 (3), 1998, s. 433.

121 GHALEIGH, ss. 44-45.

122 Dava New York Senatörü *James L. Buckley* tarafından açılmış, davalı taraf ise başta Senato Sekreteri *Francis R. Valeo* tarafından temsil edilmiştir. The US Supreme Court, *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.*, No. 75-436, 30 Ocak 1976. Tam karar metni için bkz. https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep424/usrep424001/usrep424001.pdf (Erişim Tarihi: 09.06.2022).

ifade özgürlüğünün daha üstün bir değer olarak yorumlanması ve yolsuzlukla mücadele gerekçesi dışında kısıtlanmaması gerektiğinden yana olmuştur. Gerçekten de yolsuzlukla mücadele gerekçesi ABD'de siyasetin finansmanında başvurulan sınırlandırmalarda tek geçer akçe olarak kabul gören karşı menfaat unsuru olabilmiştir. Harcama sınırlandırmalarında tarihsel öneme sahip olan Buckley v. Valeo kararı aşağıda inceleneceği üzere bunu açıkça ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme bu kararında en genel ifadeyle ifade özgürlüğünün siyasi düşüncelerin bireysel ekonomik zenginliklerin kullanılması suretiyle topluma duyurulması özgürlüğünü de kapsadığını ortaya koymuş ve ifade özgürlüğünde geleneksel yaklaşımını temsil eden bireysel özerklik perspektifiyle konuya yaklaşmayı tercih etmiştir.

Öncelikle Mahkemenin bu alandaki en net tutumunu şöyle özetleyebiliriz: Siyasetin finansmanı için öngörülen yasal düzenlemeler, ABD Anayasası'nın Ek 1. Maddesi'nde düzenlenen başta ifade ve örgütlenme özgürlükleri üzerinde sonuç doğuran bir etki alanına sahiptirler. Bu itibarla Mahkeme, siyasette paranın akışının kontrolünün adayların seçimine ve toplumsal meselelerin tartışıldığı süreçlere önemli düzeyde etkide bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkeme'nin bu kararlarda istikrarla yürüttüğü tartışma, gerek bağış gerekse harcama sınırlamalarının, bireylerin ifade ve örgütsel özgürlüklerinin en az etkilenir şekilde düzenlenmesi gerektiği üzerine gelişmiştir. Bu bölüm kısaca Buckley kararı özelinde bu yaklaşımın temel dayanaklarını irdelemeyi hedeflemektedir.

1972 yılında yapılan ABD başkanlık seçimlerinin kampanya döneminden başlayarak 1972-74 yılları arasında yaşanan ve Başkan Nixon'un görevinden istifa etmesi ile sonuçlanan Watergate skandalı, kamuoyunda seçim yolsuzlukları ve kampanya giderlerinin aşırılığına karşı önemli bir tepki meydana getirmiş ve Kongre 1972 yılında *the Federal Election Campaign Act of 1971*'de bazı değişiklikler yaparak kampanya finansmanında belli sınırlandırmalar ve denetleme hükümleri getirmiştir. Bu çerçevede şahısların adaylara yapmak istedikleri bağışlara 1,000 Dolar ve Siyasi Faaliyet Komiteleri'ne (Political Action Committee)[123] 5,000 Dolar üst sınır ve yine bunla-

[123] 527 örgütleri olarak da bilinen Siyasi Faaliyet Komiteleri (PAC), ABD'de *Internal Revenue Code*'un 527. Bölümüne (*section*) göre federal, federe ve yerel düzeydeki seçimlerde yarışan adayların adaylık ya da kampanya süreçlerini etkilemek için kurulan, en başta bağış toplamak gibi konu temelli (*issue advocacy*) veya adaylar lehine faaliyetler yürüten vergiden muaf örgütlerdir. *Süper, Hibrid* veya *Liderlik* gibi türlerle farklılaşan PAC örgütleri bulunmaktadır. ABD'de ilk PAC'ın 1944'de Başkan Roosevelt'in yeniden seçilmesinde bağış toplamak için Endüstriyel Örgütler

rın adaylar hakkında yapacakları harcamalara da aynı miktarlarda sınır getirilmiştir. Başkan adaylarının kendi harcamalarına yönelik olarak da, bir adayın yapabileceği en yüksek harcamanın ön seçimlerde 10 milyon Dolar ve asıl seçimlerdeyse 20 milyon Dolar olması kararlaştırılmışken, Senato ve Temsilciler Meclisi seçimlerinde adayların kendileri hakkında ve üçüncü kişilerin (bağımsız harcamalar) belirli bir aday hakkında yapacakları harcamalara da benzer sınırlar öngörülmüştür[124].

Değişiklikten iki yıl sonra ABD Federal Yüksek Mahkemesi *Buckley* kararıyla, diğer bazı hükümlerle beraber[125] bağışlara getirilen sınırlandırmaları anayasaya uygun bulmuşsa da, devlet yardımı alan başkan adayları hariç olmak üzere diğer harcama sınırlandırmalarının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle *per curiam* karar formunda bunların anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir[126]. Davacı taraf birçok gerekçe ile beraber bağış ve harcama sınırlandırmalarıyla ifade özgürlüğünün ABD Anayasası'nın Ek Birinci maddesi'ne aykırı şekilde kısıtlandığını ileri sürmüştür. Hükümet ise söz konusu sınırlandırmaları üç temel gerekçeye dayandırmıştır: Bunlar, (1) yolsuzluğun önlenmesi, (2) varlıklı birey ya da grupların tartışma gündeminde ölçüsüz güce ulaşmasının önlenmesi ve tüm yurttaşların seçim sonuçlarını etkilemede eşit güce eriştirilmesi ve (3) nihai olarak hızla artan seçim harcamalarının kontrol edilmesi ve böylece siyasi alanın zengin kaynaklara sahip olmayan adayların girişine açık kılınması savlarıdır[127].

Federal Yüksek Mahkeme, eyalet temyiz mahkemesinin bağış ve harcama eylemlerinin ifade özgürlüğü kullanımına dahil edilemeyeceği yorumuna katılmayarak, bunların her ikisinin de ifade özgürlüğü kullanımının değişik yüzleri olduğu, dolayısıyla sınırlandırılmalarında da mücbir sebep (*compelling interest-justification*) ve ölçülülük koşulları testinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, adaylara yapılan bağışlar da bir çeşit ifade eylemidir. Ama burada bağışın siyasi tartışmaya olan katkısı dolaylı şekilde bağış yapılan aday-

Kongresi (*the Congress of Industrial Organizations*) tarafından kurulduğu bilinmektedir. Bu örgütler ilk kez 1971'de yürürlüğe giren the Federal Election Campaign Act ile hukuki düzenlemeye tabi kılınmışlardır. PAC'lar hakkında bir çalışma için bkz. CHARNOCK Emily J., **The Rise of Political Action Committees**, Oxford University Press, Oxford, 2020.

[124] Section 608 (a), (c), e(1) of the Federal Election Campaign Act of 1971.

[125] Finansal işlemlerin kayıt altında tutulması, hesapların açıklanması ve Federal Seçim Komisyon'un (Federal Election Commission) kurulmasına dönük hükümler de anayasaya uygun bulunmuştur.

[126] Federal Seçim Komisyonu üyelerinin seçilmesi usulü de anayasaya aykırı bulunmuştur.

[127] *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.*, ss. 25-26.

lar tarafından gerçekleştirilebilir yapıdadır, bağış yapanlarca değil[128]. Bağış yapan açısından katkının bu itibarla dolaylı olduğunu tespit eden Mahkeme, bunun korunmasının da harcamalarda gerçekleşen ifade eylemine kıyasla daha zayıf olacağını tartışmıştır. Mahkeme'ye göre;

> "Bir bağış, aday için ya da onun görüşleri için verilen desteğin genel bir ifadesidir, fakat desteğin altındaki ana gerekçeyi bildirmez. Katkı yapanın bildiriminin miktarı, bağışın büyüklüğüyle artmaz, çünkü buradaki ifade sembolik, ayrımlaştırılmamış destekleme eylemine dayanır. Bağışın miktarı olsa olsa katkı yapanın adaya desteğinin kuvvetine dönük kabataslak bir gösterge sunar. Bir kişinin bir aday ya da kampanya örgütüne verebileceği paranın miktarındaki sınır, onun siyasi iletişimi üzerinde az bir doğrudan kısıtlama içerir; çünkü bu, katkıyla ispat edilmiş desteğin sembolik ifadesine müsaade etmektedir ve hiçbir şekilde katkı yapanın, adayları ya da konuları tartışma özgürlüğüne tecavüz etmez."[129].

Buradaki alıntından da hareketle, Mahkeme'nin bağış sınırlamalarıyla ilgili yürüttüğü tartışmadan aşağıdaki çıkarımlar yapılabilir:

- Bağışların miktarsal olarak sınırlandırılması, bağış yapanların bir adayı destekledikleri ne dönük dış dünyaya vermek istedikleri mesaj anlamında sınırlandırmaz. Bağışlarda dış dünyaya duyurulmak istenen ve ifade özgürlüğünün korumasına giren ana mesaj ya da fikir son tahlilde bağışçının bağış yapanı desteklediğidir. Bu mesaj bağışın az ya da çok olması ile orantılı düzeyde kısıtlanmış olmaz.
- Bu sınırlamalarda, yolsuzluğun ya da yolsuzluk görünümünün (*appearance of corruption*) önüne geçilmek istenmesi meşru bir gerekçe oluşturur.
- Kast edilen yolsuzluk, bağış yapanlarla adaylar arasındaki olası karşılıklılık (*quid pro quos*) ilişkisidir.
- Bu gerekçe, dolaylı olarak etkilenen ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında zorunlu-üstün bir çıkara karşılık (*compelling interest*) gelir[130].
- Bu sınırlamalarla ifade özgürlüğünün kullanılmasında meydana gelen daralma marjinal düzeydedir.

---

[128] *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.,* s. 21.

[129] *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.,* s. 21.

[130] Mahkeme başkanı yargıç Burger zorunlu çıkar yorumuna katılmamıştır. *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.,* s. 241-46.

Feasby'nin de belirttiği gibi, Yüksek Mahkeme'ye göre yolsuzluğu ya da onun görünümünü engelleme, ABD Anayasası özelinde kampanya finansmanının sınırlandırılmasında eldeki doneler çerçevesinde tek kabul edilebilir (*compelling juftification*-mücbir gerekçe) gerekçedir ki, bu da ancak bağışlara ilişkin düzenlemelerde makul görülebilir bir müdahale yöntemine karşılık gelmektedir[131]. Çünkü bağış sınırlandırmalarında, Yüksek Mahkeme'ye göre, yukarıdaki alıntıdan da anlaşılacağı üzere, ifade özgürlüğü söz konusu sınırlamalarla orantılı olarak kısıtlanmış olmamaktadır. Nitekim bağışlarıyla sınırlanmış bireyler, kendi görüşlerini diledikleri kadar ifade edebilmek için bizzat harcama yapma özgürlüğünü ellerinde bulundurmaya devam ederler. Adaylara yapılan bağışlar doğrudan bir görüşle ilişkilendirilemeyeceği gibi; yasal sınırlara bağlı kılınan bağışın dış dünyaya verdiği mesaj daha yüksek miktarla yapılan bağışın verebileceği mesajdan aradaki farkla eş düzeyde geride kalmamaktadır.

Yargıçların kararda yolsuzluktan kastettikleri özellikle para bağışları karşılığında Kongre ya da Başkanın politikalarda bağış yapanlar lehine yetkilerini kullanmaları durumudur. Mahkemenin benzer doğrultudaki *FEC v. National Conservative PAC* kararında da Justice Rehnquist bu çıkar ilişkisi durumunu şöyle ifade etmiştir:

> "Yolsuzluk, siyasi sürecin bir yıkımıdır. Seçilmiş görevliler kendilerine finansal çıkar veya kampanyalarına para akıtma beklentisi ile yükümlülüklerinin aksi yönünde davranmaları için yönlendirilirler. Yolsuzluğun alamet-i farikası finansal karşılılıktır (*quid pro quo*): Politik lütuflar için dolarlar."[132]

Buna mukabil Yüksek Mahkeme, harcama sınırlandırmalarını bağışlardakine kıyasla ifade özgürlüğü üzerinde daha doğrudan ve büyük çapta bir kısıtlama meydana getirdiği şeklinde yorumlamıştır. Fakat Buckley kararını Bowman kararından farklılaştıran nokta, Yüksek Mahkeme'nin siyasi eşitliğin ve tüm yurttaşların seçim sonuçlarını etkilemede eşit güce eriştirilmesinin[133] siyasi ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında zorunlu bir gerekçe

---

[131] FEASBY Colin, "Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter: The Emerging Egalitarian Model", **Mcgill Law Journal**, Vol. 44, 1999, s. 21.

[132] The US Supreme Court, *Federal Election Commission v. National Conservative Political Action Committee*, No. 83-1032, 18 Mart 1985, s. 1469.

[133] "*to equalize the relative ability of individuals and groups to influence the outcome of elections*". *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.*, s. 25.

oluşturamayacağı fikridir[134]. Yukarıda Mahkeme için kampanya finansında tek kayda değer sınırlama gerekçesinin yolsuzlukla mücadele olduğunu ifade etmiştik. Mahkeme bu itibarla da harcama sınırlandırmalarıyla yolsuzlukla mücadele arasında doğrudan bir ilişki olmadığı görüşündedir. Çünkü özellikle adayların harcamalarda kendi kaynaklarını kullanmaları onları bilakis bağışlara bağımlı olmaktan kurtaracaktır. Fakat ilgili yasa hükmü adayların kendi kaynaklarından yapacakları harcamaları da sınırlandırmaktadır[135].

Kısaca Mahkeme, siyasi eşitlik gerekçesiyle daraltılmamış bireysel ifade özgürlüğünün daha güçlü bir demokrasiye geçiş için hayati bir enstrüman olduğu görüşündedir. Harcama sınırlamalarında bağış sınırlamalarının aksine, belirlenen üst limitle doğrudan orantılı olarak, ifade özgürlüğünün miktarı, yani "tartışılan konuların sayısı, bunların keşfedilmesinin derinliği ve ulaşılan dinleyici kitlesinin büyüklüğü" kısıtlanmaktadır[136]. Buna karşın Mahkemeye göre "özgür toplumda siyasi bir kampanya içinde kamusal konularda tartışmanın kapsamı ve miktarı üzerinde kontrolü elinde tutması gereken siyasi komiteler ve örgütler gibi kolektif şekilde veya yurttaşlar olarak bireysel şekilde halktır, hükümet değil."[137]. Kongre eğer böyle bir sınırlandırmaya başvuruyorsa bu müdahaleyle demokratik sürecin nasıl daha iyi bir noktaya taşınacağını ortaya koymalıdır.

Yüksek Mahkeme harcama sınırlamalarının adaylar arasında eşitlik sağlamaktan öte, seçmen nezdinde isim ya da görüşleri ile tanınırlığı olmayan adaylar açısından fazladan bir engel oluşturacağı düşüncesindedir. Ayrıca seçim harcamalarının özellikle son dönemlerde aşırı artması meselesindeyse, düşüncelerin ifade edilmesi uğruna yapılan harcamaların gereğinden fazla ya da israfa varan düzeyde olduğu yönünde hükümetin karar verme yetkisine sahip olmadığını ileri sürmüştür.

Hükümetin salt adaylar arasında eşitliğin sağlanmasına dönük hedefi, siyasi tartışma kanallarını daraltmak için yeter bir sebep değildir. Mahkeme bunu açıkça şöyle ifade etmiştir:

---

[134] Devlet yardımı alan başkan adaylarının harcamalarındaki özel sınırlandırmayı anayasaya aykırı bulmayan Mahkeme, burada yasanın söz konusu yardımı hak eden adaylar için tercih hakkı tanıması ve ifade özgürlüğü sınırlandırılan bu adayların gönüllü olarak yardımı kabul etmesinden bu sonuca varmıştır.

[135] *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.,* s. 53.

[136] *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.,* s. 19.

[137] *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.,* s. 57.

> "Devletin (*government*) başkalarının karşılıklı seslerinin arttırılması için toplumumuzun bazı kesimlerinin ifade özgürlüğünü sınırlayabileceği yaklaşımı, farklı ve zıt kaynaklardan elde edilecek bilginin en geniş olası yayılımını korumak için tasarlanmış... Ek Birinci maddeye bütünüyle yabancıdır."[138].

Fikirlerin pazaryeri doktriniyle de örtüşen bu görüş, bireyleri sayısal olarak mümkün olan en fazla ve farklı görüşlere dayanarak karar vermekte yetkin ve özerk kılmayı esas almaktadır. Bu yorum, Mahkemenin ifade ettiği üzere, "toplumsal meselelerde yürütülen tartışmanın kısıtlanmamış, güçlü ve ardına kadar açık" olması prensibine dayanmaktadır[139]. Fakat bu yorum son tahlilde müdahaleden kaçınmayı gerekli kılmakla ekonomik anlamda sınırlı sayıda fikrin tartışma ortamını baskılaması ile sonuçlanırsa, bahsedilen prensibin tam aksi yönünde bir daralma meydana getirmeyecek midir? Her ne kadar Mahkemeye göre siyasi eşitlik uğruna ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ABD Anayasası'nın Ek Birinci maddesine göre mümkün değilse de, aslında o da ifade özgürlüğünden umulan toplumsal yararı tam da siyasi eşitlik altında yapılan savunuya yakın bir argümanla açıklama eğilimindedir ve burada belli düzeyde bir paradoks ortaya çıkmaktadır: Demokrasinin fikir çeşitliliği ve alışverişi içinde gelişebileceği. Siyasi eşitlikle de arzulanan aslında aynı idealdir. Bu çeşitliliğin ifade özgürlüğünün hiç sınırlanmadan gerçekleşebileceği iddiası ile harcamaların dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması suretiyle gerçekleşebileceği iddiası yöntem anlamında farklılaşıyorsalar da, amaç olarak alt metinlerinde aynı noktadan hareket etmektedirler.

Kanaatimizce siyasi eşitleyicilik (*equalizing*) ifadesindeki eşitlik kelimesi, ifade özgürlüğüne kısmen liberal ve pazaryeri doktrini ile yaklaşan Mahkeme için aldatıcı bir kavram karmaşası yaratmıştır. Sadece harcama sınırlandırmalarıyla adaylar arasında zaten mutlak bir ekonomik eşitliğin sağlanabileceğini söylemek zordur, aslında anayasallığı tartışılan sınırlandırıcı yasal müdahaleyle böyle bir amacın güdüldüğü de hayli kuşkuludur. Bunun adına ne dersek diyelim; ister içinde eşitlik kavramı geçen siyasi eşitlik ifadesi, isterse siyasi çeşitlilik, ya da herhangi bir kavramla adlandırılmayıp belli bir sonucu içeren X durumu. Bu sonuç her halükarda (gerek ifade özgürlüğünü daha üstün değer gören tartışma içinde gerekse siyasi eşitliği de

---

[138] *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.,* s. 48-49.

[139] *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.,* s. 14.

gözeten dengeleyici tartışma içinde) daha fazla zenginleşen, çeşitlenen ve derinleşen bir siyasi tartışma ortamı ve Mahkemenin de kullandığı ifadelerle 'iyi bilgilenmiş seçmen' (*well-informed electorate*)[140] kitlesi ya da 'bilgiye dayanan tercih' (*informed choice*)[141] durumudur. Bu ortamı konumuz özelinde harcamaları sınırlayarak ya da sınırlamayarak oluşturabileceğinize dönük normatif ya da ampirik tezler geliştirebilir ve bunları yarıştırabilirsiniz, ama günün sonunda demokrasi adına görmek istediğiniz aynıdır: çeşitlenmiş ve derinleşmiş bir tartışma ortamı. O halde ifade özgürlüğünü pazaryeri doktrininde olduğu gibi araçsal olarak (kolektif yarar) da meşrulaştırmaya başvuruyorsanız, burada "başkalarının karşılıklı seslerinin arttırılması için toplumumuzun bazı kesimlerinin ifade özgürlüğünü sınırlayabileceği yaklaşımı... Ek Birinci maddeye bütünüyle yabancıdır" cümlesi önemli ölçüde yüzeysel ve havada kalacaktır.

Konuyu buraya kadarki kısmıyla toparlayacak olursak; Yüksek Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğünün kullanım olanakları üzerinden siyasi etkinin eşitlenmeye çalışılması ABD anayasasına göre üstün bir gerekçe oluşturmaz. Mahkeme Buckley kararı için sembolikleşmiş bu cümlesiyle çok açık ve keskin bir dille düşünce çeşitliliğinin sağlanması idealini ifade özgürlüğünün altında bir noktaya yerleştirmiştir. Bu yaklaşım, sadece karara konu olan yasal düzenleme kapsamında değil, siyasi finans alanında adeta bundan sonraki olası tüm yasal müdahaleler için de harcama sınırlandırmalarında meşru gerekçenin ne olamayacağını ortaya koyma iddiası taşır gibi görünmektedir. Bu durumun altını çizen Sorauf, Mahkeme'nin Buckley kararıyla kendini olay temelli değerlendirmelerle sınırlı tuttuğu geleneksel çizgisinden ayırdığını, kampanya finansmanı dışındaki hiçbir alanda bu denli meşru amaç tanımlamasına gitmediğinin altını çizmektedir[142].

VIII. SONUÇ

Paranın siyasal alan ve daha özelde yarışmacı seçimler için ne düzeyde kurucu öneme sahip olduğu iddiası, madalyonun diğer yüzünde onunla ilişkilendirilebilecek olumsuz etkilerin de benzer nispette soruna dönüşebileceği düşüncesine kapı aralamalıdır. Bir şeyin çok önemli veya gerekli olması,

---

[140] *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.*, s. 49, dipnot 55.

[141] *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.*, s. 14.

[142] SORAUF Frank, "Politics, Experience, and the First Amendment: The Case of American Campaign Finance", Vol. 94 (4), **Columbia Law Review**, 1994, s. 105-106.

onun yokluğunun ya da kullanım şeklinin de o düzeyde probleme dönüşebileceği ihtimalini düşünmeyi gerektirir. Nitekim paranın demokratik süreçler üzerindeki olumsuz etkileri dünyada yasa koyucuların gündemine iki genel başlık altında girmektedir: Yolsuzluk ve siyasi eşitliği zedeleme[143]. Bu iki etki arasından birincisi, amaçsal yorum bağlamında devlet müdahalesinin görece daha meşru bir zeminde yürüdüğü bir *ratio-legis* unsuru olarak karşımıza çıksa da, siyasal rekabet ve eşitlik gerekçeleriyle seçim harcamalarına getirilen sınırlandırmalar, ifade özgürlüğü şemsiyesi altında derinleşen karşı bir normatif tartışmayla anayasallık bağlamında daha az güvenli ve kırılgan bir müdahale yöntemine karşılık gelmiştir.

Seçim harcamalarına getirilen sınırlandırmaların arka planındaki normatif tartışmanın kaynağı eşit fırsatlarla yarışması arzulanan farklı siyasi görüşlerin ifade edilebilmesinin ekonomik bir maliyete sahip olması ve bu maliyeti kendi öz (kamu dışı) kaynakları ile karşılayan yurttaşların ya da siyasi toplulukların bir kısmının karar alma süreçlerini bahsi geçen maliyetleri karşılayabilme güçleriyle orantılı şekilde etkileyebilme endişesine dayandırılabilir. Burada bilginin kaynağı ile ekonomik zenginlik arasında tedirgin edici bir birliktelik ya da örtüşme durumundan bahsedilebilir. Diğer yandan, bu endişenin giderilmesine dönük devletlerin kampanya harcamalarını kontrol etmesi, ifade özgürlüğünün daraltılması sorununu da beraberinde getirmektedir. Kısaca sarkacın bir tarafında ifade özgürlüğünün gereği olarak varlıklı bireyler ya da örgütlerin (şirketler, siyasi partiler, sendikalar, sivil toplum kuruluşları, vs.) de dahil olduğu tüm paydaşların görüşlerini sınırsızca ifade edebilmelerindeki olası toplumsal yarar, diğer tarafında ise her bir yurttaşın servet eşitsizliğinden bağımsız olarak devlet yönetimi ve kamusal politika oluşturma süreçlerini eşit koşullarda etkileyebilme ideali karşı karşıya gelmektedir.

Bu çalışma ile seçim harcamalarının sınırlandırılması tartışmasında özgürlük ile eşitlik idealleri arasında sürüp giden gerilimsel ilişkiye işaret etmeye çalıştık. Bu gerilimde aslında kavramsal açıdan bütünüyle bir tutarsızlık da görülmemelidir. Evvela bu iki kavramın ontolojik bağlamda hedefe aldıkları süjeler birbirinden farklıdır. Özgürlüğün karşıt süjesi otorite-siyasi iktidarken, eşitsizliğe dönük müdahale kabaca kendisine haksız temelde imtiyaz sağlanmış birey ya da gruplarla bu imtiyaz nedeniyle baskılanan ya da mağdur edilen birey ya da grupların aralarındaki ilişkilerinin denk olmayan durumlarını hedef alır. Yani devlet-birey ikileminde özgürlük ilkine, eşitlik ikincisine karşı bir eylem

[143] STRAUSS David, "Corruption, Equality, and Campaign Finance Reform", Columbia Law Review, Vol. 94 (4), 1994, s. 1369; SUNSTEIN, s. 106.

alanına sahiptir. Özgürlükte sınırları belirlenecek müdahale sahibi devlet, eşitlik idealinde haksız ayrıcalıkları elinden alınacak, bu duruma velev ki devlet kurumları sebebiyet vermiş olsun, bireydir. Buradan hareketle basitçe devletin özgürlüğün en sathi ve birincil alanında kaçınma-engellememe (negatif karakter)[144], eşitlik için ise müdahalede bulunma-düzeltme yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir. Öyleyse birbirleriyle farklı eylem alanı ve karşıt süjeler barındıran bu kavramlardan her şartta aralarında uyum görülen bir ilişki türü tesis edilemeyebilir. Ama burada altını çizmeyi gerekli gördüğümüz nokta, belli düzeyde ortaya çıkabilecek bu uyumsuzlukta biri doğruysa diğeri yanlış ya da biri varsa diğeri yok türünden birbirine zıt iki normatif değerden söz edilmediğidir.

Demokratik seçimler için tekil düzeyde seçeneklerin ekonomik zenginlikle koşullu olarak daha kuşatıcı ve etkili ifade edilebilmesi, ekonomik gücün sınırlı bir kesim elinde siyasi etki unsuruna ya da imtiyaza dönüşmesi ve böylece seçim ve tartışma gündeminin monopolleşmesi riskini beraberinde getiriyor olabilir. Dolayısıyla kontrol edilmeyen kampanya harcamalarıyla yaşanacak fırsat eşitsizliği, politik hakların açıkça servetle tanındığı Aristoteles'in *oligarşik* yönetim biçimine kıyasla, dolaylı ya da üstü örtülü olarak benzer etkiyi doğurma ayrıcalığını sunabilir. Yani servet yoluyla güvence altına alınabilecek siyasi etki, sadece oy satın almak veya maddi çıkar için arka oda anlaşmaları yapmaktan kaynaklanmaz. Buradaki etkinin sinsiliği, onun açıktan değil ama tartışma gündemindeki düşünce-seçenek çeşitliliğini baskılamakla seçmenlerin müzakere etme ve karar alma haklarını manipüle edici bir kuvvete sahip olabilmesindedir. Briffault'un "*eğer bir seçim finansal olarak yarışmacı değilse çoğunlukla siyasi olarak da yarışmacı değildir*" yorumu bu nedenle yerinde görülebilir[145].

Bowman kararından yola çıkarak AİHM'nin seçim harcamalarına getirilen sınırlandırmalar hakkındaki yaklaşımına dair dört adet çıkarım yapabiliriz: Birincisi, karara konu olan sınırlandırmanın hedefinin doğrudan Bowman'ın ilgili broşürleri bastırıp dağıtması olmadığı dikkate alınırsa, harcamanın kendisi de bir tür ifade aracı olarak yorumlanabilir ve bizatihi paranın kampanya özelinde kullanımının kısıtlanması ifade özgürlüğü kapsamında korunmayı gerektirir. İkincisi, böyle olsa da, seçim harcamalarına getirilen kısıtlamalar ifade özgürlüğü karşısında mutlak karşı çıkılacak bir müdahale türü meydana getirmez. Üçüncüsü, demokratik seçimlerde adaylar

---

[144] ERDOĞAN Mustafa, "İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım", YTD, S. 21, 1998, ss. 13-15.

[145] BRIFFAULT, s. 570.

ya da siyasi partiler arasında ekonomik eşitliğin gözetilmesi, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını haklılaştıran bir gerekçeye karşılık gelir. Son olarak, yine de bu sınırlandırma ölçüsüz olamaz, müdahalenin uygunluğu çarpışan haklar ya da değerler arasında dengeleme faaliyetini gerektirir.

Diğer yandan Buckley kararıyla Federal Yüksek Mahkeme, adayların ya da seçimlerin doğrudan tarafı olmayan kişilerin görüşlerini açıklamada servetlerinden sınırsız şekilde yararlanabilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir. Bu görüşte ifade özgürlüğünün hem bireysel özerklik yorumuna hem de pazaryeri doktrinine dayanan bir takım noktalar göze çarpmaktadır. Bireysel özerklik anlayışına dayanan nokta, bireylerin dinleyici olarak kendi başlarına karar verebilecek düşünsel yetkinlikte (*rationality*) olduğundan hareketle olabildiğince fazla sayıda fikre erişmelerini gerekli görmektedir. İfade özgürlüğünün bu yorumunda birey dinleyici olarak pasif taraftadır. Peki, katılımcı olan birey için de aynı şeyi söylemek mümkün müdür?

Bu noktada Dworkin'in karar hakkındaki eleştirisini özetleyerek konuyu tamamlamak istiyoruz. Dworkin'e göre yurttaşlar demokrasilerde iki role sahiptirler: Birincisi siyasi yarışın hakemleri olarak oynadıkları kolektif rol. Bu rolde her biri eşit oy hakkına sahip olmakla ve yarışan adayları ve düşünceleri dinlemekle değerlendirici taraftadırlar. İkincisi ise hakemlik yaptıkları bu yarışta konuşan ve yarışandırlar, yani bizzat katılımcılar; fikirlerini ifade ederler, desteklerler, muhalefet ederler ve kendileri gibi diğer katılımcı yurttaşlar hakkında eleştiride bulunurlar. İşte ekonomik güçler, tartışma ortamını yönlendirip onun mekanizmalarında söz sahibi olabildiğinde, hakem olarak yurttaşlar günün sonunda hala eşit oy hakkına ve dinleyiciler olarak düşüncelere erişme hakkına sahip olsalar da; katılımcılar olarak diğer yurttaşların ilgisine ve dinleyicilik rollerinden kendi paylarına düşecek olana sahip olamazlar. Yani demokratik süreç, sadece katılımcı olan birey için değil, dinleyici olan birey için de aslında amacından sapmış olur. O halde yurttaşlar sadece dinleyici olarak değil, katılımcı olarak da eşitlenmelidir[146].

[146] DWORKIN Ronald, "The Curse of American Politics", New York Review, 1996, https://www.nybooks.com/articles/1996/10/17/the-curse-of-american-politics/ (Erişim Tarihi: 14.06.2022).

KAYNAKÇA

ALEXANDER Herbert E., "Money and Politics: Rethinking a Conceptual Framework", **Comparative Political Finance in the 1980s**, in Alexander Herbert E. (ed.), Cambridge University Press, Cambrdige, 1989, ss. 9-23.

ALKIN Erdoğan, "Piyasa Ekonomisine Kamu Müdahalesi", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi**, Cilt: 3, S. 6, 2004, ss. 1-7.

AMARTYA Sen, **Development as Freedom**, Oxford University Press, Oxford, 1999.

ARSLAN Zühtü, **Anayasa Teorisi**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2008.

BAKER Edwin, **Media, Markets and Democracy**, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

BARENDT Eric, **Freedom of Speech**, Oxford University Press, Oxford, 2005.

BRIFFAULT Richard, "Public Funding and Democratic Elections", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 148 (2), 1999, ss. 563-590.

BUTLER David, "Elections: Legislation and Litigation", **The Law, Politics and the Constitution: Essays in Honour of Geoffrey Marshall**, in David Butler et al. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999.

CASAS-ZAMORA Kevin, **Paying for Democracy: Political Finance and State Funding for Parties**, ECPR Press, Colchester, 2006.

CHARNOCK Emily J., **The Rise of Political Action Committees**, Oxford University Press, Oxford, 2020.

COHEN Joshua, "Money, Politics, Political Equality", **Fact and Value: Essays on Ethics and Metaphysics for Judith Jarvis Thomson**, in Byrne, R. Stalnaker / R. Wedgwood (eds.), The MIT Press, Cambridge, MA and London, 2001.

ÇELİK Özlem, "Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Gelir ve Giderlerinin Mali Denetimi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, 2010, ss. 1303-1362.

DE SOUSA Luís, "Challenges to Political Financing Regulation: Sound External Monitoring/Enforcement and Sensible Internal Party Accountability", Conference Paper, International Conference on Corruption Control in Political Life and the Quality of Democracy: A Comparative Perspective Europe-Latin America, ISCTE, Lisbon, 19-20 May 2005, ss. 1-40.

DETTERBECK Klaus, "Cartel Parties in Western Europe?", **Party Politics**, Vol. 11 (2), 2005, ss. 173-191.

DWORKIN Ronald, "The Curse of American Politics", New York Review, 1996, https://www.nybooks.com/articles/1996/10/17/the-curse-of-american-politics/ (Erişim Tarihi: 14.06.2022).

ENNIS S. et al., "Inequality: A hidden cost of market power", OECD, 2017, https://www.oecd.org/daf/competition/Inequality-hidden-cost-market-power-2017.pdf (Erişim Tarihi: 18.06.2022).

ERDOĞAN Mustafa, "İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım", YTD, S. 21, 1998, ss. 7-16.

EROL İbrahim, "Ekonomi Açısından Devlet ve Piyasa"; **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 47, S. 3, 1992, ss. 145-155.

EWING Keith, **Money, Politics and Law: A Study of Electoral Campaign Finance Reform in Canada**, Oxford University Press, Oxford, 1992.

FEASBY Colin, "Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter: The Emerging Egalitarian Model", **Mcgill Law Journal**, Vol. 44, 1999, ss. 5-38.

FISHER Justin, "Next Step: State Funding for the Parties?", **The Political Quarterly**, Vol. 73 (4), 2002, ss. 392-399.

FISS Owen M., "Free Speech and Social Structure", **Iowa Law Review**, Vol. 71, 1986, ss. 1405-1425.

GEARTY Conor, "Democracy and Human Rights in the European Court of Human Rights: A Critical Appraisal", **Northern Ireland Legal Quarterly**, Vol. 51 (3), 2000, ss. 381-397.

GEDDIS Andrew, "Confronting the problem of third party expenditures in United Kingdom election law", **Brooklyn Journal of International Law**, Vol. 27 (1), 2001a, ss. 103-152.

GEDDIS Andrew, "Democratic Visions and Third-Party Independent Expenditures: A Comparative View", **Tulane Journal of International and Comparative Law**, Vol. 9 (5), 2001b, ss. 5-108.

GENÇKAYA Ömer Faruk, **Devletleşen Partiler Türkiye'de Siyasi Partilerin Başlıca Gelir Kaynakları**, Anadolu Stratejik Araştırmalar Vakfı, Ankara, 2002.

General Comment No 3, The Nature of States Parties' Obligations, Committee of Economic, Social and Cultural Rights, 1990, https://www.refworld.org/pdfid/4538838e10.pdf (Erişim Tarihi: 18.05.2022).

GHALEIGH Navraj Singh, "Election Spending and Freedom of Expression", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 57 (3), 1998, ss. 431-433.

GOLUBOK Sergey, "Right to Free Elections: Emerging Guarantees or Two Layers of Protection?", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol. 27 (3), 2009, ss. 361-390.

GRAEME Orr (2018) "Full Public Funding: Cleaning up Parties or Parties Cleaning up?", **Handbook of Political Party Funding**, in Mendilow, J. / Phelippeau, E. (eds.), Edward Elgar Publishing, Northampton, ss. 84-102.

HAMADA Yukihiko, Comparative Perspectives on Money in Politics: Findings of the 2018 International Idea Political Finance Database, IDEA, https://www.idea.int/news-media/news/let%E2%80%99s-talk-about-money-comparative-perspectives-political-finance-regulations

HAUGHTON Tim, "Law Unto Themselves: Money, Regulation and the Development of Party Politics in the Czech Republic", Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties, No. 20, 2012, ss. 1-32.

HEYWOOD Andrew, **Siyasetin Temel Kavramları** (çev. Hayrettin Özler), Adres Yayınları, Ankara, 2012.

INGBER Stanley, "The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth", **Duke Law Journal**, Vol. 1984 (1), ss. 1-91.

JOHNSTON Michael, "Politıcal Partıes and Democracy in Theoretical and Practical Perspectives", The National Democratic Institute for International Affairs, 2005.

KABOĞLU İbrahim Özden, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 16. bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2021.

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7 bası, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2013.

KATZ Richard S. / MAIR Peter, "Changing Models of Party Organization and Party Democracy: the Emergence of the Cartel Party", **Party Politics**, Vol. 1 (1), 1995, ss. 5-28.

KITSCHELT Herbert, "Citizens, politicians, and party cartelization: Political representation and state failure in post-industrial democracies", **European Journal of Political Research**, Vol. 37 (2), 2000, ss. 149-179.

KONTACI Ali Ersoy, **Kırılgan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü**, Savaş Yayınevi, Ankara.

KÖLLN Ann-Kristin, "Does Party Finance Regulation Create a Level Playing Field?", **Election Law Journal**, Vol. 15 (1), 2016, ss. 71-82.

KUMRIC Nives Mazur / MİJİC Vjekoslav, "Some Aspects of the Right to Free Elections in the Case-Law of the European Court of Human Rights", **Contemporary Legal and Economic Issues IV**, Faculty of Law, J.J. Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croatia, 2013, ss. 145-181.

KYMLICKA Will, **Contemporary Political Philosophy: an Introduction**, Oxford University Press, Oxford, 2002.

LUCARDIE Paul, "Prophets, Purifiers and Prolocutors", **Party Politics**, Vol. 6 (2), 2000, ss.175-185.

MANGANIELLO Fabio, "Extreme wealth inequality is inevitable in a free market: numbers can prove it, but we can fix it", 2019, https://medium.com/swlh/extreme-wealth-inequality-is-inevitable-in-a-free-market-it-can-be-numerically-proved-but-there-e1b5eada0dca (Erişim Tarihi: 18.06.2022).

MEIKLEJOHN Alexander, **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, Harper & Brothers Publishers, New York, 1948.

MENDILOW Jonathan, "Public Party Funding and Party Transformation in Multiparty Systems", **Comparative Political Studies**, Vol. 25 (1), 1992, ss. 90-117.

MILL John Stuart, **On Liberty** [1859], Oxford University Press, Oxford, 1998.

MILLNS Susan / SHELDON Sally, "Delivering Democracy to Abortion Politics: Bowman V. Unıted Kingdom", **Feminist Legal Studies**, Vol. 7, 1999, ss. 63-73.

MURATOĞULLARI Harun, **The Structural Barriers in Political Party Laws and Electoral Systems Against Minor Party Representation**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2020.

NASSMACHER Karl-Heinz, "Structure and Impact of Public Subsidies to Political Parties in Europe: The Examples of Austria, Italy, Sweden and West Germany," **Comparative Political Finance in the 1980s**, in Alexander Herbert E. (ed.), Cambridge University Press, Cambrdige, 1989, ss. 236-267.

Ó FATHAIGH Ronan, "Ban on Political Advertising Does Not Violate Article 10: Animal Defenders International v. UK", 2013, https://strasbourgobservers.com/2013/04/24/ban-on-political-advertising-does-not-violate-article-10/ (Erişim Tarihi: 07.06.2022).

ÖZBUDUN Ergun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.

PALTIEL Khayyam, "Public Financing Abroad: Contrasts and Effects", **Parties, Interest Groups and Campaign Finance Laws**, in Michael Malbin (ed.) American Enterprise Institute, Washington, D.C., 1980, ss. 354-370.

PALTIEL Khayyam, 'Campaign Finance: Contrasting Practices and Reforms', **Democracy at the Polls**, in Butler David / Penniman Howard / Ranney Austin (eds.), American Enterprise Institute, Washington DC, 1981.

PIERRE Jon / SVÅSAND Lars / WIDFELDT Anders, "State subsidies to political parties: Confronting rhetoric with reality", **West European Politics**, Vol. 23 (3), 2000, ss. 1-24.

PINTO-DUSCHINSKY Michael / POSTNIKOV Alexander, "Campaign Finance in Foreign Countries: Legal Regulation and Political Practices (A Comparatıve Legal Survey and Analysis)", International Foundation for Electoral Systems, 1999, ss. 1-14. https://www.ifes.org/sites/default/files/campaign_finance.pdf (Erişim Tarihi: 06.04.2022).

PINTO-DUSCHINSKY Michael, "Financing Politics: A Global View", **Journal of Democracy**, Vol. 13 (4), 2002, ss. 69-86.

POLANYI Karl, **The Great Transformation from 1920 to 1990, The Political and Economic Origins of Our Time**, 2nd Ed., Beacon Press, Boston, 2001.

RAWLS John, **A Theory of Justice**, Clarendon Press, Oxford, 1972.

RAWLS John, **Political Liberalism**, Columbia University Press, New York, 1993.

REDISH Martin H., "Free Speech and the Flawed Postulates of Campaign Finance Reform", **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Vol. 783, ss. 783-818.

ROPER Steven D., "The Influence of Romanian Campaign Finance Laws on Party System Development and Corruption", **Party Politics**, Vol. 8 (2), 2002, ss. 175-192.

ROWBOTTOM Jacob, **Democracy Distorted**, University of Cambridge, Cambridge, 2010.

SCARROW Susan (2011) "Carrots and Sticks, Chickens and Eggs: Understanding Variations in Party Finance Regulatory Regimes", Conference Paper, the IPSA/ECPR Conference, Sao Paolo, Brazil, February 16-19, 2011.

SORAUF Frank, "Politics, Experience, and the First Amendment: The Case of American Campaign Finance", Vol. 94 (4), **Columbia Law Review**, 1994, ss. 1348-1368.

STRAUSS David, "Corruption, Equality, and Campaign Finance Reform", Columbia Law Review, Vol. 94 (4), 1994, ss. 1369-1389.

SUNSTEIN Cass R., **Democracy and the Problem of Free Speech**, The Free Press, New York, 1995.

ŞAHİN Kemal, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

ŞİRİN Tolga, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, S. 2, ss. 283-348.

TAN Turgut, "Anayasal Ekonomik Düzen", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 7, 1990, ss. 161-178.

UZUN Cem Duran, "Anayasa Önerilerinde Siyasi Partilerin Finansmanı ve Yeni Bir Öneri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 94, 2011, ss. 235-258.

van BIEZEN Ingrid / RASHKOVA Ekaterina R., "Deterring new party entry? The impact of state regulation on the permeability of party systems", **Party Politics**, Vol. 20 (6), ss. 890-903.

van BIEZEN Ingrid, "Financing political parties and election campaigns, guidelines", Council of Europe Publishing, 2003, https://eos.cartercenter.org/uploads/document_file/path/309/Financing_Political_Parties_en.pdf (Erişim Tarihi: 15 Mayıs 2022).

van BIEZEN Ingrid, "Political Parties as Public Utilities", **Party Politics**, Vol. 10 (6), 2004, ss. 701-722.

VIVIANI Francesca, "Right to free elections in the case-law of the European Court of Human Rights", Yayınlanmamış Lisans Tezi, Roma, LUISS Guido Carli, 2013.

YILMAZ Alim, "Adalet ve Sosyal Düzen Arayışında Özgürlük ve Eşitlik Çatışması", **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 23 (89), ss. 65-76.

YÜKSEL Nihat, **Siyasetin Kamusal Finansmanı (Siyasal Partilere Devlet Yardımı)**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2007.

Mahkeme Kararları

ECtHR, *Matthews v. The United Kingdom*, Application no. 24833/94, 18 Şubat 1999.

ECtHR, *Lingens v. Austria*, Application no. 9815/82, 8 Temmuz 1986.

ECtHR, *Bowman v. the United Kingdom*, Application no. 24839/94, 19 Şubat 1998.

ECtHR, *TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway*, Application no. 21132/05, 11 Aralık 2008.

ECtHR, *Castells v. Spain*, Application no. 11798/85, 23 Nisan 1992.

ECtHR, *Wingrove v. the United Kingdom*, Application no. 17419/90, 25 Kasım 1996.

ECtHR, *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia*, Application no. 55066/00, 11 Ocak 2007.

ECtHR, *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, Application no. 48876/08, 22 Nisan 2013.

ECtHR, *Orlovskaya Iskra v. Russia*, Application no. 42911/08, 21 Şubat 2017.

ECtHR, *Cheltsova v. Russia*, Application no. 44294/06, 13 Haziran 2017.

ECtHR, *Długołęcki v. Poland*, Application no. 23806/03, 24 Şubat 2009.

ECtHR, *Oran v. Turkey*, Application no. 28881/07, 15 Nisan 2014.

ECtHR, *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, Application no. 9267/81, 2 Mart 1987.

ECtHR, *Ceylan v. Turkey*, Application no. 23556/94, 8 Temmuz 1999.

ECtHR, *Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, Application no. 32772/02, 30 Haziran 2009.

The US Court of Appeals for the Eighth Circuit, *Nixon, Attorney General of Missouri, et al. v. Shrink Missouri Government Pac et al*., No. 98-963, 24 Ocak 2000, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/528/377/case.pdf (Erişim Tarihi: 22.05.2022).

The US Supreme Court, Abrams v. United States, No. 316, 10 Kasım 1919, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep250/usrep250616/usrep250616.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2022).

The US Supreme Court, *Buckley et al. v. Valeo, Secretary of the United States Senate, et al.*, No. 75-436, 30 Ocak 1976.

The US Supreme Court, *Federal Election Commission v. National Conservative Political Action Committee*, No. 83-1032, 18 Mart 1985.

Birleşik Krallık Lordlar Kamarası, *Director of Public Prosecutions v Luft and Another*, [1976] UKHL J0526-1, 26 Mayıs 1976. https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8c960d03e7f57ecd6c1 (Erişim Tarihi: 06 Haziran 2022).

Internet Kaynakları

ACe the Electoral Knowledge Network, https://aceproject.org/main/english/pc/pce05.htm (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Avusturya Federal Dijital ve Ekonomik İşler Bakanlığı resmi veri tabanı, https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007889 (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Belçika Adalet Bakanlığı resmi veri tabanı, http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1989/07/04/1989000418/justel (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

İtalya Bakanlar Konseyi Başkanlığı resmi veri tabanı, https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1993;515 (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Halk için Hukuk (*Zákony pre ľudí*) portalının resmi olmayan veri tabanı https://www.zakonypreludi.sk/zz/2014-181 (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Birleşik Krallık Hükümeti'nin resmi veri tabanı, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/41/contents (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Bosna Hersek Merkez Seçim Komisyonu'nun resmi veri tabanı, https://www.izbori.ba/Documents/documents/ZAKONI/Sl_gl_BiH_23_01/IZ-Sl_gl_23-01-hrv.pdf (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Zakon.hr Projesi'nin resmi olmayan veri tabanı, https://zakon.hr/z/1957/Zakon-o-financiranju-politi%C4%8Dkih-aktivnosti%2C-izborne-promid%C5%BEbe-i-referenduma (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Fransa Resmi Gazetesi, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006148459/ (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi'nin (*OSCE, ODIHR*) 2018 tarihli Parlamento seçimleri hakkında yayımladığı gözlem raporu, https://www.osce.org/odihr/elections/hungary/385959?download=true (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Makedonya Kamu Personeli Teşkilatı'nın resmi veri tabanı, https://www.aa.mk/WBStorage/Files/izboren_zakonik.pdf (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Birleşik Krallık Seçim Komisyonu'nun resmi veri tabanı, https://www.electoralcommission.org.uk/sites/default/files/2019-11/Candidate%20Part%203%202019%20UKPGE%20GB.pdf (Erişim Tarihi: 19.04.2022).

Birleşik Krallık Kordlar Kamarası Online Kütüphanesi, https://lordslibrary.parliament.uk/raising-election-spending-limits-in-line-with-inflation/ (Erişim Tarihi: 22.05.2022).

Birleşik Krallık Parlamentosu Resmi Websitesi, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/41/contents (Erişim Tarihi: 22.05.2022).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1343-1364

THE EVALUATION OF SOCIAL MEDIA EVIDENCE IN THE TRIALS OF ATROCITY CRIMES(*)

Dr. Öğr. Üyesi **M. Buket SOYGÜT**(**)

Abstract: On August 15, 2017, the International Criminal Court (ICC) issued an arrest warrant against Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, Libyan military commander, accusing him of the murder of 33 people. The pre-trial Chamber founded most of its decision on social media-based evidence. In respect, an important question may arise before the ICC as to value of the social media evidence and /or whether it will serve as a basis fort he verdict if Al-Werfalli is caught. Because, in addtion to be proliferation of social media resoruces, the difficultise of the ICC in collecting evidence and bringing witnesses from the conflict zones cause such poen sources to be used in the trial. However, the characteristics of teh social media evidence have fundamental probleme, especilally regarding the reliability of these evidences. In this articel, we go back a bit and ask a provocative question, based on "cold evidence" practice of Nuremberg Trials Prosecutor Robert Justice Jackson: "May social media evidence replace witnessing one day? The difficulties of this possibility are discuseed in the article with the point of view of restorative justice, taking into account the potantial of international criminal courts to realize the right to truth.

Keywords: International Crimes (Atrocity Crimes), International Criminal Court, E-Evidence, Social Media Evidence, Restorative Justice.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2022. Makale Kabul Tarihi: 13.12.2022.

This article is founded by BAP no. 2018.02.008 (Crimes Against Humanity in International Criminal Law With the Perspective of the Right to Truth, 15/12/2018 - 30/09/2019), by ISTANBUL BİLGİ UNIVERSITY.

(**) Assist.Prof., Istanbul Bilgi University, Criminal Law Department, Istanbul, Turkey (ORCID: 0000-0002-4382-9754; *buket.arslan@bilgi.edu.tr*).

ULUSLARARASI AĞIR SUÇLARIN YARGILANMASINDA SOSYAL MEDYA DELİLLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öz: Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) 15 Ağustos 2017 tarihinde, 33 kişinin ölümünden sorumlu tutulan Libya askeri komutanı Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli hakkında bir yakalama kararı çıkarttı. Bu karar esasen sosyal medyadan elde edilen video görüntülerine dayanmaktaydı. Bu itibarla uluslararası ceza mahkemesinin önünde, Al-Werfalli'nin yakalanması halinde sosyal medya delillerinin değeri ve/veya hükme esas teşkil edip etmeyeceği şeklinde önemli bir sorun ortaya çıkabilecektir. Zira, sosyal medya kaynaklarının çoğalmasının yanısıra UCM'nin çatışma bölgelerinden delil toplaması ve tanık getirtmesi konusundaki zorluklar bu tür açık kaynakların yargılamada kullanılmasına sebep olmaktadır. Bununla birlikte sosyal medya delillerin karakteristiği, bu delillerin özellikle güvenilirliği konusunda esaslı sorunlar barındırmaktadır. Bu makalede biraz geçmişe dönerek Nurmberg Yargılamaları savcısı Robert Justice Jackson'ın "soğuk delil" uygulamasından hareketle kışkırtıcı bir soru sormaktayız: Acaba birgün sosyal medya delilleri tanıklığın yerini mi alacaktır? Makalede bunun zorlukları, uluslararası ceza mahkemelerinin hakikat hakkını gerçekleştirme potansiyeli gözönünde bulundurularak onarıcı adalet bakışıyla tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Suçlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Elektronik Delil, Sosyal Medya Delili, Onarıcı Adalet.

I. INTRODUCTION

Bounding to the increasing use of digital technology all over the world, criminal investigations becomes inevitably dependent much more on digital evidence. Social media has recently become one of the significant digital evidence which may be accepted also as an open source evidence.

The growing quantity and quality of online sources has also considerable potential to strengthen the quality of information feeding into the preliminary examination stage of situations that are being considered by the International Criminal Court (ICC).[1] The Office of the Prosecutor at the ICC (OTP) issued an arrest warrant, based heavily on information derived from social media, for Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, Libyan military commander, on August 15, 2017 by claiming killing 33 people between June

[1] MEHANDRU Nikita - KOENIG Alexa, "Open Source Evıdence and the International Crime", **Harvard Human Rights Journal** (Online Journal), Vol. 4, 2019 (https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/, available at 1.10.2022).

3, 2016 and July 17, 2017 in Eastern Benghazi. If he gets arrested, the probative value of these social media evidence will be discussed in the Court. Again in universal level, concerning torture claims in Syria the German Federal Court of Justice issued an arrest warrant based on thousands of high-resolution images captured by Syrian defector "Caesar", among other evidences.[2] And the future implementation may go further such social media will probably be used - as it happened in national trials of international crimes - for conviction as a part of whole evidence. Thus it needs to be discussed. Furthermore, the challenges to collect strong and sufficient evidence to bring perpetrators of mass atrocity crimes to justice became much more visible on the acquittals of Bemba[3] and Mathieu Ngudjolo Chui at the ICC. However, ICC is seen as a "leading forum for testing the greatest advances in the use of technology for truth-seeking purposes."[4] By 2011, the OTP has initiated investigations concerning the atrocities commited in Kenya, The Ivory Coast and Libya in which digital evidences such as mobile phones, email, social media were critical.[5]

---

[2] ARAVINDAKSHAN Sharngan / KAPOOR Radhika, The Potential and Hurdles of Fighting Atrocities in the Age of Social Media (https://thewire.in/tech/social-media-atrocities-evidence available at 1.10.2022).

[3] ICC acquitted Mr Bemba, Mr Kilolo and Mr Mangenda of the charge of presenting evidence that a party knows is false or forged (Article 70(1)(b) of the Rome Statute), finding that this provision only applies to the presentation of documentary evidence, not to the calling of witnesses, as in the case at hand. See, Summary of the judgment on the appeals of the Prosecutor, JeanPierre Bemba Gombo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido (Conviction) Delivered by Judge Silvia Fernández de Gurmendi Presiding Judge in this appeal 8 March 2018; https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180308-summ-judg-bembaEtAl-conviction.pdf (last visited, 31.5.2019).

[4] COLE Allison, Technology for Truth: The Next Generation of Evidence (https://www.ijmonitor.org/2015/03/technology-for-truth-the-next-generation-of-evidence/, available at 10.10.2018), "The extent of citizen engagement in fact-finding was unprecedented, with an overwhelming deluge of potential evidence uploaded on YouTube, Twitter, and Facebook documenting the conflict in real time. The complexities of social media verification reached crisis mode as high-stake ICC allegations of mass rape, allegedly captured on video and then removed from YouTube, were questioned by the chairman of the UN Commission of Inquiry. It became obvious that it is essential to build ways of managing technology-generated digital evidence and to join the ICC in preparing for the tidal wave of new technology before it hit the ICC and flooded the courtroom with untested evidence.".

[5] "Thus the Court began to consider ways to build its relevant capacity. In 2013, in response to both the prevalence of digital evidence and calls from the judges for stronger evidence, the Office of the Prosecutor embarked on a new strategy focused on open-ended investigations, with the goal of expanding and diversifying evidence collection, and exploiting alternative, non-witness-based evidence-gathering methods. This new strategy included a focus on improving the investigators' capacity to collect and analyze digital evidence and a commitment to creating a Digital Forensics Team within the Scientific Response Unit."

As a matter of course, beside advantages of electronic evidences like carrying metadata, volume and dublicibility, persistence, dispersion and searchibility; there are severe challenges caused form their dynamic nature, changible content, environment-dependence and obsolescence[6] such as the unreliability of certain metadata (such as time stamps on video footage), degradation of video with multiple transfers, subjectivity in interpreting visual imagery, ambiguity in low-resolution photographs and satellite imagery, lack of distinctiveness in city landscapes, and more.[7] Of course legal regime of evidence has been established on hard-copy documents, and electronic evidence requires a new perspective and legal frame.[8] It is obvious that this new era needs proper legal regulation especially for collection, preservation and evaluation of social media evidence to maximize the probative weight assigned to such information in court.[9]

In this paper, it is mainly aimed to point out the potential effects - advantages and disadvantages- of social media evidence in the trials of atrocity crimes in ICC, inspiring from the implementation of Robert Justice Jackson, the chief prosecutor of US in Nuremberg trials, who had tactically relied on hard evidence documentary evidence, rather than soft evidence

---

Digital Fingerprints: Using Electronic Evidence to Advance Prosecutions at the International Criminal Court, Human Rights Center School of Law University of California, Berkeley, February 2014 (https://www.law.berkeley.edu/files/HRC/Digital_fingerprints_interior_cover2.pdf, available at 01.10.2022).

6 For he qualification of e-evidences and its differences form classical documantary evidence, See, STANFIELD Allison, The Authentication of Electronic Evidence, Unpublished PhD. Thesis, Brisbane, Faculty of Law Queensland University of Technology January 2016 (https://eprints.qut.edu.au/93021/1/Allison_Stanfield_Thesis.pdf, availabile at 10.10.2020).

7 FREEMAN Lindsay, "Digital Evidence and War Crimes Prosecutions: The Impact of Digital Technologies on International Criminal Investigations and Trials", **Fordham International Law Journal Forum,** Vol. 41, No. 2, 2018, pp. 283-336.

8 STANFIELD, p. 1.

9 A report from Human Rights Center was published so-called "The New Forensics: Using Open Source Information to Investigate Grave Crimes" highlights the discussion, conclusions, and recommendations from an historic workshop on evidence collection and legal accountability that the Human Rights Center hosted in Bellagio, Italy, from 2-6 October 2017, based on the question how internet-based investigations that rely on publicly accessible information-can be strengthened to improve investigations and prosecutions by uncovering critical evidence of serious international crimes, including genocide, crimes against humanity, and war crimes. This workshop was significant being the first international effort to begin harnessing the probative power and potential of open source investigations for legal accountability. See KOENIG Alexa, The New Forensics: Using Open Source Information to Investigate Grave Crimes (Bellagio Report), California, Human Rights Center School of Law University of California, Berkeley, 2018 (https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2018/02/Bellagio_report_2018_9.pdf, available at 1.10.2022).

(eyewitness testimony) a lot of years ago from now. But the progress of the wide usage of digital evidence in the trials made me ask a provocative question here: "May SME replace eye witnessing oneday?"

In the first part, the potential effect of the social media as evidence for the fight against impunity in atrocity crimes is tackled with. In this regard, initially explanation of the related notions such as e-evidence, e-data, metadata, social media and open source information will be given. After that the response of "why social media should be used as evidence in international trials?" will be searched by stating the difficulties of investigations such as bringing the powerful individuals in front of the court, entering into the conflict areas, the danger for eyewitnessing and so on. The progress of social media as evidence in investigations and also trials of the atrocity crimes will also be examined both with the examples from international and national level in order to indicate the potential of social media. In national level, some of the judgements concerning atrocity crimes made by the domestic courts of Germany, Finland and Sweden are striking, resulting convictions and should be thought about.

The second part of the paper is mostly allocated to the challenges of this new type of evidence, such as preservation, storage, admissibility, reliability mainly sourced from its dynamic and changeable characteristics. Since desinformation via internet is a phenomenon especially by the intent of some groups or the perpatrators itselfs, thus authenticity (originality, integrity, date/location of the recording) is one of the main challenges for the evaluation for reliability.

In the meantime, the general challenges about the evaluation of the evidences will also be raised, such as possibility of varied judgements because of the broad discretion given to the judges, the deferment of the admissibility decisions to the end of trial etc. which may additionally effect the evaluation of social media evidences. Thus the difficult task which is expected to be handled by the ICC is tried to be demonstrated.

Finally, in the conclusion part, the present situation of SME both in the investigations and trials of atrocity crimes will be discussed. The potentials and the challenges for the admissibility of social media as an evidence and its possible future implementation will be then evaluated in respect of restorative justice.

II. POTENTIAL CONTRIBUTION OF SME TO RESTORATIVE JUSTICE: "THE EYE OF THE HISTORY"[10]

In first glance, we may ask "Why Social Media should be used as evidence in international trials?" Essentially, ICC's challenges relating to witness testimony - given below- show the need for pursuing the collection and introduction of additional forms of evidence to support and as a partial alternative to witness testimony:

- Difficulties in bringing the powerful perpetrator in front of the courts[11]
- Difficulties in gathering evidence in the field[12]
- Limited budget of the court
- Voluminous and varied body of the international crimes
- Danger for prosecutors in collecting evidence
- Danger of eyewitnessing (For eg., Lubanga case).[13]

---

[10] DUFFY Aoife, "Bearing Witness to Atrocity Crimes: Photography and International Law", **Human Rights Quarterly**, Vol. 40, No. 4, 2018, pp. 776-814.

[11] "Judicial mechanisms have often failed to hold perpetrators of atrocity crimes because of insufficient evidence. In 2007, constrained by a lack of evidence, the International Court of Justice was unable to hold Serbia responsible for the Bosnian genocide. Similarly, in the case of Gbagbo and Ble Goude - charged with crimes against humanity committed during post-electoral violence in the Ivory Coast - the ICC observed that the prosecutor had failed to submit "sufficient evidence." In India, criminal courts acquitted dozens of accused persons in the 2002 Gujarat riots for lack of evidence." ARAVINDAKSHAN Sharngan / KAPOOR Radhika, The Potential and Hurdles of Fighting Atrocities in the Age of Social Media (https://thewire.in/tech/social-media-atrocities-evidence available at 1.10.2022).

[12] "For ex: In 2016, the United Nations established an International, Impartial and Independent Mechanism (IIIM) to gather documentation that could potentially be used in future prosecutions of international crimes committed in Syria. The IIIM, like other external actors, has thus far been barred from entering Syria by the Syrian government, so it has focused on the collation of digital documentation, even signing a Protocol of Cooperation with Syrian civil society groups that collect digital evidence". HAMILTON Rebecca J., "Social Media Platforms in International Criminal Investigations", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol. 52, Issue 1, 2020, p. 217.

[13] Lubanga case at ICC was dependent upon prooving the age of the soldiers who were claimed to be used, conscripted or enlisted beyond reasonable doubt. (unreliable testimonies under witness coaching, difficulties entering to Ituri Region, any opportunity of speaking to family members or reaching to the school records. Video footage portraying Lubanga inspecting troops who appeared to be under the age of fifteen and presented an expert report relating to Xray examinations of bones and teeth, resulted with conviction (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo,* ICC-01/04-01/06. https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga).

It should be mentioned that the arguments alined are connected to each other; and obstruct reaching the factfinding in the trials of atrocities. Regarding those challenges, existence and usage of social media evidence helps the judges to reach the truth by:

- Lessening the dependence on witnesses testimony and eliminates the need to call multiple witnessess,[14]
- providing evidences due to easy access and transfer due to its intangible nature, independency from place and time, transferable in seconds,[15]
- allowing for information to be introduced in court that captures dimensions of a situation, event or location that may be beyond (contemporaneous) human perception or may provide a counterpoint to a witness's recollection.[16] (For ex; in comprehending relevant geographical relationships such as the proximity of the mass graves to Srebrenica).

Thus, looking through wide frame, the admission of social media with other types of "open source information" as evidence of atrocity crimes may finally help to the peacebuilding processes (like truth commisions) as an restorative justice instrument, contributing

- deterrence (at least for some potential perpetrators),
- naming and shaming (ex: El Salvador, Liberia),[17]
- mobilize action,
- systemic reform,
- educational materials,
- history writing, memorising etc.

---

[14] VAN SCHAACK Beth, "Innovations in International Criminal Law Documentation Methodologies and Institutions", **SSRN Electronic Journal**, February 5, 2019 (https://ssrn.com/abstract=3329102 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3329102, available at 1.10.2022).

[15] See, DUFFY, p.777, about how do photography and visual media bear witness to atrocity crimes in international law.

[16] FREEMAN, p. 302.

[17] WIEBELHAUS-BRAHM, Eric, "Promoting Accountability, Undermining Peace? Naming and Shaming in Transitional Justice Processes" In FRIMAN H.R. (eds), **The Politics of Leverage in International Relations**, Palgrave Studies in International Relations Series, Palgrave Macmillan, London, 2015, pp. 86 - 102 (https://doi.org/10.1057/9781137439338_5, available at 15.10.2019).

Thanks to the criminal trials the truth is uncovered; the denial of the unfairness is prevented significantly. An official message is deeply given that old policies are rejected. It is emphasized that everybody is in the scope of law. And the victims are given the right of speak out their traumas. On the other hand it shouldn't be forgotten that the contribution of criminal courts to peacebuilding processes is quiet limited because of several reasons[18]. Thus solely a criminal court can't not assure a full peacebuilding; the legal systems should strictly include some private processes like truth commisions. But trials may still be a strong instrument for peacebuilding especially if a legal system does not include any other processes.

III. EVOLUTION OF SME IN THE TRIALS OF ATROCITY CRIMES

After World War II, a movement began in national jurisdictions to increase the use of scientific evidence. **Nuremberg** trials were heavily based on documentary evidence since the existence of methodical record keepers (photos, videos, IBM computer records). In **Yugoslavia and Rwanda,** more advanced methods such as DNA profiling, use of satellites, unmanned aerial vehicules and other cutting-edge remote sensing technologies, expert witnesses (social-legal-forensic experts) were used at trials of atrocities. With the technological develepments especially the proliferation of cellular phones and other mobile devices with cameras, drone Technologies, the the usage of internet, particulary social media and other interactive web services were begun to be accepted as evidence at **Hybrid (internationalized) courts** (Sierra Leone 2002, Cambodia 2003, Lebanon 2007).

When we focus on ICC, it can be clearly said that early cases were eyewitness focused and relied almost entirely on testimonial evidence[19]. Later on video evidence (Lubango -Dem. Reb. Of Congo), audio-recordings of radio incepts (Uganda), facebook photos (Bemba Case), records of wire tranfers, call data records and telephone intercepts, e-mails, social media posts (Bemba et al), the verdicts were taken on basis those, among other evidence. Furthermore in Al-Mahdi Case, images from google earth, videos from youtube, audioclips found in the internet- interactiv digital platforms

---

[18] MURATOĞLU Cansu, **Geçmişle Yüzleşme, İmkanlar ve İmkansızlıklar**, Zoe Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 157- 158; ERÖZDEN Ozan, **Geçmişle Yüzleşme ve Ceza Adaleti: Yugoslavya Deneyimi**, Dost Kitabevi, Ankara, 2017.

[19] FREEMAN, p. 302.

(Al-Mahdi) were used for both initiating investigations and partly convicting. The defendant was identified through video footage for which he willingly posed and which he himself posted to social media as progaganda and promotion of Ansar Dine's attcak on cultural heritage sites in Timbuktu. And finally, solely social media images were based to an arrest warrant for Al-Werfalli.

Some National Courts took also initiative to use the digital evidence, mostly in the trials of Syrians charged with atrocity crimes. Germany[20], Sweden and Finland[21]. The courts convicted the accused of committing war crimes upon their self-posed photos of dead people. For ex, Frankfurt am Main Higher Regional Court, Germany (12 July 2016) used the photographs in fixing the elements of crime, among other evidence. The court stated that -fixing actus reus - *'any reasonable person confronted (with the photographs) would likely feel revulsion, disgust and be horrified';* - Fixing mens rea- *"accused relaxed position in the photos" shows intent of humiliating, degrading or violating the dignity of the people who had been beheaded and the heads belonged to members of the Syrian Army.* **Blekinge District Court,** Sweden, (6 Dec 2016) convicted the accused, an Iraqi migrant, of committing a war crime by posing next to a decapitated head on a plate along with other bodies from which the heads had been severed, and shared images of himself on Facebook, in which he was wearing a military uniform. The Appeal Court further clarified the defendant's argument of being forced to pose. It assessed the photos and concluded that the defendant was actively posing, by looking directly into the camera, putting his foot on the bodies and by showing victory gestures. Stuttgart Higher Regional Court (11 Jan 2018) convicted the defendant on stating that despite the defence of acting under command the opposite is understood from the captured facial expressions and gestures of the accused. In the opinion of the Senate, his displayed cheerfulness and serenity are compatible with neither an alleged in-

---

[20] I would like to address special thanks to my colleague, Lawyer Orhun Ülbegi for the translation of German Courts decisions from its orijin.

[21] For decisions, see; Prosecuting War Crimes of Outrage Upon Personal Dignity Based on Evidence From Open Sources - Legal Framework and Recent Developments in the Member States of the European Union, Hague, February, 2018 (http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/genocide-network/KnowledgeSharing/Prosecuting%20war%20crimes%20of%20outrage%20upon%20personal%20dignity%20based%20on%20evidence%20from%20open%20sources%20(February%202018)/2018-02_Prosecuting-war-crimes-based-on-evidence-from-open-sources_EN.pdf, available at 1.10.2022).

ner indignation nor the alleged external pressure of the superior. **Stocholm District Court** - Swedfd - (17 Feb 2017) A Syrian asylum seeker, was also convicted of participating in the mass killing of seven captured Syrian soldiers (war crime) after the New York Times published a video of the killings in September 2013, on which the accused appeared. The information found on YouTube and Facebook to determine the time and place where the capture of the soldiers took place and could therefore demonstrate that very little time passed between the capture and the execution of the prisoners.

For the first instance, it may be said that the experience of national courts seem more striking and clear then ICC's, but not satisfying to built a standard about probative value of SME due to two main reasons: (i) Each cases given which are associated with SME are based on the same war crime charge: outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment. Thus the nature of this crime is more convenient to be proved with photos and videos. On the contrary ICC deals with various charges. (ii) In all those cases the accused did not deny to the images. So courts grounds are not satisfying at point of reliability. For this reason we should move on to ICC, and look closer.

IV. CHALLENGES AT ICC CONCERNING EVIDENCE

1. A General Challenge About the Evaluation of Evidence

Inadmissibility of the evidence is not regulated in details in Rome Statute and Rules of Evidence, but only for prohibited evidences. Thus the judges have broad discretion about the evaluation of evidences. Furthermore, the rules of evidence are generally conducted in civil law tradition where the judges come from different legal traditions and according to the chambers the burden of proof of the reliability of a document (digital evidences are accepted as documentary or forensic evidence[22]) lies on a party seeking its admissibility. For those reasons, it is difficult to create an established jurisprudence about the admissibility of the evidence in generale, and SME in speciale.

2. Challenges Derived From the Characteristics of SME

As a matter of course, beside advantages of electronic evidences like carrying metadata, volume and dublicibility, persistence, dispersion and searchibility; there are severe challenges caused from their dynamic nature,

[22] FREEMAN, p. 296.

changible content, environment-dependence, obsolescence.[23] And this dynamic character may cause the unreliability of certain metadata (such as time stamps on video footage), degradation of video with multiple transfers, subjectivity in interpreting visual imagery, ambiguity in low-resolution photographs and satellite imagery, lack of distinctiveness in city landscapes, and different perception of the visual[24] and more.[25]

Those challenges may probably effect negatively the fair trial and the judgement both in pre-trial and trial stages of a case. Such as:

A. Availability, Storage and Preservation

At pre-trail stage inwhich the most of the evidence supposed to be gathered, one of the biggest challenges concerning the issue is preserving and collecting the evidence. According to the report of Human Rights Watch in September 10, 2020; social media platforms are taking down online content which they consider terrorist, violently extremist, or hateful in a way that prevents its potential use to investigate serious crimes, including war crimes.[26] For ex, Facebook asserted in 2018 that 99.5%of terrorism-related content was taken down by algorithms before anyone could see it.[27]

Thus, potential evidence become inaccessible, even though companies begun to make some technical efforts to preserve them. However this effect may be limited because "relying on digital evidence also means relying on the platforms who host it."[28] On the contrary, quick preservation of the evidence is very important since the territories may change hands and be reverted to regime control, certain sources may not be accessible longer.[29] The

---

[23] For the qualification of e-evidences and its differences form classical documantary evidence, See, STANFIELD, p. 60.

[24] DUFFY, p. 783.

[25] FREEMAN, p. 297.

[26] HAMILTON Rebecca J., "Social Media Platforms in International Criminal Investigations", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol. 52, Issue 1, 2020, pp. 213-223.

[27] ARAVINDAKSHAN Sharngan / KAPOOR Radhika, The Potential and Hurdles of Fighting Atrocities in the Age of Social Media (https://thewire.in/tech/social-media-atrocities-evidence available at 1.10.2022).

[28] For the efforts of Youtube and etc. See HAMILTON, p.222.

[29] For ex: "The International Military Tribunal for the Far East noted that under censorship regulations photographing prisoners of war was prohibited by the Japanese government, and when it became obvious that Japan would be forced to surrender, there was a concerted effort to destroy any evidence pointing to the ill-treatment of prisoners of war and civilian internees." DUFFY, p. 780.

cases might develop years after a crime has occurred and after information has disappeared from the internet.[30]

Furthermore the legal authorities have no direct access to this sort of evidence since they are often stored abroad or by a foreign service provider. In international level mutual legal assitance- MLA or European Investigation Order (in EU level) is a prerequisite to obtain them, means possibly loss of data regarding the length of the procedures. Ofcourse, there are some efforts to bypass the processes. For ex: *In national level*, In March 2018, United States enacted a CLOUD ACT (Clarifying Lawful Overseas Use of Data) that envisages the reach of US law enforcement authority over extraterritorially located data and setting out a mechanism for foreign governments to gain expeited access to US - held data in specified circumstances. There are also similar initiatives in national level for ex, UK, Belgium and Australia. *In EU level* e-evidence initiative is currently under debate of EU parliament (unmediated third-country Access). The aim is to assure direct requests for e-evidence sent by law enforecement authorities in the EU to service providers in other EU member State.[31] The regulation provides a mechanism for law enforcement in an investigating country to bypass the mutual legal assistance process and issue a disclosure order directly to aprivate company that holds evidence of interest, even, if that private company is located outside the investigating country's territorial jurisdiction.[32] However it has also challenges about jurisdiction, the lawfulness and 'forum-shopping', inefficiency, the privacy and data protection.[33]

---

[30] KOENIG Alexa, The New Forensics: Using Open Source Information to Investigate Grave Crimes (Bellagio Report), California, Human Rights Center School of Law University of California, Berkeley, 2018 (https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2018/02/Bellagio_report_2018_9.pdf, available at 1.10.2022).

[31] TOSZA Stanislaw, "The European Commission's Proposal on Cross-Border Access to E-Evidence", **EUCRIM**, Issue 4, 2018. p. 213.

[32] DASCAL, p. 224.

[33] "Third-country access to data unlawfully bypasses existing legally-binding channels, resulting in legal insecurity and mistrust, the lawfulness and 'forum-shopping' challenge: These practices and current discussions in international and regional fora fail to pass the lawfulness test in EU law. Some security actors are using regional venues ('forum shopping') to agree on new rules that would put at risk EU rule-of-law standards by legalising unilateral law-enforcement access by third countries to data held by private-sector actors. Arguments alleging that MLA agreement models are inefficient are not substantiated by the available evidence or statistics on their uses and practical operability. Third-country access to data outside MLA agreements is contrary to EU data protection acquis". See CARRERA Sergio / FUSTER Gloria González / GUİLD Elspeth, MITSILEGAS Valsamis, **Access to Electronic Data by Third-Country Law Enforcement Authorities**, Challenges to EU Rule of Law and Fundamental Rights, Centre for European Policy Studies (CEPS) Brussels, Brussels, 2015.

Concerning storage, there are some NGO's or companies dealing wih collecting and preserving SME such as International Bar Association (IBA), Humanitarian Data Exchange (HDX), Human Rights Data Analysis Group (HDRAG). For example, The EyeWitness to Atrocities project, launched under the auspices of the International Bar Association in partnership with LexisNexis, DLA Piper, and other international law firms, offers an app that complies with legal requirements of evidence when recording videos, photos, or audio related to war crimes, crimes against humanity, genocide, and torture. The app allows the capture, storage, and verified transfer of raw footage." The authentication process includes the capture of time and location via different sources to create a digital fingerprint of the images that renders the footage non-editable. The apps also ensure a chain of custody that prevents the hacking of the contents by external agents. However we meet again the dilemma concerning the storage of large datasets that contain quantities of digital personal information significant concerns about privacy and data-protection as well as the right to a fair trial.[34]

Impunity is another obstacle before preservation of the evidence in the trial of atrocities. Because "the destruction of evidence of war" has not been regulated as a crime in the Rome Statute.

B. Admissibility (Trial Stage)

Admissibility means that evidence should be relevant to the tried issue and is one of the requirements for an evidence to be accepted in a trial. Once evidence has been found to be admissible, the next question the court will consider is the weight that will be given to the evidence.[35]

A common sense about admissibility in international level, since there is no an overarching standard, the admissibility threshold in international tribunals may be alleged generally low relative to that in common law countries like the United States.[36]

(https://www.ceps.eu/system/files/Access%20to%20Electronic%20Data%20%2B%20covers_0.pdf, available at 15.5.2020).

[34] LAVING Laura-Liisa, The Reliability of Open Source Evidence in the International Criminal Court, Unpublished Master Thesis, Lund, Faculty of Law Lund University, Spring 2014 (http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=4457910&fileOId=4457912, available at 1.10.2022).

[35] STANFIELD, p.11.

[36] MEHANDRU Nikita - KOENIG Alexa, "Open Source Evıdence and the International Crime", **Harvard Human Rights Journal** (Online Journal), Vol. 4, 2019 (https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/, available at 1.10.2022).

According to ICC "existence of a fact at issue more or less probable." For an item to be admitted into evidence it must satisfy a three-part test involving: *a) Relevance, b) Probative value,* comprised of two parts: reliability of the exhibit, the extent to which the exhibit is likely to influence the determination of a particular issue, *c) Absence of prejudicial effect on the rights of the accused.*

Social media evidence may raise substantial concerns if the information provided with it will be determinative of the case; editing can have substantial effects on the apparent guilt of a party in ways that are problematic because they may deviate from the objective truth underlying a particular event.[37]

Reliability is one of the big challenges in front of the courts. Because it is known that some of the terror organizations use the social media for an instrument of propaganda, by making desinformation. They distribute photos or videos of corps from fake masssacres, fabricated stories of rape etc.[38] Dynamic and changeable nature of e-evidences may create authentication problem. That's why the examination of this type of evidence strictly requires **expertness of judicial authorities or the assistance of experts**.[39] It is needed to distinguish the fakes from the real ones. Reliability may be assured in two ways[40]:

---

[37] MEHANDRU Nikita - KOENIG Alexa, "Open Source Evıdence and the International Crime", **Harvard Human Rights Journal** (Online Journal), Vol. 4, 2019 (https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/, available at 1.10.2022).

[38] For ex; The *New York Times* reported disturbing details of a systematic campaign led by Myanmar's military elite to use Facebook's broad reach to incite violence against the Rohingya. Through fake accounts and celebrity pages, the military disseminated anti-Rohingya propaganda, fake news, and inflammatory photos to millions of followers. As many as 700 people were involved in spreading this content to users across the country. (https://www.publicinternationallawandpolicygroup.org/lawyering-justice-blog/2019/2/13/international-criminal-liability-in-the-age-of-social-media-facebooks-role-in-myanmar, available at 1.10.2022).

[39] "For ex: During General Galic's prosecution at the ICTY, photographic evidence showing bullet wound scars on a victim's back was favored by the court over a medical certificate that presented a different account of how the injuries were acquired. In the court's estimation, the photograph was determinative because it corroborated the witness's testimony regarding the "point of entry and exit of the bullet" and supported a theory about the direction of gunfire overlooked by the medical report." DUFFY, p. 801.

[40] See International Bar Association, International Criminal Court and International Criminal Law Programme, Evidence Matters in ICC Trials, 2016 (https://www.ibanet.org/document?id=Evidence-matters-in-icc-trials, available at 8.8.2022).

a) Authenticity (originality, integrity, date/location of the recording) (the prefered method.)[41]

b) Other indicas (such as bias of source, public/private nature of information, testimonial nature of publication, contemporaseeness of the recording, purposes for which it was created, ability to independently verify).

Metadata and chain of custody are important but not enough since they may be stripped away or changed. Therefore cannot be used to corroborate critical information about the videographer and uploader, as well as the time, date, and place of filming. Thus, it is suggested to establish standards around corroboration and verification that help maximize the evidentiary weight of information derived from open sources[42]

Deferment of the decision may be another challenge concerning the admissibility. The Chambers have discretion to decide when they want to make a determination on the admissibility of the evidence - they can do it during trial as the evidence is presented by the parties or wait until their final judgment. The majority of Chambers have opted for the latter. Thus, when the parties close their cases, they do not know which items of evidence will be admitted and which, if any, will be excluded (For ex: Bemba Case). As stated by the Judge Henderson[43] there is no legal ground to leave the settled implemention issuing admissibility decisions at the end of trial, after the closure of evidence. This misguided application is also irrelevant from the legal tradition of the judges and it has impact on the respective parties' ability to efficiently and adequately prepare**.** Furthermore it might be said that this application against the international criminal law may cause the violation of defendant's right.

---

[41] For ex.; in the last case (Al-Mahdi) ICC did not faced a difficulty concerning admissibility of digital evidence since the suspect plead his guilt. OTP used internal investigators to verify authentication. OTP used satelite images found on Google Earth by using screenshot method. Focused on ascertaining the date, time an location but not especially the authenticity of the images. However Google Earth images positional accuracy should be questioned since they can be changed by updating. (FREEMAN, p. 318).

[42] MEHANDRU Nikita - KOENIG Alexa, "Open Source Evıdence and the International Crime", **Harvard Human Rights Journal** (Online Journal), Vol. 4, 2019 (https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/, available at 1.10.2022).

[43] See, A dissenting opinion of Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, ICC-02/11-01/15-405, https://www.icc-cpi.int/Pages/ret6cord.aspx?docNo=ICC-02/11-01/15-405 (Visited at 10.12.21).

V. DISCUSSION: MAY SME REPLACE WITNESS TESTIMONY ONEDAY?

The question was "May SME replace witness testimony oneday?", by inspiring from the practice of Robert Justice Jackson, the chief prosecutor of US in Nuremberg trials. Since, the prosecution had tactically relied on hard evidence, rather than soft evidence (eyewitness testimony). By privileging historical document over personal testimony, Jackson aimed to "establish incredible events by credible evidence"; these written documents. Actually Jackson did not prefer to inject drama of victimization into the proceeding. However as mentioned by Arrendt, the sole aim of this trial should be to render the justice and the trial should not be conducted as an ordinary exercise of the criminal law so the discussion here is whether "usefulness of the didactic trial as a tool for exploring traumatic history."[44]

It would be better to answer the question for now and for future separately:

1. Current Situation

Regarding both the technical and legal challenges concerning SME, they can not replace live testimony and be accepted as a sole or direct evidence yet. Thus, they can be used only as **circumstantial, indirect evidence.** Furthermore abundance of evidence may also help the case to reach the truth regarding the complex nature of atrocity crimes. It is notable that the aforementioned evidence produced by the photojournalist Corinne Dufka was significant to Charles Taylor's successful prosecution, but Dufka also appeared as a witness at the ICTR.[45]

Initially, for the sake of confidentiality, they should be corroborated at least with the **expert examination**, also regarding different languages or dialects of defendants, the ambiaence and etc. (Remember the first techno experience between IBM and Nuremberg tribunals for simultonaues interpretation) And also with other evidence due to protect the rights of defendant.

---

[44] LAWRENCE Douglas, "History and Memory in the Courtroom: Reflections on Perpetrator Trials", In REGINBOGIN Herbert/R.SAFFERLING Christoph (Editör), **The Nuremberg Trials: International Criminal Law Since 1945**, 60th Anniversary International Conference, K G - Saur München, München, 2006, pp. 95- 105 (https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/31639, available at 1.10.2022).

[45] DUFFY, p.813.

Regarding the needs and its potential contribution to the trials of atrocity crimes, the system should be strenthened. As stated by ICC (Pros. V. Katanga and Ngudjolo) it should not be unilaterally. Parties should be involved in order to avoid being caught of-guard by the findings. That's also related with the **temporaneus evaluation** of the admissiblity **not at the end of the trial.**

But this evaluations **depends on the qualification and content of the decision**. As very well known the degree of doubt varies according to the quality of decision such as arrest, indictment or verdicts? ICC predicated a warrant of arrest to solely a social media evidence (Al-Werfalli Case). Since in order to convict the accused, the Court must be convinced of the guilt of the accused ***beyond reasonable doubt***. However, SME can not satisfy this standard yet.

ICC refers to treaties and rules of international law but not national rules governing evidence. And it has very simple frame. According to its jurisdiction an evidence is admissible according to its i. relevance, ii. probative values, iii. prejudicial impact. But it does not regulate in what conditions an evidence are inadmissible.

However there are three points -taken all together- which may pose some challenges for admissibility

1. ICC rules does not regulate the situations of inadmissibility. So the judges have broad discretion over it.
2. Furthermore and depending upon the first challenge, judges are from different law systems. Thus the evaluations of the admissibility may vary according to the tradition which the trial judge belongs to.
3. Jugdes generally wait untill the end of trial to decide admissibility

These 3 dimensions of admissibility issue may results different evaluations about the probative value of social media evidences. It may also cause difficulty to predict the decisions. This causes lack of victim satisfaction, obstacles for further argumentation for the accused. Thus IBA also advise that best practices should be guide for all chambers regarding the rights of accused.

Ofcourse, "the visual may present an insurmountable challenge to defense arguments, by disrupting and contradicting oral testimony and hearsay

evidence. However, between the transitive function of photography and its probative role as evidence, illuminated by common law rules of evidence that exclude visual evidence which would risk prejudicing a jury."[46]

2. Future Implementation

Despite this current situation SME will highly probably be more significant and has possibility to be respected as direct evidence regarding to technical developpements in trials of atrocity crimes. Thus this new era will need to be standardized legally especially according to the varity of e-evidence. Therefore as proposed by IBA best practices should be guided. And the measures should be taken involving:

- judges should be chosen carefully. In order to understand the evidence and its significance judges need considerable backround information and context on the historical, cultural and political nature of conflict.[47]
- concerning storage and preservation collaboration should be strengthen and disseminated
- In order to deal with the destruction of evidences of war, it should be regulated as a new type of crime in Rome Statute.

VI. CONCLUSION

I had started with a question to this article, "may SME replace witness testimony oneday, in the trials of atrocity crimes, inspiring from the arguments at Nuremberg trials. One may think that why not, especially regarding the difficulties and risks of eyewitnessing. However initially I would like to call attention to the nature of the atrocity crimes. When you take the deep travma of victims into account, their rights to describe it cannot be ignored, of course if these trials are accepted as a part of peacebuilding processes beyond punishing. The struggle with impunity also requires this. It is much more significant if the victims have no opportunity for alternative peacebuilding processes such as truth commisions in their own countries.

ICC's challenges in the trials of atrocity crimes show the need for pursuing the collection and introduction of additional forms of evidence to sup-

---

[46] DUFFY, p.777.

[47] FREEMAN, p. 298.

port and as a partial alternative to witness testimony. Social media is inevitably one of them with its advantages. However, neither the concerns about reliability nor the general challenges of evidence at ICC can be ignored both for the sake of truth and also the fair trial rights.

ICC has efforts to improve its capacity. However much work remains to be done to carve a way forward with regards to open source/social media evidence. The approach taken to this type of evidence will be determinative for future implementation in conflicts such as Syria and Yemen. The complexity of SME evidence will continue to be a challenge in front of international criminal courts, especially in ICC. However, acquitions of the law such as fair trial should also be preserved. Fortunately Rome Statute also refers to the article 6 of European Convention on Human Rights. Remembering the very beginning of the trials of international crimes which ignored the fundamental rights such as principle of legality and right to a natural judge, the social media evidence should not cause a step backward.

SOURCES

ARAVINDAKSHAN Sharngan / KAPOOR Radhika, The Potential and Hurdles of Fighting Atrocities in the Age of Social Media (https://thewire.in/tech/social-media-atrocities-evidence available at 1.10.2022).

CARRERA Sergio / FUSTER Gloria González / GUİLD Elspeth, MITSILEGAS Valsamis, **Access to Electronic Data by Third-Country Law Enforcement Authorities**, Challenges to EU Rule of Law and Fundamental Rights, Centre for European Policy Studies (CEPS) Brussels, Brussels, 2015. (https://www.ceps.eu/system/files/Access%20to%20Electronic%20Data%20%2B%20covers_0.pdf, available at 15.5.2020).

CHRISTENSEN Robert, "Getting to Peace by Reconciling Notions of Justice: The Importance of Considering Discrepancies Between Civil and Common Legal Systems in the Formation of the International Criminal Court", **UCLA J. INT'L L. & FOREIGN AFF.**, Vol. 6, No. 2, 2001, pp. 391-422.

COLE Allison, Technology for Truth: The Next Generation of Evidence (https://www.ijmonitor.org/2015/03/technology-for-truth-the-next-generation-of-evidence/, available at 10.10.2018).

Digital Fingerprints: Using Electronic Evidence to Advance Prosecutions at the International Criminal Court, Human Rights Center School of Law University of California, Berkeley, February 2014 (https://www.law.berkeley.edu/files/HRC/Digital_fingerprints_interior_cover2.pdf, available at 01.10.2022).

DOHERTY Justice, "Evidence in International Criminal Tribunals: Contrast between Domestic and International Trials", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 26, No.4, 2013, pp. 937-945.

DUFFY Aoife, "Bearing Witness to Atrocity Crimes: Photography and International Law", **Human Rights Quarterly**, Vol. 40, No. 4, 2018, pp. 776-814.

ERÖZDEN Ozan, **Geçmişle Yüzleşme ve Ceza Adaleti: Yugoslavya Deneyimi**, Dost Kitabevi, Ankara, 2017.

FAUCHER Rosine, "Social Media and Change in International Humanitarian Law Dynamics", **Inter Gentes**, Vol. 2, Issue 1, 2019, p. 48-74 (https://intergentes.com/social-media-and-change-in-international-humanitarian-law-dynamics available at 1.10.2022).

FREEMAN Lindsay, "Digital Evidence and War Crimes Prosecutions: The Impact of Digital Technologies on International Criminal Investigations and Trials", **Fordham International Law Journal Forum,** Vol. 41, No. 2, 2018, pp. 283-336.

HAMILTON Rebecca J., "Social Media Platforms in International Criminal Investigations", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol. 52, Issue 1, 2020, pp. 213-223.

HIATT Keith, "Open Source Evidence on Trial", **Yale Law Journal Forum**, March 2016, pp. 323-330 (http://www.yalelawjournal.org/forum/open-source-evidence-on-trial, available at 1.10.2022).

International Bar Association, International Criminal Court and International Criminal Law Programme, Evidence Matters in ICC Trials, 2016 (https://www.ibanet.org/document?id=Evidence-matters-in-icc-trials, available at 8.8.2022).

KOENIG Alexa, The New Forensics: Using Open Source Information to Investigate Grave Crimes (Bellagio Report), California, Human Rights Center School of Law University of California, Berkeley, 2018 (https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2018/02/Bellagio_report_2018_9.pdf, available at 1.10.2022).

LAVING Laura-Liisa, The Reliability of Open Source Evidence in the International Criminal Court, Unpublished Master Thesis, Lund, Faculty of Law Lund University, Spring 2014 (http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=4457910&fileOId=4457912, available at 1.10.2022).

LAWRENCE Douglas, "History and Memory in the Courtroom: Reflections on Perpetrator Trials", In REGINBOGIN Herbert/R.SAFFERLING Christoph (Editör), **The Nuremberg Trials: International Criminal Law Since 1945**, 60th Anniversary International Conference, K G - Saur München, München, 2006, pp. 95- 105 (https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/31639, available at 1.10.2022).

MEHANDRU Nikita - KOENIG Alexa, "Open Source Evıdence and the International Crime", **Harvard Human Rights Journal** (Online Journal), Vol. 4, 2019 (https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/, available at 1.10.2022).

MURATOĞLU Cansu, **Geçmişle Yüzleşme, İmkanlar ve İmkansızlıklar**, Zoe Yayıncılık, İstanbul, 2019.

PIKIS Georghios M. , **Rome Statute for the International Criminal Court: Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.

Prosecuting War Crimes of Outrage Upon Personal Dignity Based on Evidence From Open Sources - Legal Framework and Recent Developments in the Member States of the European Union, Hague, February, 2018 (http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/genocide-network/KnowledgeSharing/Prosecuting%20war%20crimes%20of%20outrage%20upon%20personal%20dignity%20based%20on%20evidence%20from%20open%20sources%20(February %202018)/2018-02_Prosecuting-war-crimes-based-on-evidence-from-open-sources_EN.pdf, available at 1.10.2022).

STANFIELD Allison, The Authentication of Electronic Evidence, Unpublished PhD. Thesis, Brisbane, Faculty of Law Queensland University of Technology January 2016 (https://eprints.qut.edu.au/93021/1/Allison_Stanfield_Thesis.pdf, availabile at 10.10.2020).

TOSZA Stanislaw, "The European Commission's Proposal on Cross-Border Access to E-Evidence", **EUCRIM**, Issue 4, 2018, pp. 212-219.

VAN SCHAACK Beth, "Innovations in International Criminal Law Documentation Methodologies and Institutions", **SSRN Electronic Journal**, February 5, 2019 (https://ssrn.com/abstract=3329102 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3329102, available at 1.10.2022).

WIEBELHAUS-BRAHM, Eric, "Promoting Accountability, Undermining Peace? Naming and Shaming in Transitional Justice Processes" In FRIMAN H.R. (eds), **The Politics of Leverage in International Relations**, Palgrave Studies in International Relations Series, Palgrave Macmillan, London, 2015, pp. 86 - 102 (https://doi.org/10.1057/9781137439338_5, available at 15.10.2019).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1365-1403

TÜRK HUKUKUNDA BİR ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK OMBUDSMAN DENETİMİNİN İDARE HUKUKUNA VE İDARİ DAVALARA ETKİSİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Murat Buğra TAHTALI**(**)

Öz: İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı yoluna açık olacağı ilkesi, Anayasanın 125. maddesinde güvence altına alınan ve hukuk devleti ilkesinin gereği olan bir ilkedir. Bununla birlikte idari yargı denetim sürecinin uzunluğu da göz önünde bulundurulduğunda, idare ile vatandaş arasındaki uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurmadan daha kısa sürede ve daha ekonomik şekilde çözüme kavuşturulması, her iki taraf için en ideal olandır. İdarenin eylem ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda gerek İdari Yargılama Usulü Kanunu gerekse idare hukuku konularını düzenleyen çeşitli mevzuatlarda yargı yoluna başvurmadan idare ile vatandaş arasında uyuşmazlığın çözümüne yönelik farklı uygulamalar düzenlenmiştir. Ombudsman denetimi, bu düzenlemeler arasında yer alan ve Kamu Denetçiliği Kurumu'nun idareye vereceği tavsiye niteliğindeki karara idarenin uyması halinde yargı yoluna başvurmaya gerek kalmadan tarafların hukuki uyuşmazlığı kendi aralarında çözümüne imkân sağlaması açısından son derece önemli olan bir denetim yöntemidir. Çalışmada ombudsman denetimine başvurunun idari yargı denetimine etkisi ve bu denetimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Ombudsman Denetimi, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İdare Hukuku, İdari Yargı, Kamu Denetçiliği Kurumu.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 08.08.2022. Makale Kabul Tarihi: 08.12.2022.

(**) İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı (ORCID no: 0000-0003-2459-9938; *buğra.tahtali@inonu.edu.tr*).

AN EVALUATION ON THE EFFECT OF OMBUDSMAN AUDIT ON ADMINISTRATIVE LAW AND ADMINISTRATIVE CASES AS AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLITION IN TURKISH LAW

Abstract: The principle that all actions of the administration will be open to judicial remedy is a principle guaranteed in Article 125 of the Constitution and is a requirement of the State of Law principle. However, considering the length of the administrative judicial review process, it is most ideal for both parties to resolve disputes between the administration and the citizen in a shorter time and more economically without resorting to a judicial remedy. Regarding the resolution of disputes arising from the actions and transactions of the administration, different practices have been arranged for the settlement of disputes between the administration and the citizen without resorting to a judicial remedy, both in the Law on Administrative Judgment Procedure and in various legislations governing administrative law. Among these regulations, The Ombudsman audit is an extremely important audit method in terms of allowing the parties to resolve their legal disputes among themselves without the need to resort to a judicial remedy, in case the administration complies with the advisory decision of the Ombudsman Institution. In this study, the effect of the application to the ombudsman audit on the administrative judicial review and the nature of this control as an alternative dispute resolution method will be examined.

Keywords: Ombudsman Audit, Alternative Dispute Resolution Methods, Administrative Law, Administrative Procedure Law, Ombudsman Institution.

GİRİŞ

Devlet (idare) ile vatandaş arasında idari bir işlem veya eylemin yapılması/yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda kanunda aksine özel bir düzenleme bulunmaması halinde uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı yerleridir. Bu çözüm yolunun öncesinde idari başvuru yollarıyla yargısal sürece gerek kalmadan sorunun çözümü mümkündür. Bu idari başvuru yolları bazen yargısal süreç öncesinde başvurulması kanunen zorunlu tutulduğu gibi, kimi zaman da idari işlem ve/veya eyleme tabi tutulan kişinin iradesine bırakılmıştır.

Mevzuattaki düzenlemelere göre ister idari dava açmadan önce zorunlu bir yol olarak, isterse de uzlaşma amacıyla iradi olarak yapılsın, idarenin belirli bir süre sessiz kalması veya kendisine verilen cevap verme süresi içinde talebe veya itiraza olumsuz yanıt vermesi halinde artık idari süreç tüketilmek-

te ve uyuşmazlığın çözümü için kural olarak tek çare, idari yargıya başvuru olarak görülmektedir. Ancak bu kuralın istisnası ombudsman denetimidir.

İdareye yapılan başvuru neticesinde zımnen veya açıkça talebin/itirazın reddedilmesinden sonra idari dava açma süreci işlemeye devam ederken, dava açma yoluna gitmeden işlemi yapan idarenin dışında ve bağımsız bir inceleme yapan Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuruda bulunarak, işlemi yapan idarenin hukuka ve hakkaniyete uygun hareket edip etmediğinin tespiti, böylece üçüncü ve tarafsız bir kurumdan istenebilmektedir. İşte, Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından yapılan bu denetime doktrinde "ombudsman denetimi" adı verilmektedir.

Ombudsman denetiminin, diğer denetimlerden ayrılan ve özgün yapıya kavuşmasını sağlayan kısmı, denetim sonrasında Kamu Denetçiliği Kurumu'nun verdiği kararın bağlayıcı değil, tavsiye niteliğinde olmasıdır. Ancak kararların tavsiye niteliğinde olması, bu kararın idare tarafından herhangi bir şekilde ciddiye alınmayacağı veya yapılan idari işlemin geri alınmasında, kaldırılmasında veya düzeltilmesinde hiçbir etkisinin bulunmayacağı anlamına gelmeyecektir. Daha doğru bir ifadeyle ombudsman denetimi sonrasında ilgili idarenin hukuka aykırı/kusurlu davrandığı tespit edilerek sonuçlarının ortadan kaldırılması yönünde tavsiye kararı verilmesi durumunda bu tavsiye kararına uyulursa yargısal sürece gerek kalmadan kişinin mağduriyetinin sonlandırılması sağlanabilecektir. Aksi durumda, yani tavsiye kararına işlemi yapan idarenin itibar etmeyerek işlemi uygulamada ısrarcı davranması halinde ise ileride açılacak davada, kişi (vatandaş) açısından hukuka aykırılık/kusur ispatı bakımından önemli bir delil ortaya konmuş olacaktır.

Bahsedilen yönleriyle son derece önemli bir denetim yolu olan ombudsman denetimi, tavsiye kararına idare tarafından uyulması halinde yargı yoluna gerek kalmadan taraflar arasındaki sorunun bir üst otoritenin tavsiyesine itibar edilmesi sonucunda çözülebileceği bir yöntem olmaktadır. Bu misyonu ise, ombudsmanlık kurumunun, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalarını beraberinde getirmiştir.

Bu kapsamda çalışmada öncelikle denetim kavramı ve idarenin denetim yolları genel olarak tanıtılacak, devamında, bu denetim yollarından olan ve çalışmanın da ana çerçevesini oluşturan ombudsman denetiminin hukuki temelleri ve yapılış usulü hakkında bilgi verilecek, yapılacak başvuru üzerine Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kararının idari işleme ve bu işleme karşı açılacak dava açma sürelerine karşı etkileri üstünde durulacak, nihayet alter-

natif uyuşmazlık çözüm yollarına kısaca değinilerek ombudsman denetiminin bu yollar arasında sayılıp sayılamayacağı sorusuna cevap aranacaktır.

I. DENETİM KAVRAMI VE İDARENİN DENETİM YOLLARI

1. Denetim Kavramı

Denetim kavramı, "*bir işin yapılışı sırasında ya da o işin son bulması halinde doğru yapılıp yapılmadığının, planlara uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin kontrol edilmesi*" olarak tanımlanmaktadır[1]. Bu tanıma benzeyen ancak kavramı daha geniş bir perspektiften ele alan başka bir tanıma göre ise denetim, "*yönetimin amaçları doğrultusunda planlanan ve yapılması istenen faaliyetlerin yapılıp yapılmadığını, yapılmış ise ne kadar doğru, etkin ve verimli yapıldığını, yapılmamış ise neden yapılmadığını görmek ve anlamak*" şeklinde ifade edilmiştir[2]. Bu genel anlamının yanında, kamu yönetimi bakımından denetim ise "*hukuka aykırılığı, yolsuzluğu ve kötü yönetimi önleme*" amacına özgülenen bir anlamda kullanılmaktadır[3]. Gerek sistem, gerek otorite bakımından son derece profesyonel bir yapıyla donatılmış olan idare karşısında vatandaşın korunmasını ve idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak amacıyla Türk hukuk sisteminde bir dizi denetim mekanizmaları öngörülmüştür.

2. İdarenin Denetim Yolları

A. Genel Olarak İdari Denetim Yolları

İdarenin denetim yolları doktrinde yedi başlıkta sıralanmıştır. Bunlar; siyasi denetim, idari denetim, yargı denetimi, baskı grupları ve kamuoyu denetimi, yönetimde açıklık, etik denetimi ve ombudsman denetimidir[4]. Çalışmamızda esas olarak ombudsman denetimi üzerinde durulmakta ise de misyonu itibariyle ombudsman denetimi diğer denetim türleri ile bağlantılı olduğundan bu denetim türlerini de kısaca incelemenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

---

1 ÖZER Mehmet Akif/ISKANDAROV Shokhrukh, "Kamu Yönetiminin Denetiminde Ombudsman Uygulaması - Kırgızistan Örneği", **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. Aralık Özel Sayısı, 2016, s. 326.

2 AYDIN Ahmet Hamdi, **Türk Kamu Yönetimi,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 307.

3 SÖZEN Süleyman, **Kamu Yönetiminin Denetlenmesi**, içinde *Kamu Yönetimi,* (ed. Süleyman SÖZEN), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir. 2016, s. 180.

4 ERYILMAZ Bilal, **Kamu Yönetimi,** Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2016, s. 378.

B. İdarenin Siyasi Denetimi

İdarenin siyasi denetimi, yasama organı tarafından yürütme organının yaptığı iş ve işlemlerin denetlenmesini açıklamakta kullanılır[5]. Parlamenter hükümet sistemi döneminde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM.) bu yetkisini; soru, gensoru, meclis araştırması, meclis soruşturması veya genel görüşme vasıtalarıyla yapmakta idi. Ancak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçilmesinin ardından bu denetim yollarından gensoru yolu, meclisin hükümeti denetleme yöntemi olmaktan çıkmıştır. Gensoru yönteminin, siyasi denetim yollarından biri olma özelliğinin sonlanmasının gerekçesi, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde başbakanlığın kaldırılarak yürütmenin tek kişiden (Cumhurbaşkanı'ndan) oluşan bir yapıya evrilmesi[6] ve Cumhurbaşkanı'nın da doğrudan halk tarafından seçilmesinin bir sonucu olarak Cumhurbaşkanı'nın meclise değil, doğrudan halka karşı sorumlu olması ile açıklanmıştır[7]. Ancak bahsi geçen denetim yollarından diğerleri, Anayasamızın (AY.) 98. maddesinde geçerliliğini korumaktadır.

C. İdarenin İdari Denetimi

İdarenin yine idare tarafından denetlenmesi özetlenebilecek olan bu kavram; daha geniş bir tanımla "*idarenin kendi kendini denetlemesi veya başka bir kamu kuruluşu tarafından denetlenmesi*" olarak tanımlanmaktadır[8]. Tanımdan da anlaşılacak olduğu üzere, idarenin idari denetiminde iki farklı boyut mevcuttur. Buna göre bir kamu kurumunun kendi kendine yaptığı denetim *iç denetim*; bu denetimin başka bir kurum tarafından yapılması ise *dış idari denetim* olarak tanımlanmıştır[9]. Doktrinde idarenin iç denetimine verilebilecek en uygun örneğin "hiyerarşik denetim" olduğu ifade edilirken, dış denetime de "idari vesayet denetimi" örnek gösterilmiştir[10].

---

5 Benzer tanım için bkz. YILMAZ Abdullah/ŞAHYAR AKDEMİR Duru, "Ombudsmanlık Kurumunun Etkinliğinin Kurum Kararları Üzerinden İncelenmesi", **Ombudsman Akademik Dergisi**, S. 13, 2020, s. 17.

6 Her ne kadar bakanlıklar, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde varlıklarını devam ettirmekte iseler de yeni sisteme geçilmesinin ardından çıkarılan 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile tüm bakanlıklar Cumhurbaşkanlığı'na bağlanmış, bu düzenleme ile de Cumhurbaşkanı, her bir bakanın hiyerarşik amiri haline gelmiştir. Bu da yürütmenin tek kişinin söz sahibi olduğu bir yapıya evrildiğini göstermektedir.

7 ATAR Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 262.

8 YILMAZ/ ŞAHYAR AKDEMİR, s. 117.

9 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku,** Turan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 365.

10 GÖZÜBÜYÜK, s. 365-368.

D. İdarenin Yargısal Denetimi

İdarenin denetim yollarından belki de en etkili olanlarının başında yargısal denetim gelmektedir. Zira şu ana kadar incelenen denetim yollarından siyasi denetimde, yaptırımlarını da göz önüne aldığımızda en etkili yol olan gensorunun artık pozitif hukukumuza göre bir denetim yolu olmadığını ifade etmiştik. Diğer siyasi denetim yollarının bazılarında denetim yapılabilmesi için belli bir çoğunluğun aranması, (örneğin meclis araştırması, meclis soruşturması) bazılarında ise (örneğin soru) herhangi bir maddi yaptırım bulunmaması nedeniyle bu yöntemlerin etkisiz kalması söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, AY. m. 125/1 hükmünde yer alan "*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olacağı*" ilkesinden hareketle, idarenin yargısal denetimi -kural olarak- idari yargıda olup, idarenin eylem ve işlemleri bağımsız mahkemeler tarafından "hukuka uygunluk" bakımından denetlenir. Diğer denetim yollarından farklı olarak yargısal denetim yolunda, işlemin; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından bir veya birkaçı bakımından hukuka aykırı olduğu tespit edilirse işlem mahkeme kararıyla ortadan kaldırılır (iptal davası). Yargısal denetimin bir başka olası sonucu, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı bir zarar meydana gelmiş ve burada zararla idarenin faaliyeti arasında illiyet bağı kurulur ise idare tazminata mahkûm edilir (tam yargı davası). Görülüğü üzere diğer denetim yollarından farklı olarak yargısal denetim, idare üstünde somut yaptırımlar öngörmesi nedeniyle diğer denetim mekanizmalarına oranla çok daha etkili bir yoldur.

E. Baskı Grupları ve Kamuoyu Denetimi

Kamuoyu denetimi, demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarının başında gelmektedir. Anayasamızın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan ve 4. madde ile de "değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez" ilkeler arasında yer alan "demokratik devlet", "*meşruiyetini halktan alan, çoğunluğun azınlık haklarını güvence altında tutarak Anayasal sınır ve çerçevede yönetim yetkisi*" olarak tanımlanmaktadır[11]. Demokratik devlet ilkesinin ana ve en belirgin unsuru her ne kadar düzenli aralıklarla yapılan seçimler yoluyla halkın kendini yönetecek kişileri belirlemesi ise de günümüz toplumunda demokratik devlet ilkesinin sadece seçimlere indirgenmesi, bu ilkenin işlevini karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Zira sosyal medyanın hayatımızın odağına yerleştiği bu dönemde halkın

---

[11] ANAYURT Ömer, **Anayasa Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 201.

seçtiği ve yönetim yetkisini kendisine verdiği kişilerin, bu yetkilerini devam ettirebilmeleri için anlık oluşan kamuoyu tepkilerini dikkate almaları gerekmektedir. Başka bir ifadeyle günümüzde artık halkın demokratik yönden yönetime katılması, sadece düzenli aralıklarla sandığa gitmekle değil, kamuoyu vesilesiyle zamanında tepkilerini veya desteklerini yönetenlere vermeleri ile sağlanabilmektedir.

Anayasamızda yer alan "düşünceyi ifade özgürlüğü" ve "toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı" bu denetimin yapılmasında öncü rol oynayan diğer Anayasal ilkelerdir.

F. Yönetimde Açıklık Denetimi

Yönetimde açıklık; bir yönüyle idareyi, diğer yönüyle de vatandaşı etkileyen bir kavramdır. Şöyle ki idare, açıklık ve süreçlerin şeffaf şekilde yürütülmesi sayesinde vatandaşlara yaptıklarını anlatabilme noktasında daha çok şansa sahip olabilecek, aynı zamanda düzenlemeler yapılırken, sürecin henüz hazırlık aşamasında, vatandaşın görüşü alınarak onun isteklerinin yerine getirilmesi sağlanacaktır[12]. Doktrinde kimi yazarlar bu ilkeyi, "idare önündeki perdelerin kaldırılması, idarenin kapılarının açılması ve herkesin gözü önünde çalışması" olarak tanımlarken[13], kimi yazarlarsa "*idarenin işleyiş sisteminin, aldığı kararların, personelin tutum ve davranışlarının vatandaşlar tarafından bilinmesi*" olarak tanımlamıştır[14]. Yönetimde açıklık, bu temel tanımlardan da yola çıkarak; deyim yerindeyse, gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerin hukuka uygun olduğu hususunda kendine güvenen idarenin, muhatabına yönelen eylem veya işlemin öncesindeki ve sonrasındaki tüm süreci, öncelikle muhatabıyla ve yargı yerleriyle yahut diğer ilgili birimlerle paylaşma konusunda çekincesinin olmamasını ifade etmektedir. Bu yönleriyle yönetimde açıklık ilkesi, Anayasanın 2. maddesinde sayılan ve 4. maddesiyle güvence altına alınan demokratik devlet ilkesinin, idare hukukuna yansımalarından biri olarak görülmüştür[15].

---

[12] ARSLAN Nagehan Talat, "Yönetimde Açıklık ve Gizlilik", **Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi**, S. 1, 2010, s. 179.

[13] ROBERTSON Ken G., "Demokrasi ve Gizlilik", **Türk İdare Dergisi**, Çev. Musa Ceylan, S.403, 1998, s. 152.

[14] EKEN Musa, "Kamu Yönetimi ve Bilgi Edinme Hakkı", **Yeni Türkiye Dergisi**, S. 22, 1998, s. 1214.

[15] CANAT SÜREKLİ, Nilüfer, Kamu Yönetiminde Açıklık/Şeffaflık Anlayışı Çerçevesinde Bilgi Edinme Hakkı ve Türkiye'de Kamu Yönetimine Etkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 14.

G. Etik Denetimi

Etik kavramının kökeni, Yunanca "ethos" kelimesinden gelmekte olup; biri "*antik kentte geçerli olan töreye bağlı kalarak işini eğitim yoluyla düzenlemeye alışkın bireyin, toplum tarafından genel kabul gören ahlak kurallarına uygun davranış sergilemesi*", diğeri de "*kabul edilmiş davranış kurallarının ve değer yargılarının birey tarafından sorgulanması sonucunda kavranılarak üzerinde düşünülmek istenilen, iyinin gerçekleştirilmesi için onların alışkanlığa dönüştürülmesi*" olarak iki anlamda kullanıldığı ifade edilmiştir[16]. Etik kavramı günümüzde betimleyici, normatif, meta ve uygulamalı etik olmak üzere dört alt başlıkta incelenmektedir[17]. Daha basit bir dille ifade edilecek olursa etik; soyut kavramlardan yola çıkarak somut bilgiler ortaya çıkarma sanatı olan doğru ile yanlışı ayıran standartlar olarak da nitelendirilebilir[18].

Etik denetiminin, idarenin denetim yolları içinde önemli bir rol oynamasının sebebi kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirdikleri esnada idare adına ve idareyi temsilen hareket etmeleridir. Şöyle ki kamu görevlileri bu görevlerin ifası sırasında gerek kamu kaynaklarının yönetimi gerekse vatandaşlarla ilişkiler konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduklarından, söz konusu kamu görevlileri tarafından bu kamu gücünün yanlış yerde veya amacını aşacak şekilde kullanılmasını engelleyen kontrol ve denge mekanizmalarından biridir[19]. Bu yönüyle etik denetiminin manevi yönü ağır basmaktadır. Bunun yanında uygulamaların, teamüllerin ve genelde davranışların sınandığı bir temel oluşturarak, kamuoyuna çıkarlarının korunduğu ve işlerin doğru olarak yapıldığına dair oluşturduğu güven nedeniyle de yönetişimin kalitesinin belirlenmesinde "etik" kavramının kilit öneme sahip olduğu vurgulanmıştır[20].

---

16 ÖNEN S. Mustafa/YILDIRIM Ali, "Kamu Yönetiminde Etik Denetimi: OECD Ülkeleri Örneği", **Akademik Yaklaşımlar Dergisi**, Cilt: 5, S. 1, 2014, s. 108.

17 Bahsi geçen alt başlıklar ile ilgili ayrıntılı bilgilendirme için bkz. ÖNEN/ YILDIRIM, s. 110, 111.

18 GÖKÇELİK Özlem, "Etik Kavramının Kamu Yönetimi ve İç Denetim Bağlamında Değerlendirilmesi", **Denetişim Dergisi**, S. 5, 2010, s. 56.

19 Aynı yöndeki görüş için bkz. YÜKSEL Cüneyt, "Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yeni Yasal Düzenlemeler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 64, S. 2, 2006, s. 185.

20 YÜKSEL, s. 185.

H. Ombudsman Denetimi

Genellikle yargı birliğinin uygulandığı ülkelerde idarenin hukuka uygunluğunu sağlamada, diğer denetim yollarının yanında, "ombudsman" ismi verilen kurum da yer almaktadır[21].

Ombudsmanlık kurumu, kurulduğu her ülkede o ülkenin sosyal, kültürel, dini vb. özellikleri ve idari yapılarına göre farklı şekillerde uyarlandığından ortak bir tanım yapmanın çok kolay olmadığı dile getirilmiş ise de[22] tüm dünyadaki ortak uygulamalardan yola çıkarak, doktrinde bu kavram bilim insanları tarafından açıklanmaya çalışılmıştır.

Türkçede "kamu denetçisi" olarak kullanılan ombudsman, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde; "*Parlamento tarafından görevlendirilen, vatandaşları resmî makamların keyfî ve yasa dışı davranışlarına karşı korumakla görevli kişi veya kurum.*" olarak tanımlanmaktadır[23]. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kamu denetçisi, vatandaş ile devlet (idare) arasında bir köprü görevi görmekte ve daha güçlü konumdaki idareye karşı, vatandaşın haklarını savunmak ve vatandaşı idare adına işlem yapan kamu görevlilerinin keyfi uygulamalarından korumakla görevlendirilmiştir. Vatandaşı devlet erkine karşı koruyan bir yapı olarak kurulduğu vurgulanan[24] ombudsmanlık, en açıklayıcı haliyle; "*Seçilmesi belirli kriterlere dayanan, vatandaşın idareye karşı yaşamış olduğu haksız ve hukuksuz davranışları, tarafsız olarak araştıran, yaptığı araştırmalar sonucu ortaya çıkan sorunları, kamu huzurunun korunması amacıyla çözmek için eylemlerde bulunan, dürüst, güvenilir ve bağımsız bir denetim kurumu.*" olarak tanımlanmıştır[25] Ombudsman kurumunun ilk olarak Osmanlı Devleti'nde ikamet eden ve on üç yıldır yönettiği topraklardan uzakta olan İsveç Kralı XII. Şarl tarafından, vatanından uzakta olması sonucunda İsveç'te yönetim konusunda ortaya çıkan başıbozukluğun önüne geçebilmek için 1713 yılında kendisine bağlı Yüksek Ombudsman kurulması yolunda fermanda bulunması üzerine kurulduğu, ilk olarak Yüksek Ombudsman adıyla kurulan bu

---

21 KILIÇ, Selçuk, Ombudsmanlık ve İdarenin Denetimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 33.

22 EFE Haydar/DEMİRCİ Murat, "Ombudsmanlık Kavramı ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumundan Beklentiler", **Sayıştay Dergisi**, S. 90, 2013, s. 51.

23 Bilgi için bkz. https://sozluk.gov.tr/, ET. 15.06.2021.

24 ÖZER/ ISKANDAROV, s. 332.

25 AKÇAGÜNDÜZ, Emre, Türk Kamu Yönetiminde Denetim Anlayışının Dönüşümü ve Ombudsmanlık Kurumu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Edirne, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 60.

yapının isminin 1719 yılında Adalet Şansolyesi (Yüksek Ombudsman) olarak değiştirildiği belirtilmektedir[26]. Ancak bu kurum 1809 yılında İsveç Anayasasında ilk kez Anayasal bir kurum olarak pozitif hukuka girdiğinden, ombudsman kurumunun kuruluş tarihi, 1809 olarak kabul edilmektedir[27]. Buradan yola çıkarak, 1809'dan günümüze kadar dünya geneline hızla yayılan ombudsman kurumunun, yönetimin yargı dışı denetiminin sağlanmasında ciddi bir seçenek durumuna geldiği ifade edilebilir[28].

Bu çalışma, idarenin denetim yolları arasında yer alan ombudsman denetimi özelinde kaleme alındığından, çalışmanın bundan sonraki bölümünde bu denetimin, Türk hukuk sisteminde hangi kurum tarafından ve hangi esaslara dayalı olarak yapılacağının, ayrıca bu denetimin idari işlemlere ve idari davalara etkilerinin ayrıntılı olarak değerlendirilmesi yapılacaktır.

II. TÜRK HUKUKUNDA OMBUDSMAN DENETİMİNİN İDARİ VE HUKUKİ TEMELLERİ

1. Türk Hukukunda Ombudsman Denetimini Yapma Yetkisi

Çalışmada daha önceden belirtildiği üzere Türk Dil Kurumu sözlüğünde "*Parlamento tarafından görevlendirilen, vatandaşları resmî makamların keyfî ve yasa dışı davranışlarına karşı korumakla görevli kişi veya kurum.*" olarak tanımlanan ombudsmanın bu tanımını karşılayan kurum, Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK.) olarak belirlenmiştir. KDK. kaynağını Anayasadan alan bir kurumdur. Zira Anayasanın 74. maddesinin 5. fıkrasında; "*Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu, idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.*" denmek suretiyle kurum Anayasal statüye kavuşturulmuştur. Bu fıkrada geçen, "*idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceleme"* görevi ile aynı maddenin 6. fıkrasında geçen "*Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir.*" kuralının birlikte değerlendirilmesi sonucunda KDK.'nın, idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri incelemek suretiyle, vatandaşları, resmi makamların keyfi davranışlarına karşı koruma misyonunu, kurumun başındaki kişinin TBMM. tarafından seçilmesi kuralıyla da parlamento tarafından seçilme şartı-

---

[26] ERDENGİ, Tevfik Bora, Ombudsman: Dünya Uygulamaları ve Türkiye, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 31.

[27] ERDENGİ, s. 13, 14.

[28] AKINCI Müslüm, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 278.

nı birlikte gerçekleştirdiği ve bu yönüyle kurum tarafından yapılan inceleme ve değerlendirmelerin, "ombudsman denetimi" tanımını sağladığı, başka bir ifadeyle, bu denetimi yapma yetkisinin, Anayasa koyucu tarafından Türk hukuk sisteminde KDK.'ya verildiği anlaşılmaktadır[29]. KDK., Anayasadaki bu tanımı nedeniyle, doktrinde hukuksal statü bakımından idarenin keyfiliğine karşı savunma amacına yönelik bir bağımsız idari otorite olarak değerlendirilmiştir[30]. Zira bağımsız idari otoritelerin (düzenleyici ve denetleyici kurumlar) başlıca ödevinin; gözetim ve denetim yetkileri çerçevesinde hukuka aykırılıklarla karşılaştıklarında doğrudan yaptırım uygulamak veya yaptırım uygulanması için idari yargı yoluna gitmeden önce ilgilileri uyarmak olduğu[31] yönündeki görüş de göz önünde bulundurulduğunda, kamu denetçiliği kurumunun bağımsız bir idari otorite olarak değerlendirilmesi daha da anlamlı olacaktır. KDK.'nın hukuksal statüsü ve idari teşkilat içindeki yeri ile ilgili bambaşka bir bakış açısı daha vardır ki buna göre KDK. bağımsız bir idari otoriteden ziyade başkente yardımcı kuruluşlar arasında yer almaktadır[32]. Ancak bu görüşü savunan yazarlara göre diğer yardımcı kuruluşlardan farklı olarak kamu tüzel kişiliğini haiz bir yardımcı kuruluştur. Her ne kadar idarenin yaptığı işlemlerin hukuki ve yerindelik denetimini yapması nedeniyle merkezden yönetimin başkent teşkilatına yardımcı kuruluşlar arasında tanımlansa da denetleme vasfı nedeniyle bir bağımsız idari otorite olma hali daha ağır basan kamu denetçiliği kurumunu merkezden yönetimin bir dalı olarak değerlendirmenin çok doğru bir yaklaşım olmadığı söylenebilir.

---

[29] Doktrinde KDK.'nin hukuki statüsünün, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında belli bir işlevi üstlenmesi ve idare ile idare edilenler arasında sorun yaşanmaması, var olan sorunların asgari seviyeye indirilmesi gibi özellikleri nedeniyle bir "Bağımsız İdari Otorite" olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bilgi için bkz. ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku,** Turan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 385. KDK.'yi Bağımsız İdari Otoriteler içinde kabul eden bir diğer görüş için bkz. ULUSOY Ali D. **Yeni Türk İdare Hukuku,** Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 261. Ancak bağımsız idari otoritelerin ortak özelliklerinden olan yaptırım uygulama yetkisi ve kararlara karşı yargı denetimi gibi hususlar ombudsman denetiminde söz konusu olmadığından, hukuki statü olarak KDK.'nin bağımsız idari otoriteler arasında kabul etmeyen yazarlar da mevcuttur. Bilgi için bkz. SANCAKTAR Oğuz/ ÖNÜT Lale Burcu/ US DOĞAN Eser vd. **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 296, 297; ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 230; DERDİMAN Cengiz, **İdare Hukuku**, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2007, s. 353, 354.

[30] TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 195.

[31] KALABALIK Halil, **İdare Hukuku Dersleri Cilt - I**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 401.

[32] YILDIRIM Ramazan / ÇINARLI Serkan, **Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: I**, Astana Yayınları, Ankara, 2018, ss. 86, 87.

2. Ombudsman Denetiminin Mevzuattaki Yeri ve Denetim Şartları

Ombudsman denetimi, bir önceki başlıkta da belirtildiği üzere Anayasanın 74. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak denetimin çerçevesi bu kısa ifadelerle çizilmekle beraber, maddenin son fıkrasında "*Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.*" ifadelerine yer verilmek suretiyle, denetimin ayrıntılarının kanunla düzenleneceği benimsenmiştir.

74. maddenin son fıkrasında işaret edilen kanun ise 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'dur (KDKK.). Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinin satır aralarında, KDK.'nın ombudsman denetimini ne şekilde yapacağı belirtilmektedir[33]. Buna göre Kamu Denetçiliği Kurumu'nun; bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, denetleme ve önerilerde bulunma görev ve yetkileri, ombudsman denetiminin yapılış usulünü göstermektedir. Aynı husus, Kanun'un 5. maddesinde çok daha açıkça ve doğrudan ombudsmanın görevleri olarak ifade edilmektedir. Kanun 1. ve 5. maddesinde geçen "*hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek*" teriminden, yapılan incelemenin, sadece hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olmadığı, ombudsman denetiminin aynı zamanda yerindelik denetimini de içerdiği anlaşılmaktadır[34]. Kanunun uygulanmasını göstermek amacıyla çıkartılan "*Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*"in 1. maddesinde yapılacak incelemenin kapsamı bir ölçüde daha genişletilmiş ve hukuka ve hakkaniyete uygunluk denetiminin, "*iyi yönetim ilkelerini gözeterek*" yapılacağı vurgulanmıştır. Türk mevzuatında ilk kez "iyi yönetim" kavramının ilkesel olarak yer almasının, bu yönetmeliği farklı kılan özelliklerden biri olması, doktrinde vurgulanmıştır[35]. Ancak bu özelliği nedeniyle ombudsman denetimi, yargısal

---

[33] **KDKK. m. 1:**

Bu Kanunun amacı; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu oluşturmaktır.

[34] Aynı yöndeki görüş için bkz. USTA Hasibe, "Türkiye'de Ombudsman (Kamu Denetçiliği Kurumu)", **Denetişim Dergisi**, S. 14, 2014, s. 61.

[35] AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku,** Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 544.

denetimden farklı görülmüş ve doktrinde bu denetime mesafeli yaklaşıldığı görülmüştür[36].

3. Ombudsman Denetiminin Yapılış Usulü

Kuruma yapılan şikayetler, Kamu Başdenetçisi tarafından incelenerek karara bağlanır. KDKK. m. 7'de bu husus, Başdenetçinin görevleri arasında açıkça düzenlenmiştir[37]. Başdenetçi, her bir başvuru hakkında nihai karar verici merci olduğundan, şikâyet başvurularının sağlıklı şekilde değerlendirilebilmesi için, Başdenetçi, kurum içinde görev yapan diğer denetçilere uygun gördüğü dosyaları dağıtabilir. Bu durumda denetçiler, gerekli incelemeyi yaptıktan sonra görüşlerini Başdenetçi'ye sunarlar. Dolayısıyla her ne kadar kurum adına ombudsman denetimi yapma yetkisi tek başına Kamu Başdenetçisi'nde ise de kurum içindeki denetçiler, dosyaların içeriğine hazırlanma ve nihai kararına yardımcı olma adına Kamu Başdenetçisi'ne yardımcı olurlar. (KDKK. m.8).

Ombudsman denetimi, tıpkı yargısal denetimde olduğu gibi, kural olarak idarenin her türlü eylem ve işlemleri hakkında yapılabilmektedir. Bununla birlikte, KDKK. m.5'te bu duruma üç istisna getirilmiştir. Buna göre; yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler ve Türk Silahlı Kuvvetleri'nin (TSK.) sırf askeri nitelikteki işlemlerine karşı ombudsman denetimine başvurulmasının önü kapatılmıştır.

Yapılan başvurularda gerçek kişilerin ad ve soyadları, TC. kimlik numaraları, başvuru tarihi, başvuranın imzası gibi hususlar, başvuru dilekçelerinde bulunması zorunlu unsurlar arasında sayılmaktadır. (KDKK m. 17/2) Türk vatandaşı olmayan gerçek kişilerin, TC. kimlik numarası yerine pasaport numarası bilgisinin bulunması gerekmektedir[38]. İlgili fıkrada özel hukuk tüzel

---

[36] Bkz. GÖZÜBÜYÜK A. Şeref / TAN Turgut, **İdare Hukuku C.2 İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 919.

[37] **KDKK. m. 7:**

(1) Başdenetçinin görevleri şunlardır:

a) Kuruma gelen şikâyetleri incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak.

...

[38] Kanunda sadece Türk vatandaşları ile Türkiye'de yasal yollarla bulunan yabancıların başvurularına yönelik düzenlemelere yer verilmesi, sığınmacı veya geçici koruma prosedürüne göre Türkiye'de bulunan yabancıların başvurularına dair bir düzenlemeye yer verilmediği anlamına gelmektedir. Son yıllarda Türkiye'nin başta Suriye ve Afganistan üzerinden gelen sığınmacı

kişilerinin de ombudsman denetimine başvurabileceği ifade edilmiş, tüzel kişi başvurularında tüzel kişinin unvanı, yerleşim yeri ve yetkili kişinin adı/soyadı ile imzasının bulunmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

Ombudsman denetimine, 5. maddede sayılan istisnalar dışında kural olarak tüm idari işlemler ve eylemlerle ilgili olarak başvurulma hakkı var ise de yapılan başvuruların belli şartları sağlaması da gerekmektedir. Kanun'un 17/3. maddesine göre;

- Belli bir konuyu içermeyen,
- İkinci fıkrada düzenlenen ve dilekçede zorunlu olduğu belirtilen bilgilerin tam olarak yer almadığı veya buradaki kategoriler arasına girmeyen kişilerce yapılan,
- Yargı organlarında görülmekte olan veya yargısal denetim sonucunda karara bağlanan,
- Sebebi, konusu ve tarafları aynı olanlar ile daha önce sonuçlandırılan,
- Daha önce karara bağlanan

başvuruların kurumca dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir.

17/3. maddede düzenlenen başvuru şartlarının lafzi yorumundan, kuruma daha önceden gönderilmiş başvurulardan henüz değerlendirme sürecinde olan veya değerlendirme süresi geçmiş olmasına rağmen halen karara bağlanmayan ve nihayet daha önce karara bağlanıp nihayete erdirilen başvuruların, aynı kişiler tarafından tekrardan ombudsman denetimi için kurum önüne getirilemeyeceği, böyle bir başvuru yapılmış olsa dahi başvurunun dikkate alınmayacağı anlaşılmaktadır. Ancak m. 17/3-(ç) hükmünde yer alan "*sebebi, konusu ve tarafları aynı olan başvurular*" ifadesinde "ve" bağlacının kullanılmasından hareketle, aynı sebep ve konuda daha önceden yapılmış, devam eden veya sonuçlandırılan bir başvuru olsa da, başvuruda bulunan(lar) dışındaki kişilerin sonraki bir tarihte başvuruda bulunmasının önünde bir engelin bulunmadığı düşünülmektedir.

statüsündeki kişilerin sayısının fazlalığı göz önünde bulundurulduğunda bu kişilerin başvurularının yasada düzenlenmemiş olmasının ciddi bir eksiklik olduğunun kabulü gerekir. Ancak bu düzenlemenin kanunda bulunmaması, söz konusu kişilerin ombudsman denetimine başvuramayacağı anlamına gelmemektedir. Mevcut düzenlemenin lafzından hareketle, sığınmacı ve geçici koruma statüsünde ülkemizde bulunan yabancılardan kişiliklerine ait bir belge numarası istenmesinin zorunlu olmadığı ancak bu kişilerin, KDKK m. 17/2'de öngörülen diğer hususları, başvuru dilekçesinde mutlaka yazmaları gerektiği düşünülmektedir.

KDKK m.17/3-(b) hükmündeki düzenlemede yer alan "*Yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olanların ombudsman denetimine tabi olmayacağı*" ilkesi gereği, bir idari eylem veya işlemle ilgili olarak ombudsman denetimine başvurmanın, yalnızca idari yargıya başvurmadan önceki süreçte mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Ombudsman denetimine başvuru süreci ile ilgili bu hüküm tek başına belirleyici değildir. Zira aynı maddenin 4. fıkrasında yer alan "*Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir.*" hükmünün de m. 17/3-(b) ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesinden, ombudsman başvurusunun; idareye başvurulup idarenin başvuruyu reddetmesi veya süresi içinde cevap vermemek suretiyle reddetmiş sayılması neticesinde zımnen reddetmiş sayılması sonrasında ama dava dilekçesinin verilmesinin öncesinde yapılması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, kuruma başvuruda bulunabilmesi için, idari başvuru yollarının tüketilmiş olma zorunluluğu vardır[39]. Bu durumun istisnası ise telafisi güç veya imkânsız zararın doğması ihtimalinin bulunduğu hallerdir. Başka bir ifadeyle, telafisi güç veya imkansız zarar ihtimalinin bulunduğu hallerde, pek tabi başvurucunun bu hususu dilekçesinde belirtmesi ve Başdenetçinin de telafisi güç veya imkansız zarar ihtimali iddiasını haklı bulması durumunda, idareye başvuru yolları tüketilmemiş olsa da ombudsman denetimi talebiyle KDK.'ya yapılan başvurunun değerlendirmeye alınacağı söylenebilir.

KDKK. m. 17'de başvurunun Türkçe yazılmış dilekçe ile yapılacağı belirtilmiştir. Ancak dilekçenin verilme şekli konusunda çeşitli alternatifler sunulmuştur[40]. Buna göre, kural olarak kuruma şahsen veya posta ile başvurulabilme olanağı mevcut ise de ikinci fıkranın son hükmü gereğince, belirtilen şartlara uymak kaydıyla elektronik posta yoluyla, ıslak imzalı dilekçenin taranarak postaya eklenmesi veya güvenli elektronik imza ile başvuru yapılabilmesi mümkündür. Bunun yanında kurumun resmi internet sitesinde yer alan başvuru formunu doldurarak internet üzerinden başvuruda bulunulabil-

---

[39] KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 318.

[40] **KDKK. m. 17/2:**

"Başvuru; ... Türkçe dilekçe ile yapılır. Bu başvuru, yönetmelikte belirlenen şartlara uyulmak kaydıyla elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da yapılabilir."

mektedir. Aynı maddenin 5. fıkrasında, dilekçenin illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığı ile kuruma gönderilebileceği ifade edilmektedir.

Nihayet, kuruma yapılacak başvurulardan herhangi bir ücret alınmayacağı açıkça düzenlenmiştir. (KDKK m. 6) Başvurularda herhangi bir ücret alınmaması, Anayasada güvence altına alınan hak arama hürriyeti ve dilekçe hakkının sağlanması bakımından oldukça önemli ve olumlu bir uygulamadır.

III. OMBUDSMAN DENETİMİ SONUCU ALINAN KARARLARIN HUKUKİ STATÜSÜ

Türk hukukunda Anayasal güvenceye sahip olan ve idari yargının denetim yetkisinin de üstüne çıkarak, idarenin eylem ve işlemlerini hem hukuka uygunluk, hem de yerindelik yönünden denetleyebilme kabiliyetini haiz olan bu kurumun kararlarının hukuki statüsünü tespit etmek, bu kararlara karşı başvuru yollarını ve yargısal süreçleri anlamak bakımından son derece önemlidir.

KDK. incelemesi üzerine şikayet hakkında verilen kararın mahiyetinin, Kanun'da 5. maddede geçen "*Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; ... hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak*" ifadesinden yola çıkılarak, bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğinde karar olduğu söylenebilecektir.

KDK. kararlarının tavsiye niteliğinde olması; bu kararların işlevsiz olduğu, idari işlemlerin yeniden değerlendirilmesine vesile olmayacağı veya idari yargı organlarına başvuru sürecine etkili olmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira idare, Kurum'un verdiği kararlar sayesinde işlemi tekrardan gözden geçirerek, önceki kararından dönebilecektir. Ancak Ombudsman'ın ikna ve kamuoyuna açıklama dışında başka yaptırım gücü olmadığı için, alınmış kararlarının yürütme erki tarafından kabul edilmesi ve uyulması bakımından medyayla iyi ilişkileri olması gerektiği vurgulanmaktadır[41]. Bunun yanında, KDKK.'da açıkça belirtildiği üzere Kurum'a yapılan başvurunun, idari dava açma sürecini etkilediği de görülmektedir.

Konunun daha iyi anlaşılması için bu KDK. kararlarının bu süreçlere etkisini ayrıntılarıyla açıklamakta fayda vardır.

---

[41] KÜÇÜKÖZYİĞİT H. Galip, "Ombudsmanlık Kurumu- Hukuksal ve Siyasal Bir İnceleme", **Uluslararası Hukuk Politikaları Dergisi**, Cilt: 2, S. 5, 2006, s. 99.

IV. OMBUDSMAN BAŞVURUSUNUN İDARİ İŞLEMLERE ve İDARİ DAVA SÜREÇLERİNE ETKİLERİ

1. Ombudsmana Yapılan Başvurunun İdari İşlemlere Etkisi

Ombudsman tarafından verilen kararlar her ne kadar bağlayıcı olmasa da vatandaş ile işlemi yapan idare arasında deyim yerindeyse köprü görevi üstlenen ombudsmanın vermiş olduğu kararın niteliği, işlemin akıbeti bakımından farklı sonuçlar doğurabilmektedir.

KDK., kendisine yapılan başvuru sonrasında idareyi haklı bulabileceği gibi, vatandaşı da haklı bulabilecektir.

A. Kamu Denetçiliği Kurumunun İdareyi Haklı Bulması Durumu

KDK.'nın, başvuru üzerine yaptığı inceleme neticesinde idareyi haklı bulması, kamu baş denetçisinin, yapılan işlemin hem hukuka hem de hakkaniyete uygun olduğuna kanaat getirdiği anlamına gelecektir. Bu durumda idarenin herhangi bir ek işlem yapmasına gerek yoktur. Her ne kadar, kararların bağlayıcı olmaması nedeniyle, idare KDK.'nın kendini haklı bulmasına rağmen yeni ve aksi yönde bir karar verme ihtimali teorik olarak mümkünse de uygulamada bu ihtimalin gerçekleşmesi oldukça düşüktür.

B. Kamu Denetçiliği Kurumunun Başvuranı Haklı Bulması Durumu

KDK.'nın, başvuru üzerine yaptığı inceleme neticesinde başvuru yapan kişiyi haklı bulması halinde bu durumun idari işlemin gözden geçirilmesi ve farklı yönde bir karar verilebilmesi açısından daha güçlü bir ihtimal yaratmaktadır.

2. Kamu Denetçiliği Kurumuna Başvurunun İdari Dava Açma Sürecine Etkisi

A. İdari Yargılama Usul Kanunu'na Göre Dava Açma Süreleri

Türk idari yargılama usulünde genel dava açma süreleri 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK.) 7. maddesinde düzenlenmiştir[42].

---

[42] **İYUK m. 7:**

1. Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.

2. Bu süreler;

Buna göre Danıştay ve idare mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar için genel dava açma süresi 60 gün, vergi mahkemelerinin görev alanlarına giren davalarda ise bu süre 30 gündür. Bu genel süreler dışında özel kanunlarda belirlenen dava açma süreleri ise ilgili kanunlarda belirtilmektedir. İYUK.'ta ve diğer özel kanunlarda belirtilen süreler içinde veya idari yargıda dava açılmadan idareye başvuru olması halinde bu sürelerin uzaması söz konusu olmaktadır.

İdari yargılama usulünde görülen davalar, temelde iptal davaları ve tam yargı davaları olmak üzere iki türde görülmektedir. her ne kadar İYUK m. 2'de idari yargıda dava türleri üç ana başlıkta sıralanmış ve aynı kanunun 31. maddesinde vergi uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar ayrıca zikredilmiş ise de kanunun genel lafzı gereği, idari yargıdaki davaların iptal davası ve tam yargı davasından ibaret olduğu, sözleşmelerin ve vergi uyuşmazlıklarının ise somut olaya göre bu dava türlerinden birinin veya her ikisinin konusunu oluşturduğu düşünülmektedir. Bu iki temel davanın idari yargı sistemi içindeki rolü, doktrinde; "İdarenin, özel hukukla kavranamayan etkinlikleri sonucunda, kişilerin hukuk düzenince korunan mal ve şahıs varlığında yaratılan bozukluk, yani zarar, tam yargı davası ile düzeltilirken hukuk düzeninde yarattığı bozukluk ise iptal davası ile giderilir." sözleri ile açıklanmıştır[43]. İdari yargıda görülecek davalarda dava açma süreleri, İYUK m. 10[44], m. 11[45], m.12[46] ve m.13[47]'te düzenlenmiştir. Bu maddelerden 10., 11.

---

a) İdari uyuşmazlıklarda; yazılı bildirimin yapıldığı,

b) Vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda: Tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın; tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin; tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve idarenin dava açması gereken konularda ise ilgili merci veya komisyon kararının idareye geldiği; Tarihi izleyen günden başlar.

43 KARAHANOĞULLARI Onur, "Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, S. 3, 2007, s. 203.

44 **İYUK m. 10:**

1. "İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.

2. Otuz gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer otuz günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Otuz günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren dört ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, otuz günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler."

ve 12. maddeler idari işlemlere karşı açılacak davaların sürelerini düzenlerken, 13. maddede ise idari işleme dayanmayan (salt) idari eylemlere karşı açılacak davalarla ilgili süreler düzenlenmektedir. Yine 10. ve 11. maddeler iptal davaları ile ilgili süreleri düzenleyen normlar iken, 12. maddede hem iptal hem de tam yargı davaları ile ilgili süreler düzenlenmekte, 13. maddede ise sadece tam yargı davalarına ilişkin süreler ayrıntılı olarak yer almaktadır.

İdari işlemler karşısında yargısal sürece etki eden başvuruların hukuki sonuçlarını düzenleyen, birbirine çok benzeyen sonuçları bakımından aynı zamanda net farklılıkları barındıran İYUK m.10 ve İYUK m.11 hükümleri karşılaştırmasına göre, 10. maddenin, daha sonraki süreçte davaya konu olabilecek talebin, dava açıldığı dönemde davacı sıfatını taşıyacak olan kişi tarafından yapıldığı durumlarda uygulanabileceği anlamı çıkmaktadır. Başka bir deyişle idareye herhangi bir işlemi yapma konusunda talepte bulunan ve davaya sebebiyet veren süreci başlatan kişinin "idare" değil "kişi" olduğu hallerde İYUK m. 10 hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenebilir. Doktrinde de İYUK m. 10 kapsamındaki başvurularda öncelikli şartın; "idari

---

[45] **İYUK m. 11:**

1. "İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Otuz gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır".

[46] **İYUK m. 12:**

"İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu hususta kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11'nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır."

[47] **İYUK m. 13:**

1. "İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka süretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.

2. Görevli olmayan adli yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz."

bir işlem yapmak ya da eylemde bulunmak konusunda idareyi harekete geçirmek olduğu", ilgili kişi hakkında aynı konuda idarece daha önce yapılmış bulunan bir işlem söz konusu olduğu halde böyle bir işlem yokmuşçasına yapılan başvuruya idarenin vereceği açık veya zımni ret kararlarının burada anlatılan usule tabi olamayacağı net bir dille ifade edilmiştir[48]. Bununla birlikte İYUK m. 11/1'deki ifade incelendiğinde ilgili hakkında "bir idari işlemin öncesinde idare tarafından uygulandığı", kişinin de bu idari işlemin "kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını, üst makamdan veya üst makamın bulunmaması halinde işlemi yapan makamdan isteyebileceği" ifade edilmektedir.

İYUK m. 11 hükmünden de anlaşılacağı üzere bu maddenin uygulanacağı hallerde, 10. maddedeki durumdan farklı olarak, dava açma sürecini başlatan kişi davacı taraf değil, idaredir.

İYUK m. 10 kapsamında, idareyi harekete geçiren başvurularda idarenin cevap verme süresi 30 gün olarak belirlenmiş, bu süre içinde idarenin ne açıkça kabul, ne de açıkça ret anlamına gelmeyen muğlak cevap vermesi halinde gelen cevabın ret kabul edilebilerek cevabın tebliğinden itibaren 60 gün içinde dava açılabileceği ifade edilmiş iken, verilen bu cevaptan sonra, başvuru tarihinden itibaren 4 ay beklenebileceği, bu süre içinde yanıt gelmemesi halinde ise dava açma süresinin bu sürenin dolmasından itibaren başlayacağı düzenlenmiştir.

İYUK m.11 hükmüne göre ise idari dava açma süresi, idarenin işleminin tebliği ile beraber başlar. Zira burada "var" olan ve muhatabının hukuka aykırı olduğunu düşündüğü, dava açma süresi başlamış ancak henüz hakkında dava açılmamış bir idari işleme karşı idareye yapılan bir başvurudan söz edilmektedir[49]. Bu süre içinde idareye yapılan bir başvuru olması halinde işlemeye başlayan dava açma süresi idareden yanıt gelinceye kadar durur. İdarenin, cevap vermek üzere kendisine tanınan 30 günlük süre zarfında olumsuz cevap vermesi halinde bu cevabın muhatabına tebliğinden, bu süre zarfında cevap verilmemesi halinde ise sürenin sonunda idare itirazı zımnen reddetmiş sayıldığından, sürenin dolmasından itibaren, duran süre yeniden işlemeye başlar ve kalan dava açma süresi içinde davanın açılması gerekmektedir.

---

48 KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukukuna Giriş,** 1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 187.

49 AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku,** Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 363.

Genel dava açma süreleri ve bu sürelerin idarenin yanıtına göre tarihler bakımından bu şekilde düzenlenmiş ise de idareye yapılan başvuru ile dava açılmadan önce KDK.'ya bir başvuru yapılması arasındaki süreçte, idarenin cevabı ile beraber yeniden işlemeye başlayan dava açma sürecine yeni bir etki söz konusu olacaktır. Konu bütünlüğü açısından, KDK.'ya yapılan başvurunun, dava sürelerine etkilerini biraz daha ayrıntılı şekilde incelemekte yarar vardır.

B. İdari Dava Açmadan Önce Kamu Denetçiliği Kurumu'na Başvurunun Dava Açma Süresine Etkisi

Çalışmada daha önce de ifade edildiği üzere, İYUK m. 11 hükmü gereğince, iptal davası açılmasından önce idareye başvurulması halinde dava açma süresi durur; idarenin 30 günlük cevap verme süresi içinde başvurunun (itirazın) reddedilmesi veya idarenin 30 gün içinde herhangi bir cevap vermemesi nedeniyle reddedilmiş sayılması halinde, ret cevabının tebliğinden itibaren yahut reddedilmiş sayılma tarihinden itibaren, durmuş olan dava açma süresi tekrardan işlemeye başlar.

İYUK m. 11 hükmünde bahsi geçen başvuru, idarenin kendi içinde, tesis edilen işlemi gözden geçirmesi için yapılan bir başvuru olduğundan, KDK.'ya başvuru bu süreçler içinde yer alan bir başvuru olarak kabul edilemez. KDKK. m. 17/4 hükmünde yer alan "*Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir. İdari başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurular ilgili kuruma gönderilir.*" hükmü de KDK'ya yapılan başvuruların İYUK m.10 ve m. 11 hükümlerine göre yapılan idari başvuru yollarından ayrı bir yol olduğunu göstermektedir. Bu hüküm gereğince, KDK.'ya bir başvurunun yapılabilmesi için, öncelikle İYUK m. 10, m.11 veya m. 13 kapsamında idareye başvuruda bulunulması gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, idareye zorunlu veya ihtiyari bir başvuru yapılmadan doğrudan KDK.'ya başvuru yapılması halinde, ombudsman denetiminin yapılması olanaksızdır. Ancak, idarenin bu başvuruya cevap süresi içinde olumsuz yanıt vermesi veya süresi içinde cevap vermemesi üzerine, yine dava süresi içinde KDK.'ya başvurulması ve diğer şartların da mevcut olması halinde, başvurunun değerlendirmeye alınması söz konusu olabilecektir. Ombudsman denetimi için idari başvuru yollarının tüketilme zorunluluğunun istisnası, maddenin 2. cümlesinde düzenlenmiştir. Buna göre telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi KDK.'nın başvuruları kabul edebileceği belirtilmiş-

tir. Başvuruya konu idari eylem veya işlemin telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabilen bir idari faaliyet olduğunu gerekçelendirme sorumluluğu başvurucuda iken, cümlede geçen "*... kabul edilebilir*" ifadesinden de anlaşılacağı üzere; başvurunun, bu fırkada belirtilen istisna kapsamında olup olmadığına karar vermek de ombudsmanın takdir yetkisindedir.

KDKK m. 17/7 hükmü gereğince, zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesinden sonra, idarenin başvuruyu reddettiğinin başvurucuya tebliğ edildiği veya 30 gün[50] içinde cevap verilmemesi nedeniyle başvurunun zımnen reddedildiği tarihten itibaren 6 ay içinde KDK.'ya başvuru yapılabilecektir. Daha açık bir anlatımla, idari başvuru yollarının tüketilmesinin ardından, KDK.'ya ombudsman denetimi için başvuruda bulunma süresi, idari başvuru yollarının tüketilmesinden itibaren 6 ay olarak belirlenmiştir. Bu sürenin geçmesi halinde KDK.'ya yapılan başvurular dikkate alınmayacaktır. KDKK. m.17/8'de ise "*Dava açma süresi içinde yapılan başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur.*" hükmü düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince, İYUK m.11 gereğince idarenin ret cevabı veya zımnen reddi ile birlikte işlemeye başlayan dava açma süresi KDK.'ya başvurunun yapılmasıyla birlikte yeniden durmaktadır[51]. Tüm bu maddelerin birlikte değerlendirilmesiyle denebilir ki KDK.'ya başvuru süresi, idareye yapılan başvurunun zımnen veya açıkça reddedilmesinden itibaren 6 ay olmakla birlikte, bu başvurunun dava açma süresini durdurabilmesi için, eşyanın tabiatı gereği, başvurunun 6 ay beklenmeden, açık veya zımni ret ile birlikte işlemeye başlayan dava açma süresi içinde yapılması gerekmektedir[52]. Aksi halde dava açma süresi kaçırılmış olacak, başvurunun sonucunda olumlu bir sonuç alınabilmesi için tek ihtimal ise KDK.'nın kişiyi haklı bulması ve idarenin de KDK.'nın tavsiye kararına uyması olacaktır.

---

[50] KDKK. m. 17/7'de idarenin, başvuruya 60 gün içinde cevap vermemesi halinde bu sürenin bitmesinden itibaren KDK.'ya başvuru süresinin başladığı belirtilmiş ise de kanunun lafzından, burada bahsi geçen sürenin, zımni ret süresi olduğu anlaşılmaktadır. Ancak 14.07.2021 tarihli ve 31541 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7331 Sayılı Kanun ile İYUK m.10 ve 11 içinde düzenlenen idarenin cevap verme süresi (zımni ret süreleri) 60 günden 30 güne indirilmiştir. Her ne kadar 7331 Sayılı Kanun'da sadece İYUK m.10, m.11 ve m. 13 ismen zikredilmekte ve değişiklik yapılan maddeler arasında KDKK. m. 17/7 yer almamakta ise de ombudsman denetimi için şart koşulan idari başvurular, bu maddeler uyarınca yapılan başvurular olduğundan, KDKK. m. 17/7 içinde geçen 60 günlük sürenin de ilgili değişiklikler neticesinde 30 gün olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

[51] Aynı yöndeki açıklamalar için bkz. GÜNDAY Metin, **İdari Yargılama Hukuku,** Turan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 314.

[52] ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 325.

KDK.'ya yapılan başvurunun ne zaman yapılmış sayılacağı da aynı fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenmiştir. Buna göre KDK.'ya başvuru tarihi, dilekçenin Kuruma, valilik veya kaymakamlıklara verildiği, diğer hâllerde başvurunun Kuruma ulaştığı tarih olarak belirlenmiştir.

KDKK m. 20 uyarınca KDK., inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırır. Kanunda, başvurunun bu süre içinde sonuçlanmaması halinde ilgili idarenin ne şekilde hareket etmesi gerektiğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak idarenin böyle bir durumda daha önceki kararının aksine bir tutum izlemeden sürece devam etmesi en muhtemel olasılıktır. Zira KDK.'ya yapılan başvurunun, Kurum'a verilen süre içinde sonuçlanmamış olması idare üstünde manevi dahi olsa bir zorlama yaratmayacaktır.

Şu ana kadar anlatılan husus, KDK.'nın yapılan başvuru hakkında karar verilinceye kadar olan süreci ele almaktadır.

Peki yapılan incelemeler sonucunda ombudsman denetimine tabi tutulan başvuru hakkında verdiği kararlar, idari dava sürecini nasıl etkileyecektir? Bu sorunun cevabı, KDKK. m. 21'de düzenlenmiştir[53]. Burada KDK. tarafından verilen kararın mahiyetine göre farklı sonuçlar doğmaktadır:

Başvurunun reddedilmesi durumunda KDKK m. 21/1 uyarınca, ret kararının başvurucuya tebliğinden itibaren, dava açma süresi, kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. KDKK. m.21/1 hükmünde başvurunun reddinin gerekçesi ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Başka bir ifadeyle, KDK. başvurucunun, kanunda ve yönetmelikte öngörülen şartlara uygun olduğuna kanaat getirerek işin esasına girmiş ve esasa ilişkin değerlendirme sonucunda başvuruyu reddetmiş olabilir. Bu durumda başvurunun KDK. tarafından reddedilmesi, işlemde hem hukuka uygunluk, hem yerindelik bakımından bir problem bulunmadığı anlamına gelecektir. Bunun yanında başvurunun, mevzuatta öngörülen şartları taşımadığından bahisle reddedilmesi durumunda KDK. işin esasına dahi girmeden karar verecektir. Her iki durumda da

---

[53] **KDKK. m. 21:**

1. Başvurunun Kurum tarafından reddedilmesi hâlinde, durmuş olan dava açma süresi gerekçeli ret kararının ilgiliye tebliğinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlar.

2. Başvurunun Kurum tarafından yerinde görülerek kabul edilmesi hâlinde; ilgili merci Kurumun önerisi üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis etmez veya eylemde bulunmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlar.

3. Kurumun, inceleme ve araştırmasını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde sonuçlandıramaması hâlinde de durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlar.

sonuç değişmeyecek ve başvurucu, idari yargı denetimi sonucunda davayı kazanma şansını arttıracak önemli bir karardan mahrum olacaktır.

Başvurunun kabul edilmesi halinde ise Kurum, kabul gerekçesini ve önerilerini, işlemi yapan idareye bildirecek ve idareye gereğinin yerine getirilmesi hususunda tavsiyede bulunarak 30 günlük bir süre verecektir. İlgili idare, Kurum'un tavsiyesine uyarak 30 günlük süre içinde bu tavsiyenin gereğini yerine getirir ve ihlali ortadan kaldırırsa sorun çözülecek ve KDK. misyonunu böylece en olumlu şekilde tamamlamış olacaktır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere bu karar sadece bir tavsiye niteliğinde olduğundan, KDK.'nın ihlal kararına rağmen, idare, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracak bir eylemde bulunmaması halinde KDK'ya başvurucu ile birlikte duran dava açma süresi, KDK kararına uyulmayacağının ilgiliye tebliği veya sürenin dolması ile birlikte kaldığı yerden işlemeye devam eder.

KDK.'ya yapılan başvurunun, idari dava açma sürecine etkisi bahsini kapatmadan önce mevzuatta öngörülmeyen bir durumun daha tartışılması, çalışmanın bütünü bakımından önem arz etmektedir:

Gerek Kanun'da (m.21/3) gerekse kanunun uygulama yönetmeliğinde (m. 38/2) ilgili idari merciin KDK.'nın tavsiye kararının kendisine iletilmesinden sonra 30 günlük süre içinde harekete geçmemesi halinde, başvuru ile durmuş olan dava açma sürecinin yeniden işlemeye başlayacağı öngörülmüştür. Ancak uygulamada karşılaşılma ihtimali düşük olmakla beraber KDK. kararına uyama iradesini ortaya koyan idarecinin, süreden tasarruf etmek ve uyuşmazlığın bir an önce yargı önüne taşınması için muhatabını bilgilendirmek amacıyla KDK. tavsiye kararının uygulanmayacağını ilgilisine 30 günlük süre içinde tebliğ ederse bu durumun dava açma sürelerine etkisi ne olacaktır? Bu halde mevzuat hükümlerinde açıkça "idarenin 30 günlük süre zarfında hareket etmemesi" ihtimali üstünde durulduğundan, başka bir deyişle idarenin tavsiye kararını zımnen reddi öngörüldüğünden, tavsiye kararına uyulmayacağının açıkça belirtilmesi durumunda İYUK m.10 ve 11 hükümlerinde öngörülen genel ilkelerden yola çıkarak, tavsiye kararına uymayacağına yönelik iradeyi ilgilisine tebliğ eden idarenin bu tebliğinden itibaren, 30 günlük sürenin bitmesini beklemeksizin kişinin idarenin cevabını tebliğ aldıktan sonra kalan süre içinde dava açmasının önünde engel olmadığı düşünülmektedir. Danıştay 10. Dairesi'nin 2015 yılında verdiği karar, açıklanan sürece emsal teşkil etmesi bakımından önemlidir[54]. Karar metninden,

[54] D. 10.D, E. 2014 / 5620, K. 2015 / 6232, 24.12.2015, https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari, (Erişim Tarihi: 11.10.2022).

davacının kültürel düğünlerin korunması amacıyla, düğün ve nikah salonlarında bilgilendirici ilan, afiş, broşür, dergi dağıtılması ve görsel yayın yapılması yönündeki 17.12.2013 tarihli başvurusunun idare tarafından reddedildiği, herhangi bir resmi tebligat yapılmadan bu ret kararının 30.12.2013 tarihinde e-posta yoluyla idare tarafından davacıya gönderildiği, davacı tarafından bu işleme karşı 27.01.2014 tarihinde KDK.'ya şikayet başvurusunda bulunulduğu, KDK.'nın başvuru yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddederek, başvuru evraklarını ilgili idareye gönderdiği, davalı idarenin 07.02.2014 tarihinde, aynı başvuruya daha önce cevap verdiği gerekçesiyle başvuruyu değerlendirmeye almadığını bildirmesinin ardından, davacı tarafından, 03.03.2014 tarihinde ikinci kez KDK.'ya başvuruda bulunduğu, KDK.'nın 02.04.2014 tarihinde davacıya tebliğ edilen ikinci ret kararının üstüne, 07.04.2014 tarihinde Ankara 18. İdare Mahkemes'nde dava açıldığı anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme, 30.12.2013 tarihli işlemin, 27.012014 tarihinde öğrenildiğini belirterek, bu tarihten itibaren 60 gün içinde davanın açılması gerektiğini belirtmiş ve KDK. Sürecini dikkate almadan, davanın 28.03.2014 tarihinde açılması gerekirken bu sürenin geçmesinden sonra davanın açıldığını değerlendirerek süre aşımı nedeniyle davanın ilk incelemeden reddine karar vermiştir. Dosyayı temyizen inceleyen Danıştay 10. Dairesi, dava açma süresi içerisinde davacının Kamu Denetçiliği Kurumuna yaptığı başvurunun, 6328 sayılı Kanunun 17/8 maddesi uyarınca dava açma süresini durdurduğuna dikkat çekmiş ve yerel mahkemenin esasa ilişkin karar vermesi gerekirken süre aşımı nedeniyle davayı reddetmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına karar vererek, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

İlgili karar, KDK.'ya yapılan başvurunun, dava açma süresine etkisinin somut olarak Danıştay tarafından tespit edilmesi nedeniyle önemli ve emsal bir karardır.

Danıştay 6. Dairesi'nin 2017 yılında verdiği başka bir karar da KDK.'nın, kendisine yapılan başvuruyu "başvuru şartlarının gerçekleşmediği" gerekçesiyle reddetmesi durumunda dava açma süresinin, bu karardan ne şekilde etkileneceğine ilişkin emsal niteliktedir. Davaya konu kararda, iptali istenen imar planı değişikliği isteminin idare tarafından reddi sonrasında davacı KDK.'ya başvurmuş, Kurum ise "idari başvuru yollarının tüketilmediği" gerekçesiyle başvuruyu reddederek başvuru evraklarını davalı idareye göndermiş, bu hususu da davacıya tebliğ etmiştir. Kurumun yaptığı tebligat üzerine davacı yerel mahkemede işlemin iptali için dava açmış ancak yerel mahkeme "süre aşımı" gerekçesiyle davanın ilk incelemeden reddine karar

vermiştir. Dosyanın temyiz edilmesi üzerine kararı inceleyen Danıştay 6. Dairesi, KDK.'ya yapılan başvurunun dava açma süresini durdurduğuna, başvurunun reddedildiğinin Kurum tarafından davacıya bildirilmesiyle birlikte dava açma süresinin kaldığı yerden işlemeye başladığına ve davanı süresi içinde açıldığına hükmederek, süre aşımı gerekçesiyle dosyanın esasına geçmeden ilk incelemeden davanın reddine karar veren yerel mahkeme kararını hukuka uygun bulmamış bozma kararı vermiştir[55]. Bu karar, yalnızca KDK.'ya başvuruda bulunmuş olmanın dahi dava açma süresini durdurduğunu, başvurunun usule ilişkin nedenlerle dahi reddedilse sürenin bu ret cevabının tebliğinden itibaren yeniden işlemeye başlayacağını, başka bir ifadeyle sürenin durması için, KDK.'nın başvuruyu esastan görüşmesinin zorunlu olmadığını vurgulaması açısından son derece önemli görülmektedir.

Dava açılması halinde ilgili idari yargı yerinin de "*idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı*" gerekçesiyle davayı ilk incelemeden reddetme olasılığı kanımızca bulunmamaktadır. Zira bu durumda idare, tavsiye niteliğine uymayacağını açık bir şekilde beyan etmiş ve ilk kararı tekrardan kesin ve yürütülebilir hale gelmiştir.

3. Kamu Denetçiliği Kurumu Kararlarının, İdari Yargıda Görülen Davanın Esasına Etkileri

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yapmış olduğu değerlendirmelerin, idare tarafından göz önünde bulundurulabilir öneriler olduğu, ancak bağlayıcı olmadığı daha önce belirtilmişti. Ancak idare tarafından doğrudan uygulanma zorunluluğu bulunmasa da KDK. tarafından dava açmadan önce ilgilinin başvurusu üzerine verilen kararlar ile davacı tarafından ombudsman denetimi yoluna gidilmese dahi daha önceden dava konusu işlemle ilgili olarak KDK. tarafından verilen emsal kararlar, idari yargı organlarının yaptığı hukuka uygunluk incelemesinde esasa etki edecek nitelikte bir sonuç doğurabilir. Ancak teoride rahatlıkla ifade edilebilecek bu sonucun uygulamada hayata geçirilebilmesi, idari yargı organlarının konuyu ele alış perspektiflerine göre şekillenecektir.

Zira Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun (İDDK.) yakın tarihte verdiği, farklı bölge idare mahkemelerinin benzer konuda verdikleri kararlardaki çelişkilerin giderilmesine yönelik kararında, memur kadrolarının

---

[55] D. 6. D, E. 2016 / 8403, K. 2017 / 5810, 14.07.2017, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/6-d-e-2016-8403-k-2017-5810-t-14-7-2017, (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

yardımcı hizmetler sınıfına mensup kişilerinin görev tanımları dışındaki işlerde çalıştırılıp çalıştırılamayacaklarına ilişkin kararda görev tanımları dışındaki işlerde memurların çalıştırılmasını hukuka uygun görmüş fakat; karara katılmayan üyenin karşı oy yazısında, KDK.'nın 2016 tarihli aynı konuda yapılan bir başvuruya ilişkin tavsiye kararında, yardımcı hizmetler sınıfındaki memurların, görevleri dışında işleri yapmaya zorlanamayacaklarına ilişkin görüşü referans alarak karşı oy gerekçesinde kullanmıştır[56].

Yine Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK.) vermiş olduğu kararların hukuki statüsünün tartışıldığı ve mühürsüz oyların geçerli sayılmasının idari davaya konu edilip edilemeyeceğinin tartışıldığı Danıştay 10. Dairesinin 2017 tarihli kararında, dairenin çoğunluk görüşü YSK. kararlarının idari işlem olmadığı ve idari davaya konu edilemediği yönünde ise de dava dilekçesinde, KDK.'nın 2015 yılında verdiği tavsiye kararına atıfta bulunularak, bu kararın idari davaya konu edilebilecek bir idari işlem olduğu iddia edilmiştir[57]. Bu örnek de idari davalarda KDK. kararlarının sonucu etkilemek adına ileri sürülebileceğini veya mahkeme tarafından esasa ilişkin değerlendirmelerde tartışılabildiğini göstermektedir.

Verilen iki emsal kararda görüldüğü gibi, önceki dönemlerde KDK.'nın davacı taraf lehine verdiği kararların idari yargı organlarında yeterince dikkate alınmadığı ve KDK. kararı doğrultusunda karar verilmemesinin, iptal sebebi sayılması görüşünün azınlıkta kaldığı gözlemlenmekle beraber, son yıllarda idari yargı organları tarafından verilen kararında, KDK. tarafından verilen ve davacının lehine olan tavsiye kararının doğrudan dikkate alındığını ve kurumun kararlarının idari yargı kararlarını etkilemeye başladığı görülmektedir.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi (BİM.) 4. İdari Dava Dairesi'nin, 2020 yılında verdiği bir karar, bu duruma emsal oluşturmaktadır. Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü'nde açılan araştırma görevlisi kadrosu için yapılan sınavda sınavı kazanan adayın atanmasına ilişkin işlemin iptali için açılan davada, aynı sınava katılan ama ikinci sırada olması nedeniyle başarısız bulunan davacının idareye yaptığı itirazın reddi üzerine KDK.'ya başvuruda bulunduğu, KDK.'nın

---

[56] D. İDDK, E. 2021/27, K. 2021 / 23, 21.06.2021, https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari, (Erişim Tarihi: 11.10.2022).

[57] D. 10. D, E. 2017 / 954, K. 2017 / 2222, 24.04.2017, https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari, (Erişim Tarihi: 11.10.2022).

başvuru üzerine sınavla ilgili bilirkişi görevlendirmesi yaptığı, bilirkişinin, başvurunun daha yüksek puan alması gerektiği ve kadroya atanan kişinin atanmasının hukuka aykırı olduğu yönünde vermiş olduğu bilirkişi raporunun üzerine kurumun ilgili üniversiteye sınav sonuçlarının yeniden değerlendirilmesi yönünde tavsiye kararında bulunduğu, davalı üniversitenin bu karara uyarak sınav kağıtlarını yeniden değerlendirdiğini, sıralamada herhangi bir değişiklik olmadığının bildirilmesi üzerine söz konusu davanın açıldığı, yerel mahkemenin KDK. tarafından görevlendirilen bilirkişinin değerlendirmesinin mahkemeye esas alınabilir nitelikte görerek, değerlendirmenin nesnel ölçütlere göre yapılmaması nedeniyle atama işleminin iptaline karar verdiği, kararın istinafa götürülmesi üzerine dosyayı inceleyen Ankara BİM. ilgili dairesinin, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bularak istinaf talebini reddettiği görülmektedir[58]. Davacının, kendisinin başarısız bulunma işleminin iptali yerine yapılan atama işleminin iptalini istemesi, esasen yerindelik denetimi yasağı kapsamında olduğundan bu durumun ne yerel mahkemede ne de istinaf mahkemesinde dikkate alınmaması ayrıca tartışmalı olmakla beraber, yargılama süreci öncesinde KDK.'nın bilirkişi ataması yapması, bilirkişi doğrultusunda yapılan sınav sonuçlarının tekrardan değerlendirilmesi yönünde tavsiye kararı vermesi, sonucun değişmemesi üzerine başlatılan yargılama sürecinde, yerel mahkemenin ve istinaf merciinin doğrudan KDK. tavsiye kararını dikkate alarak işlemin iptali yönünde karar vermesi, KDK.'nın tavsiye kararlarının, idari yargıda yargılamaya esas alınmaya başlandığına emsal oluşturması açısından son derece önemlidir.

Yine Danıştay 8. Dairesinin 2021 tarihli kararı da KDK. kararlarının, idari yargı organları tarafından verilen kararların esasında dikkate alınma eğiliminin bir diğer örneğidir[59]. Davaya konu olayda; Antalya ili, Manavgat ilçesinde bulunan ve davacı şirkete ait otelin bitişiğinde bulunan ve orman arazisi statüsünde bulunan taşınmazın, başka bir şirket lehine imar planında (G2) günübirlik tesis alanında kalan kısmının günübirlik tesis alanında kalan kısmının izin sahası dışına çıkarılması istemiyle davacı şirket tarafından yapılan başvurunun davalı idarece reddi üzerine KDK.'ya başvuruda bulun-

---

58 Ankara BİM. 4. İDD, E. 2019 / 4217, K. 2020 / 2054, 17.09.2020, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-idare-mahkemesi/ankara-bim4-idd-e-2019-4217-k-2020-2054-t-17-9-2020, (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

59 D. 8. D, E. 2020 / 7626, K. 2021 / 3286, 21.06.2021, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/8-d-e-2020-7626-k-2021-3286-t-21-6-2021, (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

duğu, KDK.'nın, ilgili taşınmazın orman izninin anılan günübirlik tesis alanında kalan kısmının izin sahası dışına çıkarılması yönünde verilen tavsiye kararına uyulmaması yönünde Orman Genel Müdürlüğü Değerlendirme Komisyonu kararının iptali için idare mahkemesinde dava açıldığı görülmektedir. Yerel mahkeme, KDK kararına uyulmamasının hukuka aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptal kararı vermiş, davalı idarenin istinaf yoluna başvurusu üzerine Bölge İdare Mahkemesi, yerel mahkemenin kararını uygun bularak istinaf istemini reddetmiş, davalı idarenin kararı temyiz etmesi üzerine dosyayı inceleyen Danıştay dairesi, yerel mahkeme ve Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen kararda hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davalı idarenin temyiz istemini reddetmiştir. Yerel mahkeme tarafından verilen kararın, doğrudan KDK.'nın tavsiye kararına uyulmamasının iptali yönünde olması ve bu kararın BİM ve Danıştay tarafından onaylanması karşısında, KDK. tarafından verilen tavsiye kararlarının, hukuka uygunluk incelemesinde esas alındığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu emsal kararlar, hukukumuzda yeni bir düzenleme olan ve etkileri henüz oluşmaya başlayan ombudsman denetiminin öneminin, zaman içinde sadece bir tavsiye kararı olarak kalmadığını ve işlemin hukuka uygunluk denetiminde idari yargı organlarına yol gösterici bir araç olduğunu göstermekte, zaman içinde iptal yaptırımıyla karşı karşıya kalmak istemeyen idareler için göz önünde bulundurulması gereken kararlar olarak algılanacağı yönünde haklı bir beklentiye yol açmaktadır.

V. OMBUDSMAN DENETİMİNİN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLMA NİTELİĞİ

Taraflar arasında hukuki bir uyuşmazlık olduğunda, bu uyuşmazlığın sonlandırılması ve haklı-haksız tarafların belirlenmesi için akla gelen ilk yöntem, hiç şüphesiz ki yargısal başvuru yöntemidir. Başka bir ifadeyle, Anayasamıza göre Türk Milleti adına yargılama yapma yetkisine sahip olan yargı organları önünde dava yoluyla uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması, dünyada olduğu kadar ülkemizde de en eski, en geleneksel ve aynı zamanda meşru bir hak arama yöntemidir. Ancak son yıllarda yargı organları önüne gelen uyuşmazlıkların -kanun yolları da göz önünde bulundurulduğunda- çokça uzun sürede sonuçlanması, harçlar ve davanın kaybedilmesi halinde karşı taraf vekalet ücretlerinin de kaybeden tarafın üzerinde bir ek külfet oluşturması, yargı organları önündeki dosya yükünün de etkisiyle uyuşmazlıkların yeterli titizlikle incelenmediği algısı gibi faktörler, insanların adalet

arayışlarına bekleneni verememesi karşısında yargı makamları önüne gitmeden daha kısa bir sürede ve daha az maliyetle uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması ve aynı mahkeme kararlarında olduğu gibi, herkesi etkileyen bir karar verilmesi zorunluluğu doğmuştur. Sayılan tüm bu faktörlerden oluşan ihtiyaç, 1970'li yıllardan itibaren Amerika Birleşik Devletleri'nde "*Alternatives Disputes Resolutions (ADR)*" olarak adlandırılan yöntemlerin uygulamaya konulmasını zorunlu hale getirmiştir[60].

Tüm bu ihtiyaçlardan yola çıkarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlığın yargı organları önünde çözümüne bir alternatif olarak "*taraflar arasındaki uyuşmazlığı mümkün olduğunca kısa sürede ve en makul biçimde gideren çözüm yöntemi*" şeklinde değerlendirilmiştir[61]. Söz konusu yöntemler, Türk hukuk doktrininde ise en özet haliyle, "*taraflar arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde uygulanabilen ve yargılamanın dışındaki usuller*" olarak tanımlanmış[62], aynı yazar tarafından doktrinde başka bir eserde en geniş anlamı ile de "*uyuşmazlıkların yargı yolu ile giderilmesi dışında kalan uyuşmazlık çözüm yöntemleri*" olarak açıklanmıştır[63].

Yapılan tüm bu tanımlamalardan hareketle, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, yargılama yoluna başvurmadan önce, tarafların mahkeme haricinde kendi aralarında sorunun çözümüne yönelik iradelerini karşılıklı olarak dile getirmeleri ve yargılamaya gerek kalmadan uzlaşmaları olarak tanımlanabilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, özellikle de mahkemelerin dosya yükü ve buna bağlı olarak uzun yargılamalar neticesinde son yıllarda Türk hukukunda da giderek başvurulan yöntemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ihtiyaca ve talebe paralel olarak bu yöntemlerin yasal zemine kavuştu-

---

60 ÖZBEK Mustafa Serdar, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, S. 2, 2002, s. 136. Doktrinde bu yöntemlerin ABD.'nin yanında Almanya'da da 1960'lı yılların başından itibaren uygulanmaya başladığı ifade edilmektedir. Bilgi için bkz. ÖZBAY İbrahim, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, S. 3-4, 2006, s. 461.

61 ARNAVAS Donald P. **Alternative Dispute Resolution for Government Contracts,** CCH Inc, Chicago, 2004, s. 1, 2.

62 ÖZBEK Mustafa Serdar, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), Birinci Bölüm Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 56, 2005, s. 91.

63 ÖZBEK Mustafa Serdar, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,** Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 201.

rulması için de mevzuatta gereken adımların atıldığı görülmektedir. Zira ceza hukukunda bazı düşük cezalar için uzlaştırma, özel hukuk uyuşmazlıklarında ise arabuluculuk yöntemleri bu yönde yapılan yasal düzenlemelerle mevzuatta yerini almıştır. Yine kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden ortaya çıkan uyuşmazlıklar için öngörülen tahkim yolu da uyuşmazlıkların, normal yargı yerlerindeki süreçten çok daha kısa bir zamanda çözüme kavuşturulmasını öngörmesi bakımından, mevzuatta düzenlenen başkaca bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, sadece özel hukuk ve ceza hukuku bakımından kullanılan yöntemler olmayıp, idare hukukunda da karşılık bulmaktadır. Doktrinde idare hukukunun konusuna giren konularda arabuluculuk hususunun 3 başlıkta toplandığı ifade edilmekte; bunlardan ilkinin maliyet ve uygulama alanı bakımından büyük olan projelerin çevresel sorunlarının çözümünde uzlaşması, bir diğerinin idarelerin çeşitli konularda kendi aralarında uzlaşması olduğu ifade edilirken, vatandaşlarla idare arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara yönelik çözüm arayışlarının da üçüncü kategoriyi oluşturduğu belirtilmektedir[64].

Kamulaştırma Kanunu'nda, kamulaştırmanın idari aşamasının son basamağı olarak satın alma usulünün denenmesi zorunluluğu ve (KK. m. 8) Kamu İhale Kanunu'nda yargısal aşamaya başvurulmadan önce idari başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğu (KİK. m. 54/2) idare hukuku kurallarını düzenleyen mevzuatta yargılama öncesi tüketilmesi gereken zorunlu başvuru yolları olup, bu yollar yargı organı önüne gitmeden önce, idare ile vatandaş arasındaki uyuşmazlığın çözüm ihtimalini öngördüğünden, eşyanın tabiatı gereği, bu düzenlemeler alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak görülebilir. Zira çalışmada az önce belirtildiği üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını açıklayan tanımların ortak noktası, uyuşmazlığın yargı sürecine gerek kalmaksızın taraflar arasında giderilmesi hususuna odaklanmaktadır. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yolundan bahsedilebilmesi için, uyuşmazlığın taraflar dışındaki üçüncü bir kişinin moderatörlüğünde çözülme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Yine idarenin herhangi bir işleme dayanmadan gerçekleştirdiği idari eylemler sonucunda bir zarar doğması halinde dava açmadan önce, zarara uğrayan kişinin, zararı öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl, her halükarda zararı öğrendiği

---

[64] ERKAL Atila, "Türk, Alman ve İsviçre İdare Hukukunda Arabuluculuk", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, S. 1, 2022, s. 62.

tarihten itibaren 5 yıl içinde idareye başvuruda bulunmasını öngören İYUK m. 13 hükmü de mahiyeti bakımından, kanun koyucunun zorunlu tuttuğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilebilir. Zira 13. maddede, öngörülen süre içinde yapılan başvurularla ilgili olarak düzenlenen "... *ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir.*" ifadesinden bu başvurunun, dava açmadan önce idareye yapılması gereken zorunlu bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır. Aksi durumda (idareye başvurulmaması halinde) davanın ilk incelemeden reddedilerek ilgili idareye tevdi edileceğine ilişkin İYUK m.15/1-(e) hükmü de bu yorumu desteklemektedir.

Bu düzenlemeler, mevzuatta yargılama öncesi idari başvurunun zorunlu olduğu haller olarak düzenlenmekle beraber, çalışmanın önceki bölümlerinde ayrıntılarıyla incelenen İYUK. m. 11 hükmünde, bir idari işleme muhatap olan kişilere, kendi isteklerine bağlı olarak doğrudan idari yargıda dava açmak yerine, yapılan bir idari işleme karşı iptal davası açma süresi içinde, idari yargı organlarına başvurmadan önce ilgili idari işlemin hukuka aykırı olduğundan bahisle varsa üst makama, üst makamın bulunmaması halinde ise işlemi yapan makama başvurarak işlemin düzeltilmesini, değiştirilmesini veya kaldırılmasını talep etme hakkının verilmesi, yargılama öncesinde, işleme tabi tutulan kişinin idareye karşı alternatif uyuşmazlık çözüm yoluyla sulh olabilmesini, başka bir ifadeyle yargılamaya gerek kalmadan idarenin işlemi gözden geçirerek başvurucunun talebi doğrultusunda farklı bir karar verebilmesini sağlayabilecektir. Bu anlamıyla İYUK m.11'de öngörülen idari başvuru yolu, idarenin, başvurucunun itirazını kabul etmesi halinde idari yargıda iptal davası açmasına gerek kalmamasını sağlayan bir başvuru olduğu için alternatif uyuşmazlık yolu olarak görülebilir.

İYUK m.11'de öngörülen başvurunun bir benzeri olan uygulama da işlemin yapan idarenin üst makamına veya üst makam olmaması halinde işlemi yapan makama yapılan başvurunun açıkça veya zımnen reddedilmesi sonrasında KDK.'ya yapılan başvurudur. Ancak KDK. tarafından yapılan ombudsman denetiminin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır.

Doktrinde ombudsman denetiminin idari yargıya alternatif bir kurum değil, idari yargıya destek olan, idari yargının dava yükünü azaltan bir kurum olarak değerlendirilmesi gerektiğini[65] savunan görüşler olmakla birlikte,

[65] USTA, s. 61.

kurumun görevinin, idarenin faaliyetleri ile ilgili şikayetleri dinlemek ve bu konuda idareye tavsiye niteliğinde kararlar vermek olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu denetimin, geniş anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilebileceği de ifade edilmektedir[66]. Her ne kadar 17/7. maddenin gerekçesinde "kurumun idari yargının alternatifi olarak algılanmaması gerektiği" ifade edilmiş ise de Kamu Denetçiliği Kanunu'nun görüşmeleri sırasında TBMM. Plan ve Bütçe Komisyonu'nun 09.06.2006 tarihinde Meclis Başkanlığı'na sunduğu raporda "*Her konuyu, her ihtilafı yargıya götürmenin zaman alıcı ve masraflı bir yöntem olduğu, bu nedenle Avrupa Birliğinde alternatif uyuşmazlık yöntemleri üzerinde durulduğu, kamu denetçiliğinin de bu nitelikte değerlendirilebileceği*" açıkça ifade edilmiştir[67]. Bu çerçevede kanun koyucunun da Ombudsman denetiminin, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında sayılıp sayılmayacağı konusunda net bir görüş birliği içinde olduğunu söylemek mümkün görülmemektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının çalışmada az önce belirtilen tanımlarından yola çıkarak, bu uyuşmazlığın, yargılama sürecindeki uzunluklar göz önünde bulundurularak yargılamaya gerek kalmaksızın dava öncesinde taraflar arasında çözüme bağlanması şeklinde değerlendirildiğinde, her ne kadar ombudsman denetimi sonucunda verilen karar bağlayıcı olmasa da idarenin ombudsmanın önerisi doğrultusunda işlemi geri alması veya düzeltmesi yahut başvurucunun talebi doğrultusunda yeniden bir işlem tesis etmesi halinde idari yargıya başvurmanın gerekmeyeceği ve tarafların bu şekilde anlaşabileceği düşünüldüğünde, ombudsman denetiminin geniş anlamda da olsa bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilebilmesi mümkündür.

SONUÇ

İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması gerekliliği, Anayasanın 2. maddesinde yer alan "Hukuk Devleti" ilkesinin bir gereğidir. Bunun yanında yapılan eylem veya işlemlerin "yerinde", "hakkaniyete uygun" ve "kamu yararı gözeten" işlemler olmasına dikkat edilmelidir. İdare hukukunun temel prensiplerinden biri olan "idareye güven ilkesi" gereğince, kanunda aksine bir düzenleme bulunması hususu istisna olmak üzere, kural

---

66 HASOĞLU Aynur, "İdare Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, S. 4, 2016, s. 1993.

67 Bilgi için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1206m.htm, ET. 01.06.2022.

olarak idari işlemler, muhatabına ulaştığı andan itibaren kendiliğinden yürütülebilir hale gelir ve idare tarafından aksine bir işlem tesis edilmediği veya mahkeme kararı ile işlemin yürütmesinin durdurulmadığı/iptal edilmediği sürece hukuka uygun kabul edilir. İdare kavramının soyut bir kavram olması ve yapılan tüm eylem ve işlemlerin, idare adına yetkilendirilen gerçek kişiler tarafından yapılmış olması, hatalı olma ihtimalini kuvvetlendirir. Dolayısıyla idarenin yetkilendirdiği kişilerce tahsis edilen işlemlerin belli bir denetimden geçmesi, sonrasında yaşanacak olumsuzluklara karşı henüz sürecin başında önlem alınması bakımından son derece önemlidir.

Hukukumuzda idarenin eylem ve işlemlerinin farklı denetim yolları mevcut olup, bunlardan en önemlisi kuşkusuz Anayasanın 125. maddesinde güvence altına alınan yargısal denetimdir. Zira sadece hukuka uygunluk bakımından yapılan bu denetim sonucunda işlemin yargı organları tarafından hukuka aykırı bulunması halinde işlem tüm hüküm ve sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılacaktır. Yargısal denetim, sonuçları bakımından en etkili denetim yolu olmakla birlikte, yargılama sürecinin uzun ve maliyetli olması, yargı sürecine gerek kalmadan farklı denetim yollarıyla sorunun çözümü için yeni yollar aranmasına neden olmuştur. Bu yollardan biri de yapılan işlem üzerine, işlemi yapan idareye yapılacak itiraz sonrasında, dava açma süresi içinde tüketilebilecek son denetim yolu olan ombudsman denetimidir.

İdari işlemi yapan kurumdan bağımsız olan; ancak yine idari teşkilat içinde yer alan ombudsman denetimi, yargı denetimine başvurmadan, bağımsız bir idari denetim ile uyuşmazlığın çözümü için öngörülen son bir idari başvuru yoludur. Her ne kadar bu denetimin sonucunda Kamu Denetçiliği Kurumu'nun vereceği karar tavsiye niteliğinde olsa da KDK.'nın vatandaşı haklı bulması durumunda gereğinin yapılması için idareye verdiği süre içinde işlemin düzeltilmesi veya vatandaşın istediği şekilde yeniden tesis edilmesi sonucunu doğurabilecek, böylece yargısal denetime gerek kalmadan taraflar arasında sorun çözülmüş olabilecektir.

Hukukumuz açısından yeni sayılabilecek bir denetim yolu olan ombudsman denetiminin, sadece yargı yolu öncesinde başvurulan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu söylemek, kurumun önemini vurgulamakta eksik kalacaktır. Zira idari yargıda dava açmadan önce bu yolun kullanılması ve bu denetimi yapan KDK.'nın kişiyi haklı bulması durumunda, idare Kurum'un tavsiye kararına uymadığı takdirde, bu tavsiye kararının, görülen idari davada kişiye avantaj sağlayacağı aşikardır. Zira idari yargının tüm

kademelerindeki yargı organları tarafından verilen kararlar dikkate alındığında son yıllarda KDK.'nın yargılamadan önce davacı taraf lehine vermiş olduğu tavsiye kararlarının iptal kararı bakımından gerekçe olarak öne sürüldüğü, daha açık bir ifadeyle ombudsman denetiminin, idari davalarda bilirkişi raporu, uzman mütalaası, yargı içtihatları gibi ikincil bir kaynak haline geldiği söylenebilecektir. Çalışmada, idari yargı organları tarafından verilen emsal kararlar, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

Çalışmada, ilk bölümde, idarenin denetim yolları hakkında genel bir bilgilendirme yapılmış, sonrasında ise çalışmanın esas inceleme konusunu oluşturan ve bu denetim yollarından biri olan ombudsman denetimi ayrıntılı şekilde incelenmiş, ombudsman denetimine başvuru koşulları, başvuru incelemesinin usulü, ombudsman denetimi sonrasında verilen kararın farklı ihtimallere göre idari işlemin akıbetine etkisi üstüne ayrıntılı değerlendirmeler yapılmıştır.

Yapılan tüm bu değerlendirmeler sonrasında, ombudsman denetimin, Anayasada güvence altına alınan önemli bir denetim yolu olduğu, verilen kararların tavsiye niteliğinde olmasına rağmen Kamu Denetçiliği Kanunu'nda düzenlenen hükümler çerçevesinde KDK.'ya yapılan başvurunun yargısal denetim sürecini öteleyeceği, böylece hak kaybını önleyeceği, KDK.'nın başvurucuyu haklı bulması halinde tavsiye niteliğinde karar verse de başvurunun haklı olduğu yönünde karar vermesi halinde, kararın gereğinin yerine getirilmesi için idareye belli bir süre vereceği, bu süre zarfında idarenin bu karara uymaması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı; böylece her ne kadar tavsiye niteliğinde olsa da ombudsman denetiminin etkili bir denetim yolu olduğu söylenebilir. Bu denetim yoluna başvurabilmek için herhangi bir ücret talep edilmemesi, hak arama özgürlüğü bakımından olumlu bir gelişmedir. Yine yapılan başvurunun sonuçlanması için Kamu Başdenetçisi'ne belli bir süre verilmesi, verilen bu süre zarfında herhangi bir karar verilmemesi halinde, mevcut duruma göre yargı yoluna başvurulacağının düzenlenmesi, uyuşmazlığın makul süre içinde çözülmesi için önemli bir adımdır.

Mahiyeti gereği ombudsman denetimi, yargı denetimi öncesinde başvurulan son idari denetim yolu olduğundan ve KDK. tarafından verilen tavsiye kararına idarenin uyması durumunda yargı denetimine gerek kalmadan uyuşmazlığın giderilme ihtimali, bu denetimin, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında yer alıp almadığı tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Çalışmada ayrıntılı olarak tartışıldığı üzere, bu konudaki tartışmaların özü,

ombudsman denetimi sonucunda verilen kararın diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarındaki (ADR.) gibi yargı kararı yerine geçecek kesin bir karar olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu özelliği nedeniyle doktrinde her ne kadar ombudsman denetiminin ADR. çeşitleri arasında sayılmayacağı bazı yazarlar tarafından iddia edilse de ADR.'lerin ortak özelliğinin yargılama sürecine gerek kalmaksızın uyuşmazlığın yargılama öncesinde çözüme kavuşturulması olduğu düşünüldüğünde, ombudsman denetiminin sonucunda vatandaşın haklı bulunması sonucunda Kamu Başdenetçisi'nin mağduriyetin giderilmesi önerisi üzerine idarenin gereğini yerine getirmesi halinde sorun yargılama gerek kalmadan çözüleceğinden, ombudsman denetiminin geniş anlamda ve idare hukukuna özgü bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu söylenebilecektir.

Hukukumuz bakımından henüz yeni olan, çözüme yönelik olumlu taraflarının süreç içinde daha iyi anlaşılacağı umulan bu denetim mekanizmasının tanıtımına ve idari yargı denetimine etkilerini inceleyen bu çalışmanın, uygulamaya katkı sunması en büyük temennidir.

KAYNAKÇA

AKÇAGÜNDÜZ Emre, Türk Kamu Yönetiminde Denetim Anlayışının Dönüşümü ve Ombudsmanlık Kurumu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Edirne, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

AKINCI Müslüm, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.

AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku,** Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.

AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku,** Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.

ANAYURT Ömer, **Anayasa Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ARNAVAS Donald P. **Alternative Dispute Resolution for Government Contracts,** CCH Inc, Chicago, 2004.

ARSLAN Nagehan Talat, "Yönetimde Açıklık ve Gizlilik", **Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi**, S. 1, 2010, ss. 174-195.

ATAR Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku,** Turan Kitabevi, Ankara, 2016.

AYDIN Ahmet Hamdi, **Türk Kamu Yönetimi,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

CANAT SÜREKLİ Nilüfer, Kamu Yönetiminde Açıklık/Şeffaflık Anlayışı Çerçevesinde Bilgi Edinme Hakkı ve Türkiye'de Kamu Yönetimine Etkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

DERDİMAN Cengiz, **İdare Hukuku**, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2007.

EFE Haydar/DEMİRCİ Murat, "Ombudsmanlık Kavramı ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumundan Beklentiler", **Sayıştay Dergisi**, S. 90, 2013, ss. 49-82.

EKEN Musa, "Kamu Yönetimi ve Bilgi Edinme Hakkı", **Yeni Türkiye Dergisi**, S. 22, 1998, ss. 1213-1216.

ERDENGİ Tevfik Bora, Ombudsman: Dünya Uygulamaları ve Türkiye, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

ERKAL Atila, "Türk, Alman ve İsviçre İdare Hukukunda Arabuluculuk", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, S. 1, 2022, ss. 39-66.

ERYILMAZ Bilal, **Kamu Yönetimi,** Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2016.

GÖKÇELİK Özlem, "Etik Kavramının Kamu Yönetimi ve İç Denetim Bağlamında Değerlendirilmesi", **Denetişim Dergisi**, S. 5, 2010, ss. 54-63.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku,** Turan Kitabevi, Ankara, 2009.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku C.2 İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

GÜNDAY Metin, **İdari Yargılama Hukuku,** Turan Kitabevi, Ankara, 2022.

HASOĞLU Aynur, "İdare Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, S. 4, 2016, ss. 1981-1996.

KALABALIK Halil, **İdare Hukuku Dersleri Cilt - I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukukuna Giriş,** 1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.

KARAHANOĞULLARI Onur, "Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, S. 3, 2007, ss. 201-232.

KILIÇ Selçuk, Ombudsmanlık ve İdarenin Denetimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

KÜÇÜKÖZYİĞİT H. Galip, "Ombudsmanlık Kurumu- Hukuksal ve Siyasal Bir İnceleme", **Uluslararası Hukuk Politikaları Dergisi**, Cilt: 2, S. 5, 2006, ss. 90-111.

ÖNEN S. Mustafa/YILDIRIM Ali, "Kamu Yönetiminde Etik Denetimi: OECD Ülkeleri Örneği", **Akademik Yaklaşımlar Dergisi**, Cilt: 5, S. 1, 2014, ss. 103-126.

ÖZBAY İbrahim, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, S. 3-4, 2006, ss. 459-475.

ÖZBEK Mustafa Serdar, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, S. 2, 2002, ss. 121-162.

ÖZBEK Mustafa Serdar, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I), Birinci Bölüm Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 56, 2005, ss. 90-132.

ÖZBEK Mustafa Serdar, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,** Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

ÖZER Mehmet Akif/ISKANDAROV Shokhrukh, "Kamu Yönetiminin Denetiminde Ombudsman Uygulaması - Kırgızistan Örneği", **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. Aralık Özel Sayısı, 2016, ss. 324-344.

ROBERTSON Ken G., "Demokrasi ve Gizlilik", **Türk İdare Dergisi**, Çev. Musa Ceylan, S.403, s. 151-159.

SANCAKTAR Oğuz/ ÖNÜT Lale Burcu/ US DOĞAN Eser vd. **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

SÖZEN Süleyman, **Kamu Yönetiminin Denetlenmesi**, içinde *Kamu Yönetimi,* (ed. Süleyman SÖZEN), Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir. 2016.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

ULUSOY Ali D. **Yeni Türk İdare Hukuku,** Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

USTA Hasibe, "Türkiye'de Ombudsman (Kamu Denetçiliği Kurumu)", **Denetişim Dergisi**, S. 14, 2014, ss. 59-64.

YILDIRIM Ramazan/ÇINARLI Serkan, **Türk İdare Hukuku Cilt: 1,** Astana Yayıncılık, Ankara, 2018.

YILMAZ Abdullah/ŞAHYAR AKDEMİR Duru, "Ombudsmanlık Kurumunun Etkinliğinin Kurum Kararları Üzerinden İncelenmesi", **Ombudsman Akademik Dergisi**, S. 13, 2020, ss. 15-55.

YÜKSEL Cüneyt, "Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yeni Yasal Düzenlemeler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 64, S. 2, 2006, ss. 167-212.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1405-1435

GERÇEK ÖZGÜ SUÇA ŞERİK SIFATIYLA KATILANLARIN CEZASI: ALMAN CEZA KANUNU §28/1 HÜKMÜ KAPSAMINDA BİR DEĞERLENDİRME(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Yağız YAVUZ**(**)

Öz: Özgü faillik vasfını haiz olmadan gerçek özgü suça katılan şerikin cezai sorumluluğunun Türk Ceza Kanunu (TCK) madde 40/2 hükmünde öngörülen suretle belirlenmesi, birtakım adaletsiz hukuki sonuçları beraberinde getirebilmektedir. Zira bu düzenleme, hâkimin şerikin cezasının tayininde onun özgü faillik vasfını şahsında taşıyıp taşımadığını gereği gibi dikkate almasına olanak tanımamaktadır. Diğer bir ifadeyle, gerçek özgü suça özgü faillik vasfını şahsında taşıyarak şerik sıfatıyla iştirak eden kimse ile bu vasfı şahsında taşımadan iştirak eden kimse arasında cezai sorumluluk statüleri bakımından ayrım yapılmamıştır. Bu çalışmada gerçek özgü suça azmettiren ya da yardım eden olarak katılan, özgü faillik vasfına sahip olan ya da olmayan şeriklerin nasıl daha adil suretle cezalandırılabileceği irdelenmiştir. Bu doğrultuda Alman Ceza Kanunu (Alman CK) §28/1 hükmü inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Gerçek Özgü Suç, Suça İştirak, Bağlılık Kuralı, Azmettirme, Yardım Etme.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 26.07.2022. Makale Kabul Tarihi: 07.12.2022.

(**) Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0003-2214-3734; *yagizyavuz2@gmail.com*).

PUNISHMENT OF AN ACCOMPLICE WHO PARTICIPATES IN GENUINE CRIMES DEMANDING THE PERPETRATOR'S SPECIAL STATUS: AN ASSESSMENT UNDER §28/1 OF THE GERMAN PENAL CODE

Abstract: According to Article 40/2 of the Turkish Penal Code, an accomplice who participates in a genuine crime demanding the perpetrator's special status is held responsible for this crime as an instigator or aider even if he/she does not have the special qualifications required for being the perpetrator. In other words, no distinction is made in terms of the status of criminal responsibility between the person who participates in this kind of crime by carrying the qualification of specific perpetrator in his person and the person who participates without carrying this qualification in his person. This practice can lead to unjust punishment. This paper aims to present how an accomplice who participates in genuine crimes demanding the perpetrator's special status as an instigator or aider can be punished more fairly. The accomplice may or may not have the required characteristic of being a perpetrator. In this respect, the German Penal Code §28/1 provision has been examined.

Keywords: Genuine Crimes Demanding the Perpetrator's Special Status, Participation, Principle of Accessoriality, Instigation, Aiding and Abetting.

I. GİRİŞ

Türk öğretisinde gerçek özgü suça iştirak konusu bugüne dek genellikle TCK m.40/2 hükmünün kapsamı ile sınırlı kalacak şekilde inceleme konusu yapılmıştır. Bu hükme göre, gerçek özgü suçun işlenişine katılan özel faillik niteliğini haiz olmayan kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur[1]. Hüküm esasen, suç tipinde zikredilen özel faillik niteliğine sahip olmayan kimselerin gerçek özgü suça katılmaları halinde, gerçek özgü suç-

[1] Bu kişiler failin işlediği gerçek özgü suçtan bağlılık kuralı sayesinde sorumlu tutulabilmektedir. Diğer bir ifadeyle bağlılık kuralı özgü faillik niteliğini haiz olmayan kimselerin, gerçek özgü suçun şeriki olarak sorumlu tutulabilmelerine olanak tanımaktadır. Bkz. AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.798; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.476, 483. Özgü faillik niteliğini taşımayan kimseler özgü suça katkı sunmama, özgü faillik niteliğini taşıyan kimselerle iş birliği yapmama (bundan kaçınma) yükümlülüğü altındadır. Bkz. ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 8. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.588; ÖZKAN Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.279; KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL Tülay, **Özgü Suç**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.321.

tan şerik sıfatıyla sorumlu tutulabileceklerini[2] ve bu kimselerin fiil üzerinde hakimiyet kursalar, yani tipik icra hareketlerini gerçekleştirseler dahi, gerçek özgü suçun faili olamayacaklarını vurgulamak üzere kaleme alınmıştır[3]. Bu doğrultuda hükmün gerekçesinde, bir özgü suçun faili olabilmek için suç katılımcısının hem suç tipinde tarif edilen özel faillik vasfını haiz olması hem de fiil üzerinde hakimiyet kurması gereği açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte gerçek özgü suça iştirak konusunun arz ettiği özellik, sadece suç katılımcılarının suç tipinde zikredilen özel faillik niteliğini taşımamaları sebebiyle asla bu suçun faili olamayacakları hususu ile sınırlı değildir.

---

[2] Aksi kabulde bir özgü suçun işlenmesine katkıda bulunan, özgü faillik niteliğini taşımayan kimselerin cezasız kalması sorunu ortaya çıkar. Bkz. CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.511; EVİK Vesile Sonay, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.329; TOROSLU Nevzat/TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s.354.

[3] ZAFER, s.201. Karş. ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.408; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.549. Özel hükümler kitabında suç bazlı olarak TCK m.40/2'de zikredilen kuralın istisnasına yer verildiği görülmektedir. Örneğin işkence suçu (TCK m.94/4), bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bkz. HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.517. Bir görüşe göre, bizzat işlenebilen suç hüviyetindeki özgü suçların işlenişine iştirak eden diğer suç katılımcıları müşterek fail olamaz. Benzer şekilde, gerçek olmayan ihmali suç hüviyetindeki özgü suçların (ihmal suretiyle) işlenişine iştirak eden garantörlük yükümlülüğü altında bulunmayan suç katılımcıları da müşterek fail olamaz. Ancak bunlar dışında kalan özgü suçların tipe uygun hareketi özel faillik vasfını taşımayan kimselerce de gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, özel faillik vasfını taşımayan kimseler de bu türden suçların (müstakil faili olamasalar da) müşterek faili olabilir. Bkz. AYDIN Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.271-273; EVİK Ali Hakan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failinin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, S.33, 2017, s.35-36. Karş. TOROSLU/TOROSLU, s.355-356; V.S.EVİK, s.330 vd. Bu görüşteki yazarlara göre, örneğin zimmet suçunun icra hareketleri bir kamu görevlisi ile bu kişinin kamu görevlisi olduğunu bilen ancak kendisi kamu görevlisi olmayan bir kimse tarafından birlikte gerçekleştirilmişse, kamu görevlisi olmayan suç ortağının da zimmet suçundan fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Bkz. İÇEL Kayıhan/EVİK Ali Hakan, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, 4. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.272. Bunu engelleyen TCK m.40/2'nin adaletsiz bir cezalandırma neticesi meydana getirdiği hususunda bkz. A.H.EVİK, s.37. Kanımızca, kanunda aranan özgü faillik vasfını taşımayan kimselerin gerçekleştirdiği hareketler, onların gerçek özgü suçun faili olabilmelerine imkan tanımaz. Aynı yönde bkz. AKBULUT Berrin, "Bağlılık Kuralı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, S.1, 2010, s.194. Alman öğretisinde de gerçek özgü suçla korunan hukuki değerin özgü faillik vasfına sahip olmayan kimselerce ihlal edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. SCHÜNEMANN Bernd, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Erster Band Einleitung §§1 bis 31**, 12.Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2007, §28 kn.2.

Gerçek özgü suça iştirak aynı zamanda, suça şerik sıfatıyla katılan kişilerin suç tipinde zikredilen özel faillik niteliğini bünyelerinde taşıyor ya da taşımıyor olmalarına göre de bir özellik arz eder. Suç tipinde tasvir edilen özgü faillik niteliğini bünyesinde taşıyan bir kimsenin suça illaki fail sıfatıyla (yani tipik icra hareketlerini gerçekleştirerek) katılması şart değildir. Bu türden kimsenin suça yardım eden ya da azmettiren olarak iştirak etmesi de mümkündür. Diğer bir ifadeyle, gerçek özgü suça katkısının yardım etme ya da azmettirme düzeyinde kalması olanak dahilindedir. Benzer şekilde, gerçek özgü suça suç tipinde tasvir edilen özel faillik niteliğini bünyesinde taşımayan bir kimse de şerik sıfatıyla katılabilir. Yürürlükteki TCK'da bu iki tür (özgü faillik sıfatına sahip olan ve olmayan) şerikin alacağı cezayı zorunlu olarak birbirinden farklılaştıran bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususu ancak hâkim cezanın tayini aşamasında dikkate alarak belirli ölçüde bir ceza farklılaşması sağlayabilir. Ancak hâkimi buna zorlayan emredici bir düzenleme TCK'da yer almamaktadır. Alman CK'da ise bu konuda emredici bir düzenleme yapılmış olup, bu çalışma bu hükmün (Alman CK §28/1) irdelenmesi amacını taşımaktadır.

II. ŞERİKİN CEZASININ ALMAN CK §28/1'E GÖRE TAYİNİ

1. Hükmün Anlamı ve Amacı

Alman hukukunda şeriklerin sorumluluk statüleri belirlenirken, özel kişisel unsur (*besondere persönliche Merkmale*)[4] içeren bir suç söz konusu ise, sadece bağlılık kuralına tabi kalınmamaktadır. Bu gibi hallerde bağlılık kuralını belirli ölçüde sınırlayan Alman CK §28 hükmü doğrultusunda işlem yapılmaktadır. Gerçek özgü suçlar kural olarak özel kişisel unsurlu suçlar arasında bulunduğundan, bu türden suçlar bakımından §28/1 hükmü uygulama bulmakta ve şeriklerin cezai sorumluluğu alışıldık bağlılık kuralına göre yapılan uygulamadan bir ölçüde farklılaşarak tayin edilmektedir.

Alman CK §28/1 hükmolunacak ceza bakımından özel bir düzenleme içerir. Buna göre, failin cezalandırılabilirliğini tesis eden özel kişisel unsurların (*Strafbegründende besondere persönliche Merkmale*) şerikte bulunmaması halinde, şerikin cezası Alman CK §49/1 uyarınca indirilir. Zira bu unsurların şerikte bulunması şart olmadığından, bunların somut olayda şeri-

---

[4] Özgenç bu ifadeyi "özel kişisel hususiyetler" ve "özel kişisel özellikler" tabirleriyle Türkçe'ye çevirmiştir. Bkz. ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.643.

ke yüklenememesi gerekir[5]. Burada bahsedilen özel kişisel unsurlar, kural olarak özgü suçlardaki özel faillik vasfına karşılık gelmektedir[6]. Bu hükümle bağlılık kuralında bir değişiklik meydana getirilmiştir. Normalde bağlılık kuralı gereği şerikin, failin sorumlu tutulduğu gerçek özgü suçun cezası üzerinden azmettiren ya da yardım eden olarak (kendi şahsında özel kişisel unsur bulunmaması sebebiyle cezasında herhangi bir indirim yapılmaksızın) cezalandırılması gerekir. Zira bağlılık kuralı şerikin özel kişisel unsurları gerçekleştirmesini şart koşmaz[7]. Şerikin, failin böyle bir kişisel unsura sahip olduğunu bilmesini (kast) yeterli görür[8]. Bu durumda şerik, şahsında özel kişisel unsur bulunmadığı dikkate alınmaksızın cezalandırılmış olur. Oysa bu tip son derece kişisel karakteri haiz olan unsurlar hareketten ziyade suç katılımcıları hakkında belirlemede bulunur. Yani önemli ölçüde kişiyle bağlantılıdır. Ancak bağlılık kuralı şeriklerin cezalandırılması sırasında bu tür unsurların dikkate alınmasına imkân tanımamaktadır[9].

Alman CK §28 hükmünün ihdası ile amaçlanan, suça iştirakin bir kasıtlı, hukuka aykırı (ana) suça bağlılığının azmettirme ve yardım etmeye ilişkin hükümlerde öngörülenden daha fazla gevşetilmesidir. Bu düzenlemeyle, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel hükümlerde öngörülen iştirakin bağlılığının ölçüsü üzerinde değişiklik meydana getirilir. Buradaki bağlılık

---

5 HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019, kn.1349. Cezayı kurucu özel kişisel unsurlar bakımından bu düzenlemeye denk düşen bir hüküm Alman ceza hukukuna ilk olarak 1968 yılında düzene aykırılıklar kanununda girmiştir. O güne dek özel kişisel unsurun cezayı kurucu hüviyette olduğu bir suça şerik olarak katılan kimsenin, fail için öngörülmüş olan ceza çerçevesi üzerinden mahkûm edilmesi gerekmekteydi. Bkz. BAUMANN Jürgen/WEBER Ulrich/MITSCH Wolfgang/EISELE Jörg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2021, §26 kn.159.

6 ÖZGENÇ, s.643.

7 Gerçek özgü suça katılan, özgü faillik niteliğini taşımayan kimsenin gerçek özgü suça azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılması bağlılık kuralının gereğidir. Bkz. KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.369vd.

8 Diğer bir ifadeyle, özgü faillik niteliğine sahip olmayan şerikin, özgü suça iştirak etme iradesiyle hareket etmesi (failin özel faillik vasfını bilmesi) gerekir. Bkz. TOROSLU/TOROSLU, s.356; AYDIN, s.274. Şerik, özgü suç failinin özel faillik niteliğini bilmiyorsa, fail tarafından gerçekleştirilen hareket, herhangi bir kimse tarafından gerçekleştirildiğinde suç oluşturmuyorsa cezasız kalır. Bkz. ZAFER, s.588; ÖZKAN, s.279. Herkes tarafından işlenebilen genel bir suç oluşturuyorsa, bu suçtan sorumlu tutulur. Bkz. V.S.EVİK, s.334.

9 WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 49. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2019, kn.872. Bu itibarla bağlılık kuralına göre, suç teşkil eden hareketin yanı sıra failin özel yükümlülüklerinin ve suça ait amaçlarının da şerike prensip olarak isnat edilmesi mümkündür. Bkz. FRISTER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., C.H. Beck, München, 2020, §25 kn.29.

kuralı gevşemesi[10] (*Akzessorietätslockerung*) sadece özel kişisel unsurlara ilişkindir. Bu hüküm olmasaydı Alman ceza hukukunda da özel kişisel unsur içeren suç tiplerine iştirak mevzusunun mutlak suretle azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekecekti. Yani failin özel kişisel unsuru gerçekleştirmesi ve şerikin bunu bilmesi dikkate alınacaktı. Ayrıca şerikin kendisinin de özel kişisel unsuru yerine getirip getirmediğine bakılmayacaktı[11].

Alman kanun koyucusu §28/1 hükmünün ihdasını özellikle yükümlülük suçlarının (özgü suçlar) cezayı kurucu fail unsuruna dayandırmıştır[12]. Zikredilen düzenleme şerikin, failin şahsında taşıdığı özel kişisel unsura sahip olmadığı (yani gerçek özgü suçun faili olabilme niteliğini bünyesinde barındırmadığı) hallerde, cezasında indirim yapılacağını öngörmektedir[13]. Bu suretle bağlılık kuralından özel faillik niteliğini şahsında taşımayan şerikler bakımından belli ölçüde sapılmış olunmaktadır. İşte bağlılık kuralında meydana getirilen bu sapma Alman öğretisinde "bağlılık kuralı gevşemesi" ya da "bağlılık kuralının kısmen ihlali (delinmesi)" biçiminde adlandırılır[14].

---

10 Aynı anlamda kullanılan "bağlılık kuralı yumuşaması" ifadesi için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s.439.

11 HOYER Andreas, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 §§1-37 StGB**, 9. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017, §28 kn.1.

12 FRISTER, §25 kn.32.

13 Bu türden şeriki ifade etmek üzere Alman öğretisinde gerçek özgü suçlarda "*nichtqualifizierte Teilnehmer*" (özgü faillik niteliğine sahip olmayan şerik) terimi kullanılmaktadır. Bkz. ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, Verlag C.H.Beck, München, 2003, §27 kn.6; JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s.657. Ayrıca aynı anlamda Latince "*Extraneus*" terimi de kullanılır. Buna karşılık, özgü faillik niteliğine sahip olan suç katılımcısı ise Latince "*Intraneus*" terimiyle ifade edilir. Bkz. HAAS Volker, **Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2020, §28 kn.4; SCHÜNEMANN, §28 kn.1. Öte yandan Alman CK §28/2'ye göre, kanunda cezayı artıran, azaltan ya da kaldıran bir özel kişisel unsur öngörülmüşse, bu unsur hangi suç katılımcısının (fail veya şerik) şahsında mevcutsa sadece onun hakkında hüküm ifade eder. Cezayı kurucu özel kişisel unsurlar bakımından da bunları şahsında taşımayan şerike ceza hafiflemesi yerine §28/2 hükmünde öngörülen hukuki sonucun tatbiki, gerçek özgü suçlarda özgü faillik niteliğini bünyesinde taşımayan şerikin cezasız kalmasına yol açar. Bu tür bir çözüm suç siyaseti bakımından hatalı olur. Bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.160.

14 KINDHÄUSER Urs/ZIMMERMANN Till, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020, §38 kn.22. "Bağlılık kuralı gevşemesi" isimlendirmesi için bkz. MURMANN Uwe, **Grundkurs Strafrecht**, 6. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2021, §27 kn.76; KREY Volker/ESSER Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2022, kn.1009. Ayrıca, "suça iştirakte bağlılık kuralının istisnaları" isimlendirmesi için bkz. FISCHER Thomas, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 67. Aufl., C.H.Beck, München, 2020, §28 kn.2.

Eklenmelidir ki, şerikin şahsında cezayı kurucu özel kişisel unsuru taşımıyor olması, bağlılık kuralının tatbiki olanağını bütünüyle ortadan kaldırmaz. Böyle bir uygulamaya müracaat edilmesi, şerikin cezasız kalmasına yol açar[15]. Alman CK §28/1 hükmü şerikin durumunu faile kıyasla kötüleştirmeye değil, aksine sadece iyileştirmeye hizmet eder[16]. Bununla birlikte, şerik de kanunda aranan anlamda özel kişisel unsuru şahsında taşıyorsa, §28/1'e göre ceza indiriminden istifade edemeyeceği açıktır.

Bu düzenlemenin arka planında özel kişisel unsur içeren suç tiplerinde, bu özel kişisel unsuru şahsında taşımayan suç katılımcılarına genel kuralların uygulanmasının meydana getireceği tatmin edici olmayan sonuçları engelleme düşüncesi bulunur. Bu düşünceyle §28/1 hükmü failin şahsında bulunan ve cezalandırılabilirliğini tesis eden bir özel kişisel unsuru, kendi şahsında taşımayan şerik lehine bağlılık kuralı gevşemesi meydana geleceğini düzenler. Bu bağlılık kuralı gevşemesi ceza çerçevesi değişikliği (kayması) yoluyla olur[17]. Failin gerçekleştirdiği özel kişisel unsur, sanki bu unsuru şerik de gerçekleştirmiş gibi, şerikin özel kişisel unsurlu suç üzerinden cezalandırılabilirliğini tesis eder. Ancak gerçekte şerikin şahsında böyle bir unsur bulunmadığından, şerik daha hafif ölçüde cezalandırılır[18]. Zira cezayı kurucu özel kişisel unsurun şerikin şahsında bulunmaması, onun haksızlığının ve kusurunun, failin haksızlığından ve kusurundan daha hafif olmasını sonuçlar[19]. Buna karşılık şerikin şahsında da özel kişisel unsur bulunuyorsa, kusur ve haksızlık bakımından böyle bir farklılık ortaya çıkmayacağından, bu türden şerikin cezası §28/1 hükmüne göre ayrıca hafifletilmez.

---

15 KREY/ESSER, kn.1009.

16 WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.876.

17 RENGIER Rudolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2019, §46 kn.1; FRISTER, §25 kn.31. İştirakin bağımlılığı hem şerikin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususunda hem de şerikin nasıl cezalandırılacağı hususunda mevcuttur. Bkz. KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2017, §20 kn.147. Ancak Alman CK §28 hükmü ile getirilen bağlılık kuralı sınırlaması, şerikin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususuna etki etmez (iştirak edilebilir bir (ana) suç varsa ve şerik azmettirme ya da yardım etmeye ilişkin genel hükümlerde öngörülen koşullara uygun bir davranış gerçekleştirmişse her halükârda cezalandırılır). Sadece şerikin nasıl cezalandırılması gerektiği hususu üzerinde etki doğurur. Bkz. KREY/ESSER, kn.1009. Alman CK §28/1 hükmü haksızlığın isnadiyeti hususunda herhangi bir kısıtlama öngörmez. Bkz. HOYER, §28 kn.4. Fail tarafından gerçekleştirilen haksızlık, şerike §28/1 anlamında cezayı kurucu özel kişisel unsurlardan ileri gelse de isnat edilir. Şerik tarafından gerçekleştirilen hukuki değer saldırısının daha hafif bir cezaya layık olması yalnızca ceza çerçevesi kayması yoluyla dikkate alınır. Bkz. HOYER, §28 kn.2.

18 FRISTER, §25 kn.31.

19 JESCHECK/WEIGEND, s.660.

Alman öğretisinde savunulan görüşe göre, gerçekleştirilmeleri son derece kişisel haksızlık meydana getiren unsurların, bu unsurları şahsında taşımayan suç katılımcılarına yüklenmesi adaletin temini mülahazasıyla mümkün olmamalıdır[20]. Alman CK §28 hükmü bu bakımdan bir istisna yapılmasını sağlar. Bu hükümle bünyesinde özel kişisel unsur bulunmayan suç katılımcıları bakımından meydana getirilen bağlılık kuralı sapması sayesinde, her suç katılımcısının farklı kişilik özelliklerine (karaktere) sahip olduğu olgusu dikkate alınır[21]. Böylelikle ceza adaleti sağlanır, adil olmayan bir ceza çerçevesinin tatbiki önlenir[22].

Cezayı kurucu hüviyetteki unsurlarda, hakkaniyete aykırı hukuki sonuçların ortaya çıkması §28/1'de öngörülen ceza hafiflemesiyle önlenir[23]. Bunun ilk görünüm şekli, failin şahsında bulunan özgü faillik niteliği *Extraneus* (özel kişisel unsuru şahsında taşımayan) şerikte mevcut olmadığından, bu şerikin ceza hafiflemesinden yararlandırılmasıdır[24]. İkinci görünüm şekli ise, suça katılan birden fazla şerikten biri özel faillik niteliğini haiz iken (*Intraneus*), diğeri haiz değilse (*Extraneus*), bu iki tür şerik arasında hükmolunacak ceza bakımından, *Extraneus* şerik lehine bir ceza hafiflemesi öngörülmesi suretiyle fark yaratılmasıdır[25]. Bu itibarla §28/1 hükmü cezanın belirlenmesi bakımından önem arz eder. Aynı suç tipi içerisinde daha hafif olan kusurun da dikkate alınmasını gerektirir[26].

---

[20] INGELFINGER Ralph, **Gesamtes Strafrecht StGB, StPO, Nebengesetze Handkommentar**, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017, §28 kn.4. Ana suçun haksızlığının yalnızca objektif durumlardan ileri gelmediği, aynı zamanda özel kişisel unsurlardan da kaynaklandığı hallerde (ana) suça mutlak bir bağlılığın gerekli görünmediği hususunda bkz. JOECKS Wolfgang, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 §§1-37**, 3. Aufl., C.H.Beck, München, 2017, §28 kn.1.

[21] GROPP Walter/SINN Arndt, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Springer-Verlag, Berlin, 2020, §10 kn.239.

[22] Ingelfinger'e göre bu hüküm ceza adaletini sağlama düşüncesinin ürünüdür. Alman CK §28 hükmü ile belirli bir ölçüde bireyi, onun kusurunu ya da birey tarafından gerçekleştirilen özel haksızlığı tasvir eden unsurların herhangi bir sınırlama olmaksızın isnadiyeti engellenir. Bkz. INGELFINGER, §28 kn.1.

[23] KREY/ESSER, kn.1010. Kanun koyucu §28/1 hükmünde zorunlu ceza indirimi öngörürken, failin son derece kişisel yükümlülükler altında olmasından ötürü, bağlılık kuralının adaletsizliklere yol açacağını dikkate almıştır. Bkz. HEINE Günter/WEIßER Bettina, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2019, §28 kn.17.

[24] ROXIN, §27 kn.20.

[25] KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.337-338.

[26] FISCHER, §28 kn.13.

Bu hükümden ayrıca, kendisi özel faillik vasfına sahip olmayan kişinin, özel faillik vasfına sahip olan bir kimsenin suçuna katılma suretiyle de fail olamayacağı anlaşılır. Bunun dışında bu düzenleme, özgü faillik niteliğine sahip olan kimseyi, kendisi özgü faillik koşullarına sahip olmaksızın azmettirme ya da yardım etme yoluyla destekleyen kimsenin (daha hafif de olsa) cezalandırılması gerektiğini ortaya koyar[27].

2. Hükmün Kapsamı

Alman CK §28/1 hükmünde öngörülen bağlılık kuralı gevşemesinin devreye girebilmesi için, suç tipinde bir özel kişisel unsurun zikredilmiş olması, bu özel kişisel unsurun failin cezasını kurucu etkiyi haiz olması ve failin bu unsuru şahsında taşırken şerikin taşımıyor olması (yani bu unsurun şerikin şahsında bulunmaması) şarttır[28]. Bazı suç tiplerinin gerçekleştirilmesi failin şahsında bir özel kişisel unsur taşıyor olmasına bağlanmıştır[29]. Özel kişisel unsurun cezayı kurucu etkiye sahip olduğundan söz edilebilmesi için, müstakil bir haksızlık tipi oluşturması ve nitelikli unsur hüviyetinde olmaması gerekir[30]. Diğer bir ifadeyle, suç tipinin metnine göre özel kişisel unsurun mevcudiyetinin, belirli bir suçtan ötürü cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için gerekli olduğu hallerde, bu özel kişisel unsurun cezalandırmayı tesis edici karakterde olduğundan söz edilir[31]. Bu halde özel kişisel unsur olmaksızın ilgili suç tipinin geri kalan unsurlarının kendi içinde tipe uygun bir fiil olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz[32].

Özel kişisel unsurlar son derece kişisel karakteri haiz olan unsurlardır. Alman CK §28'in kapsamına sadece suç tipinde bu tür unsurlar içeren suçlar girer[33]. Bu hükümde özel kişisel unsurlardan ne anlaşılması gerektiği husu-

---

27 JESCHECK/WEIGEND, s.657.

28 Karş. KREY/ESSER, kn.1012. Alman CK §28/1 hükmü sadece şeriklere ilişkin olduğundan, bir diğer şart olarak (ana) suçun en azından teşebbüs aşamasına erişmiş olması zikredilebilir. Bkz. HAAS, §28 kn.5. Suç tipinde özel kişisel unsurun bulunmadığı hallerde bağlılık kuralı ve azmettirme ile yardım etmeye ilişkin genel hükümler geçerliliğini korur. Bkz. JOECKS, §28 kn.47.

29 WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.872.

30 INGELFINGER, §28 kn.6. Suç tiplerinde yer alan, bir temel suçun üzerine eklenerek geliştirilmeyen unsurlar bu niteliktedir. Bkz. KÜHL, §20 kn.161.

31 HEINRICH, kn.1355.

32 HOYER, §28 kn.43.

33 GROPP/SINN, §10 kn.240; JESCHECK/WEIGEND, s.657. Bir görüşe göre, Alman CK §28 hükmü kusur unsurlarına ilişkin değildir. Sadece haksızlık unsurlarını kapsamına alır. Bkz.

sunda Alman CK §14'e atıfta bulunulmuştur. Alman CK §14'te yapılan tanıma göre özel kişisel unsurlar, suç tipinde tasvir edilen, özel kişisel ilişkilere, durumlara ya da niteliklere ilişkin olabilir. Bu itibarla, bir suç unsurunun bir özel kişisel nitelikle, özel kişisel ilişkiyle ya da özel kişisel durumla bağlantılandırılmış olup olmadığının her somut olayda normun anlamı ve amacı da dikkate alınarak saptanması gerekir[34]. Özel kişisel unsurlar, Alman öğretisinde genellikle faille ilgili kişisel unsurlar biçiminde tanımlanmaktadır. Ancak §28 hükmünün kapsamına şerikler de girer. Yani şerikler de şahsında özel kişisel unsur taşıyor olabilir. Bu nedenle özel kişisel unsurların kişi (şahıs) ile ilgili unsurlar olduğu çıkarımı yapılması daha doğru olacaktır[35].

Örneğin suç tanımında failin kamu görevlisi olmasının aranması (örn. Alman CK §348), failin belirli bir yaşta olmasının aranması (örn. Alman CK §173/3), hamilelik durumu (örn. Alman CK §218), akrabalık ilişkisi (örn. Alman CK §173, 258/6), evlilik ilişkisi (örn. Alman CK §172), bağımlılık (tabiiyet) ilişkisi (örn. Alman CK §174b), bir eşyanın emanet edildiği zilyet olma durumu (örn. Alman CK §246/2), çete üyeliği (örn. Alman CK §244/1), malvarlığını koruma yükümlülüğü (örn. Alman CK §266), para

JOECKS Wolfgang/JÄGER Christian, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 13. Aufl., C.H.Beck, München, 2021, §28 kn.3. Diğer bir görüşe göre ise, özellikle haksızlık unsurları hükmün kapsamındadır. Ancak bu düzenleme kusur unsurlarını da dışlamamaktadır. Bkz. FISCHER, §28 kn.2a, 3b. Yani özel kişisel unsurlar hem haksızlığa hem de kusura (bireysel kusur unsurları) ilişkin olabilir. Alman CK §28 hükmü özel kişisel unsurlarda haksızlık unsurları ve kusur unsurları şeklinde ayrım yapılmasını gerektirmez. Bkz. KÜHL, §20 kn.154, 155.

34 HEINRICH, kn.1353; KÜHL, §20 kn.154. Alman CK §14'ün asıl önemli olan soruyu, yani hangi unsurların özel kişisel olarak nitelenmesi gerektiği sorusunu yanıtlamadığı, yanıtın esasen §28 hükmünün ana fikrinden çıkartılması gerektiği hususunda bkz. FRISTER, §25 kn.39.

35 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.144, dn.235. Özel kişisel unsurlar özellikle kişiyi ve failin kişiliğini karakterize ettiklerinden önemli ölçüde kişisel karakteri haizdir. Bkz. RENGIER, §46 kn.13; HEINRICH, kn.1353. Bunlar bilhassa failin şahsında bulunan unsurlardır. Bkz. KREY/ESSER, kn.1016. Özellikle failin kişiliğini ayırt edici bir şekilde tasvir eden durumlar bu niteliktedir. Diğer bir ifadeyle son derece kişisel türde özel bir yükümlülük durumu tasviri yapan unsurlar bu kapsamda görülür. Bkz. KREY/ESSER, kn.1020; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.873. Bu nedenle bu unsurların mümkün olduğunca yalnızca bunları şahsında taşıyan kişiye yüklenmesi gerekir. Bkz. KÜHL, §20 kn.148. Puppe'ye göre, bir suç tipinde bulunan failin tüm hukuki durumları özel kişisel unsur hüviyetindedir. Diğer bir ifadeyle, cezayı kurucu unsur olarak suç tipinde bulunan bir fail niteliği kural olarak §28/1 anlamında son derece kişisel unsur teşkil eder. Failin niteliklerini bildiren ve son derece kişisel fail unsuru statüsünde olmayan çok az suç unsuru vardır. Örneğin Alman CK §183'teki teşhircilik suçunun failinin erkek olmasının aranması böyledir. Bkz. PUPPE Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, §27 kn.28. Karş. HOYER, §28 kn.32vd; JOECKS, §28 kn.28vd.

hırsı (örn. Alman CK §211/2), suçu meslek veya sanat haline getirme (örn. Alman CK §260/1), suçu alışkanlık haline getirme §28 anlamında özel kişisel unsur teşkil eder[36].

Cezayı kurucu özel kişisel unsurların kapsamına gerçek özgü suça vücut veren özel faillik niteliğinin girdiği hususunda tereddüt bulunmaz. Zira bu suçlarda fail niteliği özel, son derece kişisel yükümlülüklerden ileri gelir[37]. Öğretide yükümlülük suçlarını tesis eden fail unsurlarının çifte fonksiyonu haiz olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, bu unsurlar öncelikle faile suç tipi vasıtasıyla korunan hukuki değeri ihlal etme olanağını verir. Aynı zamanda bunlar ilgili hukuki değer ihlalinin cezaya layıklığını (müstehaklığını) artıran özel bir yükümlülük durumu meydana getirir[38].

Cezayı kurucu özel kişisel unsurların en önemli grubunu özel bir yükümlülük durumunu tesis eden fail unsurları oluşturur[39]. Özellikle gerçek görev suçlarında (gerçek özgü suçlarda) kamu görevlisi olma niteliği bunlar arasındadır[40]. Bu suçların oluşabilmesi için öncelikle failin belirli bir görevi haiz olması gerekir. Örne-

---

36 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.150-152; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, §38 kn.28; FISCHER, §28 kn.4-6; KREY/ESSER, kn.1017; WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.873. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin, çete üyeliğinin özel kişisel unsur olduğu hususundaki kararı için bkz. BGH, NStZ 2014, s.635. Benzer şekilde, suçu meslek veya sanat haline getirmenin özel kişisel unsur olduğu hususundaki kararı için bkz. BGH, NStZ 2020, s.274-275. Malvarlığını koruma yükümlülüğünün özel kişisel unsur teşkil ettiği hususundaki kararı için bkz. BGH, NStZ 1997, s.281. Bunların haricinde, Alman CK §283'teki iflas suçunda borçlu olma niteliğinin, tanıklık suçlarında (Alman CK §153 vd) tanık ya da bilirkişi olarak doğruyu söyleme yükümlülüğünün de özel kişisel unsur olduğu hususunda bkz. FRISTER, §25 kn.40. Zira tanığın ya da bilirkişinin doğruyu söyleme yükümlülüğü son derece kişisel karakteri haizdir. Bkz. ROXIN, §27 kn.66. Ayrıca araç sürmeye elverişsizlik (örn. Alman CK §315c) durumunun da özel kişisel unsur teşkil ettiği hususunda bkz. KREY/ESSER, kn.1017. Öte yandan, Alman CK §142'de öngörülen kaza mahallinden izinsiz bir biçimde ayrılma suçunda, kazaya karışan kişi olma durumunun özel kişisel unsur olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. KÜHL, §20 kn.161.

37 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.154. Puppe'ye göre gerçek özgü suçlardaki kişisel yükümlülük durumu, cezayı kurucu özel kişisel unsur teşkil eder. Bkz. PUPPE, §27 kn.19. Diğer bir ifadeyle gerçek özgü suçlardaki özel yükümlülükler §28 anlamında özel kişisel unsurdur. Bu özel yükümlülükler ceza hukukunun dışında tesis edilir. Bkz. PUPPE, §27 kn.23.

38 FRISTER, §25 kn.32.

39 FRISTER, §25 kn.30.

40 HOYER, §28 kn.38; SCHÜNEMANN, §28 kn.4, 57. Kamu görevlisi olma niteliği bir özel yükümlülük unsurudur. Özel yükümlülük unsurlarının özel kişisel unsur teşkil ettiği hususunda Alman öğretisinde görüş birliği bulunur. Ancak bunlar dışında hangi unsurların özel kişisel unsur kategorisinde yer aldığı tartışmalıdır. Bkz. KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, §38 kn.25. Eklenmelidir ki, özel kişisel unsurların illaki sübjektif suç tipi unsurları olmaları şart değildir. Örneğin kamu görevlisi olma özelliği bir objektif suç tipi unsuru olmasına rağmen özel kişisel unsur teşkil etmektedir. Bkz. HEINRICH, kn.1351.

ğin bir zimmet (rüşvet alma, görevi kötüye kullanma) suçunda fail olarak sadece kamu görevlisi olan kimse cezalandırılabilir. Gerçek askeri suçların faili asker kişiler olabilir. Aynı şekilde, güveni kötüye kullanma suçunun faili, yalnızca malvarlığını koruma yükümlülüğü altında bulunan kimse olabilir[41]. Alman CK'da bu tür özel kişisel unsurlu suçlara ayrıca 203/1. paragraftaki özel sırların ihlali suçu örnek verilmektedir. Bu suçun faili ancak icra ettiği meslek icabı öğrendiklerini saklama (ifşa etmeme) yükümlülüğü altında olan meslek erbabı (örn. doktor, avukat) olabilir[42]. Bu itibarla kanun gereği özel bir sırrın taşıyıcısı olma durumu özel kişisel unsurdur[43]. Yine Alman CK §278'deki gerçek dışı sağlık raporu düzenleme suçunun faili ancak sağlık personeli olabilir. Benzer şekilde Alman CK §356'daki müvekkile ihanet suçunun faili ancak bir avukat ya da hukuk danışmanı olabilir. Alman CK §170'teki nafaka ödeme yükümlülüğünün ihlali suçu ancak nafaka ödeme yükümlülüğü altında bulunan kimse tarafından işlenebilir. Alman CK §171'deki bakım ve eğitim yükümlülüğünün ihlali suçunun faili de sadece bu yükümlülüklerin altında bulunan kişi olabilir[44]. Yine Alman CK §266a'daki işçinin ücretini ödememe suçunun faili ancak işveren olma özelliğini taşıyan kimse olabilir[45]. Benzer şekilde, Alman CK §290'da yer alan rehinli malı yetkisi olmadığı halde kullanma suçunda, rehinli malı saklamakla görevli kişi olma durumu cezayı kurucu özel kişisel unsur teşkil eder[46]. Ayrıca, Alman CK §174, 174a ve 174c'de yer alan cinsel istismar suçlarının failinin, mağdura rehberlik etme (yönlendirme) yükümlülüğü altında bulunan kimse olması da özel kişisel unsur olarak görülür. Bu yükümlülük güven ilişkisinden kaynaklanır[47]. Bu sayılan hususiyetlerin her biri, özel bir yükümlülük durumunu son derece kişisel türde tasvir ettiğinden ötürü (cezayı kurucu) özel kişisel unsur hüviyetindedir[48].

---

41 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.154. Alman CK'daki akrabalar arası cinsel ilişki suçunun faili, ancak arasında kanunda aranan anlamda akrabalık ilişkisi bulunan kimseler olabilir. Bu anlamda akrabalık ilişkisi bir görüşe göre özel kişisel unsur hüviyetindedir. Bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.154. Başka bir görüşe göre ise, özel kişisel unsur değildir. Bkz. INGELFINGER, §28 kn.8; FRISTER, §25 kn.40; ROXIN, §27 kn.71. Zira her insan kendi akrabalık sahasında, akrabası ile cinsel ilişkiye girme yasağına tabidir. Bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.7.

42 RENGIER, §46 kn.17.

43 FRISTER, §25 kn.40.

44 ROXIN, §27 kn.64.

45 INGELFINGER, §28 kn.7.

46 KÜHL, §20 kn.161; SCHÜNEMANN, §28 kn.59.

47 ROXIN, §27 kn.67.

48 HEINRICH, kn.1353. Bir görüşe göre, suç tipinde bulunan fail unsurlarının §28 anlamında özel kişisel unsur olduğundan söz edilebilmesi için, ilgili suçun haksızlığının en azından özel bir yükümlülüğün ihlaline de dayanması (bağlı olması) gerekir. Bkz. FRISTER, §25 kn.40.

Alman CK §28 hükmü suç katılımcılarının (fail veya şerik) olası farklı yükümlülüklerinin dikkate alınmasını sağlama işlevi görmektedir. Kimi yazarlarca özel kişisel unsurlarla özel yükümlülük unsurlarının özdeş olduğu savunulmaktadır. Ancak §28/2 hükmünde cezayı hafifleten ya da ortadan kaldıran özel kişisel unsurların da mevcudiyetinden söz edilmiştir. Oysa Alman CK'da cezayı hafifletmeyi ya da ortadan kaldırmayı sağlayan özel yükümlülükler bulunmamaktadır[49]. Bu itibarla, özel kişisel unsurların özel yükümlülük unsurlarını da içine aldığı, ancak ondan çok daha geniş bir kapsama sahip olduğu tespitinde bulunulabilir.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük yükümlülüğünün özel kişisel unsur olup olmadığı (dolayısıyla da §28/1'in uygulanabilirliği) tartışmalıdır. Öğretideki yaygın görüşe göre, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük yükümlülüğü kişi ile ilgili olduğundan özel kişisel unsur teşkil eder. Bir gerçek olmayan ihmali suçun faili ancak garantörlük yükümlülüğü altındaki kişi olabilir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bu görüştedir[50]. Zira garantör konumundaki kişilere belirli hukuki değerlerin korunması ve tehlike kaynaklarının gözetimi özel olarak tevdi edilir. Diğer bir ifadeyle garantör bu hususta özellikle

---

Bu itibarla özel yükümlülük, özel kişisel haksızlık unsurunun ön şartı olarak belirir. Bkz. ROXIN, §27 kn.71. Suç tipinde failin tasviri tipe uygun hareketin sadece belirli bir hayat alanına ya da sosyal duruma özgülenmesi için kullanılmışsa, bu suretle özel bir yükümlülük ya da faili ayırt edici bir şekilde tasvir eden spesifik bir haksızlık ifade edilmemişse, §28/1 hükmü uygulama bulmayacaktır. Bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.18.

49 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, §38 kn.29.

50 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.154. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki kararı için bkz. BGH, NJW 2021, s.1768. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bugüne dek sadece ihmal yoluyla vergi kaçakçılığı suçunda aydınlatma yükümlülüğüne riayet etmemeyi fiille ilgili unsur olarak görmekteydi ve bunu diğer gerçek olmayan ihmali suçlardaki garantörlük durumundan ayırmaktaydı. Zira Yüksek Mahkemeye göre, vergi ile ilgili açıklama yükümlülüğü her vatandaşa yönelik olduğundan son derece kişisel türde özel bir yükümlülük durumunu tasvir etmemekteydi. Ancak 1. Ceza Dairesi oldukça yakın tarihli bir kararında, bu içtihattan dönerek bu durumun §28/1 anlamında cezayı kurucu özel kişisel unsur olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkemenin gerekçesi, failin bu durumda da özel bir yükümlülük altında olması ve özel bir güven pozisyonunda bulunmasıdır. Bkz. FISCHER, §28 kn.5a; HAAS, §28 kn.16. Aynı yönde bkz. PUPPE, §27 kn.26. İlgili karar için bkz. BGH, NJW 2019, s.1621 vd. Karş. SCHÜNEMANN, §28 kn.5-6. Bununla birlikte, bu suçta aydınlatma yükümlülüğünün özel kişisel unsur olmadığı, yalnızca fiille ilgili unsur olduğu görüşünü savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. ROXIN, §27 kn.72; INGELFINGER, §28 kn.8. Bu suçta cezalandırılan husus bir kimsenin maliyeyi yükümlülüğe aykırı biçimde vergi ile ilgili önemli olgular hakkında habersiz bırakarak ödemesi gereken vergiyi azaltması ya da kendisi veya bir başkası için haksız yere vergisel yarar elde etmesidir. Roxin'e göre, bu suçta bahis konusu edilen haber verme (bildirimde bulunma) yükümlülüğünde kişisel etki bulunmaz. Bu ceza hukukunun herkese yönelik bir emridir. Bireysel unsurlarla tasvir edilen fail kısıtı yoktur. Bkz. ROXIN, §27 kn.72.

görevli kılınır. Bu suretle oluşan yükümlülüğün ihlalinde özel bir haksızlık bulunur. Bu haksızlık ihmali hareketle icrai hareketin eşdeğer kabul edilmesine olanak tanır. Yükümlülük altında olmayan kişi bakımından ise benzer hukuki sonuçlar ortaya çıkmaz[51]. Gerçek olmayan ihmali suçlar da gerçek özgü suç hüviyetindedir. Ancak hukuken neticeyi önleme yükümlülüğü altında olan bir kimse bu suçların faili olabilir[52]. Buna karşılık azınlık görüşüne göre, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük yükümlülüğü özel kişisel unsur teşkil etmez. Zira bu suç tiplerinde bir hareket yükümlülüğü yer alır. Bu hareket yükümlülüğü esasen, icrai suçlardaki genel ihmal yükümlülüğüne karşılık gelir. Bu itibarla herkese yöneliktir. Failin kişiliğine bağlı değildir[53].

Alman CK §28/1 suç tipinde zikredilen özel kişisel unsurun cezayı kurucu etki doğurduğu tüm suçlar bakımından tatbik kabiliyetini haizdir. Özellikle yükümlülük suçlarındaki fail unsurları bakımından §28/1'in uygulama bulacağı hususunda şüphe duyulmaz. Bununla birlikte bu hükmün kapsamına cezayı kurucu özel saikleri de alıp almadığı tartışmalıdır. Örneğin, Alman CK'daki karayolu trafiğini tehlikeye düşürme suçunun işleniş varyasyonlarından biri, failin başkalarının durumunu düşünmeden hareket etmesini şart koşar (Alman CK §315c/1 Nr.2). Benzer şekilde, himayesi altında bulunana kötü muamele suçunun işleniş varyasyonlarından biri, failin kötü niyetli bir şekilde hareket etmesini gerektirir (Alman CK §225/1). Alman öğretisindeki baskın görüşe göre, kötü niyetlilik ve başkalarının durumunu düşünmezlik

---

51 ROXIN, §27 kn.68. Yazara göre, garantörlüğün koruma ya da gözetim yükümlülüğü şeklinde olması §28'in tatbikine etki etmez. Her iki ihtimalde de §28 hükmü devreye girer. Zira her iki ihtimalde de daha fazla sorumluluk meydana getiren özel yükümlülük söz konusudur. Bkz. ROXIN, §27 kn.69. Joecks'e göre, sadece koruma yükümlülüğünden ileri gelen garantörlük özel kişisel unsur teşkil eder. Bkz. JOECKS, §28 kn.32. Karş. HEINE/WEIßER, §28 kn.19.

52 ÖZTÜRK/ERDEM, s.199; A.H.EVİK, s.14.

53 GROPP/SINN, §10 kn.242; JESCHECK/WEIGEND, s.658. Bu görüşün savunucularına göre, garantörlük durumunun işlevi ihmalin icrayla eş değer sayılmasını sağlamaktan ibarettir. Bkz. HAAS, §28 kn.15. Bu itibarla örneğin kasten öldürme suçunun ihmal suretiyle işlenmesiyle icrai hareketle işlenmesi arasında prensip olarak bir haksızlık farkı bulunmaz. Bu nedenle garantör olmayan şerikler bakımından §28/1 uygulama bulmaz. Bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.19. Frister'e göre ise, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlük durumu son derece kişisel bir yükümlülük tesis etmesine rağmen, §28 anlamında özel kişisel unsur teşkil etmez. Zira her kim, bir garantörün gerçek olmayan ihmali suçu işlemesini engellemeyi ihmal ederse, kendisi garantörlük durumu içerisinde olmadıkça ilgili suça iştirakten ötürü cezalandırılamaz. Zira suça aktif hareketlerle katılmayan şerikin cezalandırılabilmesi için kendisinin de garantör olması şarttır. Bu nedenle burada §28/1 uygulama bulmaz. Tersine, şerik gerçek olmayan ihmali suça aktif hareketlerle katılıyorsa, gerçekleşen neticenin şerike yüklenebilmesi için şerikin de bir garantörlük durumuna sahip olması aranmaz. Bu nedenle şerikin garantör olmaması cezasının §28/1'e göre indirilmesi için bir sebep teşkil etmez. Bkz. FRISTER, §25 kn.41.

(*Rücksichtslosigkeit*) halleri de özel kişisel unsurdur. Dolayısıyla failin kötü niyetli ya da başkalarının durumunu düşünmeden hareket etmesinin cezayı kurucu etkiyi haiz olduğu suç tiplerine, bu özellikleri taşımadan iştirak eden şerikler bakımından da §28/1 hükmü uygulama bulur[54].

Buna karşılık azınlık görüşüne göre, bu unsurlar (cezayı kurucu) özel kusur unsurları[55] hüviyetinde olduklarından Alman CK §29 hükmünün uygulanma alanı içerisinde bulunurlar[56]. Bu görüşün savunucusu olan yazarlar, §28'in uygulanma alanını haksızlık unsurları ile sınırlamakta, failin suç tipinde tasvir edilen saikini özel kusur unsuru olarak algılamakta ve bunun için §29 hükmünün uygulama bulması gerektiğini ifade etmektedir. Alman yargı mercileri ve baskın öğreti görüşü ise, §28 hükmünün kusur unsurları ve haksızlık unsurları arasında ayrım yapmadığını, suç tipinde tasvir edilen tüm özel kişisel unsurları kapsamına alan bir düzenleme olduğunu ve bu düzenlemenin *lex specialis* olarak §29 hükmünün önüne geçtiğini savunmaktadır[57]. Özetle, azınlık görüşü özel ve genel tüm kusur unsurlarını §29

---

[54] RENGIER, §46 kn.18-19; FRISTER, §25 kn.31, 33; FISCHER, §28 kn.6a. Türk öğretisinde Akbulut, genel olarak amaç veya saikin bir suçun kurucu unsuru olduğu hallerde, suça katılırken bu amaç veya saiki taşımayan şerikin cezasında indirime gidilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. AKBULUT, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.834. Kanımızca her türden amaç veya saik için genel olarak böyle bir kabulde bulunulabilmesi mümkün değildir. Zira özel kişisel unsur teşkil etmeyen, sadece harekete ilişkin olan amaç veya saikler de bulunmaktadır. Şerikin bu türden amaç veya saikle hareket etmemesi onun cezasının indirilmesini gerektirmez. Bu halde şeriklerin cezai sorumluluğu bütünüyle bağlılık kuralı doğrultusunda belirlenir.

[55] Aynı anlamda kullanılan "tipleştirilmiş kusur unsurları" nitelendirmesi için bkz. JOECKS, §28 kn.4. Benzer bir nitelendirme için bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.5.

[56] Alman CK §29'a göre, her suç ortağı diğer suç ortaklarının kusuru dikkate alınmaksızın, kendi kusuruna göre cezalandırılır. Jescheck/Weigend'e göre, suç tipinde zikredilen kusur unsurları, §28 anlamında özel kişisel unsur teşkil etmez. §29 hükmünün kapsamına girer. Bkz. JESCHECK/WEIGEND, s.659. Kühl'e göre, bu gibi özel kusur unsurları bakımından §29'daki kusur prensibine denk düşen bireysel isnadiyet kuralının uygulama bulması gerekir. Aksi halde, yani §28/1 doğrultusunda uygulama yapılması halinde, özel kusur unsurunu taşımayan şerik, suçu fail olarak işleseydi karşılaşacağı hukuki sonuçtan daha kötü duruma sokulmuş olur. Bkz. KÜHL, §20 kn.157. Zira cezayı kurucu kusur unsuru failde bulunmuyorsa, failin o suçtan cezalandırılması mümkün olmaz. Halbuki bu unsur şerikte bulunmuyorsa, §28/1'e göre şerik (daha hafif cezayla da olsa) cezalandırılacaktır. Bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.6. Heinrich'e göre, başkalarının durumunu düşünmezlik sadece suç katılımcısının kusuru ile ilgili olduğundan Alman CK §29 hükmünün kapsamına girer. Bkz. HEINRICH, kn.1351. Ingelfinger'e göre ise, kötü niyetli olma ve başkalarının durumunu düşünmeme suç tipinde zikredilmiş kusur unsurlarıdır. Ancak bu unsurlar bakımından da §28 hükmü uygulama bulur. Bunlar §28'in kapsamına kusurla ilgili unsurların da girdiğinin örneğini oluşturur. Bkz. INGELFINGER, §28 kn.5.

[57] FRISTER, §25 kn.33. Tüm özel kişisel haksızlık unsurlarının §28 hükmünün uygulama alanı içerisinde olduğu tartışmasızdır. Haksızlık sahasındaki bağlılık kuralı gevşemeleri yalnızca §28'den kaynaklanır. Bkz. ROXIN, §27 kn.6. Ancak özel hükümler kitabındaki suç tiplerinin

hükmünün kapsamında görmekteyken, yargı mercileri ve hâkim görüş ise özel ve genel kusur unsurları arasında bir ayrım yapmaktadır. Buna göre tüm özel (tipleştirilmiş) kusur unsurları §28 hükmünün kapsamına girer. Alman CK §29 hükmü sadece genel kusur unsurları bakımından uygulama bulur[58]. Eğer kötü niyetliliğin ve başkalarının durumunu düşünmezliğin cezayı kurucu özel kusur unsurları olarak §29 hükmünün kapsamına girdiği kabul edilirse, bu güdüyle (saikle) hareket etmeyen (yani suçun icrasına örn. kötü niyetli katılmayan) şerikin, failin suçun icrası sırasında bu güdüyle hareket ettiğini bilmesi halinde dahi cezalandırılması mümkün olmaz. Zira şerikte cezayı tesis edici bir özel kusur unsurunun bulunmaması §29'a göre cezasızlığa yol açar[59]. Bunun dayanağı, belirtilen güdülerle hareket etmeyen şerikin kusurunun ilgili suç tiplerinde aranan ölçüye (büyüklüğe) erişmeyeceği kabulüdür[60]. Ancak §28/1 hükmü özel kusur unsurunu taşımayan şerikin cezalandırılmasını engellemez. Failin özel kişisel unsurunun şerikte bulunmaması yalnızca şerikin cezasının §49/1'e göre hafiflemesine neden olur[61].

---

içerisinde bulunan (bu itibarla "özel" olarak nitelendirilen) kusur unsurlarının §28 kapsamında mı yoksa §29 kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır. Bkz. ROXIN, §27 kn.7. Cezayı kurucu özel kusur unsurlarının da §28/1 hükmünün kapsamına girdiği hususunda bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.64.

58 ROXIN, §27 kn.8. Yazara göre, cezayı kurucu özel kusur unsurlarının §28/1'in kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Failin suç tipinde aranan özel kusur unsuruyla (örn. kötü niyetli) hareket ettiği hallerde bir sosyal düzensizlik (*Störung*) mevcuttur. Kanun koyucunun düzenlemesine göre bunun bir cezai yaptırımla karşılanması gerekir. Özel kusur unsurunu haiz olmayan kimsenin suça katılması halinde, bu kişi de dolaylı olarak (yani failin şahsı üzerinden) korunan hukuki değere suç tipini gerçekleştirecek biçimde saldırıda bulunduğundan, bu kişinin de cezalandırılması şarttır. Zira iştirakin cezalandırılma sebebini gerçekleştirecek şekilde, cezayı gerektiren harekete katılan kimse cezasız bırakılamaz. Bkz. ROXIN, §27 kn.12. Kusur prensibi her suç katılımcısının kendi kusuruna göre cezalandırılmasını emreder. Bu prensip, bir suç katılımcısının ancak faille aynı kusura sahipse o zaman cezalandırılabileceği anlamına gelmez. Bu itibarla, örneğin kötü niyetli hareket eden failin, bu güdüyle hareket etmeyen şerike kıyasla özel bir kusur taşıdığının ve bu durumun §28/1 uyarınca şerike yönelik gerçekleşecek ceza çerçevesi hafiflemesiyle yeterince dikkate alınmış olacağının kabulü gerekir. Bkz. ROXIN, §27 kn.13. Özetle, cezayı kurucu özel kişisel unsurun (özel kusur unsuru) failde bulunması şarttır. Aksi halde fail cezalandırılamaz. Ancak şerikte bulunması şart değildir. Bu sadece şerik lehine ceza indirimi yapılması için bir sebep teşkil eder. Bkz. ROXIN, §27 kn.14. Bu çıkarımın Alman CK §28'in eski metnine karşılık gelen hükmün gerekçesi ile de uyumlu olduğu hususunda bkz. ROXIN, §27 kn.15.

59 KÜHL, §20 kn.156; JESCHECK/WEIGEND, s.660. Bu görüşün savunucuları, özel kusur unsurunu taşımayan kimsenin şerik değil, fail olduğu hallerde de aynı şekilde cezasız kalacağı savı ile görüşlerini destekler. Bkz. HAAS, §28 kn.3.

60 ROXIN, §27 kn.9.

61 WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.877. Heine/Weißer'e göre, şahsında cezayı tesis edici kusur unsurunun bulunmaması nedeniyle şerik cezasız bırakılmamalıdır. Zira bu halde de (ana) suç ile iştirak edilebilir haksızlık mevcuttur. Şerik bu suça katkıda bulunarak dolaylı bir

Bu konuda Alman CK'daki karayolu trafiğini tehlikeye düşürme suçu üzerinden bir örnek kurgulanabilir. Belirtildiği üzere bu suçu tesis eden varyasyonlardan biri failin başkalarının durumunu düşünmeden hareket etmesidir. Yolcu (Y), oldukça önemli bir randevuya gitmek için taksici (T)'nin arabasına biner ve (T)'ye kendisini mümkün olduğunca hızlı şekilde bu randevuya yetiştirirse iyi bir bahşiş bırakacağını söyler. (T) hem bu parayı alabilmek amacıyla hem de mutluluktan aracı hızla sürer ve fren yapmaksızın bir yaya geçidi çizgisinin üstünden araç ile geçer. Bu esnada (T), neredeyse çarpmak üzere olduğu, kendisini güç bela kenara atabilen bir yayayı fark eder. Eğer (Y), (T)'ye yaya geçidinde durmadan geçmesi için, onun suç işleme kararını kuvvetlendirme suretiyle manevi yardımda bulunmuşsa, yolcuya başkalarının durumunu düşünmeme (dikkate almama) özel kusur unsuru isnat edilemeyeceğinden, (Y)'nin §29 hükmüne göre cezasız kalması gerekir. Buna karşılık, (Y)'nin sorumluluk statüsü §28/1 hükmüne göre belirlenirse, yolcunun (T)'nin işlediği karayolu trafiğini tehlikeye düşürme suçuna yardım eden olarak cezalandırılması, ancak faildeki cezayı kurucu özel kişisel unsuru şahsında taşımadığından cezasının §49/1'e göre hafifletilmesi gerekir[62]. Görüldüğü gibi esas alınan hükme göre ortaya çıkan hukuki sonuç önemli ölçüde farklılık arz etmektedir.

Alman CK §28/1 sadece şerikler bakımından geçerlidir. Diğer bir ifadeyle bu hüküm sadece bir özel kişisel unsurun şerikte bulunmaması halini düzenler. Buna karşılık, cezayı kurucu özel kişisel unsurun şerikte bulunması ancak failde bulunmaması durumu özel olarak düzenleme konusu yapılmamıştır. Cezalandırmayı tesis eden özel kişisel unsur failde bulunmuyorsa, iştirak edilebilir bir (ana) suçun mevcudiyetinden de bahsedilemeyecektir. Gerçek özgü suç, özgü faillik niteliğini haiz olmayan kimse tarafından işlenmeye çalışılıyorsa, tipe uygun ve hukuka aykırı bir (ana) suç bulunmaz. Zira bu halde suç tipinin failin şahsında gerçekleştirilmesi mümkün olmaz. Tipik bir (ana) suçun olmadığı hallerde iştirakin mevcudiyetinden de bahsedilemez. Dolayısıyla bu gibi hallerde şerikin şahsında özel kişisel unsuru taşımasına rağmen, gerçek özgü suça iştirakten ötürü cezalandırılabilmesi mümkün olmaz. Bu nedenle §28/1 uygulama bulmaz. Bir tersine bağlılık

---

biçimde hukuki değer saldırısı gerçekleştirmektedir. Şerikin şahsında özel kusur unsurunun bulunmaması, hareketinin bütünüyle cezasız bırakılmasını meşrulaştırmaz. Şahsında cezayı kurucu kusur unsuru bulunmaması nedeniyle şerikin daha az kusurlu olması durumu, §28/1'in öngördüğü zorunlu ceza indirimi ile daha ölçülü bir şekilde dikkate alınmış olur. Bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.7.

62 WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.877.

kuralı gevşemesi gerçekleşmez[63]. Bir kamu görevlisinin (*Intraneus*), kamu görevlisi olmayan kimseyi (*Extraneus*) bir gerçek görev suçunu (örn. görevi kötüye kullanma) işlemeye azmettirmesi halinde durum böyledir[64].

İfade edilmelidir ki, özel kişisel unsur (ana) suça dahildir. Bu nedenle şerikin kastının bunu kapsaması gerekir. Failin şahsında bulunan cezayı kurucu özel kişisel unsur şerike, sadece bu özel kişisel unsuru meydana getiren olguları biliyorsa yüklenebilir. Şerik, failin şahsında bulunan ve failin cezalandırılabilmesinin temel dayanağını oluşturan özel kişisel unsura ilişkin bilgiyi haiz değilse, yani şerik failde bulunan özel kişisel unsuru bilmiyorsa bağlılık kuralına tabi cezalandırma, dolayısıyla da şerikin cezalandırılabilirliği her halükârda ortadan kalkar. Bu durumda §28/1 hükmüne müracaat edilmez. Zira şerik, failin işlediği (ana) suça iştirak kastına sahip olmadığından, bu suça yardım eden veya azmettiren olarak cezalandırılamaz. Bu nedenle §28/1'de öngörülen bağlılık kuralı gevşemesi bu ihtimalde bir önem arz etmez[65]. Bu itibarla kendisi örneğin kamu görevlisi olan veya olmayan şerik, failin kamu görevlisi niteliğini haiz olduğunu bilerek gerçek özgü suça katkısını sunmalıdır. Diğer bir ifadeyle, şerik failin kamu görevlisi olduğu bilgisine sahip iken onu örneğin görevi kötüye kullanma suçunu işlemeye azmettirmeli ya da onun görevi kötüye kullanma suçunu işlemesine yardım etmelidir.

3. Hükmün Sonuçları

Bir görüşe göre, §28/1 hükmü ile bağlılık kuralı ihlali (delinmesi) meydana gelir. Bunun dayanağını, cezayı kurucu özel kişisel unsuru şahsında

---

63 RENGIER, §46 kn.11; HEINRICH, kn.1356; MURMANN, §27 kn.87; FISCHER, §28 kn.7. Örneğin, Alman CK'daki karayolu trafiğini tehlikeye düşürme suçunun failinin başkalarının durumunu dikkate almadan hareket etmesi aranır (Alman CK §315c). Failin suç tipinde tasvir edilen trafik kurallarına ağır bir şekilde aykırı olan hareketi böyle bir güdünün ürünü değilse, şerik bu güdüye sahip olsa da cezasız kalacaktır. Bkz. FRISTER, §25 kn.30. Bu çıkarım, Alman CK §29 hükmüne göre uygulama yapılan hallerde de değişmez. İştirakin mevcudiyetinin kabulü için, fail tarafından işlenen suçun tüm unsurlarının gerçekleştirilmesi (özel faillik niteliği de buna dahildir) şarttır. Bkz. ROXIN, §27 kn.10. Diğer bir ifadeyle failin (ana) suçun tipini gerçekleştirmesi, iştirakin cezalandırılabilmesi bakımından vazgeçilmez bir temel koşul olma hüviyeti taşır. Bkz. JESCHECK/WEIGEND, s.660-661.

64 HAAS, §28 kn.4.

65 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.163; RENGIER, §46 kn.11; GROPP/SINN, §10 kn.257; KÜHL, §20 kn.149,150. Bununla birlikte, failin şahsında özel kişisel unsur olmasaydı da gerçekleştirdiği hareket başka bir suça vücut verecek idiyse, failin şahsında özel kişisel unsur olduğunu bilmeden suça katılan şerik bu suça yardım eden veya azmettiren olarak cezalandırılır. Bkz. MURMANN, §27 kn.84.

taşımayan şerike uygulanacak ceza çerçevesinin değişmesi (kayması) oluşturur[66]. Tarafımızca da iştirak edilen başka bir görüşe göre ise, Alman CK §28/1'de öngörülen düzenleme esasen bağlılık kuralını zedelemez. Yani §28/1 suça iştirakte bağlılık kuralını muhafaza eder. Zira şerik, kendi şahsında cezayı kurucu özel kişisel unsuru taşımıyor olmasına rağmen, gerçek özgü suça yardım eden ya da azmettiren olarak cezalandırılır. Diğer bir ifadeyle, bünyesinde özel kişisel failin cezalandırılabilirliğini kurucu unsuru taşımayan şerik de failin suçuna iştirakten ötürü cezalandırılır. Şerikin mahkûmiyet hükmünün dayanağını oluşturan suç tipi failin işlediği suça göre belirlenir. Şerikin şahsında özel kişisel unsurun bulunmuyor oluşu, hâkime şerikin cezasını tayin ederken Alman CK §49/1'e göre zorunlu bir ceza indirimi yapma yükümlülüğü yükler. Bu itibarla bağlılık kuralının yalnızca cezanın hesaplanması alanında gevşetilmiş olduğundan söz edilebilir. Yani §28/1'in bağlılık kuralını gevşetici etkisi yalnızca ceza çerçevesi ile ilişkilidir ve cezanın belirlenmesi sahası ile sınırlıdır[67]. Bu nedenle Alman öğretisinde §28/1 hükmünün bağlılık kuralını hukuki sonuç (yani şerike isnat edilen ceza tehdidi) bakımından gevşettiğinden söz edilir[68].

Özetle, cezayı kurucu özel kişisel unsuru şahsında taşımayan şerikin de bu unsuru şahsında taşıyan faille aynı suç tipi üzerinden cezalandırılması, hükmün sadece aynı suç tipi içerisinde bir ceza hafiflemesine yol açmakla yetinmesi, §28/1'in bağlılık kuralını muhafaza ettiğini gösterir[69]. Görüldüğü üzere, §28/1 hükmünün hukuki sonucu mecburi bir ceza indiriminin tatbikidir. Bu hüküm şerik tarafından gerçekleştirilen hukuki değer saldırısının karakteristik özelliklerine göre, yalnızca ceza çerçevesini değiştirir[70]. Suç

---

66 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, §38 kn.23.

67 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.161; GROPP/SINN, §10 kn.244; FRISTER, §25 kn.30; ROXIN, §27 kn.16, 19. Alman CK §28/1 gerçek bir bağlılık kuralı delinmesi meydana getirmez. Bkz. HEINE/WEIßER, §28 kn.1. Şerike fail tarafından işlenen suçun haksızlığı isnat edildiğinden ve şerikte herhangi bir özel kişisel unsurun bulunmaması sadece cezanın belirlenmesi bakımından önem arz ettiğinden bu hüküm bağlılık kuralı ile uyumludur. Bkz. ROXIN, §19 kn.18. Aynı yönde bkz. JOECKS, §28 kn.6.

68 KREY/ESSER, kn.1011. Bu hükmün hukuki sonuç sahasında sadece küçük bir bağlılık kuralı gevşemesi meydana getirdiği hususunda bkz. KÜHL, §20 kn.149,150. Puppe, §28/1'in meydana getirdiği bu sonuç karşısında, hükmün kapsamına giren özel kişisel unsurları "yarı bağlı (yarı bağlılık kuralına tabi) unsurlar" biçiminde nitelendirmektedir. Bkz. PUPPE, §27 kn.19. Karş. SCHÜNEMANN, §28 kn.4.

69 KÜHL, §20 kn.149, 150. Şerikin, gerçek özgü suçun koşullarını yerine getirmiş olmamasına rağmen, §28/1'e göre gerçek özgü suça iştirakten ötürü cezalandırılmasının tutarlı olmadığı görüşü için bkz. FISCHER, §28 kn.2c.

70 HOYER, §28 kn.5.

tipi değişikliği meydana getirmez. Şerikin cezası da failin sorumlu tutulduğu ceza normunu dayanak alır. Yani şerik de failin gerçekleştirdiği suç tipi üzerinden mahkûm edilir. Ancak faile kıyasla (özel kişisel unsuru şahsında taşımayan) şerikin kişisel haksızlığının ve kusurunun ölçüsü daha hafif olduğundan, şerike Alman CK §49/1 hükmü çerçevesinde bir ceza indirimi tatbik edilmektedir. Bu suretle şerike uygulanacak ceza çerçevesi §49/1'deki temel prensipler vasıtasıyla saptanır. Bu hükümde zikredilen prensiplere göre ceza çerçevesi hafiflemesinin miktarı belirlenir[71]. Bu durum §28/1 hükmünün, suç tipinde aranan niteliğe (özel faillik vasfına) sahip olmayan şerik bakımından bir cezanın belirlenmesi kuralı hüviyetinde olduğunu ortaya koyar[72].

Gerçek özgü suçlarda, özgü faillik niteliğini haiz olmayan kişinin gerçekleştirdiği, gerçek özgü suça ait tipte tasvir edilen davranışlara karşılık gelen genel bir suç tipi mevcut değildir[73]. Bu itibarla, gerçek özgü suç yalnızca özel faillik niteliğini haiz olan kimse tarafından işlenebilir. Aksi halde bu hareketler cezasız kalır. Zira bu halde özel kişisel unsur cezayı tesis edici karaktere sahiptir[74]. Örneğin görevi kötüye kullanma, sadece bir kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Burada kamu görevlisi olma niteliği cezayı kurucu etkiyi haizdir. Kamu görevlisi olmayan bir kimsenin görevi kötüye kullanma suç tipinde tasvir edilen davranışları gerçekleştirmesi halinde, bu suçla korunan hukuki değeri ihlal etmesi ve bu nedenle cezalandırılması mümkün olmaz. Zira kamu görevlisi ol-

---

[71] Alman CK §49/1'e göre yapılacak indirim neticesinde ilgili suç ortağı hakkında, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda üç yıldan on beş yıla kadar süreli hapis cezasına hükmedilir. Süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda ise, kanunda zikredilen süreli hapis cezasının üst sınırının en fazla dörtte üçüne hükmedilir. Benzer şekilde adli para cezasını gerektiren suçlarda, kanunda zikredilen gün biriminin üst sınırının en fazla dörtte üçüne hükmedilir. Ayrıca süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda, kanunda zikredilen süreli hapis cezasının on veya beş yıllık alt sınırı iki yıla kadar, üç veya iki yıllık alt sınırı altı aya kadar, bir yıllık alt sınırı üç aya kadar, diğer hallerde ise kanuni alt sınıra (yani bir aya) kadar indirilir.

[72] FISCHER, §28 kn.7; INGELFINGER, §28 kn.1; HAAS, §28 kn.21. Eklenmelidir ki, Alman CK'da suçlar cürüm ve cünha şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası ile cezalandırılan hareketler cürümdür. Buna karşılık, alt sınırı bir yıldan az hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılan hareketler cünhadır (Alman CK §12/1). Bir suçun cürüm mü cünha mı olduğu mahkûmiyet hükmünün hangi suç üzerinden tesis edildiğine göre belirlenir. Vurgulandığı üzere Alman CK §28/1'in devreye girdiği hallerde de fail ile şerik aynı suç üzerinden cezalandırılmaktadır. Bu nedenle suçun niteliğinde bir değişiklik olmaz. Yani §28/1 hükmü ile uygulanan ceza indiriminin bir suçun fail için cürüm iken, şerik için cünha olmasını sağlama işlevi bulunmaz. Aynı şekilde şikâyet şartı gerekliliğinin bulunup bulunmadığı ve zamanaşımı süresinin tespiti de (mahkûmiyet hükmünde zikredilen) (ana) suça göre yapılır. Bkz. HOYER, §28 kn.46. Dolayısıyla §28/1 hükmü bu gibi hususlar üzerinde herhangi bir etkiyi haiz değildir.

[73] BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.159.

[74] HEINRICH, kn.1355.

mayan kişiler bakımından görevi kötüye kullanma suçuna karşılık gelen bir suç bulunmamaktadır. Bu kişiler ancak bir kamu görevlisini bu suçu işlemeye azmettirebilir veya ona yardım edebilir. Ancak bu yolla bu suçla korunan hukuki değere, şerik olarak (ayrıca herhangi bir özel yükümlülük durumu bulunmaksızın) saldırı gerçekleştirebilir. Kamu görevlisi niteliği, failin kişisel statüsü ile irtibatlandırılmıştır. Kamusal yükümlülüğün ihlalinin özel haksızlık içeriği yalnızca kamu görevlisinin şahsında gerçekleşir. Bu da §28/1 anlamında tipik bir özel kişisel unsur teşkil eder. Zira bu suretle belirli suçlarda olası (muhtemel) failin kişiliği detaylı bir şekilde tasvir edilmiş olur. Bu suça şerik sıfatıyla katılan kimsenin kamu görevlisi olmaması halinde, özel bir yükümlülük ihlalinde bulunması mümkün olmaz. Bu durumun bu türden şeriklerin cezalandırılması esnasında dikkate alınması gerekir. Bunun için Alman CK §28/1'de görevi kötüye kullanma suçuna iştirak eden kamu görevlisi olmayan şerikin cezasında indirim yapılması mecburiyeti öngörülmüştür[75].

TCK'ya göre ise, kamu görevlisi olmayan şerikin bir kamu görevlisinin işlediği gerçek görev suçuna (gerçek özgü suça) iştirak etmesi halinde, sırf kamu görevlisi olmaması sebebiyle cezasında ayrıca indirim yapılması mümkün değildir. Bu nedenle TCK'da, bir kamu görevlisinin başka bir kamu görevlisinin işlediği gerçek görev suçuna şerik olarak katılması ile kamu görevlisi olmayan bir kimsenin aynı suça şerik olarak katılması arasında, bu şeriklerin cezai sorumluluklarının belirlenmesi hususunda herhangi bir fark yaratılmamıştır[76]. Benzer şekilde azmettirenin cezası faile göre belirlendi-

---

[75] MURMANN, §27 kn.76; HEINRICH, kn.1355; KÜHL, §20 kn.158; FRISTER, §25 kn.32. Alman CK §339'daki hâkimin hukuku kasten ihlal ederek uygulaması suçu (gerçek özgü suç) üzerinden kurulmuş başka bir örnek için bkz. KREY/ESSER, kn.1009, 1012. Bu suçun faili hâkim olma özelliğini şahsında taşıyan bir kimse olabilir. Hâkim sıfatı taşımayan bir kimsenin (*Extraneus*) (örn. hâkimin eşi) de yanlış bir hükmün verilmesine neden olması mümkündür. Bu halde, *Extraneus* §339'daki suça azmettiren olarak cezalandırılır. Ancak bu kişi, failin hakimlik görevinden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal etmesi suretiyle meydana gelen özel ek haksızlığı gerçekleştiremez. Bu nedenle kanun koyucu §28/1 vasıtasıyla *Exraneus* lehine bir ceza indirimi düzenler. Bkz. ROXIN, §27 kn.2. Ayrıca Alman CK §348'deki, kamu görevlisinin görev esnasında sahte belge düzenlemesi suçu (gerçek özgü suç) üzerinden kurulmuş bir örnek için bkz. WESSELS/BEULKE/SATZGER, kn.875.

[76] AKBULUT, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.828; AKBULUT, "Bağlılık Kuralı", s.210-211. Akbulut, haklı olarak bunun bağlılık kuralına dayalı uygulamanın ortaya çıkardığı bir sorun olduğuna dikkat çekmektedir. Yazara göre, gerçek özgü suça katılan özgü faillik niteliğini taşımayan şeriki, sanki bu niteliğe sahipmiş gibi sorumlu tutmak doğru değildir. Bkz. AKBULUT, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.828, 832. Öte yandan, Kitapçıoğlu Yüksel'e göre bu durum cezalandırmada adaletsizliğe yol açar. Zira şerikin özgü faillik niteliğini haiz olması suçun icrasını kolaylaştırır. Ayrıca bu türden şerikin, özgü faillik niteliğini haiz olmayan şerike kıyasla cezalandırılmaya liyakati daha fazladır. Bu nedenle bu iki tür şerik arasında cezalandırma açısından fark yaratılmalıdır. Bkz. KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.408.

ğinden, kamu görevlisi olmayan azmettiren gerçek görev suçunu işleyen kamu görevlisi fail ile aynı cezayı almaktadır[77]. Yine, özgü faillik niteliğini haiz olmamasına rağmen, fiil üzerinde hakimiyet kurarak gerçek özgü suça katılan kimse ile yalnızca yardım etme hüviyetindeki hareketlerle suça katılan özgü faillik vasfını haiz olmayan kimsenin cezai sorumluluk statüsü de ayrıştırılmamıştır. Bu türden şeriklerin her ikisi de gerçek özgü suça yardım eden olarak cezalandırılmaktadır.

Alman CK'ya göre de bir kamu görevlisini örneğin görevi kötüye kullanma suçunu işlemeye azmettiren kamu görevlisi olmayan kişi, görevi kötüye kullanma suçuna (gerçek özgü suça) azmettiren olarak cezalandırılır. Ancak cezası, şahsında görevi kötüye kullanma suçundan ötürü cezalandırmayı tesis eden kamu görevlisi olma özel kişisel unsuru bulunmadığından, zorunlu olarak belirli bir ölçüde indirilir. Yani failin sahip olduğu özel kişisel unsurun azmettirende bulunmaması, azmettiren lehine bir ceza indirimi yapılmasına yol açar[78]. Benzer şekilde, faile görevi kötüye kullanma suçunu işlemede yardım eden kamu görevlisi olmayan kimse de görevi kötüye kullanma suçuna yardım eden olarak cezalandırılır. Ancak yardım edenin alacağı ceza kural olarak iki defa indirime uğrar. Bunlardan biri yardım etme kurumunun kendisinden, diğeri ise §28/1'de öngörülen (cezayı kurucu özel kişisel unsur eksikliği sebebiyle vuku bulan) zorunlu ceza indiriminden kaynaklanır. Bu suretle kamu görevlisi olmayan yardım eden bakımından bir çifte ceza hafiflemesinin gerçekleşeceğinden söz edilir[79].

Ancak bu suretle, şerikin özel bir yükümlülüğü bulunmaksızın gerçekleştirdiği hukuki değer saldırısı ölçülü bir şekilde karşılanmış olur. Zira gerçek özgü suçla korunan hukuki değerler bir *Extraneus* tarafından fail olarak

---

77 KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.338.

78 Herhangi bir özgü yükümlülük altında olmayan kimsenin, böyle bir yükümlülük altında olan kimseyi ilgili gerçek özgü suçu işlemeye azmettirmesi durumunda, azmettirenin faille aynı cezayı alması mümkün olmaz. Bkz. JOECKS, §28 kn.1. Bilindiği üzere TCK m.38'e göre, bir kimseyi belirli bir suçu işlemeye azmettiren kişi işlenen suçun cezası ile cezalandırılmaktadır. Bu itibarla azmettirenin de tıpkı fail gibi, failin işlediği suçun ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılması gerekir. Ancak burada zikredilen düzenleme (Alman CK §28/1) bu kurala aykırı olarak azmettirenin cezasında belirli bir ölçüde mecburi bir indirimin tatbik edileceğini öngörmektedir. Bu durumda azmettiren faille aynı cezayı alamayacaktır. Karş. ROXIN, §27 kn.4; SCHÜNEMANN, §28 kn.1.

79 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.161; HEINRICH, kn.1355; KÜHL, §20 kn.149,150. Bu halde önce yardım etme kurumundan ileri gelen ceza hafiflemesinin tatbik edileceği, daha sonra ise bu suretle elde edilen hafifletilmiş ceza üzerinden §28/1'de öngörülen ceza indiriminin uygulanacağı hususunda bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.83.

ihlal edilemez. Ancak şerik olarak ihlal edilebilir. Bu itibarla Alman öğretisinde §28/1 hükmü vasıtasıyla *Extraneus* şerike uygulanan gerçek özgü suçun hafifletilmiş ceza çerçevesinin, aynı hukuki değeri koruyan (özel hükümler kitabında bulunmayan) genel suçun yerini aldığından söz edilmektedir[80]. Yine benzer şekilde, gerçek özgü suçlarda özel faillik niteliğini haiz olmayan şerik için faille aynı ceza çerçevesinin geçerli olmasının eşyanın tabiatına aykırı olacağı savunulmaktadır. Zira şerikin hareketinin haksızlık ve kusur içeriği, özgü failin hareketiyle gerçekleştirdiği (ana) suç karşısında açıkça daha hafiftir. Gerçek özgü suçlarda, suçun haksızlık ve kusur içeriğini önemli ölçüde şekillendiren husus özel faillik niteliğidir[81].

Özel yükümlülük altında bulunmayan (özel faillik vasfını taşımayan) bir kimse suç tipinde tasvir edilen harekete katıldığında sadece yardım eden olabilir ve cezası yardım etme kurumu gereği bir defa hafifletilir. Bunun yanı sıra yardım edenin cezasının, şahsında özel kişisel unsur taşımaması nedeniyle §28/1'e göre hafifletilmesi gerekir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bu gibi hallerde prensip olarak sadece bir defa ceza indirimi yapılmakla yetinilmesi görüşünde değildir. Böyle bir yol izlenseydi azmettiren ve yardım eden aynı ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılmış olurdu. Bu da azmettirme ve yardım etme arasında yasanın öngördüğü farklılaşan cezai sorumluluk ilişkisini zedelerdi. Zira yardım edenin azmettirenden daha hafif bir ceza ile sorumlu tutulması gerekir[82].

Bununla birlikte, örneğin kamu görevlisi olmayan kişinin suça katkısı şeriklik düzeyini aşacak kadar yoğunsa, yani genel kurallara göre bu kişi müşterek fail statüsünde olacak idiyse, ancak sırf kanunda fail olabilmek için aranan kamu görevlisi niteliğine (yani özel kişisel unsura) sahip olmadığından gerçek özgü suça yardım eden statüsünde kalmışsa, bu kişinin cezası sadece bir defa indirime tabi tutulur. Bu ceza indirimi yardım etme ku-

---

80 FRISTER, §25 kn.32. Puppe'ye göre, bir gerçek özgü suça yardım eden ya da azmettiren olarak katılan, yükümlülük altında olmayan kimsenin hareketinde, o suça özgü özel yükümlülük ihlalinin son derece kişisel bileşeni bulunmaz. Bu kimse o suça özgü özel hukuki yükümlülüğü ihlal edemez. Bkz. PUPPE, §27 kn.26-27.

81 KREY/ESSER, kn.1011. Zira özgü faillik niteliğine sahip olan kimse hareketiyle hem gerçek özgü suçla korunan hukuki değeri hem de kişisel olarak kendisine yüklenen özel yükümlülüğü ihlal edebilir. Bkz. KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.412.

82 ROXIN, §27 kn.82. Özgü faillik vasfını taşımayan azmettirenin cezası da §28/1'e göre zorunlu olarak hafifletileceğinden, azmettiren ve yardım eden arasında kanunda öngörülmüş olan cezai sorumluluk farkı (mesafesi), ancak bu tür durumlarda yardım edenin çifte ceza indiriminden istifade etmesinin sağlanması ile korunabilir. Bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.84.

rumundan kaynaklanır. Ayrıca §28/1 hükmüne göre indirim uygulanmaz. Zira bu halde her iki indirim sebebi de aynı olgusal (fiili) temele yani özgü faillik vasfının bulunmamasına dayanmaktadır. Aynı durumun §28/1 hükmü üzerinden yardım eden lehine bir kez daha hüküm ifade etmesi mümkün değildir[83]. Bu itibarla bir çifte ceza hafiflemesinden söz edilebilmesi için, yardım etmeden ileri gelen ceza hafiflemesinin müstakil bir olgusal (fiili) temele sahip olması şarttır. Yalnızca özel kişisel unsur eksikliğinden ötürü faillik yerine yardım etmenin mevcudiyetinin kabul edildiği hallerde, bu tür yardım edenin çifte ceza hafiflemesinden yararlandırılması mümkün olmaz[84]. Ancak suç katılımcısının gerçekleştirdiği suç katkısının niteliksel olarak yalnızca yardım etme biçiminde değerlendirilmesi gereken hallerde, bu suç katılımcısı özgü faillik vasfına da sahip değilse çifte ceza hafiflemesinin gerçekleşeceğinden söz edilebilir[85].

Türk öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, gerçek özgü suça fiil üzerinde hakimiyet kurarak katılan, ancak sırf suç tipinde fail olabilmek için öngörülen niteliği haiz olmadığından fail olarak sorumlu tutulamayan kimse, azmettiren olarak cezalandırılmalıdır[86]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira TCK m.38'de yalnızca başkasını suç işlemeye sevk eden kişinin azmettiren olabileceği öngörülmüştür. Hükmün madde gerekçesinde azmettirme hareketi, belirli bir suçu işlemeye ilişkin henüz herhangi bir fikri bu-

---

83 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.161; HOYER, §28 kn.45; JOECKS, §28 kn.54. Aksi halde şerik, ceza indirimine ilişkin olarak aynı durumdan kendi lehine iki defa istifade etmiş olacaktır. Bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.83. Yazara göre, suça fiil üzerinde hakimiyet kurarak katılan özgü faillik vasfına sahip olmayan kimsenin cezasının tıpkı, özgü faillik vasfına sahip olmayan azmettiren gibi yalnızca bir defa indirime tabi tutulması gerekir. Zira bu halde bu kişinin fiil hakimiyeti, normal şartlarda yardım etme ve azmettirme arasında bulunan değersizlik farkını bütünüyle telafi eder (giderir). Bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.84.

84 FISCHER, §28 kn.7; INGELFINGER, §28 kn.9; JESCHECK/WEIGEND, s.660. Örneğin, güveni kötüye kullanma suçunda, suç katılımcısı malvarlığını koruma yükümlülüğü bulunmadığı halde fiil üzerinde hakimiyet kuruyorsa durum böyledir. Bkz. SCHÜNEMANN, §28 kn.83. Roxin'e göre de yükümlülük altında olmadan (yani özel faillik niteliği bulunmadan) bir gerçek özgü suça etki eden kişi fiil hakimiyetine ya da fail iradesine sahipse bir defa ceza indirimi yapılır. Aksi halde çifte ceza indiriminin gerçekleşmesi gerekir. Bkz. ROXIN, §27 kn.83.

85 HEINE/WEIßER, §28 kn.24. Sanığın yalnızca yükümlülük altında bulunmaması nedeniyle müşterek fail olamadığı hallerde, cezasının iki defa indirime tabi tutulmayacağı görüşü Alman Federal Yüksek Mahkemesine aittir. Bkz. JOECKS/JÄGER, §266 kn.57. Yüksek Mahkemeye göre, yardım etmenin mevcudiyetinin kabulü ek bir olgusal (fiili) dayanağa sahipse (örn. salt yardım etme iradesiyle sunulan cüzi suç katkısı söz konusuysa), şerikin cezası hem yardım etme hükmüne göre hem de §28/1'e göre zorunlu olarak indirilir. Bkz. HAAS, §28 kn.21. İlgili karar için bkz. BGH, NJW 1975, s.838.

86 KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.329, 432.

lunmayan kimsenin, başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesi olarak tanımlanmıştır. Fiil üzerinde hakimiyet kurarak suça katılan kimse, ayrıca kanunda tanımlanan anlamda bir azmettirme hareketi gerçekleştirmiş olmadıkça azmettiren olarak nitelendirilemeyecektir. Dolayısıyla bu kişi ancak gerçek özgü suça yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.

Yürürlükteki TCK'ya göre, kamu görevlisi olmayan kimsenin, bir kamu görevlisini görevi kötüye kullanma suçunu işlemeye azmettirmesi halinde, bu kişi görevi kötüye kullanma suçuna azmettiren olarak cezalandırılır. Azmettiren de işlenen suçun cezası ile cezalandırıldığından, kamu görevlisi olmayan azmettiren, kamu görevlisi faille aynı ölçüde ağır bir ceza ile karşı karşıya kalır. Azmettirenin kamu görevlisi olmaması sebebiyle cezasında indirim yapılması olanağı TCK'da bulunmamaktadır. Bunun bir diğer sonucu olarak, TCK'da görevi kötüye kullanma suçuna iştirak eden kamu görevlisi olan şerik ile kamu görevlisi olmayan şerikin alacağı ceza da prensip itibarıyla ayniyet arz eder. Benzer şekilde, herkes tarafından işlenebilen bir suça şerik olarak iştirak eden kimse ile görevi kötüye kullanma suçuna kanunda aranan özgülük niteliğini haiz olmaksızın iştirak eden kimse arasında da cezai sorumluluk bakımından bir fark bulunmaz. Ayrıca, görevi kötüye kullanma suçuna faillik düzeyinde hareketlerle katkıda bulunan kamu görevlisi olmayan kimse ile suç katkısı yalnızca yardım etme düzeyinde kalan kamu görevlisi olmayan kimse de TCK'da aynı suretle (görevi kötüye kullanma suçuna yardım eden olarak) cezalandırılır. Kanımızca zikredilen bu hususlar gerçek özgü suça iştirak eden şeriklerin cezalandırılmasında adaletsizlik meydana getirmektedir.

Alman uygulamasını incelemek amacıyla bir başka örnek de güveni kötüye kullanma suçu üzerinden kurulabilir. (F) bir mağazada mağaza müdürü olarak çalışmaktadır. Karısı (K), (F)'den mağazanın günlük kazancından 5000 TL'yi birlikte çıkacakları bir gezide kullanmak üzere ayırmasını ister. (F) istenileni yapar. Bu olayda (F) güveni kötüye kullanma suçunu işlemiştir. Bu suçun faili ancak malvarlığını koruma yükümlülüğü altında bulunan kişi olabilir. (F) mağaza müdürü olarak mağazanın günlük kazancı bakımından böyle bir yükümlülük altındadır. Ancak (K)'nın bu yönde herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yükümlülük aynı zamanda §28 anlamında güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırmayı tesis eden bir özel kişisel unsur hüviyeti taşır. Bu itibarla (K) güveni kötüye kullanma suçuna azmettiren olarak cezalandırılır. Ancak (K)'nın cezası §28/1 hükmü uyarınca mecburi olarak hafifletilir. Zira (K)'nın şahsında, güveni kötüye kullanma suçunun ceza çerçevesi-

nin şekillendirilmesinde etkili olan kişisel güven ilişkisi bulunmamaktadır[87]. Diğer bir ifadeyle bir gerçek özgü suç olan güveni kötüye kullanma suçunun ceza çerçevesi ihdas edilirken, yani bu ceza çerçevesine ait alt ve üst sınırlar belirlenirken, failin malvarlığını koruma yükümlülüğü altında bulunan kişi olacağı kanun koyucu tarafından dikkate alınmış ve suçun ceza çerçevesi buna göre şekillendirilmiştir. Bu nedenle suça iştirak eden kişinin böyle bir yükümlülük altında olmadığı durumlarda, şerikin faille aynı alt ve üst sınıra sahip olan ceza çerçevesi üzerinden cezalandırılması adaletsizlik meydana getirir. Bu adaletsizliğin giderilmesi için, özgü suçun faili olabilme niteliğini taşımayan şerikin cezasının belirli ölçüde indirilmesi suretiyle, özgü suçun cezasının şerikin şahsına uyarlanması gerekir.

Vurgulandığı üzere, Alman CK §28/1 hükmündeki ceza indirimi sadece suça şerik olarak iştirak eden ve şahsında özel kişisel unsuru taşımayan kimse hakkında uygulama bulmaktadır[88]. Bu itibarla, örneğin bir kamu görevlisi başka bir kamu görevlisini görevi kötüye kullanma suçunu işlemeye azmettirirse, azmettiren kamu görevlisi herhangi bir indirime gidilmeksizin görevi kötüye kullanma suçuna azmettiren olarak cezalandırılır. Yani faille aynı ceza çerçevesinden sorumlu tutulur. Azmettiren de fail de kamu görevlisi olduğundan bu sonuç bir adaletsizlik meydana getirmez. Benzer şekilde bir kamu görevlisi başka bir kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçunu işlemesine yardım ederse, görevi kötüye kullanma suçuna yardım eden konumundaki kamu görevlisinin cezası sadece bir defa indirime tabi tutulur. Bu indirim yardım etme kurumunun kendisinden kaynaklanır.

Son olarak ifade edilmelidir ki, somut olayda Alman CK 28/1'in uygulanabilirliğinin ve etkilerinin, suçun unsurlarının ve kusurun tespitinden sonra, ayrı bir başlıkta ele alınması gerekir. Zira bu düzenleme hangi suç ya da suç tipi üzerinden mahkûmiyet hükmü kurulacağına etki etmez. Sadece şerik hakkında uygulanacak ceza çerçevesine etki eder[89]. Bu nedenle §28/1'in incelenme yeri cezanın belirlenmesi sahasıdır[90].

---

87 RENGIER, §46 kn.3. Güveni kötüye kullanma suçunda, güvene dayalı tevdi edilen göreve sadakat yükümlülüğü cezayı kurucu özel kişisel unsur teşkil eder. Bu yükümlülük failin güvenene (kendisine görevi tevdi eden kişiye) yakınlığı ve özel bir erişim olanağına sahip olması ile ayırt edilir. Bkz. JOECKS/JÄGER, §266 kn.57-58. Bu suç güven ilişkisine uygun hareket etme yükümlülüğü altında bulunmayanlar tarafından işlenemez. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.483.

88 BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, §26 kn.162.

89 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, §38 kn.33.

90 HEINRICH, kn.1355.

III. SONUÇ

Gerçek özgü suça iştirak eden suç katılımcısının cezai sorumluluğu tayin edilirken, ilgili suç katılımcısının özgü faillik niteliğini haiz olup olmamasına (yani özel kişisel unsuru şahsında taşıyıp taşımamasına) göre ayrım yapılmalıdır. Suç katılımcısı özgü faillik niteliğini haiz ise ve fiil üzerinde hakimiyet kurarak suç tipine uygun hareketleri gerçekleştiriyorsa, kural olarak ayrıca bir ceza indiriminden istifade etmeksizin işlediği gerçek özgü suçtan fail olarak sorumlu tutulur. Benzer şekilde, özgü faillik niteliğini haiz olan kimse gerçek özgü suça şerik olarak katılıyorsa, kural olarak ayrıca bir ceza indiriminden istifade etmeksizin oluşa göre gerçek özgü suça yardım eden ya da azmettiren olarak sorumlu tutulur. Bu nitelikteki şerik gerçek özgü suça yardım eden olarak sorumlu tutuluyorsa, yardım etme kurumunun kendisinden (TCK m.39/1) ileri gelen ceza indiriminden istifade etmeye devam eder.

Buna karşılık, gerçek özgü suça katılan kimse özgü faillik niteliğini haiz değilse, ancak fiil üzerinde hakimiyet kurarak suç tipine uygun hareketlerde bulunuyorsa, gerçek özgü suça yardım eden olarak cezalandırılmalı ve kural olarak sadece yardım etme kurumunun kendisinden ileri gelen ceza indiriminden yararlandırılmalıdır[91]. Bununla birlikte, gerçek özgü suça iştirak eden suç katılımcısı hem özgü faillik niteliğini haiz değilse hem de sunduğu katkı sadece yardım etme ya da azmettirme düzeyinde kalıyorsa, gerçek özgü suça azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılmalı, ancak cezası özgü faillik niteliğini haiz olmaması nedeniyle belirli bir ölçüde indirilmelidir. Bu son halde, suça yardım eden olarak katılan kimsenin cezası ayrıca yardım etme sebebiyle de hafifletileceğinden (TCK m.39/1), özgü faillik niteliğini haiz olmadan gerçek özgü suça katkı sunan yardım eden çifte ceza hafiflemesinden istifade edecektir. TCK'da böyle zorunlu ceza indirimi öngören bir yasal düzenlemenin yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Bu suretle özgü faillik niteliğini taşıyan gerçek özgü suçun failiyle bu niteliği taşımayan azmettirenin aynı ceza ile cezalandırılması önlenir. Özgü faillik niteliğine sahip olan şeriklerle bu niteliğe sahip olmayan şeriklerin

---

[91] Öğretide savunulan bir görüşe göre bu halde, suç katılımcısının müşterek fail olarak cezalandırılması gerekir. Bkz. A.H.EVİK, s.37-39. Bu görüş izlendiğinde, bir gerçek özgü suçun özgü faillik niteliği taşıyan kimse tarafından işlenmesi ile böyle bir niteliği taşımayan kimse tarafından "işlenmesi" arasında bu kişilerin cezai sorumluluklarının belirlenmesi bakımından herhangi bir ayrım yapılmamış olacağından, bu durum da ayrı bir adaletsizlik yaratır. Zira özgü faillik niteliğine cezai sorumluluğun tayininde önem atfedilmemiş olur.

cezai sorumluluk statüleri farklılaştırılmış olur. Ayrıca özgü faillik niteliğine sahip olmayan kimsenin fiil üzerinde hakimiyet kurarak suça katılımı ile sadece yardım etme düzeyinde katkı sunarak suça katılımı arasında da cezai sorumluluk açısından fark meydana getirilir. Benzer şekilde, herkes tarafından işlenebilen bir suça şerik olarak iştirak eden kimse ile gerçek özgü suça kanunda aranan özgülük niteliğini taşımaksızın iştirak eden kimse arasında cezai sorumluluk bakımından ayrım yapılmış olur. Böylelikle suç katılımcıları daha adil, daha orantılı bir ceza ile cezalandırılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

AKBULUT Berrin, "Bağlılık Kuralı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, S.1, 2010, ss.167-214.

AYDIN Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

BAUMANN Jürgen/WEBER Ulrich/MITCH Wolfgang/EISELE Jörg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2021.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

EVİK Ali Hakan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failinin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, S.33, 2017, ss.7-46.

EVİK Vesile Sonay, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

FISCHER Thomas, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 67. Aufl., C.H.Beck, München, 2020.

FRISTER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., C.H.Beck, München, 2020.

GROPP Walter/SINN Arndt, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Springer-Verlag, Berlin, 2020.

HAAS Volker, **Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar**, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2020.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

HEINE Günter/WEIßER Bettina, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2019.

HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019.

HOYER Andreas, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 §§1-37 StGB**, 9. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017.

INGELFINGER Ralph, **Gesamtes Strafrecht StGB, StPO, Nebengesetze Handkommentar**, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017.

İÇEL Kayıhan/EVİK Ali Hakan, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, 4. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.

JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JOECKS Wolfgang, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 §§1-37**, 3. Aufl., C.H.Beck, München, 2017.

JOECKS Wolfgang/JÄGER Christian, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 13. Aufl., C.H.Beck, München, 2021.

KINDHÄUSER Urs/ZIMMERMANN Till, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2020.

KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL Tülay, **Özgü Suç**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

KREY Volker/ESSER Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2022.

KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2017.

MURMANN Uwe, **Grundkurs Strafrecht**, 6. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2021.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ÖZKAN Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

PUPPE Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 4. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019.

RENGIER Rudolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Aufl., Verlag C.H.Beck, München, 2019.

ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, Verlag C.H.Beck, München, 2003.

SCHÜNEMANN Bernd, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Erster Band Einleitung §§1 bis 31**, 12.Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2007.

TOROSLU Nevzat/TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.

WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 49. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg, 2019.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 8. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1437-1462

REMEDYING DISPLACEMENT IN CYPRUS: A GUIDANCE FOR "NON-TRANSITIONAL" SOCIETIES(*)

Dr. **Meliz ERDEM**(**)

Abstract: Cyprus presents a complex case for any attempt to deliver transitional justice. Efforts of the United Nations in resolving the enduring conflict in Cyprus have borne little fruit. Yet, one of the most innovative developments has been the establishment of the Immovable Property Commission (IPC) in the north to address claims relating to property abandoned in 1974 by Greek Cypriots. This article takes the IPC into centre stage to address the impact such institutions might have on the perceptions of societies. In a broader framework, this contribution will serve as a guidance for contexts which cannot readily be classified as "post-conflict" lacking a formal commitment to transitional justice as well as those "frozen conflicts" in Europe or elsewhere.

Keywords: Transitional Justice, Reparatory Justice, Reconciliation, Cyprus, ECHR.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 08.09.2022. Makale Kabul Tarihi: 13.12.2022.

The article includes information based on the author's thesis titled "The Immovable Property Commission: An Exercise in Transitional Justice in Cyprus?".

(**) Lecturer at Bahçeşehir Cyprus University, Faculty of Law (ORCID 0000-0001-7923-8430; *meliz.erdem@baucyprus.edu.tr, melizerdem@yahoo.com*). The author has been a lawyer at the Immovable Property Commission at the time of this research. Ethical approval for this empirical part was confirmed by the University of Bristol Law School Research Ethics Committee on 4 May 2017. Participants had agreed to inclusion of data they provided in any research reports, journal articles and/or other publications.

The author would like to thank to Prof. Steven Greer (Professor of Human Rights) and Mete Hatay (Senior Research Consultant at Prio Cyprus) for their comments on earlier drafts of this article.

KIBRIS'TA YERİNDEN EDİLMEYE ÇARE BULMAK: "GEÇİŞ DÖNEMİ İÇERİSİNDE BULUNMAYAN TOPLUMLAR" İÇİN REHBER

Öz: Kıbrıs, geçiş dönemi adaletine dair herhangi bir girişimin yerine getirilmesinde kompleks bir vaka olarak yeralmaktadır. BM'nin Kıbrıs'ta süregelen uyuşmazlığın çözümlenmesinde yürütmüş olduğu çabalar da bugüne değin meyvesini verememiştir. Buna karşın Taşınmaz Mal Komisyonu (TMK)'nun 1974'te Kıbrıslı Rumlar tarafından kuzeyde bırakılan mallarla ilgili taleplerine cevap vermek amacı ile kurulmuş olması yenilikçi bir gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu makale TMK'yı merkeze alarak bu gibi kurumların toplumların algılama biçimleri üzerinde yaratabileceği etkileri ele almayı amaçlamaktadır. Daha genel bir çereçeveden bakıldığında ise bu çalışmanın, hem Avrupa veya başka yerlerde "donmuş çatışmalar" olarak nitelendirilebilecek durumlar için, hem de geçiş dönemi adaletinin resmi olarak kabul edimediği ve "çatışma sonrası" durumlar arasında sınıflandırılamayacak vakalar için bir rehber görevi görmesi hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Geçiş Dönemi Adaleti, Onarıcı Adalet, Uzlaşma, Kıbrıs, AİHS.

I. INTRODUCTION

The restoration of property rights of displaced persons is critical to restore peace.[1] Nevertheless, the transitional justice paradigm has so far struggled to pay adequate attention to questions of property and displacement. In situations where transitional justice has not been accepted as a formal policy, the issue is even more problematic. This is also the case for Cyprus.

Approximately 210,000 Greek and Turkish Cypriots, one-third of the population when the island was partitioned, had to leave their property behind and uproot themselves.[2] The personal, cultural, and political signifi-

---

1 VAN HOUTTE Hans, "Mass property claim resolution in a post-war society: The Commission for Real Property Claims in Bosnia and Herzegovina", **International and Comparative Law Quraterly**, V. 48, No. 3, 1999, p. 625.

2 SERT Deniz Ş, "Cyprus: Peace, Return and Property", **Journal of Refugee Studies**, V. 23, No. 2, 2010, pp. 238-9; see also GÜREL Ayla/ ÖZERSAY Kudret, "The Politics of Property in Cyprus, Conflicting Appeals to 'Bizonality' and 'Human Rights' by the Two Cypriot Communities", Prio Cyprus Centre, Nicosia, 3/2006, p. 4; for phases of displacement in Cyprus see GÜREL Ayla/ HATAY Mete/ YAKINTHOU Chrystalla, "Displacement in Cyprus: Consequences of Civil and Military Strife Report 5'", Prio Cyprus Centre, Nicosia 2012.

cance of displacement cannot be underestimated[3] and the island remains divided as the Turkish Cypriot north and Greek Cypriot south since the 1974 Turkish military intervention.[4] The absence of a comprehensive peace agreement, the absence of a formal policy of transitional justice and the absence of various components of reparations have been problematic for Cyprus, as well as for similar contexts in different parts of the world.

The starting point of this paper has been the Immovable Property Commission (IPC) established in north Cyprus by pressure from the European Court of Human Rights (ECtHR) as a result of the leading cases of *Loizidou v. Turkey, Xenides- Arestis v. Turkey and Demopoulos and others v. Turkey*.[5]

It should be added that the Greek Cypriot policy for Turkish Cypriot properties has been significantly different from that of the Turkish Cypriots'. Turkish Cypriots are considered in south as legal owners of their properties (i.e., they remain to hold title to properties) but were placed under the administration of the Minister of the Interior as "the Custodian" under Law No 139/1991. The Custodian has all the rights and obligations which a Turkish Cypriot owner would have. Turkish Cypriot claims over these properties are dependent on strict conditions set forth in the Law. The Law was challenged various times before the ECtHR by Turkish Cypriots, the leading one being *Niazi Kazalı and Hakan Kazalı*.[6] The difficulties with respect to the procedure to be followed in south are outlined in this decision. However, the case was declared inadmissible for non-exhaustion of domestic remedies. The difficulties with regard to procedures to be followed by Turkish Cypriots in the south are not examined in this article since, first of all, a mechanism similar to that of the IPC is not available there. In addition, the objective of this article is to address mechanisms such as the IPC in conflict situations similar to Cyprus. Since the Cyprus problem itself has wider implications,

---

[3] MATSON Laura, "Competing Land Rights, Legal Redress, and Political Settlement in Cyprus", **Law & Inequality**, V. 31, No. 1, 2012-2013, p. 200.

[4] See BRYANT Rebecca, "Living with Liminality: De Facto States of the Threshold of the Global", **Brown Journal of World Affairs,** V. 20, No. 2, 2014.

[5] *Loizidou v. Turkey* App No 15318/89 Merits, 18 December 1996; *Xenides-Arestis v. Turkey* App No 46347/99 Merits, 22 December 2005; *Xenides-Arestis v. Turkey* App No 46347/99 Just Satisfaction, 7 December 2006; *Demopoulos and others v. Turkey* Apps Nos 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, Admissibility, 1 March 2010.

[6] *Niazi Kazalı and Hakan Kazalı v. Cyprus* Apps 49247/08 1545/07 1760/05 30792/05 3240/05 34776/06 38902/05 4080/06 49307/08, Admissibility, 6 March 2012.

the questions of what the IPC is supposed to do, how it functions, whether it fulfils its mandate, whether it is autonomous to the political conflict and whether it could be improved need to be addressed beyond a human rights framework. To sum up, this article takes the IPC into centre stage to illustrate what role such a mechanism could play on the relationship between conflict-affected communities. This is not to deny the implications of absence of such a mechanism in the south, but to illustrate the impact of an existing mechanism such as that of the IPC.

For this, semi-structured interviews were carried out with political parties in the north and the south (providing a sample representing a significant percentage of the electoral vote) of the island to observe their understanding of the IPC. These interviews were carried out between November 2017 and July 2018 with representatives of the political parties present at "the General Assembly of the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC)" and "the House of Representatives of the Republic of Cyprus (RoC)".

The objective is therefore to make a positive contribution to the debate on the future direction of transitional justice, discussions, and policy initiatives. In a broader framework, this might prove useful for other contexts where an official policy of transitional justice is absent, as well as those "frozen conflicts" such as Nagorno-Karabakh, Abkhazia, South Ossetia or Transnistria as Hadjigeorgiou suggests.[7]

II. BACKGROUND

Following partition of Cyprus in 1974, numerous cases have come before the European Commission of Human Rights and the ECtHR in Strasbourg. The *Loizidou v Turkey* judgment opened the door to many other similar claims by Greek Cypriots. But it was *Xenides Arestis v Turkey* case which led to the establishment of the IPC as it currently is in force today with the Law No. 67/2005.[8] There are scholarly works explaining in detail the case-law of the ECtHR on Greek Cypriot property claims.[9] The goal here

---

[7] See HADJIGEORGIOU Nasia, "Remedying Displacement in Frozen Conflicts: Lessons from the Case of Cyprus", **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, V. 18, 2016.

[8] Law No 67/2005 "Law for the Compensation, Exchange and Restitution of Immovable Properties which are within the Scope of Sub-Paragraph (b) of Paragraph 1 of Article 159 of the Constitution".

[9] PROUKAKI Elena K, "The Right of Displaced Persons to Property and to Return Home after Demopoulos", **Human Rights Law Review**, V. 14, No. 4, 2014, p. 701; ÖZERSAY Kud-

is instead to focus on the context in which the IPC finds itself. The case-law in this regard therefore is not examined in detail.

Having said this, it was not surprising that the IPC Law No. 67/2005 provides for remedies merely in the form of individual material redress. This is in line with the ECtHR judgments as expressed above. However, this paper attempts to address the issue from a transitional justice perspective. For this, the three principal background elements concern transitional justice in non-transitions, reparations and reconciliation. These will be addressed in turn below.

1. Cyprus in "Non-transition"

An institutionalised approach to dealing with massive human rights violations can be found in a range of societies where we cannot speak of "transition" at least not in its usual meaning in the form of "a fundamental regime change".[10] This does not mean that a variety of transitional justice mechanisms to deal with systematic human rights abuses cannot be put in place in the absence of a fundamental political transition.[11]

Non-transitional societies can sometimes be characterized by the eruption of violence between two or more groups, followed by an absence of armed clashes but, where the conflict has not permanently been resolved the disagreement between the conflicting parties. In other words, although the situation seems stable, the conflict remains unresolved, and the status quo maintained.[12] Thus, in cases where there is no fundamental change in the status quo, the question of potential success of any transitional justice initiatives in dealing with the past violations remains complex.[13] Referring to such cases as "frozen conflicts", Hadjigeorgiou observes that:

---

ret/GÜREL Ayla, 'The Cyprus Problem at the European Court of Human Rights' in DIEZ Thomas and TOCCI Nathalie (eds.), **Cyprus: A Conflict at the Crossroads**, Manchester University Press, 2009, p. 273; TZEVELEKOS Vassilis P, "Reparation of the Rights to Property and Home of Displaced Persons Arising from Armed Conflict under the European Convention of Human Rights" in PROUKAKI Elena K (ed.), **Armed Conflict and Forcible Displacement, Individual Rights under International Law**, Routledge, London, 2018, p. 102.

[10] HANSEN Thomas O, "Transitional Justice: Toward a Differentiated Theory", **Oregon Review of International Law,** V. 13, 2011, p. 22.

[11] Ibid., p. 22.

[12] HADJIGEORGIOU, 2016, p. 153.

[13] HANSEN, p. 22.

The parties might refuse to acknowledge each other or conversely, they might participate in perpetual, yet ineffective, negotiations; in both cases however, the zero-sum nature of their disagreement makes them unable to reach a settlement for their common future.[14]

Hadjigeorgiou points out Cyprus, Nagorno-Karabakh, Abkhazia, South Ossetia, and Transnistria as examples of frozen conflicts in Europe.[15] The concepts of "negative peace", where the conditions which caused violent conflict remain, and a "positive peace", where the causes of violence are eradicated, are also relevant here.[16] For the latter, broad social issues should be taken into account and the demands of reconciliatory measures should be addressed while taking steps in dealing with the past.[17]

Cyprus can be characterized by the eruption of violence between two or more groups, followed by an absence of armed clashes. Cypriots "live in a prolonged ceasefire", a suspension of war.[18] In other words, the conflict has not permanently been resolved and cannot be situated in a "post-conflict" framework. In this respect, there is no positive peace in Cyprus, but rather relapsing into conflict is averted and negative peace is in place.[19] In other words, although the situation seems stable, the *status quo* remains and can be referred to as a "frozen conflict".[20]

The controversy over property ownership because of the displacement has been one of the most contentious aspects of the Cyprus problem for the UN-backed inter-communal negotiations to solve. It was also one of the core factors in the rejection of the comprehensive settlement agreement, namely the Annan Plan, by Greek Cypriots. While Greek Cypriots generally tend to emphasize on the right to return home, Turkish Cypriots defended the post-1974 realities and demographic changes in the northern part of the island.[21] Currently, the two communities are separately governed. On one side, there

---

14 HADJIGEORGIOU, 2016, pp. 153-4.

15 Ibid.

16 See GALTUNG Johan, "Violence, peace, and peace research", **Journal of Peace Research**, V. 6, No. 3, 1969: 167-191; see also ERÇAKICA Mustafa, **Silahli Çatışma ve İç Karışıklık Sonrası Dönemlerde İnsan Haklarının Korunmasında Birleşmiş Milletler'in Rolü**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

17 See GALTUNG, p. 167.

18 BRYANT, p. 683.

19 See GALTUNG; ERÇAKICA.

20 HADJIGEROGIOU, 2016, p. 153.

21 PSALTIS Charis/ LOIZIDES Neophytos/LAPIERRE Alicia/ STEFANOVIC Djordje, "Transitional Justice and Acceptance of Cohabitation in Cyprus", **Ethnic and Racial Studies**, V. 42, No. 11, 2019, p.2.

is the "TRNC" and on the other, the "RoC" which have been running under their respective Constitutions. The Turkish Cypriots, as one of the constituent communities of the "RoC", are absent from its institutions and each side has different perspectives on how the situation has evolved.[22]

Despite this, several mechanisms having at least the potential for dealing with the past are already in place such as the IPC for property rights violations of the displaced.[23] However, the question of potential success of any transitional justice initiatives in dealing with the past violations remains complex as there has been no particular regime change (differing from those of "transitions to democracy" or "conflict to peace").

With these in mind, cases in which there has been no regime change (or where the form of transition differs from those of "transitions to democracy" or "conflict to peace") remain problematic. The question is whether and how such a limited conception of "transition" might impact processes in dealing with the past. This situation cannot be absolved from the question of "how the interests of different actors intertwine in shaping judicial responses to serious human rights violations".[24] This is not to reject piecemeal approaches in the absence of a comprehensive settlement agreement for the solution of the Cyprus problem, but to acknowledge the complexities inherent in such a situation.[25]

2. Reparations and Reconciliation

"The UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law" call for "adequate, effective and prompt reparation for harm suffered" and access to equal and effective justice and information.[26] Reparations encompass various

---

[22] HOFFMEISTER Frank, **Legal Aspects of the Cyprus Problem, Annan Plan and EU Accession**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, p. 31.

[23] See BOZKURT Umut /YAKINTHOU Chrystalla, "Legacies of Violence and Overcoming Conflict in Cyprus, The Transitional Justice Landscape", Prio Cyprus Center, Nicosia, 2/12.

[24] HANSEN, p. 33.

[25] TZIMITRAS Harry/ HATAY Mete, "The Need for realism: Solving the Cyprus Problem Through Linkage Politics", The Center on the United States and Europe at Brookings-Turkey Project Policy Paper, Washington, 2016.

[26] "UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law", A/RES/60/147, 21 March 2005.

measures to repair the damage suffered by victims of human rights violations, i.e., restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition.[27] Ideally, these should define who is responsible from violations, illustrate a form of commitment to respond to harms and pave the way for acknowledgment of wrongs which is referred to by victims as being one of the most important elements.[28] In addition, participation of individuals and communities has the potential to build constructive cooperation between parties involved.[29] For this, reparations should be approached comprehensively to facilitate their transformative potential. and pave the way for reconciliation.[30] It is also generally accepted by many scholars that reparations are considered essential for reconciliation in contexts affected by war and conflict.[31]

Although the term reconciliation is defined differently by scholars, for the purposes of this paper, it is taken to mean that "people learn to live with one another and deterrence means that they continue to do so in the future".[32] However, as Govier and Verwoerd rightly states, a "realistic goal in contexts of reconciliation is not in total harmony; nor is it a state of blissfully enduring unity".[33] Hadjigeorgiou explains that, most of the time, the lack of com-

---

[27] MANI Rama, "Rebuilding an inclusive political community after war", **Security Dialogue**, V. 36, No. 4, 2005, p. 524.

[28] Ibid.; see also ARBOUR Louis, "Economic and Social Justice for Societies in Transition", **New York University Journal of International Law and Politics**, V. 40, 2007, p.17; MILLER Zinaida, "Effects of Invisibility: In Search of the "Economic" in Transitional Justice", **International Journal of Transitional Justice**, V. 2, No. 3, 2008, 284; GREADY Paul/ ROBINS Simon, "From Transitional to Transformative Justice: A new agenda for practice" **International Journal of Transitional Justice,** V. 8, No. 3, 2014.

[29] "Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence", A/69/518, 14 October 2014.

[30] MAGARRELL Lisa, "Reparations in Theory and Practice", International Centre for Transitional Justice, New York, 2007, pp. 3-12.

[31] See NORVAL Aletta J, "No Reconciliation Without Redress: Articulating Political Demands in Post-transitional South Africa" **Critical Discourse Studies**, V. 4, 2009, p. 316; CARDENAS Manuel/RIME Bernard/ARNOSO Maitane, "How Transitional Justice Processes and Official Apologies Influence Reconciliation: The Case of the Chilean 'Truth and Reconciliation' and 'Political Imprisonment and Torture' Commissions", **Journal of Community & Applied Social Psychology**, V. 26, 2015, p. 517.

[32] DALY Erin, "Transformative justice: Charting a path to reconciliation", **International Legal Perspectives**, V. 12, 2001, p. 84; see also HADJIGEORGIOU Nasia, "Promoting reconciliation and protecting human rights: An underexplored relationship", 2017, unpublished <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2886503> (Date of access 12 January 2021).

[33] GOVIER Trudy and VERWOERD Wilhelm, "Trust and the Problem of National Reconciliation", **Philosophy of the Social Sciences**, V. 32, No. 2, 2002, p. 185.

patibility of the groups' needs and interests characterize divided societies.[34] Needless to say, the society would have not become divided had such compatibility existed, but, at the same time, achieving reconciliation does not require a full compatibility between these needs and interests.[35]

These debates around challenges in finding ways to reconciling previously warring groups in ethnically divided societies to achieve positive peace are not new. It is argued that reconciliation can only be achieved when members of different ethnic groups 'start trusting each other'.[36] Hadjigeorgiou examines the relationship between reconciliation and human rights. She notes that, on one hand, human rights are indeed positively connected to reconciliation, while, on the other, the two can also be at odds where human rights protection might undermine reconciliation.[37] Human rights might pave the way in inducing legal and institutional changes, but the situation remains bleak when it comes to social and psychological changes which requires to put in place broader conceptual means.[38] This problem is more significant in cases of ongoing ethnic conflicts where peacebuilders or other actors have a role to play.[39] In this respect, while the relationship between reparations and reconciliation remains bleak, a deep participation of individuals, groups and communities and bottom-up initiatives can build constructive cooperation between parties involved and this comprehensiveness could facilitate transformative potential of reparations as noted above. However, in practice, reparations come into play for massive harms and violations, and the idea, most of the time, is "corrective justice" to restore victims to their prior state (*status quo ante*).[40]

---

[34] HADJIGEORGIOU, 2017, p. 4.

[35] See Ibid.

[36] Ibid., p. 1.

[37] Ibid.

[38] Ibid.

[39] See also DUDAI Ron/ COHEN Hillel, "Dealing with the Past when the Conflict is Still Present: Civil Society Truth- Seeking Initiatives in the Israeli- Palestinian Conflict" in ROSALIND Shaw/LARS Waldorf/PIERRE Hazan (eds.), **Localizing Transitional Justice: Interventions and Priorities after Mas Violence,** Stanford University Press, Redwood, 2010.

[40] WALKER Margaret U, "Transformative Reparations? A Critical Look at a Current Trend in Thinking about Gender-Just Reparations" **International Journal of Transitional Justice,** V. 10, 2016, p. 109.

While "the standard legal formula" about the modalities for "restoring the *status quo ante*" is restitution or compensation, this is both in contravention with the participatory understanding and reconciliatory impact of reparations as addressing solely correcting wrongs with a backward-looking approach instead of focusing on their future outcome.[41] There is no single dimension for providing victims with justice.[42] In this respect, reparations could be expected and/or should have the potential to change the existing culture that permeates society.[43] In fact, this underscores the necessity of holistic remedies such as for the livelihoods of victims as well as the affected communities.[44] In this sense, reparations should not be empty promises or temporary measures[45] but should endorse victims' status as bearers of rights and demonstrate them that the wrongs are acknowledged to have the sense of justice satisfied. Otherwise, remedies proposed on paper could give rise to disappointing results.[46]

Although these debates circle around "post-conflict" societies, cases which cannot readily be considered as such and are amongst non-transitional societies are worthy of consideration such as the case of Cyprus and the IPC.

III. THE IMMOVABLE PROPERTY COMMISSION IN CYPRUS

How the IPC was established and how it operates have been addressed in detail elsewhere in literature.[47] It is unlikely that the IPC would ever have been established had it not been for a series of applications from Greek Cypriots claiming violation of the ECHR.[48] However, since it was established by

---

41 Ibid., p. 117.

42 Ibid.

43 DALY, p. 80; As Pham and Vinck stated different mechanisms have been implemented to date in South Africa, the Former Yugoslavia, East Timor, Iraq and Rwanda among others (PHAM Phuong and VINCK Patrick, "Empirical Research and the Development and Assessment of Transitional Justice Mechanisms", **International Journal of Transitional Justice**, V. 1, 2007, pp. 231-2.

44 See MANI Rama, **Beyond Retribution: Seeking Justice in the Shadows of War**, Polity Press, Cambridge, 2007, p. 174.

45 MAGARRELL, p. 1.

46 See WALKER, p. 123.

47 ERDEM Meliz/GREER Steven, "Human Rights, the Cyprus Problem and the Immovable Property Commission", **International and Comparative Law Quarterly** V. 67, 2018, 721-738; HADJIGEORGIOU Nasia, "Joannou v. Turkey: An Important Legal Development and a Missed Opportunity", **European Human Rights Law Review,** V. 2, 2018.

48 See Ibid.

pressure on Turkey, the process to its establishment illustrates how the interests of different actors intertwine in shaping judicial responses to human rights violations outside a transitional justice paradigm. This fact reflects the complexity of what this institution can achieve and, of understanding what is at stake in cases such as those of Cyprus.

The IPC Law provides for the procedure and conditions for persons claiming to have rights over abandoned movable and immovable properties, and remedies which can be claimed for by applicants. It not only refers to principles envisaged by the fifty-year-old UN negotiation process, but also to a possible future comprehensive settlement agreement for the solution of the Cyprus problem. Persons claiming to have rights in this respect can well await a political solution or, instead, apply to the IPC. Since property rights of the displaced have still been the subject of ongoing negotiations under the auspices of the UN, the IPC process is a form of interference with respect to the matter. In other words, the IPC, in fact, deals with issues where traditional legal mechanisms prove difficult or undesirable politically.

The limited remedies the Law provides for are compensation, restitution and exchange of properties. Compensation is the most favoured and most straightforward remedy provided. While, a total of £314,420,662 has been awarded by February 2021, this amount has stood as £333,059,657 by March 2022.[49] However, the alleged unfairness regarding the amounts of compensation awarded without interest remains a problem.[50] Since the IPC law is intended to respect the principle of bizonality - a UN parameter for negotiations about the Cyprus problem - restitution can be effective only if the limited conditions envisaged in the Law are in place. Exchange of a property in the south for one of equal value to that which the applicant claims in the north. So far, the IPC has ruled in favour of exchange in only two cases.[51]

While the ECtHR has found the IPC proceedings to be fair until now,[52] in a more recent *Joannou v Turkey* case, the ECtHR held that Article 1 of Protocol No 1 had been violated because the manner in which the IPC had

---

[49] The IPC, List of Finalized Applications 2021 <http://www.tamk.gov.ct.tr/dokuman/ Bitenler.pdf> (Date of access 20 February 2021).

[50] See ERDEM/GREER.

[51] See List of Finalized Applications of the IPC.

[52] *Eleni Meleagrou and others v. Turkey* App No 14434/09, Admissibility, 2 April 2013.

proceeded lacked "coherence, diligence and appropriate expedition" as this provision requires.[53] There have also been problems, particularly, with their transparency and with the execution of judgments awarding compensation. Lengthy delays in execution of judgments awarding compensation further show the importance of long-term planning of and holistic approaches to financial resources.

The fact that the IPC Law provides for limited remedies and the process before the IPC may also have implications on the relationship between the communities of Cyprus. As explored in previous section, this is both linked to the concept of reparations (which, in an ideal scenario, should include acknowledgment of wrongs), and the complex relations between the mutual impact between international courts (in this case the ECtHR) and other developments (political or social). These complexities are coupled with the question of how political parties' perceptions influence legal institutions. This is addressed in the following section. As an introductory note to the next section, it can be stated that, while parties in the south does not consider the IPC as legitimate, the majority of the parties in the north do not address "acknowledgement of wrongs". Turkey's influence on north Cyprus and the fact that it is a "party" to this conflict makes issues even more inextricable.

IV. TRANSITIONAL JUSTICE AND THE IMMOVABLE PROPERTY COMMISSION

1. Challenges

The semi-structured interviews have taken the IPC into centre stage as a piecemeal mechanism in place in Cyprus. Each interview took about an hour to an hour and a half with either the President of the Party or another person to whom I was referred. Eight political parties were represented in "the RoC House of Representatives" in the south at the time of the research; Democratic Rally (DISY) (centre-right) having eighteen seats, Progressive Party of Working People (AKEL) (left-wing) having sixteen seats, Movement for Social Democracy (EDEK) (centre-left) having three seats, Citizens' Alli-

[53] *Joannou v. Turkey* App No 43240/2014, Merits, 12 December 2017. There have been other claims pending before the ECtHR with respect to the delays and ineffectiveness of proceedings before the IPC - *K.V. Mediterranean Tours Limited v. Turkey* App No 41120/17, Communicated Case, lodged on 25 May 2017; *Theodora Panagi and Evdoxia Shiartou v. Turkey* App No 6178/18, Communicated case, lodged on 19 January 2018.

ance (centre-right to centre-left) having three seats, and Green Party (centre left) having two seats.[54] On the other hand, Democratic Party (DIKO) (centre-right) with nine seats, National People's Front (ELAM) (far-right) with two seats, and Solidarity Movement (centre-right) with two seats did not participate in the research.[55]

Six parties were represented in "the TRNC General Assembly" in the north at the time of the research; National Unity Party (Ulusal Birlik Partisi, UBP) (centre-right) having twenty-one seats, Republican Turkish Party (Cumhuriyetçi Türk Partisi, CTP) (centre-left) having twelve seats, People's Party (Halkın Partisi, HP) (centre) having nine seats, Democratic Party (Demokrat Parti, DP) (centre-right) having three seats, Communal Democracy Party (Toplumcu Demokrasi Partisi, TDP) (centre-left) having three seats, and Rebirth Party (Yeniden Doğuş Partisi, YDP) (centre-right) having two seats.[56]

All interviewees were informed that their participation in the study was voluntary. Each participant was provided with and asked to sign a consent form requiring the interviewee to confirm they had been provided with details of the study, given the opportunity to ask questions and discuss the research, and that they had received sufficient information to make a decision regarding participation. Participants were informed that it was not possible to guarantee anonymity for the purposes of this work. For this, all were able to see, read and approve what data and/or quotes which might be used.

---

[54] Cyprus Green Party, Interview with Nicos Pavlides, the International Secretary of the Party, Nicosia, 18 January 2018; Movement for Social Democracy (EDEK), Interview with Marinos Sizoupoulos, the Leader of the Party, Nicosia, 22 December 2017; The Progressive Party of the Working People (AKEL), Interview with Stephanos Stephanou, the Spokesperson of the Party, Nicosia, 22 December 2017; The Democratic Rally (DISY), Written answers to interview questions by Charalambos Stavrides, the Secretary for Political Planning of the Party, 20 March 2018; Citizens' Alliance, Interview with Yiorgos Lillikas, the President of the Party, Nicosia, 21 June 2018.

[55] Despite contact via e-mail and/or phone, DIKO, ELAM and Solidarity Movement did not give a positive response to my request for interviews.

[56] Written answers to interview questions by Emine Çolak, a member of the Republican Turkish Party (CTP), Nicosia, 19 March 2018; National Unity Party (UBP), Interview with Oğuzhan Hasipoğlu, the Foreign Affairs Representative of the Party, Nicosia, 21 February 2018; Democrat Party (DP), Interview with Afet Özcafer, Secretary General to the Party, Nicosia, 5 December 2017; Peoples' Party (HP), Interview with Kudret Özersay, the President of the Party, Nicosia, 15 February 2018; Rebirth Party (YDP), Interview with Erhan Arıklı, the President of the Party, Nicosia, 28 February 2018; Communal Democracy Party (TDP), Interview with Cemal Özyiğit, the President of the Party, Nicosia, 26 February 2018.

The interviews included questions on whether the parties think the IPC can contribute to reconciliation between the Greek and Turkish Cypriots, whether the IPC has a role to play in acknowledging the suffering of victims of displacement and whether they consider this role is more or less important compared with the material remedies the IPC awards.

None of the participants from the RoC recognise the legitimacy of the IPC. Although this fact has so far been subject of public debates, no clear answers had been found in this regard in press news.[57] While some parties tend to discourage people from applying to it,[58] others just inform them of its character and consider that people are free to resort to it or not.[59]

DISY Secretary for Political Planning particularly notes:

> *There is no logic in having the victim applying to the offender for justice. We do know, that, the IPC claims that it examines impartially the applications of Greek Cypriot refugees for restitution, compensation or exchange of their property in the occupied areas, but in reality, the procedure is very slow, it almost never includes restitution as a measure of therapy and calculates the value of the Greek Cypriot properties in humiliatingly low prices.*

This extract summarizes the issues addressed by other political parties of the south to a great extent. Some also argue that applicants should have the right to claim for loss of use only, instead of compensation for the value of their property, which, in essence leads to relinquishing their rights over them.[60] However, accepting this would have meant that applicants can come to the IPC periodically and indefinitely to claim loss of use until a political solution to the Cyprus problem is achieved, which is not in line with the essence of the system established by the IPC.[61] They also observe that a vast majority of applicants do not want to be dispossessed of their land,[62] yet they resort to the IPC for economic reasons.[63] For example, the International Sec-

---

[57] At least not in English or Turkish languages, despite claims put forth in some Turkish newspapers.

[58] Interviews with Greens, DISY and EDEK.

[59] Interviews with AKEL and Citizens' Alliance.

[60] Interviews with Green Party and Citizens' Alliance.

[61] This is also addressed by the ECtHR in *Demopoulos and others v. Turkey.*

[62] Interviews with Green Party and Citizens Alliance.

[63] Interviews with Green Party and AKEL.

retary of the Green Party notes that they do not denounce people as "traitors" for applying to the IPC, but consider them as "people in dire economic necessity". Or, for example, the Spokesperson of AKEL states that his party does not believe that the IPC is effective, and that the property issue can only be solved with the solution of the Cyprus problem itself. They neither consider people resorting there as "traitors", nor publish 'name and shame lists' in the press.

None of the parties is of the opinion that the IPC can have a role in building trust and understanding between the two major communities in Cyprus. The President of Citizens' Alliance observes that the IPC cannot be deemed as "acknowledgment" of the suffering of Greek Cypriot displaced persons. He states that Turkey had to establish the IPC, otherwise "the ECtHR would continue to take decisions against [it]."

DISY also claims that the IPC enhances hostile feelings between the two communities for imposing humiliatingly low level of compensation on displaced persons facing financial difficulties, and for "legitimizing the illegal occupation of their properties". The Secretary for Political Planning of DISY, also states that this has resulted in a dramatic drop in the number of applications to the IPC by Greek Cypriots during the last few years. He suggests that the property issue can only be dealt with in the context of a comprehensive settlement of the Cyprus Problem.

EDEK also regards the IPC as an outcome of "the Turkish invasion and the continued occupation", noting that it would be "a paradox" if it had a role in acknowledging the suffering of victims of displacement. Indicating that the RoC governments to date have not sufficiently supported displaced Greek Cypriots,[64] the party backs the establishment of a "support fund" to provide compensation for "loss of use, harassment or exploitation of land", which would eventually discourage anyone from resorting to "the illegal committee" to "sell" their property.

Citizen's Alliance observes that the RoC governments did the most they could for the displaced, yet notes that mistakes were made at later stages when a special tax was introduced as a contribution, but used for other purposes. They that if this had been managed wisely, the position of the displaced would have been much better today.

---

[64] Cyprus Green Party shares the same opinion.

AKEL is of the opinion that the RoC governments have sufficiently supported the displaced, yet the party notes that there is always room for improvement. DISY also shares the same view.

All parties from the north addressed the financial difficulties arising from payment of compensation and lengthy delays before the IPC. This also resulted from the fact that Turkey has, to a great extent, cut its contribution in payment of compensation awarded by the IPC. Despite political parties' expressions of the desire for the effectiveness of the IPC, there have been no changes in the financial difficulties up to the date this paper has been written.

All respondents considered that a special form of tax would burden current users of Greek Cypriot properties but noted that this kind of a legal arrangement needs careful consideration. It is said that this could contribute to awards by the IPC. YDP claims that the IPC's problems are, to a great extent, the result of the unwillingness of TRNC governments to establish a concrete position in resolving payment of compensation awarded by the IPC.

Respondents' views vary when it comes to the impact of the IPC on the relationship between the communities in Cyprus. CTP states that the IPC can have a positive impact on the process of reconciliation, helping on one hand for the Turkish Cypriots to understand that they have to respect rights of persons who lost their properties while on the other hand, for the Greek Cypriots to appreciate that there are other deserving parties, and to consider compensation as an alternative remedy. Both CTP and HP note that the IPC can also be considered as a mechanism to acknowledge the sufferings of the Greek Cypriots. While UBP implies that there is nothing wrong to be acknowledged, TDP considers that it is not an acknowledgement of a wrong, but the backdrop for acknowledging a bi-zonal - bi-communal solution. Referring to the years between 1963 and 1974, YDP blames Greek Cypriots, concluding that they should be responsible for payment of war damages, adding also that they do not deny Greek Cypriots' property rights. Indicating that they respect the individual right to property, DP notes that, the IPC is a one-sided mechanism, and there is no similar ne for securing or acknowledging property rights of Turkish Cypriots.

These interviews illustrate that political parties in the south do not recognise the IPC as a remedy. Despite being set up in line with the standards

envisaged by the ECtHR, they question its legitimacy and/or legality. Furthermore, they also do not prefer displaced persons to resort to the IPC while some even have a policy of discouraging them from doing so. Given these circumstances, it would be unrealistic to expect that the IPC could have, in the near future, been accepted as a legitimate remedy by many of the Greek Cypriots in the south.

On the other hand, despite having established the IPC, the political parties in the north do not have concrete plans nor have they taken any steps for the improvement of the IPC for challenges it has faced so far. Unless a solid position is defined, the current situation could further deteriorate perceptions in the south against the IPC, which could further erode trust and the relationship between the communities.

There is also research conducted by Psaltis et al. reflecting Turkish and Greek Cypriots' perceptions on cohabitation and investigating the potential impact of transitional interventions. The findings show that "a retributive sense of justice is expressed by wanting to inflict harm on perpetrators - making them beg for forgiveness, withholding amnesty, assigning harsh punishments or seeking compensation, not as a means to restore relations with Turkish Cypriots or Turkey but as another means of inflicting a cost on the main perpetrator (Turkey)" among those Greek Cypriots who experienced displacement in 1974.[65] The authors of this research note that the participants tend not to focus on a "more pragmatic, and restorative sense of justice expressed in forgiveness conditioned on giving testament in a truth and reconciliation committee".[66] The survey further shows that "the more [Greek Cypriot] participants adhere to notions of retributive justice, the less they are ready to live together with Turkish settlers [Migrants who came from Turkey following partition in 1974]".[67] This reflects one-sided victimization which sees Turkish migrants as the enemy (from Turkey).[68] It can be indicated that intergroup contact has an impact on the reduction of prejudice.[69]

---

[65] PSALTIS et al., p. 14.

[66] Ibid.

[67] Ibid.

[68] Ibid., p. 15.

[69] See PETTIGREW Thomas/TROPP Linda R, "A Meta Analytic Test of Intergroup Contact Theory", **Journal of Personality and Social Psychology**, V. 90, No. 5, 2006.

In the final analysis, while parties in the south do not consider the IPC as legitimate, the majority of the parties in the north do not address "acknowledgement of wrongs". Turkey's influence on north Cyprus and the fact that it is a "party" to this conflict makes issues even more inextricable. It is evident that further research specifically reflecting perceptions and the sense of justice on how the issue of property rights could be resolved is necessary. Nevertheless, the results illustrate that victimization holds centre stage in search of a solution for victims' sense of justice.

2. Constraints for Transitional Justice

It is sometimes said that "material benefits for victims" can be seen by beneficiaries "as the attempt on the part of the state to buy them".[70] This is also linked with concerns on lack of legitimacy of a programme as in the case of the IPC.

The IPC's complex position for the purposes of transitional justice and reparations is not only concerned with its potential to offer effective remedies, but also the fact that it is established by pressure from the ECtHR as an individual redress mechanism.

The interviews with political parties illustrate that the provision of individual remedies solely in the form of compensation, restitution and exchange have the potential to further deteriorate the relationship between the communities in Cyprus. It is observed that political parties make simple distinctions with respect to violations, perpetrators, and victims; elements which are not representative of what the essence of the problem is. This also relates to the idea that public awareness is important in informing people of legal decisions to promote what it might achieve in a reliable manner.[71]

In addition, survey carried out by Psaltis et al sheds light on the perceptions of Greek Cypriots entrenched by the idea of "one-sided victimization".[72] This is coupled by the impact of a non-inclusionary process, particularly for the displaced persons. Taking these analyses into account, it is considered that putting forth more comprehensive reparatory measures is impor-

---

[70] See YEPES Rodrigo U, "Transformative Reparations of Massive Gross Human Rights Violations: Between Corrective and Distributive Justice", **Netherlands Quarterly of Human Rights,** V. 27, No. 4, 2009, p. 643.

[71] See HADJIGEORGIOU, 2017.

[72] PSALTIS et el., p.15.

tant. Furthermore, the choice does not have to be between individual remedies and collective measures or benefits in cases such as that of the IPC (which is an institution centered on the understanding that the rights of individuals to be considered on a case-by-case basis). The issue of property rights of the displaced has been strained by the ongoing negotiations under the auspices of the UN to solve the overall Cyprus problem. In other words, the absence of a peace agreement in Cyprus has given rise to compelling limited routes in solving other aspects of and within the overall problem separately. The said circumstances beg for approaches that could have a potential to create some leeway for reconciliation through a multiform reparatory justice approach instead of solely putting material measures to the centre stage. As addressed in literature, material measures alone are generally insufficient, while failures of inclusion, acknowledgment, attention, and responsiveness can provoke outrage and cause further disappointment for victims.[73] This is not to deny the value of material contribution of these kind of measures, but to acknowledge that a comprehensive approach is needed for reconciliation between conflicted communities. While measures such as official apologies make "the reparative message verbally explicit", all other measures must be implemented accordingly to illustrate that victims are subjects of reparatory measures.[74]

Transformation of negative and hostile feelings should even have a more valuable dimension in cases such as that of Cyprus and the IPC. This results from the fact that there are limited means at hand in the absence of a comprehensive agreement. The circumstances in which Cyprus finds itself also shift the focus away from the need for acknowledgment of wrongs with respect to property rights, narrowing down the issue to material forms of remedies to redress violations. In other words, no transformative objectives were set, persons claiming rights were considered merely as symptoms. This is not to suggest or load the IPC with an agenda pointing at social-structural transformation that could make its work less viable[75] coupled by the disappointing process before it. The idea here is to consider all conceptual, practical, political, and moral circumstances surrounding the IPC to prevent further erosion of relationship between the communities of Cyprus. Participation of victims in

---

[73] WALKER, p. 119.

[74] Ibid.

[75] Ibid., p. 123.

defining, designing, implementing, and monitoring reparations processes has also been absent from the IPC process which makes it difficult to positively impact relationship between the communities in Cyprus. Furthermore, a process such as that of the IPC prevents it from being seen as a public space in which the groundwork for reconciliation could be laid.[76]

From a material point of view, recompense for abandoned property is merely a matter of money. However, individuals and families may also have strong sentimental attachments specific places. An approach such as that offered by the IPC is incapable of addressing these issues. The patchwork and piecemeal nature of the solutions provided by the IPC could also shed light upon the weaknesses of such approaches if they are inadequately conceived and constructed. This may undermine the confidence and trust of affected communities in the ability of such institutions to deliver justice.[77] The IPC as an experiment indicates challenges in finding ways to reconciling previously warring groups to achieve positive peace. The involvement of the ECtHR (as noted above) is also a case in point in Cyprus. While human rights protection might pave the way in inducing legal and institutional changes, the situation remains bleak when it comes to social and psychological changes which require putting in place broader conceptual means. This problem is significant in the case of Cyprus as an ongoing ethnic conflict.[78]

In the final analysis, improvement of the process before the IPC at all stages and minimising alleged arbitrariness are important for building trust towards it and could set the background to improving the relationship between the communities. However, as observed through the interviews with political parties, those in the north neither have concrete plans, nor have they taken any steps for the improvement of the IPC so far. Thus, the future seems bleak. This is also where reconciliatory measures become important to establish conditions in the provision for a longer-term vision rather than a process solely linking the past and the future.[79] In Cyprus, the destination of

---

[76] See GREADY/ ROBINS, 2014, pp. 344, 359; see also DALY, pp. 84-95.

[77] Amnesty International, "Northern Ireland: Time to Deal with the Past", EUR 45/004/2013, 2013.

[78] See HADJIGEROGIOU, 2017; see also DUDAI/COHEN.

[79] See LAMBOURNE Wendy, "Transitional Justice and Peacebuilding after Mass Violence" **International Journal of Transitional Justice,** V. 3, 2009, p. 30; see also BALASCO Lauren M, "Locating Transformative Justice: Prism or Schism in Transitional Justice?" Review Essay", **International Journal of Transitional Justice,** V. 12, 2018.

the transition will depend on whether partition is permanent or temporary. But, as long as the situation persists, it is important whether institutions, processes and developments affect it positively or negatively.

V. CONCLUSION

This article has sought to elaborate on the impact of institutions with limited remedies for property rights of the displaced in non-transitional societies. This was not surprising for an institution which came into effect as a result of a purely human rights approach through the judgments of the ECtHR. The key issues discussed illustrate the need to address inclusive processes to promote transitional justice measures and reparatory justice approaches for property rights at times of "negative peace" or in situations of "frozen conflicts". As a result, the need for an attention to changing contexts is evident instead of static small actions.

It has been argued that institutions conceived without genuine participation are far less likely to have legitimacy and be effective in redressing past violations. This is not to deny challenges inherent in the case of Cyprus; namely the continuing UN "peace process" and the parallel track at the ECtHR with evolving precedents on property rights. This duality also gave rise to complexities in terms of solutions to be followed. In this respect, the article attempted to illustrate that the IPC and the experience it provides for have much to offer for transitional justice strategies and conflict transformation in the long-term.

Reparations (having the potential to provide for corrective and distributive justice) have also been deemed important for the purposes of this article since the IPC was established to serve as "an effective remedy" for Greek Cypriot property rights violations. However, the IPC Law No. 67/2005 lacks holistic measures for redressing those violations having only compensation, restitution, and exchange at hand. In other words, it is currently not possible to afford them with more remedies than afforded by this Law. In addition, there is no parallel mechanism for Turkish Cypriots who had to abandon their properties in south. These facts illustrate the complex interactions that unfold between all of these elements.

Problems surrounding the process before the IPC have been affected by the circumstances on the ground. This was illustrated by the interviews with political parties, such as the lack of political will, the capacity of the relevant

authority (the TRNC) and the resources available to translate initiatives into policy. Furthermore, it was observed that political parties make plain distinctions amongst violations - perpetrators - victims that are not representative of what the essence of the problem is. This is also important in raising awareness to inform people of legal decisions and promote reconciliatory narratives, as well as the objective background information on the problems faced by the IPC. From this point onward, it can be argued that the IPC could have provided a platform for building trust between the communities despite many Greek Cypriots have not resorted to it in search of remedies. It is important to discuss the extent to which such institutions, processes and developments affect the situation and relationships positively, negatively, or not at all. Current practices specific to the IPC is an experiment illustrating this.

Even though processes for reconciliation cannot merely be carried out by institutions themselves, they can provide for room to initiate this process.[80] The importance of introducing holistic reparatory measures serving as the minimum standard to lay the groundwork for reconciliation, could pave the way for prevention of political manoeuvring and manipulation in Cyprus or elsewhere. Even if the reparative potential of reparations is unpredictable, they could, nevertheless, serve as means for minimizing tensions. Therefore, the impact of the absence of holistic reparatory measures within the competence of the remedying body in question should be carefully considered by policy makers and peacebuilders to eliminate or at least minimise deterioration of tensions.

[80] See DALY; GREADY/ROBINS, 2014.

BIBLIOGRAPHY

BOOKS, ARTICLES AND OTHER

Amnesty International, "Northern Ireland: Time to Deal with the Past", EUR 45/004/2013, 2013.

ARBOUR Louis, "Economic and Social Justice for Societies in Transition", **New York University Journal of International Law and Politics**, V. 40, 2007, pp. 1-27.

BALASCO Lauren M, "Locating Transformative Justice: Prism or Schism in Transitional Justice?" Review Essay", **International Journal of Transitional Justice,** V. 12, 2018, pp. 368-378.

BOZKURT Umut /YAKINTHOU Chrystalla, "Legacies of Violence and Overcoming Conflict in Cyprus, The Transitional Justice Landscape", Prio Cyprus Center, Nicosia, 2/12.

BRYANT Rebecca, "Living with Liminality: De Facto States of the Threshold of the Global", **Brown Journal of World Affairs,** V. 20, No. 2, 2014, pp. 125-143.

CARDENAS Manuel/RIME Bernard/ARNOSO Maitane, "How Transitional Justice Processes and Official Apologies Influence Reconciliation: The Case of the Chilean 'Truth and Reconciliation' and 'Political Imprisonment and Torture' Commissions", **Journal of Community & Applied Social Psychology**, V. 26, 2015, pp. 515-530.

DALY Erin, "Transformative justice: Charting a path to reconciliation", **International Legal Perspectives**, V. 12, 2001, pp. 73-183.

DUDAI Ron/COHEN Hillel, "Dealing with the Past when the Conflict is Still Present: Civil Society Truth- Seeking Initiatives in the Israeli- Palestinian Conflict" in ROSALIND Shaw/LARS Waldorf/PIERRE Hazan (eds.), **Localizing Transitional Justice: Interventions and Priorities after Mas Violence**, Stanford University Press, Redwood, 2010.

ERÇAKICA Mustafa, **Silahli Çatışma ve İç Karışıklık Sonrası Dönemlerde İnsan Haklarının Korunmasında Birleşmiş Milletler'in Rolü**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ERDEM Meliz/GREER Steven, "Human Rights, the Cyprus Problem and the Immovable Property Commission", **International and Comparative Law Quarterly,** V. 67, 2018, pp. 721-738.

GALTUNG Johan, "Violence, peace, and peace research", **Journal of Peace Research**, V. 6, No. 3, 1969, pp. 167-191.

GOVIER Trudy/VERWOERD Wilhelm, "Trust and the Problem of National Reconciliation", **Philosophy of the Social Sciences,** V. 32, No. 2, 2002, pp. 178-205.

GREADY Paul/ROBINS Simon, "From Transitional to Transformative Justice: A new agenda for practice", **International Journal of Transitional Justice,** V. 8, No. 3, 2014, pp. 339-361.

GÜREL Ayla/ÖZERSAY Kudret, "The Politics of Property in Cyprus, Conflicting Appeals to 'Bizonality' and 'Human Rights' by the Two Cypriot Communities", Prio Cyprus Centre, Nicosia, 3/2006.

GÜREL Ayla/ÖZERSAY Kudret, "The Cyprus Problem at the European Court of Human Rights" in DIEZ Thomas/TOCCI Nathalie (eds.), **Cyprus: A Conflict at the Crossroads**, Manchester University Press, 2009.

GÜREL Ayla/HATAY Mete/YAKINTHOU Chrystalla, "Displacement in Cyprus: Consequences of Civil and Military Strife Report 5", Prio Cyprus Centre, Nicosia, 2012.

HADJIGEORGIOU Nasia, "Remedying Displacement in Frozen Conflicts: Lessons from the Case of Cyprus" **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, V. 18, 2016, pp. 152-175.

HADJIGEORGIOU Nasia, "Promoting reconciliation and protecting human rights: An underexplored relationship", 2017. (unpublished).

HADJIGEORGIOU Nasia, "Joannou v. Turkey: An Important Legal Development and a Missed Opportunity", **European Human Rights Law Review,** V. 2, 2018, pp. 168-174.

HANSEN Thomas O, "Transitional Justice: Toward a Differentiated Theory", **Oregon Review of International Law,** V. 13, 2011, pp. 1-46.

HOFFMEISTER Frank, **Legal Aspects of the Cyprus Problem, Annan Plan and EU Accession**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006.

LAMBOURNE Wendy, "Transitional Justice and Peacebuilding after Mass Violence", **International Journal of Transitional Justice,** V. 3, 2009, pp. 28-48.

MAGARRELL Lisa, "Reparations in Theory and Practice", International Centre for Transitional Justice, New York, 2007.

MANI Rama, "Rebuilding an inclusive political community after war", **Security Dialogue**, V. 36, No. 4, 2005, pp. 511-526.

MANI Rama**, Beyond Retribution: Seeking Justice in the Shadows of War**, Polity Press, Cambridge, 2007.

MATSON Laura, "Competing Land Rights, Legal Redress, and Political Settlement in Cyprus", **Law & Inequality**, V. 31, No. 1, 2012-2013, pp. 199-231.

MILLER Zinaida, "Effects of Invisibility: In Search of the "Economic" in Transitional Justice", **International Journal of Transitional Justice**, V. 2, No. 3, 2008, pp. 266-291.

NORVAL Aletta J, "No Reconciliation Without Redress: Articulating Political Demands in Post-transitional South Africa", **Critical Discourse Studies**, V. 4, 2009, pp. 311-321.

PROUKAKI Elena K, "The Right of Displaced Persons to Property and to Return Home after Demopoulos", **Human Rights Law Review**, V. 14, No. 4, 2014, pp. 701-732.

SERT Deniz Ş, "Cyprus: Peace, Return and Property", **Journal of Refugee Studies**, V. 23, No. 2, 2010, pp. 238-259.

PETTIGREW Thomas/TROPP Linda R, "A Meta Analytic Test of Intergroup Contact Theory" **Journal of Personality and Social Psychology,** V. 90, No. 5, 2006, pp. 751-783.

PHAM Phuong/ VINCK Patrick, "Empirical Research and the Development and Assessment of Transitional Justice Mechanisms", **International Journal of Transitional Justice**, V. 1, 2007, pp. 231-248.

PSALTIS Charis/LOIZIDES Neophytos/LAPIERRE Alicia/STEFANOVIC Djordje, "Transitional Justice and Acceptance of Cohabitation in Cyprus", **Ethnic and Racial Studies**, V. 42, No. 11, 2019, pp. 1-21.

TZEVELEKOS Vassilis P, "Reparation of the Rights to Property and Home of Displaced Persons Arising from Armed Conflict under the European Convention of Human Rights" in Elena K Proukaki (ed.), **Armed Conflict and Forcible Displacement, Individual Rights under International Law**, Routledge, London, 2018.

TZIMITRAS Harry/HATAY Mete, "The Need for realism: Solving the Cyprus Problem Through Linkage Politics", The Center on the United States and Europe at Brookings- Turkey Project Policy Paper, Washington, 2016.

"UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law", A/RES/60/147, 21 March 2006.

VAN HOUTTE Hans, "Mass property claim resolution in a post-war society: The Commission for Real Property Claims in Bosnia and Herzegovina", **International and Comparative Law Quraterly**, V. 48, No. 3, 1999, pp. 625-638.

WALKER Margaret U, 'Transformative Reparations? A Critical Look at a Current Trend in Thinking about Gender-Just Reparations' **International Journal of Transitional Justice,** V. 10, 2016, pp. 108-125, p. 109.

YEPES Rodrigo U, "Transformative Reparations of Massive Gross Human Rights Violations: Between Corrective and Distributive Justice" **Netherlands Quarterly of Human Rights** V. 27, No. 4 2009, pp. 625-648.

CASES

Demopoulos and others v. Turkey Apps Nos 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, Admissibility, 1 March 2010.

Eleni Meleagrou and others v. Turkey App no 14434/09 Admissibility ECHR (2 April 2013).

Joannou v. Turkey Appl No 43240/2014, Merits, 12 December 2017.

K.V. Mediterranean Tours Limited v. Turkey App No 41120/17, Communicated Case, lodged on 25 May 2017.

Niazi Kazalı and Hakan Kazalı v. Cyprus Apps 49247/08 1545/07 1760/05 30792/05 3240/05 34776/06 38902/05 4080/06 49307/08, Admissibility, 6 March 2012.

Loizidou v. Turkey App No 15318/89, Merits, 18 December 1996.

Theodora Panagi and Evdoxia Shiartou v. Turkey App No 6178/18, Communicated Case, lodged on 19 January 2018.

Xenides-Arestis v. Turkey App No 46347/99, Merits, 22 December 2005.

Xenides-Arestis v. Turkey App No 46347/99, Just Satisfaction, 7 December 2006.

LEGISLATION

The Turkish-Cypriot properties (Administration and Other Matters) (Temporary Provisions) Law of 1991 (Law no 139/1991).

Law as to Compensation for Immovable Properties Located within the Boundaries of the Turkish Republic of Northern Cyprus, which are within the Scope of Article 159, paragraph (4) of the Constitution (Law no 67/2005).

WEB SITE

http://www.tamk.gov.ct.tr

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1463-1481

HARRY POTTER VE YARI ÇILGIN BÜROKRASİ(*)

Benjamin H. BARTON(**)
Çeviren: Arş. Gör. **Recep Ersel ERGE**(***)

HARRY POTTER AND THE HALF-BLOOD PRINCE. By *J.K. Rowling*. New York: Scholastic Press. 2005. Pp. x, 652. $29.99.

Şu müstebit faaliyetlerle iştigal eden bir devlet için ne düşünürdünüz: yalan söyleyen çocuklara işkence yapan,[1] hapishanesini mahpusların bütün

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 29.07.2022. Makale Kabul Tarihi: 02.09.2022.

(**) Doçent Doktor, Tennessee Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Lisans 1991, Haverford; Hukuk Doktorası 1996, Michigan Üniversitesi. -Ed. Yazar; Indya Kincannon, Tom Galligan, Jeff Hirsch, Jennifer Hendricks, Helen Hershkoff, Jeff Thomas, Andrew Morris'e, Gloucester/İngiltere'de 2005 Hukuk ve Edebiyat Konferansındaki Harry Potter ve Hukuk sunumunun katılımcılarına, cömert araştırma desteği için Tennessee Üniversitesi Hukuk Fakültesine ve Sayın Diana Gribbon Motz'a özellikle teşekkür eder.

(***) Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0001-9368-6221; *receperge@atauni.edu.tr*).

Kaynak metindeki Harry Potter romanlarına özgü sözler için bunların Türkçede alışılmış karşılığı olan, Yapı Kredi Yayınları için yapılan Harry Potter çevirilerinde Ülkü Tamer, Sevin Okyay ve Kutlukhan Kutlu tarafından üretilen sözler kullanılmıştır. Yine, yazarın Harry Potter kitaplarının Amerikan (Scholastic) baskılarından yaptığı doğrudan alıntılar Türkçeye Sevin Okyay ve Kutlukhan Kutlu'nun çevirilerinin birinci baskılarından aktarılmış olup bunların sayfa bilgisi yazarın özgün atfından sonra köşeli parantez içinde çevirenin notu (ÇN) olarak gösterilmiştir. Türkçe baskılara yönelik bu eklemeler dışında kaynak metindeki atıf usulü korunmuştur.

Çalışmayı Türkçeye aktarmama izin verdiği için Prof. Dr. Benjamin H. Barton'a müteşekkirim. Çeviriyi gözden geçiren Dr. Seher Çakan'a da faydalı önerilerinden dolayı teşekkür ederim.

1 Olay örgüsüyle karakterlere ilişkin önemli atıfları ana metinde açıklayacağım, dipnotları ise hukuki dayanaklarla metindeki dayanaklara, ek analize ve sıkı Harry Potter okurlarına yönelik atıflara ayıracağım.

Bakanlık çalışanı -ve olağanüstü habis bürokrat- Dolores Umbridge, Harry'e *"Yalan söylememeliyim"* diye tekrar tekrar yazdırırken bu kelimeleri eline kazıyan ve kanla yazan büyülü

yaşam ve umudunu söküp almak için özellikle tasarlayan,[2] yurttaşları bu hapishaneye duruşma yapmadan koyan,[3] yargılamadan ölüm cezasına hükmeden,[4] güçlü, zengin ya da şöhret sahibi olanların politikayı kontrol etmesine izin veren,[5] adamına göre kovuşturma yapan (güçlüler cezasız kalırken dışlanmışlar düzmece suçlamalara maruz kalır),[6] ceza yargılamasında müdafiye yer vermeyen,[7] ikrara zorlamak için doğruluk iksiri kullanan,[8] tüm

bir tüy kalem kullandırır. Cezanın en kötü tarafı ise Harry'nin aslında doğruyu söyleyip Voldemort'un dönüşünü alenen duyurduğu için cezalandırılmasıdır. S. 219, 347; ayrıca bakınız J.K. ROWLING, HARRY POTTER AND THE ORDER OF THE PHOENIX 263-268 (2003) [bundan sonra ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX].

2 Büyücü hapishanesi Azkaban'da mahpusların bütün umudunu ve yaşamını emen büyülü varlıklar olan ruh emiciler istihdam edilir. Bakınız, *e.g.*, J.K. ROWLING, HARRY POTTER AND THE PRISONER OF AZKABAN 97 (1999) [ÇN - *Azkaban Tutsağı*, s. 117] [bundan sonra ROWLING, THE PRISONER OF AZKABAN] (Azkaban'ı "en berbat yer" diye tarif edip "[o]radaki tutsakların çoğu çıldırıyor" der).

3 *Harry Potter ve Melez Prens*'te [bundan sonra *Melez Prens*] Bakanlık, Stan Shunpike adında bir yan karakteri, kimse Shunpike'ın gerçekten suçlu olduğuna kani görünmemesine rağmen herhangi bir yargılamaya tabi olmaksızın *"Ölüm Yiyen faaliyeti şüphesiyle"* tutuklayıp alıkoyar. S. 221 [ÇN - s. 207] (vurgu silinmiştir), 331, 346-47 [ÇN - 307, 321]. "Ölüm Yiyenler" Lord Voldemort'un habis yandaşlarıdır. Yine, *Harry Potter ve Sırlar Odası*'nda Sihir Bakanı Cornelius Fudge, Harry'nin en sevdiği öğretmenlerinden Hagrid'i duruşma yapılmaksızın veya savunma için herhangi bir imkân tanınmadan Azkaban'a gönderir, çünkü Hogwarts'taki saldırılara karşı "Bakanlık bir şeyler yapmak zorunda"dır. Fudge bu işlemi "Büyük baskı altındayım. Bir şeyler yaptığımı görmeleri gerekiyor," sözleriyle savunur. J.K. ROWLING, HARRY POTTER AND THE CHAMBER OF SECRETS 261 (1999) [ÇN - s. 310] [bundan sonra ROWLING, THE CHAMBER OF SECRETS].

4 *Azkaban Tutsağı*'nda ruh emicilere, yakalanması üzerine Sirius Black'i herhangi bir yargılama olmaksızın "ruh emici öpücüğü" ile yok etmek için Sihir Bakanlığınca izin verilmiştir. ROWLING, THE PRISONER OF AZKABAN, *supra* dipnot 2, s. 247. Yine, *Ateş Kadehi*'nde Barty Crouch'a yargılanmadan ruh emici öpücüğü verilmiştir. J.K. ROWLING, HARRY POTTER AND THE GOBLET OF FIRE 703 (2000) [bundan sonra ROWLING, THE GOBLET OF FIRE].

5 Bunun sayısız örneği mevcuttur. Kitapların hepsinde Lucius Malfoy'un -Ölüm Yiyen ve Harry'nin baş düşmanı Draco Malfoy'un babası- devlet işlerine erişim ve etkisinin haddinden fazla olduğu görülmektedir. Bakınız, *e.g.*, ROWLING, THE PRISONER OF AZKABAN, *supra* dipnot 2, s. 125, 218 (Hagrid'in Hipogrifinin Tehlikeli Yaratıkların İtlafı Komitesince infazını ayarlaması); ROWLING, THE GOBLET OF FIRE, *supra* dipnot 4, s. 100-01 (Quidditch dünya kupasında Sihir Bakanlığının onur konuğu olarak yer alması).

6 Stan Shunpike'ın salt Ölüm Yiyen faaliyeti şüphesiyle uzun süre tutuklu kalması buna iyi bir örnektir. S. 221, 331, 346-47 [ÇN - s. 207, 307, 321]. Harry'nin kendisi de başka bir örnektir. Üçüncü kitapta Sihir Bakanlığı küçük yaşta uygunsuz büyü kullanımı suçlamasına burun kıvırır. Bakınız ROWLING, THE PRISONER OF AZKABAN, *supra* dipnot 2, s. 43-46. Beşinci kitapta ise Harry'yi aynı suçlamaya binaen yasal sınırda (hatta sınırın ötesinde) yargılamaya girişirler. Bakınız ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 26-27, 137-51.

7 Harry'nin beşinci kitapta tabi tutulduğu yargılama çok açık bir örnektir. Bakınız ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 137-51.

yurttaşları devamlı gözetime tabi tutan,[9] seçimlere ve hiçbir demokratik kural koyma sürecine yer vermeyen[10] ve basını kontrol eden?[11]

Yukarıdaki listenin bazı despotik orta Afrika uluslarının işi olduğunu düşünebilirsiniz, fakat bu liste aslında J.K. Rowling'in Harry Potter serisindeki büyücüler devleti Sihir Bakanlığının ürünü. *Harry Potter ve Melez Prens* bu yaz çıktığında pek çokları gibi ben de kitabı çıktığı gün alıp okudum.[12] Sihir Bakanlığı ve bürokratları için Rowling'in çekinmeden çizdiği menfi portre hemen dikkatimi çekti. J.K. Rowling'in en yeni romanının devletin doğası, toplumsal rolü ve meşruiyetine dair bize ne söylediğini tam olarak ortaya koyma niyetiyle bütün Harry Potter kitaplarını oturup tekrar okumaya karar verdim.

Bunu yapmamın birkaç gerekçesi var. Birincisi, Richard Posner, Cass Sunstein veya Peter Schuck'a saygısızlık etmek istemem,[13] fakat 2005'te çıkan kitapların hiçbiri çocuklarla yetişkinlerin devlet hakkında ne düşündüklerini *Melez Prens*'ten daha fazla etkilemeyecektir. Harry Potter serisinin etkisini ve piyasa nüfuzunu abartmak çok zordur.[14] Son birkaç yıl içinde Harry Potter romanları çocuk edebiyatı olayından gerçek bir uluslararası hadiseye dönüşmüştür.

---

8 Bakınız ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 629-31 (Dolores Umbridge'in Harry'yi sorgulaması); ROWLING, THE GOBLET OF FIRE, *supra* dipnot 4, s. 683-91 (Dumbledore'un Barty Crouch'u sorgulaması).

9 Sihir Bakanlığı uygunsuz ya da küçük yaşta büyü kullanımını tespit edebilmek için tüm büyü kullanımlarını sürekli takip etmektedir. S. 368.

10 Bu, *Melez Prens*'in ilk bölümünden çıkarım yapmayı gerektirmektedir. Bakınız *infra* Bölüm III.1'deki tartışma.

11 *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*'nda büyücü gazetesi (*Gelecek Postası*), Voldemort'un döndüğünü iddia ettikleri için Harry ile Profesör Dumbledore'u meczup diye sürekli aşağılar. Bakınız ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 94, 306-308 (Sihir Bakanlığının baskısı altında *Gelecek Postası*'nın Dumbledore'u itibarsızlaştırması); *id.* s. 73-75 (Harry için de aynısı).

12 Bununla birlikte, büyücü gibi giyinmedim ya da yerel kitabevlerinden birinin gece yarısı Harry Potter partilerine gitmedim. *Cf.* Triumph the Insult Comic Dog, *Attack of the Nerds* (NBC Television Broadcast May 17, 2002), erişim http://www.milkandcookies.com/links/2536/ (Triumph kostümlü Yıldız Savaşları meraklılarını aşağılarken şunu da sorar: "Bu kılığı hayali kız arkadaşınıza nasıl açıklarsınız?").

13 Bakınız RICHARD A. POSNER, PREVENTING SURPRISE ATTACKS: INTELLIGENCE REFORM IN THE WAKE OF 9/11 (2005); PETER H. SCHUCK, MEDITATIONS OF A MILITANT MODERATE (2005); CASS R. SUNSTEIN, RADICALS IN ROBES: WHY EXTREME RIGHT-WING COURTS ARE BAD FOR AMERICA (2005).

14 Çıkışından sonraki ilk yirmi dört saat içinde uluslararası ölçekte on milyondan fazla *Melez Prens* kopyası satılmıştır. Bakınız *Smothered in HP*, THE ECONOMIST, Sept. 3, 2005, s. 75 ("Beyrut'taki garajcılar da satıyor, Hydra Yunan adasındaki balıkçılar da."). Dünya çapında 275 milyondan fazla Harry Potter romanı satılmıştır ki bu da onları şimdiye kadar en çok satan romanlar yapmaktadır. Bakınız Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Harry_Potter (son erişim 22 Eylül 2005).

İkinci olarak, Rowling'in çok katı biçimde eleştirel olan devlet tasviri şaşırtıcı derecede yüksek perdeli ve de etkilidir. Bu, kısmen, eleştirisinin pek çok düzeyde geçerli olmasından kaynaklıdır: devletin işlevleri (yukarıya bakınız), devletin yapısı ve sahnedeki bürokratlar. Kendi yetkilerini - genellikle geniş kamuoyunun aleyhine- arttırıp koruma peşindeki çıkarcı bürokratlarca idare edilen Sihir Bakanlığını betimlemede bu üç unsur birlikte rol oynamaktadır. Başka bir deyişle, Rowling kamu tercihi akademisyeninin rüya-ya da kâbus-devletini yaratır.

Ayrıca eleştirisi özellikle etkilidir, çünkü Rowling'in Sihir Bakanlığı ne kadar korkunç görünse ve öyle hareket etse de günümüz Anglo-Amerikan devletine muazzam benzemektedir. Rowling'in menfi devlet tasviri bundan dolayı hem usta işi hem de olağanüstü keskinliktedir. Harry Potter romanları ve ilgili bürokratların kişilikleri bağlamında ele alındığında, yukarıda sayılan kötü devlet faaliyetlerinin hepsi de okuyucuya tamamen doğal ve tanıdık gelir. Eleştiri işe yaramaktadır, çünkü okuyucu kendi devletini Rowling'in Sihir Bakanlığı ile özdeşleştirir.

Son olarak, *Melez Prens,* temaları ve olay örgüsüne yönelik daha dikkatli bir okumayı hak eden muazzam bir kurgu eseridir. Harry Potter romanlarındaki temayülü de devam ettirir: Son altı kitap boyunca Rowling'in Harry Potter romanları gittikçe uzamış, karmaşıklaşmış ve çok, çok karanlıklaşmıştır. İlk iki Harry Potter kitabı büyülü Hogwarts Okulunda iyinin kötüye galebe çaldığı - Harry'nin habis Lord Voldemort'u yendiği- basit öyküler anlatır.[15] Sonraki dört kitap ise büyücü devletinin yanı sıra Voldemort ve takipçilerine karşı kolay cevaplar, anlık zaferler, kusursuz kahramanlar ve hatta iyi ile kötü arasında açık sınırlar içermeyen bir uluslararası mücadele de dâhil olmak üzere bütün bir büyücü toplumuna ilişkin daha karmaşık bir vizyon sunar.[16]

---

[15] İlk iki kitap, *Felsefe Taşı* ve *Sırlar Odası*, sırasıyla 309 ve 341 kalın sayfayla işbaşı yapar ve oldukça benzer anlatılara sahiptir: habis Lord Voldemort'un beklenmedik piyonlar üzerinden (*Felsefe Taşı*'nda bir öğretmen, *Sırlar Odası*'nda bir öğrenci) tekrar güce kavuşma girişimleri Harry ve arkadaşları tarafından engellenir. Bakınız J.K. ROWLING, HARRY POTTER AND THE SORCERER'S STONE (1997) [bundan sonra ROWLING, THE SORCERER'S STONE]; ROWLING, THE CHAMBER OF SECRETS, *supra* dipnot 3. Ahlaki ton olarak bu kitaplar çok siyah beyazdır ve konu olarak da temelde Hogwarts ve civarında olup bitenlerle sınırlıdır.

[16] Son dört kitabın hepsi ilk ikisinden daha uzun ve karmaşıktır ve hepsi de ilk ikisinin "Harry Voldemort'a galip gelir" yapısını terk eder. Üçüncü kitap *Harry Potter ve Azkaban Tutsağı*'nın ekseriyeti, ölümcül olduğu iddia edilen Azkaban mahpusu Sirius Black ile onun Harry'yi kovalamasını ele alır. Bakınız ROWLING, THE PRISONER OF AZKABAN, *supra* dipnot 2. Sirius'un haksız yere suçlanıp mahkûm edildiği ortaya çıkar (sonraki üç kitapta da devam eden bir tema) ve Sirius kitabın sonunda Harry'nin vaftiz babası rolünü tekrar üstlenir. Dördüncü kitap, *Harry Potter ve Ateş Kadehi,* Voldemort'un tekrar güce kavuşmasının hikâ-

Rowling'in, ilk iki kitabındaki denenmiş-doğrulanmış formülünden kaçınıp ölümleri, kusurlu karakterleri ve ahlaki belirsizliği içeren daha uzun kitaplara yönelmesi hem ezber bozucu hem de ferahlatıcıdır. Yazar ilk iki kitaptaki formülünü tekrarlayarak büyük beğeni toplayabilirdi. Bunun yerine o, büyünün daha tipik unsurlarının ve çocukluğun, Mark Twain ya da Jonathan Swift ayarındaki hiciv ve toplumsal çözümleme ile çakıştığı çok daha zengin bir dünya yaratmıştır.[17]

Harry Potter kitaplarının ezici popülarite ve etkisi göz önüne alındığında Rowling'in devlete ve onun toplumdaki rolüne dair ne söylediği incelemeye değerdir. I. Bölüm *Melez Prens* ile seleflerinin olay örgüsü ve temalarının kısa bir özetini verip *Melez Prens*'in Rowling'in menfi devlet betimlemesini nasıl pekiştirdiğini tarif edecektir. II. Bölüm *Melez Prens*'in geniş ölçekli kamu çıkarını ezip geçen çıkarcı bürokratlara dair kamu tercihi modeli ile tam örtüşen bir devleti ortaya koyduğunu ileri sürecektir. III. Bölüm, *Melez Prens*'in yaldızsız devlet tasvirinin Britanya devletine ve Birleşik Devletler'e yakından benzemesi ama kamu tercihi eleştirisini potansiyel olarak zayıflatan çoğu özelliği de taşımamasından ötürü özellikle tahrip edici olduğunu ileri sürecektir. Rowling'in devlet vizyonu demokrasi parıltısını verecek seçimler olmadan, bürokratik aşırılıklar üzerinde denetim işlevi görecek özgür basın veya bağımsız yargı olmadan ve namert bürokratlara karşı koyacak çok az gerçek kamu görevlisi ile neredeyse tamamen bürokrasiden oluşur. IV. Bölüm Rowling'in kişisel hikâyesinin onun devleti ve bürokrasiyi hor görmesini nasıl açıklayabileceğinden biraz bahsedecektir. V. Bölüm Rowling'in liberteryenizm için John Stuart Mill'den beri herhangi birinin yaptığından daha fazlasını yapabileceği sonucuna varacaktır.[18]

---

yesini anlatır ve serideki ilk ölümü de içerir (Voldemort'un Ölüm Yiyenlerinden biri Hogwarts öğrencisi Cedric Diggory'yi öldürür). ROWLING, THE GOBLET OF FIRE, *supra* dipnot 4. Beşinci kitap, *Harry Potter ve Zümrüdüanka Yoldaşlığı*, daha bile karanlıktır. Ergenliğe giren Harry kitap boyunca karamsar bir keşmekeş halindedir. Harry'nin fevriliği ve Voldemort'la yüzleşme arzusu ilk defa Sirius Black'in öldürülmesi ve Harry'nin, arkadaşlarını Lord Voldemort tarafından kurulan bir tuzağa sürüklemesi ile geri teper. Bakınız ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1.

17 Bazıları bunun gülünç derecede yüksek bir övgü olduğundan yakınacaktır, fakat ben o isimleri öyle düşüncesizce kullanmıyorum. Twain, Swift ve şimdi de Rowling, biçim ve üslupta çocuklara yönelen, ama konusunda ve toplumsal eleştiride çok daha derinlere giden basit hikâyeler kullanmaktadır.

18 Mill'in *Hürriyet Üstüne* adlı kitabı yaygın olarak liberteryen felsefenin ufuk açıcı ve özgün eseri kabul edilir. Bakınız JOHN STUART MILL, ON LIBERTY, s. viii (Alburey Castell ed., 1947) (1859) ("İnsanın kendisi için düşünme ve eyleme hakkını savunan Mill'in denemesinden daha iyi bir kitap yazılmamıştır."); Paul M. Secunda, Lawrence's Quintessential Millian Moment and

I. HARRY POTTER VE İTİCİ SİHİR BAKANLIĞI

Rowling'in Harry Potter kitapları, *Melez Prens*'e kadar ve o da dâhil, sihir okulundaki cadı ve büyücülerle ilgili büyüleyici fantezi öyküleri anlatmaya devam ederken yavaş yavaş ama emin adımlarla devlet aleyhine güçlü bir sövgü de oluşturmaktadır.[19] İlk altı Harry Potter kitabının hepsi de benzer bir şablonu takip etmektedir. Hikâyeler aşırı sevimsiz "muggle"[20] akrabalarının yanındaki Harry Potter'la başlar. Sonra Hogwarts Cadılık ve Büyücülük Okulundaki bir okul yılının seyriyle devam eder. Her yıl, Harry'nin sosyal hayatı ve okul işlerine dair detayların yanı sıra[21] çözülecek yeni bir gizem ya da üstesinden gelinecek Lord Voldemort kaynaklı bir zorluk getirir.

Son üç kitabın üçünde de aynı meta-anlatı vardır: Lord Voldemort ölümden dönmüştür ve Harry'yi öldürüp dünyayı ele geçirme peşindedir.[22]

Its Impact on the Doctrine of Unconstitutional Conditions, 50 VILL. L. REV. 117, 118-25 (2005) (*Lawrence v. Texas*'ı liberteryen ve özellikle de "Mill'ci" bir karar olarak tarif eder).

19 Harry Potter'ın hikâyesi altı kitap ve yaklaşık 3.300 sayfayı bulmuşken Michigan Hukuk Dergisi kapsamlı türden bir özet için muhtemelen yanlış yerdir. Bunun yerine hikâyenin arka planına minimal düzeyde yer verip Rowling'in devleti temsil edişine daha fazla odaklanıyorum. Daha etraflı özetler için pek çok mükemmel seçenek mevcuttur. Kaynak materyali fazlasıyla yavanlaştırsa da ilk dört kitap sinemaya uyarlanmıştır. Bakınız HARRY POTTER AND THE SORCERER'S STONE (Warner Bros. 2001); HARRY POTTER AND THE CHAMBER OF SECRETS (Warner Bros. 2002); HARRY POTTER AND THE PRISONER OF AZKABAN (Warner Bros. 2004); HARRY POTTER AND THE GOBLET OF FIRE (Warner Bros. 2005). Ayrıca Potter'la ilgili özet ve diğer her şeyi sunan eğlenceli bazı Harry Potter hayran siteleri mevcuttur. Bakınız, *e.g.*, MuggleNet.com, http://mugglenet.com/ (son erişim 16 Eylül 2005). Harry Potter'ın dünyasına akademik bir bakış seçeneği için bakınız Aaron Schwabach, *Harry Potter and the Unforgivable Curses: Norm-formation, Inconsistency, and the Rule of Law in the Wizarding World*, 11 ROGER WILLIAMS U. L. REV. (çıkacak yayın 2006), erişim http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=818185.

20 "Muggle," Rowling'in büyülü olmayan dünya ve insanlar için yani bütün okurları (çoğu okuru?) için kullandığı terim. Muzipçe, *Oxford English Dictionary* yakın zamanda "muggle"ı kelime listesine eklemiştir. Bakınız *Muggle Goes into Oxford English Dictionary*, CBBC NEWSROUND, Mar. 24, 2003, http://news.bbc.co.uk/cbbcnews/hi/uk/newsid_2882000/2882895.stm. Rowling bu perde arası oyunlarını oldukça etkili kullanmaktadır. En keskin toplumsal eleştirilerinden bazıları büyücü halkının ve Harry'nin kurgusal Britanya varoşu Little Whinging'deki "tipik" bir ailenin yaşamını nasıl gördüğünü de içerir.

21 Rowling'in eserinin bu yönünü lafı uzatmamak için geçiyorum, fakat *Melez Prens* Harry'nin ilk gerçek aşkı ve yakın arkadaşları Ron Weasley ile Hermione Granger arasında filizlenen aşk ilişkisi de dâhil olmak üzere ergen hayatı ile okul hayatına ilişkin göz alıcı bir manzara sunmaktadır.

22 Buna göre Lord Voldemort yükseği hedefleyen gerçek kötü karakterlerin köklü geleneğine bağlıdır: herkese ve her şeye tam hâkimiyet. Bakınız, *e.g.*, THE SPONGEBOB SQUAREPANTS MOVIE (Paramount Pictures 2004). *SüngerBob KarePantolon Filmi*'nde habis kötü karakter Plankton der ki: "Yarından tezi yok dünyaya hâkim olacağım!" *Id.* SüngerBob yanıt verir: "İyi hadi kolay gelsin sana!" *Id.*

Dördüncü kitap, *Ateş Kadehi*, Voldemort'un eski gücüne yeniden kavuşmasıyla biter (bir de Harry'nin okul arkadaşı Cedric Diggory'nin ölümüyle).[23] Beşinci kitap *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*'nda Voldemort, ya Harry'nin ya da Voldemort'un yek diğerini öldürmeye mahkûm olduğunu söyleyen kehanetin tam içeriğini öğrenmeye çalışır.[24] *Melez Prens*'te Harry ile Hogwarts'ın müdürü -ve Harry'nin kahramanı- Profesör Dumbledore, tahminen serinin bir sonraki ve sonuncu kitabında Harry'nin Voldemort'a karşı son savaşına hazırlık olarak, Voldemort'un geçmişi ile karakterini araştırır.

İlk beş kitap Rowling'in *Melez Prens*'teki Sihir Bakanlığı tasvirine zemin hazırlamaktadır. İlk üç kitap büyücü devletine görece iyiniyetli bakar. Rowling bize "Muggle Eşyalarının Kötüye Kullanımı Dairesi"[25] ya da "Sihirli Afetler Dairesi"[26] gibi şapşal ve kulağa oldukça bürokratik gelen devlet daireleri ile Sihir Bakanı Cornelius Fudge'ın beceriksiz ama iyiniyetli siyasetçi bozuntusu olarak bir portresini verir.[27]

Ateş Kadehi'nde Rowling'in daha karanlık olan Sihir Bakanlığı vizyonunun ilk gerçek ipuçlarını alırız. Bakanlığın Voldemort'un ilk yükselişiyle nasıl başa çıktığının tarifinde aşırı hevesli yargılamalar ile temel hakların askıya alınması kendini göstermektedir.[28] En dikkat çekici olan da kitabın sonunda Bakanlık Voldemort'un yeniden gücüne kavuştuğunu reddeder ve tam olarak Harry'nin söylemini itibarsızlaştırıp bastırmaya çalışır.[29]

Ateş Kadehi'nin sonu, *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*'nda Sihir Bakanlığı ile Harry ve Dumbledore arasındaki açık düşmanlığın habercisidir. Bakanlık Harry'yi okuldan atmaya kalkışır, Dumbledore'un (Hogwarts müdürlüğü dâhil) muhtelif kamu görevlerine son verir, habis-bürokratlıkta mahir

---

23 ROWLING, THE GOBLET OF FIRE, *supra* dipnot 4, s. 643-71.

24 Bakınız ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 841 [ÇN - *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*, s. 1078] ("[V]e ikisinden biri diğerinin elinde ölecek, çünkü diğeri varlığını sürdürürken ikisi de yaşayamaz...") (vurgu kaldırılmıştır).

25 Bakınız ROWLING, THE CHAMBER OF SECRETS, *supra* dipnot 3, s. 30-31 [ÇN - *Sırlar Odası*, s. 42].

26 Bakınız ROWLING, THE PRISONER OF AZKABAN, *supra* dipnot 2, s. 208 [ÇN - *Azkaban Tutsağı*, s. 248].

27 Bakınız, *e.g.*, *id.* s. 41-47.

28 Bakınız ROWLING, THE GOBLET OF FIRE, *supra* dipnot 4, s. 458-66, 509-19.

29 Bakınız *id*. 611-17. Bu tedbirler görünüşte "[Bakanlığın] son on üç yılda [elde ettiği] her şeyi sarsacak bir paniği önlemek" için alınmıştır. *Id.* s. 613 [ÇN - s. 826]. Dumbledore daha olası bir açıklama sunar: Makamına duyduğu tutku Fudge'ı kör etmiştir. *Id.* s. 614 [ÇN - s. 828].

Dolores Umbridge'i Hogwarts'ın üzerine salar ve genel olarak Harry ile Dumbledore'u topa tutmak için Bakanlığın tüm gücünü kullanır.[30]

Yine de *Zümrüdüanka Yoldaşlığı* umutla bitmektedir: Fudge Voldemort'un gücüne yeniden kavuştuğunu nihayet kabul eder.[31] Fudge'ın artık Bakanlığın tüm yetkilerini Voldemort ve yandaşı Ölüm Yiyenler ile savaşmak için kullanacağı izlenimiyle kitabı bitiririz.[32] Ne de olsa en sıkı liberteryen bile devletin saldırganlarla mücadele etmeye ve diğerlerinin esenliğini tehdit edenlere karşı kolluk faaliyetleri yürütmeye en elverişli konumda olduğunu genel olarak kabul etmektedir.[33]

Bununla birlikte *Melez Prens* devlete böyle bir imdat çağrısı yöneltmemektedir. Bakanlık Voldemort'a karşı savaşında kayda değer ölçüde etkisiz kalmaya devam eder (s. 7-18, 648-49). Sihir Bakanı olarak Cornelius Fudge'ın yerini Lord Voldemort'a karşı yapılan savaşların tecrübeli gazisi Rufus Scrimgeour alır, fakat Bakanlığın söylem ve eylemleri de değişmeden kalır (s. 7-18). Hatta Scrimgeour büyük ihtimal masum olan bireyleri gözaltına alarak halkı yatıştırmayı denemeye karar verir (s. 221, 331, 346-47). Harry'yi bakanlık için bir "maskot" (s. 346 [ÇN - s. 321]) veya "poster çocuğu" (s. 650 [ÇN - s. 592]) olarak kullanma girişimlerinin ise Fudge'ın yaptıklarından bile daha kötü olduğu tartışılabilir.[34]

Bununla birlikte belki de *Melez Prens*'in en çarpıcı Bakanlık eleştirisinin Voldemort'la ilgisi yok denecek kadar azdır. Asıl mesele Sihir Bakanlığında çalışmanın Percy Weasley'ye yaptığıdır. Harry'nin Hogwarts'taki en yakın arkadaşı, Harry'yi de gayriresmi olarak evlat edinen geniş ve sevilesi bir büyücü ailesinin üyesi olan Ron Weasley'dir. Percy Weasley Ron'un ağabeyi olup ilk üç kitap boyunca biraz kuralcı ve kasıntı bir tip olarak tasvir edilmektedir. Fakat portresi sempatiktir ve Weasley ailesinin yine de sevilesi bir üyesi olduğu bellidir.

---

30 Bakınız, *e.g.*, ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 26-27, 71-75, 93-95, 137-51, 212-14, 239-40, 265-68, 269-98, 306-08, 351-52, 415-16, 551, 567, 610-21, 624, 747.

31 Bakınız *id.* s. 816-19.

32 Bakınız *id.* s. 845-48.

33 Bakınız, *e.g.*, National Platform of the Libertarian Party, http://www.lp.org/issues/printer_platform_all.shtml (son erişim 16 Eylül 2005).

34 Fudge'ın mı yoksa Scrimgeour'un mu daha itici olduğunu söylemenin zor olduğuna Harry'nin kendisi dikkat çeker: "Sizler hiçbir zaman doğru olanı yapamayacaksınız, değil mi? Başımızda ya insanlar burnunun dibinde öldürülürken her şey çok güzelmiş gibi davranan Fudge oluyor, ya da yanlış insanları hapse tıkıp Seçilmiş Kişi kendisi için çalışıyormuş gibi yapan siz! [Scrimgeour]" s. 347 [ÇN - *Melez Prens*, s. 321].

Ateş Kadehi'nde Percy alt kademe memur olarak Sihir Bakanlığında çalışmaya gider ve kurallara duyduğu aşk ile önemsiz detaylara dair yeteneği anında yerini bulmuş olur.[35] Fakat *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*'nda Percy Harry ile Dumbledore'a karşı Bakanlığın tarafını tutup sonuçta bütün ailesini yabancılaştırır.[36] Bu, devlet hizmetindeki ilk dersi verir: Percy kör hırsını takip etmekle esasında ruhunu ve onun için anlamı olması gereken her şeyi kaybetmektedir.

Melez Prens ise Percy'e bir kefaret şansı sunar. Bakanlık Voldemort'un döndüğünü ve onu yenmek için en iyi şansının Harry olduğunu artık teslim etmişken Percy Dumbledore ile Harry hakkında yanıldığını kabul edip aileye yeniden katılabilecektir. Fakat Percy boyun eğmeyi reddederek mesafesini korur (s. 96). Elbette bu, Percy'yi devletin pençesinden kurtarmaz. Harry ile Scrimgeour'un ilk karşılaşması Weasley ailesinin Noel yemeğinde gerçekleşir ki Scrimgeour bahanesi Percy ile birlikte eve damlar (s. 341-42 [ÇN - s. 316-17]). Weasley ailesinin taciz edilmesi ve Scrimgeour'un Harry'e ulaşabilmek için Percy'yi duyarsızca kullanması okurların gözünden kaçmamaktadır. Scrimgeour ile Percy'nin Harry'yi ikna etmek için kalkışacağı işler bu incelemenin başındaki devlet kötülükleri listesinden bile daha kırıcı ve iticidir, çünkü onları doğrudan Harry ile Weasley ailesinin bakış açısıyla tecrübe ederiz.[37]

Bu, kitabı sona erdiren Hogwarts cenazesinde Scrimgeour'un Harry'ye talebini yinelemesinde de aynen geçerlidir (s. 647-50 [ÇN - s. 590-92]). Harry'nin Bakanlığa yardım etmeyi reddetmesine tamamen hak veririz; tersini nasıl yapabilirdi ki? Böylece, Fudge'ın yerini Scrimgeour'un alması ve Harry'nin Bakanlığa karşı olumsuz duygularının pekişmesi Rowling'in Sihir Bakanlığı ve bürokratlarına ilişkin tasvirini tamamlamaktadır. *Melez Prens*'ten önce Sihir Bakanlığının çok çabaladığı halde yanlış yönlendirildiğini veya etkisiz olduğunu düşünmek mümkündü. *Melez Prens*'ten sonra okur kaçınılmaz olarak Harry'nin (ve aslında Rowling'in) devletten pek hazzetmediği sonucuna varmaktadır.

II. HARRY POTTER VE KAMU TERCİHİ DEVLETİ

Rowling'in Sihir Bakanlığıyla ilgili tuhaf olan, devletin kamu tercihi eleştirisi ile ne kadar yakından bağdaştığıdır. Kamu tercihi teorisinin temel

---

35 Bakınız ROWLING, THE GOBLET OF FIRE, *supra* dipnot 4, s. 55-56, 61-64.

36 Bakınız ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 70-72, 296-99.

37 Bunun sebebi Harry'nin bunu doğrudan tecrübe etmesi ve tüm okurların Weasley ailesi için bütünüyle iyi duygular beslemesidir.

ilkesi, devlet aktörlerinin eylemlerini anlamanın en iyi yolunun onların esas olarak -ya da yalnızca- şahsi çıkarla güdülendiğini kabul etmek olduğudur.[38] Teori hemen hemen bütün devlet aktörleri ve sektörlerinin eylem ve güdülerine uygulanmışsa da[39] en çok bürokratik davranışların açıklanmasında kullanıldığı görülmektedir. En eski kamu tercihi uzmanlarından William Niskanen çıkarcı bürokratların kamunun aleyhine kendi bütçe ve nüfuzunu artırmaya çalışacağını ileri sürmüştür.[40] Ondan beri bu teori, kendi çapında bir çalışma sahası olarak bürokrasinin kamu tercihi analizini doğurmuştur.[41]

---

[38] Bakınız, *e.g.*, Edward L. Rubin, *Public Choice, Phenomenology, and the Meaning of the Modern State*, 87 CORNELL L. REV. 309, 310 (2002) ("[Kamu tercihi] modelinin temel ve tanıdık bileşenleri insanların işlevsel olarak rasyonel olduğu ve şahsi çıkarla güdülendiğidir."). Her kamu tercihi analizinin eleştiriyle sonuçlanmadığına dikkat etmek gerekir. Bakınız David B. Spence & Frank Cross, *A Public Choice Case for the Administrative State*, 89 GEO. L.J. 97 (2000) (kamu tercihi teorisini, idari devletin meşgul seçmen ve yasama üyelerinin rasyonel tercihi olarak savunulabileceğini kanıtlamak için uygular).

[39] Bakınız, *e.g.*, R. DOUGLAS ARNOLD, CONGRESS AND THE BUREAUCRACY (1979) (Kongre'nin bürokrasiyi etkileme ve kontrol etme becerisini araştırır); DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE II 43-369 (1989) (kamu tercihi ilmini her tür demokrasi ve devlet alanına uygular); Benjamin H. Barton, *An Institutional Analysis of Lawyer Regulation: Who Should Control Lawyer Regulation - Courts, Legislatures, or the Market?*, 37 GA. L. REV. 1167, 1185-1210 (2003) (iktisadi analiz araçlarını ve kamu tercihi teorisini devlet yüksek mahkemelerine uygular).

[40] Bakınız WILLIAM A. NISKANEN, BUREAUCRACY AND REPRESENTATIVE GOVERNMENT (1971). Niskanen'in ezber bozan eserine bir güncelleme ve eserin analizi için bakınız THE BUDGET-MAXIMIZING BUREAUCRAT: APPRAISALS AND EVIDENCE (André Blais & Stéphane Dion eds., 1991).

Bununla birlikte, devlet Voldemort'un dönüşüyle ilgileniyormuş gibi görünsün diye şüphelileri süresiz göz altına alan ve "Bakanlık tarafından kullanılma görevini" yerine getirmesi için on altı yaşındaki Harry'den Bakanlık maskotu olarak rol almasını isteyen Scrimgeour ile Fudge'ın yanında (S. 221, 331, 346) Niskanen'in bürokratları acemi çaylak gibi görünmektedir. Fakat Sihir Bakanlığındaki bütün çıkarcı bürokratlar arasından pastayı kapan Dolores Umbridge'dir. *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*'nda Umbridge yeni profesör ve "Yüksek Müfettiş" olarak Hogwarts'a gönderilir. Bakınız ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1. Kitabın sonuna varıncaya kadar müdürlüğü ele geçirmiş, öğrencilerden muhbir ve memur öğrenci olarak görev alacak bir "Teftiş Mangası" oluşturmuş ve genel olarak Hogwarts'ı bir mini-faşist devlete çevirmiştir. *Id.* Sonunda, iktidar hırsıyla Little Whinging'de Harry ve kuzeni Dudley'ye saldırmaları için ruh emicileri onun gönderdiğini, Harry'ye karşı bir "affedilmez lanet" kullanmaya kalkıştığını ve Harry'yi itibarsızlaştırıp Fudge'ın takdirini kazanma çabasıyla genel olarak her türlü yasayı çiğnediğini öğreniriz. *Id. Melez Prens*'te Harry onun Bakanlıkta hâlâ etkili bir güç olduğunu öğrenince çok canı sıkılır ve bir Hogwarts cenazesine katılma yüzsüzlüğünü göstermesine şaşakalır. S. 345, 642 [ÇN - s. 320, 585].

[41] Bakınız, *e.g.*, TERRY L. ANDERSON & DONALD R. LEAL, FREE MARKET ENVIRONMENTALISM 57-58 (2d. ed. 2001) (kamu tercihi teorisinin birçok çevre düzenlemesinin başarısızlığını açıkladığını ileri sürer); ALBERT BRETON & RONALD WINTROBE, THE LOGIC OF BUREAUCRATIC CONDUCT (1982) (bürokratik davranışı açıklamak için iktisadi analiz araçlarını kullanır); WILLIAM T. GORMLEY, JR., TAMING THE BUREAUCRACY (1989) (bütün olarak bürokrasi için aynısını ileri sürer).

Kamu tercihi teorisinin en büyük gücü elbette basitliği ve kendi devlet deneyimimize ne kadar uygun düştüğüdür.[42] "Bürokrat" kelimesinin kendisi olumsuz bir çağrışıma sahip olup[43] çoğu kimse bürokratların kendi çıkarını kamu çıkarından daha çok gözettiğini içgüdüsel olarak kabul etmektedir.

Rowling'in bürokratik faaliyet tasvirinin gücü aynı zamanda onun inanılırlığıdır. Bu da incelemenin başındaki Sihir Bakanlığı faaliyetleri listesi düşünülünce yabana atılacak şey değildir. Rowling iyi çizilmiş karakterler ile zor durumlar üzerinden Bakanlığın faaliyetlerini makul hale getirmektedir. Başlangıçtaki Sihir Bakanı Fudge klasik sakar siyasetçi olarak resmedilir: işe çok da ehil değildir, ama genel olarak ılımlı ve zararsızdır (s. 5-15). Fudge'ın yerini alan Scrimgeour "hemen bir kurnazlık ve sertlik izlenimi" veren, savaşın törpülediği lider olarak tasvir edilir (s. 16 [ÇN - s. 22]). Dolores Umbridge, her tartışmaya yapmacıklı bir "Hem Hem" ile başlayıp tartışmayı çeşitli Bakanlık protokollerine gönderme yaparak bitiren dalkavuk kariyer tutkunu bir yüksek bürokrattır.[44] Percy Weasley yükselmek için Bakanlıktaki her pozisyonu kabule hazır, bildik gayretli gençtir.

Aşırı çıkarcılıkları dışında her yönden farklı olan bu karakterleri Voldemort'un dönüşünün olağanüstü koşullarıyla birleştiren okur, Bakanlığın hemen hemen her şeyi yapabileceğine inanır. Ayrıca, 11 Eylül sonrası İngiltere ya da Birleşik Devletler'de yaşayan herkes *Melez Prens*'in gündeme getirdiği temaları tanıyacaktır: devletin halkla ilişkiler etkisiyle ve bu etki için konumlanması, şüphelilerin gösteriş için süresiz göz altına alınması, devletin rahatsız edici arama faaliyetleri[45] ve çoğu işe yaramaz aptalca tavsiyeler veren devlet broşürleri.[46] Bu arada, gerçek yardım için yapılan çok az şey mevcuttur.

---

42 Bakınız James Q. Wilson, *The Politics of Regulation*, in THE POLITICS OF REGULATION 361 (James Q. Wilson ed., 1980) ("Regülasyona iktisadi bakışın erdemleri bellidir... İnsan davranışını büyük ölçüde açıklamanın zarif ve eli sıkı bir yolunu sunar.").

43 Bu inceleme için araştırma yaparken devletin idari kollarının uzun tarihi ile kavram olarak bürokrasinin görece kısa tarihini tartışan etkileyici küçük bir kitaba denk geldim. Bakınız BUREAUCRACY: THE CAREER OF A CONCEPT (Eugene Kamenka & Martin Krygier eds., 1979). Kitap yaygın bürokrasi antipatisini de işlemektedir. Bakınız Martin Krygier, *State and Bureaucracy in Europe: The Growth of a Concept, in id.* s. 2 (bürokrasi kelimesinin "yaygın sövgü silahı olarak dolu dolu bir kariyer"i olduğuna dikkat çeker).

44 Bakınız, *e.g.*, ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 211.

45 *Melez Prens* öğrencilerin Hogwarts'tan ayrılırken arandığı birkaç sahne içermektedir ki bu durum Ron Weasley'ye şu tepkiyi verdirir: "'DIŞARI Karanlık şeyler çıkarıyor olsak ne olur?' diye sordu Ron, uzun ince Sır Sezici'yi kaygıyla gözleyerek. 'İÇERİ ne getirdiğimizi kontrol etmen gerekmiyor mu asıl?' Bu küstahlık, Sezici ile fazladan birkaç kez dürtülmesine sebep oldu..." S. 243 [ÇN - s. 227].

46 "Evinizi ve Ailenizi Karanlık Güçlere Karşı Korumak" başlıklı Bakanlık broşürünü ele alınız. S. 42-43, 61-62. [ÇN - *Melez Prens*, s. 46-47, 64].

Rowling'in yozlaşmış ve kendi kendini idame ettiren bir bürokrasi olarak Sihir Bakanlığı tasvirinin en güçlü yönü, bütün bunların çok doğal görünmesidir. Rowling devletle ilgili kamu tercihi varsayımlarının hepsine uyan -hatta onları aşan- ve personel ve faaliyetleri açısından kendi devletimize oldukça benzer bir devlet yaratmaktadır.

III. HARRY POTTER VE DEVLETİ TEK LOKMADA YUTAN BÜROKRASİ

Kamu tercihi teorisinin sezgisel gücüne rağmen devlet ve bürokrasi savunucuları ikna olmamakta ve kamu tercihi teorisine canlı bir eleştiri getirmektedir. İlginç bir şekilde Rowling bu devlet savunularının çoğunu öngörür ve Sihir Bakanlığı tasviriyle bunları kolayca savuşturur.

1. Demokratik Savunma

Kamu tercihi teorisine ilk saldırı hattı daima bürokratların seçilmiş görevlilere hesap vermesi gerektiği ki seçilmişlerin de seçmenlere hesap vermekle yükümlü olduğudur.[47] Bu savunmanın hem betimsel hem de normatif yönü vardır. Betimsel/ampirik bir mesele olarak, bürokrasi savunucuları bürokratların seçmenlerine karşı sorumlu olan yürütme ve yasama mensuplarını aldatma becerisi ya da yeterliliğine gerçekten sahip olup olmadığını sorgular.[48] Normatif bir mesele olarak, bürokrasi savunucuları müzakere ve kamusal onay neticesinde demokrasinin bürokrasiyi meşrulaştırdığını ileri sürer.[49]

Sihir Bakanı olarak Fudge'ın yerini Scrimgeour'un alması konusunda seçimlerden hiç söz etmeyen Rowling, Sihir Bakanlığını bu en temel meşru-

---

[47] Bakınız, *e.g.*, Daryl J. Levinson, *Empire-Building Government in Constitutional Law*, 118 HARV. L. REV. 915, 933-34 (2005) (siyasi gözetimin çıkarcı bürokrasi üzerinde bir denetim teşkil etmesine dikkat çeker).

[48] Bakınız Spence & Cross, *supra* note 38, s. 119 ("Bağımsız bürokrasilere dair ampirik kanıtlar bağımsız bürokratların toplumun aleyhine kendi çıkarlarını gözettikleri iddialarını desteklememektedir; aksine, daha fazla bağımsızlık kamu çıkarını daha iyiye götürebilir."); Edward Rubin, *The Conceptual Explanation for Legislative Failure*, 30 LAW & SOC. INQUIRY 586-90 (2005) (kitap incelemesi).

[49] Bakınız BRIAN J. COOK, BUREAUCRACY AND SELF-GOVERNMENT 1-28 (1996) (bürokrasinin hem demokratik itkilere tepki verdiğini hem de bunları beslediğini ileri sürer); LARS UDEHN, THE LIMITS OF PUBLIC CHOICE: A SOCIOLOGICAL CRITIQUE OF THE ECONOMIC THEORY OF POLITICS 184-88, 329-61 (1996) (kamu tercihi teorisinin çoğunlukla antidemokratik olduğunu, müzakereci demokrasinin meşru bir bürokratik devleti destekleyebileceğini ileri sürer).

laştırmadan bile mahrum bırakmaktadır.[50] Tam aksine Rowling Fudge'ın akıbetini anlatmak için "kovmak" fiilini defalarca edilgen çatıyla kullanır.[51] Seçimlerin yokluğu muggle Başbakan (herhalde Tony Blair) ile Fudge (önceki Sihir Bakanı) ve Scrimgeour (yeni Bakan) arasındaki bir toplantıda vurgulanır (s. 1-18). Muggle Başbakanın tarif edilişi seçimlerle siyasi rakiplere dair bir tartışma içermektedir ki devlet hayatının bu iki unsuru dikkat çekici bir şekilde Sihir Bakanlığında yoktur.

Melez Prens'ten sonra varlığını sürdüren muamma, Sihir Bakanlığının yasama ya da kural koyma yetkisidir. Bakanlığın kanunları yürüttüğü açıktır, kitaplarda yeni kanunların kabulüne dair tartışmalar da vardır, ama yasama organı veya yasama sürecinden hiç bahsedilmemektedir. Rowling'in bıraktığı ipuçları ise yüreklendirici değildir.[52]

Bunlar Rowling'in yazar olarak kasten bıraktığı boşluklardır. Seçimlere ve demokratik hukuk üretimi sürecine yer vermeyen bir devlet, açıkça, demokratik bir rejimin meşruiyetini taşımamaktadır. Bununla birlikte, Sihir Bakanlığının eylem, motivasyon ve personel açısından bizim devletimize genel anlamdaki benzerliği, seçimlerin ve demokratik hukuk üretiminin tabiiyetindekilerce tecrübe edilen devlet üzerinde gerçekte -eğer varsa- çok az etkisi olduğu izlenimini vermektedir.

2. Yapısal Savunma

Bürokrasi savunucuları sıklıkla bürokratların diğer devlet birimleri veya devlet dışı birimler tarafından denetlendiğine dikkat çeker.[53] Birleşik Devlet-

---

[50] *Melez Prens*'ten önce büyücülük dünyasında seçimlerin olup olmadığı meselesinin ucu açıktı. *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*'nda Bakanlığın Dumbledore'un unvan ve görevlerini alması, seçimlere yer verilmesi ihtimalini ortadan kaldırmasa da çok azaltmıştır.

[51] Haberi önce Fudge'ın kendisinden alırız: "Üç gün önce sepetlendim!" s. 15 [ÇN - *Melez Prens*, 21]. Daha sonra Harry de benzer bir dil kullanır. S. 60 [ÇN - s. 63]. Scrimgeour "atanan Sihir Bakanı" olarak tarif edilmektedir, fakat "atama"yı kimin yaptığı açıklanmamaktadır. S. 40-41 [ÇN - s. 44-45. YKY çevirisinde "atama" kelimesi de kullanılmakla birlikte (s. 44), yazarın alıntıladığı kısım tam olarak "göreve ... getirilen Sihir Bakanı" diye geçmektedir. S. 45].

[52] Harry'nin beşinci kitaptaki duruşması kanunların oldukça esnek ve muhtemelen Sihir Bakanının kaprisine göre değişime açık olduğunu düşündürmektedir. Duruşma sırasında Fudge ile Dumbledore hukuki bir tartışmaya girer ve aralarında şu diyalog geçer: "'Yasalar değiştirilebilir,' dedi Fudge gaddar bir edayla. 'Tabii ki değiştirilebilir,' dedi Dumbledore, başını hafifçe eğerek. 'Senin birçok değişiklik yaptığın da apaçık görülüyor, Cornelius...'" ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 149 [ÇN - *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*, s. 198-199].

[53] Bakınız JAMES Q. WILSON, BUREAUCRACY: WHAT GOVERNMENT AGENCIES DO AND WHY THEY DO IT 235-94 (1989) (Kongre, başkan ve mahkemelerin bürokratik faaliyetler üzerindeki denetimini açıklar).

ler sisteminde örneğin, bürokratlar herhangi bir suistimale mahal bırakmamak için başkanın, Konge'nin, kurumun siyaseten atanmış yöneticisinin ve özgür basının değişik düzeylerde gerçekleştirdiği denetime tabidir.

Rowling'in Sihir Bakanlığıyla ilgili kaydedilecek ilk husus yazarın yüzde yüz bürokrasi görünümünde bir devlet yapısı oluşturduğudur. Bir Sihir Bakanı mevcuttur, ama seçilmiş değil atanmıştır. Sihir Bakanını kimin atadığı belirsizdir, ama bir ihtimal elitler atıyor olabilir. Bakanın altında birçok daire ve komite bulunmaktadır, ama bunların hepsi bürokrasi içinde klasik bürokrasi gibi görünmekte olup hepsinin başına kendi sorumluluk alanları olan bakanlar getirilmiştir.

Rowling'in "Büyücü Yüksek Mahkemesi" diye tarif ettiği Büyüceşûra adında bir yargı organı mevcuttur.[54] Bu organın ciddi manada Sihir Bakanının kontrolü altında olduğuna inanmak için haklı sebeplerimiz vardır ve bu organ kesinlikle Bakanlık otoritesi üzerinde bağımsız bir denetim mekanizmasıymış gibi görünmemektedir.[55]

Buna göre devletin suistimalleri üzerinde denetim işlevi görecek, Sihir Bakanlığının dışında kalan hiçbir devlet birimi bulunmamaktadır. Bu da yine devlet yapısının da denetim ve denge mekanizmalarının da öyle çok önemli olmadığına işaret eder: bürokrasi her türlü ezip geçecektir.

3. Özgür Basın

İfade özgürlüğü ve basın özgürlüğü Birleşik Devletler'de genellikle anayasal güvenceler olarak ele alınmakta olup adil ve sorumlu bir devlet için bunların temel nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Daha dar anlamda ise özgür basın, bürokratik suistimal ya da devlet suistimaline karşı başka bir denetim mekanizması olarak düşünülmektedir.[56]

---

[54] ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 95 [ÇN - *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*, s. 132].

[55] *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*'nda Dumbledore Bakanlık politikasını eleştirmesi nedeniyle Büyüceşûra Başsihirbazı görevinden kovulur. *Id.* Daha sonra Harry küçük yaşta büyü kullanımıyla ilgili düzmece suçlamaları yanıtlamak için Büyüceşûra önüne çıktığında Fudge asıl yetkili ve lider olarak görünmektedir. *Id*. s. 137-51. Harry'nin Büyüceşûra önündeki savunması başarılı olsa da açık usul aykırılıkları ve Bakanlığın yargılama üzerindeki hâkimiyeti, devlet suistimallerini önleyecek bağımsız yargıya dair neredeyse hiç umut vermemektedir. *Id.*

[56] Bakınız, *e.g.*, Potter Stewart, "Or of the Press", 26 HASTINGS L.J. 631, 634 (1975) ("Özgür basına yönelik anayasal güvencenin esas amacı ... üç resmi organ üzerinde ek bir denetim mekanizması olarak Devletin dışında dördüncü bir kurum oluşturmaktır.").

Rowling ise muzipçe özgür basını (hatta işlevsel bir basını) büyülü dünyaya çok görür.[57] Hem *Melez Prens* hem de *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*'nda Bakanlığın basına esasında devlet propagandası olan şeyleri yayınlatmak için bastırmalarının da haddi hesabı yoktur.[58] Bu, devletin basın tarafından denetlenmesi imkânını da ortadan kaldırmaktadır, hatta daha gerçekçi olarak kamu denetimi imkanını ortadan kaldırır, çünkü (biz zavallı muggle'ların aksine) büyücülerin gündelik deneyimleri dışında kalan bilgiye erişimi umumiyetle basın vasıtasıyladır.

4. Bürokratlar da İnsandır

Bir diğer savunma hattı da kamusal zihniyetteki bürokrattır. Bazı teorisyenlerin iddiasına göre, kamu tercihi eleştirisi devlet görevlilerinin gerçekte ne olduğunu görmezden gelmektedir. Bürokratlar aç gözlü ve çıkarcı bütçe manyakları değildir. Tersine, nezih ve kamu odaklıdırlar.[59]

Rowling bunu üç şekilde ters yüz etmektedir. Bakanlık çalışanı olan beş ana karakter vardır: Fudge, Scrimgeour, Umbridge, Percy Weasley ve Arthur Weasley (Ron ile Percy'nin babası).[60] Bu beş karakterin ilk dördü esasen kötü karakter olup kamu çıkarından ziyade şahsi çıkar ve çıplak güç arzusuyla hareket ettikleri açıkça bellidir. Bu karakterlerin beşincisi Arthur Weasley, aslında kuralı doğrulayan istisnadır. Kendisi Bakanlıktaki işine

---

[57] Basının devletin elinde kukla olarak betimlenmesinin yakışıksız olduğunu düşünüyorsanız eğer, Rowling *Ateş Kadehi*'ndeki habis gazeteci Rita Skeeter tasvirinden beri -Dolores Umbridge'e eşdeğer gazeteci- meseleyi aydınlatmıştır aslında. *Ateş Kadehi* boyunca Skeeter, basının malum yaklaşımını takip eder: Harry'yi önce kahraman olarak çıkarıp sonra alaşağı eder ki her iki yönde de yanlı ve istismarcı bir seçicilikle yazar. Bakınız ROWLING, THE GOBLET OF FIRE, *supra* dipnot 4, s. 275-76, 380-81, 445-46, 531-32. Rowling'in neden devletten pek hoşlanmıyor olabileceğine dair daha sonra söyleyeceklerimde olduğu gibi, bakınız *infra* IV. Bölüm, Rowling'in basına dair betimlemesinin kendi hayatına bir tepki olduğunu düşünüyorum. Yazar olarak başarısını gösterdikten sonra Rowling'in saç saça baş başa girmiş Britanya magazin dergilerine beklenmedik şekilde malzeme olması acımasız bir tecrübe olsa gerek.

[58] S. 221 [ÇN - s. 207] (Stan Shunpike'ın tutuklanmasıyla ilgili *Gelecek Postası*'nın niteliksiz haberinin aktarılması); s. 314 [ÇN - s. 291] (Scrimgeour'un vampir olduğuna dair alternatif basındaki bir yayının Bakanlık tarafından engellendiği iddiası); ayrıca bakınız ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 94 [ÇN - *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*, s. 131] ("Bakanlık, 'Dumbledore'un dedikodu tacirliği' dediği şeylerin hiçbiri yayınlanmasın diye *Gelecek Postası*'na da ağır baskı yapıyor.").

[59] Bakınız, *e.g.*, CHARLES T. GOODSELL, THE CASE FOR BUREAUCRACY 101-06 (2004).

[60] Bu listeye *Ateş Kadehi*'nden Barty Crouch'u da dahil etmek mümkündür, ama bu durum genel averaj farkını kamu yanlısı Bakanlık çalışanları lehine iyileştirmez.

âşık olan, nezih ve çalışkan bir bürokrattır. Tabii ki Rowling'in Bakanlığında hiçbir iyilik cezasız kalmaz. *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*'nda Harry bir ara Arthur Weasley'nin ofisine gider ki burası bodrumda birkaç uzun koridorun sonunda "[bir] süpürge dolabından birazcık daha küçük" bir yerdir.[61] Son olarak, *Melez Prens*'te en saygın iki karakter, Dumbledore ve Harry, Bakanlıktan ve onun bürokratlarından belli ki hiç hoşlanmazlar.[62]

5. Ya Sev ya Terk Et

Benim "ya sev ya terk et" savunması dediğim hususta güçlü bir ilmi gelenek yoktur, ama yine de böyle bir savunma mevcuttur ve hatta son yıllarda öne çıkmaktadır. Bu devlet savunması temelde yurttaşların devletin ve devlet eylemlerinin meşruiyetini yurttaşlık görevi olarak kabul etmesini gerektirir, sonra da her türlü eleştiriyi yurtseverliğe aykırılıkla damgalar. Bu savunmada ilginç olan, bariz biçimde devletin meşruiyeti meselesini gündeme getirmesidir: Devletin meşru olduğu varsayımında bir yurttaştan devleti "ya sevmesini ya da terk etmesini" istemek isabetli olabilmektedir. Devletlerin ve kanunların meşruiyetinin olmayabileceği ihtimaline yer açıldığında ise körü körüne bağlılığı buyurmak çok daha zorlaşmaktadır.

Rowling bu potansiyel savunmayı hızlıca bertaraf eder. *Melez Prens*'te Harry kamu yararı adına kendini Bakanlığa kullandırtmak gibi özel bir görev duygusu taşımadığını açıkça göstermektedir. Harry'nin kararı şaşırtıcı değildir: Bütün seri boyunca Harry, uyacağı veya çiğneyeceği okul kurallarını -ve hatta Bakanlık kanunlarını- duruma ve kendi ahlak ya da görev anlayışına göre titizlikle seçiyor gibi görünmektedir. Rowling Harry'nin bu kararlarını doğal ve kolay kararlarmış gibi işlese de Harry'nin *Melez Prens*'te Bakanlığın yakınlaşma çabalarını reddetmesiyle birlikte ele alındığında Rowling hem devlete hem de hukuka yönelik olarak oldukça koşula ve duruma bağlı bir yaklaşım sergilemektedir.

---

61 ROWLING, THE ORDER OF THE PHOENIX, *supra* dipnot 1, s. 132-34 [ÇN - *Zümrüdüanka Yoldaşlığı*, s. 177]. *Melez Prens*'te Arthur küçük bir terfi (ve muhtemelen daha iyi bir ofis) alır. S. 84 [ÇN - s. 85].

62 *Melez Prens*'te Dumbledore Sihir Bakanlığının kendisine teklif edildiğini belirtir, "[a]ma Bakanlık bana meslek olarak hiçbir zaman çekici gelmemiştir." s. 443 [ÇN - s. 408]. Dumbledore Bakanlığın kamu güvenliğini broşürle sağlama girişimlerini de bunun gibi küçümser. S. 61-62 [ÇN - s. 64]. Aynı şekilde *Melez Prens*'te Harry Bakanlığa değil Dumbledore'a sadık olduğunu iki defa beyan eder, böylece Harry devlete öncelik veren bir görev duygusu taşımaktan ziyade saygı duyduğu ve güvendiği kimselere bağlandığını açıkça belli etmektedir. S. 343-48, 647-50 [ÇN - s. 318-23, 590-92].

Özetle, Rowling menfi devlet klişelerimizin hepsini haklı çıkaran bir dünya yaratmaktadır. Yazar, bildik karakter tipleri ve devlet yapılarını bürokratlar tarafından bürokratlar için yönetilen bir devlet vizyonuyla birleştirerek Anglo-Amerikan devletine yönelik yıkıcı bir eleştiri ortaya koyar.

IV. J.K. ROWLING VE LİBERTERYEN ZİHNİYET

Rowling'in kişisel öyküsüne aşina olan herkesin bildiği gibi yazar Harry Potter serisine başladığında boşanmış ve küçük çocuğu olan biri olarak bir süre işsiz kalmış olup Edinburg'da sosyal yardımla geçinmiştir. Bu biyografik detaylar genellikle Rowling'in güncel mali durumuyla karşılaştırılmaktadır.[63]

Rowling'in kişisel öyküsü devlete yönelik duygularına dair iki fikir vermektedir. Birincisi, İngiltere'de de Birleşik Devletler'de de devletten nefret etmek için sosyal yardımla ilgili çeşitli bürokrasilerle uğraşmaktan daha kestirme bir yol yoktur. Kural olarak, hizmet verilen seçim bölgesinin düzenli biçimde oy verip vermediğine ve/veya seçim kampanyalarına destek olup olmadığına bakarak bir bürokrasinin ne kadar kullanıcı dostu olduğunu tahmin etmek mümkündür.[64] Destek için devlete güvenmek zorunda kalacak kadar talihsiz olan kimselerin açıkçası siyasi kampanyalara bağış yapacak yeterli kaynağa sahip olma ihtimali de pek yoktur. Aynı şekilde, yoksul insanlar diğer sosyo-ekonomik gruplara göre oy vermeye daha az eğilimlidir.[65] Bundan dolayı, yoksullarla ilgilenmesi için oluşturulan bürokrasilerin görece kötü yönetilmesi ve kullanıcı dostu olmaması beklenebilir.

---

[63] Bakınız Jim Auchmutey, *Author to Deliver New 'Harry Potter,' Third Child in 2005*, ATLANTA J.-CONST., December 22, 2004, at 1H; Wikipedia, J.K. Rowling, http://en.wikipedia.org/wiki/J._K._Rowling (son erişim 16 Eylül 2005).

[64] Örneğin, "idari devlette en az kullanıcı dostu olarak bilenen bürokrasilerden biri" diye tarif edilen Sosyal Güvenlik maluliyet sistemini ele alınız. Barbara A. Sheehy, *An Analysis of the Honorable Richard Posner's Social Security Law*, 7 CONN. INS. L.J. 103, 104 (2002); *cf.* BRUCE ACKERMAN & IAN AYRES, VOTING WITH DOLLARS: A NEW PARADIGM FOR CAMPAIGN FINANCE 14 (2002) (her seçmene siyasilere bağışlayacakları "yurttaşlık doları" veren bir kampanya finans reformunun "siyasi pazaryerini yeniden biçimlendirerek eşitsiz mülk sahiplerinin tercihlerindense eşit yurttaşların kararlarına karşı daha sorumlu hale getireceği"ni iddia eder).

[65] İronik olarak bu, kısmen, en az eğitimli yurttaşların oy vermenin gerektirdiği bürokratik kayıt ve hazır bulunma süreçlerini yönetmede de en az donanıma sahip olmasındandır. Bakınız Jonathan Nagler, *The Effect of Registration Laws and Education on U.S. Voter Turnout*, 85 AM. POL. SCI. REV. 1393, 1395-1403 (1991).

Sosyal yardım bürokrasisi müşterilerine -örneğin yoksullara- hesap vermiyorsa, o zaman kime karşı sorumludur? Belli ki yasamanın veya yürütme organının mensuplarına. Devlet kaynaklarının kısıldığı zamanlarda bu makamların daha az başvuru kabul edilmesi ve sistemdeki her türlü yolsuzluk ve israfa son verilmesi için bürokrasiye baskı yapacağına kesin gözüyle bakılabilir. Ayrıca, kabul edilen her başvuru devlete masraf çıkardığından, başvuruları caydırmak için sistemi mümkün olduğunca daraltıp karmaşıklaştırmaya yönelik bir baskı da söz konusudur. Sosyal Güvenlik Maluliyet sistemi bunun tipik örneğidir. Engelli bireylerin başvuru süreci (zihinsel engelliler de dâhil) sayfalarca kâğıt işi, tıbbi kanıt ve kayıtlar ve aylar ve yıllar sürecek bir azim gerektirmektedir.[66] Bundan dolayı, Rowling'in sosyal yardım tecrübesinin muhtemelen onu ömür boyu bürokrasiden soğuttuğunu düşünmekteyim.

İkinci olarak, Rowling'in öyküsünde kendine yeterlik ile katıksız irade kuvvetinden gelen başarıya dair bir şeyler vardır. Harry Potter romanları da aynı şekilde kendi ayakları üzerinde durmaya ve dirençli bağımsızlığa dair güçlü bir tutum sergilemektedir ki Rowling bu mevzuları zor yoldan tecrübeyle öğrenmiştir. Kendini Rowling'in yaptığı gibi yoksulluktan kurtaran bir kimse başarıya giden yolun kendine yeterlik ve sıkı çalışmadan geçtiğini düşünme eğiliminde olacak, buna karşılık devlet müdahalesine ihtiyatla yaklaşacaktır.

V. HARRY POTTER VE GELECEĞİN LİBERTERYEN ÇOĞUNLUĞU

Liberteryen Parti Birleşik Devletler'de en hızlı büyüyen siyasi parti olduğunu iddia etmektedir.[67] *Melez Prens*'i okuduktan sonra buna çok daha kaniyim. Liberteryen hareket taraftar toplamada birbiriyle bağlantılı iki kavrama yaslanır: (a) "en az yönetenin en iyi devlet olduğu,"[68] ve (b) kendi

---

[66] Bakınız, *e.g.*, CAROLYN A. KUBITSCHEK, SOCIAL SECURITY DISABILITY: LAW & PROCEDURE IN FEDERAL COURT (1994). Benim yaşadığım ve hukuk öğrettiğim Knoxville/Tennessee'de SGS Maluliyet bürosu geçenlerde (evsizlerin çeşitli sığınma yerlerine çok kısa yürüme mesafesinde ve hemen hemen her otobüsün geçtiği) şehir merkezindeki Federal binadan, kaldırımın olmadığı, toplu taşımanın da çok seyrek yapıldığı uzak varoşlardaki bir şerit plazaya taşındı.

[67] Bakınız National Libertarian Party, America's Third Largest Party, http://www.libertarianparty.net/issues/party.shtml (son erişim 16 Eylül 2005).

[68] HENRY DAVID THOREAU, *Civil Disobedience*, in HENRY DAVID THOREAU: COLLECTED ESSAYS AND POEMS 203, 203 (Elizabeth Hall Witherell ed., 2001).

ayaklarının üstünde durmanın ve bireysel haklara saygının her şeyden önce gelmesi gerektiği.[69] *Melez Prens* bu hususların ikisini de olağanüstü iyi şekilde ortaya koymaktadır. Rowling Birleşik Devletler[70] ve Birleşik Krallık'ta[71] devlete yönelik bugünkü genel güvensizliği alır, bizim kendi devletlerimizi aynen yansıtıp eleştiren bir Sihir Bakanlığı yaratır. Yazar bir yandan yapısı, personeli ve faaliyetleriyle itici bir devlet yaratmaktadır. Diğer yandan bu devleti kendi devletimizle yakından bağlantılı görünecek şekilde biçimlendirmektedir. Bu karşılaştırma devlete yönelik güçlü ve esaslı bir eleştiri meydana getirmektedir.

Melez Prens'in gerçekten şaşırtıcı olan yönü, Rowling'in görünüşte çocuk edebiyatına giren bir eserde devletin doğası, rolü ve meşruiyeti meselelerini ne kadar rahat ele aldığıdır. Harry Potter kitaplarını *Melez Prens* ışığında oturup tekrar okuduğumda Rowling'in eserinden sızan devlete yönelik yoğun şüpheciliği bulmayı beklemediğimi itiraf etmeliyim. Elbette, diğer söylem düzeylerini de içermekle birlikte her şeyden önce eğlendirme becerisi, büyük ve özenli edebi eserlerin ayırıcı özelliği olup *Melez Prens* iki özelliğe de sahiptir.

---

69 Bakınız ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 183-231 (1974) (Rawls'çu devlete liberteryen bir eleştiri getirir); MURRAY N. ROTHBARD, FOR A NEW LIBERTY: THE LIBERTARIAN MANIFESTO (2d ed. 1978) (liberteryen siyaset felsefesinin bir teorisini ortaya koyar); MURRAY N. ROTHBARD, THE ETHICS OF LIBERTY (1982) (aynısı daha akademik bir yapıda).

[ÇN - Bu dipnotta atıf yapılan üç eserden birinci ve üçüncüsünün Türkçesi mevcuttur. Sırasıyla bakınız: ROBERT NOCIZK, ANARŞİ, DEVLET VE ÜTOPYA, ÇEVİREN: ALİŞAN OKTAY, İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI (3. b. 2015); MURRAY N. ROTHBARD, ÖZGÜRLÜĞÜN ETİĞİ, ÇEVİREN: RECEP TAPRAMAZ, LİBERTE YAYINLARI (2009).]

70 Bakınız THE PEW RESEARCH CENTER, HOW AMERICANS VIEW GOVERNMENT: DECONSTRUCTING DISTRUST (1998), http://people-press.org/reports/display.php3?ReportID=95.

71 Pauline Park, *Is Tony Blair Spun Out?*, THE GULLY, Sept. 5, 2003, http://www.thegully.com/essays/britain/030905blair_spin_kelly.html.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1483-1514

DOĞU EGE ADALARININ EGEMENLİĞİ SORUNU VE ASKERDEN ARINDIRILMIŞ OLMALARI STATÜSÜNÜN ULUSLARARASI HUKUK ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ(*)

Arş. Gör. **Abdulkadir GÜLÇÜR**(**)

Öz: Doğu Ege Adaları özellikle 1923 Lozan Barış Andlaşması ve 1947 Paris Barış Andlaşması ile oluşturulan askerden arındırılmış statüleri ile dikkat çekmektedirler. Buna karşın adaların hukuki statülerinin yorumlanmasında Türkiye ve Yunanistan'ın farklı bakış açıları bulunmaktadır. Bu yorum farklılığı uygulamaya da yansımış ve Yunanistan her iki andlaşmadaki açık lafzi hükümlere karşın adaları uzun süredir sistematik olarak silahlandırmaktadır. Türkiye bu silahlandırma girişimini 1960'lı yıllardan itibaren fark etmeye başlamış ve diplomatik notalar yoluyla uyarılarını gerçekleştirmiştir. Ancak Yunanistan andlaşmaların ilgili hükümlerini ihlal etmediğini savunarak silahlanma faaliyetlerine devam etmiştir. Bu durum her ne kadar Türkiye Taraf Devletler'den birisi olmasa da özellikle 1947 Paris Barış Andlaşması'nın ilgili hükümlerinin *erga omnes* niteliğinden bahisle Türkiye lehine haklar doğurduğu meselesinin gündeme gelmesine yol açmıştır. Bir diğer mesele de Yunanistan'ın adaları sadece tehlike zamanlarında silahlandırmak yerine devamlılık arz edecek şekilde daimî biçimde tahkim etmesinin ve mezkûr andlaşmaların hükümlerini ihlal etmesinin ilgili adalardaki egemenliğinin tartışılabilir hale gelmesine ilişkindir. Bu yazıda bahsedilen hususlar ayrıntılı şekilde hukuki açıdan izah edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türkiye, Yunanistan, 1923 Lozan Barış Andlaşması, 1947 Paris Barış Andlaşması, Ege Adaları, Silahsızlandırma, Egemenlik.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 27.09.2022. Makale Kabul Tarihi: 15.12.2022.

(**) Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID ID: 0000-0002-4912-2610; *akgulcur@gmail.com, abdulkadir.gulcur@marmara.edu.tr*).

THE PROBLEM OF SOVEREIGNTY OF THE EASTERN AEGEAN ISLANDS AND THE EVALUATION OF THEIR DEMILITARIZED STATUS IN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LAW

Abstract: The Eastern Aegean Islands have importance with their demilitarized status which was established by the 1923 Lausanne Peace Treaty and the 1947 Paris Peace Treaty. Turkey and Greece have different perspectives on the interpretation of the legal status of the islands. This difference of interpretation is also reflected in practice, and Greece has been systematically arming the islands for a long time, despite the explicit provisions in both treaties. Turkey began to notice this armament attempt in the 1960s and made its warnings through diplomatic notes. However, Greece continued its armament activities, arguing that it did not violate the relevant provisions of the treaties. This situation has led to the issue that although Turkey is not one of the State Parties, the relevant provisions of the 1947 Paris Treaty have brought rights in favor of Turkey with reference to the *erga omnes* nature. Another issue is related to the fact that Greece's permanent fortification of the islands instead of arming them only in times of danger and violating the provisions of the aforementioned treaties makes its sovereignty over the relevant islands debatable. The issues mentioned in this article will be explained in detail from a legal point of view.

Keywords: Turkiye, Greece, 1923 Lausanne Peace Treaty, 1947 Paris Peace Treaty, Aegean Islands, Demilitarization, Sovereignty.

GİRİŞ

Bu makale, Türkiye ve Yunanistan arasındaki çok yönlü uyuşmazlıklardan sadece bir kısmını oluşturan, Doğu Ege Adalarının hukuki statüsü ve askerden arındırılmış olmalarına ilişkin yasal yükümlülüklerin ihlallerinin olası sonuçları ve bunlara dair bazı çözüm önerileri üzerinedir. Bu bakımdan, öncelikle sorunun hukuki tarihçesi ortaya konulacak, ardından tarafların tezlerine yer verilecektir. Akabinde, Doğu Ege Adalarının askerden arındırılmasına ilişkin hükümler, andlaşmalar hukuku kapsamında inceleme konusu yapılacaktır. Ayrıca, 1912-1947 tarihleri arasında On İki Adaların egemenliğini elinde tutan İtalya ile yaptığımız karşılıklı deniz alanları sınırlandırma çalışmalarına değinildikten sonra, Kardak gibi egemenliği tartışmalı adacık ve kayalıkların durumuna da temas edilecektir.

Çalışmanın son iki bölümünde, önceki bölümlerden elde edilen hukuki ve maddi bilgiler ışığında, 1923 Lozan Barış Andlaşması'nın Yunanistan tarafından ihlalinin Türkiye'ye ne gibi hukuki imkanlar sağladığına değinilecektir. Bu kısımda, 1947 Paris Barış Andlaşması'nın ihlalinin Türkiye'ye sunduğu imkanlar konusuna ise girilmemiştir. Zira, Türkiye bu andlaşmaya taraf değildir. Ancak daha önceki bölümlerde, Paris Barış Andlaşması'nın *erga omnes* (üçüncü taraflara haklar tanıyan) niteliğinden bahsedilmesinin yeterli olduğu düşünülmüştür. Zira uluslararası hukuk, *erga omnes* hakların icra edilebilirliği hususunda halen başlangıç aşamasındadır. Çalışmamızın sonunda, Yunanistan ile diğer uyuşmazlıkların yanında Doğu Ege Adaları uyuşmazlığının da yargısal yollardan ziyade arabuluculuk, müzakere ve dostane çözüm gibi yöntemler ile çözülmeye çalışılmasının daha faydalı olacağı belirtilmiştir.

Bu çalışma kapsamında vardığım özgün sonuç, askersizleştirmenin ihlali durumunda On İki Adaların egemenliğinin artık Yunanistan'a ait kabul edilemeyeceği yönündeki Türk tezinin oldukça güçlü hale geldiği yönündedir. Çünkü yapılan ihlaller, dönemsel veya münferit değildir. Aksine, özellikle Paris Barış Andlaşması'nın kabulünün hemen ardından ve 1960'lardan günümüze kadar uzanan süreçte Lozan Barış Andlaşması'nın, sürekli ve sistematik şekilde ihlali sebebiyle, başta On İki Adalar olmak üzere Doğu Ege Adalarının egemenlik devrinin hukuki dayanağını ortadan kaldırmıştır. Vardığım bu sonucu hukuki ve maddi dayanakları ile ortaya koymaya çalışacağım.

I. SORUNUN HUKUKİ TARİHÇESİ

Bu makale kapsamında "Doğu Ege Adaları" terimi, "Saruhan Adaları" olarak da isimlendirilen 'Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya Adaları' ile "On İki Adalar" olarak bilinen ve en büyüğü Rodos olmak üzere toplamda 14 adayı kapsayan adalar topluluğunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bunun haricinde, "Boğaz Önü Adaları" olarak isimlendirilen Limni ve Semadirek'e ilişkin olarak da Lozan Barış Andlaşması'nda zikredilmelerinden ötürü yeri geldikçe bazı değerlendirmeler yapılacaktır.

Doğu Ege adalarının Yunanistan'ın egemenliğine devredilmesinden itibaren Ege'deki *status quo*'nun asli unsurlarından birisi bu adaların askerden arındırılmış olmaları olmuştur. Yunanistan, adaların askerden arındırılmış olmaları statüsünü ve uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmiş, 1960'larden itibaren söz konusu adalarda askeri varlığını

devamlı surette arttırma yoluna gitmiştir.[1] Aşağıda da belirtileceği üzere Türkiye'nin diplomatik protestolarını kesinlikle antlaşmaları ihlal amaçları olmadığını ve yerel polis gücünün icra kabiliyetini arttırmayı amaçladıklarını iddia etmişlerdir.[2]

Türkiye Cumhuriyeti hükümetleri, 1964'ten itibaren adaların askerden arındırılmış olmaları statüsü ile ilgili Yunanistan'ın ihlallerini resmi kanallardan muhataplarına iletmişlerdir. Ancak Atina yönetimleri, Ankara'nın taleplerini daimî bir şekilde görmezlikten gelmişlerdir. Yunan Dışişleri Bakanlığı, 1964 ve 1969 tarihli diplomatik notalarında, adaların silahlandırıldığı yönünde herhangi bir ihlalin vuku bulmadığına dair Türk Hükümetlerini temin ederek, Yunan Hükümetlerinin orta Ege adaları ve On İki Adaya ilişkin, 1923 Lozan ve 1947 Paris Andlaşmalarından kaynaklanan yükümlülüklerine saygı göstermeye devam edeceğini belirtmiştir.[3] Ancak Yunan Hükümetlerinin eylemleri 60'lı yıllarda verilen bu diplomatik notalardaki güvencelerle uyuşmamış, Yunanistan uluslararası andlaşmaları ihlale devam ederek, Doğu Ege Adalarının askerden arındırılmış olma statüsünü bozacak şekilde adalara güdümlü füze bataryaları yerleştirmiştir.

Türkiye'nin 1974 yılında Kıbrıs Barış Harekatı'nı icrası sonrasında ise Yunanistan, adalara askeri birlikler yerleştirmeye başlamıştır. Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya'da askeri tesisler inşa ederek, Limni'de büyük bir hava üssü kurmuşlardır. Burada daimî olarak görev yapacak bir tugay (5000 asker), 2 adet F-16, 5 ila 10 arası diğer tip ve büyüklükte uçaklar, Exocet füzeleri ve Türk Boğazlarını izlemeye yarayacak şekilde sofistike bir radar sistemi aktive edilmiştir. Bu ihlaller, sadece kuzeydeki Limni Adası ile sınırlı kalmamış, Midilli, Sakız, Sisam, Kos ve Rodos Adalarına da 30.000 civarında asker yerleştirilmiştir. Siros ve Kerpe gibi adalara da hava üsleri inşa edilmiş, böylece Yunan hava kuvvetlerinin anakaradaki merkez üslerden bağımsız şekilde operasyon kabiliyeti geliştirebilmesi amaçlanmıştır.[4]

---

1 SCHMITT Michael N., "Aegean Angst: The Greek-Turkish Dispute" **Naval War College Review** Vol. 49, No. 3 (Summer 1996), s. 62.

2 Ibid.

3 STİVACHTİS A. Yannis, "The Demilitarization of the Greek Eastern Aegean Islands the Case of the Central Aegean and Dodecanese Islands", **The Turkish Yearbook of International Relations**, Vol. 29, 1999, s. 103.

4 VAN DYKE Jon M, "An Analysis of the Aegean Disputes under International Law", **Ocean Development & International Law**, Vol. 36, 2005, s. 74.

Türk Hükümeti, Nisan 1975'te BM Genel Sekreterliği'ne gönderdiği bir nota ile, Menteşe Adaları, Sakız, Sisam, Midilli ve Nikarya gibi adaları silahlandırdığı için Yunanistan'ı protesto etmiş, mevcut durumun Türkiye'nin güvenliğini tehdit ettiğini bildirmiştir. Bunun akabinde dönemin Yunan Başbakanı Konstantin Karamanlis, mezkûr adalarda çeşitli savunma önlemleri aldıklarını ilk kez açıklamıştır.[5]

Doğu Ege Adalarının silahsızlandırılması konusu, bir yıl sonra Ağustos 1976'da tekrar gündeme gelmiş, Yunanistan, Türkiye'ye ait Sismik I isimli araştırma gemisinin kendi karasularına girdiğini iddia ederek, Türkiye'yi BM Güvenlik Konseyi'ne şikâyet etmiştir. Buna karşın dönemin Türk Dışişleri Bakanı İhsan Sabri Çağlayangil, adaların silahlandırılmasının bölge barışı ve güvenliği için büyük bir tehlike olduğunu belirterek, uluslararası örgütlerin Yunanistan'a karşı adımlar almasını beklediklerini ifade etmiştir.[6]

Türkiye Cumhuriyeti, hiçbir uluslararası belgenin veya uluslararası genel hukuk kuralının, zımnen dahi olsa Yunanistan'a söz konusu adaları silahlandırma hakkı vermediğini savunmaktadır. Türkiye'nin bu hususa dair argümanlarını şu şekilde temellendirmek mümkündür.

İlk olarak, Türkiye 1914 tarihli 'Altı Büyük Devlet' (Almanya, Avusturya-Macaristan, İngiltere, Fransa, İtalya, Rusya) kararını öne çıkarmaktadır. 8 Ekim 1912 tarihinde Balkan Savaşı'nın çıkması sonrası Yunanistan; Limni, Semadirek, Bozcaada, Gökçeada, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya adalarından oluşan Ege Adalarını işgal etmiştir. 13 Şubat 1914'te bu altı devletin Osmanlı Devleti ve Yunanistan'a bildirdikleri karar üzerine**,** Gökçeada, Bozcaada ve Tavşan adaları, Osmanlı Devleti'ne geri verilmiş, ancak Yunanistan'ın işgal ettiği diğer Ege Adaları ise, "*askeri istihkam yapılmaması ve deniz üssü olarak kullanmaması*" gibi şartlarla Yunanistan'a bırakılmıştır.[7]

İkinci olarak, 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması'nın 12. maddesi ile, 1914 tarihli Altı Büyük Devlet kararı neticesinde oluşturulan statü tasdik edil-

---

[5] BAŞEREN Sertaç Hami, **Ege Sorunları**, Tıpkı 2. Baskı, Tüdav Yayınları, Ankara, 2006, s. 76.

[6] Ibid.

[7] AYMAN S. Gülden, "Ege'den Doğu Akdeniz'e Yunan Dış Politikasında Güç, Tehdit ve İttifaklar", içinde **Coğrafya, Tarih ve Uluslararası Hukuk Boyutlarıyla Küresel ve Bölgesel Denklemde Ege ve Doğu Akdeniz,** (Eds. Haluk ALKAN, Metin ÜNVER), İstanbul University Press, İstanbul, 2021, s. 330.

miştir. Andlaşmanın 13. maddesi ile de bu adalar için askerden arındırma yöntemleri öngörülmüş, Yunanistan'ın uymakla yükümlü olduğu biçimde, askeri güçlerin varlığı ve tahkimatları ile ilgili olarak kısıtlamalar getirilmiştir.[8]

Son olarak, 1947 Paris Barış Andlaşması ile, On İki Ada ve onlara bağlı adacıkların Yunanistan'a devredilmesinde, Türkiye'ye yakın olan Ege adaları üzerinde askerden arındırılmış olma ilkesinin geçerliliği teyit edilmiştir. 1947 Paris Barış Andlaşması'nın 14. maddesi, adalar üzerindeki Yunan egemenliği ile Türkiye'nin güvenliği arasında bir dengenin kurulmasını amaçlamış, ikinci fıkrada ise, adaların askerden arındırılması ve askerden arındırılmış halde tutulması gereği açık bir şekilde hükme bağlanmıştır.[9]

II. TARAFLARIN MEVCUT HUKUKİ SORUNLARA YÖNELİK TEZLERİ

Türkiye'nin Kara Kuvvetlerindeki dördüncü ordusu olan Ege Ordusu'nun Yunan adalarının güvenliği için tehdit oluşturduğu ve bu yüzden adaların tekrar silahlandırıldığı yönünde Yunanistan'ın bir iddiası bulunmaktadır.[10] Bu iddianın geçerli olmadığına dair Türkiye'nin tezleri şu şekilde sayılabilir:

İlk olarak Doğu Ege'de bulunan Yunan adalarının aksine, Türkiye Cumhuriyeti'nin Ege kıyılarındaki topraklarında askerden arındırılma şartı koşan herhangi bir yasal düzenleme bulunmayıp, Türkiye'nin tam egemenli-

---

8 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması'nın resmi Türkçe metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf (Erişim Tarihi: 16.08.2022). Ancak resmi metin eski Türkçe ile yazılmış olduğu için günümüz Türkçesine dayalı çeviri olarak İnönü Vakfı'nın web sitesindeki çeviriyi kullanmayı tercih ettim. Bkz. https://www.ismetinonu.org.tr/lozan-barisantlasmasi-tam-metni/ (Erişim Tarihi: 16.08.2022).

Lozan Barış Andlaşması Madde 13: *Barışın korunmasını sağlamak amacı ile, Yunan Hükümeti, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya Adalarında aşağıdaki önlemlere saygı göstermeği yükümlenirler:*

Birincisi: Bu Adalarda hiçbir deniz üssü ve hiçbir istihkâm kurulmayacaktır.

İkincisi: Yunan, savaş uçakları ve öteki hava araçlarının Anadolu kıyısındaki topraklar üzerinde uçması yasaklanacaktır.

Buna karşılık, Türkiye Hükümeti de savaş uçaklarının ve öteki hava araçlarının sözü geçen Adalar üzerinde uçmasını yasaklayacaktır.

Üçüncüsü: Söz konusu Adalarda Yunan, Silahlı Kuvvetleri, silâh altına alınıp yerinde eğitilebilecek olan normal askersel birlikle ve tüm Yunanistan topraklarındaki jandarma ve polis sayısı ile orantılı olacak, bir jandarma ve polis örgütü ile sınırlı kalacaktır.

9 VAN DYKE, 2005, s. 80.

10 Ibid.

ği söz konusudur. Yunanlıların bu iddiasının dikkate alınacak bir tarafı yoktur.[11] Zira böyle bir iddia, Mora Yarımadasında veya genel olarak Yunan anakarasında bulunan askeri birliklerin de Türkiye için bir tehdit oluşturduğu gibi bir anti tezi üretmeye elverişlidir.

Türkiye'nin bir diğer temel tezi de Ege Ordusunun eğitim amaçlı ve savunma odaklı bir yapısı olduğu yönündedir.[12] Buna karşın Yunanistan, Ege Ordusunun ofansif veya defansif karaktere sahip olup olmadığına bakmaksızın ve Türkiye'ye karşı art niyet taşımadığını öne sürerek, herhangi bir başka devletin yapacağı şekilde, Yunanistan'ın en kötü senaryoya hazır olma amacıyla Doğu Ege Adalarında askeri varlığını arttırdığını iddia etmektedir.[13]

Diğer taraftan Yunanistan, 1964 ve 1969 tarihli diplomatik notalarında, taraf olduğu andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerine saygılı olduğunu söylemekte, Türkiye'nin ise 1947 Paris Barış Andlaşmasına taraf olmadığı için bilhassa adaların silahsızlandırılmasına ilişkin herhangi bir iddiada bulunamayacağını öne sürmektedir.[14] Buna karşın, Türkiye'den Paris Andlaşması ile bağlantılı başka bazı meselelerde de ahde vefa (*pacta sund servanda*) ilkesine uygun davranmasını istemekte, böylece de hukukun temel prensiplerinden birisi olan çelişkili davranış yasağına (*venire contra factum proprium*) aykırı davranmaktadır.

Türkiye, "adaların askerden arındırılması" koşulunun sadece hukuki değil, aynı zamanda reel politik bir *status quo* sağladığının Yunanistan tarafından da açıkça tanındığını ve kabul edildiğini vurgulamaktadır.[15] Bu doğrultuda ne adaların askerden arındırılması ne de Yunanistan'ın andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini herhangi bir bahane ile tek taraflı değiştirme çabaları uluslararası hukuk ile uyarlılık taşımamaktadır.

Türk ve Yunan tezleri arasında temel farklılık yaratan bir diğer husus ise, 1936 tarihli Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin, 1923 tarihli Lozan Boğazlar Sözleşmesi ile tesis edilmiş olan "askerden arındırılmış adalar rejimini"

---

11 STIVACHTİS, 1999, ss. 106-107.

12 Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı Resmî web sitesi: https://www.mfa.gov.tr/background-note-on-aegean-dispute.en.mfa (Erişim Tarihi: 19.09.2022).

13 STIVACHTİS, 1999, s. 107.

14 Ibid, s.105.

15 https://www.mfa.gov.tr/background-note-on-aegean-dispute.en.mfa (Erişim Tarihi: 19.09.2022).

değiştirip değiştirmediği konusudur. Montrö Sözleşmesi'nin Başlangıç Kısımında, "bu Sözleşmenin, 1923 tarihli Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin yerini alması hususunda imzacı Devletlerin anlaştıkları" belirtilmiştir.[16] Bununla birlikte, Montrö Sözleşmesi, Türk Boğazlarını ve bu boğazlardan geçiş rejimini düzenlemeye odaklanmış olup, 1923 tarihli Lozan Boğazlar Sözleşmesinde askerden arındırılan Limni ve Semadirek adalarına dair bir hüküm içermemektedir.

Bazı yorumcular, Montrö Sözleşmesi'nin Türk Boğazları çevresinde askeri güç bulundurmaya izin vermesi[17] ve 1923 Lozan Boğazlar Sözleşmesi ile oluşturulan askersiz yapıyı değiştirmesi nedeniyle, Doğu Ege adalarının askerden arındırılmış olma statüsünde kısmen de olsa değişiklik yapabilme ihtimalini ortaya çıkardığını düşünmektedirler.[18] Ancak bu görüşteki kişiler[19] dahi, Montrö Sözleşmesi'nin yalnızca Çanakkale Boğazının yakınında yer alan Limni ve Semadirek adalarının silahlandırılabilmesine izin verdiği şeklinde yorumlanabileceğini, buna karşın 1923 Lozan Sözleşmesi'nin 13. maddesinde sayılan Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya adaları ile 1947 Paris Sözleşmesi'nde zikredilen On İki Adanın silahsızlandırılmış olma durumlarının bir değişikliğe uğramayacağını açıkça belirtmektedirler.[20]

Bununla birlikte, yukarıda belirtilen bu görüşün hukuki temelinin sağlam olmadığını belirtmekte de fayda bulunmaktadır. Zira Montrö Sözleşmesi'nde Türkiye'ye Boğazları silahlandırma hakkı verilmesinin, Yunanistan'a

---

[16] Boğazlar Rejimi Hakkında Montreux'de 20 Temmuz 1936 tarihinde imza edilen Mukavelename, R.G, 5 Ağustos 1936, Sayı 3374.

[17] Bkz. Montrö Boğazlar Sözleşmesi Protokolü: *Bugünkü tarihli mukavelenameyi imza ettikleri sırada, zirde vaziülimza Murahhaslar, Hükümetlerini taahhüd altına alarak aşağıdaki ahkâmı kabul ettiklerini beyan ederler:*

1. Türkiye, mezkûr mukavelenamenin mukaddemesinde tarif edilen Boğazlar mıntıkasını derhal yeniden askerileştirebilecektir.

2. 15 Ağustos 1936 tarihinden itibaren Türkiye Hükümeti, mezkûr mukavelenamede tasrih edilen rejimi muvakkaten tatbik edecektir.

3. İşbu Protokol bugünkü tarihten itibaren muteber olacaktır.

[18] Bu konudaki görüşler için bkz. ADAM Henri, "Military Status of the Aegean Islands", içinde **The Aegean Sea 2000: Proceedings of the International Symposium on the Aegean Sea 2000,** (Ed. Bayram ÖZTÜRK), Tüdav, İstanbul, 2000, s. 211-212.

[19] Ibid. (Yazar, sayfalarını belirtmeksizin şu eserlere referansta bulunmaktadır: Constantin Economidés, Le regime juridique des iles grecques de I"Egée, Athénes 1989 ve Théodoros Katsoufros, in Colloque organisé à Paris par le Centre d"Etudes et de Recherches internationales (1986) donl les acles onl élé publiés par les Editions L"Harmattan, 1988).

[20] Ibid.

da Boğazlar çevresindeki adaları silahlandırma hakkı verdiğini öne sürmek, Montrö Sözleşmesi'nin lafzı ve ruhu ile bağdaşmayacaktır. Çünkü Montrö Sözleşmesi, sadece Türkiye ve Yunanistan'ın taraf olduğu iki taraflı bir anlaşma olmayıp, çok taraflı bir andlaşma özelliğindedir. Yunanistan'ın Boğaz çevresindeki adaları silahlandırmasını, Türkiye'nin tek başına sarih veya zımni kabul etmesi ihtimalinde dahi, Montrö Andlaşması'na taraf tüm devletlerin bu duruma rızaları gerekeceği için, Yunanistan'ın olası böyle bir eylemi andlaşmayı ihlal anlamına gelecektir.

Daha teknik ve ayrıntılı bir şekilde ifade etmek gerekirse, Yunan hukukçular uzun yıllar boyunca 1936 Montrö Sözleşmesi'nin, 1923 Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin 18. maddesini ilga etmesinden kaynaklı olarak, Türkiye Cumhuriyeti'ne Boğazları silahlandırma imkânı tanınmasına koşut olarak, Türk Boğazlarına en yakın olan Yunanistan hakimiyetindeki Limni Adası'nın da silahlandırılmasını mümkün hale getirdiği sonucunu çıkarmışlardır.[21]

Ancak bu çıkarsama hukuki açıdan hatalıdır. Zira Boğazlar Sözleşmesi madde 18, askerden arındırılmış bölgelere atıf yapmakla[22] birlikte, Sözleşme'nin 4. maddesine[23] baktığımızda "askerden arındırılmış bölgeler" ile

---

[21] TOLUNER Sevin, "The Pretended Right to Remilitarize the Island of Lemnos Does not Exist", içinde **Geçmişi Anımsayıp Geleceği Yönlendirme (Remembering the Past While Moving Forward in the Future**) 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 54.

[22] Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin resmi çevirisi eski Türkçe ile yazıldığından ve günümüz Türkçesi ile çevirisine herhangi bir kaynaktan ulaşamadığım için, T.C. Dışişleri Bakanlığı web sitesinden İngilizce metni kullanmaya karar verdim. Kaynak: https://www.mfa.gov.tr/ii_-convention-relating-to-the-regime-of-the-straits.en.mfa (Erişim Tarihi: 19.09.2022).

Convention Relating to the Régime of the Straits, Article 18: "*The High Contracting Parties, desiring to secure that the demilitarization of the Straits and of the contiguous zones shall not constitute an unjustifiable danger to the military security of Turkey and that no act of war should imperil the freedom of the Straits or the safety of the demilitarized zones (...)*"

(Boğazlar Rejimine İlişkin Sözleşme, Madde 18: Yüksek Akit Taraflar, Boğazların ve bitişik bölgelerin askerden arındırılmasını, Türkiye'nin askeri güvenliği açısından haksız bir tehlike oluşturmamasını ve hiçbir savaş eyleminin Boğazların serbestisini veya askerden arındırılmış bölgelerin güvenliğini tehlikeye atmamasını arzu etmektedirler...) (Çeviri tarafımca yapılmıştır).

[23] Convention Relating to the Régime of the Straits, Article 4: *The zones and islands indicated below shall be demilitarized:*

1) Both shores of the Straits of the Dardanelles and the Bosphorus over the extent of the zones delimited below:

(...)

2) All the islands in the Sea of Marmora, with the exception of the island of Emir Ali Adasi.

3) In the Aegean Sea, the islands of Samothrace, Lemnos, Imbros, Tenedos, and Rabbit Islands.

"silahsızlandırılan adalar" arasında kategorik bir ayrım yapıldığını ve dolayısıyla 4. maddede ismi zikredilen adaların statülerinin, 18. maddenin Montrö Sözleşmesi ile ortadan kaldırılmasından etkilenmedikleri görülmektedir.[24]

Türkiye'nin 1975 ve 1976'da BM'ye gönderdiği protesto mektuplarında, Limni ve Semadirek adalarının isimleri geçmese de Türkiye Limni'nin NATO çatısı altında silahlandırılmasına her zaman karşı çıkmıştır. Daha 1958 yılında, Türkiye veto hakkını kullanarak henüz askerileştirilmemiş olan Limni Havalimanı'nın NATO tarafından inşa edilmesine ve NATO tatbikatlarında kullanılmasına engel olmuştur. Bu nedenle Yunanistan 1982 ve 1983 yılında yapılan tatbikatlara da katılamamıştır.[25]

Ayrıca belirtmek gerekir ki Limni'de bu şekilde önemli bir askeri yapı kurulmasının, 1923 Lozan Barış Andlaşması ile çeliştiği, Yunanistan'ı uluslararası alanda temsile yetkili en önemli isim olan Başbakan Papandreou tarafından da itiraf edilmiş, hatta bu durum Yunanistan'ın eylem ve söylemlerinde değişikliğe gitmesine neden olmuştur.[26] 1980'lerin ortalarına kadar Limni'nin silahlandırılması konusu her gündeme geldiğinde, buna NATO tatbikatlarını iptal ettirmek için çabalama şeklinde cevap veren Yunanistan daha sonraları bu tavrını değiştirmiş ve Türkiye'yi adaların silahlandırılmasını engellemek suretiyle NATO güvenliğini tehdit altına soktuğu yönünde suçlayıcı bir söyleme ağırlık vermeye başlamıştır.[27] 7 Nisan 1985'te Yunanistan Başbakanı Papandreou "Adaları silahlandırarak Lozan Andlaşmasını ihlal ettik mi? Evet, ettik" diyerek durumun uluslararası hukuka aykırılığını birinci ağızdan itiraf etmiştir.[28]

(Boğazlar Rejimine İlişkin Sözleşme, Madde 4: Aşağıda belirtilen bölgeler ve adalar askerden arındırılacaktır:

1) Çanakkale Boğazı ve İstanbul Boğazı'nın her iki kıyısı,

(...)

2) Emir Ali Adası hariç, Marmara Denizi'ndeki tüm adalar.

3) Ege Denizi'nde Semadirek, Limni, İmroz, Bozcaada ve Tavşan Adaları). (Çeviri tarafımca yapılmıştır).

24 TOLUNER, 2017, s. 54.

25 BAŞEREN, 2006, s. 83.

26 SALTZMAN David, "A Legal Survey of the Aegean Issues of Dispute and Prospects for a Non-Judicial Multidisciplinary Solution", içinde **The Aegean Sea 2000: Proceedings of the International Symposium on the Aegean Sea 2000,** (Ed. Bayram ÖZTÜRK), Tüdav, İstanbul, 2000, s. 185, dn. 54.

27 Ibid.

28 Ibid.

Türkiye, Yunanistan'ın eylemlerinin andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri ihlal ettiği hususundaki pozisyonunu ısrarla korumasına rağmen, Yunanistan, bölgede şartların değiştiğini dolayısıyla Lozan Barış Andlaşması'nda yer alan askerden arındırma hükümlerinin artık geçerli olma kabiliyetinin ortadan kalktığını zira Kıbrıs Harekâtı sonrası Türklerin bölgedeki güç kapasitesinin önemli ölçüde değiştiğini savunmaktadır. Bu olguyu Türklerden gelen "devamlı bir tehdit" altında bulundukları şeklinde yorumlamak suretiyle BM Şartı'nın 51. maddesindeki meşru müdafaa hakkını kullandıklarını iddia etmektedirler. Buna göre "BM Şartı tarafından vazgeçilemez bir hak olarak tanımlanan meşru müdafaa, diğer andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler üzerinde ayrı bir üstünlüğe sahiptir".[29]

III. ADALARIN ASKERDEN ARINDIRILMASI HÜKÜMLERİNİN ANDLAŞMALAR HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN İNCELENMESİ

1923 ve 1947 tarihli andlaşmalardan sonra jeopolitik dinamikler, teknolojik ve askeri yeterlilikler önemli bir değişim geçirmiştir. Dolayısıyla "askerden arındırılmış olma" koşulunun güncel durumunun yeniden tahlili gerekmektedir. Mevcut ihtilafta tahlil edilmesi gereken hususlar şu şekilde özetlenebilir.

Andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler daimî ve değişmez midir yoksa zamanla ilişkilerde ve teknik gelişmelerde gerçekleşen değişimler hukuki yükümlülüklerin evrilerek dönüşmesine yol açar mı? Sınır belirleyen andlaşmalar, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62(2)(a) maddesine göre[30] daimî ve değişmez olarak kabul edilmektedir. Ancak bu

---

[29] Bkz. STIVACHTİS, 1999, ss. 110-130.

[30] 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi: Madde 62- Şartların Esaslı Şekilde değişmesi

1. Bir andlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan şartlarda meydana gelen taraflarca öngörülmeyen esaslı bir değişikliğe, aşağıdaki şartlar yerine gelmedikçe, andlaşmayı sona erdirme veya andlaşmadan çekilme için bir gerekçe olarak başvurulamaz:

a- bu şartların mevcudiyeti, tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı bir temelini teşkil etmedikçe; ve

b- değişiklik andlaşmaya göre hala icra edilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü bir şekilde değiştirme etkisini haiz olmadıkça.

2. Şartlarda meydana gelen esaslı bir değişikliğe bir andlaşmayı sona erdirmek veya ondan çekilmek için bir gerekçe olarak şu hallerde başvurulamaz.

a- andlaşma bir sınırı tesis ediyorsa; veya

durum bu tür andlaşmalardaki her bir detayın değişmez şekilde bağlayıcılığını sonuçlar mı? Eğer bu tür bir andlaşmanın hükümlerinde bir ihlal yaşanırsa böyle bir ihlalin hukuki sonuçları nelerdir?[31] Bu hususları aşağıda açıklamaya çalışacağız.

1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62(2)(a) maddesi, "eğer bir andlaşma sınırları tespit ediyorsa, koşullarda esaslı bir değişiklik meydana gelse dahi böyle bir durumun andlaşmadan çekilme veya andlaşmayı sona erdirmeyi haklı kılmayacağını" hükme bağlamaktadır. Bununla beraber, maddenin mutlak bir şekilde böyle bir andlaşmanın bütün detaylarını mı kapsadığı yoksa sınırları belirleyen hükümler dışındaki maddelerin "koşullardaki esaslı değişikliklerden" mi etkilendiği tespit edilmelidir.[32] Buna göre, eğer bu tür bir andlaşmanın bazı hükümleri andlaşmanın geri kalanından ayrı tutulabilir ve andlaşmayla bağıtlanırken tarafların rızasının temelini oluşturan esaslı unsurlardan birisi değilse, andlaşmanın icra edilebilirliğini etkilememek koşuluyla, bu tarz tali hükümlerin itiraza açık olduğu düşünülebilir.[33]

Ancak askerden arındırma koşulu içeren 1923 Lozan ve 1947 Paris Andlaşmalarının Yunanistan'a bu şekilde bir imkân tanımadığı açıktır. Zira 1969 Viyana Sözleşmesi'nin 62. maddesi bir andlaşmayı sona erdirme veya andlaşmadan çekilmeyi düzenlemekte, buna karşın bir andlaşmanın belli hükümlerinin icrailiğine itirazı mümkün kılmamaktadır. Dolayısıyla bir andlaşmadan kısmen çekilme gibi bir imkân bulunmamaktadır. Özellikle de bir barış andlaşması söz konusu olduğunda, böyle bir andlaşmanın icrailiğine itiraz veya sona erdirilmesini istemek tekrar savaş haline dönülmesi gibi önemli sonuçlar doğurabilecektir.

Andlaşmalar, kural olarak kendisine taraf olmayan üçüncü devletlere hak sağlamaz veya yükümlülük getirmez. Bu kural, Viyana Sözleşmesi'nin

---

b- esaslı değişiklik ona başvuran tarafın ya andlaşmadan doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmesinin ya da andlaşmanın diğer herhangi bir tarafına karşı herhangi bir milletlerarası yükümlülüğünü ihlal etmesinin neticesi ise.

3. Yukarıdaki paragraflara göre bir taraf esaslı bir şart değişikliğine bir andlaşmayı sona erdirme veya ondan çekilme gerekçesi olarak başvurulabiliyorsa, değişikliğe, andlaşmayı askıya almanın bir gerekçesi olarak da başvurulabilir.

31 VAN DYKE, 2005, s. 75.

32 Ibid, s. 97.

33 Ibid. Ayrıca bkz. JANIS Mark W., **An Introduction to International Law**, Third Edition, Aspen Law and Business, 1999, s. 34-35.

34. maddesinde "bir andlaşma, rızası olmadan üçüncü bir Devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır" (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte Sözleşme 36 ila 38. maddeler arasında bu kuralın istisnaları belirtilmiştir.[34]

Eğer bir andlaşma, açıkça üçüncü bir devlet için fayda sağlamayı belirtmiş ve sözleşmeci taraflar bu niyetlerini açıkça belli etmişlerse, o zaman andlaşmaya taraf olmayan ilgili üçüncü devlet kendisine sağlanan bu hak ve menfaatlerden istifade edebilir ve kendisine çıkar sağlayan ilgili andlaşma hükmünün icrasını talep edebilir. 1947 Paris Barış Andlaşması da Türkiye için bu şekilde bir hak tanımaktadır. Zira bazı durumlarda barışın korunmasına ilişkin uluslararası toplumun genel menfaatinin korunması çerçevesinde, büyük devletlerin gözetiminde uluslararası statüler oluşturulabilmektedir.

On iki Ada, İtalya'nın egemenliğindeyken silahsızlandırma şartı bulunmamaktaydı. Ancak Yunanistan'a devredilirken bu şart özellikle büyük güç-

---

[34] 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi- Madde 36- *Üçüncü Devletler için haklar öngören andlaşmalar*

1. Bir andlaşmanın tarafları andlaşmanın bir hükmünün ya üçüncü bir Devlete veya o Devletin mensubu olduğu Devletler grubuna, ya da bütün Devletlere, bir hak vermesini kastettiyse ve üçüncü Devlet buna rıza gösterirse, üçüncü Devlet için andlaşmanın bu hükmünden o hak doğar.

Üçüncü Devletin rızası, aksi belirtilmediği sürece farz edilir, meğerki andlaşma başka türlü öngörsün.

2. Birinci paragrafa göre bir hakkı kullanan bir Devlet bu hakkın kullanılması için andlaşmada öngörülen veya andlaşmaya uygun şekilde tesis edilen şartlara uyacaktır.

Madde 37- *Üçüncü Devletlerin yükümlülüklerinin veya haklarının geri alınması veya değiştirilmesi*

1. Otuz beşinci maddeye uygun şekilde üçüncü bir Devlet için bir yükümlülük ortaya çıktığı zaman, bu yükümlülük ancak andlaşmaya taraf olanların ve üçüncü Devletlerin rızası ile geri alınabilir veya değiştirilebilir. Meğerki, tarafların başka türlü mutabakata vardıkları tespit edilmiş olsun.

2. Otuz altıncı maddeye uygun şekilde üçüncü bir Devlet için bir hak ortaya çıktığı zaman, üçüncü Devletin rızası olmadan hakkın geri alınamayacağı veya değiştirilemeyeceği niyeti tespit edilirse, bu hak akit taraflarca geri alınamaz veya değiştirilemez.

Madde 38- *Bir andlaşmada yer alan kuralların milletlerarası teamül aracılığı ile Üçüncü Devletleri bağlaması 34-37'nci maddelerde yer alan hiçbir hüküm, bir andlaşmada belirtilen bir kuralın bir milletlerarası teamül kuralı olarak, bu sıfatla tanınmış olduğu üzere, üçüncü bir Devleti bağlamasını engellemez.* (Kaynak: Türkiye Cumhuriyeti 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olmadığı için Sözleşme'nin resmi çevirisi bulunmamaktadır. Türkçe çeviri için bkz. KURAN Selami/ AYDIN OKUR Derya/ GÜNEL Reşat Volkan/SARIBEYOĞLU Meltem, **Uluslararası Hukuk Temel Metinler**, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, ss. 83-111.

ler tarafından Paris Barış Andlaşması'na konuldu.[35] Barış andlaşmaları, genel olarak uluslararası toplumun veya en azından bölgedeki devletlerin genel menfaatini yansıtır. 1947 Paris Barış Andlaşması da bu şekilde bir andlaşma olduğu için *erga omnes*[36] etki yaratmaktadır. Bu nedenle Türkiye, Andlaşmanın 14. maddesinin[37] Karadeniz ve Akdeniz arasındaki seyrüseferde jeopolitik konumu uygun olan tüm devletlere *erga omnes* olarak uygulanabileceğini savunmaktadır.[38]

1947 Paris Barış Andlaşması'nın amaçsal (gaî) yorum yöntemi ile değerlendirilmesi halinde *erga omnes* etki yarattığı tespit edilecektir. Bu sayede son yıllarda, uluslararası hukuk alanında *jus cogens* (emredici normlar) ile birlikte kullanımı artan *erga omnes* kavramının henüz çıkmadığı dönemde Uluslararası Daimî Adalet Divanı'nın "Savoie Serbest Bölge" davasında

---

35 ADAM, 2000, s. 215.

36 "*Erga omnes*" ifadesi Latince anlamıyla "herkese akan" demek olup, hukuki alanda herkese karşı ileri sürülebilen hak ve yükümlülükleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu doğrultuda; örneğin, *jus cogens* kuralların *erga omnes* yükümlülükler doğurduğu kabul edilmektedir. Bkz. BASSIOUNI M. Cherif, "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", **Law and Contemporary Problems**, Vol. 59, No. 4, Autumn 1996, s. 72.

37 Treaty of Peace with Italy, Signed at Paris, on 10 February 1947: Section V - GREECE (Special Clause).

Article 14- *1. Italy hereby cedes to Greece in full sovereignty the Dodecanese Islands indicated hereafter, namely Stampalia (Astropalia), Rhodes (Rhodos), Calki (Kharki), ScarScarpanto, Casossso), Piscopis (Tilos), Misiros (Nisyros), Calimnos (Kalymnos), Leros, Patmos, Lipsos (Lipso), Simi (Symi), Cos (Kos), and Castellorizo, as well as the adjacent islands.*

2. These islands shall be and shall remain demilitarized.

3. The procedure and the technical conditions governing the transfer of these islands to Greece will be determined by agreement between the United Kingdom and Greece and arrangements shall be made for the withdrawal of foreign troops not later than 90 days from the coming into force of the present Treaty.

(Madde 14- 1. İtalya, işbu belgeyle bundan böyle aşağıda belirtilen Oniki Adalar, yani Stampalia (Astropalia), Rodos (Rhodos), Calki (Kharki), ScarScarpanto, Casossso), Piscopis (Tilos), Misiros (Nisyros), Calimnos (Kalymnos), Leros, Patmos, Lipsos (Lipso), Simi (Symi), Cos (Kos) ve Castellorizo'nun yanı sıra bitişik adaların tam egemenliğini Yunanistan'a bırakmaktadır.

2. Bu adalar askerden arındırılmış olacaktır ve öyle kalacaktır.

3. Bu adaların Yunanistan'a nakline ilişkin usul ve teknik şartlar, Birleşik Krallık ile Yunanistan arasındaki anlaşma ile belirlenecek ve yabancı birliklerin, Anlaşmanın yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 90 gün içinde geri çekilmesi için düzenlemeler yapılacaktır). (*Türkçe çeviri ve koyu vurgular tarafımca yapılmıştır*).

(Kaynak: https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%2049/v49.pdf) (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

38 ADAM, 2000, s. 215.

uygulamayı reddettiği üçüncü tarafa hak yaratan hüküm (*stipulation pour autrul*) kavramından yardım umulmasına gerek duyulmayacaktır.[39] Bu anlamda belirtmek gerekir ki belli bir bölgenin silahsızlandırılmasını sağlayan andlaşmalar, objektif hukuki durum yaratmakta olup, makalemiz konusunda olduğu üzere Doğu Ege Adalarının veya belli bir bölgenin uluslararası statüye kavuşmasını sağlamaktadır.

Oluşturulan bu objektif hukuki durumu sadece Sözleşmeci devletlerin arasındaki bir yapı olarak görmek hatalı olacaktır. Âkit devletler böyle bir hukuki yapıyı kurduktan sonra mesele artık onların arasında hak ve yükümlülükler doğuran bir ilişki olmanın ötesine geçerek, uluslararası toplumun barış ve güvenliğini ilgilendiren bir statüye dönüşmektedir. Dolayısıyla burada barışın muhafazası adına mevcut hukuki statünün korunmasında bütün devletlerin (*erga omnes*) menfaati vardır.[40]

İmzacı devletlerin, adaların askerden arındırılması hükmünü koymalarının amacı, Doğu Ege'de barışı tesis etmek, Türk Boğazlarına doğru serbest geçiş rejimini sağlamaktır. Bu bakımdan askerden arındırma hükmünün, Türkiye'nin güvenliğini korumayı amaçladığı dolayısıyla da Türkiye'nin öncelikle *erga omnes* haklar daha sonra da üçüncü devletler lehine hak tanıyan hükümler yoluyla Paris barış Andlaşması'nda yer alan bu hükmün icrasını isteyebilme hakkı olduğu tezi oldukça güçlüdür. Zira Paris Barış Konferansı'nın hazırlık çalışmalarından da anlaşıldığı üzere hem İngiliz hem de Amerikan delegasyonları adaların askerden arındırılması hükümlerinin Türkiye'nin güvenlik menfaatleri gereğince olduğunun bilincinde hareket etmişlerdir.[41]

Buna rağmen, Yunanistan ilgili hükmün, Paris Andlaşması'na taraf diğer devletlerin özellikle de Sovyetler Birliği'nin menfaatini amaçladığı gibi bir iddiada da bulunmaktadır.[42] Ancak Yunanistan bu iddiası ile çelişecek şekilde davranmaya daha Andlaşmanın adeta imzaları kurumadan başlamıştır. Örneğin, 1948 gibi çok erken bir tarihte Sovyetler Birliği, Yunanistan'ın adaları silahlandırmaya başlayarak andlaşmadan kaynaklanan yükümlülükle-

---

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Ibid, s. 211.

42 Bkz. Yunanistan Dışişleri Bakanlığı Resmî web sitesi: https://www.mfa.gr/en/issues-of-greek-turkish-relations/relevant-documents/turkish-claims-regarding-the-demilitarization-of-islands-in-the-aegean-sea.html (Erişim Tarihi: 17.09.2022).

rini ihlal ettiğini belirtmiştir. Konu Birleşik Krallık tarafından da değerlendirilmiş, İngiliz Askeri Misyonu, Londra'nın Yunanistan'ın bu taleplerine göz yumup bakamayacağını sorarken, Dışişleri Bakanlığı yetkilileri, İngiltere'nin, askeri karargâhların kurulmasını yasaklayan andlaşmayı ihlal eden Yunanistan'a göz yumulamayacağı yönünde görüş beyan etmiştir.[43] Bu durum esasında yukarıda belirttiğimiz Türkiye'nin durumu fark ettiği 60'lı yılların da oldukça öncesine dayanmaktadır.[44]

İlginçtir ki Yunanistan Dışişleri Bakanlığı'nın resmî web sitesinde de On İki Adaların silahsızlandırılmasının Sovyetler Birliği'nin kararlı müdahalesiyle dayatıldığı ve Moskova'nın o dönemki siyasi emellerini yansıttığı ifade edilmiştir.[45] Akabinde, NATO ve Varşova Paktlarının kurulmasıyla adaların askerden arındırılmış statüsünün anlamını kaybettiği iddia edilmektedir.[46]

Bu ifadeler aslında Yunanistan'ın tezleri arasında hukuki anlamda en zayıf halkalardan birisini oluşturmaktadır. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi bir andlaşmanın belli hükümlerinin icrailiğine itiraza izin vermemektedir. Üstelik bu bir barış andlaşması ise durum çok daha nazik bir hale gelmektedir. Ayrıca, Türkiye Cumhuriye-

---

43 PABUÇÇULAR Hazal, War or Peace? The Dodecanese Islands in Turkish Foreign and Security Policy (1923-1947), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2015, s. 420. Ancak ABD'nin Birleşik Krallık aksine Yunanistan'ın 1947 Paris Barış Andlaşması'ndaki askerden arındırma hükümlerini esnetebileceği yönünde bir anlayış benimsediği görülmektedir. Buna göre, bu adalar grubunun dış savunma amacıyla militarizasyon olasılığı, ABD Savunma Bakanlığı'nın 1948 tarihli bir hukuki görüşüyle de desteklenmektedir. Dışişleri Bakanı Marshall'dan Atina'daki ABD Büyükelçiliği'ne gönderilen 29 Temmuz 1948 tarihli çok gizli bir telgrafta Bakanlık, İtalya Andlaşması uyarınca Yunanistan'ın 'iç düzeni korumak veya sınırları savunmak için Oniki Ada askeri tesislerini kullanma konusunda eşit hakka sahip olduğu' sonucuna varmaktadır. Bkz. COUFOUDAKİS Van & VALİNAKİS Yannis G., "The Evolution of Greece's Defense Strategy in Relation to NATO Contingencies", **The International Spectator: Italian Journal of International Affairs**, Volume XXII, No I January-March 1987, s. 33.

44 Aynı yönde bkz. PABUÇÇULAR 2015, s. 421. Yazar, askerden arındırma ihtilafının 1970'lerde Kıbrıs harekâtı sonrasında taraflar arasında karşılıklı suçlamalar döneminde değil, 1947'nin başından beri olduğunu ifade etmektedir. Ben de politik değil ama diplomatik ve hukuki anlamda Türkiye tarafından ilk defa 1960'larda saptanmasına rağmen yine Yunanistan'ın taleplerinin ilk defa ortaya çıkışı bakımından ihlallerin başlangıcının 1947'lere kadar götürebileceği düşüncesindeyim.

45 https://www.mfa.gr/en/issues-of-greek-turkish-relations/relevant-documents/turkish-claims-regarding-the-demilitarization-of-islands-in-the-aegean-sea.html (Erişim Tarihi: 17.09.2022).

46 Ibid. (The demilitarized status of the Dodecanese islands was imposed after the decisive intervention of the Soviet Union and echoes Moscow's political intentions at that point in time. It should, however, be noted that demilitarized status lost its raison d'être with the creation of NATO and the Warsaw Pact, as incompatible with countries' participation in military alliances).

ti'nin aksine Yunanistan 1969 Viyana Sözleşmesi'ne taraftır[47] ve tam da bu nedenle "bazı hükümlerin icraîliğini kaybettiği" iddiası, kendi taraf olduğu 1969 Viyana Sözleşmesi nezdinde hükümsüzdür. Dolayısıyla Yunanistan'ın "Soğuk Savaş'ın iki kutuplu dünyasının 1947 Paris Barış Andlaşması'nda On İki Adaların silahsızlandırılmasına ilişkin hükümleri ortadan kaldırdığı" iddiası uluslararası hukuka tamamen aykırılık teşkil etmektedir.

Kısaca şunu söylemek mümkündür ki, 1947 Paris Barış Andlaşması'nın 14. maddesinde silahsızlandırma koşulu ile Yunanistan'a devredilen adalarda, Andlaşmanın yürürlüğe girmesinden hemen itibaren bu düzenleme Yunanistan tarafından sistematik olarak ihlal edilmiştir. Bu durumda çalışma kapsamında vardığım özgün sonuç, On İki Adaların egemenliğinin, askersizleştirmenin ihlali durumunda artık Yunanistan'a ait kabul edilemeyeceği yönündeki Türk tezinin oldukça güçlü hale geldiği yönündedir. Çünkü yapılan ihlaller, dönemsel veya münferit değildir. Aksine, özellikle Paris Barış Andlaşması'nın kabulünün hemen ardından ve 1960'lardan günümüze kadar uzanan süreçte Lozan Barış Andlaşması'nın, sürekli ve sistematik şekilde ihlali sebebiyle, başta On İki Adalar olmak üzere Doğu Ege Adalarının egemenlik devrinin hukuki dayanağı ortadan kaldırmıştır.

1947 Paris Barış Andlaşmasında yer alan "adaların askersizleştirilmesi" hükmü ile On İki Adaların Yunanistan'a devredilen egemenliğinin, askersizleştirme hükümlerine uyulmamaya ısrarla devam edilmesi nedeniyle 'egemenlik devir şartı'na aykırılıktan ötürü, hukuki dayanağının ortadan kalktığını düşünmekteyim. Başta Saruhan Adaları olmak üzere diğer Doğu Ege Adalarının egemenliğinin devredildiği Lozan Barış Andlaşması'nın 12. Maddesinin askıya alınması suretiyle de Limni, Semadirek, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya gibi adaların üzerindeki Yunan egemenliğinin de tartışılmasının gündeme getirilebileceği fikrindeyim. Bu fikri aşağıda VI. Bölümde Lozan Barış Andlaşması'nın ihlallerinin hukuki sonuçları kısmında ifade etmeye çalışacağım.

IV. TÜRKİYE VE İTALYA ARASINDA ON İKİ ADALARIN ANADOLU KIYILARI İLE KARŞILIKLI SINIRLARININ BELİRLENMESİ ÇALIŞMALARI

1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması, Ege Denizi'nin kuzey kesiminde yer alan adaların egemenlik durumuyla ilgili düzenlemeleri içermesinin yanı sıra, On İki Ada olarak bilinen, esasen 14 adanın egemenliğini, Türkiye adı-

---

[47] Taraf devletler için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

na İtalya'ya devreden düzenlemeyi de getirmiştir. Yani, Lozan Andlaşması, bir yandan Kuzey Ege Denizi'ndeki adaların egemenlik durumunu düzenlerken, öte yandan da On İki Ada'nın İtalya'ya devredilmesini öngörmüştür.

Türkiye 1932 yılında, Lozan Andlaşmasıyla egemenliğini İtalya'ya devretmiş olduğu On İki Ada'nın, Türkiye sahilleriyle ilişkisini düzenlemeye dönük hukukî bir çalışma yapmıştır. Bu hukukî çalışmalardan bir tanesi andlaşma haline dönüştürülmüştür. Ocak 1932 tarihli bu andlaşma, Türkiye ile İtalya arasında, İtalya'ya devredilmiş olan On İki Adadan birisi olan Meis Adası ile Türkiye sahilleri arasındaki sahil hattının, deniz sınırının çizilmesini öngören bir andlaşmadır.[48] Bu andlaşma, Türkiye ile İtalya arasında imzalanmış, Resmî Gazetemizde yayımlanarak, yürürlüğe girmiştir.[49]

Bunun yanı sıra, 1932 yılında, On İki Ada'nın diğerleriyle ilgili olarak da İtalya ile benzer bir çalışmaya başlanılmış, 1932 yılının Aralık ayında, böyle bir anlaşma konusunda genel bir mutabakat sağlanmıştır. Bu mutabakata göre, On İki Ada ile Anadolu sahilleri arasındaki sınır, Türkiye ile İtalya arasında müzakere edilmiştir. Bu müzakere süreci içerisinde, Kardak Kayalığının İtalya tarafına devrini öngören bir anlayış, o çalışmaya egemen olmuştur. Ancak bu çalışma, hukukî geçerlilik noktasına getirilememiştir. Dolayısıyla anlaşma son aşamasına ulaşamamış, Resmî Gazetemizde yayımlanmamış, yürürlüğe girmemiştir. Böylece, Türkiye'yi ve İtalya'yı karşılıklı olarak bağlayan muteber bir uluslararası belge oluşmamıştır.[50]

1947 Paris Barış Konferansında, Yunanistan, 1932 yılında Türkiye ile İtalya arasında yapılmış -biri tamamlanmış, diğeri son noktaya ulaşmamış olan- bu iki çalışmanın, 1947 Paris Barış Andlaşmasına entegre edilmesini, bu belgenin andlaşmanın bir eki haline getirilmesini sağlamak üzere bir girişimde bulunmuştur. Fakat, başta Rum temsilcisi olmak üzere, pek çok ülke temsilcisi, 1932 Andlaşmalarının var olmadığını, yürürlüğünün tartışmalı olduğunu, o nedenle Paris Andlaşmasının bünyesi içerisine alınmasının söz konusu olamayacağını öne sürmüşlerdir. Bu anlamda, 1932 tarihli Türkiye ile İtalya arasındaki çalışmalar, 1947 Paris Andlaşmasında, hukukî geçerliliği olan bağlayıcı birer belge durumuna dönüşmemiştir.[51]

---

48 T.B.M.M. Tutanak Dergisi Cilt 1, Dönem 20, (30.1.1996) s. 75.

49 Anadolu sahilleri ile Meis Adası Arasındaki Ada ve Adacıkların ve Bodrum Körfezi Karşısındaki Adanın Ciheti Aidiyeti Hakkında İtalya Hükûmeti ile Aktolunan İtilâfname Hakkında Kanun, R.G. 25.1.1933, Sayı 2313.

50 T.B.M.M. Tutanak Dergisi Cilt 1, Dönem 20, (30.1.1996), s.76.

51 Ibid.

Yunanistan'ın, Türkiye ile İtalya arasındaki bu mutabakatları 1947 Paris Barış Andlaşması'na, yerleştirme konusundaki çabası, çeşitli ülke temsilcilerinin muhalefetiyle engellenmiştir. Bu nedenle Yunanistan 1950 yılında, "*bu meseleyi halledelim; On İki Ada, 1947 Paris Andlaşmasıyla İtalya'dan bize intikal etti; ama, bu adalarla Türkiye arasındaki sahil hattının nerelerden geçtiğini birlikte müzakere etmemiz lazım. İtalya ile yapılan çalışma sonuçlanmadı; bu çalışmayı birlikte yapalım da hangi kayalık, hangi adacık, hangi ada kime aittir, sınır nereden geçecek, Türkiye ile Yunanistan arasındaki deniz sınırı nedir; bunu, birlikte belirleyelim*" diyerek Türkiye'ye müracaat etmiştir. Bu müracaattan da bir sonuç çıkmamıştır. Ancak bizatihi bu müracaatın kendisi dahi, Yunanistan'ın konunun muallakta olduğunu itiraf edişinin bir belgesidir.[52]

V. EGEMENLİĞİ TARTIŞMALI ADACIK VE KAYALIKLAR

Önemli bir diğer husus ise andlaşmalarda ismi belirtilmeyen egemenliği tartışmalı adacık ve kayalıklara ilişkindir. Burada, özellikle 1996 yılında iki ülkeyi savaşın eşiğine getiren Kardak Kayalıkları krizine değinmek de faydalı olacaktır. Türkiye'nin Kardak kayalıkları üzerinde egemenliği olduğunun en güçlü kanıtı bu kayalıkların kıyıdan yalnızca 3.8 deniz mili uzaklıkta olması, buna karşın kayalığın Yunanistan'ın Kalimnos (Kilimli) Adası'ndan 5.5 deniz mili uzaklıkta olmasıdır. Mesele, söz konusu kayalıkların sadece Türkiye'ye daha yakın olması değil, aynı zamanda Türk karasuları içerisinde yer alıyor olmasıdır. Eğer, uluslararası bir dava olan Eritre-Yemen Sınır Uyuşmazlığında uluslararası tahkim mahkemesinin kararı[53] (1999) esas alınırsa, bir ülkenin karasularında yer alan isimsiz adacık ve kayalıklar, karine olarak o kıyı devletinin egemenliği altında olduğu anlaşılır. Eritre-Yemen tahkim mahkemesi kararının özel önemi, mahkemenin yaptığı bu çıkarımı, açıkça Lozan Barış Andlaşması'nın 16. maddesine dayandırıyor olmasıdır.[54]

Buna göre, Lozan Barış Andlaşmanın lafzını inceleyen tahkim mahkemesi, 6. ve 12. maddelerde 3 deniz mili içerisindeki ada ve adacıklarda Türkiye'nin egemenliğinin kabul edildiğine işaret etmektedir. Mahkeme, bu maddelerde belirtilen 3 deniz milinin, 1923 yılındaki karasuları genişliği miktarını

---

52 Ibid.

53 Bkz. https://pca-cpa.org/en/cases/81/ (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

54 Eritrea/Yemen - Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998, para. 472.

ifade ettiğini belirterek, günümüzde karasuları genişliği artmış olsa dahi (pek çok yerde 12 mil, Ege'de de 6 mil) bu karinenin halen geçerli olduğunu, dolayısıyla karasularında kalan adacık ve kayalıkların kıyı devletinin egemenliğine tabi olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu muhakeme çerçevesinde, Kardak-Imia Kayalıklarının egemenliği doğrudan Türkiye'ye aittir.

Diğer yandan, doktrinde de belirtildiği üzere, Anadolu'dan üç deniz mili ötedeki adalar üzerinde Türk egemenliğinin sona erdiği varsayımı, Lozan Barış Andlaşması'nın lafzı ve ruhuna, genel itibariyle de andlaşmaların yorum kuralları ile egemenlik devrinin açık rıza beyanını gerektirdiği uluslararası hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmektedir.[55] 1914'te Altı Büyük Devlet Kararı ile egemenliği devredilen adalar haricindeki adalar, esasında Osmanlı Devleti egemenliğinde kalmaya devam etmiştir. Lozan Barış Andlaşması'nın 12 ve 15. maddeleri[56] de zımnen bu durumu kabul etmektedir. Bu bağlamda, Andlaşma'nın 16. maddesini[57] toplu bir feragat beyanı olarak yorumlamak uluslararası hukukun egemenlik devrine ilişkin kurallarına aykırılık teşkil edecektir.[58]

---

[55] KURUMAHMUT Ali, "A New Greek- Turkish Dispute: Who Owns the Rocks?" içinde **The Aegean Sea 2000: Proceedings of the International Symposium on the Aegean Sea 2000,** (Ed. Bayram ÖZTÜRK), Tüdav, İstanbul, 2000, s. 113.

[56] Lozan Barış Andlaşması Madde 12: *İmroz ve Bozca Adaları ile Tavşan Adaları dışında, Doğu Akdeniz Adaları ve özellikle Limni, Semendirek, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya Adaları üzerinde Yunan egemenliğine ilişkin 17/30 Mayıs 1913 günlü Londra Andlaşmasının beşinci ve 1/14 Kasım 1913 günkü Atina Andlaşmasının on beşinci Maddeleri hükümleri uyarınca 13 Şubat 1914 günkü Londra Konferansında alınıp 13 Şubat 1914 günü Yunan Hükümetine bildirilen karar, işbu Andlaşmanın İtalya'nın egemenliği altına konulan ve on beşinci Maddede yazılı olan Adalara ilişkin hükümleri saklı kalmak koşulu ile doğrulanmıştır.* ***Asya kıyısından üç milden az uzaklıkta bulunan Adalar, işbu Andlaşmada tersine hüküm olmadıkça, Türkiye egemenliği altında kalacaktır.*** (Koyu vurgu tarafımca yapılmıştır).

Lozan Barış Andlaşması Madde 15: *Türkiye aşağıda sayılan Adalar üzerindeki tüm hak ve senetlerinden İtalya yararına vazgeçer: Bugün İtalya'nın işgali altında bulunan Astampalya (Astropalia), Rodos (Rhodes), Kalki (Calki), Skarpanto, Kazos (Casso), Piskopis (Tilos), Misiros (Misyros), Kalimnos (Kalymnos), Lcros, Patmos, Lipsos (Lipso), Sombeki (Simi) ve Istanköy (Koş) Adaları ile bunlara bağlı olan adacıklar ve Meis (Castellorizo) Adası.*

[57] Lozan Barış Andlaşması Madde 16: *Türkiye işbu Andlaşmada belirlenen sınırları dışındaki tüm topraklar ile bu topraklardan olup* ***gene bu Andlaşma ile üzerinde kendi egemenlik hakkı tanınmış bulunanlar dışındaki Adalarda -ki bu toprak ve Adaların geleceği ilgililerce saptanmış ya da saptanacaktır-*** *her ne nitelikte olursa olsun, sahip olduğu tüm hak ve senetlerden vazgeçtiğini açıklar.*

İşbu Maddenin hükümleri komşuluk nedeniyle Türkiye ile ortak sınırı bulunan ülkeler arasında kararlaştırılmış ya da kararlaştırılacak olan özel hükümleri bozmaz. (*Koyu vurgu tarafımca yapılmıştır*).

[58] KURUMAHMUT, 2000, s.113-114.

Zira bir devletin, herhangi bir andlaşma ile yükümlülük altına girmesi, o devletin egemenliğinden vazgeçtiği anlamına gelmemektedir. Uluslararası Daimî Adalet Divanı Wimbledon Buharlı Gemisi Davası'nda bu durumu şu şekilde belirtmektedir: "*Divan, bir Devletin, belli bir davranışta bulunma veya bir davranışta bulunmaktan kaçınma yükümlülüğü altına girdiği herhangi bir andlaşmanın sonucunda, egemenliğinden vazgeçtiği görüşünü kabul etmemektedir. Şüphe yoktur ki, bu türde bir yükümlülük meydana getiren herhangi bir andlaşma, Devletin egemenlik yetkilerinin icrasına, bu yetkilerin belli bir şekilde kullanılması anlamında, kısıtlama getirir. Ancak, uluslararası sözleşmelere (taahhütlere) girebilme hakkı, Devlet egemenliğinin bir sembolüdür.*"[59]

Gerçekten de 16. madde, egemenliği tartışmalı olan adacık ve kayalıkların akıbetinin taraflarca saptanacağını hükme bağlamaktadır. Bu hususta, andlaşmaların teamül hukuku ile ilişkileri de önem arz etmektedir. Özellikle, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (bundan sonra 1982 BMDHS olarak anılacaktır) örneğinde olduğu üzere, kodifikasyon sözleşmelerinin yorumunda devletler ve diğer uluslararası hukuk kişileri, zamanın ruhuna uygun olarak metin üzerinde farklı yorumlar geliştirebilirler. Bu yorumlama faaliyeti hem metne hem de ona karşılık gelen teamül kurallarına esneklik kazandıracaktır.[60] Bu açıdan, Lozan Barış Andlaşması'nın 12 ve 16. maddelerini, Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenliğini 3 deniz mili içerisindeki ada ve kayalıklar ile sınırlandırma şeklinde yorumlama, halihazırda Ege Denizi'nde her iki kıyıdaş devletin uyguladığı 6 deniz mili karasuları dengesi ile bağdaşmayacaktır.

Diğer taraftan şunu da belirtmek gerekir ki, 16. madde Türkiye'nin egemenlik hakları ile ilgili bir hükümdür. Buna karşın, Doğu Ege Adaları'nın silahsızlandırılmış olmaları statüsü, bu adalar üzerindeki Yunan egemenliğinin sınırlandırılmasından kaynaklanmaktadır. Türkiye'nin, Ege'de egemenliğini devrettiği adalar üzerindeki her türlü hakkından feragat etmesi, bu adalar üzerinde Yunanistan'ın egemenliğine yönelik konulan sınırlandır-

---

59 S.S. "Wimbledon", Judgment (Series A No. 1, PCIJ Reports 1923, para. 35; BÜYÜK Mehmet Emin, **Uluslararası Daimî Adalet Divanı: Kararlar, Danışma Görüşleri ve Emirnameler (1922-1930)**, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2020, s. 31; ERKİNER Hakkı Hakan ve BÜYÜK Mehmet Emin, "Türk-Yunan İlişkileri Kapsamında Kıta Sahanlığı Uyuşmazlığının Çözüm Yeri Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Olabilir mi?", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 27, S. 2, 2021, s. 1021.

60 ÖKTEM Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s. 311.

maları ortadan kaldırmamakta, ayrıca Yunanistan'a getirilen sınırlandırmalar ile ilgili olarak Türkiye lehine doğan hakları (itiraz vb.) da yok etmemektedir.[61]

Burada yeri gelmişken konumuzu ilgilendiren kısmıyla kısaca Yunanistan'ın karasularını Ege'de 12 deniz miline çıkarma yönündeki teşebbüs ve emellerine de değinmek gerekir. Zira böyle bir girişimin gerçekleşmesi halinde egemenliği tartışmalı adacık ve kayalıkların Yunan adalarının karasuları içerisinde kalmasından ötürü bu kayalık ve adacıklar üzerinde kendi egemenlik iddialarını kolaylıkla fiiliyatta geçirebileceklerdir. Özellikle yukarıda belirttiğimiz Eritre-Yemen tahkim kararı çerçevesinde olaya baktığımızda, olası bir karasuları genişletme eyleminin bu adacık ve kayalıkların Yunanistan'ın egemenliğine geçmesini nasıl kolaylıkla sağlayacağı görülecektir.

Yunan Meclisi'nin 1982 BMDHS'yi kabulünün akabinde, karasularını Sözleşme'nin 3. maddesinde belirtilen azami sınır olan 12 deniz mili olarak belirlemeyi kararlaştıracağını belirtmesi üzerine, TBMM tarafından 8 Haziran 1995 tarihli 121. Birleşim'de, Ege'deki dengelerin Lozan Barış Andlaşması'yla tesis edildiği, o dönemde her iki devletin de karasularının 3 deniz mili olarak belirlendiği ve bu durumun, Ege Denizi'nin açık deniz alanlarının %70 bir ağırlığa sahip olmasını sağladığı ifade edilmiştir. Ardından 8 Ekim 1936 tarihinde, Yunanistan karasularını 6 deniz miline çıkartmış ve Ege Denizi'nin %43'lük bir kısmında egemen hale gelmiştir. Türkiye ise 15.5.1964 tarihli ve 476 sayılı Karasuları Kanunu ile, karasularını 6 deniz miline çıkarmış olmakla birlikte, egemenliği altındaki kısım Ege Denizi'nin yaklaşık %7'lik bir bölümünü teşkil etmektedir.[62]

Karasularını 12 deniz miline çıkarma yönünde Yunanistan'ın olası bir kararının, 1982 BMDHS'nin genel çerçevesi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı hususuna gelecek olursak, böyle bir uygulama Ege'de taraflar arasında 6 deniz mili karasuları genişliğine dayanan dengenin tek taraflı olarak bozulması anlamına gelecektir. Her ne kadar, Sözleşme'nin 3. maddesi karasularının genişliği hususunda azami olarak 12 deniz mili uzaklığı esas almış olsa da uluslararası hukuk kuralları gereği Sözleşme'nin tamamını bir bütün olarak değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü, Ege Denizi'nde karşılıklı denge-

---

61 BAŞEREN, 2006, s. 78.

62 T.B.M.M. Tutanak Dergisi Cilt 88, Dönem 19, (8.6.1995) s. 136.

yi bozacak böyle bir karar, Sözleşme'nin 300. maddesi ile Taraf Devletlere yüklenen, Sözleşme'de tanınan haklar, yetkiler ve serbestileri, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmayacak biçimde uygulama yükümlüğünü ihlal etme sonucunu doğuracaktır.[63]

VI. 1923 LOZAN BARIŞ ANDLAŞMASI HÜKÜMLERİNİN İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

1923 Lozan Barış Andlaşması kurucu bir belge olması sebebiyle halen varlığını uluslararası hukukta devam ettirmektedir. Ayrıca önemli bir uluslararası belge olarak Eritre-Yemen tahkim kararında da görüldüğü üzere güncel uluslararası içtihadı etkileme potansiyeline sahiptir. Daha önce de belirtildiği üzere, Andlaşmanın en önemli özelliği, sınırları tesis eden bir karakteri olması, bu nedenle de 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 62/2 hükmü gereğince "koşulların esaslı şekilde değişmesi" iddiası ile feshedilmesi veya iptal edilmesinin söz konusu olamamasıdır.

Bununla birlikte, 1936 Montrö Boğazlar Sözleşmesi örneğinde olduğu gibi (Türkiye'ye boğazları tekrar silahlandırma hakkı tanınması) veya Eritre-Yemen tahkiminde olduğu gibi 3 deniz mili karasuları içerisindeki adacık ve kayalıkların kıyı devletine verilmesi şeklindeki kuralın karasularının genişliğinin artmasıyla yenilenebileceği şeklindeki modifikasyonlar Andlaşmanın esas yapısını etkilememektedir.

Hem Türkiye hem de Yunanistan birbirlerini Lozan Barış Andlaşması'nın hükümlerini "esaslı şekilde ihlal etmekle" itham etmektedirler. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 60(3)(b) "esaslı şekilde ihlali" "andlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem olan bir hükmün ihlal edilmesi" şeklinde tanımlamaktadır. Bu tanım, mevcut bağlamda bir şekilde döngüseldir, çünkü sorulan soru, Doğu Ege Adaları'nın askerileştirilmesinin veya Türk uçakları tarafından yapılan bazı uçuşların aslında "anlaşmanın konu veya amacını" bozup bozmadığıdır. Bu tür eylemler, anlaşmada görece küçük değişiklikler olarak görülürse, anlaşmanın geri kalanı yine de bağlayıcı ve zorunlu olacaktır.[64]

Öte yandan, askerden arındırma hükümleri 1923 Andlaşması'nda bulunan paket anlaşmanın temel koşulları idiyse, bu hükümlerin ihlali, temel

---

[63] ÖZMAN Aydoğan, **Deniz Hukuku I**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2006, s. 344.

[64] VAN DYKE, 2005, s. 97.

anlaşma ilişkisini değiştirebilir. Bu durumda 1969 Viyana Sözleşmesi m. 60(2)(b) uyarınca "*Çok taraflı bir andlaşmanın akit taraflardan birisi tarafından esaslı bir şekilde ihlali andlaşma ile bilhassa etkilenen bir tarafa, kendisi ile kusurlu Devlet arasındaki ilişkiler bakımından andlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya almasının gerekçesi olarak bu ihlale başvurma hakkını verir*".

Bu bakımdan Lozan Barış Andlaşması'nın 13. maddesine[65] baktığımızda barışın korunmasını sağlama amacıyla ismi sayılan Yunan adalarında askeri güç bulundurulamayacağı açık şekilde belirtilmektedir. Eğer bu hükmün esaslı şekilde ihlal edildiği Türkiye Cumhuriyeti tarafından iddia edilirse, 1969 Viyana Sözleşmesi m. 60(2)(b) çerçevesinde Lozan Barış Andlaşmasının kusurlu Devlet olan Yunanistan ile arasındaki ilişkiler bakımından yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya alma ihtimali ortaya çıkabilecektir. Bu kısmi askıya alma durumu özellikle andlaşmanın 12. maddesinde egemenliği devredilen ve 13. maddeye de konu olan söz konusu adalara ilişkin hüküm özelinde gerçekleştirilebilecektir.

Lozan Barış Andlaşması'nın 13. maddesindeki askerden arındırma hükümlerinin devamlı ihlali nedeniyle Andlaşma'nın 12. maddesinin Türkiye Cumhuriyeti tarafından Yunanistan ile ilişkilerimiz bağlamında askıya alınması durumunda Limni, Semadirek, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya gibi adaların üzerindeki Yunan egemenliğinin Türkiye tarafından tartışmalı hale getirilebileceğini söylemek mümkündür fikrindeyim.

Eğer Türkiye ve Yunanistan'ın bazı eylemleri Lozan'ın katı lafzının ihlali olarak ortaya çıkıyorsa, bu eylemler birbirini ortadan kaldırıcı nitelikte görülebildiği sürece Andlaşmanın geri kalan hükümleri aynı şekliyle taraflar üzerinde bağlayıcılığını devam ettirecektir.[66] Dolayısıyla, Yunanistan'ın

---

[65] Lozan Barış Andlaşması Madde 13: *Barışın korunmasını sağlamak amacı ile, Yunan Hükümeti, Midilli, Sakız, Sisam ve Nikarya Adalarında aşağıdaki önlemlere saygı göstermeği yükümlenirler:*

Birincisi: Bu Adalarda hiçbir deniz üssü ve hiçbir istihkâm kurulmayacaktır.

İkincisi: Yunan, savaş uçakları ve öteki hava araçlarının Anadolu kıyısındaki topraklar üzerinde uçması yasaklanacaktır.

Buna karşılık, Türkiye Hükümeti de savaş uçaklarının ve öteki hava araçlarının sözü geçen Adalar üzerinde uçmasını yasaklayacaktır.

Üçüncüsü: Söz konusu Adalarda Yunan, Silahlı Kuvvetleri, silah altına alınıp yerinde eğitilebilecek olan normal askersel birlikle ve tüm Yunanistan topraklarındaki jandarma ve polis sayısı ile orantılı olacak, bir jandarma ve polis örgütü ile sınırlı kalacaktır.

[66] VAN DYKE, 2005, s. 97.

adaları silahlandırması, eğer bu şekilde esaslı bir ihlal olarak görülmezse, uluslararası sorumluluk hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde ihlalden etkilenen taraf olarak Türkiye, ihlalden önceki hale tekrar dönülmesi amacıyla "eski hale iade" talebinde bulunmalıdır. Burada ihlalden dolayı uğranılan zarar, BM veya NATO gözlemcileri vasıtasıyla kanıtlanarak, durum tespitinin akabinde ihlalin ortadan kaldırılması amacıyla Yunanistan'dan diplomatik talepte bulunulması yerinde olacaktır.

Bu noktada "eski hale iade" ile ilgili uluslararası hukukun teorik yapısını ortaya koymak, duruma bir çözüm önerme noktasında, fayda sağlama istidadı göstermektedir. Uluslararası uygulamada haksız bir fiile ilişkin olarak onarım (*reperation*) usulleri iki alt başlıkta toplanmaktadır. Bunlardan ilki "eski hale iade" (*restitution*), ikincisi ise "maddi tazminattır" (*pecuniary damage*). Genel itibariyle eski hale iade, ihlalin neden olduğu zarardan kaynaklanan bozulan ilişkilerin yeniden onarılarak önceki halin (*status quo ante*) yeniden tesis edilmesidir.[67]

Buna karşılık, bir diğer onarım biçimi olan maddi tazminat, eski hale iadenin olanaklı olmadığı veya yeterli olmayacağı durumlarda zararın yeterli şekilde onarımını gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Uluslararası Daimî Adalet Divanı'nın ifadesi ile söylemek gerekirse, "onarım; mümkün olduğu şekilde yasadışı fiilin tüm sonuçlarını ortadan kaldıracak ve tüm imkanlar ile fiilin işlenmemiş sayılacağı durumu tesis edecektir".[68]

Adaların silahlandırılmasının maddi tazminatı gerektirecek bir durum olmadığı aşikardır. Burada Yunanistan'ın uluslararası yükümlülüklerinin ihlalinin onarımı "eski hale iade" şeklinde gerçekleştirilebilir. Eski hale iadenin gerçekleştirilebilmesinin yolu da Yunanistan'ın adalarda gerçekleştirdiği askeri tahkimatı ortadan kaldırması ile mümkündür.

Yunanistan'ın adalardaki askeri varlığını tesis etmesini, özellikle BM Şartı m. 51'deki meşru müdafaaya dayandırarak, bu hükmü "emredici norm" (*jus cogens*) olarak görmek suretiyle, Lozan ve Paris Barış Andlaşmalarındaki "adaların askerden arındırılması" hükümlerini 1969 Viyana Sözleşmesinin *jus cogens* normlara diğer andlaşma hükümleri üzerinde üstünlük tanıyan 53. ve 64. maddeler bağlamında geçersiz gören bir anlayışı

---

[67] ERKİNER Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 199 vd.

[68] The Factory at Chorzow *(Germany* v. *Poland*), 13 September 1928, PCIJ, Series A, No. 17, Collection of Judgments No: 13, (Merits), s. 47.

da ileri sürmektedir.[69] Öncelikle meşru müdafaa, temel bir uluslararası hukuk normu olmakla birlikte, genellikle *jus cogens* olarak sayılmamaktadır.[70] Diğer taraftan yaklaşık iki yüzyıldan uzun bir süredir askerden arındırılmış bölgeler uluslararası hukuk uygulamasında yer almaktadır.

Örneğin; Baltık Denizindeki Aaland Adaları yaklaşık 150 yıldır askerden arındırılmış bölge halindedir ve barışa hizmet etmektedir. Aaland Adaları ile ilgili konvansiyon 30 Mart 1856'da İsveç, Finlandiya ve Rusya arasında imzalanmış ve askerden arındırma gerçekleştirilmiş ancak daha sonra Ekim 1921 tarihli andlaşma ile tarafsızlaştırma rejimi tesis edilmiştir. Yine Finlandiya ile imzalanan 1947 Paris Barış Andlaşması'nın 5. maddesinde "adaların askerden arındırılmış olarak tutulmaya devam edileceği" ifade edilmiştir. Bu bakımdan hem Aaland Adaları'nın hem de Doğu Ege Adaları'nın askersizleştirilme itibariyle benzer bir statüde olduğunu ve bu doğrultuda 1969 Viyana Sözleşmesi m. 36-38 hükümleri uyarınca ilgili üçüncü devletler için de hak yarattıklarını söyleyebiliriz.[71]

Netice itibariyle, Yunanistan'ın zikredilen andlaşma hükümlerinin yasal etkisini ortadan kaldırmak amacıyla uluslararası hukukun emredici normlarının üstünlüğüne dayanma çabası, uluslararası hukuk bakımdan kabul edilebilecek bir yaklaşım değildir. Meşru müdafaaya ilişkin kural emredici bir norm değildir ve mevcut olmayan bir silahlı müdahalenin olma ihtimalini ileri sürmek suretiyle, özel hukuki rejim tesis eden andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerinden kurtulmak için bir hukukî çıkış noktası sağlamamaktadır.

---

69 Bkz. http://www.hri.org/MFA/foreign/bilateral/aegeen.htm (Erişim Tarihi: 26.11.2022) (The right of legitimate defense, one of the fundamental rights of the international legal order, possesses the character jus cogens. Article 103 of the U. N. Charter states that the right of legitimate defense contained in article 51 overrides any conventional obligation to the contrary).

70 Örneğin; 2001 Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu Taslak Maddeleri Komisyonu Çalışma Grubu "saldırı yasağını" bağımsız bir emredici norm (*jus cogens*) olarak görmüş ancak "meşru müdafaa" konseptini uluslararası hukukun emredici bir normu olarak nitelendirmemiştir. Bkz. https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/chp5.pdf (Erişim Tarihi: 26.11.2022).

71 VAN DYKE, 2005, ss. 97-98.

VII. DOĞU EGE ADALARININ SİLAHSIZLANDIRILMASI VE ADACIKLAR İLE KAYALIKLARIN AİDİYETİ SORUNLARININ DİPLOMATİK MÜZAKERE YOLUYLA ÇÖZÜMÜNÜN DENENMESİ

Bu başlık altında, Doğu Ege Adalarına ilişkin hukuki sorunların niçin yargısal çözüm yerine diplomatik usuller vasıtasıyla çözülmesi gerektiğine dair nedenleri sıralayacağım.

İlk olarak, Türkiye ve Yunanistan arasındaki Ege uyuşmazlıklarının çözümünde yargısal yollardan ziyade müzakere yönteminin avantajlarını ortaya koymaya çalışacağız. İlk olarak belirtmek gerekir ki uluslararası yargısal çözüm yöntemi, kazananın tamamını alacağı bir yapı taşıdığı için oldukça risklidir. Böyle bir durumda verilecek bir karar tarafların arasındaki sorunları esnek davranarak ortadan kaldırması ve gerekli düzeltmeler için alan bırakmasına engel oluşturacaktır.

İkinci olarak, taraflar ancak aralarında gerekli müzakereleri yapıp, anlaştıkları ve anlaşamadıkları noktaları belirledikten sonra, genellikle yargısal yollara başvururlar. Bu bakımdan pek çok uluslararası andlaşmada da çıkacak uyuşmazlıkların yargı yoluna götürülmeden önce müzakere ve dostane çözüm yöntemleri ile halline dair tüketilmesi zorunlu usulî yollar oluşturulur. Türkiye ve Yunanistan sorunların neler olduğu konusunda bile nereyse hiçbir aşamada mutabakata varabilmiş değildir.

Üçüncü olarak, Ege'deki uyuşmazlıkların tamamının doğrudan birbirleriyle ilgili olmaları nedeniyle "paket anlaşma" (*package deal*) yöntemi, yargısal çözümden daha tercih edilebilir bir yapıdadır. Bu şekilde taraflardan birisinin bir konuda vereceği bir taviz başka bir konuda elde edeceği kazanım ile dengelenebilir.

Dördüncü olarak, deniz uyuşmazlıklarını yargısal yollara sunan devletlerin çoğunlukla iyi ilişkilere sahip olması tesadüf değildir. Zira aralarındaki iyi münasebetlerin bir neticesi olarak uyuşmazlık tarafları yargı makamının vereceği kararı kabule hazırlıklıdırlar.

Beşinci ve son olarak, hukukun yorum içeren yapısı çeşitli konularda kesinliğin önünde bir engel teşkil etmektedir. Deniz uyuşmazlıklarında bu durum oldukça belli olduğu için, Uluslararası Adalet Divanı'nın hakkaniyet ve nisfete (*ex aequo et bono*) yaklaşan şekilde geniş bir takdir yetkisi kullanarak meseleleri çözümlediği dikkate alınmalıdır. Bu durum özellikle Ege

Denizi gibi dünyadaki en karmaşık coğrafyalardan birisinin sorunlarının çözümlenmesinde verilecek bir yargısal kararın tatmin edici olmasının önünde büyük bir engel oluşturmaktadır.

Anılan sebeplerle iki ülke arasındaki çok katmanlı uyuşmazlıklar yumağının müzakereler yoluyla çözümlenmesinde büyük fayda bulunmaktadır.

SONUÇ

Netice itibariyle, hem 1923 Lozan Andlaşması hem de 1947 Paris Andlaşması halen icrailiğini devam ettirmektedirler. Türkiye'nin, adaların statüsü ve askerden arındırılmış yapılarına dair hukuki pozisyonu uluslararası hukuk ve reel politik bakımından oldukça güçlüdür. Bu noktada, adalar arasında bir kategorizasyon yapılması gerekirse, 1947 Paris Barış Andlaşmasından sonra yeni bir belge kabul edilmediği için On İki Adaların silahsızlandırılmasına ilişkin Türkiye'nin pozisyonu tartışmaya kapalıdır.

Türkiye'nin; Midilli, Sisam, Sakız ve İkarya adalarına ilişkin pozisyonu da 1936 Montrö Sözleşmesinin bu adalara herhangi bir etkisi olmaması nedeniyle oldukça güçlüdür. Görece tartışmaya açık olan husus, Limni ve Semadirek adalarının boğazlara yakınlığı nedeniyle 1923 Lozan Boğazlar Sözleşmesi'ndeki askersiz olma statülerinin 1936 Montrö Boğazlar Sözleşmesi ile revize edilip edilmediğidir. Esasında, Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin de yeni bir hukuki durum yarattığı dikkate alındığında, yeni hukuki durumun kapsamının genişletilmesi suretiyle Limni ve Semadirek Adalarını da silahlandırmaya zımnen izin verdiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim, dönemin Yunan Başbakanı da bu silahlandırma faaliyeti ile Lozan Barış Andlaşmasını ihlal ettiklerini itiraf etmiştir.

Limni'nin ve On İki Adanın silahlandırılması ve genel itibariyle diğer ihlallere yönelik olarak Türkiye'nin ısrarlı şekilde diplomatik notalar ve sahadaki faaliyetleriyle itirazda bulunması ve Yunanistan'ın diğer adacık ve kayalıklarda da egemenlik tesis etme çabalarının engellenmesi ulusal menfaatlerimiz bakımından hayati önemi haizdir.

Türkiye'nin uygulanmasını talep ettiği hakkaniyet ve diğer sübjektif ilkelerin Uluslararası Adalet Divanı'nın içtihatlarının temelini oluşturmaması, bu ilkelerin ikili ve çok taraflı yargı-dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde kullanılmayacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla "adaların silahsızlandırılması" konusu da dahil olmak üzere Ege Denizi'ndeki sorunları Ulus-

lararası Adalet Divanı'nın hakimlerinin ellerinden uzak tutup, müzakere yoluyla çözümlemeye çalışmak Türkiye'nin lehine olacaktır.

Bu çalışmanın ortaya koyduğu temel sonuçlardan biri de Yunan resmi makamları tarafından yapılan beyanlarla da sabit olduğu üzere; 1923 Lozan Barış Andlaşması, 1936 Montrö Boğazlar Sözleşmesi, 1947 Paris Barış Andlaşması ve 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmelerinin çeşitli hükümlerini yok sayarak, Yunanistan'ın adaların askersizleştirme hükümlerini ihlal ettiği gerçeğidir. Yukarıda da belirtildiği şekilde bu ihlaller, hukuki gerekçeleriyle gerek Yunanistan gerekse diğer ilgili devletlerle diplomatik temaslarda ortaya konulmalı ve başta BM ile NATO gibi uluslararası örgütler nezdinde konunun takipçisi olunmalıdır.

Bu doğrultuda, diplomatik yollar veya uluslararası örgütler vasıtası ile çözüm bulunamaması ve ilgili Andlaşmalardaki askersizleştirme hükümlerine aykırılığın devamı halinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin mezkûr Doğu Ege Adaları'nın üzerindeki Yunan egemenliğinin ortadan kalktığı yönünde bir pozisyon belirlemesinin, ülkemizin ulusal menfaatlerine fayda sağlayacağını ve uluslararası hukuk bağlamında da bu durumun objektif olarak savunulabilir olduğu düşüncesindeyim.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

ADAM Henri, "Military Status of the Aegean Islands", içinde **The Aegean Sea 2000: Proceedings of the International Symposium on the Aegean Sea 2000,** (Ed. Bayram ÖZTÜRK), Tüdav, İstanbul, 2000, ss. 210-218.

AYMAN S. Gülden, "Ege'den Doğu Akdeniz'e Yunan Dış Politikasında Güç, Tehdit ve İttifaklar", içinde **Coğrafya, Tarih ve Uluslararası Hukuk Boyutlarıyla Küresel ve Bölgesel Denklemde Ege ve Doğu Akdeniz,** (Eds. Haluk ALKAN, Metin ÜNVER), İstanbul University Press, İstanbul, 2021.

BASSIOUNI M. Cherif, "International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes", **Law and Contemporary Problems**, Vol. 59, No. 4, Autumn 1996, ss. 63-74.

BAŞEREN Sertaç Hami, **Ege Sorunları**, Tıpkı 2. Baskı, Tüdav Yayınları, Ankara, 2006.

BÜYÜK Mehmet Emin, **Uluslararası Daimî Adalet Divanı: Kararlar, Danışma Görüşleri ve Emirnameler (1922-1930)**, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2020.

COUFOUDAKİS Van & VALİNAKİS Yannis G., "The Evolution of Greece's Defense Strategy in Relation to NATO Contingencies", **The International Spectator: Italian Journal of International Affairs**, Volume XXII, No I January-March 1987, ss. 30-35.

ERKİNER Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

ERKİNER Hakkı Hakan ve BÜYÜK Mehmet Emin, "Türk-Yunan İlişkileri Kapsamında Kıta Sahanlığı Uyuşmazlığının Çözüm Yeri Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Olabilir mi?", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 27, S.2, 2021, ss. 1013-1038.

JANIS Mark W., **An Introduction to International Law**, Third Edition, Aspen Law and Business, 1999.

KURAN Selami / AYDIN OKUR Derya / GÜNEL Reşat Volkan / SARIBEYOĞLU Meltem, **Uluslararası Hukuk Temel Metinler**, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2014.

KURUMAHMUT Ali, "A New Greek- Turkish Dispute: Who Owns the Rocks?" içinde **The Aegean Sea 2000: Proceedings of the International Symposium on the Aegean Sea 2000,** (Ed. Bayram ÖZTÜRK), Tüdav, İstanbul, 2000, ss. 110-117.

ÖKTEM Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2013.

ÖZMAN Aydoğan, **Deniz Hukuku I**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2006.

PABUÇÇULAR Hazal, War or Peace? The Dodecanese Islands in Turkish Foreign and Security Policy (1923-1947), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2015.

SALTZMAN David, "A Legal Survey of the Aegean Issues of Dispute and Prospects for a Non-Judicial Multidisciplinary Solution", içinde **The Aegean Sea 2000: Proceedings of the International Symposium on the Aegean Sea 2000,** (Ed. Bayram ÖZTÜRK), Tüdav, İstanbul, 2000, ss. 183-209.

SCHMITT Michael N., "Aegean Angst: The Greek-Turkish Dispute" **Naval War College Review** Vol. 49, No. 3 (SUMMER 1996), ss. 42-72.

S.S. "Wimbledon", Judgment (Series A No. 1, PCIJ Reports 1923.

STİVACHTİS A. Yannis, "The Demilitarization of the Greek Eastern Aegean Islands the Case of the Central Aegean and Dodecanese Islands", **The Turkish Yearbook of International Relations**, Vol. 29, 1999, ss. 99-130.

TOLUNER Sevin, "The Pretended Right to Remilitarize the Island of Lemnos Does not Exist", içinde **Geçmişi Anımsayıp Geleceği Yönlendirme (Remembering the Past While Moving Forward in the Future**) 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, ss. 47-80.

VAN DYKE Jon M, "An Analysis of the Aegean Disputes under International Law", **Ocean Development & International Law**, Vol. 36, 2005, ss. 63-117.

Kanunlar, Sözleşmeler, Yargı Kararları ve İnternet Kaynakları

Anadolu sahilleri ile Meis Adası Arasındaki Ada ve Adacıkların ve Bodrum Körfezi Karşısındaki Adanın Ciheti Aidiyeti Hakkında İtalya Hükûmeti ile Aktolunan İtilâfname Hakkında Kanun, R.G. 25.1.1933, Sayı 2313.

Boğazlar Rejimi Hakkında Montreux'de 20 Temmuz 1936 tarihinde imza edilen Mukavelename, R.G, 5 Ağustos 1936, Sayı 3374.

Eritrea/Yemen - Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998.

T.B.M.M. Tutanak Dergisi Cilt 88, Dönem 19, (8.6.1995).

T.B.M.M. Tutanak Dergisi Cilt 1, Dönem 20, (30.1.1996).

The Factory at Chorzow *(Germany* v. *Poland*), 13 September 1928, PCIJ, Series A, No. 17, Collection of Judgments No: 13, (Merits).

https://www.mfa.gov.tr/ii_-convention-relating-to-the-regime-of-the-straits.en.mfa (Erişim Tarihi: 16.07.2022).

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf (Erişim Tarihi: 16.08.2022).

https://www.ismetinonu.org.tr/lozan-baris-antlasmasi-tam-metni/ (Erişim Tarihi: 16.08.2022).

https://www.mfa.gr/en/issues-of-greek-turkish-relations/relevant-documents/turkish-claims-regarding-the-demilitarization-of-islands-in-the-aegean-sea.html (Erişim Tarihi: 17.09.2022).

https://www.mfa.gov.tr/background-note-on-aegean-dispute.en.mfa (Erişim Tarihi: 19.09.2022).

https://www.mfa.gov.tr/ii_-convention-relating-to-the-regime-of-the-straits.en.mfa (Erişim Tarihi: 19.09.2022).

https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%2049/v49.pdf) (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

https://pca-cpa.org/en/cases/81/ (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

http://www.hri.org/MFA/foreign/bilateral/aegeen.htm (Erişim Tarihi: 26.11.2022).

https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/chp5.pdf (Erişim Tarihi: 26.11.2022).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1515-1554

MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ(*)

Arş. Gör. **Burak TAŞ**(**)

Öz: Malvarlığına karşı suçlarda haksız tahrik uygulaması hususunda ne doktrinde ne de uygulamada bir birlik bulunmaktadır. Malvarlığına karşı suçlara ilişkin eserler incelendiğinde ise haksız tahrik konusuna yeterli önemin verilmediği görülmektedir. Bu suç tiplerinin tahlilci metotla incelendiği eserlerde ise genellikle gerekçesi yer almaksızın malvarlığına karşı suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmiştir. Yargıtay uygulamaları incelendiğinde ise genel olarak malvarlığına karşı suçların belirli bir amaç veya saik ile işlendikleri kabulü ile haksız tahrikin bu tarz suçlarla bağdaşmayacağı kabulü üzerinden değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Bu çalışmada doktrinde ve uygulamada genel olarak savunulan malvarlığına karşı suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kabulü eleştirel biçimde incelenmiştir. Saik/amaç ile haksız tahrik hükümlerinin bağdaşamayacağı görüşünün yalnızca bir varsayım olduğu ve bu suçların niteliği elverdiğince haksız tahrik altında işlenebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Malvarlığına Karşı Suçlar, Haksız Tahrik, Manevi Unsur, Amaç, Saik.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 24.04.2022. Makale Kabul Tarihi: 15.11.2022.

(**) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0001-6481-1580; *burak.tas@asbu.edu.tr*).

APPLICABILITY OF UNJUST PROVOCATION PROVISIONS AT CRIMES AGAINST PROPERTY

Abstract: There is no unity neither in doctrine nor in practice regarding the application of unjust provocation in crimes against property. When the works on crimes against property are examined, it is seen that the issue of unjust provocation is not given sufficient importance. In the works where these crime types are analyzed with the analytical method, it is generally accepted that the provisions of unjust provocation cannot be applied in crimes against property without justification. When the applications of the Court of Cassation are examined, it is seen that the evaluation is made on the assumption that crimes against property are committed with a specific purpose or motive, and that unjust provocation is incompatible with such crimes. In this study, the assumption that unjust provocation provisions cannot be applied in crimes against property, which is generally defended in doctrine and practice, has been critically examined. It has been concluded that the view that the motive/purpose and unjust provocation provisions are incompatible is only an assumption and that these crimes can be committed under unjust provocation as far as their nature allows.

Keywords: Crimes Against Property, Unjust Provocation, Moral Element, Purpose, Motive.

GİRİŞ

Malvarlığına karşı suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümlerinin düzenlendiği ikinci kitap, kişilere karşı suçların bulunduğu ikinci kısım ve onuncu bölümde, 141 ile 166. maddeleri arasında yer almaktadır.[1] Bu çalışmanın esasını bu bölümde düzenlenen suçların haksız tahrik kurumu ile bağdaşabilirliği oluşturmaktadır.

Kusurluluğu azaltan bir neden olarak haksız tahrik, TCK'nın *"Ceza Sorumluluğunun Esasları"* başlıklı ikinci kısmının *"Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler"* başlığı altında düzenlenmiştir. TCK m. 29'da düzenlenen haksız tahrik, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya

[1] Bu bölümde düzenlenen suçlar sırasıyla; hırsızlık (TCK m. 141), yağma (TCK m. 148), mala zarar verme (TCK m. 151), ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme (TCK m. 153), hakkı olmayan yere tecavüz (TCK m. 154), güveni kötüye kullanma (TCK m. 155), bedelsiz senedi kullanma (TCK m. 156), dolandırıcılık (TCK m. 157), kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (TCK m.160), hileli iflas (TCK m. 161), taksirli iflas (TCK m. 162), karşılıksız yararlanma (TCK m. 163), şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi (TCK m. 164), suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (TCK m. 165), bilgi vermeme (TCK m. 166) olarak sayılabilir.

şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye verilecek cezanın indirilerek verileceğini düzenlemiştir. Bu genel düzenleme esasında haksız tahrik hükümlerinin kural olarak bütün suçlar bakımından uygulanabileceğini göstermektedir.

Malvarlığına karşı suçlarda haksız tahrik uygulaması hususunda doktrinde ve uygulamada bir birlik bulunmamaktadır. Çalışmanın üçüncü bölümünde inceleneceği üzere doktrinde malvarlığına karşı bazı suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını kabul eden görüşlerin bulunduğu gözlemlenmektedir. Yargıtay uygulamaları incelendiğinde ise bazı malvarlığına karşı suçların belirli bir amaç veya saik ile işlendikleri kabulü ile haksız tahrikin bu tarz suçlarla bağdaşmayacağı kabulü üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. Bu kapsamda haksız tahrik hükümlerinin malvarlığına karşı suçlarda uygulanabilirliği hususunun ortaya konabilmesi için öncelikle haksız tahrik kurumunun yapısından genel olarak bahsetmek, ardından hiddet veya şiddetli elem kavramının kapsamını ortaya koymak, saik ile haksız tahrik ilişkisini inceleyip haksız tahrikin genel olma özelliği ortaya konduktan sonra Yargıtay kararları ışığında malvarlığına karşı suçlarda ayrı ayrı haksız tahrik hükümlerinin uygulamasını incelemek gerekmektedir.

I. GENEL OLARAK HAKSIZ TAHRİK

Haksız tahrik kurumu, TCK'nın *"Ceza Sorumluluğunun Esasları"* başlıklı ikinci kısmının *"Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler"* başlığı altında düzenlenmiştir. Bu açıdan kanunun sistematiği göz önüne alındığında haksız tahrik, failin kusurluluğunu ve buna bağlı olarak ceza sorumluluğunu azaltan bir haldir.[2]

---

[2] KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, 2021, ss. 358-359; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Adalet Yayınevi, 26. Baskı, Ankara, 2022, s. 410; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 509; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 14. Baskı, Ankara, 2020, s. 587; ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 346; BİRTEK Fatih, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 313; AKDAĞ Hale, **Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 254; EKER KAZANCI Behiye, "Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 15, Özel S., 2013, s. 1316; MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 1. Cilt,** Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2013, s. 372; Doktrinde haksız tahrikin bir mazeret nedeni olduğunu savunan görüşler olsa da ağırlıklı görüş bu kurumun kusurluluğu azaltan bir neden olduğuna yöneliktir. KANGAL Zeynel, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Erzincan

Haksız tahrikin suça değil kusurluluğa ilişkin olması, sanığın psikolojisinin odağa alınmasıyla ilgilidir.[3] Bu açıdan psikolojide bir heyecan türü olan hiddet duygusunun ceza hukukundaki karşılığı haksız tahrik olarak belirmektedir.[4]

Haksız bir fiile maruz kalan kişinin normal bir kişiye kıyasla iradesi etkilendiği ve içinde bulunduğu durum göz önüne alındığında davranışlarını hukukun öngördüğü biçimde yönlendirme yeteneği azaldığı için kusurluluğu etkilenmektedir.[5] Bu etki halinde bir tepki fiili gerçekleştirmektedir.[6] Tepki fiili tahrik edenin hayatına, vücut bütünlüğüne, kişiliğine yönelik olabileceği gibi *"malvarlığına"* yönelik de olabilmektedir.[7]

1. Hiddet veya Şiddetli Elemin Kapsamı

Hiddet ya da öfke, kontrolsüz biçimde var olduğunda birey ve toplum üzerinde olumsuz sonuçlara sebep olmaktadır. Kişilerarası sorunlu ilişkilere

---

2010, C.14, S.3-4, ss. 27-28; TÖNGÜR Ali Rıza/ÇETİNTÜRK Ekrem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 249; *"Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik; kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir."* YCGK, 2020/122 E., 2021/533 K., 04.11.2021 T. (Çalışmada aksi belirtilmediği sürece yargı kararlarına https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ adresinden ulaşılmıştır.

3 ÜMİT ATILGAN Eylem**, Türkiye'deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukukî Bir Araştırma**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 57.

4 EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 591.

5 BİRTEK, s. 313; EKER KAZANCI, ss. 1316-1317.

6 Yargıtay tarafından benimsendiği üzere haksız tahrik hükümlerinin söz konusu olabilmesi için belli şartların mevcudiyeti aranmaktadır: Tahriki oluşturan haksız bir fiil bulunmalı (Fiil ceza hukuku anlamında değer taşımalı ve fiil tahrik etmeye elverişli nitelikte olmalıdır (TÖNGÜR/ÇETİNTÜRK, s. 251). Tahrik edici fiil insandan kaynaklanmalıdır (TOROSLU Nevzat/TOROSLU Haluk**, Ceza Hukuku Genel Kısım**, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 285). Fiilin haksız olması suç teşkil etmesini gerektirmemektedir. Fiilin hukuk düzenine aykırı olması gerekmektedir), fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı (Hiddet veya şiddetli elem dışında kalan bir nedenden kaynaklanan duygular haksız tahrik kapsamında değerlendirilemez. TOROSLU/TOROSLU, s. 287), failin işlediği suç bu ruhsal durumunun tepkisi olmalı, haksız tahrik teşkil eden eylem mağdurdan sadır olmalıdır. Bkz. YCGK, 2018/174 E., 2021/455 K., 07.10.2021 T.

7 ÖZALP Nabi, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 45; ÇAM Onur, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 29, 31, 55; AYDIN, Devrim, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.54, S.1, 2004, s. 231.

ve toplum içinde düzenli ve doğru yaşamakla ödevli insanların suç işlemesine neden olmaktadır.[8]

Tahrikte, kişinin ne yaptığını ya da fiilinin neyi amaçladığını bilmediği ölçüde irade yeteneğini (özdenetimini) kaybetmesi gerekmez; ama özdenetim o kadar kaybolmaktadır ki, fiili mantıktan ziyade hiddet tarafından yönlendirilmektedir.[9] Haksız hareketin failde uyandırdığı heyecan duygusu (tahrik), failin iradesini etkilemektedir.[10] Tepki suçu işleyen fail, heyecan duygusunun yarattığı, haksız fiilde bulunandan intikam alma duygusu ile hareket edebilmektedir.[11]

Failin suç işlemeye yönelik karar verme sürecini anlamada iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki *"caydırıcı/rasyonel"* seçim çerçevesinden kaynaklanmaktadır.[12] Bu anlayışta olası suçluların bir suç işleme kararıyla ilişkili getiri ve götürüleri tarttığını ve daha sonra getiri, götürülerden daha ağır bastığında fiili işlemeyi seçeceğini varsayımına dayanır. Götürüler getirilerden daha ağır bastığında ise kişi fiili işlemekten kaçınmayı seçer. Diğer görüş ise *"durumsal/duygusal"* faktörlerin bir dizi farklı bağlamda bireysel karar vermeyi nasıl etkilediğine odaklanmıştır.[13] Bir kişi, büyük duygusal uyarılmaya neden olan koşullardayken verilen cezai davranışlarla ilgili kararlar, potansiyel suçlunun daha az uyarıldığı durumlarda ortaya çıkan kararlardan daha az tehditlere açık olabilir. Çünkü çok yüksek derecede duygusal uyarılma, potansiyel suçlunun tüm dikkatini mevcut durumuna perçinleyerek gelecekteki sonuçların düşüncelerini gölgede bırakabilir.[14]

Kanaatimizce her iki bakış açısı ile bakıldığında haksız tahrik altında kişiyi suç işlemeye iten nedenler hem rasyonel hem de duygusal etmenlere dayanmaktadır. Kişi haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elem al-

---

8 TATLILIOĞLU, Kasım/KARACA, Mehmet, "Öfke Olgusu Hakkında Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme", **International Journal of Social Science Studies,** C.6, S.6, 2013, s. 1102.

9 MOUSOURAKIS, George, "Reason, Passion and Self-Control: Understandıng the Moral Basis of the Provocation Defence", **R.D.U.S.,** S.38, 2007, s. 220-221.

10 EKER KAZANCI, s. 1311.

11 EKER KAZANCI, s. 1311.

12 CARMICHAEL, Stephanie/PIQUERO, Alex R., "Sanctions, Perceived Anger, and Criminal Offending", **Journal of Quantitative Criminology**, C.20, S.4, 2004, ss. 371- 373.

13 CARMICHAEL/PIQUERO, ss. 371- 373.

14 ZIMRING, Franklin/HAWKINS, Gordon., **Deterrence: The Legal Threat in Crime Control**, University of Chicago Press, Chicago, 1973, ss. 146-147 (Aktaran: CARMICHAEL/PIQUERO, ss. 373-374).

tında suç işleyerek aslında manevi açıdan getiri-götürü dengesi kurabilir, haksız fiilin yarattığı ruh hali ile yapacağı seçimin kişide yaratacağı duygusal tatmin, suç işlenerek özgürlüğünün sınırlanması bakımından ağır basabilir. Özgürlük sınırlaması manevi açıdan fail için bir götürü olarak değerlendirilebilir. Failin hiddet veya şiddetli elem altında işleyeceği suç ile sağlayacağı tatmin bir getiri olarak değerlendirilebilir ve bu getiri, götürü karşısında ağır basabilir. Aynı şekilde bu seçim duygusal sebeplere de dayandığından haksız tahrik bakımından kişiyi suç işlemeye götüren dürtü, itki[15] hem rasyonel hem de duygusal etmenlere bağlıdır.

2. Haksız Tahrikin Genel Olma Özelliği

Haksız tahrikin genel olma özelliği fail bakımından ve suç bakımından olmak üzere iki şekilde tezahür etmektedir.[16] Fail bakımından haksız tahrikin genelliği fail ve mağdur arasındaki ilişki önem arz etmeksizin, ilişkinin derecesi ne olursa olsun mağdurun haksız bir fiiline tepki olarak fail hiddet veya şiddetli elem kapsamında tepki suçu işlemiş ve haksız tahrikin koşulları oluşmuşsa mağdurun kimliği önem arz etmeksizin failin kusurluluğunun azaldığının kabul edilmesidir.[17]

Haksız tahrikin suç bakımından genelliği, haksız tahrikin şartları oluştuğunda suçun niteliği ile bağdaştığı ölçüde, suçun düzenlendiği yer önem arz etmeksizin niteliği elverişli tüm suç tipleri bakımından uygulanabilmesini ifade eder.[18] Haksız fiil ile tepki fiili olarak işlenen suç arasında *mantıki bir bağ* yoksa haksız tahrik hükümleri gündeme gelemeyecektir.[19] En tipik örnek ise kayısı çalan kişiye karşı cinsel saldırıda bulunulması halidir.[20] Burada hırsızlık ile cinsel saldırı arasında mantıki ve sebep-sonuç ilişkisine da-

---

15 İtki; bir iş yapmayı, bir eyleme geçmeyi, bir davranışta bulunmayı gerektiren, bireyin engelleyemeyeceği kadar güçlü isteği ifade etmektedir. Psikoanalitik kuramda, açıklanamayan güçlü arzu olarak tanımlanır. Prof. Dr. Sirel KARAKAŞ Psikoloji Sözlüğü, https://www.psikolojisozlugu.com/urge-itki Erişim Tarihi: 10.11.2022.

16 TOROSLU/TOROSLU, s. 284.

17 BIKMAZ, Raif, "Haksız Tahrik Kurumu Üzerine Bir İnceleme" **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.18, S.2, 2019, s. 414; Haksız tahrikin kişi bakımından genelliği, haksız tahrik kurumunun psikolojik ve hukuki esasları ile uygunluk taşımaktadır. BIKMAZ, s. 414; EKİCİ ŞAHİN, Meral, **Dolandırıcılık Suçu,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 412.

18 DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II,** 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 594; ALTUNTAŞ, Şeyda, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 93; TÖNGÜR/ÇETİNTÜRK, s. 250.

19 BİRTEK, s. 315.

20 Y5.CD, 1978/5 E., 1978/84 K., 24.1.1978 T. GÜNAY, s. 33.

yanan bir bağ ve *"ihlal edilen menfaat yönünden bir etki tepki durumu"* bulunmadığı için haksız tahrik hükümleri gündeme gelemeyecektir.[21]

TCK m. 29'da *"suç işlemekten"* bahsedildiği için suçun yönelmiş bulunduğu hakkın önemi bulunmamaktadır.[22] Haksız tahrikin bu özelliği, kusurluluğu azaltan bu halin sadece insan öldürme, yaralama gibi hayata ve vücut dokunulmazlığına karşı suçlarda değil aynı zamanda malvarlığına karşı suçlarda da uygulanabilmesini sonuçlamaktadır.[23]

II. SAİK VE AMAÇ İLE HAKSIZ TAHRİK İLİŞKİSİ

Finalist suç teorisinde tipikliğin manevi unsurlarının türleri; kast, taksir, kast-taksir kombinasyonu, amaç ve saikten ibarettir.[24] Saik, kasttan önce halihazırda var olan, kastı hazırlayıp suç işleme nedenini oluşturan, bütünüyle failin iç dünyasına ait duygu ve düşüncedir.[25] Amaç ise aynı şekilde kastı hazırlayan;[26] haksızlığı oluşturan, artıran veya azaltan bir neden;[27] failin tipik haksızlığı gerçekleştirmeye yöneldiği ereksel sonuçtur.[28] Bu kapsamda saik ve amaç birbirinden ayrılmaktadır.[29] Kast tipik haksızlığın bilinç ve irade ile gerçekleştirilmesine ilişkin bilişsel bir süreçken saik ve amaç ise bilişsel ve iradi sürecin arka planındaki nedeni açıklamaktadır.[30]

---

21 MUTLU, Gülhan, Haksız Tahrikin Öldürme Suçları Bağlamında Uygulama Alanı ve Cezanın Belirlenmesine Etkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, ss. 84-85.

22 ALTUNTAŞ, ss. 158-159.

23 BIKMAZ, s. 415; İstisnai bazı suç tiplerinde haksız tahrikin genelliği ilkesinden ayrılıp haksız tahrik indiriminin uygulanmaması gerekmektedir. Nitekim bazı suçlar, tahrik edene yönelik işletilemeyeceğinden, haksız tahrik kurumunun niteliği ile çelişmiş olur. YILMAZ İrem, Kusurluluğu Etkileyen Bir Hal Olarak Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 9.

24 Saikin suçun unsurlarından biri olmadığı görüşü için bkz. OTACI, Cengiz, "Saikle Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Sorunu", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.6, S.59, 2011, s. 41.

25 ÖZGENÇ, s. 300; BİRTEK, s. 221.

26 ÖZGENÇ, s. 300; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 252.

27 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 252.

28 Yeni TCK sisteminde amaç veya saik kast ile aynı anlama gelmemekte, onun bir türü ya da unsuru niteliğinde değerlendirilmemektedir (ÖZGENÇ, s. 300). Amaç ve saik kastı hazırlayan bir neden olmakla; bu kapsamda kanaatimizce yeni TCK sisteminde genel kast-özel kast niteliğindeki ayrımın artık benimsenmediğini kabul etmek gerekmektedir (ÖZGENÇ, s. 300). Nitekim amaç ve saik kastı hazırlamakta ancak kastın özel ve niteliksel bir şeklini oluşturmamaktadır.

29 Doktrinde bir görüş saik ve amaç kavramlarını aynı anlamda değerlendirmektedir. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, ss. 464 vd.

30 OTACI, s. 30; Saik ve amaç, tipikliğin manevi unsurlarından birini teşkil etmekte ve eğer suç tipinde özellikle varlığı aranmışsa cezalandırılabilirliğin alanını daraltmaktadır. Tipikliği ger-

Kendisine karşı haksız bir fiilde bulunulan kişi, bu haksızlığın yarattığı hiddet veya şiddetli elem duygularına kapıldığında, bu duygular kişiyi tepki fiilini işlemeye itmektedir. Bu itki, dürtü ise haksızlık teşkil eden tepki fiilini işlemeye hazırlayan bir saik niteliğindedir.[31] Ancak söz konusu saik suç işleme nedeni olmakta ancak manevi unsur niteliğinde değerlendirilemeyecektir. Yargıtay da bir kararında tahrik fiilinin failde saik oluşturacağı hususunu şu şekilde ifade etmiştir*: "... haksız tahrik altında fail haksız bir fiilin doğurduğu öfke veya elemin etkisi altında kaldığından, faili harekete geçiren saiklerin kanun koyucu nazarında daha az vahim sayıldığı kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile kanun koyucu, failin saikinin normal olmayışı ile birlikte, suçun işlenmesine mağdurun da sebebiyet vermesini dikkate alarak cezada indirim yoluna gitmektedir."*[32] Bu kapsamda doktrinde temel olarak saik/amaç içeren suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kabulü, bir suçta iki saikin/amacın birleşemeyeceği varsayımına dayanmaktadır.[33] Ancak kanaatimizce bir kişiyi suç işlemeye ilişkin bir neden araştırı-

çekleştiren ve hukuka aykırı fiili işleyen failin kanunda aranan saik veya amaç ile suçu işlememiş olması, haksızlığın oluşumunu engelleyecektir. Kanuni tipte saik veya amaç aranmamış ise bunlar, cezanın belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılabilecektir (TCK m. 61/1-f). Saikin suç tipinde unsur olarak arandığı hallerde saikin ayrıca temel ceza belirlemesinde dikkate alınması çifte değerlendirme yasağına (TCK m. 61/3) aykırılık teşkil edecektir. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 710.

31 Aynı yönde bkz. OTACI, s. 42. Doktrinde bir görüş de *"haksız tahrik oluşturan bir davranışın meydana getirdiği hiddetin etkisi altında ve bu saikle suç işlenmesi halinde, mahkeme eğer haksız tahrik nedeniyle cezada bir indirim uygulayacaksa çifte değerlendirme yasağını ihlal etmemek adına bu konunun artık saik kriteri içerisinde temel cezanın belirlenmesinde değil, haksız tahrik uygulamasının yapılması esnasında değerlendirilmesi gerekir."* ifadesi ile hiddet veya şiddetli elemin tesiri ile suç işlenmesinin saik olarak değerlendirildiğini ve cezanın belirlenmesinde iki saik kapsamında hüküm kurulamayacağını savunmuş ve bu konuda YCGK, 1998/1-149 E., 1998/235 K., 23.6.1998 T. künyeli kararı dayanak göstermiştir. Bkz. YERDELEN, Erdal, **Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması),** Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 237.

32 Y1.CD, 1995/2485K., 21.9.1995T. ÇADAK, Abdulkadir, "Haksız Tahrikin Felsefi Temelleri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.26, S.3, 2018, s. 212 (dn. 89). Yazar içtihat metnini "GÜNAY, **Erhan, Öğreti ve Yargısal Kararlar Eşliğinde Kusurluluğu Azaltan Bir Sebep Olarak Haksız Tahrik,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 258" künyeli eserden edinmiştir.

33 Aynı yönde bkz. OTACI, s. 42; Bu hususun en önemli yansıması tasarlamanın hukuki esasını oluşturan görüşlerden soğukkanlılık teorisinde yer almaktadır. Tasarlamayı soğukkanlılık teorisi ile açıklayan görüşte haksız tahrik ile tasarlama birarada bulunamazlar. Nitekim soğukkanlılık teorisinde tasarlamadan söz edebilmek için failin suç öncesi soğukkanlı ve sakin olmasını ve suçu bu duygularla işlemesini aramaktadır. Haksız tahrikte ise, suçun hiddet veya şiddetli elemin tesiri altında işlenmesi gerekir. Bu iki ruh hâlinin aynı kişide aynı anda bulunamayacağı gerekçesi ile tasarlama ile haksız tahrik de bir arada bulunamayacaktır. KANGAL, s. 56; Doktrinde bir görüşe göre ise cinsel suçlar örneği üzerinden bir değerlendirmede

lırken varsayımlara dayanılamaz. İlaveten suç işleme nedenleri, cezai davranışın etiyolojisinin konusudur.[34] Bu kapsamda cezai davranışın etiyolojisinde suçun nedenlerini araştıran teorilerden psikolojik teoride insanın zihinsel yapısı ve psikolojik mekanizmalarıyla ilgili kriminalize edilmiş faktörler ortaya çıkmaktadır.[35] Kriminalize edilen faktörlerden psikolojik yaklaşımda Sigmund Freud suçu bireysel duygusal reaksiyonların bir yansıması olarak değerlendirmektedir.[36] Sosyolojik teoride ise suç genel olarak, sosyal ve çevresel faktörlerden kaynaklanan sosyal bir fenomendir.[37] Psikolojik ve sosyolojik temelde düşünüldüğünde haksız tahrik altında suç işlenmesi, toplumsal komünün bir parçası olan failin bilişsel, duygusal, ereksel yönelimleri ile doğrudan ilgili olacaktır. Bu ilişkiyi ise varsayımlarla açıklamak mümkün değildir.

Doktrinde, aynı saikin hem cezayı ağırlaştıran nitelikli bir unsur olarak hem de haksız tahrikte cezayı hafifleten bir neden olarak değerlendirilemeyeceğini savunan görüşler bulunmaktadır.[38] Kan gütme saiki özelinde *"aynı*

---

bulunulmuştur. Buna göre bazı cinsel suçlarda hiddet veya şiddetli eleme dayalı olarak intikam ve zarar verme kastı dışında bir dürtü yahut arzunun bastırılması amacıyla suç işlendiği için bu suçların yapısı haksız tahrikle bağdaşmamaktadır. Bkz. BIKMAZ, s. 416. Kanaatimizce bu görüşte de iki farklı saikin aynı anda bulunamayacağı varsayımı üzerinden değerlendirme yapılmıştır; Töre saiki ile haksız tahrike ilişkin Yargıtay kararlarının incelendiği bir eserde de *"Anılan Yargıtay kararlarındaki bir diğer önemli husus, töre nedeniyle işlenen suçların saik suçu olması sebebiyle bu suçlar bakımından haksız tahrik hükümlerine zaten gidilemeyeceğidir."* şeklinde Yargıtay yaklaşımına ilişkin değerlendirmede bulunulmuştur. Bkz. DÖNMEZ, Elif, "Kasten Öldürme Suçunun Eski Eşe Karşı İşlenmesi", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.11, S.1, 2021, s. 619.

34 KLIMCZUK Andrzej, **Causes of Crime,** [in:] F.F. Wherry (ed.), The SAGE Encyclopedia of Economics and Society, SAGE Publications, Los Angeles 2015, s. 308.

35 KLIMCZUK, s. 309.

36 KLIMCZUK, s. 309.

37 KLIMCZUK, s. 310.

38 BOSTANCI, Gülşah, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Beta Yayınları, Aralık, 2013, s. 263; Akbulut, canavarca hisle öldürmede sırf öldürmek için öldüren ve ölümden zevk duyan failde hiddet veya şiddetle elemle hareket etme söz konusu olmayacağı için haksız tahrikin gündeme gelmeyeceğini savunmaktadır. Aynı şekilde töre saiki ile öldürmenin söz konusu olabilmesi için haksız tahrikin olayda bulunmaması gerektiği de savunulmaktadır. Yargıtay'ın da kararı örnek gösterilmiştir: *"Sanığın kasten öldürme eylemini töre saikiyle değil, haksız tahrik etkisi altında gerçekleştirdiği sonucuna ulaşılmış olması karşısında..."* YCGK, 355-456 E. ve K., 19.11.2013T. Bkz. AKBULUT, Berrin, "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)", **Adalet Dergisi,** C.65, S.2, 2020, s. 120, 156, 158 (dn. 201). Bıkmaz da töre saiki ile öldürmede suçun niteliği gereği haksız tahrikin uygulanamamasının nedenlerinde biri olarak töre saikinin bu suçun nitelikli hali olarak cezayı ağırlaştırıcı bir neden teşkil etmesi olarak gösterilmiştir. Bkz. BIKMAZ, s. 416; Kan gütme saiki için aynı yönde değerlendirme için bkz. ÇAKICI GERÇEK, Leyla/BAFRA, Jale, "Kan Gütme Saiki ile İşlenen Adam

sebebin (kan gütme) hem cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal hem de ceza indirimine (haksız tahrik) esas bir haksız fiil olarak kabul edilmesi" imkan dahilinde değerlendirilmemektedir.[39] Kan gütme saikinde fail ya önceki öldürmenin etkisinden kurtulmuş, kan gütme etkisine kapılmış ya da önceki öldürmenin hiddet veya şiddetli elem etkisi devam etmekte olup haksız tahrik söz konusudur.[40] Madde gerekçesinde de *"... kan gütme saikiyle öldürme hâlinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, fiilin sadece kan gütme saikine bağlı olarak işlenmiş olması hâlinde söz konusu olabilecektir. Ancak, belirtilmelidir ki, haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hâllerde, bu bent hükmü uygulanamaz."* ve *"... töre saikiyle öldürme hâlinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecektir. Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir."* ifadeleri ile iki saikin bir arada bulunamayacağının kabul edildiği ortadadır.[41] Yargıtay uygulamasında da fail yakınının öldürülmesinin yarattığı hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaysa ve bu etki ile suçu işlemişse *"sadece kan gütme saikinin varlığı kabul edilemez. Çünkü kan gütme saikinden bahsedilebilmesi için bu acı ve elemin etkisinin geçip yerini bir görev bilincine terk etmesi aranır. Dolayısıyla, bu kavramlardan birinin varlığı halinde diğerinin olması mümkün olamayacaktır. Yani kişi eğer acı ve elemin etkisi ile adam öldürmüş ise zaten ortada bir kan gütme saiki yoktur."*[42] TCK m. 29 gerekçesinde ve Yargıtay uygulamasında genel olarak töre ve kan gütme saikinin varlığında haksız tahrik hükümlerinin uygulana-

Öldürme Suçu", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C.5, S.1, 2005, s. 7,8; MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı **Türk Ceza Kanunu 2. Cilt**, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2013, s. 1275, 1280; Benzer yönde bkz. BİRTEK, s. 327; Dönmezer de kan gütme saiki ile öldürmede tek saikin bulunmasına ilişkin açıklamalarında olayda kan gütme saiki varsa haksız tahrikin uygulanamayacağını savunmuştur. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım - Kişilere ve Mala Karşı Cürümler,** Filiz Kitabevi, 12. Bası, İstanbul, 1947, s. 61. Benzer yönde bkz. ÖNDER, Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 35; Özen'e göre ise özel saikin arandığı durumlarda haksız tahrik ile özel saik bir arada bulunamaz, özel saik tahrikin önüne geçmektedir. Bkz. ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2020, s. 538. Benzer yönde bkz. PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, s. 518.

39 BİRTEK, s. 327; BAĞLAR, s. 69, 71; Aynı sonuç töre saiki ile öldürmede de kabul edilmektedir. BİRTEK, s. 327; Aynı yönde ÇADAK, s. 65; ÇETİN, s. 145.

40 DEMİRBAŞ, Timur, **Haksız Tahrik**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 108.

41 Aynı yönde kabul için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 366; Bu görüşe göre suçun işlenmesinde tek saik, kan gütme saiki olmalıdır. Görev bilinci olmadığında hiddet veya şiddetli eleme dayalı duygu durumu söz konusu ise haksız tahrik gündeme gelebilecektir. ÇAKICI GERÇEK/BAFRA, s. 7,8.

42 ÇAKICI GERÇEK/BAFRA, s. 13.

mayacağı kesin bir ifade ile vurgulanmaktadır. Yargıtay ise bu kabulünün arkasında saik ile haksız tahrik ilişkisi kurmamıştır. Töre saiki bakımından da doktrinde[43] haksız tahrike neden olan hiddet veya şiddetli elem hali ile töre saikinin somut olayda bir arada bulunamayacağı görüşü haksız tahrikte mevcut olan heyecan halinde töre saikinin bulunamayacağı üzerinden temellendirilmektedir. Bu görüşe göre töre saikinde kişinin haliyeti ruhiyesinde mevcut olması gereken koşulların varlığında ise haksız tahrikin psikolojik unsuru gerçeklememiş sayılacaktır. Belirli bir suç tipinde tahrik fiilinin yarattığı heyecan halinin tepki fiilinin unsuru olan saik ile birleşmesi mümkün değildir.[44] Örneğin kasten öldürme suçunda kan gütme saikinin bulunması suçun ağırlatıcı nedenidir ve faili intikam almaya sevk eden duygular[45] hem ağırlatıcı hem hafifletici neden olarak bir arada uygulanamayacaktır.[46] Nitekim aksinin kabulü kanunun sistematiğine aykırı olacaktır.[47] Katıldığımız diğer bir görüşe göre[48] ise yakınının öldürülmesi sebebiyle intikam duygusu ile suçun işlenmesi ile hiddet veya şiddetli elem farklı duygulardır.[49] Tepki fiili acı ve öfke duygusu ile değil intikam alma duygusunda beliren görev bilinci ve ahlaka aykırı bir düşünce ile işlendiği için haksız tahrik hükümleri gündeme gelmemektedir.[50] Kan gütme saiki ile öldürme suçunu işlemeye sevk eden kin ve intikam duygusu ile faili tepki fiilini işlemeye yönelten hiddet veya şiddetli elem duygusu arasında bir bağ bulunmamaktadır. Ancak

---

43 BOSTANCI, s. 263.

44 BOSTANCI, s. 263.

45 Bu aşamada kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali ile kusurluluğu azaltan haksız tahrik arası ilişkiyi temellendirmek gerekir. Zorunluluk halinde failin zarar verme istek ve iradesi ile intikam ala duygusu bulunmamakta iken haksız tahrikte fail tahrik fiili sebebiyle hiddet veya şiddetli eleme kapılmasına sebep olan kişinin kendisine veya malvarlığına bilerek ve isteyerek zarar verir (ÇAM, ss. 74-75). İki kurum esaslı noktalarla birbirinden ayrıldığından bir olayda aynı fiilden kaynaklı olarak haksız tahrik ve zorunluluk halinin uygulanması mümkün değildir (ÇAM, s. 75).

46 DÖNMEZER/ERMAN, s. 601; ÇETİN, İbrahim, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 141, 145; Aynı yönde BAĞLAR, Yunus Emre, "Kan Gütme Saiki ile Kasten Öldürme Suçu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.13, S.50, 2022, s. 71.

47 ÇETİN, s. 141. Çetin'e göre uygulamada söz konusu görüşün geçerli olabilmesi, bu hususun kanunda açıkça belirtilmiş olmasına bağlıdır. Kanunun mevcut düzenlemesinde kan gütme saiki ve haksız tahrikin bir arada bulunmasını engelleyen bir husus bulunmamaktadır. Bunun için gerekçede yazıldığı gibi bir kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. Bkz. ÇETİN, s. 141.

48 AYDIN, s. 244; Aynı yönde ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 347.

49 Aynı yönde bkz. MUTLU, s. 111.

50 ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 347.

kanaatimizce failde her iki duygunun bir arada bulunmasını engelleyen bir durum bulunmamaktadır.[51] İnsanları suç işlemeye motive eden güdüler öfke, korku, kıskançlık veya tutku olabilir.[52] Teoride bu duyguların aynı anda bulunmasının mümkün olmadığının savunulması yalnızca bir varsayıma dayanmaktadır.

Saik ve amaç içeren suçlarda tahrik uygulamasına yönelik doktrin ve Yargıtay uygulaması açık olmakla birlikte saik veya amaç içeren malvarlığına karşı suçlarda haksız tahrik uygulaması açık değildir. Doktrinde bir görüşe göre[53] malvarlığına karşı bazı suçlarda haksız tahrikin uygulanması imkan dahilinde değildir. Nitekim bu suçlarda mağdur tarafından gerçekleştirilen haksız bir fiilin fail üzerinde hiddet veya şiddetli elem doğurması ve bu etki ile tepki fiilinin işlenmesi söz konusu değildir. Bu görüşe göre malvarlığına karşı suçların bazılarında (hırsızlık, yağma, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık) yararlanma veya menfaat sağlama saikleri ile suç işlenmesi söz konusudur. Bu kapsamda haksız tahrikin sübjektif unsurunu teşkil eden hiddet veya şiddetli elem tesiri ile tepki fiili işlenemeyeceğinden haksız tahrik uygulanamayacaktır. Bir görüşe göre[54] de yarar sağlama özel kastı ile işlenebilen suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Nitekim haksız tahrik tesiri altında kusur yeteneği ve davranışların hukuka uygun olarak yönlendirebilme yetisi normal insanlara nazaran azaldığı için kişilerin söz konusu psikolojik durum altında yarar sağlama iradesi ile hareket etmesi mümkün gözükmemektedir. Yarar sağlama, suçun unsuru olarak arandığı hallerde kişinin yarar sağlama amacı ile suçu işlemesi gerekeceğinden haksız tahrike bağlı hiddet veya şiddetli elem tesiri ile birlikte özel kast olan yararlanma kastı ile hareket etmesi mümkün değildir. Bu görüşe göre ancak yararlanma kastı suçta unsur olarak aranmadığı hallerde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir.

Nihayetinde amaç veya saik bazı durumlarda suçun nitelikli unsuru olarak aranan bir ölçüt niteliğindedir. Töre saiki, kan gütme saiki ve canavarca his

---

51 Aynı yönde ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 137.

52 ÖZDEMİR, Fatih/ÖNER ÖZKAN, Bengi, "The Nature of Crime: Different Approaches Toward the Causes of the Criminal Act", **Nesne Psikoloji Dergisi (NPD),** C.5, S.11, 2017, ss. 345-361.

53 BIKMAZ, s. 418; ÖZALP, s. 62.

54 ELMALICA, Hasan, **Güveni Kötüye Kullanma Suçu,** Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, ss. 201-202.

gibi hallerde teorik olarak saik içeren suçun işlenmesinde ceza artırılacak, haksız tahrikin varlığı halinde ise ceza indirilecektir. Nitekim haksız tahrik kusurluluğa etki ettiği için şiddet ve hiddetli eleme ilişkin saik cezanın indirilmesini gerektirmektedir.[55] Kusurluluğa etki eden saik ile suçun unsuru ve nitelikli halini teşkil eden saik; doğuşu, nedenleri ve etkileri bakımından aynı nitelikte değildir ve bu nedenle de iki saikin bir olayda bir arada uygulanamayacağı, saikin hem artırım hem de indirim nedeni olamayacağı, bir durumun hem indirim hem de artırım niteliğinde olamayacağı görüşü[56] isabetli olmayacaktır.[57] Her bir suç ve olay kendi somut gerçekliğinde değerlendirilmeli ve tahrike elverişliliği ortaya konmalıdır. Suç tipinde yer alan fiilin haksız fiilin meydana getireceği hiddet veya şiddetli elem etkisiyle işlenip işlenmeyeceğinin mümkünatı üzerine değerlendirme yapılmalıdır. Suç tipinde saik veya amacın aranmış olması tek başına haksız tahrikin uygulanamayacağı şeklinde değerlendirilmesinin gerekçesi olamayacağı kanaatindeyiz.[58]

III. MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARDA HAKSIZ TAHRİK UYGULAMASI

Yargıtay uygulamasında genel olarak malvarlığına karşı suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün görülmemektedir. Ancak son tarihli kararlarında Yargıtay, malvarlığına karşı suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğine hükmetmektedir: *"Haksız tahrik hükümleri, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu nedenle koşulları oluştuğu taktirde işlenen suçun hukuki konusundan ziyade somut olayın özelliğine bakılarak haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanamayacağına karar vermek gerekmektedir. Bu itibarla, koşulları bulunduğu taktirde haksız tahrik hükmünün mal aleyhine işlenen suçlarda da uygulanacağı kuşkusuzdur. Bu husus Ceza Genel Kurulu'nun 08.07.1991 tarihli ve 196-225 sayılı kararında da benimsenmiştir."*[59] Bu aşamada TCK'da yer alan malvarlığına karşı suçların her biri özelinde değerlendirme yapmak gerekmektedir.

---

[55] Haksız tahrik etkisiyle işlenen suçların haksızlık içeriğinde bir azalma söz konusu olmayıp haksız tahrikin kusur üzerindeki etkisi sınırlıdır; kusur tamamen kalkmayıp azalmaktadır. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 359; Aynı yönde KANGAL, s. 31.

[56] ERDEM, Mustafa Ruhan/TEZCAN, Durmuş/ÖNOK, Rıfat Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 180.

[57] Aynı yönde bkz. OTACI, s. 42.

[58] OTACI, s. 32.

[59] YCGK, 2015/1219 E., 2019/13 K., 17.01.2019 T.

1. Hırsızlık Suçunda Haksız Tahrik

Doktrinde bir görüş, Yargıtay'ın genel kabulüne göre hırsızlık suçunda haksız tahrik uygulaması mümkün olmadığını ifade etmektedir.[60] Yargıtay kararları incelendiğinde gerçekten de hırsızlık suçu ile haksız tahrik hükümlerinin bağdaşmadığı kabulü görülmektedir.[61] Ancak Yargıtay hırsızlık suçunda neden haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kabulünü gerekçelendirmemiştir. İstisnai olarak 13. Ceza Dairesi *"Mevzuatımıza göre koşulları varsa, hırsızlık suçlarında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığından, somut olayda fırın işletmecisi olan sanığın, kendisiyle aynı işi yapan ve daha sonra ölen mağdur sanığın marketlere ekmek dağıtımında kullandığı kasalarını çalmasının oluşturduğu hiddetin etkisinde zincirleme biçimde hırsızlık suçunu işlediği kabul edilerek lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması hukuka uygun olarak değerlendirilmiştir."* diyerek geleneksel kabulden ayrılmıştır.[62]

Bilişim alanında suçlardan olan banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suretiyle yarar sağlama suçunda Yargıtay haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğine hükmetmiştir.[63] Halbuki banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suretiyle yarar sağlama suçunun malvarlığı değerlerinin korunması boyutu bulunmakla birlikte söz konusu suçla korunan hukuki değer karma bir yapı arz etmektedir[64] Ancak söz konusu suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını mümkün gören Yargıtay, hırsızlık suçunda farklı uygulama sürdürmektedir. Kanaatimizce bunun nedeni banka veya kredi kartlarının kötüye kulla-

---

60 BİRTEK, s. 315.

61 Örnek kararlar için bkz.: *"Kabule ve uygulamaya göre de, sanıklar hakkında ceza tayin edilirken, yüklenen suçun niteliği gereği haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, 5237 sayılı TCK.nun 29.maddesinin uygulanması, bozmayı gerektirmiş"* Y2.CD, 2012/16071 E., 2013/800 K., 23.01.2013 T.; *"Hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarında haksız tahrik hükümleri uygulanamayacağı gözetilmeden..."* Y2.CD, 2014/107 E., 2014/6478 K., 11.03.2014 T.; *"Haksız tahrik hükümlerinin uygulanma yeri olmadığı halde, yerinde olmayan gerekçe ile suça sürüklenen çocuk hakkında TCK'nun 29. maddesi uygulanarak suça sürüklenen çocuk hakkında eksik cezaya hükmedilmesi..."* Y17.CD, 2020/15031 E., 2020/7690 K., 16.09.2020 T.; *"Haksız tahrik hükümlerinin uygulanma yeri olmadığı halde, yerinde olmayan ve yetersiz gerekçe ile sanık hakkında TCK'nun 29. maddesi uygulanarak eksik cezaya hükmedilmesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır."* Y17.CD, 2018/133 E., 2019/1245 K., 06.02.2019 T.

62 Y13.CD, 2018/5934 E., 2018/17767 K., 05.12.2018 T.

63 *"Sanıklar ... ve ... hakkında haksız tahrik altında gerçekleştirdikleri banka veya kredi kartının izinsiz kullanılması suretiyle yarar sağlama suçundan da eylemlerine uyan 5237 sayılı TCK'nın 245/1 ve 29. maddeleri gereği mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde uygulama yapılması, bozmayı gerektirmiş..."* Y6.CD, 2021/325 E., 2021/19160 K., 02.12.2021 T.

64 ALTUĞ, Şahin, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, C.9, S.17, 2021, s. 12.

nılması suretiyle yarar sağlama suçunun manevi unsuru yalnızca kast iken[65] hırsızlık suçunda yarar sağlama amacı aranmaktadır. Bir suçta iki saik/amaç bulunamayacağı kanaati ile hırsızlık suçu haksız tahrike elverişli görülmemektedir.

Doktrinde bir görüşte;[66] hırsızlık gibi mal aleyhine işlenen bazı suçlar haksız bir fiile tepki niteliğinde olmayıp yararlanma ve menfaat sağlama gibi saiklerle işlenebildikleri için ve bu nitelikteki suçlarda fail, haksız tahrikin sübjektif unsuru olan hiddet veya şiddeti elemin etkisi ile hareket etmediği gerekçesi ile haksız tahrik hükümleri uygulanamayacağı öne sürülmektedir. Diğer bir görüşe göre ise haksız bir fiile maruz kalan fail tahrikçiye karşı hırsızlık suçunu işleyebilir ve bu durumda haksız tahrik indirimi uygulanmalıdır.[67] Bu görüşlerden hareketle bir sonuca varabilmek için yararlanma kastının niteliğinin ortaya konması gerekmektedir. Doktrinde yararlanma kastının hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre[68] ise kanunun yarar sağlamaya yönelik ifadesi, amacı net bir şekilde açıklamada yetersiz kalmaktadır. Hırsızlık suçu ile korunan hukuki değerin mülkiyet ve malvarlığından yararlanmanın mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı haklardan sadece birisi olduğu kabulü ile burada yarar sağlama maksadının sahiplenme maksadı olarak algılanması gerektiği savunulmaktadır. Sahiplenme maksadından kasıt, sahibinin malı dilediği kullanabilme imkanından fiilen yoksun kılınması amacıyla hareket edilmesidir. Nihayetinde bu görüşte de hırsızlık suçunda özel kast arandığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yerinde olduğunu savunduğumuz görüşe[69] göre yararlanma tipikliğin manevi unsuru teşkil eden *"amaç"* niteliğindedir.[70] Yararlanma maksadı,

---

65 OKUYUCU ERGÜN, Güneş, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.19, S.2, 2013, s. 1073 (1065-1086); ALTUĞ, s. 20.

66 YILMAZ Burak Kaan, Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 180; Doktrinde *Pulak*, gerekçe belirtmeden hırsızlık suçunda da haksız tahrik indiriminin uygulanabileceğini kabul etmiştir. Bkz. PULAK Fırat, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kıbrıs, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, 2016, s. 45; Aynı yönde bkz. TAŞDEMİR Nezahat, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 50; Benzer yönde YILMAZ, s. 9.

67 TAŞDEMİR, s. 50.

68 ERDEM/TEZCAN/ÖNOK, ss. 785-786.

69 Bu görüşteki yazarlar, yararlanma unsurunu özel kast olarak nitelemeyi tercih etmiştir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Ceza Özel, s. 640; Aynı şekilde hırsızlık suçunun özel kastla işlenebileceği değerlendirmesi için bkz. KORKMAZ, Fulya, "Hırsızlık Suçunda Fiilin Tekliğinin Belirlenmesi Sorunu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** C.33, S.151, 2020, s. 87.

70 Aynı yönde KILIÇ Burak, Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020, s. 125.

manevi unsur kapsamında değerlendirilemeyecek olup yarar sağlama maksadı failin fiili ile ulaşmak istediği nihai hedeftir. Bu maksat failin, başkasına ait olan malın zilyedinin rızasının bulunmadığını bilerek bu maldan haksız olarak yararlanma amacının bulunmasını ifade eder. Yararın dış dünyada gerçekleşmesi gerekmeyecek ve failin bu saiki hırsızlık suçunu mala zarar verme suçundan ayıracaktır.[71] Bu kapsamda kanunda *"yararlanmak maksadıyla"* ifadesi hırsızlık suçunda haksız tahrik uygulanabilmesinde önemli bir veri olarak belirmektedir. Hırsızlık suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına yönelik istikrar kazanmış Yargıtay uygulamasında bir suçta iki saik/amacın bir arada bulunamayacağı kabulü söz konusudur. Saik ve amaç ile haksız tahrik ilişkisi başlığında da değinildiği üzere Yargıtay'ın konu ile ilgili geleneksel kabulü varsayımdan ibarettir. Bir suçta faili suç işlemeye iten hiddet veya şiddetli eleme ilişkin saik ile yararlanma kastına ilişkin amacın bir arada bulunması mümkündür.

Hırsızlık suçunda özel durumlarda tahrik uygulaması incelenecek olursa öncelikle Yargıtay uygulamasında bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla hırsızlıkta da mağdurun borcunu ödememesi tek başına haksız tahrik kapsamına değerlendirilmemektedir.[72] Eğer borç ödememe olgusu failde hiddet veya şiddetli elem yaratmaya elverişli ise haksız tahrik indirimi uygulanabilecektir.[73] Yargıtay'ın bu kabulü ise olması gerekeni yansıtmaktadır. Ancak hırsızlık suçunun temel şeklinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kabulünün temeli bulunmamaktadır.

---

[71] CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1,** 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, ss. 344-345.

[72] *"Müştekinin, sanığın babasının evinde kiracı olarak oturduğu ve 600,00 TL borcunun olduğunu beyan ettiği, sanığın ise müştekinin babasına olan borcu nedeniyle aralarında anlaşarak müştekinin aracı kendisine verdiğini beyan ettiği, sanık hakkında TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik indiriminin olayımızda gerçekleşmeyeceği ancak sanığın babasının tanık olarak dinlenerek sanığın eyleminin TCK'nın 144/1-b maddesi kapsamında olan, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etmek amacıyla hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılmaması bozmayı gerektirmiş..."* Y17.CD, 2015/12231 E., 2016/5076 K., 11.04.2016 T. Karar için bkz. BALCI, Fidan/ÖZTÜRK, Seyithan, **Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları,** 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 290 (dn. 303). Yazarlar Yargıtay ile aynı görüştedir.

[73] *"Sanığın mağdura borç olarak verdiği 500 TL parasını mağdurdan istemesine karşın mağdurun borcunu ödememesi üzerine, sanığın parasını alamadığı için buna öfkelenerek yaşamış olduğu hiddetin etkisiyle atılı suçu işlediği hususunun mağdur tarafından da doğrulandığının anlaşılması karşısında, sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırı..."* Y8.CD, 2019/3497 E., 2021/17342 K., 05.07.2021 T.

Cezanın indirilmesini gerektiren nitelikli hal olan kullanma hırsızlığında[74] ise kanun koyucu söz konusu nitelikli halin işlenmesini manevi unsur yönünden oldukça sınırlamıştır. Kastın kapsamına eşyanın belirli bir süre kullanılıp iade edilmesi tasavvuru eklenmiştir.[75] Kast, *"geçici olarak yararlanma"* şeklinde tezahür edecektir.[76] Geçicilik ise kanun gerekçesinde de ifade edildiği üzere kısa bir zaman aralığını ifade etmelidir. Bu kapsamda da kanaatimizce hiddet veya şiddetli elem altında failin geçici yararlanma niyeti örtüşmemektedir. Failin haksız bir fiile tepki olarak, kanun koyucu tarafından oldukça sınırlandırılmış geçici yararlanma kastı ile birlikte hiddet veya şiddetli elem altında bulunması haksız tahrik kurumunun yapısı ile bağdaşmayacaktır.

Kanaatimizce hırsızlık suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kabulü, saik veya amaç ile haksız tahrikin bağdaşmayacağına yönelik geleneksel uygulamaya dayanmaktadır. Bu kapsamda failde hiddet veya şiddetli eleme bağlı suç işleme iradesi ile aynı zamanda tahrikçiye zarar vermeye yönelik yararlanma kastı ile hareket etmesinin önünde engel bulunmamaktadır. Örnek vermek gerekirse satıcının herkesin içinde kişiye "alacaksan al almayacaksan kalabalık etme" şeklinde kırıcı ifadesi, kişide hiddet veya şiddetli elem yaratabilir. Bu kişi de bu kaba ifadeye karşılık olarak hırsızlık suçu işleyebilir. Bu durumda yararlanma kastının olmayıp sadece tahrikçiye zarar verme amacıyla hareket ettiği savunulduğunda tipikliğin manevi unsuru hırsızlık bakımından oluşmayacaktır. Tersi kabul edildiğinde ise kişinin hiddet veya şiddetli elem duygusu dikkate alınmayıp hakkında doğrudan hırsızlık suçundan hüküm kurulacak; bu ise ceza adaleti açısından haksız bir sonuç doğuracaktır. Doktrinde failin başkasına ait bir taşınırı yararlanma kastı ile almamış olması halinde alma fiilinin, başka bir suçu oluşturabileceği ancak hırsızlık suçunu oluşturmayacağı ileri sürülmüştür;[77] ancak hangi suçu oluşturacağından söz edilmemiştir. Burada kanaati-

---

[74] ERDEM/TEZCAN/ÖNOK, s. 786.

[75] Doktrinde bir görüşte kullanma hırsızlığını basit hırsızlıktan ayıran özelliğin *"suçun özel bir maksatla (özel kast) işlenmesi"* olduğu savunulmuştur. Özel maksat ise malın geçici olarak kullanılıp zilyedine iade edilmesi amacıyla hareket edilmesidir. Malı iade kastı suçun işlenmesinden önce bulunmalıdır. Bkz. AKSÜT, Ertekin, "Kullanma Hırsızlığı ve Zorunluluk Hali", **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.5, S.9, 2015, s. 227.

[76] ŞEYHANLIOĞLU Mustafa Emrah, Hırsızlık Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 129; Aynı yönde ESEN, Sinan, **Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 148.

[77] Bkz. HAFIZOĞULLARI, Özen/ÖZEN, Muharrem, "Hırsızlık", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.XII, S.1-2, 2008, s. 782.

mizce yararlanma kastının geniş anlamda yorumlanması gerekmektedir. Suçla elde edinilmesi düşünülen yararın maddi veya manevi olabileceği kabul edilmelidir.[78] Failin, suçla elde etmeyi tasavvur ettiği her türlü *tatmin veya haz* yarar kastının içinde değerlendirilmelidir.[79] Ancak Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında alınan malın niteliğinin gösterdiği özellik kapsamında kullanılması gerektiği, bunun dışındaki hareketler faile zevk vermiş olsa dahi faydalanma kastı içinde değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.[80] Bir kararda failin düve, tahsis amacına aykırı biçimde alınıp kullanıldığında kanunun öngördüğü anlamda faydalanma gerçekleşmemiş sayılmıştır.[81]

Yarar yalnızca maddi anlamda değil manevi anlamda da kabul edildiğinde; manevi açıdan, failin haksız bir fiile tepki amacıyla hiddet veya şiddetli eleme bağlı olarak tahrikçiyi malvarlığı zararına uğratma kapsamında gerçekleştirdiği hırsızlık fiili ile haksız tahrik bağdaşacaktır.

2. Yağma Suçunda Haksız Tahrik

Haksız tahrikin genel uygulama niteliği gereğince doktrinde yağma suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır.[82] Yağma suçunun kanuni ifadesinde haksız tahrikin uygulanmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığı için genel hükümlerde sınırlama yapılmadan olayın özelliği kapsamında değerlendirme yapılması gerekmektedir.[83]

Yağma suçunda haksız tahriki kabul etmeyen görüşlerden birinin[84] gerekçesine göre kusurluluğun etkilenip cezada indirim yapılabilmesi için tep-

---

78 Aynı yönde bkz. ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 296; *"Çalmada yararlanmak deyimi sadece çalınan malın paraya çevrilmesi ve tüketilmesi anlamında olmayıp manevi bir yarar ve zevk maksadı ile işlenmiş olması halini de kapsar."* Y6.CD, 1971/4766 E., 1971/4805 K., 14.9.1971 T. Karar için bkz. ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 296.

79 ERDEM/TEZCAN/ÖNOK, s. 786; ŞEYHANLIOĞLU, s. 65.

80 ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 297.

81 Y6.CD, 1979/246 E., 1979/1085 K., 26.2.1979 T. Karar için bkz. ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 297.

82 Bkz. KORKMAZ, Esra Şule, **Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu,** Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 89.

83 KORKMAZ, s. 89; Aynı yönde bkz. DEMREN DÖNMEZ, Burcu, "Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik", **İÜHFM,** C.LXXI, S.1, 2013, s. 293.

84 ARSLANTÜRK, Mustafa, **İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu,** 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, s. 144; Balcı/Öztürk, yağma suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmekle yetinmişlerdir. Bkz. BALCI/ÖZTÜRK, s. 654; Yargıtay'ın bu kabulünün nedeni cebri hırsızlık olarak nitelendirilen yağma suçunda hırsızlıkta ol-

ki fiilinin işlenmesine sebep olan haksız bir fiilin, hiddet veya şiddetli bir elem etkisi doğurabilme kapasitesine sahip olması gerekmekte ve yağma suçunda bu etki doğamayacaktır.[85] Yağma suçunda mağdurdan kaynaklanan haksız tahrikin uygulanması mümkün olmayacaktır.

Yargıtay genel olarak yağma suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağını kabul etmekle[86] birlikte bir kararında *"Yargıtay Özel Dairelerinin ve Yargıtay Ceza Genel Kurlunun yerleşik içtihatlarının da bu yönde olduğu, ancak hukuki alacağa neden olmuşsa bu durumda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği göz önünde bulundurulduğunda sanıkların hukuki alacaklarının temelini oluşturan mağdurun süregelen zincirleme şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma eylemlerinin haksız fiil niteliğinde olması ve olay günü mağdurun kontör çalarken suçüstü hâlinde yakalanması karşısında, mağdurun haksız fiilinin sanıkların hukuki alacaklarının temelini oluşturduğunun ve sanıkların, mağdurdan kaynaklanan bu haksız fiilin hiddeti ile hareket ederek hukuki alacağın tahsili amacıyla kasten yaralama ve tehdit suçlarını işlediklerinin kabulü gerekmektedir."*[87] şeklinde TCK m. 150 kapsamında yağma değil yaralama söz konusu olacağı için haksız tahriki olayda mümkün görmüştür. Ancak önceki tarihli kararlarında TCK m. 150 kapsamında da haksız tahriki mümkün görmeyen

---

duğu gibi yararlanma maksadının (amacının) bulunduğu görüşü olabilir. Ancak kanun koyucu hırsızlık suçunun aksine yağmada bu maksadı düzenlememiştir. Yağmada da bu maksadın mevcut olduğunu savunmak kanaatimizce bileşik suçun bölünmezliği ilkesine aykırı olacaktır. Nitekim yağma kendisini oluşturan hırsızlıktan bağımsız bir suç tipidir. Kanaatimizce yağma suçunda da yararlanma maksadının arandığı kabulünde dahi bu suçun haksız tahrik altında işlenmesi mümkün görülmelidir.

85 Yazar, TCK m. 29'un gerekçesine yer verdikten sonra "bu gerekçeli açıklamadan da anlaşılacağı üzere yağmada tahrik olmaz." ifadesinde bulunmuştur. Bkz. ARSLANTÜRK, s. 144.

86 *"Sanığın mağdura karşı TCK'nın 149. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (d) bentlerini ihlâl eder şekilde nitelikli yağma suçunu işlediği, bu suç bakımından TCK'nın 29. maddesinin uygulanma koşullarının doğmadığı, bu itibarla sanık hakkında nitelikli yağma suçundan kurulan mahkumiyet hükmü bakımından herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı saptanmıştır."* Y6.CD, 2021/23857E., 2021/20231K., 23.12.2021T.; YCGK, 2017/162 E., 2017/346 K., 20.6.2017 T.; Y5.CD, 2006/402 E., 2006/2577 K., 29.3.2006 T. Doktrinde *Boyracı*, Yargıtay'ın yağma suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını kabul ettiğini belirtmekle yetinmiştir. Bkz. BOYRACI, Ali, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Senedin Yağması Suçu**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 125; Bir kararında Yargıtay, katılanın haksız tahrik oluşturan sanığın kız arkadaşına mesaj atma eyleminin göz önünde bulundurulması gerektiğine yönelik olduğu gerekçesi ile yapılan temyiz incelemesi talebini yerinde görmemiş temyiz itirazını reddetmiştir. Bkz. Y6.CD, 2021/23598 E., 2021/17540 K., 10.11.2021 T. Benzer yönde bkz. Y6.CD, 2021/22800 E., 2021/17415 K., 09.11.2021 T.

87 YCGK, 2015/1219 E., 2019/13 K., 17.01.2019 T.

kararlar mevcuttur.[88] Yargıtay'a göre hukuki ilişkiye dayalı olarak bir alacağın doğması yahut borcun ödenmemesi haksız tahrik sebebi oluşturmayacaktır.[89] Sadece hukuki ilişkiye dayalı bir alacağın doğmasının ya da bir borcun ödenmemesinin tek başına haksız tahrik sebebi olarak değerlendirilemeyecektir.[90]

Bir Yargıtay kararında ise *"Sanıklar hakkında nitelikli yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan mahkumiyet hükümlerinde, yasal koşulları bulunmadığı halde, 5237 sayılı TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle cezalardan indirim yapılması, bozmayı gerektirmiş..."*[91] kabulü ile yağma suçunda haksız tahrikin genel olarak uygulanamayacağı şeklinde genelleme yapılmayıp kanuni şartları oluşmadığı için haksız tahrik hükümlerinin olayda uygulanamayacağına hükmedilmiştir. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu değerlendirmesi isabetlidir. Haksız tahrikin genel olma özelliği dikkate alındığında hiddet veya şiddetli elem altında kişinin yağma suçu işlemesi halinde hakkında haksız tahrik hükümlerinin varlığı tartışılmalıdır. Tahrik fiili ile tepki fiili arası mantıki bağ ve diğer şartlar mevcutsa haksız tahrik indirimi uygulanmasını engelleyen bir durum bulunmamaktadır.

3. Mala Zarar Verme Mala Zarar Verme ve İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçlarında Haksız Tahrik

Yargıtay genel olarak mala zarar verme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğine yönelik kararlar vermektedir.[92] TCK m. 29 kapsa-

---

88 Bkz. *"Sanıklar tarafından sanık ...'in alacağını tahsil amacıyla götürülüp tehdit ve darp edildiği, eylemin TCK'nın 150/2. maddesi delaletiyle 106/2-a,c kapsamında kaldığı dikkate alındığında, haksız tahrikten söz edilemeyeceği, ..."* Y6.CD, 2013/28578 E., 2016/1307 K., 25.2.2016 T. Karar için bkz. ŞEN, Ersan/MALBELEĞİ, Erkam, "Alacağın Tahsili Amaçlı Cebirde veya Tehditte (TCK m.150/1) Haksız Tahrik Uygulanır mı?", İnternet Makalesi (26.01.2021), para. 6-7, https://sen.av.tr/tr/makale/alacagin-tahsili-amacli-cebirde-veya-tehditte-TCK-m-50/1-haksiz-tahrik-uygulanir-mi, Erişim Tarihi: 11.3.2022.

89 *"Sanıklar hakkında, TCK'nin 150/1. maddesi delaletiyle hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla tehdit suçundan hüküm kurulduğunun anlaşılması karşısında; yağma suçunun daha az cezayı gerektiren hali olarak öngörülen bu suçla ilgili haksız tahrik hükümleri uygulanamayacağından, tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir."* Y6.CD, 2016/4231 E., 2019/1835 K., 21.03.2019 T. Karar için bkz. BALCI/ÖZTÜRK, s. 737 (dn. 642).

90 YCGK, 2015/1219 E., 2019/13 K., 17.01.2019 T.

91 Y6.CD, 2021/271 E., 2021/19254 K., 09.12.2021 T.

92 Örnek karar için bkz. *"15.02.2012 tarihli mala zarar verme suçunun ise katılanın aşamalarda değişmeyen istikrarlı beyanları, sanık ikrarı ve olay yeri görgü tespit tutanağından apartman*

mında da mala zarar verme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel bulunmamaktadır.[93]

Yargıtay'ın uygulamasına göre[94] kamu malına zarar verme halinde (TCK m. 151/1-a) suçtan zarar görenin kamu kurumu olması sebebi ile haksız tahrik hükümleri uygulanamayacaktır. Doktrinde bir görüşe[95] göre tüzel kişiler ceza hukuku anlamında bir harekette bulunamayacaklarından işlem ve eylemleri neticesinde meydana gelen olaylar da haksız tahrik açısından saldırı olarak değerlendirilemeyecektir. Bu nedenle bir kamu tüzel kişisinin ya da özel hukuk tüzel kişisinin işlem ve eylemlerinden dolayı hiddet veya şiddetli elem altında tüzel kişilere yönelik olarak bir suç işlenmesi halinde haksız tahrik hükümleri gündeme gelemeyecektir. Ayrıca tüzel kişiler hukukî alanda organları veya temsilcisi aracılığıyla işlem ve fiillerde bulundukları için yetkili gerçek kişiler, tüzel kişiler adına hareket eder ve gerçek kişilerin tüzel kişili adına gerçekleştirdiği hareketler bağlamında tepki suçu işlemesi hâlinde haksız tahrik gündeme gelebilecektir. Ancak TCK, haksız fiilin ne ceza hukuku ne de özel hukuk bakımından haksız olmasını aramaktadır. Nitekim haksız fiilin ceza hukuku anlamında bir haksızlık teşkil etmesi gerekmemektedir. Tahrik fiilinin genel olarak haksız olması yeterli görülmekte, fiilin haksızlık niteliğine ilişkin toplumda geçerli olan davranış normları mahkeme tarafından somut olayın özelliğine göre

---

kat malikleri tarafından karar alındığı halde katılanların her defasında su borcunu ödememiş olmalarının etkisinde kalan sanığın bu haksız tahrikin etkisiyle atılı suçu işlediği sabit olduğundan, sanığın mala zarar verme suçundan mahkumiyeti yerine oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde beraatine kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiş..." Y23. CD, 2015/19029 E., 2016/10879 K., 19.12.2016 T; *"Sanığın, katılanın arabasında yüksek sesle müzik dinlemesinden rahatsız olması sebebiyle araca zarar vermekten ibaret eylemini haksız tahrik altında gerçekleştirdiği sabit olduğundan..."* Y23.CD, 2015/15596 E., 2015/8056 K., 14.12.2015 T.; *"Mala zarar verme suçundan kurulan hükümde bir gerekçeye yer vermeksizin haksız tahrik hükmünün uygulanmayarak hükümde çelişki oluşturulması, bozmayı gerektirmiş..."* Y23. CD, 2015/17895 E., 2016/10060 K., 28.11.2016 T.; Y23.CD, 2015/17944 E., 2016/9724 K., 16.11.2016 T; Y23.CD, 2016/9263 E., 2016/8451 K., 03.10.2016 T; Y23.CD, 2015/15915 E., 2016/7829 K., 15.06.2016 T.

93 Aynı yönde bkz. ASLAN, Göksel, Dolandırıcılık, **Hırsızlık ve Mala Zarar Verme Suçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 425; MERAN, Necati, **Hırsızlık - Yağma - Malvarlığına Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 357.

94 *"Kamu malına zarar verme suçunda suçtan zarar görenin kamu kurumu olduğu, bu nedenle sanığa yönelik haksız tahrik edilemeyeceğinden bahsedilemeceğinden haksız tahrik hükmünün uygulanmasından bahsedilemeyeceğinden haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerekirken sanık lehine tatbik edilmesi aleyhe temyiz talebi olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır."* Y23.CD, 2015/18613 E., 2016/10858 K., 19.12.2016 T; *"Kamu malına zarar verme suçunun mağdurunun kamu tüzel kişisi olması nedeniyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerekirken..."* Y23.CD, 2015/16128 E., 2016/9828 K., 21.11.2016 T.

95 KANGAL, ss. 33-34; Aynı yönde EKER KAZANCI, s. 1327.

değerlendirilerek ortaya konacaktır.[96] Doktrinde genel olarak haksız fiilin yalnızca insandan kaynaklanabileceği savunulmaktadır.[97] Ancak kanunun ifadesinde *"haksız bir fiilin meydana getirdiği"* ifadesi ile genel bir belirlemede bulunulmuştur. Tüzel kişilerin kararları insan iradesine dayandığından[98] kamu veya özel hukuk tüzel kişisinin organlarının verdiği haksız kararların failde hiddet veya şiddetli elem uyandırma kapasitesine sahiptir. Ancak tüzel kişiliği temsilen hareket edip haksız fiilde bulunan gerçek kişinin tahrik fiiline karşı tüzel kişinin malvarlığına karşı zarar verici davranışta bulunulması arasında mantıki bir irtibat ve neden sonuç ilişkisinin varlığı önem arz etmektedir. Tüzel kişi tarafından ihlal edilen menfaat ile tüzel kişinin malvarlığına karşı gerçekleşen fiil arasında ihlal edilen değer bakımından etki-tepki ilişkisi her zaman için söz konusu değildir. Örnek vermek gerekirse devlet tüzel kişiliği adına işlem ve fiillerde bulunan Vergi Dairesinde çalışan memurun haksız fiili neticesinden hiddet veya şiddetli eleme kapılan kişinin vergi dairesinin camını kırması halinde haksız tahrikten bahsetmek mümkün değildir. Vergi dairesinde çalışan memurun haksız fiili kişide hiddet veya şiddetli elem yaratma kapasitesine sahip olsa da tepki fiilinin tüzel kişi adına kararı veren gerçek kişiyi hedeflemesi gerektiğinden tüzel kişinin malvarlığına karşı haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir.[99] Her ne kadar tüzel kişilik adına karar alınsa da etki-tepki, tepkinin yöneldiği taraf, hiddet veya şiddetli elem ile tepki fiili arası mantıki bağ açısından tüzel kişinin malvarlığına karşı tepki fiilinde bulunulduğunda kural olarak haksız tahrik hükümlerinin kural olarak uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Ancak sınırlı durumlarda haksız tarikin bu kapsamda gündeme gelebilmesi mümkün olabilecektir.

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunda ise tepki fiilinin yöneldiği suçun konusu ibadethaneler ile ölü kişinin mezarı olacaktır. Suçun

---

96 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, ss. 592-593.

97 KANGAL, ss. 32-33; *Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır* bu görüşlerine Y2.CD, 14997/14974, 05.12.1953T. künyeli, hayvandan kaynaklı zararlı hareketlerin tahrik sayılamayacağı kararı örnek vermişlerdir. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 590 (dn. 123).

98 Doktrinde *Demren Dönmez* tüzel kişilerin ceza hukuku bakımından hareket yetenekleri olmasa da özel hukuk bakımından hareket yeteneklerinin bulunduğundan bahisle tüzel kişilerin haksız hareketine yönelik olarak tüzel kişinin mallarına karşı tepki olarak gerçekleşen mala zarar verme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Bkz. DEMREN DÖNMEZ, s. 277-278.

99 Tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişilere yönelik gerçekleştirilen tepki suçunda haksız tahrik hükümleri gündeme gelecektir (DEMREN DÖNMEZ, s. 277). Asıl husus tüzel kişinin kişilik olarak malvarlığına yönelik gerçekleşen tepki fiilinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır.

konusunun zarara uğramasından etkilenecek olan mağdur toplumu oluşturan herkestir. Korunan hukuki değer de suçun kamu malı ile ilgisi olmasından hareketle kamusal niteliktedir ve ibadethanelerin ve mezarlıkların zarar görmemesinde toplumu oluşturan herkesin menfaatidir.[100] Bu kapsamda haksız fiilin kaynaklandığı kişi bakımından etki-tepki ilişkisi söz konusu olamayacağından bu suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Ancak hayatta iken haksız fiil gerçekleştiren kişi öldükten sonra failde uyanan hiddet veya şiddetli elem etkisi ile ölünün mezarına zarar verilmesi ihtimalinde haksız tahrik gündeme gelecek midir? Burada korunan hukuki değer ve mağdur açısından toplumun tamamı ve toplumun faydası göz önüne alındığında etki-tepki ilişkisinin haksız tahrikin uygulanmasına imkân vermediği sonucuna ulaşmak gerekecektir.

4. Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Suçunda Haksız Tahrik

Hakkı olmayan yere tecavüz suçunda genel olarak haksız tahrik uygulamasına ilişkin Yargıtay kararı oldukça sınırlıdır. Bu konuda bir Yargıtay kararında hakkı olmayan yere tecavüz suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kesin bir dille belirtilmiş; ancak bu kabulün gerekçesi açıklanmamıştır.[101] Kararda kabul ve uygulama kapsamında hakkı olmayan

---

[100] GÜROCAK, İsmail, "Türk Ceza Kanunu'nda Mala Zarar Verme ve İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C.24, S.94, 2011, s. 180.

[101] Bkz. *"Kabul ve uygulamaya göre ise; hakkı olmayan yere tecavüz suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi, yasaya aykırı..."* Y8.CD, 2015/3158 E., 2015/20420 K., 30.06.2015 T;

Yargıtay genel olarak kararlarında hakkı olmayan yere tecavüz fiilinin tahrik teşkil edip tepki fiilinin işlenmesinde hiddet veya şiddetli elem teşkil edebileceği belirtilmiştir. Bkz. *"Sanığın aşamalarda, katılanın ekili bahçelerine zarar verdiğini iddia edip bununla ilgili hazırladığı fotoğrafları dosyaya sunduğu, o gün araziye verilen zararla ilgili tartıştıklarını ve yola malzeme döküp kendisine mal edinmeye çalışması nedeniyle katılanı uyardığını savunması ve dosya kapsamından aralarında daha önceden hakkı olmayan yere tecavüz suçlamasından dolayı husumet bulunduğunun anlaşılması karşısında, ihtilafa konu yerle ilgili araştırma yaparak katılana ait olup olmadığı ve olayın çıkış nedeni ve gelişimi birlikte değerlendirilip sonucuna göre TCK'nın 129. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadan hüküm kurulması"* Y18.CD, 2016/9973 E., 2018/7897 K., 23.05.2018 T. Karar için bkz. KARACAN Abdullah Enes, Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Suçu (TCK m. 154), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 116 (dn. 363). Bir Ceza Genel Kurulu kararında da muhalefet şerhi olarak 4. Ceza Dairesi üyeleri *"Sanıkların atılı suçu işledikleri kabul edildiği takdirde ise; ... Şirketinin yetkilileri olan katılanların, sözleşmenin feshinden sonra, akdedilen sözleşme hükümlerine aykırı davranıp, şantiye sahasını EKGYO'na teslim etmeyerek, sanıkların isnat edilen suçu işlemelerine sebebiyet vermeleri nedeniyle, sanıklar hakkında TCK'nın 29. maddesi uyarınca haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiği"* görüşüyle karşı oy kullanmışlardır (Bkz. YCGK, 2017/1015 E., 2017/498 K., 28.11.2017 T.). Bir Yargı-

yere tecavüz suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesinin kanuna aykırı olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay'ın konu ile ilgili diğer bir kararında ise hakkı olmayan yere tecavüz suçunda *"haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin ve yerinde görülmeyen temyiz itirazının reddiyle hükmün onanmasına"* oybirliği ile hükmedildiği görülmektedir.[102] Bir Asliye Ceza Mahkemesi kararında da *"Katılanın aşamalarda; kira sözleşmesi devam ederken kendisini haber verilmeden alıp tarafından işyerine girilerek başkasına kiraya verildiği ve yararlanmasına engel olunduğunu, katılanın işyerinin işlettiği dönem içerisinde gerek sözleşmeye aykırı olarak gerekse yasalara aykırı olarak işyerinde konsomatris çalıştırdığı Bu sebeple işyerine Çine Belediyesince ceza tahakkuk ettirildiği, söz konusu cezanın sanık tarafından ödendiği, bu sebeple sanığın katılanın sözleşmeye aykırı hareket ettiğini düşünerek işyerinin anahtarını katılanın işçisi olan tanık A'dan alarak işyerini açtığı, ... sanığın katılanın kiraladığı iş yerine girerek ve sözleşmeye aykırı olarak süre dolmadan yerini anahtarını alıp başkasına kiraya vermek suretiyle hakkı olmayan yere tecavüz suçunu işlediği, her ne kadar sanık ve vekili müştekinin haksız hareketleri sebebiyle işyerine girdiğini iddia etmişlerse de bu durumun yasal yollardan çözülmesi gereken bir husus olup sanığın bu gerekliliği yerine getirmeyerek gerçekleştirdiği eylemlerde haksız tahrik hükümlerinin uygulanma koşulunun bulunmadığı, ayrıca sağlığın daha sonra da işyerini kiraya verdiği B'nin de iş yerinde yine aynı şekilde ruhsatsız konsomatris çalıştırdıktan sanığa haksız tahrik hükümleri uygulanmamıştır."* şeklinde değerlendirmede bulunulmuştur.[103]

---

tay kararında yer alan itiraz nedenleri arasında da *"... sanık R'nin kendi arazisinden çıkmayan sanıklar K ve S'ye duyduğu öfke ve kin duygusunu tatmin etmek amacıyla ateş etmesinin, meşru savunma sınırları içerisinde olmayıp haksız tahrik niteliğinde bulunduğunun kabulü gerekmektedir."* şeklinde değerlendirmede bulunulmuştur (Bkz. Y4.CD, 2016/13736 E., 2016/12732 K., 23.09.2016 T.) Nihayetinde çalışmanın kapsamı dahilinde olmasa da söz konusu kararda *"eylemin sanığın kendisine ve arazisine yönelik saldırıyı orantılı olarak defetmek amacıyla meşru savunma koşulları kapsamında gerçekleştirildiği"* sonucuna ulaşıldığının belirtilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

[102] Kararın tamamı için bkz. *"Tanık ...'ın bozma sonraki anlatımı, oluşa ve tüm dosya kapsamına göre, mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. Yapılan yargılamaya, dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde gösterilen ve değerlendirilen delillere, oluşa ve mahkemenin soruşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, suçun oluşumuna ve niteliğine uygun kabul ve uygulamasına, hukuka uygun, yasal ve yeterli olarak açıklanan gerekçeye göre sanık müdafinin sübuta, suç kastına, haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin ve yerinde görülmeyen temyiz itirazının reddiyle hükmün ONANMASINA, 25.06.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi."* Y8.CD, 2017/26242 E., 2018/7425 K., 25.06.2018 T.

[103] Çine Asliye Ceza Mahkemesi, 2014/18 E., 2015/175 K., 19.3.2015 T.

Mahkemenin kararında "*her ne kadar sanık ve vekili müştekinin haksız hareketleri sebebiyle işyerine girdiğini iddia etmişlerse de bu durumun yasal yollardan çözülmesi gereken bir husus olup sanığın bu gerekliliği yerine getirmeyerek gerçekleştirdiği eylemlerde haksız tahrik hükümlerinin uygulanma koşulunun bulunmadığı"* yönündeki değerlendirmesi kanaatimizce yerinde değildir. Haksız tahrikin şartları arasında hiddet veya şiddetli elem altında olan kişinin sorunu hukuk yoluyla çözmesini aramak yer almamaktadır. Mahkemenin bu gerekçesi kabul edilirse kimsenin hiddet veya şiddetli elem altında suç işlememesi, işlerse haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı kabulünü sonuçlamaktadır. Bu ise kanun koyucunun iradesine uymamaktadır. TCK'da hakkı olmayan yere tecavüz suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu kapsamda söz konusu suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının kanuna aykırı olduğu yönündeki değerlendirme, haksız tahrikin genel olma özelliği dikkate alındığında yerinde değildir. Malvarlığına karşı bir suç olan hakkı olmayan yere tecavüz suçunun, sözleşme hükümlerinin yerine getirilmemesinin yaratacağı hiddet veya şiddetli elem tesiri altında işlenmesi mümkün olup haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir. Haksız tahrikin genel olma özelliğinden ayrılmayı gerektiren bir durum söz konusu değildir.

5. Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Bedelsiz Senedi Kullanma Suçunda Haksız Tahrik

Uygulamada güveni kötüye kullanma ve bu suçun özel bir görünüm olan bedelsiz senedi kullanma suçlarının haksız tahrik altında işlenip işlenemeyeceği hususu açık değildir. Güveni kötüye kullanma suçunda Yargıtay bazı kararlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir.[104] Ancak Yargıtay haksız tahrikin neden uygulanamayacağının gerekçesini belirtmemiştir. Bu suçun güveni kötüye kullanmanın özel bir şekli olduğu düşünüldüğünde bedelsiz senedi kullanma bakımından da haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı düşünülebilir.

---

[104] Y23.CD, 2015/2579 E., 2015/3692 K., 7.9.2015 T; Y15.CD, 2012/7353 E., 2014/1503 K., 29.1.2014 T. ELMALICA, s. 202; *"Suçun niteliği (hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma) ile olayın oluşuna göre uygulanma yeri olmayan TCK 29. maddesi uyarınca haksız tahrik hükmü uygulanarak cezadan indirim yapılması..."* Y23.CD, 2015/9502 E., 2016/9287 K., 02.11.2016 T. Aynı yönde bkz. Y23.CD, 2015/2579 E., 2015/3692 K., 07.09.2015 T.

Doktrinde bir görüşe[105] göre Yargıtay'ın güveni kötüye kullanma suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kanaati, güveni kötüye kullanma suçunun yalnızca yarar sağlama amacı ile işlenebileceği kabulüne dayanmaktadır.[106]

Kanunun ifadesine bakıldığında kanun koyucunun bu suçta özel olarak bir amaç yahut saik aramadığı görülmektedir.[107] Failin yararlanma amaç veya saiki olmadan zilyetliğe aykırı tasarrufta bulunması, bu tepki fiilini haksız bir fiile karşılık olarak işlemesi halinde haksız tahrik gündeme gelebilecektir. Örneğin alacağına karşılık rehin veren borçlunun rehin alana karşı haksız bir fiil gerçekleştirmesi ve bunu öğrenen rehin alanın rehin konusunu başkasına satması durumunda kızgınlık ruh hali sebebi ile haksız tahrik indiriminden yararlandırılması gerekmektedir.[108] Nitekim güveni kötüye kullanma suçunu haksız tahrik altına işlenmesi ile bu suçun tahrik etkisinde olmadan işlenmesi arasındaki farkın gözetilmesi gerekmektedir.[109]

Araştırmalarımız kapsamında bedelsiz senedi kullanma bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili Yargıtay kararına rastlamadık. Ancak bedelsiz senedi kullanma suçu bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel olan bir durum bulunmadığı kanaatindeyiz. Nitekim TCK m. 29'da *"suç işlemekten"* bahsettiği için tepki suçu olmaya elverişsiz olan suçlar dışında suçun yönelmiş bulunduğu hakkın önemi bulunmamaktadır.[110] Kanun koyucu haksız tahrik bakımından suç tipi özelinde bir değerlendirmede bulunmamıştır. Suçun malvarlığına karşı işlenen suçlardan olması da bu nedenle haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.[111] Haksız tahrike iliş-

---

[105] ELMALICA, s. 202.

[106] Bu görüşü savunan yazar, güveni kötüye kullanma suçunun yararlanma amacı ya da saiki içermediği ve bu kapsamda bu suçunun haksız tahrikle bağdaşabileceği kanaatindedir. Bkz. ELMALICA, s. 202.

[107] MERAKLI, Serkan, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.11, Özel Sayı, 2013, ss. 1696-1697; Bu suçun *"yarar sağlama amacı"* olarak özel kastla işlenebileceği görüşü için bkz. BALCI, Umut, **Türk Hukukunda Güveni Kötüye Kullanma Suçları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 78.

[108] ÇINAR, Çağatay, **Türk Ceza Hukuku'nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 437-438.

[109] ÇINAR, s. 484.

[110] ALTUNTAŞ, s. 158-159.

[111] ALTUNTAŞ, s. 159.

kin TCK m. 29 hükmü, bütün suçlar için uygulama kabiliyeti haiz olan genel bir düzenlemedir.[112] Bu kapsamda fail, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli eleme dayalı psikolojik durumda bedelsiz kalmış senedi kullanmışsa bu durumda fail hakkında haksız tahrik indirimi uygulanabilmelidir.[113]

6. Dolandırıcılık Suçunda Haksız Tahrik

Doktrinde bir görüşe göre dolandırıcılık suçu, yapısı ve niteliği gereği haksız tahrik ile bağdaşmamaktadır.[114] Bu nedenle dolandırıcılık suçunda haksız tahrik indirimi uygulanamayacaktır. Diğer bir görüşe göre[115] ise haksız tahrik hükümlerinin genel olarak herkes bakımından uygulanabilme özelliği dolandırıcılık suçunun da haksız tahrik altında işlenebilmesini mümkün kılmaktadır. Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elem tesiri altında hileli davranışlarla birini aldatarak menfaat sağlayan kişinin kusurluluğu etkilenmiş sayılmalı ve kendisine TCK m. 29 uygulanmalıdır. Bunun için tahrik fiilinin dolandırıcılık suçunun mağduru tarafından mağduru tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak aldatılan kişi mağdurdan farklı olması, kişide hiddet veya şiddetli elem yaratan haksız bir fiilin malvarlığı zarara uğrayan mağdurdan kaynaklanmasına bağlıdır. Bu görüşte verilen örneğe göre gerçekte işlenmediği halde hırsızlık gerekçesi ile iş akdini sonlandıran işverene öfkelenen kişinin işverenin çırağını aldatarak işverenin zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlarsa haksız tahrikten faydalanabilmelidir. Ancak aldatılandan farklı birinin malvarlığı haksız fiile

---

[112] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 359; OTACI, s. 31.

[113] Aynı yönde bk. ÜNAL, Ertuğrul, "**Kısmen veya Tamamen Bedelsiz Kalmış Senedi Kullanma Suçu (m. 156)", Malvarlığına Karşı Suçlar,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 196.

[114] OTACI, s. 31; ÖZCAN Nisa, Dolandırıcılık Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 55, 115; CAN Esra Gül, Dolandırıcılık Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 34; HONDU ACAR Esra, 5237 Sayılı TCK Kapsamında Dolandırıcılık Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 130.

[115] EKİCİ ŞAHİN, ss. 412-413; Doktrinde *Agin*, dolandırıcılık suçunun haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. AGİN Nurşen Selen, Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu (TCK md.158/1-f), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 145; *Bilen* de uygulama ihtimali oldukça düşük olmakla birlikte, somut olayda TCK m. 29'un şartlarının gerçekleşmesi durumunda haksız tahrikin dolandırıcılık suçu açısından uygulanabileceğini belirtmiştir. BİLEN Mesut, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 196.

karşı tepki olarak zarara uğratılırsa haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır.[116]

Kanaatimizce bir zarar suçu olan dolandırıcılık suçunun haksız fiile tepki olarak hiddet veya şiddetli elem altında işlenmesi mümkündür. Bu durumda da dolandırıcılık cezasında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp faile indirimli ceza verilmesi, haksız tahrik kurumunun niteliği ile de bağdaşmaktadır.

7. Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçunda Haksız Tahrik

Doktrinde ve uygulamada bu suçun haksız tahrik altında işlenip işlenemeyeceği hususu açık değildir. Bu kapsamda haksız tahrikle ilgili değerlendirmede bulunabilmek için korunan hukuki değer ve manevi unsur üzerinden değerlendirme yapıldığında sonuca ulaşmak mümkün olacaktır.

Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçunda korunan hukuki değer malvarlığı hakkıdır.[117] Bu suçta manevi unsur ise suç konusu eşyanın kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş olduğunun, yükümlülüklerin yerine getirilmediğini, malik gibi tasarrufta bulunulduğunun bilinmesine yönelik kasttır.[118] Bu kapsamda haksız bir fiilin yarattığı hiddet veya şiddetli elem kapsamında kişinin tepki fiili niteliğindeki suçu tahrik edene karşı işlemesi gerekeceği için ve failin de eşyanın kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirildiğinin farkında olması gerekliliği gerçeği karşısında bu suçun haksız tahrik ile bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim fail suçla korunan hukuki değer olan malvarlığı hakkının kime ait olduğunu, suçun doğası gereği bilmemektedir. Kime ait olduğunu bilmediği mal üzerinde tahrik edeni zarara uğratmaya yönelik tepki fiilinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

8. Hileli ve Taksirli İflas Suçlarında Haksız Tahrik

İflas suçlarında iflas olgusunun gerçekleşmiş olması bir objektif cezalandırılabilme koşulu teşkil etmektedir. Failde hiddet veya şiddetli elem

---

[116] Bu hususa örnek olarak da banka çalışanının haksız bir fiiline tepki mahiyetinde bankanın zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi hali verilmiş ve bu durumda haksız tahrikin gündeme gelemeyeceği yerinde olarak belirtilmiştir. Bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 413.

[117] KILIÇ, Ahmet, "Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi,** C.3, S.2, 2018, s. 5.

[118] KILIÇ, s. 22.

duygusu uyandıran suç teşkil eden fiil, objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmediği için cezalandırılamasa dahi haksızlık niteliğini haiz olduğundan, buna tepki olarak işlenen suç kapsamında haksız tahrik hükümleri uygulanabilecektir.[119]

Hileli iflas suçunda manevi unsur kapsamında failin saik veya özel bir amaçla hareket etmesi aranmamıştır.[120] Bu nedenle bu suçlarda saik ve amaç ile tahrik hükümleri kapsamında bir ilişki bulunmamaktadır. Bu suçlarla ilgili haksız tahrik hükümleri ile ilgili Yargıtay kararına da rastlanmamıştır. Ancak taksirli iflas suçunda taksirli suçlarda haksız tahrikin hükümlerinin uygulanabilirliği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Taksirli olarak gerçekleştirilen fiiller de genel itibariyle haksızlık niteliği taşır; ancak objektif özen yükümlüğüne uygun olarak yapılan fiiller neticesinde faile veya başka bir kişiye ait bir konu zarara uğramış olsa dahi, fiilin haksızlığından söz edilemez.[121] Objektif özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla taksirle gerçekleştirilen haksızlık nedeniyle hiddet veya şiddetli elem tesiri altında suç işleyen kimse haksız tahrik indiriminden faydalanabilecektir.[122]

Doktrinde bir görüşe göre[123], haksız tahrik uygulaması kasten işlenen suçlarla sınırlandırılmıştır. Bu görüşe göre tepki fiilinin haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelmiş olması şartı taksirli suçlarda gündeme gelmez. Taksirli suçlar haksız tahrikin doğrudan reaksiyonunu teşkil etmedikleri için taksirli suçlar hiddet veya şiddetli elem etkisi ile değil, objektif özen yükümlülüğüne aykırılık yolu ile işlenebilir.[124] Yargıtay da bu görüş yönünde karar-

---

[119] KANGAL, s. 43; *"Örneğin, mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek (iletişim kurularak) işlenmesi gerekir (TCK md. 125/1,c.2). Bu koşul sağlanmadığı için cezalandırılamayan bir kişiye karşı, hakaret edilen kişi bir suç işlerse, haksız tahrik indiriminden yararlanır."* KANGAL, s. 43.

[120] IŞIKA, Sertaç, "Hileli İflas Suçu", **İÜHFM,** C.LXXI, S.1, s. 607-624, 2013, s. 618; Bu suçun özel kastla işlenmesi gerektiği görüşü için bkz. UYAR, Talih, "Taksiratlı (Taksirli) ve Hileli İflas", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.11, Özel Sayı, 2009, (941-972), s. 957.

[121] KANGAL, ss. 40-41; Aynı yönde bkz. BIKMAZ, s. 417.

[122] BİRTEK, s. 318; ÇADAK Abdulkadir, İrade Özgürlüğü Çerçevesinde Kusurluluğu Azaltan Bir Hal Olarak Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 54; Taksirli suçlarda faili haksız tahrik indiriminden yararlandırmamaktansa bu şart açısından taksirli suçlarda bir istisna teşkil ettiğini kabul etmenin daha yerinde olacağı görüşüne katıldığı çıkarımında bulunduğumuz görüş için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 598.

[123] KANGAL, s. 62.

[124] GÜRELLİ, Nevzat, "Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik", **İBD**, C.XXV, S.2, 1951, s. 339 (Aktaran: KANGAL, s. 62).

lar vermektedir.[125] Diğer görüşe göre ise haksız tahrik; suç teorisinde genel hükümlerde yer aldığından ve kasten işlenen suçlarla uygulaması sınırlanmadığından taksirli suçlar haksız bir fiil olarak değerlendirilmelidir. İlaveten haksız tahrik kurumunun temel felsefesinde failin psikolojik durumu esas alınmaktadır.[126] Kanaatimizce hiddet veya şiddetli elem kişiyi suç işlemeye iten bir saik olduğu için kişinin bu duygular altında kastının olmadığı, taksirle tepki fiili işlediğini savunmak yerinde değildir. Kastın arka planında yer alan hiddet veya şiddetli elem duygusu, taksirle haksız tahrikte bulunulmasına engel teşkil etmektedir.

Doktrinde bir görüş hileli iflas suçunda teorik olarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.[127] İlk bakışta kişinin alacaklısının haksız fiiline karşı tepki fiili olarak malvarlığını eksiltici nitelikte iflasına sebebiyet verecek biçimde hileli tasarruflarda bulunması olası ve mantıklı gözükmemektedir. Ancak failin halihazırda malvarlığının oldukça eksilmesi ve tahrikçinin alacağının da masa alacakları bakımından son sıralarda yer alması bakımından sırf tahrikçinin alacağını alamaması (kendisine iflas masasında sıra gelmemesi) amacıyla iflasına sebebiyet verecek şekilde hileli tasarruflarda bulunması durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi imkân dâhilinde görülebilir. Bu kapsamda kanaatimizce ancak çok sınırlı durumlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkündür.

9. Karşılıksız Yararlanma Suçunda Haksız Tahrik

Karşılıksız yararlanma suçunda haksız tahrik ile ilgili değerlendirmede bulunmadan önce bu suçla korunan hukuki değerin ortaya konması önem arz etmektedir. Bu suçla korunan hukuki değer ilk başta malvarlığı olmakla birlikte suçun konusunun zilyetliği üzerindeki haklar da koruma altındadır.[128] Bu suçta mağdur kimi zaman kendi hattından hukuka aykırı olarak enerji

---

125 *"Oluş ve kabule göre; taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmeden, tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiş ..."* Y1.CD, 2008/5346 E., 2008/7646 K., 01.12.2008 T. Bkz. KANGAL, s. 62; Aynı yönde bkz. YILMAZ, Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, s. 180.

126 Örneğin müşteri şoföre hakaret ettiği için hiddet veya şiddetli elem tesiri ile arabayı duvara çarpıp hakaret eden müşterinin de yaralanmasına sebep olması durumunda yaralanan müşteri kapsamında haksız tahrikten yararlanması mümkün görülmelidir. ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 347.

127 YILMAZ, Zahit, **"Hileli İflas Suçu (m. 161)" Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169),** Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 281; ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 349.

128 YILMAZ, Zahit/APİŞ, Özge, "Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C.19, S.2, 2013, s. 1757.

transferi yapılan gerçek ya da tüzel kişi olabileceği gibi bizzat bu hizmeti sağlayan kurumun kendisi de olabilecektir.[129] Bu kapsamda gerçek kişi tarafından gerçekleştirilen haksız bir fiile tepki olarak karşılıksız yararlanma suçunun gerçekleşmesi ve haksız tahrik indiriminin uygulanması mümkündür. Ancak tüzel kişinin mallarına karşı işlenen tepki fiili bakımından haksız tahrik hükümleri uygulanmayacaktır. İhlal edilen değer ile etki-tepki ilişkisi söz konusu olamayacağı ve haksız fiil ile tepki fiili arası, tepkinin yöneldiği taraf bakımından mantıki bir ilişki bulunmadığından tüzel kişinin malvarlığına karşı karşılıksız yararlanma suçu işlenmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

10. Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi Suçunda Haksız Tahrik

TCK m. 164'te *"Bir şirket veya kooperatifin kurucu, ortak, idareci, müdür veya temsilcileri veya yönetim veya denetim kurulu üyeleri veya tasfiye memuru sıfatını taşıyanlar, kamuya yaptıkları beyanlarda veya genel kurula sundukları raporlarda veya önerilerde ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler verecek veya verdirtecek olurlarsa..."* şeklinde düzenlenen söz konusu suç, uygulamada nadir görülen bir suç tipi olduğundan ceza hukuku alanında bu konuyu ele alan pek az çalışma bulunmaktadır[130] ve bu kapsamda da haksız tahrik incelemesinde bulunulmamıştır.

Söz konusu suçta herhangi bir saik veya amaçla hareket edilmesi aranmamaktadır.[131] Bu kapsamda saik ve haksız tahrik ilişkisi bağlamında incelemede bulunulması gerekmemektedir. Nihayetinde ise bu suçun haksız tahrikle bağdaşmayan bir yönünün bulunmadığı kanaatindeyiz. Örneğin haksız bir biçimde, şirket ortağının şirket hisselerinin satın almasında rüçhan hakkının kullandırılmaması durumunda failin şirketi zarara uğramasına neden olacak biçimde gerçeğe aykırı bilgi vermesi halinde haksız tahrik hükümlerinin gündeme geleceği düşünülebilir. Ancak failde hiddet veya şiddetli elem uyandıran haksız fiilin şirket tüzel kişiliğinden kaynaklanması durumunda tüzel kişiler ceza hukuku anlamında bir harekette bulunamayacağı

---

[129] YILMAZ/APİŞ, s. 1757.

[130] CANPOLAT, Can, "Ekonomik Suçluluk Bağlamında Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi - Verme - Suçu (TCK m.164)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C.27, S.1, 2021, s. 155.

[131] CANPOLAT, s. 177.

görüşü kabul edildiğinde haksız tahrikten söz edilemeyecektir. Şirket tüzel kişiliğinin hukuka aykırı da olsa aldığı karar failde hiddet veya şiddetli elem uyandırıyorsa tüzel kişi ceza hukuku anlamında haksız bir fiilde bulunamayacağı için haksız tahrik gündeme gelmeyecektir. Kanaatimizce kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin ceza hukuku anlamında harekette bulunamayacağı görüşü yerinde olsa da tahrik fiilinin ceza hukuku veya özel hukuk bakımından haksız bir fiil olması aranmamakta, bu fiilin genel olarak haksız olması yeterlidir. Bu kapsamda da verilen örnekte şirket tüzel kişiliğinin aldığı haksız karar ceza hukuku anlamında hareket teşkil etmese de (*amaca dönük olmasa da*) hukuka aykırı olduğu ölçüde failde hiddet veya şiddetli elem uyandırıyorsa tepki fiili olarak işlenebilecektir. Tüzel kişi tarafından verilen haksız karara karşı tepki fiilinde bulunulması bakımından ihlal edilen değer ile tepki fiili arasında etki-tepki ilişkisi bu suç tipinde mantıki bir bağa dayanmaktadır. Nitekim bu suçta mala zarar verme ve karşılıksız yararlanma suçlarında olduğu gibi tüzel kişi adına haksız kararı veren gerçek kişiye tepki fiilinin yöneltilmesi hali mümkün değildir. Özellikle anonim şirket ve kooperatif tüzel kişiliği, ortakların kişiliğinden tamamen bağımsız bir yapıda ve tek bir irade olarak karar almaktadır. Bu haksız karara karşı en güçlü tepki ise şirket ve kooperatif hakkında yanlış bilgi vermek olacaktır. Bu nedenle bu suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz.

11. Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi ve Bilgi Vermeme Suçlarında Haksız Tahrik

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu ile ilgili monografik eserler incelendiğinde bu suçun haksız tahrik altında işlenmesi ile ilgili bir değerlendirmeye ve Yargıtay kararına rastlanmamıştır.

Bilgi vermeme suçu bakımından doktrinde bir görüşe göre[132] bilgi vermeme suçunda korunan hukuki değer, malvarlığı ve adliye ilişkin menfaatleri içeren karma bir yapıya sahiptir. Bu görüşe göre bilgi vermeme suçunda korunan hukuki değerin karma yapısı, kusurluluğu azaltan bir neden olarak haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Bu kapsamda failin, malı elinden rızası hilafına çıkan önceki zilyet tarafından haksız bir fiil gerçekleştirilmesi bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi bakımından haksız tahrik teşkil etmemelidir. Buna örnek olarak failin suç

[132] GİYİK, Abdülbaki, "Bilgi Vermeme Suçu", **Ceza Hukuku Dergisi,** C.16, S.45, 2021, s. 145.

eşyasının sahibi tarafından hakarete uğraması, failin hakarete uğramasının ardından kendisine hakaret eden kişinin eşyanın sahibi olduğunu öğrenip gerekli bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde haksız tahrik hükümleri uygulanmamalıdır. Bu görüşün temelinde bilgi vermeme suçunun malvarlığına ilişkin değerleri korumasının yanı sıra adliyeye karşı menfaatlerin de korunduğu fikri yatmaktadır.

Bilgi vermeme suçu salt ihmali bir suç olsa da haksız tahrik hükümlerinin teoride uygulanabilmesine engel bulunmamaktadır. Nitekim tepki fiili icrai nitelikte olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilecektir.[133]

Suçun konusunun zarara veya zarar tehlikesine uğratılmasından etkilenen taraf bilgi vermeme suçunda ve suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda hem eşyanın sahibi hem de adliyedir;[134] ancak korunan hukuki değerin adliyenin işleyişi, güvenilirliği ve saygınlığı ile daha çok irtibat halinde olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu suçlarda tepki fiilinin yöneldiği taraf adliye olacağı ve adliyeye karşı tepki fiilinde bulunulması doğal olarak imkan dahilinde olmadığı için bu suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Korunan hukuki değer temelinde tahrik edici haksız fiil gerçek kişilerden kaynaklansa bile adliyeden de tahrik edici fiilin kaynaklanması gerekecektir. Ancak devlet tüzel kişiliğinin bir yansıması olan adliyeden kaynaklanan bir haksız fiilden söz edilemeyecektir.[135] Nitekim adliye, hatalı kararlar verse de Türk Milleti adına işlev görmektedir. Türk Milleti adına karar veren mahkemenin (T.C. Anayasası m. 9[136]) haksız kararına karşı adliyeye karşı bilgi vermeme ve suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçları işlenemeyecektir.

SONUÇ

Malvarlığına karşı suçların haksız tahrik altında işlenip işlenemeyeceği hususu uygulamada ve doktrinde kesin kanıya varılmış bir konu değildir. Çoğunlukla doktrin ve uygulamada malvarlığına karşı suçların haksız tahrik

---

133 AYDIN, s. 231.

134 CEBRE Ayvaz, Suç Eşyasının Satın Alınması ve Kabul Edilmesi Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 42.

135 Bu hususta ayrıntılı bilgi için mala zarar verme suçunda suçtan zarar görenin kamu kurumu olması halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin "Mala Zarar Verme Mala Zarar Verme ve İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçlarında Haksız Tahrik" başlığı incelenmelidir.

136 *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır."*

altında işlenemeyeceği savunulmaktadır. Bu kabulün arkasında ise malvarlığına karşı suçların yararlanmaya ilişkin saik veya amaçla işlenebildiği hususu yatmaktadır. Kısaca manevi unsur ve haksız tahrik ilişkisi üzerinden değerlendirmede bulunulmaktadır.

Saik/amaç ile tahrik ilişkisi genel olarak kan gütme ve töre saiki ile öldürme suçlarında madde gerekçesi, doktrin ve Yargıtay kararlarında önemli ölçüde işlenmiştir. Saik veya amacın suçun düzenlendiği maddede ayrıca arandığı suçlarda haksız tahrikin gündeme gelemeyeceği, bir duygunun hem cezada artırım hem de indirim nedeni teşkil edemeyeceği savunulmuştur. Hiddet veya şiddetli elem olarak kişiyi suç işlemeye iten bu saikin kan gütme ve töre saiki ile bağdaşması hem gerekçede hem de gerekçeyi esas alan Yargıtay kararlarında genel ölçüde mümkün görülmemiştir. Ancak haksız tahrikin genel olma özelliği, niteliği elverdiği ölçüde tüm suçlarda uygulanabilir özelliği göz önünde bulundurulduğunda saik veya amaç içeren suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel bulunmamaktadır. Bir suçta iki saik/amaç temelinde haksız tahrikin indirim nedeni olarak uygulanamayacağı kabulü bir varsayıma dayanmakta, makul bir gerekçe içermemektedir. Kişileri suç işlemeye iten itkilerin, duyguların, saiklerin birbiri ile ilişkisi kişisel düşüncelere dayanamaz. Etiyoloji üzerinden bilimsel değerlendirmede bulunulduğunda kişiyi suç işlemeye iten bir itki olan hiddet veya şiddetli elem duygusu ile intikam duygusu, namus saiki, töre saiki, yararlanma amacının bir arada bulunmasını engelleyen bir neden sonuç ilişkisi kurulamamaktadır. Buradan hareketle de malvarlığına karşı suçlarda haksız tahrik hükümlerinin, suçun yapısı ve doğası elverdiği ölçüde uygulanabileceği sonucu doğmaktadır.

Malvarlığına karşı suçlarda haksız tahrik uygulaması incelenirken tüzel kişilerin malvarlığına karşı işlenen tepki suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususu önem arz etmektedir. Doktrinde genel olarak tüzel kişilerin ceza hukuku anlamında hareket yeteneklerinin olmadığı görüşü üzerinden haksız tahrik mümkün görülmemektedir. Ancak kanun ifadesinde haksız bir fiilden söz edildiği için tahrik fiilinin özel hukuk veya ceza hukuku anlamında hareket etmesi aranmamakta, toplumsal normlar temelinde haksız bir fiil aranmaktadır. Burada da etki-tepki ilişkisi, karşılılık, tepki fiili ile haksız fiil arasında mantıki bağ bulunması gibi argümanlar kullanılarak her bir suç özelinde tüzel kişilerin malvarlığına karşı haksız tahrik altında tepki fiili işlenip işlenemeyeceği ve haksız tahrik indiriminin uygulanıp uygulanamayacağı araştırılmalıdır.

KAYNAKÇA

AGİN Nurşen Selen, Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu (TCK md.158/1-f), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

AKBULUT, Berrin, "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)", **Adalet Dergisi,** C.65, S.2, 2020, ss. 99-165.

AKDAĞ Hale, **Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

AKSÜT Ertekin, "Kullanma Hırsızlığı ve Zorunluluk Hali", **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.5, S.9, 2015, ss. 219-240.

ALTUĞ Şahin, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,** C.9, S.17, 2021, ss. 1-44.

ALTUNTAŞ Şeyda, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

ARSLANTÜRK Mustafa, **İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu,** 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018.

ASLAN Göksel, **Dolandırıcılık, Hırsızlık ve Mala Zarar Verme Suçları,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 14. Baskı, Ankara, 2020.

AYDIN Devrim, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.54, S.1, 2004, ss. 225-254.

BAĞLAR Yunus Emre, "Kan Gütme Saiki ile Kasten Öldürme Suçu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,** C.13, S.50, 2022, ss. 41-78.

BALCI Fidan/ÖZTÜRK Seyithan, **Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları,** 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

BALCI Umut, **Türk Hukukunda Güveni Kötüye Kullanma Suçları,** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

BIKMAZ Raif, "Haksız Tahrik Kurumu Üzerine Bir İnceleme" **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.18, S.2, 2019, ss. 403-425.

BİLEN Mesut, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

BİRTEK Fatih, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

BOSTANCI Gülşah, **Ceza Hukukunda Haksız Tahrik,** Beta Yayınları, Aralık, 2013.

BOYRACI Ali, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Senedin Yağması Suçu,** On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

CAN Esra Gül, Dolandırıcılık Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

CANPOLAT Can, "Ekonomik Suçluluk Bağlamında Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi - Verme - Suçu (TCK m.164)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C.27, S.1, 2021, ss. 154-187.

CARMICHAEL Stephanie/PIQUERO Alex R., "Sanctions, Perceived Anger, and Criminal Offending", **Journal of Quantitative Criminology,** C.20, S.4, 2004, ss. 371-393.

CEBRE Ayvaz, Suç Eşyasının Satın Alınması ve Kabul Edilmesi Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1,** 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

ÇADAK Abdulkadir, "Haksız Tahrikin Felsefi Temelleri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.26, S.3, 2018, ss.185-238.

ÇADAK Abdulkadir, İrade Özgürlüğü Çerçevesinde Kusurluluğu Azaltan Bir Hal Olarak Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

ÇAKICI GERÇEK Leyla/BAFRA, Jale, "Kan Gütme Saiki ile İşlenen Adam Öldürme Suçu", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** C.5, S.1, 2005, ss. 1-29.

ÇAM Onur, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

ÇETİN İbrahim, **Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik,** Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

ÇINAR Çağatay, **Türk Ceza Hukuku'nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

DEMİRBAŞ Timur, **Haksız Tahrik,** 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

DEMREN DÖNMEZ Burcu, "Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik", **İÜHFM**, C. LXXI, S.1, 2013, ss. 267-294.

DÖNMEZ Elif, "Kasten Öldürme Suçunun Eski Eşe Karşı İşlenmesi", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.11, S.1, 2021, ss. 594-628.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II,** 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

DÖNMEZER, Sulhi, **Ceza Hukuku Özel Kısım - Kişilere ve Mala Karşı Cürümler,** Filiz Kitabevi, 12. Bası, İstanbul, 1947.

EKER KAZANCI Behiye, "Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.15, Özel S., 2013, ss.1309-1357.

EKİCİ ŞAHİN Meral, **Dolandırıcılık Suçu,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

ELMALICA Hasan, **Güveni Kötüye Kullanma Suçu,** Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

ERDEM Mustafa Ruhan/TEZCAN Durmuş/ÖNOK, Rıfat Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,** 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 14. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 1997.

ESEN Sinan, **Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

GİYİK Abdülbaki, "Bilgi Vermeme Suçu", **Ceza Hukuku Dergisi**, C.16, S.45, 2021, ss.125-156.

GÖKCEN Ahmet/BALCI Murat/PAMUK Gülfem/İÇER Zafer/ÇAKIR Kerim/ÖZTÜRK Nurten/APİŞ Özge/ÜNAL Ertuğrul/GÜLTEKİN DİKEN Nil Melek/YILMAZ Zahit/ERDİN Selim/ŞENERDOĞAN Büşra, **Malvarlığına Karşı Suçlar,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

GÜROCAK İsmail, "Türk Ceza Kanunu'nda Mala Zarar Verme ve İbadethanelere ve Mezarlıklara Zarar Verme Suçları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C.24, S.94, 2011, ss. 149-186.

GÜRELLİ Nevzat, "Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik", **İBD,** C. XXV, S.2, 1951, ss. 331-343 (Aktarıldı).

HAFIZOĞULLARI Özen/ÖZEN, Muharrem, "Hırsızlık", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 1-2, 2008, ss. 773-796.

HONDU ACAR Esra, 5237 Sayılı TCK Kapsamında Dolandırıcılık Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

IŞIKA Sertaç, "Hileli İflas Suçu", **İÜHFM,** C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 607-624.

KANGAL Zeynel, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.14, S.3-4, 2010, ss. 19-68.

KARACAN Abdullah Enes, Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Suçu (TCK m. 154), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

KILIÇ Ahmet, "Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi,** C.3, S.2, 2018, ss. 1-35.

KILIÇ Burak, Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.

KLIMCZUK Andrzej, **Causes of Crime**, [in:] F.F. Wherry (ed.), The SAGE Encyclopedia of Economics and Society, SAGE Publications, Los Angeles 2015, ss. 308-311.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, 2021.

KORKMAZ Esra Şule, **Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 1. Cilt,** Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2013.

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı **Türk Ceza Kanunu 2. Cilt**, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2013.

MERAKLI Serkan, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.11, Özel Sayı, 2013, ss. 1657-1713.

MERAN Necati, **Hırsızlık - Yağma - Malvarlığına Karşı Suçlar,** 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

MOUSOURAKIS George, "Reason, Passıon and Self-Control: Understandıng the Moral Basis of the Provocation Defence", **R.D.U.S.,** S.38, 2007, ss. 215-232.

MUTLU Gülhan, Haksız Tahrikin Öldürme Suçları Bağlamında Uygulama Alanı ve Cezanın Belirlenmesine Etkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

OKUYUCU ERGÜN Güneş, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C.19, S.2, 2013, ss. 1065-1086.

OTACI Cengiz, "Saikle Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Sorunu", **Terazi Hukuk Dergisi,** C.6, S.59, 2011, ss. 29-43.

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

ÖNDER Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

ÖZALP Nabi, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,** 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

ÖZCAN Nisa, Dolandırıcılık Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

ÖZDEMİR Fatih/ÖNER ÖZKAN Bengi, "The Nature of Crime: Different Approaches Toward the Causes of the Criminal Act", **Nesne Psikoloji Dergisi (NPD),** C.5, S.11, 2017, ss. 345-361.

ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2020.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2010.

PULAK Fırat, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kıbrıs, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, 2016.

ŞEN Ersan/MALBELEĞİ Erkam, "Alacağın Tahsili Amaçlı Cebirde veya Tehditte (TCK m.150/1) Haksız Tahrik Uygulanır mı?", İnternet Makalesi (26.01.2021), https://sen.av.tr/tr/makale/alacagin-tahsili-amacli-cebirde-veya-tehditte-TCK-m-50/1-haksiz-tahrik-uygulanir-mi, Erişim Tarihi: 11.3.2022.

ŞEYHANLIOĞLU Mustafa Emrah, Hırsızlık Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

TAŞDEMİR Nezahat, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

TATLILIOĞLU Kasım/KARACA Mehmet, "Öfke Olgusu Hakkında Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme", **International Journal of Social Science Studies,** C.6, S.6, 2013, ss. 1101-1123.

TOROSLU Nevzat/TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

TÖNGÜR Ali Rıza/ÇETİNTÜRK Ekrem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

UYAR Talih, "Taksiratlı (Taksirli) ve Hileli İflas", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C.11, Özel Sayı, 2009, ss. 941-972.

ÜMİT ATILGAN Eylem**, Türkiye'deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukukî Bir Araştırma,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

YERDELEN, Erdal, **Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması),** Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

YILMAZ Burak Kaan, Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

YILMAZ İrem, Kusurluluğu Etkileyen Bir Hal Olarak Haksız Tahrik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

YILMAZ Zahit/APİŞ Özge, "Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C.19, S.2, 2013, ss. 1749 - 1780.

ZIMRING Franklin/HAWKINS Gordon., **Deterrence: The Legal Threat in Crime Control**, University of Chicago Press, Chicago, 1973 (Aktarıldı).

İnternet Kaynakları

https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/

https://www.turcademy.com/tr

Prof. Dr. Sirel KARAKAŞ Psikoloji Sözlüğü, https://www.psikolojisozlugu.com/urge-itki Erişim Tarihi: 10.11.2022.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1555-1573

INTRA-OCCUPIED TERRITORIAL POPULATION TRANSFER

AN ASSESSMENT UNDER ARTICLE 49 OF THE GENEVA CONVENTION IV(*)

Av. **Dicle DEMİR**, LL.M.(**)

Abstract: This article focuses on the illegality of the intra-occupied territorial population transfer practice, within the framework the interpretation of the Geneva Convention IV (i.e., GC IV) through general principles of treaty interpretation and the Martens Clause. The article examines whether the humanitarian principles enshrined in Article 49 could also serve the protection of the demographic composition of the occupied territory. It is argued that the subsequent practice of the States Parties to the Convention demonstrates the illegality of the intra-occupied territorial transfer under Article 49 of the GC IV. Article 49 is analysed under the general principles of international law and IHL and it is suggested that there is a solid ground for considering the act unlawful. It is concluded that the protection of the demographic composition of the occupied territory is the common rationale behind Article 49 of the GC IV as a whole. The arguments are constructed as supplementary to each other and although some are articulated more in-depth than others, it is not submitted that one should be favoured over the another.

Keywords: Occupation, Population Transfer, Geneva Convention IV, Demographic Composition, Rules of Interpretation.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 16.09.2022. Makale Kabul Tarihi: 15.12.2022.

(**) University of Kent Brussels School of International Studies İnsan Hakları yüksek lisans programı ve Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu, İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat (ORCID no: 0000-0002-5020-965X; *demir.diclee@hotmail.com*).

İŞGAL ALTINDAKİ TOPRAKLAR ÜZERİNDE NÜFUS TRANSFERİ DÖRDÜNCÜ CENEVRE SÖZLEŞMESİ'NİN 49. MADDESİ KAPSAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

Öz: Bu makale, IV. Cenevre Sözleşmesi'nin (CS IV), milletlerarası antlaşmaların yorumuna ilişkin genel ilkeler ve Martens Kaydı çerçevesinde yorumlanması yolu ile, işgal altındaki devletin sınırları içinde nüfus transferinin hukuka aykırılığına odaklanmaktadır. Makalede, CS IV'ün 49. maddesinde yer bulan insancıl ilkelerin, işgal altındaki toprakların demografik yapısını korunmasına hizmet edip edemeyeceği incelenmektedir. Sözleşme'ye taraf devletlerin uygulamalarının, CS IV'ün 49. maddesi uyarınca işgal altındaki toprak transferinin hukuka aykırılığını gösterdiği ileri sürülmektedir. 49. madde, Milletlerarası Hukuk ve Uluslararası İnsancıl Hukuk'un genel ilkeleri çerçevesinde incelenmekte ve fiilin hukuka aykırı sayılması için sağlam bir zemin bulunduğu ileri sürülmektedir. İşgal altındaki bölgenin demografik yapısının korunmasının, CS IV'ün 49. maddesinin ardındaki temel mantık olduğu bulgusuna ulaşılmıştır. Argümanlar birbirini tamamlayıcı olarak inşa edilmiştir ve bazıları diğerlerinden daha derinlemesine ifade edilse de birinin diğerine tercih edilmesi gerektiği öne sürülmemektedir.

Anahtar Kelimeler: İşgal, Nüfus Transferi, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, Demografik Yapı, Yorum İlkeleri.

I. INTRODUCTION

The prohibition on the transfer of the civilian population of the occupied territory is considered a part of customary international law[1] as well as to have *jus cogens* nature by some scholars[2]. The present paper will focus on the illegality of the transfer of nationals within the occupied territory, by the occupying power, under the positive framework of international humanitarian law. The scope, purpose, and importance of Article 49 of the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War ("GC IV" or "the Convention") will be examined, and it is argued that

---

[1] International Committee of the Red Cross, **The Customary IHL Database**, Rule 129, (Available at: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home) (Access date: 16.09.2022).

[2] FERRARO Tristan, **Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory**, International Committee of the Red Cross Report of Expert Meeting, International Committee of the Red Cross, Geneva, 2012, p. 71.

the resettlement of the occupied state's nationals within the occupied territory by the occupying power is rendered unlawful under IHL. For the purpose of the argument, the consent of the occupied state's nationals will not be considered. The acts of deportation, understood as the inter-state transfer of civilians, and the evacuations on the necessity grounds will not be taken into account.

The general conservation rule of the law of occupation compels the occupant not to take any actions which would have long-lasting effects on the occupied territory. Setting aside the administrative or judicial changes that might be "necessary" for the benefit of the occupied state's nationals during a prolonged occupation, the *de facto* changes in the demographic composition cannot be legitimized by the principle of necessity, hence there should not be any ground for the claims of necessity for population transfer which would have permanent effects and that contradicts with the right to self-determination of the occupied state's peoples.

II. INTERPRETATION OF THE GENEVA CONVENTION IV

1. Object and Purpose of the Provision

This chapter will focus on the implications of general principles of treaty interpretation as found in the Vienna Convention on the Law of Treaties ("the VCLT")[3] and use the teleological method and the subsequent practice to argue that the intra-occupied territory population transfer by the occupant is unlawful under the GC IV. As stated in Article 31 of the VCLT, which is of a customary nature[4], the object and purpose of a treaty provide guidance on its interpretation.

The GC IV applies to the protected persons[5] that are in hands of the enemy during an armed conflict. The Law of Occupation derives its sources

---

[3] UN General Assembly, **Vienna Convention on the Law of Treaties**, (adopted on 22 May 1969 and opened for signature on 23 May 1969, General Assembly resolutions 2166 (XXI) of 5 December 1966 and 2287 (XXII) of 6 December 1967, entry into force 27 January 1980), 1155 UNTS 331.

[4] International Court of Justice, **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Rep. 2004, p. 42, para. 94.

[5] The term *protected persons is used by Geneva Conventions* only in the context of international armed conflicts.The Geneva Conventions and their Additional Protocols protect **sick, wounded and shipwrecked persons not taking part in hostilities, prisoners of war and other detainees, civilians and civilian objects**.

from customary international law and human rights law and is codified in the Hague Regulations and later, in GC IV[6]. Article 49 of the GC IV is known to reflect the memory of the Nazi practice of deportations of civilians from and within the occupied territories during World War II. The International Court of Justice ("the ICJ") in its Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory ("the Wall Advisory Opinion") concluded that the drafters of the GC IV intended to protect the civilian population under, in whatever way, the authority of the occupying power, therefore the scope of the Convention is not limited to acts of the exact same kind[7]. While the Hague Regulations of 1907 have a dual perspective, e.g., regulating the rights of the occupant as well as the occupied state's nationals, the GC IV regulates the issue with special emphasis on the protection of the civilians, and this is the *raison d'être* of the Convention[8]. This finding obliges the interpreters and the practitioners to interpret and apply the Convention in good faith and in accordance with its main humanitarian goal. While this is the main object of the Convention as a whole, the interpretation of each provision should be consistent with this humanitarian rationale as well[9]. The humanitarian concerns behind the first five paragraphs of the Article 49 were embraced by the drafters, with some controversy on the wording, hence the forcibleness criteria[10]. In the Krstić Judgment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia ("the ICTY"), the forcible transfer as stated in Article 49/1 of the GCIV is understood as the forcible transfer of the population within the same state[11]. The ICTY draws on the fact that any forced displacement is in itself a trau-

---

6 GASSER Hans-Pieter, Protection of the Civilian Population' in Fleck, Dieter (ed), **The Handbook of International Humanitarian Law**, Second edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 271.

7 International Court of Justice, **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Rep. 2004, p. 175.

8 Ibid.

9 ARAI-TAKAHASHI Yutaka, **The Law of Occupation International Law in Japanese Perspective: continuity and change of international humanitarian law, and its interaction with international human rights law**, First edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 340.

10 International Committee of Red Cross (ICRC), **Commentary of 1958 on Article 49 of the GC IV, Vol. IV, Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War**, Geneva, edited by J.S. Pictet, 1958.

11 **Prosecutor v. Radislav Krstić (Trial Judgement)**, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 August 2001, available at: https://www.refworld.org/cases, ICTY, 414810d94.html (Access date: 30.10.2022), para. 521.

matic experience for the displaced and causes psychological and peculiar damage[12]. This judgment emphasizes the humanitarian purpose of the prohibition on population transfer while focusing on the effects of the transfer on the people that were subjected to this practice.

On the other hand, Article 49/6 is arguably serving a different purpose. As was expressed in the XVIIth International Red Cross Conference, this paragraph was drafted to prohibit the colonization or annexation of the occupied territory[13]. It was also suggested that Article 49/6 should be a separate article due to its different object and the lack of the requirement of force element[14]. The humanitarian aspect of Article 49/6 is that even though it is not directly about the obligations of the occupant ***vis-à-vis*** the occupied state's nationals, it does protect the unique social ambience of the occupied territory that would change inevitably through the transfer of the population of the occupant state. In the Wall Advisory Opinion, the ICJ interpreted Article 49/6 to include "any measures taken by an occupying power in order to organize or encourage transfers of parts of its own population into the occupied territory"[15]. While discussing various consequences of the construction of the Wall, the ICJ stressed the possible "alterations to the demographic composition of the Palestinian territory" as a breach of the "obligation to respect the right to self-determination of Palestinian people"[16]. The ICJ drew attention to the possible "voluntary" migration of the Palestinian people from the areas that would be affected by the construction of the Wall and its associated regime[17]. These considerations imply that the prohibition of the annexation of the occupied territory was no longer the sole object of Article 49/6, as it was at the time of the drafting of the Convention. The ban on the transfer of the occupying state's nationals to the occupied territory serves to protect the social balance and cultural context of the occupied territory as well as the economic and political rights of its inhabitants, as they find their expression through the right to self-determination, of the occupied state's nationals.

---

12 **Prosecutor v. Krstić, Judgment of Trial Chamber**, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 August 2001, IT-98-33-T, para. 523.

13 ICRC, **Commentary of 1958 on Article 49 of the GC IV.**

14 Ibid.

15 **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Rep. 2004, para. 120.

16 Ibid., para. 184.

17 Ibid., para. 122.

Although there is no need to deny the humanitarian object of the first five paragraphs of the Article, as is the case with the whole convention, there is likewise no reason to argue that the first five paragraphs cannot also serve the purpose of protecting the demographic composition and cultural balance of an occupied territory. As Kretzmer argues, the forcible transfers as prohibited in the first paragraphs could be utilized by the occupying power to perform demographic engineering just as much as the transfer of its own population to the occupied territory[18]. The distinction seen between the Article 49/6 and the rest of the Article can also be refuted by the fact that the Article 6/3 of GC IV[19], which is perceived as defining the "core" rules of occupation, does not distinguish between Article 49/6 and the first five paragraphs of the Article 49.

2. Subsequent State Practice relative to the Prohibition

Article 31/3-b of the Vienna Convention on the Law of Treaties sets down the role of the subsequent practice of the States Parties on the application of a treaty in its interpretation. Although it is argued by the Israeli Supreme Court that Article 49 of GC IV does not categorically prohibit the transfer within the occupied territory[20], the subsequent practice of the States Parties to the Geneva Convention leaves room for a plausible argument that states otherwise.

Article 147 of the GC IV holds that the "unlawful deportation or transfer" of protected persons is a grave breach of the Convention. This provision and the ICRC Commentary of 1958 distinguish between deportation and transfer, the former meaning inter-state and the latter meaning intra-state forced movement of the protected people[21]. Since any provision of the Con-

---

[18] KRETZMER David, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", **American Journal of International Law**, S. 99, 2005, p. 94, footnote 43.

[19] **Article 6/3 of GC IV** read as follows: "In the case of occupied territory, the application of the present Convention shall cease one year after the general close of military operations; however, the Occupying Power shall be bound, for the duration of the occupation, to the extent that such Power exercises the functions of government in such territory, by the provisions of the following Articles of the present Convention: 1 to 12, 27, 29 to 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 to 77, 143."

[20] ARAI-TAKAHASHI Yutaka, **The Law of Occupation International Law in Japanese Perspective: continuity and change of international humanitarian law, and its interaction with international human rights law**, First edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 339.

[21] ICRC, **Commentary of 1958 on Article 147 of the GC IV.**

vention should be interpreted in relation to its whole, it can be said that the contextual interpretation does not give any reason to argue that the intra-occupied territory is prohibited under IHL.

Bearing in mind the lack of some states' signatures and ratifications, including Israel which is significant due to its position whereby the prohibition's vitality for the occupied Palestinian territories, the Additional Protocol I of 1977 ("the AP I") Article 85/4 states *inter alia* that the transfer within the occupied territory in violation of GC IV would constitute a grave breach of the AP I[22]. The ban on intra-occupied territorial transfer as expressed in this rule with reference to Article 49 of GC IV is not constitutive but assertive of the prohibition on intra-occupied state transfer[23]. The popular opinion on the assertive nature of Article 85/4 of the AP I demonstrates the general understanding of Article 49/1 as forbidding the intra-occupied territorial population transfer[24].

There is no consensus on the legal consequences of the findings of the international judicial bodies' interpretations of treaties *per se* as subsequent practice according to the VCLT and their attributiveness to the parties of a treaty as subsequent practice[25]. However, given its far-reaching role in the interpretations of international treaties, the ICJ's wide interpretation in the Wall Advisory Opinion of Article 49/6 of GC IV, by stating "Lastly, the construction of the wall and its associated regime, by contributing to the demographic changes, contravene Article 49/6" could provide some guidance.[26] As pointed out by Kretzmer, the limited acts prohibited should not be widened with the purposeful interpretation of Article 49/6[27]. He argues that, with the possible individual criminal responsibility that may be incurred, the

---

22 ICRC, **Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)**, 8 June 1977, 1125 UNTS 3.

23 SOLF Waldemar and CUMMINGS Edward, "A Survey of Penal Sanctions under Protocol I to the Geneva Conventions of August 12, 1949", **Case Western Reserve Journal of lnternational Law**, S. 9, 1977, p. 205.

24 ICRC, **Commentary of 1987 on Additional Protocol I Article 85.**

25 HERDEGEN Matthias, "Interpretation in International Law", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Encyclopedia Entry. https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e723?rskey=RBI6nj&result=2&prd=MPIL (Access date: 16.09.2022), para. 19.

26 **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Rep. 2004, para. 134.

27 KRETZMER David, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", **American Journal of International Law**, S. 99, 2005, p. 91.

ICJ's wide interpretation of Article 49/6 to render "any acts of the occupying power" as unlawful should be dealt with vigilantly[28]. Although the legality principle must be respected in international criminal law, in the case of intra-occupied territorial transfer under IHL, the transfer act is already prohibited in the first paragraph of Article 49, which means that the contextual interpretation whereby the intra-occupied state transfer prohibition is unlawful would not be of law-making nature but a mere interpretation of the GC IV through the subsequent practice of the States Parties.

III. CUSTOMARY NATURE OF THE PROHIBITION

There is an ongoing discussion as to the customary nature of the GC IV, since its drafting period until today[29]. According to the ICRC, the prohibition on the forcible displacement of the civilian population from the occupied territory as finds expression in Article 49 of GC IV is of customary nature and so is the transfer of the occupying state's own population[30]. The customary concomitant of the prohibition on the transfer of the civilian population under IHL deals with internally displaced people as well as internationally displaced people[31]. The rule derives from various binding and soft-law instruments, starting from the Lieber Code and the Rome Statute of the ICC to the United Nations General Assembly Resolutions[32].

The case of Israel and its interpretation of Article 49 is a noteworthy example of occupying State practice, due to it being the occupying power for decades over the Palestinian territories and the interpretation of the Israeli Supreme Court, whereby it concluded that the GC IV does not prohibit the transfer of civilians within the occupied territory[33,34].

---

[28] Ibid.

[29] ARAI-TAKAHASHI Yutaka, **The Law of Occupation International Law in Japanese Perspective: continuity and change of international humanitarian law, and its interaction with international human rights law**, First edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 333-337.

[30] ICRC Customary Law Database, Rule 129.

[31] Ibid.

[32] ICRC Customary Law Database, Rule 129, Related Practice.

[33] Supreme Court of Israel in H.C., 302/72, Sheikh Suleiman Abu Hilu et al. v. State of Israel et al., 27(2) Piskei Din 169, as excerpted in (1975) 5 Israel YbkHR 384, p. 387 (cited in ARAI-TAKAHASHI Yutaka, **The Law of Occupation International Law in Japanese Perspective: continuity and change of international humanitarian law, and its interaction with international human rights law,** First Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 339).

In practice, Israel is the objector persistent for the customary nature of the Article 49 of GC IV. Similarly, Dinstein argues that the GC IV as a whole cannot be said to have a customary nature even until recently[35]. When reflecting on the discussion as to the customary nature of Article 49 of GC IV, Dinstein argues that the Nazi experience caused the drafters to include this provision in the Convention in order to prevent similar crimes from being conducted in the future[36]. Dinstein claims that this intention gives the article a cutting-edge nature, let alone being declaratory of existing rules[37]. Paradoxically, Dinstein suggests that these very acts were already prohibited at the time they were carried out by the Nazi regime, mentioning the Nürnberg Charter[38] and the subsequent convictions of the perpetrators of these acts by the *ad hoc* body of the International Military Tribunal[39]. This discrepancy needs further elaboration: if the acts of transfer and deportation were already unlawful before the adoption of the GC IV, how can the Convention be seen as innovative and not declaratory? As stated above, the prohibitions of the Article 49 of GC IV were not to be found in the Hague Regulations. In the same paragraph, Dinstein emphasizes the widespread and systematic nature of the Nazi deportations as well as the motivation behind the deportations, e.g., slave labour[40]. The explicit prohibition of individual transfers and the lack of the motivation element in Article 49 indicates that the Nazi-like behaviour was not intended to be the delimitation of the provision.

The universal nature of the United Nations General Assembly ("the UNGA") and its widely favoured resolutions on the unlawfulness of Israeli practices uphold the customary nature of Article 49 to include transfer of the civilian population within the occupied state's territory. Although it must be borne in mind that the states can vote in favour of the resolutions in as much as they are non-binding, the abundance of the UNGA resolutions, the consis-

---

[34] Supreme Court of Israel in H.C., 413/13, 1039/13, Muhammad Musa Shihadah Abu 'Aram et 107 al, The Association for Civil Rights in Israel Mahmoud Yunes et 42 al., (4 May 2022).

[35] DINSTEIN Yoram, 'The Israel Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Deportations", **Israel Yearbook of Human Rights,** 23, 1993, p. 13.

[36] Ibid., 14.

[37] Ibid., 13.

[38] Charter of the International Military Tribunal; https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/nuremberg-tribunal-charter-1945?activeTab=undefined.

[39] Ibid., 14.

[40] Ibid.

tency thereof, and the high number of votes in favour imply the existence of the *opinio juris*[41] in terms of Article 49.

The Rome Statute of the International Criminal Court, despite its lower ratification number compared to the Geneva Conventions, renders the transfer within the occupied territory as a crime against humanity and a war crime under serious violations of customs of war[42]. The provision of Article 8/2-b(viii) caused discussion on its wording due to the inclusion of the "direct and indirect" transfer of the occupying state's nationals, as it was seen as filling the gap that is in the Article 49 by covering the indirect population transfer, allegedly because the drafting committee of the Rome Statute had the Israeli practice in mind[43]. It is argued that the inclusion of the word "indirect" caused further problems in interpreting the scope of the prohibited acts[44]. One of the final drafts[45] of the Statute for this provision envisaged four options:

1. Prohibiting the transfer of the occupying state's nationals to the occupied territory without forbidding the intra-occupied territorial transfer,
2. Explicitly prohibiting the establishment of the settlements alongside the transfer of the occupying power's population and any acts aimed at changing the demographic composition of the occupied territory, as well as forbidding the intra-occupied territorial transfer (in two separate paragraphs),
3. Not regulating this issue, and
4. The agreed-upon version of Article 8/2-b(viii).

---

41 TREVES Tullio, "Customary International Law", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Encyclopedia Entry. https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1393?rskey=QRXB2d&result=1&prd=MPIL (Access date: 16.09.2022), para. 44.

42 The **Rome Statute** of the International Criminal Court, Article 7/1-d and Article 8/2-b(viii).

43 KRETZMER David, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", **American Journal of International Law,** Vol. 99, 2005, p. 91.

44 DAU Corinna, "Israeli Settlements and Unlawful Population Transfer into Occupied Territory - with Special Focus on 'Indirect Transfers' According to the Article 8(2)(b)(viii) of the ICC Statute", **Humanitäres Völkerrecht: Journal of International Law of Peace and Armed Conflict**, Vol.. (2) 1/2, 2019, 67-88, p. 67.

45 **Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court**, **Addendum**, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, Italy, 15 June-17 July 1998, 14 April 1998, UN Doc. A/Conf.183/2/Add.1.

As can be seen easily, a compromise was made by not specifically mentioning Israel's settlement policy but at the same time adding the words "directly or indirectly" to the Statute to possibly include such acts in the Statute.

The debate being limited to the indirect transfer can be considered as a proof that the prohibition of the direct transfer within the occupied territory was a customary norm by the time the Rome Statute was drafted, between 1992-1998, hence Article 8/2-b(viii) of the Statute is simply a declaration of this prohibition. Although eliminated in further negotiations, the fact that demographic composition was seen as the common rationale behind Article 49 of the GC IV during the drafting of the Statute, and 7 years before the Wall Advisory Opinion, illustrates the customary nature of the ban on intra-occupied territorial population transfer as an attempt to change the demographic composition of the occupied territory.

IV. MARTENS CLAUSE

International Humanitarian Law is a body of "prohibitive" laws, it forbids some acts rather than authorizing others[46]. It was perhaps no surprise that the Martens Clause ("the Clause") emerged initially from a discussion on the law of belligerent occupation when taking into consideration the historically selective nature of the non-application of this part of IHL to colonized territories by the European states[47]. To develop the argumentation of this paper, the author takes the views of the great lawyer Cassese on the legal nature of the Clause as an interpretative tool specifically for international humanitarian law and a factor in determining the customary nature of IHL rules[48].

Cassese argues that when instrumentalized as an interpretative tool for IHL treaties and customs, the two elements expressed in the Clause should be derived from international human rights law ("the standards of humanity") and the practice of representative international bodies ("the public con-

---

[46] SOLF Waldemar and CUMMINGS Edward, "A Survey of Penal Sanctions under Protocol I to the Geneva Conventions of August 12, 1949", **Case Western Reserve Journal of lnternational Law**, Vol. 9, 1977, p. 206.

[47] ARAI-TAKAHASHI Yutaka, "Preoccupied with occupation: critical examinations of the historical development of the law of occupation", **International Review of the Red Cross**, Vol-No: 94-885, 2012, p. 51.

[48] CASSESE Antonio, "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky", **European Journal of International Law,** Vol.. 11, 2000, p. 212.

science")[49]. Even if it is endorsed that the intra-occupied territory is not prohibited in Article 49 of the GC IV and is furthermore not a customary rule, the corresponding human rights rule, which is asserted in Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights ("the ICCPR"), requires attention while interpreting Article 49 of the GC IV[50]. The universal nature of the ICCPR and other various regional human rights treaties, as well as the constitutional sets of rights all around the world[51], reflect a standard that the occupant's acts must meet during occupation.

Interpreting the rules of IHL in light of the public conscience could take into consideration the classification of some acts by the States via the UNGA. On many occasions, the intra-occupied transfer of the occupied state's nationals was seen as an unlawful practice of the occupying power[52]. The abundance of UNGA resolutions, military manuals, and national criminal codes denouncing and forbidding the internal displacement of civilians indicates the conscious stance of the international public.

According to Israel and some scholars, intra-occupied territorial transfer is not prohibited by Article 49 of the GC IV. The Martens Clause, as an interpretative tool for IHL, renders it difficult to support this argument. Even if it is agreed that interpreting the article through the provisions of the VCLT does not result in the existence of the prohibition, the Clause considers this act to be illegal under the laws of humanity and public conscience.

Another salient implication of the Clause, according to Cassese, is its effect on the significance of *opinio juris* in the creation of customary rules exclusively for the body of IHL[53]. Because of its very nature, the emergence of customary international law has a two-way relationship with its application[54]. In conjunction with the *opinio juris* element; more broadly it is im-

---

[49] Ibid.

[50] UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights (adopted and opened for signature, ratification, and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976), 999 UNTS 171, Article 12.

[51] ICRC Customary Law Database Rule 129, Related Practice.

[52] Among many: UNGA RES. 61/25, 1 December 2006 (157 votes in favour); UNGA RES. 61/119, 14 December 2006 (157 votes in favour).

[53] Supra note 41, p. 214.

[54] TREVES Tullio, "Customary International Law", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Encyclopedia Entry. https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1393?rskey=QRXB2d&result=1&prd=MPIL (Access date: 16.09.2022), para. 3.

plemented, more normative a rule it becomes. Cassese argues that by operating within international law and not being a separate source of law itself, the Clause gives superiority to the *opinio juris* over state practice in the creation of customary law concerning the laws of war[55]. He justifies this stance by emphasizing the importance of IHL norms, particularly those protecting civilians during wartime[56].

If the state practice of the biggest powers or the states whose interests are at stake the most is required and waited for, this would mean, at least for the customary rules of humanitarian law, that the biggest powers can create a loophole to refrain from the application of customary international law to them. Furthermore, the unprecedented and complex cases that IHL would be applicable to will never be regulated because of the need to wait for a state practice that has never been or will never be seen again due to the unique nature of the case. As Christian Wolff wrote on the question of the killing of hostages during a conflict and Grotius' affirmative answer to the question: 'He *(Grotius)* does not distinguish the customary law of nations from the voluntary. The former contains errors, nor does it give a true right to the one acting, but only an absence of punishment'[57].

Waiting for wrongful state practices to change in order to establish the normativity of the *opinio juris* leads to acceptance of a state's unlawful acts and the continuation of impunity for atrocities. The formalistic approach to rules and insistence on state will and practice, while seemingly advocating for legality in international law, causes vague principles such as the Martens Clause and even more unforeseeable and cacophonous court decisions (from domestic cassation level courts to the ICJ).

V. SELF-DETERMINATION

The concept of self-determination of people has a relatively short but weighty history that emerged during the American and French revolutions

---

[55] SOLF Waldemar and CUMMINGS Edward, "A Survey of Penal Sanctions under Protocol I to the Geneva Conventions of August 12, 1949", Case Western Reserve Journal of lnternational Law, S. 9, 1977, p. 214.

[56] Ibid., p. 215.

[57] WOLFF Christian**, Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum (The Law of Nations Treated According to the Scientific Method)** (Drake, Joseph H. tr, Ahnert, Thomas ed), First Edition, libertyfund, Indiana, 2017, p. 397.

followed by the decolonization era in the 20th century[58]. In addition to the principle's distinct political gravity, from the legal perspective, it is known to have a *jus cogens* nature. The legal meaning and the scope of legal applicability of the principle are still a matter of controversy. For the ambit of this paper, the present author will favour the existence of the right to self-determination of the occupied state's peoples under international law and focus on the normative hierarchy between the principle as a norm of *jus cogens* nature and the GC IV.

Within the normative hierarchy of international law, a treaty that conflicts at the time of its conclusion with a norm of *jus cogens* nature is rendered void[59]. As in the case of GC IV, the right to self-determination of people was not recognized as a right at the time of its drafting, let alone being a *jus cogens* norm. Nevertheless, after the emergence of a *jus cogens* norm, the interpretation of treaties should comply with the higher norm that confers rights and duties on the legal subjects to avoid the annulment of the norm. This necessity is also a requirement of the general interpretation rule of "good faith" as stated in the Vienna Convention on the Law of the Treaties Article 31/1.

The main duty bearer of the right to self-determination, in addition to being *erga omnes*, would clearly be the occupying power as a direct result of its effective control over the occupied territory. The question for the holder of the right to self-determination concerning the occupied state's nationals is at least two-dimensional: the right of the "nationals" of the occupied state as a whole and the right of nationals belonging to other ethnic/religious groups than the majority on the occupied land. As argued above, one of the core interests that are protected by Article 49/6 of the GC IV is the demographic composition of the occupied territory, as asserted by the ICJ in the Wall Advisory Opinion[60].

The right mostly imposes a negative obligation on the duty-bearer, namely the obligation to respect its exercise and refrain from interfering

---

[58] THÜRER Daniel and BURRI Thomas, "Self-Determination", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Encyclopedia Entry. https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e873?rskey=cUKIwA&result=1&prd=MPIL (Access date: 16.09.2022), para. 1.

[59] Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 53.

[60] ICJ Wall Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Rep. 2004, para. 122.

with it. This negative obligation alone creates a sphere for the exercising of the right where the occupying power should not operate. Added to that, the population transfer within the occupied territory can be assumed to have deteriorating effects on the social, economic, and political balance of the territory as a whole. If done for political reasons to change the *status quo* in favour of the occupying power's interests, the existing structural inequalities can worsen with regard to the minorities and vulnerable groups within the occupied territory. As scrutinized under the higher norm of *jus cogens*, Article 49/6 can only be interpreted and implemented as including the prohibition on intra-occupied territorial population transfer with respect to the right to self-determination.

As a norm of *jus cogens* nature, the right to self-determination can provide guidance with regards to the Martens Clause, as understood above. The fact that the right to self-determination can be found in many binding treaties and soft-law instruments including the UN Charter, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights confirms that the "laws of humanity and public conscience" forbids the actions which may violate the right to self-determination specifically under the body of IHL.

VI. CONCLUSION

This paper discusses Article 49 of the GC IV as a legal ground for the illegality of the population transfers under existing rules of IHL by the occupying power within the occupied territory, which is a practice on the rebound in contemporary conflicts and not only aggravating the pressures on civilians during armed conflicts, but also which has become an emerging title as of the early 1990s by changing the composition of the geographies, firing other Human Rights issues and initiating discussions on legal and policy terms.

Understanding the shortcomings of the existing norms can assist the officials and legal professionals to develop further policies and regulations to minimize the grave effects on the civilians and manage such humanitarian crises timely and properly to enable protected persons to return to their home territories. Therefore, the general principles of treaty interpretation, customary international law, the Martens Clause, and the *jus cogens* norm of the right to self-determination are used to develop the discussion and these are not mutually exclusive. They are supplementary to each other to hold

various actors with differing legal positions accountable on the subject. As the lack of ratification of some of the legal instruments or the adopted formalistic doctrine in this regard, as well as the consistent unlawful practices which fly under the radar cause grave breaches in this regard and require international law to activate existing mechanisms and legal tools to protect civilian populations from any IHL and human rights violations they may face under the occupying powers' discretion.

BIBLIOGRAPHY

Primary Sources

International Committee of the Red Cross (ICRC), **Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention)**, 12 August 1949, 75 UNTS 287.

International Committee of the Red Cross (ICRC), **Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)**, 8 June 1977, 1125 UNTS 3.

International Committee of the Red Cross (ICRC), **The Geneva Conventions, Commentary, Vol. IV, Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War**, Geneva, edited by J.S. Pictet, 1958.

International Committee of the Red Cross (ICRC), **Customary International Humanitarian Law Database**, 2005, (online) (Available at: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home) (Access date: 16.09.2022).

International Court of Justice, **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Rep. 2004.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), **Prosecutor v. Krstić**, Judgment of Trial Chamber, 2 August 2001, IT-98-33-T.

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Addendum, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, Italy, 15 June-17 July 1998, 14 April 1998, UN Doc. A/Conf.183/2/Add.1.

Supreme Court of Israel in H.C., 413/13, 1039/13, Muhammad Musa Shihadah Abu ‘Aram et 107 al, The Association for Civil Rights in Israel, Mahmoud Yunes et 42 al., 4 May 2022.

UN General Assembly, **Rome Statute of the International Criminal Court** (last amended 2010), 17 July 1998, ISBN No. 92-9227-227-6.

UN General Assembly, **Vienna Convention on the Law of Treaties**, (adopted on 22 May 1969 and opened for signature on 23 May 1969, General Assembly resolutions 2166 (XXI) of 5 December 1966 and 2287 (XXII) of 6 December 1967, entry into force 27 January 1980), 1155 UNTS 331.

UN General Assembly, **International Covenant on Civil and Political Rights** (adopted and opened for signature, ratification, and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976), 999 UNTS 171.

UN General Assembly, **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights** (adopted and opened for signature, ratification, and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 3 January 1976), 993 UNTS 3.

UN General Assembly Resolution 61/25, 1 December 2006.

UN General Assembly Resolution 61/119, 14 December 2006.

Secondary Sources

ARAI-TAKAHASHI Yutaka, **The Law of Occupation (International Law in Japanese Perspective: continuity and change of international humanitarian law, and its interaction with international human rights law,** First Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

ARAI-TAKAHASHI Yutaka, "Preoccupied with occupation: critical examinations of the historical development of the law of occupation", **International Review of the Red Cross,** S. 94-885, 2012.

CASSESE Antonio, "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky", **European Journal of International Law,** S. 11, 2000, pp. 187-216.

DAU Corinna, "Israeli Settlements and Unlawful Population Transfer into Occupied Territory - with Special Focus on 'Indirect Transfers' According to Article 8 (2) (b) (Viii) of the ICC Statute." **Humanitäres Völkerrecht: Journal of International Law of Peace and Armed Conflict**, S. (2) 1/2, 2019, pp. 67-88.

DINSTEIN Yoram, 'The Israel Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation: Deportations", **Israel Yearbook of Human Rights,** No. 23, 1993, pp. 1-26.

GASSER Hans-Pieter, "Protection of the Civilian Population" in Fleck, Dieter (ed), **The Handbook of International Humanitarian Law,** Second Ed., Oxford University Press, Oxford, 2008.

HERDEGEN Matthias, "Interpretation in International Law", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Encyclopedia Entry. https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e723?rskey=RBI6nj&result=2&prd=MPIL (Access date: 16.09.2022).

KRETZMER David, "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", **American Journal of International Law,** No. 99, 2005, pp. 88-102.

SOLF Waldemar and CUMMINGS Edward, "A Survey of Penal Sanctions under Protocol I to the Geneva Conventions of August 12, 1949", **Case Western Reserve Journal of lnternational Law**, S. 9, 1977, pp. 205-251.

THÜRER Daniel and BURRI Thomas, "Self-Determination", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Encyclopedia Entry. https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e873?rskey=cUKIwA&result=1&prd=MPIL (Access date: 16.09.2022).

TREVES Tullio, "Customary International Law", The **Max Planck Encyclopedia of Public International Law,** Encyclopedia Entry. https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1393?rskey=QRXB2d&result=1&prd=MPIL (Access date: 16.09.2022).

FERRARO Tristan, **Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory,** International Committee of the Red Cross Report of Expert Meeting, International Committee of the Red Cross, Geneva, 2012.

WOLFF Christian, Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum (The Law of Nations Treated According to the Scientific Method) (Drake, Joseph H. tr, Ahnert, Thomas ed), First Edition, libertyfund, Indiana, 2017.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1575-1629

KURALLAR VE İLKELER: ALEXY'NİN İLKE-NORMUNUN REDDİ VE ANAYASAL HAKLARIN NORMATİF OLARAK YENİDEN YAPILANDIRILMASI(*)

Seyfullah TOSUN(**)

Öz: Anayasal hakların sübjektif hak niteliği kazanması ile anayasal sistemler belirli bir anayasal hak dogmatiği benimsemiştir. Ancak anayasal hakların ve bu hakların sınırlandırılmasının, bir normatif teori çerçevesine yerleştirilmesinde bir eksiklik yaşanmıştır. Bu konuda, Robert Alexy'nin ilke teorisi, önemli bir yer edinmiştir. Alexy'nin ilke teorisi, bir anayasal hak normunun nasıl sınırlanarak uygulanabileceğini, diğer bir deyişle bir normun nasıl uygulanması gereken bir vakada, uygulanmadan geçerliliğini sürdürebileceğini ortaya koymuştur: Normun, kural ve ilke olarak bölünmesiyle. Alexy, anayasal hak normlarını temelde bir ilke-norm olarak görerek, bu normların birbirleriyle ve sınırlandırma norm ve ölçütleriyle optimize edilerek uygulanacağını ileri sürer. Ancak Alexy'nin ortaya koyduğu ilke teorisi, birçok hata ve çelişkiyi içinde barındırmaktadır. Bu bağlamda, Alexy'nin ilke teorisinin hata veren hususları belirtilerek ve Alexy'nin ortaya koyduğu ilke-norm reddedilerek, anayasal hak teorisiyle uyumlu bir normatif teori inşa edilecektir. İnşa edilen bu yeni teoride, hukuk sisteminin normatif olarak yalnızca kurallardan oluştuğu belirlenecektir.

Anahtar Kelimeler: İlke, Kural, Anayasal Haklar, Sınırlama, Sınırlandırma, Anayasal Hakların Sınırlandırılması, Alexy.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 27.09.2022. Makale kabul Tarihi: 01.12.2022.

(**) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Programı, Doktora Öğrencisi (ORCID no: 0000-0002-3206-0839; *seyfullahtosun@gmail.com*).

RULES AND PRINCIPLES: EXCLUSION OF ALEXY'S PRINCIPLE-NORM AND NORMATIVE RECONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

Abstract: Constitutional systems have adopted a certain constitutional right dogmatics with the development of subjective constitutional rights. However, there has been a lack of embedding constitutional rights and their limitations into a normative theory framework. In this regard, Robert Alexy's principle theory has gained an important place. Alexy's theory of principle revealed how a constitutional right norm can be enforced with limitations, in other words, how a norm can remain valid without being applied in a case where it ought to be applied: By dividing the norm into rule and principle. Alexy sees the constitutional rights norms basically as a principle-norm and argues that these norms ought to be implemented by optimizing with each other and with limitation norms and criteria. However, the principle theory put forward by Alexy contains many errors and deficiencies. In this context, a normative theory compatible with the constitutional rights theory will be constructed by stating the faulty points of Alexy's theory of principle and rejecting the principle-norm put forward by Alexy. In this newly constructed theory, it will be determined that the legal system consists of only rules as normative.

Keywords: Principle, Rule, Constitutional Rights, Limit, Limitation, Limitation of Constitutional Rights, Alexy.

GİRİŞ

Anayasal hakların norm metinlerine bakıldığında, normatif teori ile uyuşmayan bir husus göze çarpar. Anayasal hakları içeren pozitif hukuk metinlerinde, bir yandan hak ve özgürlük düzenlenirken, diğer yandan kamu yararı gibi sınırlandırma ölçütleri veya basit bir yasa kaydıyla bu hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği ifade edilir. Hukuk normları olması gereken alanda bulunan yapılardır.[1] Bu bağlamda, "her kişinin, düşüncelerini özgürce

[1] KELSEN Hans, **General Theory of Law and State**, (Çev. Anders Wedberg), Transaction Publishers, New Jersey, 2006, s. 35; KELSEN Hans, **General Theory of Norms**, (Çev. Michael Hartney), Oxford University Press, Oxford, 1991, s. 2**.** Doğa bilimlerinin kuralları "A durumunda, B olur" formülü şeklinde ifade edilirken, hukuk kuralları, "A durumunda, B'nin olması gerekir" biçimde ifade edilir. **KELSEN**, 2006, s. 46; **KELSEN**, 1991, s. 58-60. Kelsen, başka bir eserinde ise normu şu şekilde tanımlar: "Norm, emredilen, izin verilen veya yetkilendirilen belirli bir davranışı içeren bir eylemdir." (Çeviri yazara aittir.) KELSEN Hans, **Pure Theory of Law**, (Çev. Max Knight), 5. Edition, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008, s. 5.

ifade etme ve yayma hakkının"[2] bulunduğu ifade edildiğinde, bu sübjektif hakkın devlete yüklediği yükümlülüğün herhangi bir ölçüye sığdırılmadan yerine getirilmesi gerekir.[3] Ancak bu ifadelerin ardından aynı belgede, ifade özgürlüğünün "genç kişilerin korunması veya kişi şeref hakkı için veya genel yasalarla sınırlarının bulunabileceği"[4] veya birden fazla sınırlandırma ölçütüne dayanarak sınırlandırılabileceği belirtildiğinde[5], normatif anlamda birkaç sorun gündeme gelmektedir. Öncelikle belirtilen bu sınırlandırma klozları, ilgili hakkın bir istisnasını mı oluşturmaktadır? Yoksa bir yandan hakkı belirten kural, diğer yandan sınırlandırmayı içeren kural arasında bir çatışma mı mevcuttur? Aynı şekilde iki farklı anayasal hak birbiriyle çatıştığında nasıl bir normatif formül oluşturulacaktır? Sınırlandırma klozlarının veya çatışan diğer anayasal hakların, ilgili hak ile çatıştığı kabul edildiğinde, anayasal hakların sınırlandırılması, yalnızca kamu yararının varlığı veya diğer hakka sahip bireyin menfaati temel alınarak gerçekleştirilebilecektir. Diğer taraftan, burada normların çatışması kabul edildiğinde, norm çatışma kurallarının uygulanması gerektiğinin ve fakat aynı metinde ve aynı zamanda oluşturulan, bu çatışan normlara norm çatışma kurallarının uygulanamayacağının kabul edilmesi gerekecektir.

Bu soruna çözüm olarak Alexy, ilke ve kural ayrımını sunmuştur. Alexy'nin ilke ve kural ayrımını incelemeden önce (II), ilke teorilerinin eleştirdiği hukuki pozitivizm altyapısı kısaca ortaya konulacaktır (I). Alexy'nin ortaya koyduğu ilke teorisinin reddi gerçekleştirildikten sonra (III), anayasal hakların normatif olarak nasıl sınırlandırıldığı gösterilecektir (IV).

I. HUKUKİ POZİTİVİZM

Hukuki pozitivizm teorilerini, ayrılabilirlik tezi üzerinden tanımlamanın yerinde olduğunu kabul ediyoruz. Buna göre, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir kavramsal bağlantı olmadığını savunan teoriler, hukuki pozitivist teoriler olarak adlandırılır.[6] Dworkin'in ve Alexy'nin oluşturdukları tezler,

---

[2] Bkz. Türk Anayasası Madde 26/1; Alman Anayasası Madde 5/1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Madde 10/1'de ise "[h]erkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır" ifadesi yer alır.

[3] HOHFELD Wesley Newcomb, **Fundamental Legal Conceptions: As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays**, Yale University Press, New Haven, 1923, s. 38.

[4] Bkz. Alman Anayasası Madde 5/2.

[5] Bkz. Türk Anayasası Madde 26/2; AİHS Madde 10/2.

[6] **KELSEN**, 2008, s. 66 vd.; KELSEN Hans, **Saf Hukuk Kuramı**, (Çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2016, s. 13 vd.; ALEXY Robert, "On the Concept and the Nature of Law",

hukuki pozitivizm içindeki Hart ve Kelsen çizgisini hedef almıştır.[7] Bu bakımdan, burada bu çizgi genel bir şekilde açıklanacaktır.

Hans Kelsen (1881-1973), Gerber-Laband çizgisinin açtığı ve Jellinek'in oluşturduğu "Jellinek paradoksunu"[8], devleti, hukuk ile özdeş

Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law, Vol. 21, No. 3, 2008, pp. 281-299, s. 284-285; ALEXY Robert, **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**, (Çev. Bonnie Litschewski Paulson/Stanley L. Paulson), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 3-4; ALEXY Robert, "On Necessary Relations Between Law and Morality", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 2, No. 2, 1989, pp. 167-183, s. 167-168; ALEXY Robert, "An Answer to Joseph Raz", in PAVLAKOS George (ed.), **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Hart Publishing, Oxford, 2007, s. 38 vd.; MARMOR Andrei, **Positive Law and Objective Values**, Oxford University Press, Oxford, 2001, s. 71; WACKS Raymond, **Understanding of Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory**, 3. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 78; WACKS Raymond, **Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş**, (Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver/Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara, 2017, s. 140. Bu minvalde, Raz'ın ahlaki argümanları dışladığı kaynaklar tezi için bkz. RAZ Joseph, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Oxford University Press, Oxford, 1979, s. 37 vd. Ayrıca krş. Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", in PAVLAKOS George (ed.) **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Hart Publishing, Oxford, 2007, s. 18 vd.

7 ZUCCA Lorenzo, **Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Righs in Europe and the USA**, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 8.

8 Jellinek paradoksu, Gerber-Laband pozitivizmini (kanuncu pozitivizm olarak da adlandırılır) takip eden Georg Jellinek'in (1851-1911) devleti iki görünüşe ayırmasına dayanmaktadır. Buna göre, devletin bir yandan ideal bir görünümü, diğer yandan olgusal görünümü bulunmaktadır. Jellinek'in devlet teorisinde, hukuku yaratan ve egemen olan devletin kendisidir. Devlet ideal yönden hukuk ile bağlıyken, olgusal yönden herhangi bir sınıra sahip değildir. Bu bağlamda, Jellinek'in devletin kendi kendisini sınırladığı öğretisi (*Selbstbindungslehre*) bir açmaz oluşturmaktadır. JELLINEK Georg, **Allgemeine Staatslehre**, 3. Auflage, Julius Springer, Berlin, 1929, s. 337 vd.; KORIOTH Stefan, "Introduction", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000, s. 45-46; CALDWELL Peter C., **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: Theory & Practice of Weimar Constitutionalism**, Duke University Press, Durham, 1997, s. 43; LOUGHLIN Martin, **Foundations of Public Law**, Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 217-218; LOUGHLIN Martin, **Kamu Hukukunun Temelleri**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2015, s. 187-189; BULGAN Birden Güngören, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 103-112; ODER Bertil Emrah, **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 56-57 Gerber-Laband pozitivizmi için bkz. VON GERBER Carl Friedrich Wilhelm, **Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts**, Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1865, s. 2 vd.; LABAND Paul, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, Bd. 1, H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1876, s. VI; LABAND Paul, **Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes**, J. Guttentag, Berlin, 1871, s. 75; FRIEDRICH Manfred, "Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 111, No. 2, 1986, pp. 197-218, s. 204 vd.; STOLLIES Michael, **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland**, Bd. 2, C. H. Beck, München, 1992, s.

kılarak çözmeye çalışır. Kant'ın aklın zorunlu bir pratik ilkesine dayanan sosyal sözleşmesine benzer şekilde, Kelsen de bir temel norm tasarlar. Merkl'den etkilenerek oluşturduğu, alt normun geçerliliğini üst normdan aldığı normlar hiyerarşisinde, normlar nihayetinde ülke üzerindeki en üstte bulunan Anayasaya dayanmaktadır. Anayasanın neye dayandığı sorusuna Kelsen, mantıksal bir zorunluluk olan temel norm cevabını verir.[9] Nitekim Kant'ın numen evrenini kendi normatif sistemine uyarlayan Kelsen[10], hukukun, "olması gereken" (*Sollen*/*Ought*) alanda bulunduğunu belirler. Olan (*Sein*/*Is*) ile olması gerekenin (*Sollen*/*Ought*) iki farklı mod olduğunu söyleyen Kelsen, olanın olması gerekene veya olması gerekenin olan indirgenemeyeceği gibi olandan olması gereken veya olması gerekenden olanın çıkartılamayacağını savunur. Normların, *sollen-cümlelerinden* oluştuğunu ifade eder.[11] Kelsen'in saf hukuk kuramı, hukuk ile ahlak arasındaki bağ olmadığını belirtmiştir.[12] Kelsen'e göre, bir normun içeriğinden, maddi bir kritere göre dışlanan bir insan davranışı bulunmamaktadır. Bu bakımdan, bir normun içeriği herhangi bir şeyi kapsayabilir.[13] Nitekim norm, birisinin belirli

---

331 vd.; STOLLIES Michael, **Public Law in Germany, 1800-1914**, Bergahn Books, New York, 2001, s. 316 vd. **CALDWELL**, s. 3-4, 31-32; **LOUGHLIN**, 2010, s. 190-192; **LOUGHLIN**, 2015, s. 167-168; **BULGAN**, s. 32-39. Jellinek'in devletin kendi kendisini sınırladığı öğretisi için bkz. JELLINEK, s. 474 vd. Bu görüş için ayrıca bkz. OKANDAN Recai Galip, **Umumi Amme Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 802-809; KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 252-254; **LOUGHLIN**, 2010, s. 217-218; **LOUGHLIN**, 2015, s. 187-188; **BULGAN**, s. 134-136.

9 **KELSEN**, 2006, s. 123 vd.; **KELSEN**, 2008, s. 201-205, 221 vd.; **KELSEN**, 2016, s. 71-76, 78-80; KELSEN Hans, **Introduction to the Problems of Legal Theory**, (Çev. Bonnie Litschewski Paulson/Stanley L. Paulson), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 55 vd.; KELSEN Hans, "On the Borders Between Legal and Sociological Method", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000, s. 58; **CALDWELL**, s. 91-92, 95; GÜLGEÇ Yahya Berkol, **Normlar Hiyerarşisi**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 23-25; FERTELLİOĞLU Buğrahan, Anayasal Dilin Semantiği Üzerine: Anayasanın Ruhu Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 37-39.

10 Bu benzerliği kurmak için bkz. KRESTING Wolfgang, "Politika, Özgürlük ve Düzen: Kant'ın Politika Felsefesi", (Çev. Hakan Çörekçioğlu), in ÇÖREKÇİOĞLU Hakan (ed.), **Kant Felsefesinin Politik Evreni**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017, s. 89-92.

11 **KELSEN**, 1991, s. 58-60; **KELSEN**, 2006, s. 35-37; **KELSEN**, 2008, s. 4-10; **KELSEN**, 2016, s. 23-27; **KELSEN**, 2002, s. 22-25; **KELSEN**, 2000, s. 58; **CALDWELL**, s. 46-47, 89; **KORIOTH**, s. 46-47; **ODER**, s. 43-44. Bu konuda, ayrıca Stanley L. Paulson'ın da çevirdiği kitapta yaptığı açıklamalara bakılabilir: **KELSEN**, 2002, s. 132-134.

12 **KELSEN**, 2008, s. 66 vd.; **KELSEN**, 2016, s. 13 vd.

13 **KELSEN**, 2008, s. 198; **ALEXY**, 2004, s. 3; **ALEXY**, 2007, s. 39 vd. Ayrıca krş. **RAZ**, 2007, s. 18 vd.

bir şekilde hareket etmesi gereğini ifade eden bir kuraldır.[14] Olması gereken alanda bulunan norm, uygulanma noktasında herhangi bir ön gereklilik aramaz. Dolayısıyla bir normun bazen uygulanıp bazen uygulanmayacağı gibi bir husus saf hukuk kuramında düşünülemez.[15]

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), kural unsuru olmadan, hukukun en temel formunun açıklanamayacağını ifade etmiştir. Hart, iki tip kural arasında ayrım yapmıştır. Buna göre, birinci tip kuralda, insanların belirli davranışları yapması veya bu belirli davranıştan kaçınması gerekmektedir. Birincil kurallar adını verdiği bu kurallar, yükümlülük yükler. İkincil kurallar olarak adlandırdığı ikinci tip kurallar ise birincil kurallara yeni kurallar koyulmasını, eski kuralların kaldırılmasını veya değiştirilmesini sağlayan, tanıma kuralları, değiştirme kuralları ve yargılama kurallardır. İkincil kurallar, yetki veren kurallardır.[16] Hart'ın kuramında, birincil ve ikincil kuralların bir araya gelmesi, hukukun esasını oluşturur.[17]

Hart, Dworkin'in eleştirileri sonrasında[18], kendisinin, ya tamamen uygulanan ya da hiç uygulanmayan kurallardan oluşan bir hukuk sistemi oluşturmadığını ifade etmiştir. Buna göre, hukuk sisteminin özünü oluşturan unsurun, kuraldan daha geniş bir kapsamda olan, dikkate alınacak faktörleri belirleyen ve birbirlerine karşı dengelenecek olan hukuk standartları olduğunu belirtir.[19] Hart, kural ve ilkelerin keskin ayrımını kabul etmez. Ona göre, kuralların uygulanması 'ya hep ya hiç' şeklinde değil ve fakat yakın bir kesinlikle (*near-conclusive*) gerçekleşirken, ilkeler kesin olmayan (*non-*

---

14 **KELSEN**, 2006, s. 35; **KELSEN**, 1991, s. 2.

15 Burada Kelsen'in *desuetudo* doktrinini istisna tutmak gerekir. Bunun için bkz. **KELSEN**, 2008, s. 213; **KELSEN**, 2006, s. 119; **KELSEN**, 1991, s. 139-140.

16 HART H. L. A., **The Concept of Law**, 3. Edition Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 80 vd. Ayrıca bkz. **WACKS**, 2012, s. 81-85; **WACKS**, 2017, s. 145-152; COTTERRELL Roger, **Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş**, (Çev. Saim Üye), Pinhan, İstanbul, 2018, s. 150-152; ARIKAN Engin, **Sert Pozitivizm**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 18-19; CEYLAN Şule Şahin, **H. L. A. Hart'ın Hukuk Kavramı**, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 109 vd.; UZUN Ertuğrul, "H. L. A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk", in Kasım Akbaş et al. (ed) **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 3. Baskı, İthaki, İstanbul, 2019, s. 158-162.

17 **HART**, 2012, s. 155.

18 Eleştiriler için bkz. **II 1**.

19 **HART**, 2012, 263. Standartlar terimi, kuraldan daha geniş anlamda önceden Raz tarafından kullanılmıştır. Bkz. RAZ Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 81, 1972, pp. 823-854, s. 824, dipnot 4.

conclusive) bir şekilde uygulanır. Kurallar, birkaç istisna dışında hukuki sonucu belirleyebilecek yeterliliğe sahipken, ilkeler, belirli bir karara işaret eden ve fakat bu hukuki sonucu belirleyemeyen bir niteliğe sahiptir.[20] Raz'ın ve Waluchow'un savlarına dayanarak[21], birden fazla kuralın uygulanabileceği bir durumda, bu kuralların yarıştığını ve aynı ilkeler gibi daha önemli olduğu karar verilen kuralın uygulandığını ileri sürer.[22] Bununla birlikte, Hart'ın birincil kurallarının içeriğini, Hohfeld'in analitik kuramındaki yükümlülük kavramı ile karşılaması[23], yakın kesinlikte olan kural kavramıyla veya daha geniş anlamda kabul ettiği hukuki standartlar terimiyle uyuşmamakta ve çelişkiye yol açmaktadır.

II. İLKE VE KURAL AYRIMI

Alexy, ilke ve kural ayrımında, önemli bir ölçüde Ronald Dworkin'in (1931-2013) ayrımını temel almıştır. Bununla birlikte, ilke ile kural arasındaki ayrım daha önceden de ileri sürülen bir ayrımdı.[24] Nitekim ilke ile kural arasındaki ayrım genel olarak üç şekilde yapılmaktadır:[25]

---

20 **HART**, 2012, s. 261-263; **ARIKAN**, s. 31.

21 RAZ, 1972, s. 831-834; WALUCHOW W. J., "Herculean Positivism", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 5, No. 2, 1985, pp. 187-210, s. 189-192.

22 **HART**, 2012, s. 262-263. Ayrıca bkz. SILTALA Raimo, **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to Post-Analytical Philosophy of Law**, Hart Publishing, Oxford, 2000, s. 46.

23 **HART**, 2012, 82-88. Ayrıca bkz. **CEYLAN**, 75 vd.

24 Sözgelimi Heller, kural ile ilke ayrımını gerçekleştirir. Buna göre pozitif hukukun, moral/etik hukuk ilkelerine dayanması gerekmektedir. İlkeler, kuraldan/normdan, hukuki kesinlik bakımından ayrılırlar. Bu hem anlamın kesinliğinde ve bunların uygulanmasındaki kesinlikte farklılık olarak ortaya çıkar. Hukuk ilkeleri, hukuki bir topluluk arasında oluşturulması gereken yasallık temelindeki genel talimatları ifade eder. Bunlar herhangi bir vakada karar ortaya koymaz. İlkeler, herhangi bir kararlılıktan yoksundur. Aynı hukuk ilkeleri kapsamında, farklı hukuki kararlar, hukuk düzenleri ve anayasalar söz konusu olabilir. Heller, hukukun yükümlülük yükleyen bağlayıcılık gücünü, etik hukuk ilkelerinden aldığını ifade eder. Nitekim Heller'in hukukun geçerliliği ve devletin mevcudiyeti için öngördüğü sosyal geçerlilik, normatif geçerlilik ve normu meşrulaştıran etik hukuk ilkeleri unsurları, Heller'e göre normun geçerliliği için kabul edilen gerekliliklerin de kökenini oluşturur. Bkz. HELLER Hermann, **Staatslehre**, 3. Auflage, A. W. Sijthoff, Leiden, 1963, s. 223-224; HELLER Hermann, "The Essence and Structure of the State", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000, s. 266-267; HELLER Hermann, "The Nature and Structure of the State", (Çev. David Dyzenhaus), **Cardozo Law Review**, Vol. 18, No.3, 1996, pp. 1139-1216, s. 1157-1159.

25 BOROWSKI Martin, **Grundrechte als Prinzipien**, Nomos, Baden-Baden, 2018, s. 116-117.

1. Sert ayrım: Buna göre, kurallar ile ilkeler arasındaki ayrım bir derece farkına değil, norm yapısındaki mantıksal farklılığa dayanır.[26]
2. Zayıf ayrım: Buna göre, kurallar ile ilkeler arasındaki ayrım, yalnızca derece ayrımına dayanır.[27]
3. Eklektik ayrım: Buna göre, kurallar ile ilkeler arasında mantıksal bir fark yoktur. Bir norm türüne ait tüm özellikler diğer norm türünde de görülebilir.[28]

Burada, öncelikle Dworkin'in ortaya koyduğu kural ile ilke ayrımına kısaca değinilecektir (1). Sonrasında ise Alexy'nin belirli ölçüde Dworkin'in ayrımından farklılaşarak anayasal haklara uyguladığı ilke teorisi/teorileri ortaya konulacaktır (2).

1. Dworkin'in İlkeleri

Dworkin, Hart'ın kurallar sistemi merkezinde, hukuki pozitivizmin ortaya koyduğu temel savları eleştirir. Bu çalışmanın konusu bakımından dikkate alınması gereken en önemli eleştiri ise Dworkin'in hukukun yalnızca kurallardan değil aynı zamanda ilkelerden de oluştuğu eleştirisidir.

Öncelikle zor davalar (*hard cases*/*penumbral cases*) ile sarih davalar (*clear cases*) arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir.[29] Sarih davalar, davaya uygulanacak olan kuralın açık olduğu davalardır. Zor davalar, vakaya

---

[26] DWORKIN Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge, 1978, s. 24; DWORKIN Ronald, **Hakları Ciddiye Almak**, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), Dost Kitabevi, Ankara, 2007, s. 49; DWORKIN Ronald, "The Model of Rules", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 35, No. 14, 1967, pp. 14-46, s. 25; ALEXY Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, (Çev. Julian Rivers), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010a, s. 47-48; BÄCKER Carsten, "Begrenzte Abwägung: Das Menschenwürdeprinzip und die Unantastbarkeit", **Der Staat**, Vol. 55, No. 4, 2016, pp. 433-460, s. 446-447.

[27] **HART**, 2012, s. 261-263; **MARMOR**, s. 83-84; **RAZ**, 1972, s. 838.

[28] AARNIO Aulis, **Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic of Legal Dogmatics**, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1997, s. 181, 188 vd.; GÜNTHER Klaus, **The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law**, State University of New York Press, Albany, 1993, s. 214 vd.

[29] HART H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 593-629, s. 612-615; **DWORKIN**, 1967, s. 14, 22 vd.; AARNIO Aulis, **The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification**, D. Reidel Publishing, Dordrecht, 1987, s. 1-2; MACCORMICK Neil, **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 49-52.

uygulanacak olan bir kuralın veya bir emsalin bulunmadığı[30], hukuk dilinin belirsiz olduğu[31], normların çatıştığı[32], norm metninin açık lafzına aykırı karar vermenin mümkün olduğu[33] veya vakaya uygulanabilecek olan kuralların geçerliliğinin sorgulandığı[34] vakalardır.[35]

Dworkin, zor davalarda, kurallar sisteminin işlemediğini ileri sürer. Zor davalarda, ilkeler, karara konu olabilecek hak ve yükümlülüklere ilişkin destekleyici argümanlar ortaya koyar. Hâkim, bu durumda, yargı kararında ortaya koyacağı kural için bir ilkeye dayanmaktadır.[36] Sözgelimi, murisi öldüren bir mirasçının, aksine kural olmadığı için mirasa hak kazanmasını engelleyen husus, "hiç kimse kendi hatasından yarar sağlayamaz" ilkesi olmuştur.[37]

Dworkin, kurallar ve ilkeler arasında niceliksel değil niteliksel bir fark görür. Buna göre, hukuk kuralları ile hukuk ilkeleri arasındaki fark mantıksal bir farktır. Kurallar, ya tamamen uygulanırlar ya da hiç uygulanmazlar.[38] Herhangi bir vakada, bir kuralın uygulanma koşulu gerçekleşmişse, söz konusu kural vakaya uygulanır. Kasten yaralama normunu burada kullanabiliriz:

> (1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu durumda, vakada kasten başkasının vücuduna acı verme koşulu gerçekleşmişse, hukuki sonuç olan hapis cezası uygulanır. Nitekim kurallar, ya

---

30 **DWORKIN**, 1978, s. 14, 17; **DWORKIN**, 2007, s. 37, 40-41; MORESO José Juan, **Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation**, Springer, Dordrecht, 1998, s. 99; ALEXY Robert, **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, 2. Edition, (Çev. Ruth Adler/Neil MacCormick), Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 1.

31 **HART**, 2012, s. 126; **RAZ**, 1972, s. 846. **ALEXY**, 2011, s. 1.

32 **HART**, 2012, s. 39; **ALEXY**, 2011, s. 1.

33 **ALEXY**, 2011, s. 1.

34 **HART**, 2012, s. 148.

35 ŠUŠNJAR Davor, **Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers**, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, s. 11-12.

36 **DWORKIN**, 1978, s. 28-29; **DWORKIN**, 2007, s. 53-54; **DWORKIN**, 1968, s. 29.

37 *Riggs v Palmer*, 115 NY 506, (1889); **DWORKIN**, 1978, s. 23; **DWORKIN**, 2007, s. 47; **DWORKIN**, 1967, s. 23-24.

38 **DWORKIN**, 1978, s. 24; **DWORKIN**, 2007, s. 49; **DWORKIN**, 1967, s. 25. Ayrıca bkz. **SILTALA**, s. 43-46.

hep ya hiç şeklinde uygulandığından, aynı vakaya uygulanabilen ve birbirinin aksi sonucu veren iki kural çatıştığında, kurallardan birisi geçerli bir kural olarak kalamaz. Dolayısıyla kurallar çatıştığında, bu kurallardan birisi geçersiz olur. Bu durumda, çatışan kurallar söz konusu olduğunda norm çatışma kuralları uygulanır: i) üst kural alt kuralı ilga eder, ii) yeni kural eski kuralı ilga eder, iii) özel kural genel kuralı ilga eder.[39] Ancak kural çatışması, bir kuralın diğerine istisna teşkil etmesi ile de sonuçlanabilir.[40] Sözgelimi, meşru savunma kuralı, kasten yaralama kuralının bir istisnasını teşkil edebilir. Böylece, kasten yaralama normu ilga olmadan vakaya uygulanmayabilir.

İlkeler ise yapılarında kurallar gibi bir hukuki sonuç ile belirli hale gelmemiştir. İlkenin formülasyonu, kural gibi şarta bağlı sonuç doğuran bir normatif cümle değildir. İlkeler vakada, hâkimi bir hukuki sonuca yönlendiren bir argüman ortaya koyar ve fakat bir kararı içermez.[41] Bunun yanı sıra, Dworkin'e göre, kuralların aksine, ilkelerin ağırlık ve önem boyutu vardır. İlkeler çatıştığında ise hâkim, çatışan ilkelerin ağırlıklarını dikkate alarak ağır basan ilke yönünde bir karar verir. Bu durumda, iki ilke çatıştığında, karar, ilkelerinden birinin geçersiz olması ya da ilga edilmesi ile sonuçlanmaz.[42]

2. Alexy'nin İlke Teorisi

Alexy, normların niteliksel olarak kural ve ilke olarak ayrılabileceğini benimsemiştir. Buna göre, her norm ya bir kuraldır ya da bir ilkedir.[43] Bu bağlamda Alexy'nin kuramında, öncelikle kurallar ile ilkelerin birbirinden ayrımı (A), daha sonrasında ilkelerin ve kuralların nasıl çatıştığı (B) ve yargılamada bu normların nasıl uygulandığı (C) incelenecektir.

A. Ayrım

İlkeler, hukuki ve olgusal olasılıklar içerisinde mümkün olduğu kadar gerçekleştirilmesi gereken normlardır. Bir ilke, çeşitli derecelerde yerine getirilebilen ve bu yerine getirme derecesinin hem olgusal olasılığa ve hem

---

39 **DWORKIN**, 1978, s. 27; **DWORKIN**, 2007, s. 51-52; **DWORKIN**, 1967, s. 27. Ayrıca bkz. GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 16. Baskı, Ekin, Bursa, 2019, s. 382 vd.

40 **DWORKIN**, 1978, s. 24-25; **DWORKIN**, 2007, s. 49; **DWORKIN**, 1967, s. 25.

41 **DWORKIN**, 1978, s. 24-26; **DWORKIN**, 2007, s. 49-50; **DWORKIN**, 1967, s. 25-26. Ayrıca bkz. **SILTALA**, s. 43-46.

42 **DWORKIN**, 1978, s. 27; **DWORKIN**, 2007, s. 51; **DWORKIN**, 1967, s. 27.

43 **ALEXY**, 2010a, s. 48.

de hukuki olasılığa bağlı olduğu optimizasyon gerekliliğidir (*Optimierungsgebot*/*optimization requirement*).[44] Kurallar ise ya yerine getirilir ya da yerine getirilmez. Bir kural uygulanıyorsa, kuralın hukuki sonucu aynen ifade edildiği şekilde uygulanır. Bu bakımdan, kurallar, olgusal ve hukuki olasılıkta sabit noktaları içerir.[45]

Alexy, Dworkin'in ilke-kural ayrımına benzer bir ayrım benimser ve fakat ondan farklı olarak ilke kavramının içeriğini belirler. Buna göre, ilkeler, çatıştığı diğer ilke ve kurallara göre optimize olan normlardır.[46] Alexy'nin kuramındaki diğer bir farklılık ise Dworkin, zor davalarda ortaya çıkan pozitif olmayan ilkeleri benimserken, Alexy, pozitif olmayan ilkelerden bahsetmez. Alexy'nin ilkeleri, anayasada yer alan ilkelerdir. Bununla beraber, Dworkin'in genel teorik çerçevesinin pozitif olmayan bir yapı olarak gözükmesine rağmen, yine de ilkelerin uygulanabilirliği için Dworkin, uygulanacak olan ilkenin önceki içtihatlarda veya yasalarda örneklenmesi gibi kurumsal desteğe/gerekçelendirmeye tabi tutmuştur.[47]

Dworkin, ilke ile politika arasında ayrıma gider. Buna göre, politikalar, toplumun ekonomik, siyasal veya sosyal alandaki gelişmesi amaçlarını düzenleyen standartlardır. İlkeler ise ekonomik, siyasal veya sosyal bir durumu güvence altına aldığı veya bu durumu geliştirdiği için değil, adaletin, hakka-

---

44 **ALEXY**, 2010a, s. 47-48; ALEXY Robert, "The Construction of Constitutional Rights", **Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 4, No.1, 2010b, pp. 21-32, s. 21; ALEXY Robert, "Constitutional Rights and Proportionality", **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, Vol. 22, 2014, pp. 51-65, s. 52; ALEXY Robert, "Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 16, No. 3, 2018, pp. 871-879, s. 872-873; ALEXY Robert, "The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 37, Issue 1, 2017b, pp. 31-47, s. 36; ALEXY Robert, "Proportionality and Rationality", in JACKSON Vicki C./TUSHNET Mark (ed.), **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017a, s. 13-14. Alexy, burada kullandığı 'gereklilik' teriminin, emirleri, izinleri ve yasakları kapsayacak şekilde geniş olarak kullandığını belirtir. **ALEXY**, 2010a, s. 47, dipnot 23. Bununla birlikte, Alexy, kitabının Almanca orijinalinde "*Optimierungsgebote*" terimini kullanarak aslında ilkeyi, optimizasyon emri ile niteler. Bkz. ALEXY Robert, **Theorie der Grundrechte**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, s. 75. Bu çalışma kapsamında ise optimizasyon emri ve optimizasyon gerekliliği birbirinin yerine geçerek kullanılacaktır.

45 **ALEXY**, 2010a, s. 48; **ALEXY**, 2010b, s. 21; **ALEXY**, 2014, s. 52; **ALEXY**, 2018, s. 872-873; **ALEXY**, 2017b, s. 36; **ALEXY**, 2017a, s. 13-14.

46 **ALEXY**, 2010a, s. 48.

47 **DWORKIN**, 1978, s. 40; **DWORKIN**, 2007, s. 67; **DWORKIN**, 1967, s. 41. Bu konuda kısa bir inceleme için bkz. **BOROWSKI**, 2018, s. 109-112; NEVES Marcelo, **Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules: Between the Hydra and Hercules**, Oxford University Press, Oxford, 2021, s. 48 vd.

niyetin veya ahlakın diğer boyutlarının bir gerekliliği olarak gözlemlenebilen standartlardır.[48] Alexy ise ilkeleri anayasal hak normları ile sınırlandırmaz. Ona göre, bu hakların sınırlandırma klozunda yer alan kamu yararı, kamu düzeni gibi sınırlandırma ölçütleri de bir ilkedir.[49]

B. Çatışma

Alexy, Dworkin'i izleyerek, iki kuralın birbirleriyle çatıştığı bir durumda, ya bu kurallardan birisinin diğerinin istisnasını oluşturacağını veyahut en azından bir kuralın geçersiz ilan edileceğini beyan eder. Dolayısıyla birbirlerinin istisnasını oluşturmayan ve bir vakada aksi iki sonuç doğuran kurallardan en az birisinin hukuk sisteminden çıkarılması ve geçersiz kabul edilmesi gerekir.[50]

Somut bir vakada, iki ilke birbirinin aksi bir sonuç öngördüğünde yani çatıştığında[51], çatışan ilkelerden birisinin daha ağır basması gerekmektedir. Bu durumda, ilkelerin birbirlerinin istisnalarını teşkil etme zorunluluğu olmadığı gibi ilkelerden birisinin geçersiz kılınması da gerekmez.[52] Alexy, ilkelerin her olayda farklı şekilde birbirlerine üstün gelebileceğini, dolayısıyla ağır basan bir ilkenin, mevcut somut vakanın koşulları çerçevesinde bir ağırlığı olduğunu belirtir.[53] Burada bir örnek vermek yerinde olacaktır.[54] Kamusal bir figürün veyahut bir ünlü kişinin fotoğrafının, evindeyken ünlü kişinin haberi olmadan dışarıdan yayınlanmak üzere çekildiğini düşünelim (*C1*). Böyle bir durumda karşı karşıya gelecek olan iki anayasal ilke vardır: Birincisi, ifade özgürlüğü hakkı (*P1*); ikincisi ise kişiliğini özgürce geliştirme hakkı veyahut özel yaşamın korunması hakkı (*P2*). Bu somut vakada (*C1*), fotoğrafı çekenin ifade özgürlüğü hakkı (*P1*), ünlü kişinin kişiliğini özgürce geliştirme hakkı (*P2*) ile çatışmaktadır. Zira burada *P1*, fotoğrafın yayınlanmasına izin verme sonucunu doğururken (*Q1*), *P2*, fotoğrafın yayınlanmasını ve bulundurulmasını yasaklama sonucunu doğurur (*Q2*). Bu çer-

---

48 **DWORKIN**, 1978, s. 22-23; **DWORKIN**, 2007, s. 46; **DWORKIN**, 1967, s. 23-24.

49 **ALEXY**, 2010a, s. 80-81.

50 **ALEXY**, 2010a, s. 49.

51 Alexy, birbirlerinin aksi iki sonuç öngören iki ilke için ilkelerin çatışması değil ilkelerin yarışması terimini kullanır. **ALEXY**, 2010a, s. 50.

52 **ALEXY**, 2010a, s. 50.

53 **ALEXY**, 2010a, s. 50-51.

54 Esinlenilen örnek için bkz. SARTOR Giovanni, "Consistency in Balancing: From Value Assessments to Factor-Based Rules", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Springer, Cham, 2018, s. 123.

çevede, bir mahkeme, bu çatışmada olayın koşulları çerçevesinde ya *P1*'i, *P2*'ye veyahut *P2*'yi, *P1*'e üstün tutabilir (**P**). Bu denklemde **P** üstünlük ilişkisini temsil eder:

(1) (*P1* **P** *P2*) *C1*

(2) (*P2* **P** *P1*) *C1*

Kurguladığımız bu vakada biz, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına (*P2*) üstünlük veriyoruz. Dolayısıyla *C1* çerçevesinde, *P2*, *P1*'e üstün geliyor:

(2) (*P2* **P** *P1*) *C1*

Bu durumda birisinin *C1*'deki koşullar çerçevesinde ünlü bir kişinin fotoğrafını yayınlamak üzere çekme fiili yasaklanmıştır. Bunun normatif bir şekilde ifade etmek gerekirse:

(3) Bir *A* fiili, *C1*'in koşullarını sağlıyorsa, *A* fiili anayasal olarak yasaklanmıştır.

Alexy, ilkelerin üstün gelmesine ilişkin yukarıdaki formülleri temel aldıktan sonra[55], nihayetinde "Çatışan İlkeler Kanunu"nu (*The Law of Competing Principles*/*LCP*) belirtir:[56]

(LCP) *C1* koşullarında *P2*, *P1*'e üstün geldiyse ve *C1* koşullarında *P2*, *Q2* sonucunu doğuruyorsa, bu durumda şartı (*C1*) ve ona bağlı bir sonucu (*Q2*) olan bir kural uygulanır: $C1 \rightarrow Q2$

Daha az teknik bir şekilde ifade edilirse:[57]

(LCP′) Bir ilkenin diğerine üstün geldiği durumlar, üstün gelen ilke ile aynı hukuki sonuca sahip bir kuralın koşullarını oluşturur.

Nihayetinde bir yargılamada verilen nihai karar, bir kuralı ifade eder. Zira oluşan bu şarta bağlı cümle, normatif bir cümledir: $C \rightarrow Q$ (C ise Q). Yani bir yandan normun uygulanma koşulu olan *protasis*[58] verilmekte, diğer yandan bu koşul gerçekleştiğinde meydana gelecek hukuki sonuç olan *apodosis*[59] verilmektedir. Bu formülü biraz daha açmak gerekirse, C, aslında

---

55 **ALEXY**, 2010a, s. 52-53; **ALEXY**, 2017a, s. 26.

56 **ALEXY**, 2010a, s. 54; **ALEXY**, 2017a, s. 26.

57 **ALEXY**, 2010a, s. 54.

58 Koşul tümcesi.

59 Sonuç tümcesi.

birden fazla koşuldan/faktörden meydana gelmektedir. Kurguladığımız olayda, *C1*, kamusal bir figürün (*F1*), evindeyken (*F2*), kişinin rızası olmadan (*F3*) ve yayınlanmak üzere fotoğrafının çekilmesi (*F4*), anayasal olarak yasaklanmıştır (*Q2*):[60]

(4) *F1* ve *F2* ve *F3* ve *F4* → *Q2*

Nitekim olayın koşullarındaki bazı farklılaşmalar, bu hukuki sonucu da değiştirebilmektedir. Sözgelimi kamusal bir figürün bir kamuya açık bir yardım etkinliğinde, gazeteciler tarafından kişinin izni olmadan yayınlanmak üzere fotoğrafının çekildiğini düşünelim (*C2*). Burada yeniden ifade özgürlüğü hakkı (*P1*) ile kişiliğini özgürce geliştirme hakkı (*P2*) çatışmaktadır. Zira somut olayda, *P1*, kişinin fotoğrafının çekilmesine ve yayınlanmasına izin verilmesi sonucunu doğururken (*Q1*), *P2* çekilen fotoğrafın yayınlanmasının yasaklanması sonucunu doğurmaktadır (*Q2*). Biz, burada ifade özgürlüğü hakkını, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına üstün tutuyoruz:

(5) (*P2* **P** *P1*) *C2*

Bu durumda yarışan ilkeler kanunu şu şekilde oluşuyor:

(LCP) *C2* koşullarında *P1*, *P2*'ye üstün geldiyse ve *C2* koşullarında *P1*, *Q1* sonucunu doğuruyorsa, bu durumda şartı (*C2*) ve ona bağlı bir sonucu (*Q1*) olan bir kural uygulanır: *C2* → *Q1*

Fotoğrafın yayınlanmasına izin verme sonucunu doğuran etkenleri daha açık bir şekilde ifade etmek gerekir. Kamusal bir figürün (*F1*), rızası olmadan (*F*2), kamuya açık bir alanda (*F5*), gazeteciler tarafından (*F6*) yayınlanmak üzere fotoğrafının çekilmesine (*F4*), anayasal olarak izin verilmiştir:

(6) *F1* ve *F*2 ve *F5* ve *F6* ve *F4* → *Q1*

Bu itibarla anayasal haklar, ilke karakteri gösterdiğinden dolayı, kurallarda olduğu gibi hukuki sonuçlarını hemen doğurmazlar. Çatışan ilkeler olarak optimize edilmeleri gerekir. Bu durumda, Alexy, Hohfeld'in hak terminolojisini değiştirerek kullanır. Buna göre, sübjektif anayasal haklar, *görünüşte/prima facie haklardır*.[61] Anayasal hakların kapsamına giren bir fiil, doğrudan devleti yükümlülük altında bırakmaz. Anayasal haklar, diğer hak-

---

[60] **ALEXY**, 2010a, s. 56. Ayrıca bkz. ALEXY Robert, "Two or Three?", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010c, s. 15-16.

[61] **ALEXY**, 2010a, s. 57-59. Bu terim, bundan sonra '*prima facie haklar*' olarak ifade edilecektir.

larla veya sınırlandırma ölçütleriyle dengelendikten sonra bir hak olarak sonuç doğurabilir. Alexy, bu bağlamda, mutlak hak kavramını kabul etmez. Nitekim Alman Anayasası, Madde 1'de yer alan "insan onuru ihlal edilemez" hükmünü mutlak bir şekilde yorumlamaz. Ona göre, insan onuru normuna kısmen bir kural olarak, kısmen de bir ilke olarak davranılması gerekmektedir. İnsan onuru ilkesi ile çatışan diğer ilkeler arasındaki üstünlük ilişkisi, insan onuru kuralının içeriğini belirler.[62] Bu itibarla, mutlak hak kavramı, Alexy'nin kuramında olanak dışıdır.

Alexy'ye göre, ilkeler arasındaki her çatışmada, yapılan yargılama sonucunda, bir kural ortaya çıkar. Bu kural, Alexy'nin kuramında, "türev anayasal hak normu"nu ifade eder. Türev anayasal hak normları, doğrudan anayasa metni tarafından oluşturulmayan ve fakat söz konusu anayasa metninden türetilen normlardır. Türev anayasal hak normu için anayasa metninden doğrudan oluşturulan norm çerçevesinde doğru anayasal meşrulaştırma sağlama olasılığı olduğunda, söz konusu türev norm, geçerli bir anayasal hak normu olmaktadır.[63] Yukarıda *C1* koşulları çerçevesinde oluşturulan (4) numaralı kural (*F1* ve *F2* ve *F3* ve *F4* → *Q2*), kişiliğini özgürce geliştirme hakkı normundan türeyen ve kişiliğini özgürce geliştirme hakkı normuna dâhil olan bir kural iken, *C2* koşulları çerçevesinde oluşturulan (6) numaralı kural (*F1* ve *F*2 ve *F5* ve *F6* ve *F4* → *Q1*), ifade özgürlüğü hakkı normundan türeyen ve ifade özgürlüğü hakkı normuna dâhil olan bir kuraldır.

Her ne kadar Alexy, bir normun ya kural ya da ilke olabileceğini belirtse de[64] anayasal haklar için saf bir kurallar modelini veyahut saf bir ilkeler modelini benimsemez. Anayasal hak normları, çatışmaları sonucunda oluşan türev normları yani kuralları da kapsadığı için hem ilke hem de kural karakteri gösterirler.[65]

---

62 **ALEXY**, 2010a, s. 62-64. Alexy'nin takipçileri de mutlak hak kavramını kabul etmez. Bkz. TEIFKE Nils, "Human Dignity as an 'Absolute Principle'?", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010, s. 95 vd.; **BOROWSKI**, 2018, s. 345 vd.; BOROWSKI Martin, "Absolute Rights and Proportionality", **German Yearbook of International Law**, Vol. 56, 2013, pp. 385-424, s. 394 vd.; KLATT Matthias/MEISTER Moritz, **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 29 vd.

63 **ALEXY**, 2010a, s. 35-36, 54-56.

64 **ALEXY**, 2010a, s. 48.

65 **ALEXY**, 2010a, s. 69-86.

C. Uygulama

Alexy, kural ve ilkelerin bir yargılamadaki uygulamasında da farklılık öngörmüştür. Buna göre, kurallar, altlama (*subsumption*) biçiminde uygulanabiliyorken (a), ilkeler, dengeleme (*balancing*) biçiminde uygulanabilmektedir (b).[66]

a. Altlama

Altlama ya da hukuki tasım (*syllogism*), mantık teorilerinde, bir büyük öncüle uyan bir veya birden fazla küçük öncül ile oluşturulan bir sonucu ifade eder.[67] Burada kasten yaralama kuralını tekrar kullanmak yerinde olacaktır.

(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu normun uygulanması öncelikle *deontik mantık*[68] çerçevesinde formüle edilir. Buna göre:[69]

(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi (*T*), bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (*OR*).

(2) Mağdurun psikolojik/algı durumunda her türlü olumsuz etkiye yol açan kişi (*M*), mağdurun algılama yeteneğini bozar.

(3) Bir kişinin, başka birisini herhangi bir şekilde bayıltması (*S*), psikolojik/algı durumunda olumsuz bir etkiye yol açar.

(4) *a*, bir kişiyi ilaç vererek bayıltmıştır (*S*).

(5) *a*, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmalıdır (*OR*).

---

66 **ALEXY**, 2010b, s. 21; **ALEXY**, 2014, s. 52; **ALEXY**, 2018, s. 872-873; **ALEXY**, 2017b, s. 36.

67 FETERIS Eveline T., **Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions**, 2. Edition, Springer, Dordrecht, 2017, s. 26-27; FETERIS Eveline T., **Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma**, (Çev. Ertuğrul Uzun), Pinhan, İstanbul, 2019, s. 55-56.

68 Bkz. **FETERIS**, 2017, s. 26-27; **FETERIS**, 2019, s. 56.

69 Bkz. **ALEXY**, 2011, s. 224-226; ALEXY Robert, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 16, No. 4, 2003, pp. 433-449, s. 434; **ALEXY**, 2010c, s. 10.

Bu yüklem mantığını daha da açıklayıcı bir şekilde göstermek için deontik operatörlere başvurmak gerekir:[70]

(1) $(x)\ (Tx \rightarrow ORx)$

(2) $(x)\ (Mx \rightarrow Tx)$

(3) $(x)\ (Sx \rightarrow Mx)$

(4) Sa

(5) ORa

(1) numaralı ifade, bir normatif cümledir; '*x*' değişkeni normun muhatabı kişiyi; '*T*', '*x*'in bir niteliğini belirten normun uygulama koşullarını içeren yüklemi ve '*OR*' ise '*x*'in ne yapması gerektiğini veya '*x*' ile ilgili olarak ne yapılması gerektiğini belirten yüklemi ifade eder. Formüldeki (2) numaralı ifade, mağdurun psikolojik/algı durumunda her türlü olumsuz etkiye yol açmanın (*M*), normatif cümledeki seçimlik şartlardan biri olan, algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma fiili (*T*) tarafından kapsandığını belirtir. (3) numaralı ifade, bayıltmanın (*S*), mağdurun psikolojik/algı durumunda her türlü olumsuz etkiye yol açma fiili (*M*) tarafından kapsandığını belirtir. (4) numaralı ifade, *a* kişisi tarafından bayıltma fiilinin (*S*) gerçekleştirildiğini ve dolayısıyla (5) numaralı ifade ile *a* kişisinin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması gerektiğini ortaya koyar.[71] Bütün bu işlemler, bir hâkimin bir kuralı altlama veya hukuki tasımla nasıl uygulayacağını ortaya koymaktadır.

b. Dengeleme ve Ağırlık Formülü

Alexy'ye göre bir ilkenin uygulanması genel olarak, karşıt bir ilke ile belirlenmektedir. Her bir ilke, hukuki ve olgusal olasılıklar içerisinde mümkün olduğu kadar gerçekleştirilmesi gereken bir norm olduğundan dolayı, karşıt ilkeyle dengelenerek belirli/kararlı hale gelir.[72]

Alexy'ye göre, ölçülülük ilkesinin[73] her bir alt ilkesi, yani elverişlilik, gereklilik ve orantılılık/dar anlamda ölçülülük ilkeleri, ilkelerin doğasından

---

[70] **ALEXY**, 2011, s. 224-227; **ALEXY**, 2003, s. 433-434; **ALEXY**, 2010c, s. 10.

[71] **ALEXY**, 2011, s. 224-227; **ALEXY**, 2003, s. 433-434; **FETERIS**, 2017, s. 130; **FETERIS**, 2019, s. 187.

[72] **ALEXY**, 2010b, s. 21; **ALEXY**, 2014, s. 52; **ALEXY**, 2018, s. 872-873; **ALEXY**, 2017b, s. 36.

[73] Ölçülülük ilkesi, Alexy'nin tanımladığı anlamda bir ilke değildir. Alexy'ye göre aslında ölçülülük ilkesi, yani elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri, ya yerine getirilen ya da yerine getirilmeyen kurallardır. Bkz. **ALEXY**, 2010a, s. 66-67'deki 84 no'lu dipnot.

kaynaklanmaktadır.[74] Gereklilik ve elverişlilik ilkeleri, olgusal olarak neyin mümkün olduğu ile ilgili olan optimizasyon gerekliliklerinden doğar. Orantılılık/Dar anlamda ölçülülük ise hukuki olarak neyin mümkün olduğu ile ilgili olan optimizasyon gerekliliklerinden doğar.[75] Sözgelimi iki ilke çatıştığında (*P1* ve *P2*), aynı etkililiğe sahip iki önlemden birincisi (*M1*), sınırlanacak olan ilkeyi (*P1*), diğer önleme (*M2*) göre daha fazla sınırlıyorsa, bu durumda *M1* veya *M2*'nin tercih edilmesi, *P2* açısından herhangi bir şeyi değiştirmeyeceğinden ve *P1*'in de olgusal olarak mümkün olduğu kadar gerçekleştirilmesi gerektiğinden dolayı, daha az sınırlandıran önlem olan *M2*'nin tercih edilmesi gerekir.[76] Aynı şekilde, bir ilkeyi (*P1*) sınırlandıran bir önlem (*M1*), diğer bir ilkenin (*P2*) gerektirdiği bir amacı gerçekleştirmeye elverişli veya uygun değilse, bu durumda *M1*'in uygulanması veya uygulanmaması *P2* bakımından herhangi bir şey değiştirmeyeceğinden ve *P1*'in olgusal olarak mümkün olduğu kadar gerçekleştirilmesi gerektiğinden dolayı *M1*'in uygulanmaması gerekmektedir. Böylece gereklilik ilkesi de aslında ilkelerin doğasından kaynaklanmaktadır.[77]

Orantılılık ilkesine ise Alexy, dengeleme formülleri ve ağırlık formülüyle özel bir yer ayırır. Orantılılık ilkesi, hukuki olasılıklarla ilgili neyin mümkün olduğu ile ilgili olarak optimizasyonu ifade eder. Alexy, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararına dayanarak[78], "Dengeleme Kanunu"nu (*Law of Balancing*/*Substantive Law of Balancing*) ileri sürer:[79]

---

[74] **ALEXY**, 2010a, s. 66; ALEXY Robert, "On the Structure of Legal Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 13, No. 3, 2000, pp. 294-304, s. 297; **ALEXY**, 2017b, s. 36; **ALEXY**, 2010b, s. 24; **ALEXY**, 2014, s. 52; **ALEXY**, 2018, s. 872; **ALEXY**, 2017a, s. 14; ALEXY Robert, "Discourse Theory and the Fundamental Rights", in MENÉNDEZ Agustin José/ ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006, s. 23.

[75] **ALEXY**, 2010a, s. 67; **ALEXY**, 2000, s. 298; **ALEXY**, 2017b, s. 36-37; **ALEXY**, 2010b, s. 27-28; **ALEXY**, 2014, s. 52; **ALEXY**, 2018, s. 872-873; **ALEXY**, 2017a, s. 14; **ALEXY**, 2006, s. 24.

[76] **ALEXY**, 2010a, s. 68; **ALEXY**, 2000, s. 298; **ALEXY**, 2014, s. 53; **ALEXY**, 2017a, s. 15-16.

[77] **ALEXY**, 2010a, s. 68-69; **ALEXY**, 2000, s. 298; **ALEXY**, 2014, s. 52-53; **ALEXY**, 2017a, s. 14-15.

[78] *BVerfGE 7, 377* (404-405) - Apotheken-Urteil; *BVerfGE 20, 150* (159) - Sammlungsgesetz; *BVerfGE 17, 306* (313-314) - Mitfahrzentrale; *BVerfGE 35, 202* (225-226) - Lebach.

[79] **ALEXY**, 2010a, s. 102; **ALEXY**, 2000, s. 298; **ALEXY**, 2017b, s. 37; **ALEXY**, 2010b, s. 28; **ALEXY**, 2014, s. 54; **ALEXY**, 2018, s. 873; **ALEXY**, 2017a, s. 16; **ALEXY**, 2006, s. 24.

> Bir ilkenin yerine getirilmeme veyahut zarar görme derecesi ne kadar büyükse, diğer ilkenin yerine getirilmesinin önemi o kadar büyük olmalıdır.

Burada üç aşama mevcuttur. Öncelikle birinci ilkenin yerine getirilmeme, zarar görme derecesi oluşturulur. İkinci aşamada çatışan ilkenin yerine getirilmesindeki önemi oluşturulur. Üçüncü aşamada ise çatışan ilkenin yerine getirilmesindeki önemin, birinci ilkenin yerine getirilmeme ya da zarar görmesini meşrulaştırıp meşrulaştırmadığı değerlendirilir.[80]

Alexy, sonradan, yasamaya tanınan epistemik takdir alanıyla ilgili olan ikinci bir dengeleme kanunu daha belirlemiştir: Epistemik Dengeleme Kanunu (*Epistemic Law of Balancing*). Özellikle bir anayasal hakkın en iyi şekilde nasıl dengeleneceğinin açık olmadığı ve yasamaya kendi değerlendirmelerine göre karar verebileceği sınırlı bir alanın tanındığı durumlarda epistemik takdir alanı ortaya çıkmaktadır.[81] Buna göre:[82]

> Bir anayasal hakka müdahalenin ağırlığı ne kadar fazlaysa, onun temelindeki öncüllerin kesinliği de o kadar yüksek olmalıdır.

Alexy, bu iki dengeleme kanununa dayanarak bir "Ağırlık Formülü" (*Weight Formula*) oluşturur. Ağırlık Formülü, Alexy'nin dengelemenin rasyonel standartlara dayanamayacağı ve hâkimin sübjektif kararına dayanacağı yönündeki itirazlara[83] yönelik olarak oluşturduğu bir formüldür. Bu formülün rakamlardan oluşmadığını belirten Alexy, ağırlık formülünün, müdahale

---

[80] **ALEXY**, 2010a, s. 401; **ALEXY**, 2006, s. 24-25.

[81] **ALEXY**, 2010a, s. 415.

[82] **ALEXY**, 2010a, s. 418.

[83] Bu itirazlar için bkz. HABERMAS Jürgen, **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, (Çev. William Rehg), The MIT Press, Cambridge, 1996, s. 258-260; SCHLINK Bernhard, **Abwägung im Verfassungsrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, s. 134 vd.; SCHLINK Bernhard, "Proportionality (1)", in ROSENFELD Michel/SAJÓ András (ed.), **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 724-726, 734-735; SCHLINK Bernhard, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?", **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 22, 2012, pp. 291-302, s. 299-301. Schlink'in son bahsedilen makalesinin Türkçe çevirisi için bkz. SCHLINK Bernhard, "Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer?", (Çev. Lütfullah Yasin Akbulut/Eyüp Kaan Demirkan), **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien**, Cilt 1, Sayı 1, Haziran 2019, pp. 179-192. Aynı yönde bkz. SAJÓ András, "Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness", in SAJÓ András (ed.), **Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights**, Eleven International Publishing, Utrecht, 2006, s. 68-69.

derecesi, soyut ağırlıkların önemi ve güvenilirlik derecesinden oluşan rasyonel standartlar hakkındaki kararlar olduğunu ifade eder. Mantıksal araçların, hukuki tasım uyarınca altlamanın çıkarımsal yapısını açıklaması gibi ağırlık formülü de dengeleme ilkelerinin çıkarımsal yapısını açıklayan formel bir araçtır.[84] Maddi Dengeleme Kanunu, çatışan iki ilkenin (*Pi* ve *Pj*), hem somut (*Ii* ve *Ij*) hem de soyut ağırlığının (*Wi* ve *Wj*) dengelenmesini oluşturur.[85] Epistemik Dengeleme Kanunu ise vakanın somut koşulları çerçevesinde *Pi*'nin gerçekleşmemesi ve *Pj*'nin gerçekleştirilmesi için söz konusu önlemin ne anlama geldiğine ilişkin ampirik varsayımların güvenilirliklerinin (*Ri* ve *Rj*) dengelenmesini oluşturur.[86] Nihayetinde, karşımıza bir ağırlık formülü çıkar:[87]

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Wi, j, Pi'nin vakanın koşulları çerçevesindeki somut ağırlığını ifade eder. Buna göre, bu somut ilkenin ağırlığı, vakanın koşulları ve çatışan ilkenin somut ağırlığı karşısında göreli olarak belirlenmektedir.[88]

Alexy, her bir sembolün değerini belirlemek ve böylece formülden bir sonuç elde etmek için her bir sembol için üçlü değer ölçeği belirlemiştir. İlkelerin somut (*Ii* ve *Ij*) ve soyut (*Wi* ve *Wj*) ağırlıklarına verilen üçlü ölçek, "hafif", "orta" ve "ciddi" ölçeklerinden oluşur. Burada, "hafif" ölçeği "*l*" harfiyle, "orta" ölçeği "*m*" harfiyle ve "ciddi" ölçeği "*s*" harfiyle karşılanır.[89] Alexy, ölçeğin değerlerini bir geometrik diziye göre oluşturur. Buna göre, l ölçeği 2^0, m ölçeği 2^1, s ölçeği ise 2^2 değeri ile karşılanır. Dolayısıyla ölçek sırasıyla 1, 2 ve 4 değerlerine sahiptir.[90] Alexy, ampirik varsayımların güvenilirliklerine ilişkin olarak da üçlü bir ölçek oluşturur. Bu üçlü ölçek sırasıyla, "kesin ya da güvenilir", "inandırıcı ya da iddia edilebilir" ve "bariz yan-

---

84 **ALEXY**, 2003, s. 448; **KLATT/MEISTER**, s. 12.

85 **ALEXY**, 2010a, s. 406; **ALEXY**, 2017b, s. 37-38; **ALEXY**, 2010b, s. 29-30; **ALEXY**, 2014, s. 54; **ALEXY**, 2018, s. 874.

86 **ALEXY**, 2003, s. 446; **ALEXY**, 2017b, s. 37-38; **ALEXY**, 2010b, s. 30; **ALEXY**, 2014, s. 54; **ALEXY**, 2018, s. 874; **ALEXY**, 2010c, s. 11; **ALEXY**, 2017a, s. 17-18.

87 **ALEXY**, 2003, s. 446; **ALEXY**, 2017b, s. 37; **ALEXY**, 2010b, s. 30; **ALEXY**, 2018, s. 873; **ALEXY**, 2010c, s. 11; **ALEXY**, 2017a, s. 17.

88 **ALEXY**, 2003, s. 444; **ALEXY**, 2017b, s. 38; **ALEXY**, 2010b, s. 29-31.

89 **ALEXY**, 2003, s. 440; **ALEXY**, 2017b, s. 38; **ALEXY**, 2010b, s. 29-31; **ALEXY**, 2014, s. 55; **ALEXY**, 2018, s. 874; **ALEXY**, 2017a, s. 17-18; **ALEXY**, 2006, s. 25-27.

90 **ALEXY**, 2003, s. 444; **ALEXY**, 2017b, s. 38; **ALEXY**, 2010b, s. 29-31; **ALEXY**, 2014, s. 55; **ALEXY**, 2018, s. 874; **ALEXY**, 2017a, s. 17-18; **ALEXY**, 2006, s. 25-27.

lış" ölçekleridir. "Kesin ya da güvenilir" ölçeği, "*r*" harfiyle, "inandırıcı ya da iddia edilebilir" ölçeği "*p*" harfiyle ve "bariz yanlış" ölçeği ise "*e*" harfiyle karşılanır. Bu ölçekte ise "r" ölçeği 2^0, "p" ölçeği 2^{-1} ve "e" ölçeği 2^{-2} değerleriyle karşılanır. Bu durumda, bu ölçeklerin değeri sırasıyla 1, $1/2$ ve $1/4$'tür.[91]

Alexy, her bir somut vakada, bir yandan yerine getirilmeyen ilkenin yerine getirilmeme derecesini (*Ii*), yerine getirilmeyen ilkenin soyut ağırlığını ifade eden değeri (*Wi*) ve önleme ilişkin ampirik varsayımların güvenilirliğini (*Ri*) yukarıda dile getirilen üçlü ölçeklere göre belirler. Diğer yandan, çatışan ilkenin yerine getirilmesindeki önemi (*Ij*), çatışan ilkenin soyut ağırlık değerini (*Wj*) ve önleme ilişkin ampirik varsayımların güvenilirliklerini (*Rj*) yukarıda dile getirilen üçlü ölçeklere göre belirler. Eğer sonuç, 1'in üstünde ise bu durumda ilkeye/hakka yapılan müdahale orantısızdır. Sonuç 1'in altında olursa, ilkeye/hakka yapılan müdahale orantılıdır. Sonucun 1 olduğu durumlar ise pat olarak nitelendirilir. Pat durumlarında ise devletin/yasamanın yapısal takdir yetkisinin olduğu kabul edilerek söz konusu müdahale orantısız bulunmaz.[92]

Alexy, anayasal hakların çatışmasında, çatışan ilkelerin soyut ağırlığının (*Wi* ve *Wj*) genellikle eşit olduğunu beyan eder. Bu durumda, Alexy'nin formülünde ilkelerin soyut ağırlıkları çoğunlukla denklemden çıkmaktadır.[93]

Ağırlık formülünü daha net anlaşılması için bir örnek vermek yerinde olacaktır. Alexy'nin ağırlık formülünü incelerken verdiği örneklerden birisi *Kenevir* kararıdır.[94] Genel fiil özgürlüğü (*Pi*) (Alman Anayasası, Madde 2/1) ve getirilen hapis cezaları bakımından özgürlük hakkı (Alman Anayasası, Madde 2/2) çerçevesinde yasamanın kenevir/haşiş ürünlerini yasaklayabilip yasaklayamaması, bu kararın konusunu oluşturmaktadır. Mahkeme, yasa-

---

91 **ALEXY**, 2003, s. 447; **ALEXY**, 2017b, s. 38; **ALEXY**, 2010b, s. 29-31; **ALEXY**, 2014, s. 55; **ALEXY**, 2018, s. 874; **ALEXY**, 2017a, s. 18.

92 **ALEXY**, 2003, s. 443 vd.; **ALEXY**, 2017b, s. 38; **ALEXY**, 2014, s. 55.

93 **ALEXY**, 2010a, s. 406; **ALEXY**, 2003, s. 440.

94 Kenevir kararı bir yasa değişikliğini konu alır. Bu yasa değişikliği ile kenevir ve haşiş gibi ürünlerin resmi izin dışında kullanımı, satışı, zilyetliği, yetiştirilmesi, üretilmesi ve ticareti yasaklanmıştır. Bu fiiller için 5 yıla kadar hapis cezası veya para cezası öngörülmüştür. Bu kuralın anayasaya aykırı olup olmadığı sorunu, birden fazla somut norm denetimi başvurusu ve bir anayasa şikâyeti ile Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, yasa değişikliği ile getirilen hapis ve para cezalarını anayasaya uygun bulmuştur. Anayasa şikâyeti bakımından da ihlale karar vermemiştir. Bkz. *BVerfGE 90, 145* - Cannabis.

manın takip ettiği amacı sağlığın korunması ve yasamanın yerine getirdiği ilkenin toplumsal yarar olduğunu belirtmiştir (*Pj*). Kenevir ve haşişin yol açtığı ya da açabileceği zararlar konusunda kapsamlı bir araştırma yapan Mahkeme[95], nihayetinde bu maddelerin yol açtığı zararların önemli (ciddi/*s*) olduğunu belirtmiştir.[96] Yasayla alınan önlemin ampirik güvenilirliği noktasında Mahkeme, bir belirsizliğin (iddia edilebilir/*p*) söz konusu olduğunu beyan etmiştir.[97] Mahkeme nihayetinde yasayla getirilen yasağın ve cezaların anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.[98] Mahkemenin, yerine getirilmeyen ilkelerin müdahale derecesi ile ilgili açık bir ifadesi olmasa da Alexy, burada genel fiil özgürlüğünün yerine getirilmeme derecesini *m* olarak belirlemiş ve kenevir ürünlerinin yasaklanması durumunda *Pi*'ye yapılan müdahalenin kesin (*r*) olduğunu ifade etmiştir. Her iki ilkenin soyut ağırlıklarının da eşit olduğunu ifade ederek, ilkelerin soyut ağırlığını (*Wi* ve *Wj*) formülden çıkarmıştır.[99] Bu vaka bakımından oluşturulacak formül de aşağıdaki gibi olacaktır:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot R_i}{I_j \cdot R_j} = W_{i,j} = \frac{m \cdot r}{s \cdot p} = W_{i,j} = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 1$$

Formülün uygulanmasıyla elde edilen sonuç 1 olduğundan dolayı burada bir pat gerçekleşmekte ve müdahalenin yasamanın takdir alanında olduğu kabul edilmektedir.

III. TEORİDEN İLİZYONA[100]

Normu ilke ve kural olarak ikiye ayıran Alexy'nin ilke teorisi, başta öğrencileri olmak üzere birçok yazar tarafından benimsenmiştir.[101] Gerçekten

---

95 *BVerfGE 90, 145* (175-181) - Cannabis.

96 *BVerfGE 90, 145* (181-182) - Cannabis.

97 *BVerfGE 90, 145* (182-183) - Cannabis.

98 *BVerfGE 90, 145* (193) - Cannabis.

99 **ALEXY**, 2003, s. 447.

100 Bu başlığın adlandırılmasında Poscher'in makalesinden esinlenilmiştir. Bkz. POSCHER Ralf, "Theory of a Phantom: The Principles Theory's Concept of a Principle", in OLIVEIRA Júlio Aguiar de et al. (ed.), **Alexy's Theory of Law**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2015.

101 Bkz. **KLATT/MEISTER**, s. 10 vd.; BOROWSKI Martin, "The Structure of Formal Principles: Robert Alexy's 'Law of Combination'", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010, s. 20-22; **TEIFKE**, s. 94-95; RIVERS Julian, "Constitutional Rights and Statutory Limitations", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 250 vd.; PECZENIK Aleksander, **On Law and Reason**, Springer,

de Alexy'nin ilke teorisi, anayasal hakların nasıl davrandığını en iyi şekilde açıklayan teoridir. Bununla beraber, bu çalışma kapsamında normatif ilke ve kural ayrımı, yani ilke-norm[102] reddedilecektir (1). Aynı şekilde bu çalışma kapsamında, Alexy'nin ilke tanımıyla bağlantılı olarak ulaştığı Çatışan İlkeler Kanunu ve Dengeleme Kanununun da ilkenin tanımıyla bazı uyuşmazlıklar içerdiği (2) ve Alexy'nin Ağırlık Formülü'nün belirli açılardan sübjektif nitelikte olduğu (3) kabul edilecektir. Bütün bu hususlar dikkate alındığında, Alexy'nin ilke teorisinin, birden fazla seyirciyi etkileyen bir illüzyona dönüştüğü görülecektir.

1. İlke-Normun Reddi

Alexy'nin anayasal haklar kuramının temelinde büyük bir hata vardır. Özellikle ilkenin tanımlanması konusu, ilke-normu destekleyemeyecek bir durumdadır. İlk olarak Alexy'nin optimizasyon emri olarak tanımladığı ilke-norm, şekli bir hata içermektedir. Zira nihayetinde bir emir olan bir norm aslında Alexy'nin tanımladığı anlamda bir ilkeyi değil bir kuralı ifade

Dordrecht, 2008, s. 61-64; BARAK Aharon, **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, (Çev. Doron Kalir), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 38 vd. (kısmen); GREER Steven, ""Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 63, No. 2, 2004, pp. 412-434, s. 415 vd.; CHRISTOFFERSEN Jonas, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, s. 205 vd.; PULIDO Carlos Bernal, "On Alexy's Weight Formula", in MENÉNDEZ Agustin José/ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006, s. 101 vd.; MENÉNDEZ Agustin José, "Some Elements of a Theory of European Fundamental Rights", in MENÉNDEZ Agustin José/ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006, s. 166 vd.; SARTOR Giovanni, "Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality", **Artificial Intelligence and Law**, Vol. 18, No. 2, 2010, pp. 175-215, s. 177 vd; KOMMERS Donald P./MILLER Russell A., **The Constitutional Jurisprudance of the Federal Republic of Germany**, 3. Edition, Duke University Press, Durham, 2012, s. 66-67; YÜKSEL Saadet, **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, Alfa, İstanbul, 2015, 221 vd.; VURAL Hasan Sayim, Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 111 vd.; GÜLFİDAN Osman Serkan, **Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri: Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme**, Yetkin, Ankara, 2020, s. 106 vd.; TSCHENTSCHER Axel, "Interpreting Fundamental Rights: Freedom versus Optimization", in PÜNDER Hermann/WALDHOFF Christian (ed.), **Debates in German Public Law**, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 47 vd. Bununla birlikte Tschentscher, Alexy'den farklı olarak, mutlak hakların varlığını kabul eder ve bunların kural-norm olduğunu belirtir. **TSCHENTSCHER**, s. 50-51. Ávila ise ilke ve kural ayrımını Alexy'nin ayrımından kısmen farklılaştırır ve bu ayrıma bir de 'postüla' kategorisini ekler. ÁVILA Humberto, **Theory of Legal Principles**, Springer, Dordrecht, 2007, s. 29-40.

[102] Alexy'nin normatif olarak kuraldan ayırdığı ilke, 'ilke-norm' olarak ifade edilecektir.

eder.[103] Alexy, bu eleştiri karşısında, ilke tanımını değiştirir. Buna göre, ilke artık bir optimizasyon emri değil *optimize edilecek bir emirdir* (*commands to be optimized*).[104] Bu bağlamda, karşımıza iki unsur çıkar: Bir tarafta optimize edilmesi gereken bir nesneye dönüşen ilke, diğer tarafta ise bu nesneyi optimize eden bir meta-kural. Optimize emrini içeren meta-kural, optimize edilmesi gereken bir nesne olan ilkeyi optimize ederek uygulanır.[105]

Her ne kadar Alexy, ahlak ve hukuk felsefesi bakımından maddi bir değişikliğin olmadığını savunsa da[106] ilke ile kural arasındaki normatif ayrımın aynı şekilde kaldığı söylenemez. Bir optimizasyon gerekliliği, *bir şeyin* optimize edilmesini icap ettirir ve fakat emirlerin optimize edilme zorunluluğunu gerektirmez. Sözgelimi, ilke teorisine göre, Alman Anayasası Madde 2/2'de yer alan vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı, vücut bütünlüğünü, sağlığı ve insan yaşamını optimize etme emrini içerir. Ancak vücut bütünlüğü ve insan yaşamı bir emir veya gereklilik değildir. Dolayısıyla bunlar normatif değil olgusal nesnelerdir.[107] Nitekim burada optimizasyon emrinin normatifliği ile optimizasyon emrinin nesnesinin normatifliğini birbirine karıştırmamak gerekir. Optimizasyon emri, bir nesneyi, hukuki ve olgusal imkânlar bakımından mümkün olan en yüksek dereceye çıkarma yükümlülüğü aracılığıyla normatifliğini elde eder. Ancak optimizasyon emrinin nesneleri, hiçbir şekilde normatif bir niteliğe sahip olamaz.[108]

Nitekim Alexy'ye göre, muhtaç insanlara yardım gerekliliğinin, optimizasyon gerekliliğinin bir nesnesi olması, optimize edilecek bir gerekliliğe ör-

---

[103] Bu düzeltme için bkz. AARNIO Aulis, "Taking Rules Seriously", **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy Supplement**, Vol. 42, 1990 pp. 180-192, s. 187; **AARNIO**, 1997, s. 63-64; AARNIO Aulis, **Essays on the Doctrinal Study of Law**, Springer, Dordrecht, 2011, s. 123-124.

[104] **ALEXY**, 2000, s. 300.

[105] **ALEXY**, 2000, s. 300.

[106] **ALEXY**, 2000, s. 301. Alexy, bu savunusunda Peczenik'e dayanmaktadır. Bkz. **PECZENIK**, s. 63-64.

[107] POSCHER Ralf, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 22, No. 4, 2009, pp. 425-454, s. 436-437; POSCHER Ralf, "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 233; **POSCHER**, 2015, s. 134; POSCHER Ralf, "Resuscitation of a Phantom?: On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 33, No. 2, 2020, pp.134-149, s. 141.

[108] **POSCHER**, 2009, s. 437; **POSCHER**, 2012, s. 233-234; **POSCHER**, 2015, s. 134; **POSCHER**, 2020, s. 141.

nektir. Ancak muhtaç insanlara yardımın optimize edilmesi gerekliliği ile muhtaç insanlara yardımın gerekliliğini optimize etme gerekliliği arasında önemli bir fark vardır. Muhtaç insanlara yardım, barınak sağlanması, çadır verilmesi, kıyafet veya yemek dağıtılması ile optimize edilebilir. Ancak muhtaç insanlara yardım gerekliliği, sözgelimi, muhtaç insanlara yardım etmeyi ihmal eden kişilere verilecek ceza ile optimize edilebilir. Bu bakımdan, Alexy'nin ilke-normu, optimize edilecek bir gereklilik olarak yeniden oluşturması, kendi kuramıyla tutarlı veya anlamlı bir sonuca ulaşmamaktadır.[109]

Alexy'nin bu yeni formülasyonunda, optimizasyon emrini içeren bir meta-kuralın bir hukuk sisteminde var olabilmesi sorunundan ayrı olarak[110], ilkenin normatif olarak kuraldan ayrılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bu formülasyonda, ilke, bir meta-kural sayesinde optimize edilebilmektedir. Bu husus da ilkeyi, bir optimizasyon nesnesi olarak hukuk sistemindeki diğer normlardan ayırmaz. Bu suretle, Alexy'nin yeni ilke formülasyonundaki temel unsur bir nesne haline gelen ilke değil, optimizasyonu sağlayan meta-kuraldır. İlke herhangi bir belirli hukuk norm tipi oluşturmaz, ilkeler yalnızca optimizasyonu sağlayan bir meta-kuralın etkisini yansıtırlar.[111] Zira bir şeyin ilke olabilmesi için bu şeyin optimizasyon emrini içeren bir meta-kuralın nesnesi olması zorunludur.[112] Nihayetinde, ilke-normun, bir normun nesnesi haline gelmesi, ilkenin normatif niteliğini ortadan kaldırır.

Alexy'nin yaşatmaya çalıştığı ilke teorisi çerçevesinde, ilke ayrı bir norm tipi olarak kabul edildiği takdirde, bu sefer, kuralın niteliği hakkında da yeni belirlemeler yapılmalıdır. Alexy'nin yeni ilke yapısında, ilkenin kuraldan ayrılabilmesi için kuralların, optimize etmeyen meta-kuralların nesnesi olduğunun kabulü gerekecektir. Bu durumda ise aslında iki norm tipi oluşmaktadır: bir yanda bir optimize gerekliliği olan meta-kural, diğer yanda optimize gerekliliği olmayan meta-kural.[113] Dolayısıyla Alexy'nin yeni formülasyonunda ayrı bir norm tipi oluşmamaktadır.

---

[109] **POSCHER**, 2015, s. 137-138; **POSCHER**, 2020, s. 140-141.

[110] Bunun için bkz. MARTINEZ-ZORILLA David, "Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Springer, Cham, 2018, s. 175-176.

[111] RAMIÃO Rúben, "Some Fundamental Problems Concerning Alexy's Notion of Legal Principles", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Cham, 2018, s. 166; **MARTINEZ-ZORILLA**, s. 175.

[112] **MARTINEZ-ZORILLA**, s. 175.

[113] **RAMIÃO**, s. 166; **MARTINEZ-ZORILLA**, s. 175.

Alexy'nin öğrencilerinden Sieckmann da Alexy'nin ilke teorisini kurtarma çabalarında başarısız olduğunu kabul etmiştir. Sieckmann'a göre, optimizasyon gerekliliğinin nesnesini oluşturan normlar, herhangi bir belirli mantıksal yapıdan yoksun olduklarından, bu normlar, mantıksal olarak ayrı bir norm türü oluşturamaz. Bu bağlamda, ilke teorisinin merkezinde yer alan katı ilke-kural ayrımının terk edilmesi gerekir. İlkeler, optimizasyon gerekliliği olarak tanımlanamayacağı gibi optimizasyon gerekliliğinin nesnesi olan bir norm olarak da tanımlanamaz. İlkeler, normatif argümanlardır ve özerk bir normatif yapıya sahip değildirler.[114]

Nitekim Alexy'nin kendisi dahi kural ile ilkeyi ayırmayı başaramamıştır. Alexy bir yandan her normun ya bir kural ya da bir ilke olduğunu beyan etmekte[115], diğer yandan ise anayasal hak normlarının hem kural hem de ilke karakteri gösterdiğini kabul etmektedir.[116] Dolayısıyla daha başından itibaren Alexy'nin ilke teorisi, ilkeyi kuraldan başarılı bir şekilde ayırt edememiştir.[117]

Bunların yanı sıra, Alexy'nin kullandığı optimizasyon modeli de eleştirilmiştir. Buna göre, sosyal sorunların yer aldığı ekonomi, bilim, teknoloji ve din gibi sosyal alanlara bağlı olarak birçok bakış açısının bulunduğu karmaşık bir toplumda yaşadığımız gerçeğini ve bu bakış açılarının çoğulluğunu bir hukuk sisteminin kendi kriterlerine göre yansıttığı gerçeğini göz ardı ettiği için optimizasyon modeli zayıf bir model ortaya koyar. Bu bağlamda, bir perspektifte optimize olabilen şey, başka bir perspektifte optimize olmayabilir.[118] Optimizasyon modeli, çatışan ilkeler arasında optimum ilkeye ulaşabilen karşı-olgusal (*counterfactual*) bir özne varsayar. Ancak anayasal hakların birbirleri veya sınırlandırma ölçütleri/kamu yararı arasındaki çatışma, aslında bu sosyal alanlara dayanır. Neves'e göre, optimizasyon aracı olan dengeleme, karmaşık sosyal ve yasal süreçlerin bulunduğu bir toplum-

---

[114] SIECKMANN Jan-R., "Alexy's Theory of Principles: The Ideal/Real Dualism", in OLIVEIRA Júlio Aguiar de et al. (ed.), **Alexy's Theory of Law**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2015, s. 150-151; SIECKMANN Jan-R., "The Theory of Principles: A Framework for Autonomous Reasoning", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010, s. 50-51. Ayrıca bkz. SIECKMANN Jan-R., **The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning**, Hart Publishing, Oxford, 2012, s. 45 vd.

[115] **ALEXY**, 2010a, s. 48.

[116] **ALEXY**, 2010a, s. 69-86.

[117] **POSCHER**, 2009, s. 440; **POSCHER**, 2012, s. 237-238. Benzer yönde bkz. PIRKER Benedikt, **Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study**, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2013, s. 48 vd.

[118] **NEVES**, s. 67-68.

da gerçekleşir. Bu sebeple, bu toplumsal karmaşık yapı karşısında, dengelemeyi yapacak olan ideal öznenin rasyonel tercihine dayanan optimizasyon modelinden optimum sonuç elde edilemez.[119]

2. Dereceli Uygulanma İtirazı

Alexy'nin ilke tanımının yanı sıra Çatışan İlkeler Kanunu ve Dengeleme Kanunu da eleştiriye uğrar. Alexy'ye göre, ilke, çatışan diğer ilkelere göre belirli derecelerde yerine getirilen optimizasyon gerekliliğidir. Ancak Alexy'nin hem Çatışan İlkeler Kanunu'ndaki hem de Dengeleme Kanunu'ndaki anlatımı, ilkelerin dereceli olarak yerine getirilmesi hususunu dışlamaktadır. Çatışan İlkeler Kanunu'na bakıldığında[120], bir ilke, belirli koşullar çerçevesinde diğer ilkeye üstün gelmekte ve diğer ilkeden etkilenmeden kendi sonucunu doğurmaktadır. Kamusal bir figürün evindeyken kişinin rızası olmadan fotoğraflarının çekilmesinde, kişiliğini özgürce geliştirme hakkının ifade özgürlüğü hakkına üstün gelmesi, aslında doğrudan kişiliğini özgürce geliştirme hak normunun hukuki bir sonucu olan yasaklama sonucunu doğurmaktadır. Burada, yasaklama sonucu, çatışan ilke olan ifade özgürlüğü hakkından herhangi bir şekilde etkilenmemektedir. Aynı şekilde, kamusal bir figürün kamuya açık bir yardım etkinliğindeyken fotoğrafının çekilmesinde ise ifade özgürlüğü hak normu, çatışan ilke olan kişiliğini özgürce geliştirme hakkından herhangi bir şekilde etkilenmeden sonucunu doğurmaktadır. Bu husus, Dengeleme Kuralı bakımından da sorunludur. Dengeleme Kuralı, basitçe bir ilkenin yerine getirilmeme derecesi ile çatışan diğer kuralın yerine getirilmesinin önemi arasında bir orantıyı gerektirmektedir. Alexy'nin *Titanik* kararı[121] örneğine bakmak gerekirse, belden aşağısı felçli olan bir yedek subaya, "doğuştan katil" demek ifade özgürlüğü normunun sonucu olan izin verme sonucunu doğururken, "özürlü/(*Krüppel*/*cripple*)"[122] demek, kişiliğini özgürce geliştirme hakkının sonucu olan yasaklamayı doğurmaktadır. Alexy'nin iddia ettiğinin aksine, genel olarak anayasal haklar dereceli bir şekilde sonuç doğurmamakta, bir hak normunun sonucu, çatışan diğer haktan dolayı etkilenmemektedir.[123]

---

[119] **NEVES**, s. 68.

[120] Bkz. **II 2 B**.

[121] Bkz. *BVerfGE 86, 1* - TITANIC/'geb. Mörder'.

[122] '*Krüppel*/*Cripple*' tabiri tam olarak 'özürlü' tabiri ile karşılanmasa da her iki tabirin de hakaretamiz içeriğindeki benzerlik dolayısıyla özürlü tabiri tercih edilmiştir.

[123] **MARTINEZ-ZORILLA**, s. 174.

Alexy'nin ilkelere atfettiği bu dereceli şekilde uygulanmanın sebebi ilkelerin yapısından değil ve fakat ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan 'gereklilik' ilkesinden kaynaklanmaktadır. Zira gereklilik ilkesi, bir hakka müdahale edilirken, elde edilmek istenen amaca aynı veya daha fazla katkıyı sunan ve müdahale edilen hakka daha az sınırlama getiren müdahale biçiminin tercih edilmesini gerektirir. Bu sebeple, gereklilik ilkesinin olaya uygulandığı bir durumda, sınırlanan hakkın sonucu tamamen engellenmez. Sözgelimi içinde çıplaklık barındıran bir derginin ahlakın korunması amacıyla tamamen sansürlenmesi ve toplatılması yerine, derginin üzerine "+18" işaretinin konulması[124], çatışan anayasal hak normu ile sınırlandırma normunu optimize edecektir.

Sonuç olarak, anayasal hakların dereceli bir şekilde uygulanması genel olarak söz konusu olmadığı gibi anayasal haklar dereceli bir şekilde uygulandığında bu hakların ilkesel karakterinden değil ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik ilkesinden kaynaklanmaktadır.

3. Ağırlık Formülünün Sübjektifliği

Alexy'nin Ağırlık Formülü'nün objektifliğini de tartışmaya açmak gerekir. Alexy'nin ağırlık formülünün sübjektifliğini gösteren en önemli husus, Alexy'nin iddiasının aksine, ordinal derecelendirmeyi/sıra sayısı derecelendirmesini değil aslında kardinal derecelendirmeyi/nicelik sayı derecelendirmesini kullanmasıdır.

Alexy'nin üçlü ölçeği, Ağırlık Formülü'ndeki her bir sembole, "hafif", "orta" ve "ciddi" ya da "kesin ya da güvenilir", "inandırıcı ya da iddia edilebilir" ve "bariz yanlış" ölçeklerine göre 1-2-4 ya da 1-$^{1}/_{2}$-$^{1}/_{4}$ değerlerini vermektedir. Alexy, yaptığı bu değerlemeyi ise ordinal derecelendirme/sıra sayısı derecelendirmesi olarak kabul etmektedir.[125] Ordinal derecelendirmede, derecelendirilen şeylerin karşılaştırılabilmesi, onlara verilen yukarıdaki değerlere/numaralara ihtiyaç duymaz. Burada önemli olan karşılaştırılan değişkenlerin karşılaştırılabilir bir büyüklük veya küçüklük ilişkisi içerisinde olmasıdır. Yukarıda gösterilen *Kenevir* kararını[126] burada yeniden ele alabiliriz. Hatırlanacağı üzere, kenevir maddelerinin yola açtığı zararların önemli (ciddi/s) olduğu, yasayla alınan önlemin ampirik varsayımların güvenilirliği

---

[124] Vaka için bkz. *Kaos GL v. Turkey*, App. No. 4982/07, Judgment of 22 November 2016.

[125] **ALEXY**, 2010a, s. 97-99, 408. Ayrıca bkz. BOROWSKI Martin, "On Apples and Oranges: Comment on Niels Petersen", **German Law Journal**, Vol. 14, Issue 8: Special Issue - Constitutional Reasoning, 2013, pp. 1409-1418, s. 1413-1415.

[126] Bkz. *BVerfGE 90, 145* - Cannabis.

noktasında, bir belirsizliğin (iddia edilebilir/*p*) söz konusu olduğunu, genel özgürlük hakkının yerine getirilmeme derecesinin orta düzeyde (*m*) olduğu ve kenevir ürünlerinin yasaklanması durumunda, genel özgürlük hakkına yapılan müdahalenin kesin (*r*) olduğu kabul edilmişti. Nitekim burada elde edilen sonuç ise aşağıdaki gibi olmuştu:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot R_i}{I_j \cdot R_j} = W_{i,j} = \frac{m \cdot r}{s \cdot p} = W_{i,j} = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 1$$

Ordinal derecelendirme, herhangi bir belirlenmiş bir numaraya ihtiyaç duymayacağından, burada aynı büyüklük ilişkilerini koruyan ($s > m$ ve $r > p$) ve fakat farklı değerlerde olan bir derecelendirme yapıldığında da aynı sonucun oluşması gerekmektedir. Ancak Alexy'nin formülü ordinal derecelendirmeye elverişli değildir. Sözgelimi, *m*'nin değerini $3/2$ olarak, *s*'nin değerini 2 olarak, *r*'nn değerini 2 ve *p*'nin değerini 1 olarak kabul ettiğimizde, sonuç 1'in üstünde olacaktır:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot R_i}{I_j \cdot R_j} = W_{i,j} = \frac{m \cdot r}{s \cdot p} = W_{i,j} = \frac{\frac{3}{2} \cdot 2}{2 \cdot 1} = \frac{3}{2}$$

Bu durumda ise hakka yapılan müdahalenin hakkı ihlal ettiği kabul edilmiş olacaktr. Alexy, belirlediği üçlü derecelendirme ve ağırlık formülü ile değişkenlere kendi sübjektif değerlerini vermekte ve bu sübjektif değerler ile bir tartıma gitmektedir. Kardinal derecelendirme yapılmasının getirdiği en büyük tehlike, Ağırlık Formülü'nün tamamen sübjektif bir nitelik arz etmesidir. Bir hakka yapılan müdahalenin, çatışan diğer hakkın/ilkenin yerine getirilmesindeki öneminden daha ağır olduğu tespitini yapabiliriz. Ancak bir hakka yapılan müdahaleye, çatışan diğer ilkenin önemine, ampirik verilerin güvenilirliğine ve hakların/ilkelerin soyut değerlerine tavanı ve tabanı aynı olan bir derecelendirmede, yalnızca Alexy'nin belirlediği değerler verilebilmesi, Ağırlık Formülünü tamamen Alexy'nin sübjektif çıkarımlarına dönüştürür. Bir başka sorun teşkil eden husus, bir hakka yapılan müdahalenin ihlal teşkil edip etmediği sonucuna, hakka yapılan müdahalenin yoğunluğu ile ampirik verilerin güvenilirliğinin veya çatışan hakların/ilkelerin soyut değerlerinin aynı etkiyi yapabilmesidir. Hâlbuki ölçülülük ilişkisinde hakka yapılan müdahalenin yoğunluğu ile müdahalenin ampirik dayanaklarının güvenilirliğini eşit olarak kabul edebilmek mümkün değildir. Bu eşitlik çıkarımı, yalnızca Alexy'nin varsayımına dayanmaktadır.[127]

---

[127] **ŠUŠNJAR**, s. 206 vd.; **MARTINEZ-ZORILLA**, s. 188; PETERSEN Niels, "How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value

IV. ANAYASAL HAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASI

Anayasal hakların nasıl sınırlandırıldığını göstermek için bir yandan kurallardan oluşan anayasal haklar ve sınırlandırma normları, klozları ve ölçütleri arasındaki ilişki (1) diğer yandan bu ilişkinin belirli bir vaka çerçevesinde uygulanması (2) gösterilecektir.

1. Anayasal Haklar ve Sınırlandırma Arasındaki İlişki

Alexy gerçekten anayasal hakların, anayasa yargısında nasıl bir karakter gösterdiğini başarılı bir şekilde belirlemiştir. Ancak anayasal hakların nasıl sınırlandırdığını göstermek için kuraldan ayrı bir norm tipi icat etmemize gerek yoktur. İki kuralın çatışması, her iki kuralın geçerliliğini de etkilemeden çözülebilir. Bunun için Ralf Poscher'in kural çatışma senaryosunu burada özetlemek yerinde olacaktır:[128]

Bir tarafta bir normun, devletin uluslararası menfaatlerini koruyan önlemler alabileceğini ifade ettiğini, diğer tarafta ise kişilere verilen ifade özgürlüğü normunu düşünelim.

N1: Eğer bir eylem, devletin uluslararası menfaatlerini tehlikeye atıyorsa, bu eylem yasaklanır.

N2: Eğer bir eylem, basına hizmet ediyorsa, devlet bu eylemin yasaklanmasından kaçınmalıdır.

Her iki normun da uygulanacağı koşullar meydana geldiğinde, hukuk sisteminin söz konusu normlara istisna oluşturabilecek bir çatışma kuralını üretmesi gerekir. Sözgelimi bu çatışma kuralı, *lex posterior* ilkesi (*Ka*) olabilir. *N1* normunun, askeri diktatörlük zamanından yasalaşan bir norm olduğunu ve *N2* normunun ise diktatörlükten demokrasiye geçiş sürecinde yasalaşan bir norm olduğunu düşünelim. Bu durum, *N1*'in yeni devlet düzenine tamamen zıt olmaması ve böylece geçersiz kabul edilmemesi kaydıyla, *N1* normuna bir istisna klozu eklendiği yorumuna sebep olur:[129]

Conflicts in Constitutional Law", **German Law Journal**, Vol. 14, Issue 8: Special Issue - Constitutional Reasoning, 2013, pp. 1387-1408, s. 1388-1390; PETERSEN Niels, **Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 45-47.

[128] **POSCHER**, 2009, s. 433 vd.; **POSCHER**, 2012, s. 230 vd.; **POSCHER**, 2015, s. 141-143.

[129] **POSCHER**, 2009, s. 434; **POSCHER**, 2012, s. 231; **POSCHER**, 2015, s. 141-142.

N1a: Eğer bir eylem, devletin uluslararası menfaatlerini tehlikeye atıyorsa ve basına hizmet etmiyorsa, bu eylem yasaklanır.

N2a: Eğer bir eylem, basına hizmet ediyorsa, devlet bu eylemin yasaklanmasından kaçınmalıdır.

Çatışma unsurunun eklenmesi ile çatışan normların normatif yapılarında bir değişiklik olmadığı görülmektedir. Aynı şekilde, çatışma kuralı ağırlık unsurunu çatışan normlara dâhil ettiğinde de değişen bir şey olmaz. Sözgelimi amaçsal yorum ile *N1'*in yalnızca önemli uluslararası menfaatler için geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu çatışma kuralına (*Kb*) göre, aşağıdaki normları elde ederiz:[130]

N1b: Eğer bir eylem, bir devletin önemli uluslararası menfaatlerini tehlikeye atıyorsa, bu eylem yasaklanır.

N2b: Eğer bir eylem, basına hizmet ediyorsa ve devletin önemli menfaatlerini tehlikeye atmıyorsa, devlet bu eylemin yasaklanmasından kaçınmalıdır.

Alexy'nin optimizasyon gereklilikleri gibi *N1b* ve *N2b* normları dengelemeyi gerektirir. Ancak optimizasyon gerekliliklerinden farklı olarak burada dengeleme diğer bir menfaate bağlı değildir. Burada yapılan dengeleme, uluslararası menfaatin önemine ilişkindir. Yukarıdaki normlarda olduğu gibi bu normların da normatif yapılarında bir değişiklik olmamıştır.[131]

Poscher, buradan da bir adım daha atarak son yapıyı kurar. Buna göre, *Kc* çatışma kuralı, uluslararası menfaatin önemli olmasına değil ve fakat etkilenen bu uluslararası menfaatin basın özgürlüğüne göre daha ağır basıp basmadığına dayanıyorsa, tehlikeye atılan uluslararası menfaatin göreli önemi ile basın özgürlüğünün dengelenmesini zorunlu kılan iki norm oluşturulmuş olur. Poscher'e göre, bu normlar, Alexy'nin tanımladığı şekliyle optimizasyon gerekliliği olarak tanımlanabilir:[132]

N1c: Eğer bir eylem, bu eylemin katkıda bulunduğu menfaatlere göre ağır basan devletin uluslararası menfaatlerini tehlikeye atıyorsa, bu eylem yasaklanır.

---

[130] **POSCHER**, 2009, s. 434; **POSCHER**, 2012, s. 231; **POSCHER**, 2015, s. 142.

[131] **POSCHER**, 2009, s. 434; **POSCHER**, 2012, s. 231; **POSCHER**, 2015, s. 142.

[132] **POSCHER**, 2009, s. 435; **POSCHER**, 2012, s. 231; **POSCHER**, 2015, s. 142-143.

N2c: Eğer bir eylem basına hizmet ediyorsa ve bu eylem, basın özgürlüğüne yaptığı pozitif katkıya göre daha ağır basacak şekilde devletin uluslararası menfaatlerini tehlikeye atmıyorsa, devlet bu eylemin yasaklanmasından kaçınmalıdır.

Burada "önemli"den "ağır basma"ya yönelen semantik değişim dahi diğer çatışma kurallarında olduğu gibi çatışan normların normatif yapısını bozmaz. *Kc* çatışma kuralı, optimizasyon gerekliliği biçiminde bir göreli dengeleme gerektirse de normların nesneleri hiçbir zaman normatif bir nitelik arz etmez.[133]

Alexy, Poscher'in bu savına itiraz eder. Ona göre, "önemli"den "ağır basma"ya yönelen semantik değişim küçük bir değişim değil büyük bir değişimdir. İlkinde normlar altlama ile uygulanabiliyorken, ikincisinde dengeleme ile uygulanabilmektedir. Alexy, kuraldan normatif olarak farklı olan ilkelere başvurmadan sınırlandırma klozunun niteliğinin anlaşılamayacağını ileri sürer.[134]

Ancak Alexy'nin bu cevabı yerinde değildir. Öncelikle Poscher'in önerdiği sistematikte norm metninin, koşul tümcesi - *protasis* - ve sonuç tümcesinden - *apodosis* - oluştuğu görülmektedir. Burada koşul tümcesine ağırlık veya dengeleme unsurunun katılması, formel olarak kuralın normatif yapısını etkilememektedir. Maddi kriter olarak bakıldığında ise yalnızca Alexy ve onun takipçileri, dengelemenin ilke-normlara özgü bir uygulama biçimi olduğu yönünde itirazda bulunmaktadır. Ancak bu yalnızca Alexy'nin oluşturduğu teori içerisinde kabul görebilecek bir itirazdır. Dolayısıyla Alexy, burada kendi oluşturduğu dogmaya dayanamaz.[135] Bunların yanı sıra, anayasal hak normları, klasik çatışma kurallarının (*Lex superior derogat legi inferiori, Lex posterior derogat legi priori, Lex specialis derogat legi generali*) uygulanması bakımından, anayasanın altındaki normlardan farklılık arz eder.[136] Öncelikle, anayasal hak normları kendi aralarında veya sınırlandırma normları ile soyut bir şekilde çatışmaz. Bu çatışma, somut düzlemde gerçek-

---

[133] **POSCHER**, 2009, s. 435; **POSCHER**, 2012, s. 231-232; **POSCHER**, 2015, s. 143.

[134] ALEXY Robert, "Comments and Responses", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 242-244; ALEXY Robert, "The Claim Correctness, Rights, and the Ideal Dimension of Law: A Short Reply", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 33, No. 3, 2020, pp. 283-290, s. 286-287.

[135] Benzer yönde bir eleştiri için bkz. ÇAP Güneş, "Robert Alexy'nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış", **Anayasa Yargısı**, Cilt 38, Sayı 2, 2021, pp. 221-245, s. 238.

[136] Krş. WINKLER Markus, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen: Zur Dogmatik der "verfassungsimmanenten" Grundrechtsschranken**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, s. 244 vd.; **RAMIÃO**, s. 162-163.

leşir. Aslında çatışan, anayasal hakkın kapsamında yer alan somut menfaat ile sözgelimi kamu yararının vaka çerçevesinde oluşan somut menfaatidir.

Her ne kadar anayasal normlar arasında bir anayasal değerler düzeni belirlense bile[137], anayasal haklar arasındaki bir çatışmada üst normun alt normu ilga etmesi (*Lex superior derogat legi inferiori*) söz konusu değildir. Bu husus, ancak anayasa hukukunda benimsenen temel yapı doktrini ile ortaya çıkar. Temel yapı doktrini, anayasa değişikliklerinin, anayasaya uygunluğunun veya değişikliği yasaklanan maddelerin etkilenip etkilenmediğinin ya da anayasanın temel yapısına uygunluğunun, anayasa mahkemeleri tarafından denetlenebilmesini ifade eder.[138] Buna göre anayasada daha üst bir düzeyde yer alan temel yapıya aykırı anayasa değişiklikleri geçerli değildir. Ancak bir anayasada oluşan temel yapı, oldukça sınırlı bir şekilde belirlenir. Mutlak anayasal hakların nadirliği karşısında, böyle bir sıralama genel olarak anayasal hakların çatışmasında oldukça sınırlı bir etki doğurur. Diğer taraftan,

---

[137] Anayasal değerler düzeni için bkz. *BVerfGE 2, 1* (14) - SRP-Verbot; *BVerfGE 7, 198* (203-207) - Lüth. Ayrıca genel olarak bkz. DETJEN Joachim, **Die Wertordnung des Grundgesetzes**, VS Verlag, Wiesbaden, 2009, s. 17 vd.

[138] SCHMITT Carl, **Verfassungslehre**, 11. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, s. 20 vd.; SCHMITT Carl, **Constitutional Theory**, (Çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press, Durham, 2008, s. 75 vd.; BEWER-CARÍAS Allan R., "Constitutional Courts' Interference with the Constituent Power", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 47-49. Ayrıca bkz. MORELLI Sandra, "Colombia", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 383-387; DEVA Surya, "India", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 593. Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin "temel yapı" doktrinine ilişkin kararları için bkz. *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr*, (1973) 4 SCC 225; AIR 1973 SC 1461; *Waman Rao and Others vs Union of India and Others*, (1981) 2 SCC 362, 1981 2 SCR 1; *S.P. Sampath Kumar Etc. vs Union of India & Ors.*, (1987) AIR 386, 1987 SCR (1) 435; *L. Chandra Kumar vs Union of India and Others*, (1997) AIR 1997 SC 1125. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, daha ilk dönem kararlarından beri anayasa normları arasındaki hiyerarşiyi kabul etmiş ve bunu Alman Anayasası Madde 79/3 çerçevesinde yapmıştır (Alman Anayasası Madde 79/3, anayasanın değiştirilemez maddelerini ihtiva eder). Bkz. *BVerfGE 7, 198* (205) - Lüth. Bununla ilgili olarak son dönemde verdiği kararlarından biri olan, Lizbon Anlaşmasının onaylanması ve Federal Meclis ile Eyaletler Meclisi'nin Avrupa Birliği konusunda yetkilerinin artırılmasına yönelik olan kanuna ilişkin olan "*Lizbon*" kararında, Mahkeme, Anayasa Madde 79/3'te belirlenen anayasa değişikliği ile değiştirilemeyecek olan normları, "anayasal kimlik" terimi ile karşılamış ve bunun yalnızca Anayasa Madde 79'un değil aynı zamanda halkın kurucu iktidarına yönelik bir ihlal teşkil ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, kurulu iktidarı, kurucu iktidarın temel kararlarıyla sınırlamıştır. Bkz. *BVerfGE 123, 267* (344) - Lissabon. Mahkeme'nin kullandığı anayasal kimlik ifadesi, anayasa metnindeki normlar arasındaki hiyerarşi konusundaki içtihadı, Schmitt'in bu konudaki teorisine daha fazla yaklaştırmıştır.

anayasal hakların da belirli ölçüde temel yapıya bir dayanak olması[139], üst normun alt normu ilga etmesi kuralının anayasal hakların sınırlandırılmasında uygulama imkânı bulamayacağını ortaya koyar.

Aynı şekilde, anayasal hak normlarında önceki normun sonraki normu (*Lex posterior derogat legi priori*) veya özel normun genel normu (*Lex specialis derogat legi generali*) ilga etmesi de mümkün değildir. Anayasal hak normları, anayasa altı normlara göre oldukça soyut ve yüksek bir değer ve düzeyde bulunmaktadır. Anayasal hak normları, bu yüzden içlerinde farklı düzeylerde somut değerleri/menfaatleri barındırır. Genel bir anayasal hak normu (ifade özgürlüğü hakkı) tarafından korunan somut bir menfaat, özel bir anayasal hak normu tarafından korunan bir somut menfaatten daha yüksek değerde bulunabilir. Genel olarak anayasanın bütünlüğü ilkesi, anayasal normların herhangi bir çatışmada tamamen klasik çatışma kurallarını uygulayarak, *a priori* bir şekilde ilga edilmesini engeller.[140] Bütün anayasal normlar, diğer anayasal normlarla çatışmayacak bir şekilde yorumlanmaya çalışılmalıdır. Bu bağlamda, normlar izole bir şekilde değil, bütüncül bir şekilde ele alınmalıdır. Bir anayasal norm, bütünlüklü bir yapıyı temsil eden anayasanın diğer hükümleri anlamsal bir bütünlük oluşturur.[141] Bu bütünlük, çatışma yaşanmayan veya önceden oluşturulmuş bir uyum içinde olan anayasal normlar bütününü ifade etmez. Burada bütünlük, anayasal normlar arasındaki çatışmanın, anayasanın bütünlüğü çerçevesinde çözülmesi ve çatışan ana-

---

[139] Nitekim Schmitt, anayasal hakların, bu temel yapının içinde bulunduğunu belirtir. Bkz. **SCHMITT**, 2017, s. 27; **SCHMITT**, 2008, s. 81.

[140] *BVerfGE 28, 243* (261) - Dienstpflichtverweigerung. Bu aslında Hesse'nin pratik uyuşum ilkesi ile bağdaştırılabilir. Pratik uyuşum gerekliliği dolayısıyla çatışan anayasal hakların veya değerlerin birbirlerini ilga etmesi kabul edilemez. Bkz. HESSE Konrad, **Grundzüge des Verfassungrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 15. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1985, s. 27, 127 vd. Bununla birlikte, buradan Alexy'nin optimizasyon gerekliliğini ifade eden ilke-normun kabulüne ilişkin bir sonuç çıkarılmaması gerekir. Burada anayasal normların soyut düzlemde yapısını değiştirmekten bahsedilmemekte ve fakat somut olarak çatışan menfaatlere ve değerlere ilişkin bir çözüm yolu benimsenmektedir. Böylece yeni norm tipine ihtiyaç olmadan, anayasal hak normları, kural yapısını ve formunu korumaktadır.

[141] **HESSE**, s. 26-27; ZIPPELIUS Reinhold/WÜRTENBERGER Thomas, **Deutsches Staatsrecht: Ein Studienbuch**, 31. Auflage, C. H. Beck, München, 2005, s. 56-57; BATTIS Ulrich/GUSY Christoph, **Einführung in das Staatsrecht**, 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2018, s. 20; SACHS Michael, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994, s. 560-561; STERN Klaus, "Die Grundrechtskollisionen", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994, s. 664-665; METİN Yüksel, **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın, Ankara, 2008, s. 75-76; *BVerfGE 1, 14* (32) - Südweststaat; *BVerfGE 39, 334* (368-369) - Extremistenbeschluß; *BVerfGE 30, 1* (19-24) - Abhörurteil.

yasal normların birbirleriyle uyuşturulmasını ifade eder.[142] Dolayısıyla anayasal hakların birbirileriyle veya diğer anayasal değerler ile çatışmaları, ölçülülük ilkesi bağlacıyla birbirlerine bağlıdır. diğer bir deyişle, belirli bir vaka çerçevesinde somutlaşan, anayasal hakların korudukları anayasal değerler veya menfaatler dengelemeye girerek bu çatışma bir çözüme kavuşturulur. Bunlardan ayrı olarak, dengelemenin uzun süreden beri gerek özel hukukta[143] gerekse anayasa hukukunda norm çatışmalarının çözümünde kullanılan bir metodoloji ve çatışma kuralı haline geldiği kabul edilmektedir.[144]

Sistematik bir inceleme yapıldığında görülecektir ki anayasal hak normları, tamamlanmamış normlardır. Raz'ın bütüncül normuna benzer şekilde[145], bir anayasal hak normu, diğer bir anayasal hak normuyla ve türev anayasal hak normlarıyla yani yüksek mahkeme kararlarıyla tamamlanır. Bu bakımdan, yalnızca tekil bir anayasal hak normunu dikkate almak, ilgili anayasal hakkın içinde yer aldığı anayasal haklar bütününü veyahut Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin ifadesiyle objektif değerler düzenini[146] görmezden gelmektir. Bu itibarla, Poscher'in norm senaryosunu, anayasal hak normlarına uygulayabiliriz. Öncelikle çatışan iki anayasal hak bakımından inceleme yapalım:

N3: Her kişi, düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

N4: Her kişi, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

---

[142] STERN Klaus, "Die Auslegung der Grundrechte", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994, s. 1743; EHMKE Horst, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", in **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 20, Walter de Gruyter, Berlin, 1963, s. 77.

[143] Özel hukuktaki ölçülülük ilkesinin etkisi için bkz. MEDICUS Dieter, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", **Archiv für die civilistische Praxis**, Vol. 192, No. 1/2, 1992, pp. 35-70, s. 37 vd. Ayrıca bkz. *BGHZ 13, 334* (338) - Veröffentlichung von Briefen; *BAG, NJW, 1971, 1668*, 1669 vd. - Arbeitskampfmaßnahmen.

[144] LARENZ Karl/CANARIS Claus-Wilhelm, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Springer, Heidelberg, 1995, s. 223 vd.; STERN Klaus, "Übermaβverbot und Abwägungsgebot," in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994, s. 815-816. Burada ayrıca normların çatışmasında, geçerlilik değil uygulanabilirlik sorununun söz konusu olduğunu ileri süren eleştiriler de vardır. Bu bağlamda genel olarak bkz. **GÜNTHER**, s. 5-7, 212 vd. Neves ise Günther'in ilke-kural ayrımı çerçevesinde ileri sürdüğü bu savı eleştirir. Buna göre, somutlaştırma süreci, normların hermenötik yapılanmasını ifade eder. Bu bakımdan, uygulama, halihazırda norm inşa faaliyetini varsayar. Bkz. **NEVES**, s. 69-70.

[145] **RAZ**, 1972, s. 825 vd.

[146] Bkz. *BVerfGE 7, 198* - Lüth.

Her iki normun da aynı vakaya uygulandığı bir senaryoda, çatışan haklardan birisi, mutlak hak değilse, bu çatışmanın bir çatışma kuralı ile çözülmesi gerekmektedir. Bu çözüm, artık küresel bir seviyede, gerek anayasada yazılı olarak gerekse vaka hukukuyla anayasal bir statü elde eden, birçok devlet ve hukuk sistemi tarafından uygulanan ve dolayısıyla kabul edilen ölçülülük ilkesi (*Kd*) ile çözümlenmektedir. Bu itibarla, aynı vakaya uygulanan ifade özgürlüğü ve kişiliğini özgürce geliştirme hak normları, aşağıdaki şekilleri alır:

N3d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan*, [veya kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile ölçülü bir ilişki içinde olan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

N4d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *başkasının düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] ağır basan*, [veya düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkı ile ölçülü bir ilişki içerisinde olan] kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Alexy'nin iddiasının aksine, aynı senaryoyu sınırlama ölçütleri ile de uygulayabiliriz. Ancak bu durumda, farklı iki norm yapısını göstermeye gerek kalmaz:

N5: Başkalarının haklarını ihlal etmedikçe veya anayasal düzene ya da ahlak kurallarına zarar vermedikçe, her kişi, kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Somut bir vakada, bir kişinin kamu düzenine belirli ölçülerde müdahalede bulunarak kişiliğini özgürce geliştirme hak normu kapsamındaki bir fiili gerçekleştirdiğinde, çatışan menfaatleri ölçülülük ilkesi uyarınca dengelemek gerekecektir:

N5d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *kamu düzenine verilen zarara ağır basan* [veya kamu düzeni ile ölçülü bir ilişki içerisinde bulunan] kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Bu kapsamda, ifade özgürlüğü hakkını da yeniden yapılandırabiliriz:

N6: Her kişi, düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir... Bu haklar, genel yasanın gereklilikleri, genç kişilerin korunmasını öngören hukuki hükümler ve kişi onuru hakkı tarafından sınırlandırılır.

Somut bir vakada, bir kişinin ifade özgürlüğünün bireye sağladığı menfaat ile genel yasanın gerekliliklerin sağladığı toplumsal menfaat arasında bir çatışma meydana geldiğinde, ifade özgürlüğü hak normu ölçülülük ilkesi uyarınca şu şekilde yeniden yapılandırılır:

N6d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri*,] *genel yasanın gerekliliklerine [veya bu gerekliliklerin sağladığı menfaatlere] ağır basan*, [veya genel yasa ile ölçülü bir ilişki içerisinde bulunan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

Böylece anayasal hak normu, ilke-norm gibi yeni bir norm tipi üretmeye gerek kalmadan[147], yalnızca kural yapısı içerisinde, yeniden yapılandırılmıştır. Norm yapısı içerisinde, *protasis*'in ağırlık unsuru içermesi bu yapıyı koşul tümcesi olmaktan çıkarmaz. Bir fiilin işkence kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir şiddet eşik koşulunun yani bir şiddet değerlendirmesinin aranması gibi anayasal hak normlarının sonucunun gerçekleşebilmesi için de bir ağırlık değerlendirmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, ilke-norma gerek kalmadan anayasal haklar, Alexy'nin öngördüğü şekilde *prima facie* karakterini korumaktadır. Sadece ölçülülük ilkesi uygulandıktan sonra üstün gelen anayasal hak normu, kendi hukuki sonucunu ve devlete yükümlülük yüklenmesini doğurur. Bu suretle, yüksek mahkemeler tarafından oluşturulan türev anayasal hak normlarını incelemek gerekmektedir.

2. Somut Vaka Çerçevesinde Sınırlandırmanın Görünüşü

Anayasa mahkemelerinin kararları da diğer yargı makamlarının kararları gibi bir norm oluşturur. Bu norm, hakkında karar verilen anayasal hak normundan türeyen bir türev anayasal hak normudur. Türev anayasal hak normları, türedikleri anayasal hak normlarının kapsamı içerisinde yer alırlar. Dolayısıyla aynı statüye sahiptirler. Bununla birlikte, anayasa mahkemelerinin kararlarına karşı daha duyarlıdırlar. Diğer bir deyişle büyük ölçüde anayasa mahkemelerinin kararları ile değiştirilebilir veya ilga edilebilirler.

Türev anayasal hak normlarını daha iyi bir şekilde göstermek için daha önce belirtilen[148] bir olayı yeniden inceleyebiliriz: Kamusal bir figürün veya-

---

[147] Benzer yönde bkz. SCHLINK Bernhard, "Grundrechte als Prinzipien?", **Osaka University Law Review**, Vol. 39, 1992, pp. 41-58, s. 45; SCHLINK Bernhard, "German Constitutional Culture in Transition", in ROSENFELD Michel (ed.), **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy**, Duke Universtiy Press, Durham, 1994, s. 203.

[148] Bkz. **II 2 B**.

hut bir ünlü kişinin fotoğrafı, evindeyken rızası olmadan, yayınlanmak üzere çekilmiştir. Bu durumda iki hak karşı karşıya gelecektir; ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın korunması hakkı/kişiliğini özgürce geliştirme hakkı. Bu durumda, bu çalışma kapsamında benimsenen[149] anayasal hakların yapılandırılması şöyledir:

N3d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan*, [veya kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile ölçülü bir ilişki içinde olan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

N4d: Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *başkasının düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] ağır basan*, [veya düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkı ile ölçülü bir ilişki içerisinde olan] kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahiptir.

Mahkemenin, söz konusu vakada, hangi menfaatin daha fazla ağır bastığını, ölçülülük ilkesi uyarınca tespit etmesi gerekmektedir. Bundan sonraki aşamalarda, ilke-normu kabul etmeden Alexy'nin çatışma kurallarını, vakaya uygulayabiliriz. Bu çerçevede, aslında çatışan ve dengelenen anayasal hak normları değil, bu anayasal hak normları tarafından korunan somut menfaatlerdir.[150] Alexy'nin kullandığı "ilke" (*Pn*) terimi yerine, "normatif argüman" (*NARG*)[151] terimini tercih edeceğiz. Normatif argüman, bir normun kesin bir şekilde geçerli olarak tanınması iddiasıdır.[152] Buna göre, sonucu fotoğrafın yayınlanmasına izin verilmesi olan (*Q1*) ifade özgürlüğü hak normuna ilişkin normatif argüman (*N3ARG*) ile sonucu fotoğrafın yayınlanmasının yasaklanması (*Q2*) olan özel yaşamın korunması hak normuna ilişkin normatif argümanı (*N4ARG*) arasında bir ölçülülük ilişkisi kurulacak

---

149 Bkz. **IV 1**.

150 Nitekim normlar herhangi bir ağırlığa sahip olmazlar. Bu bağlamda, dengelenenler de normlar değil ve fakat anayasal hak normları tarafından korunan somut menfaatlerdir. **WINKLER**, s. 31 vd.

151 Sieckmann, normatif argümanı kısaca "O VALDEFN" olarak ifade eder. Buna göre, 'O' sembolu gerekliliği ifade ederken, 'N' sembolü tekil normu ve VALDEF ise normun kesin olarak geçerliliğini ifade eder. Bu durumda, normatif argüman, N normunun kesin olarak geçerli olması gerekliliğini içerir. **SIECKMANN**, 2015, s. 154; **SIECKMANN**, 2010, s. 54-55; **SIECKMANN**, 2012, s. 46-47. Ancak biz, burada daha basitleştirmek adına, *NARG* ifadesini daha doğru buluyoruz.

152 **SIECKMANN**, 2015, s. 153-154; **SIECKMANN**, 2010, s. 53 vd.; **SIECKMANN**, 2012, s. 45 vd.

ve vakanın koşulları (*C1*) ve ilgili anayasal hak sisteminin temel esasları çerçevesinde, üstün gelen argüman, ilgili normun kesin olarak geçerliliğini sağlayacaktır. Ölçülülük ilkesinin elverişlilik ve gereklilik alt testlerini geçtiği kabul edilerek, her iki normatif argüman arasındaki dengelemeye bakılacaktır. Yüzeysel bir değerlendirmede, bu vakada, özel yaşamın korunması hakkına yapılan müdahalenin ağır, yerine getirilecek ifade özgürlüğü öneminin nispeten hafif olduğu gözlemlenmektedir. Bu durumda, (**P**) üstünlük ilişkisini belirtmek üzere, iki normatif argümanın dengelenmesinde aşağıdaki sonucu elde ederiz:

(1) (*N4ARG* **P** *N3ARG*) *C1*

Özel yaşamın korunması hak normuna ilişkin normatif argümanın *C1* koşulları içerisinde üstün gelmesi ile *N4* normu vakaya uygulanacak ve *N4* normunun hukuki sonucu olan yasaklama sonucu (*Q2*) gerçekleşecektir. Bu durumda *C1* gerçekleştiğinde, *Q2*'nin gerçekleşmesi gerektiğini belirten türev anayasal hak normu meydana gelecektir. Buna göre:

(2) Kamusal bir figürün (*F1*), evindeyken (*F2*), bir rızası olmadan (*F3*) ve yayınlanmak üzere fotoğrafının çekilmesi (*F4*) (*C1*), anayasal olarak yasaklanmıştır (*Q2*).

Diğer bir deyişle:

(3) *F1* ve *F2* ve *F3* ve *F4* → *Q2*

Dolayısıyla her iki anayasal hakkın çatışmasından, yukarıdaki kural elde edilmiştir. Bu bağlamda, "Kamusal bir figürün, evindeyken, rızası olmadan ve yayınlanmak üzere fotoğrafının çekilmesi, anayasal olarak yasaklanmıştır" türev normu, özel yaşamın korunması hak normuna eklenir. Mahkeme önüne gelen benzer vakalarda, eğer yeni vaka yukarıdaki türev normun koşullarını sağlıyorsa, yasaklama sonucunu uygulayacaktır. Hakim burada, yeni vakanın koşullarının nerede bu faktörlerden ayrıldığını ve nereden benzeştiğini iyi tespit etmek zorundadır. Nitekim mahkeme sonraki bir vakada bu kuralı da değiştirebilir. Bu vakadaki *F2* ve *F3* etkenlerinin, teleolojik yorumla, normatif argümantasyonda eski ağırlığını taşımadığına kanaat getirip bunun makul bir şekilde gerekçelendirirse, önceden vermiş olduğu bu türev normdan da sapabilir ve aynı koşullardan oluşan ve fakat hukuki sonucu farklı yeni bir türev norm oluşturabilir.

Başka bir vaka örneği vermek, özellikle sınırlandırma klozları ile yapılacak dengelemeyi göstermek adına yerinde olacaktır. Sözgelimi, Covid-19

pandemi süreci içerisinde, belirli aralıklarla sokağa çıkma yasağının uygulandığı fakat sokağa çıkma yasağı olmayan bir zamanda, yaklaşık 30 kişiden oluşan bir grup insanın siyasal iktidarı eleştirmek için trafiğe kapalı geniş bir caddede gösteri yürüyüşü yapmak istediklerini ve bunun için valilikten izin istenildiğini ancak sağlığın ve kamu düzeninin korunması sebebiyle bu iznin verilmediğini düşünelim. Bu durumda, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahale oluşmaktadır:

N7: Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir... Bu hak ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

Elimizdeki vakada da toplantı ve gösteri yürüyüşü hak normu ile toplumsal yararı gözeten sınırlandırma ölçütünün aynı anda ve ölçülülük ilkesi merkezinde uygulanması gerekmektedir. Bu itibarla, bu normu önümüzdeki vaka bakımından şu şekilde yeniden yapılandırabiliriz:

N7d: Herkes, *sağlığın korunmasının gerekliliklerine [veya bu gerekliliklerin sağladığı menfaatlere] ağır basan*, [veya sağlığın korunması ile ölçülü bir ilişki içinde olan] toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Bu vakada, devletin bir hak ihlalini gerçekleştirmemesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü hak normuna ilişkin normatif argüman (*N7ARG*) ile sağlığın korunması sınırlandırma ölçütüne ilişkin normatif argüman (*N7-SNARG*) arasında ölçülü bir ilişki kurması gerekmektedir. Nitekim sınırlandırma klozları, sınırlandırdıkları hak normlarından ayrı bir norm oluşturmadıkları[153]

[153] Webber, anayasal hak ile onun sınırlandırılmasını düzenleyen sınırlandırma klozunun tek bir norm oluşturduğunu belirtir. Ona göre, anayasal hakları ifade eden normatif cümle tek başına normu oluşturmaz. Bu normatif cümle, belirlenmemiş anayasal hakkı ifade eder. WEBBER Grégoire C. N., **The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights**, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 8. Barak ise hak ile sınırlandırma klozunun birbirinden ayrı ve fakat birbirine bağımlı iki farklı norm olarak görür. **BARAK**, s. 149 vd.; SWEET Alec Stone/MATHEWS Jud, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach**, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 33-35. Hakkı ifade eden normatif cümle ile bu hakkın sınırlandırılmasını ifade eden sınırlandırma klozu aslında aynı konuyu düzenlemektedir. Bu bakımdan, hak normunu tekilleştirmek, bir kuralı ile onun istisnasını farklı iki norm gibi düşünmeye benzemektedir. Bu sebeple, bir hak ile onun sınırlandırma klozu aslında aynı norm içerisinde yer alır. Ayrıca bkz. **RAZ**, 1972, s. 825 vd.

ve aynı norm çerçevesinde ve fakat sınırlandırma ölçütü merkezinde bir normatif argüman sunduğu için *N7-SNARG* olarak ifade edilir. Devletin öncelikle *N7-SNARG*'a dayanarak toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına yaptığı müdahalenin elverişli olması gerekir. Vakaya baktığımızda, devletin insanların yakınlaşmasını engelleyerek sağlığın korunmasını hedeflediği görülmektedir. Bu bakımdan, valiliğin gösteri yürüyüşüne izin vermeyerek elverişli bir müdahalede bulunduğu açıktır. İncelenmesi gereken diğer husus ise söz konusu müdahalenin gerekli olup olmadığı, diğer bir deyişle daha az sınırlayan bir müdahale ile bireyin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının olgusal olarak daha fazla gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığıdır. Vaka bakımından yapılacak olan basit bir değerlendirmede devletin, söz konusu hakka daha az sınırlayıcı şekilde müdahale ederek yine gerçekleştirmek istediği amacı gerçekleştirebileceği görülebilecektir. Gösteri yürüyüşü geniş bir cadde üzerinde yapıldığından dolayı, kamu makamları, maske ve sosyal mesafe önlemlerine uyulması şartıyla bu gösteriye izin verebilirdi. Yahut kamu makamları, göstericiler dışında başka kimsenin giremediği bir alanı göstericilere tahsis edip ve maske ve sosyal mesafe önlemleriyle birlikte bu gösteri yürüyüşüne izin verebilirdi. Veyahut kamu makamları, sokağa çıkma yasağının olduğu saatlerde göstericilerin yürüyüş yapmak istedikleri caddede yürüyüş yapmalarına izin verebilirdi. Yukarıda daha da çoğaltılabilecek bu üç müdahale de toplantı ve gösteri yürüyüşü hak normunun daha fazla yerine getirilmesini ve aynı zamanda devletin gerçekleştirme amacın yerine getirilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla burada devletin/kamu makamlarının, *N7ARG* ile *N7-SNARG* ölçülü bir ilişki kurmadığı ve bu yüzden de *N7ARG*'ın daha ağır basacağını kabul etmek gerekir.

(4) (*N7ARG* **P** *N7-SNARG*) *C3*

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hak normuna ilişkin normatif argümanın, *C3* koşulları çerçevesinde, anayasal hak normunun sınırlandırma ölçütüne üstün gelmesi ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hak normunun hukuki sonucu olan izin verme sonucunun (*Q3*) doğması gerekecektir. Ancak yukarıdaki vakanın koşullarına sağlığın korunmasını gerçekleştiren ve daha az sınırlandıran müdahale biçimi eklenir. Sözgelimi, maske ve sosyal mesafe önlemlerine uyulması ile sağlığın korunması amacının gerçekleşeceğine karar verildiğinde, bu unsur vakanın koşulları arasında yer alır. Bu çerçevede, *C3* gerçekleştiğinde *Q3*'ün gerçekleşmesi gerektiğini ifade eden bir türev anayasal hak normu meydana gelmiş olacaktır:

(5) Pandemi süreci içerisinde (*F7*), belirli aralıklarla sokağa çıkma yasağının uygulandığı fakat sokağa çıkma yasağı olmayan bir zamanda (*F8*), yaklaşık 30 kişiden oluşan bir grup insanın (*F9*) siyasal iktidarı eleştirmek için (*F10*) trafiğe kapalı geniş bir caddede (*F11*), maske ve sosyal mesafe önlemlerine uyarak (*F12*) gösteri yürüyüşü yapmasına (*C3*) anayasal olarak izin verilmiştir (*Q3*).

Diğer bir deyişle:

(6) *F7* ve *F8* ve *F9* ve *F10* ve *F11* ve *F12* → *Q3*

Hasılı, anlaşılmaktadır ki diğer yargı mercileri gibi anayasa mahkemeleri de anayasal hakları konu alan her vakada, bir kural üretmektedir. Üstelik bu kural, türev anayasal hak normu olarak, anayasal statüde bulunmaktadır. Dolayısıyla Amerikan Yüksek Mahkeme Hâkimi Charles Evans Hughes'un (1862-1948) "Biz [hakimler], bir Anayasaya tabiyiz ve fakat Anayasa, hakimler ne söylediyse odur ve yargı, Anayasa çerçevesindeki özgürlüğümüzün ve mülkiyetimizin güvencesidir." sözü[154], doğruluğunu kanıtlamıştır.

SONUÇ

Bütün bu anlatılardan sonra şu sonuçları elde ederiz:

1. Alexy'nin nihai ilke tanımı olan "optimize edilecek bir emir", ilke teorisini daha büyük bir çıkmaza sürüklemiştir. Bu haliyle karşımıza iki unsur çıkar: Bir tarafta optimize edilmesi gereken bir nesneye dönüşen ilke, diğer tarafta ise bu nesneyi optimize eden bir meta-kural. Optimize edilecek bir emir olan ilke, olgusal bir nesne haline gelir. Bu yeni haliyle ilkeden, bir norm ortaya çıkarmak mümkün değildir. Optimizasyon emrinin nesneleri, hiçbir şekilde normatif bir niteliğe sahip olamaz. Diğer taraftan, optimize emrini içeren bir meta-kural da herhangi bir normatif temelden yoksundur.[155]

2. Alexy, ilkeyi temelde, çeşitli derecelerde yerine getirilebilen ve bu yerine getirilme derecesinin hem olgusal olasılığa ve hem de hukuki olasılığa bağlı olan bir optimizasyon gerekliliği olarak tanımlar. Ancak anayasal hakların genel olarak dereceli bir şekilde uygulanması söz konusu

---

[154] HUGHES Charles Evans, "Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907", in HUGHES Charles Evans (ed.), **Adresses and Papers of Charles Evans Hughes**, The Knickerbocker Press, New York, 1908, s. 139.

[155] Bkz. **III 1**.

değildir. Ölçülülük ilkesinin gereklilik alt ilkesi tetiklenmedikçe, anayasal hakların dereceli bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Basitçe tekrar belirtmek gerekirse, somut koşullar çerçevesinde çatışan ilkelerden birisinin ağır basması durumunda, o ilke-normun hukuki sonucu dereceli bir şekilde uygulanmaz. Zira anayasal hakların dereceli bir şekilde uygulanması genel olarak söz konusu olmadığı gibi anayasal haklar dereceli bir şekilde uygulandığında bu hakların ilkesel karakterinden değil ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik ilkesinden kaynaklanmaktadır.[156]

3. Nihayetinde, Alexy'nin ilke teorisini ve ölçülülük ilkesinin uygulamasını objektifleştirmek ve rasyonelleştirmek için oluşturduğu ağırlık formülü, oldukça sübjektiftir. Öncelikle Alexy'nin iddiasının aksine, ağırlık formülünde ordinal derecelendirme/sıra sayısı derecelendirmesi değil aslında kardinal derecelendirme/nicelik sayı derecelendirmesi kullanılmıştır. Nitekim Alexy'nin kendisi de kardinal derecelendirme yapılmasının problemli sonuçlara yol açacağını kabul etmiştir.[157] Bu bağlamda, Alexy'nin ağırlık formülünde fark etmeksizin kardinal derecelendirmeyi kullanması, ağırlık formülünü ideal bir örnek olarak kullanılamaz hale getirmiştir.[158]

4. Anayasal hakların, sınırlandırma klozuyla, ölçütüyle veyahut diğer bir anayasal hak ile olan çatışmasında kurallara özgü klasik çatışma kuralları uygulanmaz. Anayasal hak normlarının ve onu sınırlandıran diğer anayasal değerlerle aynı anayasal düzeyde bulunması, üst normun alt normu ilga etmesini engeller. Diğer taraftan, anayasal hakların oldukça yüksek ve soyut değer ve kapsamlara sahip olması ve bunun sonucunda genel normun içerisinde yer alan bir somut menfaatin, özel normun içerisinde yer alan somut menfaatten daha yüksek bir değer içerebilmesi, özel normun genel normu ilga etmesini engeller. Son olarak anayasanın bütünlüğü ilkesi, sonraki normun önceki normu ilga etmesi ile birlikte bütün çatışma kurallarının anayasal hakların sınırlandırılmasında kullanılmasını engeller.[159]

---

[156] Bkz. **III 2**.

[157] **ALEXY**, 2010a, s. 99.

[158] Bkz. **III 3**.

[159] Bkz. **IV 1**.

5. Anayasal haklar bağlamında ilk olarak 1958 yılında, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından *Eczane* kararında uygulanmaya başlayan[160] ölçülülük ilkesinin birçok anayasal sistemde benimsenmesi[161], bu ilkenin anayasanın bütüncül bir şekilde yorumlanmasında anayasal haklar bağlamında bir bağlaç olarak kullanılması gerekliliğini ortaya koyar. Bu bağlamda bir örnek olarak anayasal hakların çatışması, bu yorumla tekrar formüle edilir:

Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *başkasının kişiliğini özgürce geliştirme hakkına [veya bu hakkın oluşturduğu menfaate] göre ağır basan*, [veya kişiliğini özgürce geliştirme hakkı ile ölçülü bir ilişki içinde olan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

Diğer bir örnek ise anayasal hak normları ile sınırlandırma klozu veya ölçütüyle bu şekilde yorumlanarak tekrar formüle edilir:

Her kişi, [*bireysel menfaatleri,*] *genel yasanın gerekliliklerine [veya bu gerekliliklerin sağladığı menfaatlere] ağır basan*, [veya genel yasa ile ölçülü bir ilişki içerisinde bulunan] düşüncelerini özgürce ifade etme ve yayma hakkına sahiptir.

Netice itibariyle, Alexy'nin ilke-normuna başvurmadan, anayasal hakların normatif temeli yeniden inşa edilmiştir.[162]

---

[160] *BVerfGE 7, 377* (406 vd.) - Apotheken-Urteil.

[161] **BARAK**, s. 131 vd. 180 vd.; MÖLLER Kai, **The Global Model of Constitutional Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 13-15; **SWEET/MATHEWS**, s. 68 vd.; **SAJÓ**, s. 68; COHEL-ELIYA Moshe/PORAT Iddo, "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 8, No. 2, 2010, pp. 263-286, s. 263-264. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ölçülülük ilkesini benimsediğini gösteren kararlar için bkz. *Lawless v. Ireland (No.3)*, App. No. 332/57, Judgment of 01 July 1961, para. 36-38; *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 23 July 1968, para. 5; *Handyside v. the United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976, para. 49, 58; *Barfod v. Denmark*, App. No. 11508/85, Judgment of 22 February 1989, para. 29; *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. No. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 October 1982, para. 69. Kanada Yüksek Mahkemesinin ölçülülük ilkesini benimsediğini gösteren karar için bkz. *R. v. Oakes* [1986] 1 SCR 103. Türk Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini benimsediğini gösteren karar için bkz. *AYM, E.1988/50, K.1989/27*, Kt. 23.06.1989, RG. 04.10.1989-20302. Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini benimsediğini gösteren karar için bkz. *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] (3) SA 391, §§ 94 vd. Ölçülülük ilkesinin Asya'da kullanımı için bkz. YAP Po Jen (ed.), **Proportionality in Asia**, Cambridge University Press, Cambridge, 2020. Ölçülülük ilkesinin Brezilya'da kullanımı için bkz. NETO João Andrade, **Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil**, Springer, Cham, 2018.

[162] Bkz. **IV**.

KAYNAKÇA

AARNIO Aulis, **Essays on the Doctrinal Study of Law**, Springer, Dordrecht, 2011.

AARNIO Aulis, **Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic of Legal Dogmatics**, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1997.

AARNIO Aulis, "Taking Rules Seriously", **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy Supplement**, Vol. 42, 1990 pp. 180-192.

AARNIO Aulis, **The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification**, D. Reidel Publishing, Dordrecht, 1987.

ALEXY Robert, "An Answer to Joseph Raz", in PAVLAKOS George (ed.), **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Hart Publishing, Oxford, 2007.

ALEXY Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, (Çev. Julian Rivers), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010a.

ALEXY Robert, **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, 2. Edition, (Çev. Ruth Adler/Neil MacCormick), Oxford University Press, Oxford, 2011.

ALEXY Robert, "Comments and Responses", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

ALEXY Robert, "Constitutional Rights and Proportionality", **Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, Vol. 22, 2014, pp. 51-65.

ALEXY Robert, "Discourse Theory and the Fundamental Rights", in MENÉNDEZ Agustin José/ ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006.

ALEXY Robert, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 16, No. 4, 2003, pp. 433-449.

ALEXY Robert, "On Necessary Relations Between Law and Morality", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 2, No. 2, 1989, pp. 167-183.

ALEXY Robert, "On the Concept and the Nature of Law", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 21, No. 3, 2008, pp. 281-299.

ALEXY Robert, "On the Structure of Legal Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 13, No. 3, 2000, pp. 294-304.

ALEXY Robert, "Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 16, No. 3, 2018, pp. 871-879.

ALEXY Robert, "Proportionality and Rationality", in JACKSON Vicki C./TUSHNET Mark (ed.), **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017a.

ALEXY Robert, "The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 37, Issue 1, 2017b, pp. 31-47.

ALEXY Robert, **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**, (Çev. Bonnie Litschewski Paulson/Stanley L. Paulson), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2004.

ALEXY Robert, "The Claim Correctness, Rights, and the Ideal Dimension of Law: A Short Reply", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 33, No. 3, 2020, pp. 283-290.

ALEXY Robert, "The Construction of Constitutional Rights", **Law & Ethics of Human Rights**, Vol. 4, No.1, 2010b, pp. 21-32.

ALEXY Robert, **Theorie der Grundrechte**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

ALEXY Robert, "Two or Three?", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010c.

ARIKAN Engin, **Sert Pozitivizm**, On İki Levha, İstanbul, 2019.

ÁVILA Humberto, **Theory of Legal Principles**, Springer, Dordrecht, 2007.

BARAK Aharon, **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**, (Çev. Doron Kalir), Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

BATTIS Ulrich/GUSY Christoph, **Einführung in das Staatsrecht**, 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2018.

BEWER-CARÍAS Allan R., "Constitutional Courts' Interference with the Constituent Power", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

BOROWSKI Martin, "Absolute Rights and Proportionality", **German Yearbook of International Law**, Vol. 56, 2013, pp. 385-424.

BOROWSKI Martin, **Grundrechte als Prinzipien**, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2018.

BOROWSKI Martin, "On Apples and Oranges: Comment on Niels Petersen", **German Law Journal**, Vol. 14, Issue 8: Special Issue - Constitutional Reasoning, 2013, pp. 1409-1418.

BOROWSKI Martin, "The Structure of Formal Principles: Robert Alexy's 'Law of Combination'", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010.

BULGAN Birden Güngören, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, On İki Levha, İstanbul, 2017.

CALDWELL Peter C., **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: Theory & Practice of Weimar Constitutionalism**, Duke University Press, Durham, 1997.

CEYLAN Şule Şahin, **H. L. A. Hart'ın Hukuk Kavramı**, On İki Levha, İstanbul, 2014.

CHRISTOFFERSEN Jonas, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009.

COHEL-ELIYA Moshe/PORAT Iddo, "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 8, No. 2, 2010, pp. 263-286.

COTTERRELL Roger, **Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş**, (Çev. Saim Üye), Pinhan, İstanbul, 2018.

ÇAP Güneş, "Robert Alexy'nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış", **Anayasa Yargısı**, Cilt 38, Sayı 2, 2021, pp. 221-245.

DEVA Surya, "India", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

DETJEN Joachim, **Die Wertordnung des Grundgesetzes**, VS Verlag, Wiesbaden, 2009.

DWORKIN Ronald, **Hakları Ciddiye Almak**, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), Dost Kitabevi, Ankara, 2007.

DWORKIN Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

DWORKIN Ronald, "The Model of Rules", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 35, No. 14, 1967, pp. 14-46.

EHMKE Horst, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", in **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**, Vol. 20, Walter de Gruyter, Berlin, 1963.

FERTELLİOĞLU Buğrahan, Anayasal Dilin Semantiği Üzerine: Anayasanın Ruhu Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

FETERIS Eveline T., **Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions**, 2. Edition, Springer, Dordrecht, 2017.

FETERIS Eveline T., **Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma**, (Çev. Ertuğrul Uzun), Pinhan, İstanbul, 2019.

FRIEDRICH Manfred, "Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit", **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 111, No. 2, 1986, pp. 197-218.

VON GERBER Carl Friedrich Wilhelm, **Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts**, Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1865.

GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 16. Baskı, Ekin, Bursa, 2019.

GREER Steven, ""Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 63, No. 2, 2004, pp. 412-434.

GÜLFİDAN Osman Serkan, **Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri: Robert Alexy'nin İlkeler Teorisi Çerçevesinde Bir İnceleme**, Yetkin, Ankara, 2020.

GÜLGEÇ Yahya Berkol, **Normlar Hiyerarşisi**, On İki Levha, İstanbul, 2018.

GÜNTHER Klaus, **The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law**, State University of New York Press, Albany, 1993.

HABERMAS Jürgen, **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**, (Çev. William Rehg), The MIT Press, Cambridge, 1996.

HART H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 593-629.

HART H. L. A., **The Concept of Law**, 3. Edition Oxford University Press, Oxford, 2012.

HELLER Hermann, "The Essence and Structure of the State", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000.

HELLER Hermann, "The Nature and Structure of the State", (Çev. David Dyzenhaus), **Cardozo Law Review**, Vol. 18, No.3, 1996, pp. 1139-1216.

HELLER Hermann, **Staatslehre**, 3. Auflage, A. W. Sijthoff, Leiden, 1963.

HESSE Konrad, **Grundzüge des Verfassungrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 15. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 1985.

HOHFELD Wesley Newcomb, **Fundamental Legal Conceptions: As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays**, Yale University Press, New Haven, 1923.

HUGHES Charles Evans, "Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907", in HUGHES Charles Evans (ed.), **Adresses and Papers of Charles Evans Hughes**, The Knickerbocker Press, New York, 1908.

JELLINEK Georg, **Allgemeine Staatslehre**, 3. Auflage, Julius Springer, Berlin, 1929.

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KELSEN Hans, **General Theory of Law and State**, (Çev. Anders Wedberg), Transaction Publishers, New Jersey, 2006.

KELSEN Hans, **General Theory of Norms**, (Çev. Michael Hartney), Oxford University Press, Oxford, 1991.

KELSEN Hans, **Introduction to the Problems of Legal Theory**, (Çev. Bonnie Litschewski Paulson/Stanley L. Paulson), 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2002.

KELSEN Hans, "On the Borders Between Legal and Sociological Method", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000.

KELSEN Hans, **Pure Theory of Law**, (Çev. Max Knight), 5. Edition, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008.

KELSEN Hans, **Saf Hukuk Kuramı**, (Çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2016.

KRESTING Wolfgang, "Politika, Özgürlük ve Düzen: Kant'ın Politika Felsefesi", (Çev. Hakan Çörekçioğlu), in ÇÖREKÇİOĞLU Hakan (ed.), **Kant Felsefesinin Politik Evreni**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.

KLATT Matthias/MEISTER Moritz, **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

KOMMERS Donald P./MILLER Russell A., **The Constitutional Jurisprudance of the Federal Republic of Germany**, 3. Edition, Duke University Press, Durham, 2012.

KORIOTH Stefan, "Introduction", in JACOBSON Arthur J./SCHLINK Bernhard (ed.), **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, University of California Press, London, 2000.

LABAND Paul, **Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes**, J. Guttentag, Berlin, 1871.

LABAND Paul, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, Bd. 1, H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1876.

LOUGHLIN Martin, **Foundations of Public Law**, Oxford University Press, Oxford, 2010.

LOUGHLIN Martin, **Kamu Hukukunun Temelleri**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2015.

MACCORMICK Neil, **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**, Oxford University Press, Oxford, 2005.

MARMOR Andrei, **Positive Law and Objective Values**, Oxford University Press, Oxford, 2001.

MARTINEZ-ZORILLA David, "Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Springer, Cham, 2018.

MEDICUS Dieter, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", **Archiv für die civilistische Praxis**, Vol. 192, No. 1/2, 1992, pp. 35-70.

MENÉNDEZ Agustin José, "Some Elements of a Theory of European Fundamental Rights", in MENÉNDEZ Agustin José/ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006.

METİN Yüksel, **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın, Ankara, 2008.

MORELLI Sandra, "Colombia", in BEWER-CARÍAS Allan R. (ed.), **Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

MORESO José Juan, **Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation**, Springer, Dordrecht, 1998.

MÖLLER Kai, **The Global Model of Constitutional Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

NETO João Andrade, **Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil**, Springer, Cham, 2018.

NEVES Marcelo, **Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules: Between the Hydra and Hercules**, Oxford University Press, Oxford, 2021.

ODER Bertil Emrah, **Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık**, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 2004.

OKANDAN Recai Galip, **Umumi Amme Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.

PECZENIK Aleksander, **On Law and Reason**, Springer, Dordrecht, 2008.

PETERSEN Niels, "How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law", **German Law Journal**, Vol. 14, Issue 8: Special Issue - Constitutional Reasoning, 2013, pp. 1387-1408.

PETERSEN Niels, **Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa**, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

PIRKER Benedikt, **Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study**, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2013.

POSCHER Ralf, "Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 22, No. 4, 2009, pp. 425-454.

POSCHER Ralf, "Resuscitation of a Phantom?: On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle", **Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudance and Philosphy of Law**, Vol. 33, No. 2, 2020, pp.134-149.

POSCHER Ralf, "Theory of a Phantom: The Principles Theory's Concept of a Principle", in OLIVEIRA Júlio Aguiar de et al. (ed.), **Alexy's Theory of Law**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2015.

POSCHER Ralf, "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

PULIDO Carlos Bernal, "On Alexy's Weight Formula", in MENÉNDEZ Agustin José/ERIKSEN Erik Odvar (ed.), **Arguing Fundamental Rights**, Springer, Dordrecht, 2006.

RAMIÃO Rúben, "Some Fundamental Problems Concerning Alexy's Notion of Legal Principles", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Cham, 2018.

RAZ Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 81, 1972, pp. 823-854.

RAZ Joseph, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", in PAVLAKOS George (ed.) **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Hart Publishing, Oxford, 2007.

RAZ Joseph, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Oxford University Press, Oxford, 1979.

RIVERS Julian, "Constitutional Rights and Statutory Limitations", in KLATT Matthias (ed.), **Institutionalized Reasons: The Jurisprudance of Robert Alexy**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

SACHS Michael, "Die verfassungsunmittelbaren Begrenzungen", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994.

SAJÓ András, "Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness", in SAJÓ András (ed.), **Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights**, Eleven International Publishing, Utrecht, 2006.

SARTOR Giovanni, "Consistency in Balancing: From Value Assessments to Factor-Based Rules", in DUARTE David/SAMPAIO Jorge Silva (ed.), **Proportionality in Law: An Analytical Perspective**, Springer, Cham, 2018.

SARTOR Giovanni, "Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality", **Artificial Intelligence and Law**, Vol. 18, No. 2, 2010, pp. 175-215.

SCHLINK Bernhard, **Abwägung im Verfassungsrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.

SCHLINK Bernhard, "Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer?", (Çev. Lütfullah Yasin Akbulut/Eyüp Kaan Demirkan), **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien**, Cilt 1, Sayı 1, Haziran 2019, pp. 179-192.

SCHLINK Bernhard, "German Constitutional Culture in Transition", in ROSENFELD Michel (ed.), **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy**, Duke Universtiy Press, Durham, 1994.

SCHLINK Bernhard, "Grundrechte als Prinzipien?", **Osaka University Law Review**, Vol. 39, 1992, pp. 41-58.

SCHLINK Bernhard, "Proportionality (1)", in ROSENFELD Michel/SAJÓ András (ed.), **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

SCHLINK Bernhard, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?", **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 22, 2012, pp. 291-302.

SCHMITT Carl, **Verfassungslehre**, 11. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2017.

SCHMITT Carl, **Constitutional Theory**, (Çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press, Durham, 2008.

SIECKMANN Jan-R., "Alexy's Theory of Principles: The Ideal/Real Dualism", in OLIVEIRA Júlio Aguiar de et al. (ed.), **Alexy's Theory of Law**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2015.

SIECKMANN Jan-R., "The Theory of Principles: A Framework for Autonomous Reasoning", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010.

SIECKMANN Jan-R., **The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning**, Hart Publishing, Oxford, 2012.

SILTALA Raimo, **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to Post-Analytical Philosophy of Law**, Hart Publishing, Oxford, 2000.

STERN Klaus, "Die Auslegung der Grundrechte", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994.

STERN Klaus, "Die Grundrechtskollisionen", in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994.

STERN Klaus, "Übermaβverbot und Abwägungsgebot," in STERN Klaus (ed.), **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2**, C. H. Beck, München, 1994.

STOLLIES Michael, **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland**, Bd. 2, C. H. Beck, München, 1992.

STOLLIES Michael, **Public Law in Germany, 1800-1914**, Bergahn Books, New York, 2001.

ŠUŠNJAR Davor, **Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers**, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.

SWEET Alec Stone/MATHEWS Jud, **Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach**, Oxford University Press, Oxford, 2019.

TEIFKE Nils, "Human Dignity as an 'Absolute Principle'?", in BOROWSKI Martin (ed.), **On the Nature of Legal Principles**, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2010.

TSCHENTSCHER Axel, "Interpreting Fundamental Rights: Freedom versus Optimization", in PÜNDER Hermann/WALDHOFF Christian (ed.), **Debates in German Public Law**, Hart Publishing, Oxford, 2014.

UZUN Ertuğrul, "H. L. A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk", in Kasım Akbaş et al. (ed) **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 3. Baskı, İthaki, İstanbul, 2019.

VURAL Hasan Sayim, Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

WACKS Raymond, **Understanding of Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory**, 3. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.

WACKS Raymond, **Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş**, (Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver/Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara, 2017.

WALUCHOW W. J., "Herculean Positivism", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 5, No. 2, 1985, pp. 187-210.

WEBBER Grégoire C. N., **The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights**, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

WINKLER Markus, **Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen: Zur Dogmatik der "verfassungsimmanenten" Grundrechtsschranken**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

YAP Po Jen (ed.), **Proportionality in Asia**, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

YÜKSEL Saadet, **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, Alfa, İstanbul, 2015.

ZIPPELIUS Reinhold/WÜRTENBERGER Thomas, **Deutsches Staatsrecht: Ein Studienbuch**, 31. Auflage, C. H. Beck, München, 2005.

ZUCCA Lorenzo, **Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Righs in Europe and the USA**, Oxford University Press, Oxford, 2008.

AİHM Kararları

Lawless v. Ireland (No.3), App. No. 332/57, Judgment of 01 July 1961.

Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 23 July 1968.

Handyside v. the United Kingdom, App. No. 5493/72, Judgment of 07 December 1976.

Barfod v. Denmark, App. No. 11508/85, Judgment of 22 February 1989.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. No. 7151/75; 7152/75, Judgment of 23 October 1982.

Kaos GL v. Turkey, App. No. 4982/07, Judgment of 22 November 2016.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 1, 14 - Südweststaat

BVerfGE 2, 1 - SRP-Verbot

BVerfGE 7, 198 - Lüth

BVerfGE 7, 377 - Apotheken-Urteil

BVerfGE 17, 306 - Mitfahrzentrale

BVerfGE 20, 150 - Sammlungsgesetz

BVerfGE 28, 243 - Dienstpflichtverweigerung

BVerfGE 30, 1 - Abhörurteil

BVerfGE 35, 202 - Lebach

BVerfGE 39, 334 - Extremistenbeschluß

BVerfGE 86, 1 - TITANIC/'geb. Mörder'

BVerfGE 90, 145 - Cannabis

BVerfGE 123, 267 - Lissabon

Alman Yüksek Mahkeme Kararları

BGHZ 13, 334 (338) - Veröffentlichung von Briefen

BAG, NJW, 1971, 1668 - Arbeitskampfmaßnahmen

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Kararı

S v Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] (3) SA 391.

Hindistan Yüksek Mahkeme Kararları

Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr, (1973) 4 SCC 225 AIR 1973 SC 1461.

Waman Rao and Others vs Union of India and Others, (1981) 2 SCC 362, 1981 2 SCR 1.

S.P. Sampath Kumar Etc. vs Union of India & Ors., (1987) AIR 386, 1987 SCR (1) 435.

L. Chandra Kumar vs Union of India and Others, (1997) AIR 1997 SC 1125.

Kanada Yüksek Mahkemesi Kararı

R. v. Oakes [1986] 1 SCR 103.

New York Temyiz Mahkemesi Kararı

Riggs v Palmer, 115 NY 506, (1889).

Türk Anayasa Mahkemesi Kararı

AYM, E.1988/50, K.1989/27, Karar Tarihi 23.06.1989.

ÖZEL HUKUK

GSÜHFD, 2022; 2: 1633-1653

TAHKİMDE İDDİA VEYA SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ(*)

Prof. Dr. **Hakan PEKCANITEZ**(**)

Öz: İddia veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağı, asıl olarak medenî usûl hukukunda yer almakta olup, son derece önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu yasak, iddia veya savunmanın, zamanında ileri sürülmemiş olması nedeniyle davanın kabulüne veya reddine karar verilmesine neden olabilir. Bu nedenle bu yasağın ne zaman başladığını, ne zaman sona erdiğini ve istisnalarını bilmek son derece önemlidir. Tahkimde iddia veya savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi, kural olarak yasak değildir. Hakem veya hakem kurulu, yargılamanın sürüncemede bırakılması ve yargılama giderlerinin artmasına engel olmak için iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesine izin vermeyebilir. Taraflar da iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağını, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında düzenleyebilirler.

Anahtar Kelimeler: İddianın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi, Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi, Teksif İlkesi, Tahkim, Tahkim Sözleşmesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2022. Makale kabul Tarihi: 01.10.2022.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0001-7809-4535; *hpekcanitez@gsu.edu.tr*).

EXPANDING OR CHANGING THE CLAIM OR DEFENSE IN ARBITRATION

Abstract: The prohibition of expanding or changing the claim or defense is mainly contained in civil procedure law and has extremely important consequences. This prohibition may result in the acceptance or dismissal of the case due to the fact that the claim or defense has not been put forward in a timely manner. It is therefore extremely important to know when this prohibition begins, when it ends and its exceptions. In arbitration, the extension or modification of the claim or defense is not prohibited as a rule. The arbitrator or the arbitral tribunal may reject the request for expanding or changing the claim or defense in order to avoid delay and prevent increase the legal costs. The parties may also include the prohibition of expanding or changing the claim or defense in the arbitration agreement or arbitration clause.

Keywords: Expanding or Changing the Claim, Expanding or Changing the Defense, Concentration Principle, Arbitration, Arbitration Agreement.

I. GENEL OLARAK

İddia veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi yasağı asıl olarak medenî usûl hukukunda yer alan ve son derece önemli sonuçlar doğuran bir düzenlemedir. Bu yasak, iddia veya savunmanın, zamanında ileri sürülmemiş olması nedeniyle davanın kabul veya reddine karar verilmesine neden olabilir. Bu nedenle bu yasağın ne zaman başladığı ve ne zaman sona erdiğini ve yine istisnalarını bilmek son derece önemlidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, taraflar dilekçeler teatisinin sona ermesine kadar serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler[1]. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra, iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez (HMK m.141/1). Bu süreç yazılı yargılama usûlünde davacı bakımından cevaba cevap dilekçesinden; davalı bakımından ise, ikinci cevap dilekçesinden itibaren başlar[2]. Basit yargılama

---

[1] Doktrin ve Yargıtay kararlarında bu yasak bazen "*iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi*" biçiminde ifade edilmekte ise de kanaatimce bu yasak hem iddia hem de savunma bakımından ayrı ayrı söz konusu olduğu gibi, yine yasak hem değiştirme hem de genişletmeye ilişkindir. Bu nedenle Kanundaki gibi "*ve*" yerine "*veya*" ya da "*yahut*" denilmesi daha isabetlidir (Karş. ÖZBAY İbrahim/KORUCU Yavuz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunun Çerçevesinde Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 101).

[2] *Akıncı*, HMK m. 141 uyarınca iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağının dava dilekçesinin esas defterine kaydı tarihinde başladığı, dava dilekçesi henüz davalıya tebliğ edilmemiş olsa bile davacı, davalının rızası olmaksızın davayı genişletemeyeceği

usûlünde taraflar bir kez dilekçe verebildiği için bu yasak, davacı bakımından dava dilekçesinin verilmesi; davalı bakımından ise cevap dilekçesinin verilmesinden itibaren başlar[3].

İddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi medenî usûl hukukunda teksif ilkesinin bir sonucu olarak, hukukumuzda oldukça erken bir usûl kesitinden itibaren kabul edilmiştir[4].

Davayı genişletme veya değiştirme yasağı nedeniyle davacı davasını açarken ve cevaba cevap dilekçesi verirken; davalı da cevap ve ikinci cevap dilekçesi verirken iyi düşünmeli, gerek davasının dayanağı olan vakıaları, gerekse buna bağlı olarak taleplerini doğru tespit ederek dilekçesinde yer vermelidir. Aksi hâlde, davacı bazen bunlar için yeni bir dava açmak zorunda kalabileceği gibi, bazen de yeni bir dava açarak dahi hakkını talep edemez. Davalı ise, zamanında ileri sürmediği bir savunma sebebiyle davanın kaybedilmesi riski ile karşı karşıya kalabilir.

İddia veya savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kapsamına, dava sebebi olarak yeni vakıalar ve talep sonucu dâhildir. Taraflar dilekçelerinde yer verdikleri vakıalar dışında daha sonra yeni vakıa ileri süremeyeceği gibi, talep sonucunu da değiştiremez yahut genişletemezler.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu da, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu gibi vakıalara dayandırma teorisini kabul etmiştir. Dava ya da cevaba cevap

---

ve değiştiremeyeceğini söylemektedir. Yazar bunun için Kuru, C.II, s.1692' ye (KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. II, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.1692) atıf yapmışsa da bu atıf, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa aittir (AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 192). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleriyle serbestçe iddia veya savunmalarını genişletip değiştirebilecekleri düzenlenmiştir. Aynı maddeye göre, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez veya değiştirilemez. Dilekçeler aşamasında yasak bakımından bir sınırlama yoktur (PEKCANITEZ Hakan, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku,** C.II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1267).

3 Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa nazaran daha uzun bir usûl kesiti olan ön inceleme aşamasına kadar bu yasak kabul edilmişken, 7251 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklikle bu yasağın başlangıcı daha öne çekilmiştir. Davalı ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmezse davacı davasını yine serbestçe (davalının muvafakati aranmaksızın) genişletebilir veya değiştirebilirdi. Son yapılan değişikliklerle bu imkân da kaldırılmıştır.

4 Medenî usûl hukukunda iddia veya savunmanın değiştirilmesi yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜNDAĞ Saim, **İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967. Tahkimde teksif ilkesinin değerlendirilmesi için ayrıca bkz. KÜÇÜK Alper Tunga, **Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 210 vd.

dilekçesinde belirtilen hukukî sebeplerin daha sonra değiştirilmesi, davayı genişletme veya değiştirme sayılmaz. Zira hukukun yorumu ve uygulanması hâkimin görevi olup hâkim objektif hukukun soyut kurallarını somut olaya bizzat uygulayacaktır. Taraflar olsa olsa hukukî sebebi doğru belirterek hâkime yardımcı olabilirler. Talebin daraltılması da yasak kapsamında sayılmaz.

Dürüstlük kuralına aykırılık ya da kötüniyet gibi hâkimin kendiliğinden nazara alabileceği savunmaların ileri sürülmesi de, iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağı kapsamında değildir. Hâkim tarafların mahkemeye sunduğu dosyadaki vakıalardan emredici bir hukuk kuralının ihlâl edildiğini tespit ederse bu durumu kendiliğinden dikkate alabilecektir. Ancak emredici hukuk kurallarına aykırılık olup olmadığı dava dosyasından anlaşılamıyorsa hâkim, bir aykırılık bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştıramaz.

II. TAHKİMDE İDDİA VEYA SAVUNMANIN GENİŞLETİLMESİ VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ

1. Genel Kural

Tahkimde iddia veya savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi kural olarak yasak değildir. Nitekim UNCITRAL Tahkim Kurallarının "*Davanın Değiştirilmesi veya Genişletilmesi*" başlığını taşıyan 22. maddesine göre;

> "*Tahkim yargılaması sırasında bir taraf, yapılacak değişiklik veya eklemenin neden olacağı gecikmeyi veya diğer taraflara vereceği zararı ya da diğer hal ve şartları göz önünde bulunduran hakem mahkemesi tarafından değişiklik veya eklemenin uygun olmadığına karar vermedikçe, karşı (dava) talebinin veya takas amacına dayalı bir talebini de içerecek şekilde talep veya savunmasını değiştirebilir veya bunlara eklemelerde bulunabilir. Bununla beraber, değiştirilmesi ya da ekleme yapılmış talep veya savunmanın hakem mahkemesinin yargılama yetisi dışında kalması halinde, takas amacına dayalı karşı talep veya beyan dahil, bir talep veya savunmanın değiştirilmesi ve bunlara ekleme yapılması mümkün değildir*"[5].

Bu maddenin 2008 düzenlemesinde benzer bir hüküm yer almıştır.

---

[5] ÖZSUNAY Ergun (Çev.), **UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılında Revize Edilmiş Şekliyle)**, İstanbul 2014, s. 15-16.

"*Tahkim yargılaması sırasında bir taraf davasını, karşı dava ve alacağını takas yolu ile talep etmek de dahil olmak üzere, genişletip değiştirebilir, meğerki hakem mahkemesi bu değişiklik veya genişletmeyi gecikmeli olarak yapıldığı ve bu gecikmenin diğer tarafa zarar vermesi ya da diğer koşulları dikkate alarak izin vermeyebilir. Hakem mahkemesinin yetki ve görevine dahil olmayan değiştirme veya genişletme ya da karşı dava ve takas yolu ile alacağın talep edilmesi mümkün değildir*".

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da bu konudaki hüküm, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 22. maddesine uygundur. Nitekim 428'inci maddenin 3. fıkrasına göre;

"*Taraflar, aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler. Ancak, hakem veya hakem kurulu, bu işlemin gecikerek yapılmış olduğunu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığını ve diğer hâl ve şartları dikkate alarak böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir. İddia ve savunma tahkim sözleşmesinin kapsamı dışına çıkacak şekilde değiştirilemez veya değiştirilemez.*"

Aslında bu hüküm, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10 D, 2 maddesinden aynen alınmıştır. İki metin arasında tek fark, "*tahkim anlaşması*" yerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda "*tahkim sözleşmesi*" denilmiştir[6].

428'inci maddenin üçüncü fıkrasının Hükümet Gerekçesinde;

"*Üçüncü fıkrada ise aksi kararlaştırılabilmekle birlikte, tahkim yargılaması sırasında tarafların iddia veya savunmalarını değiştirip genişletebilecekleri kural olarak benimsenmiştir. Ancak hakem veya hakem kuruluna, iddia ve savunmanın genişletilmesine izin verilmesi konusunda bir takdir hakkı verilmiştir. Hakem veya hakem kurulu, özellikle tahkim yargılamasını uzatmaya yönelik kötüniyetli genişletme taleplerine izin vermemelidir*" denilmiştir.

---

[6] Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı neredeyse söz konusu değildir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10 D maddesi uyarınca, "*Taraflar, aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler*" denilmiştir. Böylelikle tarafların iddia ve savunmalarını sunarken hiçbir kısıtlamaya tabi tutulması istenmemiştir. Hakem kararında, tahkim anlaşmasının kapsamı dışındaki iddia ve savunmalar hakkında hüküm verildiği takdirde, hakem kararının iptali veya tenfizinin reddedilmesi söz konusu olacaktır (AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s. 193).

Maddede söz edilen iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesinden anlaşılması gereken, tarafların tahkikat aşamasında yeni vakıalar ileri sürmek istemesi veya talep sonucunun değiştirip, genişletmesi, yeni talepler eklemesidir. Deliller medenî usûl hukukunda olduğu gibi tahkimde de yasak kapsamında değerlendirilmemiştir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 428. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında,

> *"Taraflarca kararlaştırılan veya hakem tarafından belirlenecek süre içinde, davacı tahkim şartını veya sözleşmesiyle birlikte varsa esas sözleşmesiyle birlikte varsa esas sözleşme ile iddiasını dayandırdığı vakıaları ve talebini; davalı ise savunmasını ve dayandığı vakıaları dilekçe ile hakem veya hakem kuruluna sunar.*
>
> *Taraflar dilekçelerine yazılı delillerinin ekleyebilir ve ileride sunacakları delilleri gösterebilirler."* denilmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12, B maddesine göre,

> *"Taraflar, delillerini hakem veya hakem kurulunca belirlenen süre içinde verirler."*

denilmiş ve bu konuda bir istisnaya yer verilmemiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda delillerin ibrazı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre daha katı biçimde düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, tarafların dilekçelerine delillerini eklemesi kabul edildiği gibi, ileride gösterecekleri delilleri de dilekçelerinde gösterebileceği belirtilmiştir.

Belirsiz alacak davasının tahkimde açılmasına bir engel yoktur. Bu nedenle tahkimde açılan belirsiz alacak davasında talep sonucunun belirlenmesi yasak kapsamında sayılmamalıdır[7]. Tahkimde iradi taraf değişikliği de iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağı ile ilgili değildir. Başka bir ifade ile iradi taraf değişikliği iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağı kapsamında değildir[8].

---

[7] HABEGGER Philipp, **Basler Kommentar**, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013, Volume II**,** Art.373 N. 80. İsviçre hukukunda yeni vakıaların, yeni delillerin ve yeni bir hukukî sebebin ileri sürülmesi de davayı değiştirme olarak kabul edilmemektedir. Bunun gibi talep sonucunun azaltılması da yasak kapsamında değildir (**BSK-ZPO**-HABEGGER**,** Art.373 N. 80).

[8] Eğer tahkim yargılamasına katılacak yeni taraf tahkim mahkemesinin yetkisini kabul ederse, hakem mahkemesi takdirine göre sübjektif dava değiştirmeye izin verebilir. Ancak önceki davacı o zamana kadarki yargılama giderlerinden bir kısmına mahkûm edilmelidir (STEIN

2. Hakem veya Hakem Kurulu İddia veya Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesine İzin Verebilir

Gerek Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesine ilişkin düzenleme yanıltıcıdır. Öncelikle her iki düzenlemede de kural olarak tahkimde yasağın öngörülmediği belirtildiği hâlde, sonra gelen cümlede hâkimin izin vermeyeceği sebeplerden birisi olarak "*işlemin gecikerek yapılmış*" olduğundan söz edilmiştir. Bu cümlenin tümünü dikkate aldığımızda, hakem ya da hakem kurulu işlemin gecikerek yapılması veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığı ve diğer durum ve koşulları dikkate alarak izin vermeyebilecektir[9]. İddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi zaten işlemin gecikerek yapılmış olması hâlinde söz konusu olabildiğinden, bu cümlenin lafzen anlaşılması hâlinde, adeta tahkimde gecikerek yapılmış olan her işleme hakemlerin izin vermeyebileceği sonucu çıkmaktadır.

Hakem veya hakem kurulunun yargılamanın sürüncemede bırakılması ve yargılama giderlerinin artmasına engel olmak için iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesine izin vermeyebileceği kabul edilmiştir[10]. İddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağı, devlet mahkemelerindeki kadar katı düzenlenmediğinden, burada tahkimin avantajı ortaya çıkar[11].

Akıncı bir işlemin gecikerek yapılmış olmasından sonra "*veya*" yerine "*ve*" bağlacının kullanılması ya da hükmün böyle anlaşılması gerektiği görüşündedir[12]. Kanaatimce bu görüş hükmün amacına, Model Kanun ile uyu-

---

Friedrich/JONAS Martin/SCHLOSSER Peter, **Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 9, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, § 1046 Rn. 4).

9 Bu konuda hakem veya hakem kuruluna takdir yetkisi tanındığı kabul edilmelidir. Somut olaya ve iddia veya savunmanın genişletildiği ya da değiştirildiği yargılama aşamasına göre takdir yetkisini kullanacaktır (STEIN/JONAS/SCHLOSSER, § 1046 Rn.4; SAENGER Ingo, **Zivilprozessordnung Handkommentar**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2006, § 1047 Rn. 9).

10 Hakem veya hakem kurulu, taraflardan birisinin tahkim yargılamasını kötü niyetle uzatmak amacıyla iddia veya savunmasını değiştirmesi yahut genişletmesine izin vermeyecektir (KURU Baki/AYDIN Burak, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1890; KARADAŞ İzzet, **Ulusal (İç) Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 185.

11 TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, Cilt II, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 425; DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2004, s. 102.

12 AKINCI Ziya, **Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda İç Tahkim (m. 411-448) Paneli**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 37.

muna ve tahkim alanındaki uluslararası uygulamaya bakıldığında isabetlidir. Hakem ya da hakem kurulu gecikerek yapılmış olsa da bu işleme, işlemin gecikerek yapılmış olması sebebiyle değil, gecikerek yapılmış olan işlemin haksız biçimde büyük zorluk yaratması ya da diğer durum ve koşulları dikkate alarak izin vermeyebilecektir.

Yeni iddia veya savunma yargılamanın oldukça geç bir aşamasında yapılır ve bu durum diğer taraf açısından önemli ölçüde zorluk yaratırsa, izin verilmeyebilir. Nitekim duruşma tamamlanıp, deliller değerlendirildikten ve karar aşamasına geldikten sonra, taraflardan birisi yeni iddia veya savunma ileri sürmeye kalkarsa, bu şüphesiz karşı tarafı da hakem ya da hakem kurulunu da zor durumda bırakacaktır. Bu konuda taraftan gecikmenin haklı bir sebebini göstermesi ve yaklaşık ispatı aranmalıdır. Özellikle taraf kendi kusuru nedeniyle gecikmeye neden olmuşsa, bu gecikme karşı taraf için önemli bir zorluk yaratacaksa, hakemler bu konuda daha titiz davranmalıdır. Tarafın daha önce ileri sürmesi mümkün olan yeni iddia veya savunmalarını, haklı bir gerekçe yokken, basit bir ihmali nedeniyle yargılamanın en son aşamasında ileri sürmesine izin verilmemelidir. Ancak tahkim yargılamasında da amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğuna göre, bu konuda katı davranılmamalıdır. Tahkimde asıl kural olarak iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasak olarak kabul edilmediğinden, izin verilirken de asıl kural nazara alınarak karar verilmelidir.

İsviçre hukukunda davanın değiştirilmesi ya da tamamlanması kural olarak geçerli kabul edilmektedir. İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun tahkim hükümleri içinde (3. Kısım) bu konuda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde de bu konu üzerinde pek durulmamıştır. Ancak iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi hakkında, devlet mahkemelerindeki kısıtlama ve hükümlerin tahkimde geçerli olmadığı kabul edilmektedir[13].

İsviçre hukukunda yeni vakıaların getirilmesi, yeni delillerin ya da hukukî sebebin ileri sürülmesi dava değiştirme olarak kabul edilmemektedir[14]. Bunun gibi açık olmayan talep sonucunun açıklanması da yasak değildir[15]. Elbette taraflar bu konuda aksine sözleşme yapabilirler. Hakem veya hakem

---

[13] SCHNYDER Anton K., **Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht (IPRG)**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007, Art.182 Nr. 82; **BSK-ZPO**-HABEGGER, Art. 373 Nr. 77.

[14] **BSK-ZPO**-HABEGGER, Art. 373 Nr. 80.

[15] **BSK IPRG**-SCHNYDER, Art. 182 N. 82; **BSK-ZPO**-HABEGGER, Art. 373 Nr. 77.

kurulunun tarafın kusurlu olduğu gecikme veya tamamlamaları reddedebileceği kabul edilmektedir. Davanın değişmesi hâlinde ise bu değişik talebin her hâlde tahkim sözleşmesinin kapsamında kalması gerekmektedir[16]. Bu konuda değiştirilen talebe karşı diğer tarafın hukukî dinlenilme hakkına mutlaka riayet edilmelidir[17].

Alman hukukunda da tahkimde iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi kural olarak yasaklanmamıştır. Nitekim Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 1046. paragrafının ikinci fıkrasına göre, taraflar aksini kararlaştırmamışsa, tahkim yargılaması sırasında davayı ya da iddia veya savunma vasıtalarını değiştirebilir ya da tamamlayabilirler. Ancak taraf yeteri kadar mazeret (haklı sebep) gösteremezse hakemler bu gecikme için izin vermeyebilir. Tarafın sonradan haberdar olması, kusuru olmaksızın bilgi ve belgeye geç ulaşması, haklı sebep olarak kabul edilen tipik hâllerdir. Hakem veya hakem kurulu iddia veya savunma vasıtasını değiştirmek ya da tamamlamak isteyen taraftan, gecikme sebebiyle kusurunun bulunmadığını ispat etmesini isteyebilir. Ancak bunun için görünüşte haklı olmak yeterli olup, ayrıca tam bir ispat aranmaz[18]. Hakemler değiştirme üzerine diğer tarafa hukukî dinlenilme hakkı sağlamalıdır.

Taraflar, kendilerine verilen kesin sürelere rağmen yapılması gereken işlemi yerine getirmeli, yargılamayı geciktirmemelidir. Özellikle hakem yahut hakem kurulu, taraflara kesin süreler verebilir ve bu sürelere uyulmamasının müeyyidesini de ihtar edebilir. Böylelikle tarafların sürenin geçmesinden sonra yeni getirecekleri talepleri dikkate almayacağını bildirebilir.

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 1046. paragrafının ikinci fıkrası, aynı Kanunun 296 ve 282 paragraflarıyla karşılaştırıldığında benzerlik göstermektedir. Alman hukukunda ZPO § 296, 1'e göre, Kanunda öngörülen sürelerin bitiminden veya taraf için verilmiş olan sürenin sona ermesinden sonra getirilen iddia veya savunma vasıtaları, mahkemenin takdirine göre, uyuşmazlığı geciktirmiyorsa veya taraf gecikme için yeteri kadar kusuru olmadığını göstermişse izin verilebilir. Her ne kadar 296 ve 282. paragraflar tah-

---

16 ROSENBERG Leo/SCHWAB Karl Heinz/GOTTWALD Peter, **Zivilprozessrecht,** 18. Auflage, C.H.Beck, München, 2018, § 180 Rn. 219; THOMAS Heinz/PUTZO Hans, **Zivilprozessordnung**, C.H.Beck, München, 2009, 1046 Rn. 9.

17 **BSK IPRG**-SCHNYDER, Art. 182 Nr. 183; **BSK-ZPO**-HABEGGER, Art.373 Nr. 79.

18 MÜNCH Joachim, **Münchener Kommentar, Zivilprozessordnung**, §§ 946-1086, C.H.Beck, München, 2008, § 1046 Rn. 29.

kimde doğrudan uygulanmasa da haklı sebebin, bu maddelere göre değerlendirilmesi kabul edilmektedir[19].

Taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça daha sonradan iddia veya savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hukukî dinlenilme hakkı ile davaların usûl ekonomisine uygun şekilde makûl sürede sonuçlanmasına uygun şekilde değerlendirilmelidir. Örneğin hakem ya da hakem kurulu tarafından tarafların bir işlemi yerine getirebilmesi için uygun bir süre verilmiş ve bu süre haklı sebep olmaksızın geçirilmiş ise ya da hakem ya da hakem kurulunun açıkça ihtar etmesine rağmen iddia veya savunma vasıtalarının ileri sürülmesi konusunda hareketsiz kalınmış ise izin verilmemelidir. Eğer iddia veya savunmanın geç ileri sürülmesi haklı bir sebebe dayandırılmışsa reddedilemez. Yine gecikme yargılamanın gecikmesine neden olmayacaksa reddedilmemelidir[20]. Haklı sebebin mevcut olması hâlinde yargılamanın gecikmesi tek başına önem taşımaz.

Buna karşılık taraflar taleplerini azaltabilirler, faiz ve yargılama giderlerini yükseltebilirler: Çünkü bu yapıldığı takdirde karşı tarafın zararına sebebiyet vermeyecektir[21].

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 1046. paragrafının ikinci fıkrası emredici değildir ve bu nedenle taraflar tahkim sözleşmesinde aksine hüküm koyabilirler. Taraflar sözleşme ile mevcut olan iddia veya savunmanın genişletilmesi veya da değiştirilmesi kurallarını daha katı ya da daha serbest hâle getirebilirler.

İddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi tahkim yargılamasının sonuna kadardır. Bunun anlamı tahkikatın bitiminden sonra sözlü yargılama aşamasına geçildiğinde iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi mümkün değildir[22]. Karşı tarafın bu konuda iznine ihtiyaç bulunmamaktadır. Hakem veya hakem kurulu bu gecikme ve değiştirmeyi değerlendirerek karar verecektir. Ancak karşı tarafın izninin tarafların tah-

---

19 THOMAS/PUTZO, § 1046 Rn. 9; STEIN/JONAS/SCHLOSSER, § 1046 Rn.4.

20 ZÖLLER Richard/GEIMER Reinhold, **Zivilprozessordnung**: **ZPO**, 34. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2022, § 1046 Rn. 3; PRÜTTING Hanns/GEHRLEIN Markus, **Zivilprozessordnung Kommentar**, 12. Auflage, Luchterhand Verlag, Köln, 2020, § 1046 Rn. 4-5.

21 BERGER Klaus Peter, **Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit**, De Gruyter Wissenschaftsverlag, Köln, 1992, s. 329-339.

22 **MünchKomm ZPO**/Münch, §1046 Rn. 20.

kim sözleşmesini de bu yönde değiştirmeleri anlamına gelmesi mümkündür. Çünkü bu kurallar emredici olmadığından ve taraflar tahkim sözleşmesi ile bu konuyu kendileri düzenleyebileceğinden, bunun yeni bir tahkim sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkündür[23]. Böylelikle gecikmiş iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesine izin verebilirler.

İddia veya savunma vasıtaları itirazlar, iddialar, deliller, delillere ilişkin itirazlar olabilir. Bunlar içinde takas itirazı dahil değildir. Çünkü bunun için her şeyden önce takas yolu ile ileri sürülmek istenen alacağın tahkim sözleşmesi kapsamında olması gerekir. Zaten takas hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda hüküm bulunmamaktadır. Keza karşı dava için de bu davanın taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi kapsamında olması gerekir.

ZPO §1046, 3'e göre, 1 ve 2. fıkra hükümleri karşı dava için de geçerlidir. Bizim kanunlarımızda karşı dava hakkında bir hüküm bulunmamakla birlikte aynı tahkim sözleşmesine tabi olmak şartıyla karşı dava açılabilir. İTOTAM Tahkim Kurallarında karşı davanın açılabileceği kabul edilmiştir (m.13). İTOTAM kurallarında tahkim talebine cevap ile birlikte karşı dava açılabilir[24]. Karşı dava ayrı olarak açılırsa, hakem veya hakem kurulu bu iki davayı koşulları mevcutsa birleştirerek karara bağlayabilir.

Hakemler önlerinde açılan bir davada davacının sözleşmedeki edimini yerine getirmeden dava açmış olması hâlinde, her iki tarafı eş zamanlı edaya mahkûm eden karar verebilmelidir. Burada hakem mahkemesinin ödemezlik def'i üzerine karar veremeyeceği söylenemez. Mahkemeler nasıl bu tür kararlar verebiliyorsa, hakem mahkemesi de aynı sözleşmeden doğan ödemezlik def'ini de dikkate alarak aynı anda her iki tarafı mahkûm eden karar verebilir[25].

3. Kurumsal Tahkim Kurallarında İddia veya Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi

İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Tahkim Kuralları m. 25/4'e göre;

---

23 **MünchKomm ZPO**/Münch, §1046 Rn. 22.

24 YAZICI Çiğdem, **Medenî Usûl Hukukunda Karşı Dava**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 334 vd. İsviçre hukuku için ayrıca bkz. NETZLE Stephan *in* SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 377 N. 10.

25 **MünchKommZPO**/MÜNCH, §1046 Rn. 37.

"4. Aksine anlaşma olmadıkça, taraflar, tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunmalarını değiştirebilir ve genişletebilirler. Ancak, hakem kurulu, bu işlemin gecikilerek yapılmış olduğunu; diğer taraf için haksız bir şekilde zorluk yarattığını veya uyuşmazlığın hal ve şartlarını dikkate alarak, böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir.

Bu düzenlemede, gecikmenin tek başına bir sebep olmak yerine, gecikme, diğer taraf için haksız bir şekilde zorluk yaratması veya uyuşmazlığın hâl ve şartları dikkate alınarak izin verilmeyebileceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre hakem kurulu gecikmenin diğer taraf için haksız biçimde zorluk yarattığı hâl ile uyuşmazlığın hâl ve şartlarını dikkate alarak değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilecektir. Kanaatimce buradaki düzenleme daha isabetli olduğu gibi, Model Kanun'daki düzenlemeye de uygundur. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemelerin de bu şekilde anlaşılması gerekecektir. Zira hakem ya da hakem kurulu her gecikme hâlinde izin vermeyecekse, tahkimde kural genişletme veya değiştirmenin yasak olmadığı değil, yasağın kural olduğu biçiminde uygulanacaktır. Bu ise kanun koyucunun amacı değildir.

İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kurallarının "*Yeni Talep Sonucu*" başlıklı 28. maddesine göre;

"*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında yeni bir talep sonucunda bulunulabilir. Ancak Tek Hakem veya Hakem Kurulu, yeni talep sonucunda bulunulmasında gecikildiğini veya yeni talep sonucunda bulunulmasının diğer taraf için haksız bir şekilde büyük bir zorluk yarattığını ve diğer hâl ve şartları dikkate alarak, yeni talep sonucunda bulunulmasına izin vermeyebilir.*

Buradaki yeni talep sonucu, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da düzenlenmiş olan iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi ile tam olarak örtüşmemektedir. Çünkü maddede düzenlenen "*yeni bir talep sonucunda bulunmak*" iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağının sadece bir kısmını karşılamaktadır. İddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi, yeni bir vakıanın daha sonra yargılamaya getirilmesi, talep sonucunun değiştirilmesi ve genişletilmesi bakımından da geçerlidir. Yeni bir talep sonucu ise, mevcut davaya yeni bir talep eklemek veya mevcut talebin tamamen değiştirilmesi biçiminde anlaşılabilir. Bu durumda tarafın yeni bir vakıa ileri sürmesi yasak kapsamında değerlendirilemeyecektir. Yeni vakıa ancak yeni

bir talebin ileri sürülmesini gerektiriyorsa yasak kapsamında değerlendirilmelidir.

ICC Tahkim Kurallarının 23. maddesinin 4. fıkrasına göre, görev belgesi imzalandıktan veya Divan tarafından onaylandıktan sonra, yeni talebin mahiyetini, tahkimin bulunduğu aşamayı ve diğer ilgili hususları göz önüne alacak olan hakem kurulu tarafından izin verilmediği sürece, taraflardan hiçbiri Görev Belgesi'nin sınırlarının dışında kalan yeni bir talepte bulunamaz. ICC Tahkim Kurallarında da iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi değil, yeni bir talepte bulunmaktan söz edilmiştir. Özellikle deliller bakımından hakemlerin her aşamada taraflardan yeni delil sunmalarını isteyebileceği kabul edilmiştir. ICC Kurallarının 25/5 maddesine göre, yargılamanın her aşamasında, hakem kurulu, taraflardan herhangi birinden ek delil sunmasını talep edebilir. Buradan tahkimde yeni delil sunulması ile iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesinin ayrı düzenlendiği ve kabul edildiği anlaşılmaktadır.

4. Taraflar Tahkimde İddia veya Savunmanın Genişletilmesi ya da Değiştirilmesini Kararlaştırabilirler

İddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesine ilişkin Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümler emredici nitelikte değildir. Zira her iki düzenlemede de "*taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça*" denilmiştir. O hâlde iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağını taraflar diledikleri gibi tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında düzenleyebilirler. Taraflar iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağını tamamen ortadan kaldırabilecekleri gibi, medenî usûl hukukuna benzer, hatta daha katı biçimdeki bir hüküm kabul edebilirler. Taraflarca düzenleme yapılmışsa, hakem yahut hakem kurulu, taraflarca kararlaştırılan hükme göre yasağı değerlendirmelidir.

Taraflar tahkim sözleşmesinden sonra da bu konuda düzenleme yapma imkânına sahiptirler. Özellikle görev belgesi düzenlenirken, iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi hakkında anlaşabilirler.

İddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesine hakem ya da hakem kurulunun izin vermeyeceği hâllerde, karşı tarafın izni öngörülmemiştir. Başka bir ifade ile yasak söz konusu ise, kural olarak karşı tarafın iznine gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak taraflardan birisinin iddia veya savunmasını değiştirmesi ya da genişletmesi üzerine diğer taraf buna izin

verirse, hakemlerin genişletilmiş ya da değiştirilmiş talep doğrultusunda inceleme yapıp karar vermesi gerekir[26]. Zira tahkimde taraf iradeleri üstün olup, tarafların tahkim yargılaması sırasında da böyle bir anlaşma yapmaları mümkündür. Bu durumda taraflar arasında adeta yeni bir tahkim sözleşmesi yapılmış olur. İddia veya savunmanın genişletilmesini veya değiştirilmesini her iki tarafın da istemesi mümkündür. Böylelikle her iki taraf zamanında ileri sürmediği iddia veya savunmalarını genişletme veya değiştirme imkânı bulacaktır. Bunun için hakemle yapılmış olan sözleşmenin de buna uygun olması gerekir. Ancak hakem bu yeni hâliyle uyuşmazlığa devam etmek zorunda olmayıp, çekinme hakkını kullanabilir[27]. Hakem veya hakem kurulu usûlî zaman çizelgesinde bu konuyu taraflarla birlikte kararlaştırabilir.

İddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesine izin verilirse, bununla ilgili ispat için gereken delillerin ibrazına da izin verilmelidir. Ancak bundan da önemlisi bu konuda karşı tarafa da savunma yapabilme kısaca hukukî dinlenilme hakkı tanınmalıdır. Bu tahkimde de geçerli olan hakemlerin her iki tarafa eşit davranma yükümlülüğünün bir sonucudur.

Hakem veya hakem kurulu, iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesini takdir ederken, bu takdir hakkını doğru kullanmalıdır. Hakem veya hakem kurulu takdir yetkisini açıkça doğru kullanmayarak, iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesine izin vermezse, bu durum hakem kararının iptali sebebi sayılır[28]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bendine dayanarak hakem kararının iptali istenebilir.

5. Tahkimde Islahın Yeri

Tahkimde iddia veya savunmanın genişletilmesi veya genişletilmesi yasak olmadığından, medenî usûl hukukundaki bu yasağın istisnalarından olan ıslah kurumuna başvurmaya da gerek yoktur[29]. Ancak Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla taraflar tahkim kurallarını serbestçe kararlaştırabileceklerinden (HMK m.424, 1), iddia veya savunmanın değiştirilme-

---

26 **Hk-ZPO**/SAENGER, § 1047 Rn. 9.

27 STEIN/JONAS/SCHLOSSER, § 1046 Rn. 4; **BSK-ZPO**-HABEGGER, Art. 373 Nr. 79.

28 ZÖLLER/GEIMER, §1046 Rn. 3; **Hk-ZPO**/SAENGER, § 1046 Rn. 3.

29 YILMAZ Ejder, **Islah**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 714; ÖZBAY/KORUCU, s. 101; ÖZBEK Mustafa Serdar, **Tahkim Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1286.

si veya genişletilmesi yasağını ve bununla birlikte ıslah kurumunun uygulanmasını tahkim sözleşmesinde kararlaştırabilirler.

Doktrinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 424. maddesinde, "*taraflar yargılama usulüne ilişkin kuralları kararlaştırmamışlarsa, hakem veya hakem kurulunun, tahkim yargılamasını, bu Kısmın hükümlerini gözeterek uygun bulduğu şekilde yürütür*" denilmesinin, hakemlerin ıslah hükümlerini de tahkimde uygulayacağı biçiminde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür[30]. Bu görüşe katılamıyorum, zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 424. maddesinde sözü edilen "*Kısım*", Tahkim başlığını taşıyan Onbirinci Kısım'dır. Bunun anlamı hakemler tahkim kurallarına uygun biçimde ve bu hükümleri gözeterek tahkim yargılaması yürüteceklerdir[31]. Böyle olunca da iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağı hakkında ıslah hükümlerinin uygulanacağı sonucu çıkarılamaz. Zaten tahkim hükümlerinde iddia veya savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasak olarak kabul edilmemiş, aksine kural olarak buna izin verilmiştir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 444. maddesinde "*Bu kısımda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanunun diğer hükümleri uygulanmaz*" denilmiştir. Buradan tahkimde iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağı hakkında hüküm bulunduğundan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki ve ıslaha ilişkin hükümlerin uygulanacağı sonucu çıkarılamaz. Bu konuda milli usûl kanunlarındaki hükümler geçerli değildir[32]. Bu nedenlerle taraflarca aksine bir sözleşme yapılmamışsa, tahkim ile ıslahın birlikte anılmasının isabetli olmadığı kanaatindeyim. Ancak tarafların tahkim sözleşmesi ile iddia veya savunmanın değiştirilmesi yasağını ve bunun istisnası olan ıslahı kararlaştırmaları teorik olarak mümkün ise de, tahkime başvurmak isteyen kişilerin mahkemelerde uygulanan yasakla ilgili hükümleri tahkime taşımaları ve yine istisnalarından ıslahın uygulanmasını kabul etmeleri karşılaşılabilecek bir durum değildir. Tahkim genellikle mahkemeler ve mahkemelerde uygulanan yargılama usûlü yerine, uyuşmazlığın tarafların belirleyeceği veya seçecekleri tahkim hükümlerine göre, karara bağlanması amacını taşır. Uyuşmazlığın çözümünü mahkemeye götürmek

---

30 ÖZBEK, s. 1288.

31 Taraflar tahkim yargılamasında uygulanacak olan usûle ilişkin herhangi bir belirlemede bulunmamışlarsa, hakem veya hakem kurulu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkimle ilgili hükümlerini gözeterek uygun bulduğu şekilde tahkim yargılamasını yürütür (TANRIVER, s. 422).

32 SCHWAB Karl Heinz/WALTER Gerhard/BAUMBACH Adolf, **Schiedsgerichtsbarkeit**, C.H.Beck, München, 2000, s. 172.

istemeyen tarafların, tahkime başvurmakla birlikte oradaki hükümleri tahkimde kabul etmeleri bir çelişki oluşturur[33].

Özbek'e göre, hakemler iddia ve savunmayı genişletme ve değiştirmeye sınır koymadan izin veriyorsa, doğal olarak ıslaha başvurmaya gerek kalmaz. Buna karşılık yazar, hakemler iddia veya savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesine yargılamanın belli bir kesitine kadar izin vermişlerse, ıslaha başvurmaya imkân tanınmasının uygun olacağı görüşündedir. Yazara göre, hakem ya da hakem kurulu, ıslah işleminin gecikerek yapılmış olduğu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığı ve diğer durum ve koşulları dikkate alarak ıslahla yapılan değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir (HMK m.428)[34]. Bu görüş de kabul edilebilir değildir. Zira ıslahın reddedilmesi hakkında belirtilen gerekçeler, tahkimde iddia veya savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi talebinin reddi hakkında geçerli kabul edilen gerekçelerdir. Islah gecikerek yapılsa da, diğer taraf için zorluk yaratsa da davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetli düşüncelerle yapıldığı deliller veya belirtilerle anlaşılmadıkça (HMK m.182) ıslah talebi kabul edilip dikkate alınmalıdır. O hâlde hakem veya hakem kurulu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre ıslahın uygulanmasını kabul etmiş ise, tahkim hükümlerine göre ıslahı reddedemez.

Yargıtay bir kararında tarafların hakem heyetine ıslah talebini kabul etmeme konusunda yetki tanınmasına göre, hakem heyetinin Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki iddia veya savunmanın genişletilemeyeceği ya da değiştirilemeyeceği hakkındaki 10 D maddesinin ikinci fıkrasına göre ıslah talebinin kabul edilmemesinin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir.

> "*... Bu belirlemelerden sonra davacının tahkim yolu ile ek dava açılamayacağına ilişkin temyiz itirazının incelenmesinde; taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinin de uygulanacak hukuk olarak Türk hukuku ve 1980 tarihli Uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler anlaşması (CISG) uygulanacağı kararlaştırılmış, tahkim heyetince de 18.04.2017 tarihli karar ile uygulanacak hukukun, Türk maddi huku-*

---

[33] Taraflar, uyuşmazlıklarını devlet mahkemelerinin görevinden çıkarıp tahkimi kararlaştırdıklarına göre, yargılamanın tahkim için öngörülen kurallara göre yürütülmesi esastır. Bu yüzden HMK hükümlerinin tahkim yargılamasında uygulanması ancak tarafların açıkça bu hususu kararlaştırmış olmalarına bağlıdır (YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunun Şerhi**, 4. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 5537).

[34] ÖZBEK, s. 1288.

kunun emredici kurallarına aykırı düşmeyen CISG hükümleri ile birlikte Türk maddi hukuku kuralları olduğunu belirlemişlerdir.

İTO tahkim yargılama Usûlüne ilişkin yönetmelik ve CISG'de ek dava ve kısmi dava ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu durumda HMK'da yer alan kısmi dava ve ek dava ile ilgili hükümlerin uygulanması gerekir.

Kısmi dava HMK'nun 109. maddesi hükmünde 'Talep konusunun niteliği itibariyle bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yolu ile ileri sürülebilir. Dava açılırken talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.' Şeklinde düzenlenmiştir. Davalı tarafından kesinleşen 13.08.2013 tarihli ilk tahkim heyeti kararına konu tahkime başvuru dilekçesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuştur. Bu durumda HMK'nun 109. Maddesi hükmü uyarınca zamanaşımı süresi içerisinde tahkime ek başvuru yapılması mümkündür.

4686 sayılı MTK'nun 10. Maddesinin (D) bendinin 2. fıkrasında 'Taraflar, aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler. Ancak, hakem veya hakem kurulu, bu işlemin gecikerek yapılmış olduğunu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığını ve diğer hâl ve şartları dikkate alarak böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir.' Hükmü gereği hakem heyetine ıslah talebini kabul etmeme konusunda yetki tanınmasına göre ilk hakem heyeti tarafından yapılan ıslahın kabul edilmemesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Davalının tahkime yapmış olduğu ilk başvuru dilekçesinde açıkça talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat etmediği gibi ayrıca fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak talepte bulunmasına göre bakiye alacak isteminde bulunması hukuken mümkün bulunmamaktadır'[35].

Bu olayda, İTO ve CISG hükümlerinde kısmî dava ve ek dava hakkında hüküm bulunmadığından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümlerin uygulanması kabul edilmiş ve fakat ıslah talebinin Milletlerarası Tahkim Kanunu hükmüne (m. 10 D 2) dayanarak reddedilmesi hukuka uy-

[35] Yargıtay 19. HD, 30.01.2020, 2954/154 (ÖZBEK, s. 1289).

gun bulunmuştur. Kanaatimce bu kararda da yukarıda hukuka uygun bulmadığımız gerekçelerle yapılan ıslah kabul edilmemiştir. Karardan tam olarak anlaşılmamakla beraber, ıslah talebinin reddi haklı olmakla birlikte, gerekçe olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10 D maddesinin ikinci fıkrası isabetli değildir.

Bölge Adliye Mahkemesi ise aksine Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10 D maddesini esas alarak ıslah hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir.

> "*4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun(MTK'nın) 10/D maddesinde "... hükmüne yer verilmiş olup, bu hüküm gereğince hakem heyetince ıslahın kabul edilip değerlendirmeye alınmasında bir isabetsizlik bulunmamıştır. Buna göre, iddia veya taleplerin genişletildiği ve ıslahın mümkün olmadığına ilişkin ileri sürülen iptal nedeniyle yerinde görülmemiştir*[36].

Bu kararda da Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10 D maddesinin 2. fıkrası hükmünü esas alan Bölge Adliye Mahkemesi'nin, bu maddede hiçbir şekilde düzenlenmeyen ıslaha göre değerlendirme yapılmasını hukuka uygun bulmasını isabetli bulmamaktayız. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10 D maddesinin 2. fıkrasında hiçbir şekilde ıslahın uygulanmasına izin verilmemiş, yasağın hangi sebeple kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. Eğer yasak kapsamına giren biçimde iddia veya savunma genişletilir veya değiştirilirse, bu maddede istisnalar arasında ıslaha hiçbir şekilde yer verilmemiştir.

---

[36] Ankara BAM 27. HD, 22.01.2020, 19/2 (ÖZBEK, s. 1287, dn. 385).

KISALTMALAR

Art. : Artikel

BAM : Bölge Adliye Mahkemesi

C. : Cilt

CISG : Viyana Satım Sözleşmesi

Çev. : Çeviren

dn. : Dipnot

HD : Hukuk Dairesi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

ICC : International Chamber of Commerce

İTO : İstanbul Ticaret Odası

İTOTAM : İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi

Karş. : Karşılaştırınız

m. : Madde

N. : No

Nr. : Nummer

RG : Resmî Gazete

Rn. : Randnummer

s. : Sayfa

S. : Sayı

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

vd. : Ve devamı

ZPO : Zivilprozessordnung

KAYNAKÇA

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 ("AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**").

AKINCI Ziya, **Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda İç Tahkim (m. 411-448) Paneli**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 30-43 ("AKINCI, **İç Tahkim**").

BERGER Klaus Peter, **Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit**, De Gruyter Wissenschaftsverlag, Köln, 1992.

DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2004.

HABEGGER Philipp, **Basler Kommentar**, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013 (**BSK-ZPO**-HABEGGER).

KARADAŞ İzzet, **Ulusal (İç) Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. II, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.

KURU Baki/AYDIN Burak, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

KÜÇÜK Alper Tunga, **Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

MÜNCH Joachim, **Münchener Kommentar, Zivilprozessordnung**, §§ 946-1086, C.H.Beck, München, 2008 (**MünchKomm ZPO**/MÜNCH).

NETZLE Stephan *in* SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

ÖZBAY İbrahim/KORUCU Yavuz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunun Çerçevesinde Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

ÖZBEK Mustafa Serdar, **Tahkim Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

ÖZSUNAY Ergun (Çev.), **UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılında Revize Edilmiş Şekliyle)**, İstanbul, 2014.

PEKCANITEZ Hakan, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku,** C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

PRÜTTING Hanns/GEHRLEIN Markus (Hrsg.), **Zivilprozessordnung Kommentar**, 12. Auflage, Luchterhand Verlag, Köln, 2020.

ROSENBERG Leo/SCHWAB Karl Heinz/GOTTWALD Peter, **Zivilprozessrecht,** 18. Auflage, C.H.Beck, München, 2018.

SAENGER Ingo, **Zivilprozessordnung Handkommentar**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2006 (**Hk-ZPO**/Saenger).

SCHNYDER Anton K., **Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht (IPRG)**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007 (**BSK IPRG**-Schnyder).

SCHWAB Karl Heinz/WALTER Gerhard/BAUMBACH Adolf, **Schiedsgerichtsbarkeit**, C.H.Beck, München, 2000.

STEİN Friedrich/JONAS Martin/SCHLOSSER Peter, **Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 9, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.

TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, Cilt II, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

THOMAS Heinz/PUTZO Hans, **Zivilprozessordnung**, C.H.Beck, München, 2009.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1967.

YAZICI Çiğdem, **Medenî Usûl Hukukunda Karşı Dava**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunun Şerhi**, 4. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 ("YILMAZ, **Şerh**").

YILMAZ Ejder, **Islah**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 ("YILMAZ, **Islah**").

ZÖLLER Richard/GEIMER Reinhold, **Zivilprozessordnung**: **ZPO**, 34. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2022.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1655-1677

ÇOCUKLARA ÖZGÜ ÖRGÜTLENME MODELİ: ÇOCUK DERNEKLERİ(*)

Prof. Dr. **İpek SAĞLAM**(**)
Arş. Gör. **İsmail DEDE**(***)

Öz: Çocuk dernekleri, Dernekler Kanunu'nda 2004 yılında gerçekleştirilen revizyon ile hukuk sistemimize dahil olmuş bir kurumdur. Bu revizyon, dayanağını Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 15. maddesinde bulmaktadır. Çocuk dernekleri Sözleşme'yi yapanlarca, çocukların kişisel görüşlerini kolektif bir şekilde aktarmasına hizmet eden organizasyonlar olarak tasarlanmıştır. Bir yönüyle aynı amaca yönelmiş çocuklara demokratik biçimde örgütlenme yetisi kazandıran bu dernek türü, diğer yandan tam ehliyetli tüzel kişi olarak girişeceği hukuki işlemlerle çocuk menfaatinin dolaysız biçimde gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Çocuk özerkliğinin tezahürü bakımından nadir olma özelliğini taşıyan bu derneklere yetişkinlerin üye olması yasaktır. Dolayısıyla çocuk derneği organlarında, tam ehliyetli gerçek kişiye rastlamak mümkün değildir. Dernekler Kanunu'nda düzenlenmiş olsa da hemen hemen hiçbir örneğine kolay kolay rastlanılmayan bu önemli dernek türü, kurulduktan sonra da infisah riski taşımaya devam etmektedir. Zira üyeler, çocuk statüsünü yitirdiğinde dernek üyelikleri sona ermektedir. Bu nedenle özellikle yönetim kurulunun oluşamaması gibi bir tehlike gündeme gelebilecektir. Devamlılığı tehdit eden bu ihtimallerin yanı sıra, dernek üyeliğinin üye çocuklara getireceği mali yük ve bunların çocuk mallarından karşılanıp karşılanmayacağı, dernek üyeliği için yasal temsilcinin rızasının gerekip gerekmediği gibi başlıklar da üzerine eğilmeye değer alanlar teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Hakları, Dernek, Çocuk Dernekleri, Çocuk Özerkliği, Ehliyet.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2022. Makale kabul Tarihi: 08.12.2022.

(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID: 0000-0002-3745-9347; *ipek.saglam@marmara.edu.tr*).

(***) Galatasaray Üniversitesi ve Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID: 0000-0002-1113-6806; *idede@gsu.edu.tr*).

CHILD-SPECIFIC ORGANIZATION MODEL: CHILDREN'S ASSOCIATIONS

Abstract: Children's associations have been included in our legal system with the revision made in the Act of Associations in 2004. This revision finds its basis in article 15 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Children's associations have been envisaged by the contractors as organizations that serve to convey the personal views of children collectively. On one hand, this type of association, it grants children the goal of enabling them to gather democratically and on the other hand it has the function of ensuring the realization of the interests of children both effectively and directly through legal transactions that could realized by as fully capacitated legal persons. It is forbidden for adults to be members of these associations, which are rare in terms of manifestation of child autonomy. Therefore, it is not possible to come across a fully competent natural person in the organs of the association. Although regulated in the Code of Associations Law, this unique type of association, continues to carry the risk of dissolution after its establishment because member children lose their child status, their association membership shall terminates. For this reason, there may be a danger, especially if the administrative board cannot be formed. In addition to these reasons the threat of putting an end to perpetuity, the financial burden of membership on the member children of the association and whether these costs will be covered by children's property, and if the consent of the parents will be required for membership to the association are also areas worth addressing.

Keywords: Child Rights, Association, Children's Associations, Child Autonomy, Competency.

I. ÇOCUK DERNEKLERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

1. Gerekler ve Hukukumuzdaki Adımlar

Çocuk haklarının etkili bir şekilde yürürlük bulması, hakların talep edilmesine bağımlıdır. Talep edilmeyen haklar, çoğunlukla ilgili makam tarafından nazara alınmaz. Bilindiği üzere, talepler topluca iletildiğinde, özgül bir ağırlık taşır. Bu nedendir ki, Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi[1] 21. maddede toplanma, 22. maddede ise örgütlenme özgürlüğünü teminat altına almaktadır. Yine aynı gerekçelerle İnsan Hakları Avrupa

[1] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Sözleşmesi[2] 10. maddede toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenlemektedir. Sayılan ve hukukumuzda da yürürlükte bulunan bu iki sözleşmenin ortak özelliği, çocuklar için özel hükümler içermemesidir[3]. Bu konudaki şüpheleri bertaraf etmek ve çocukların toplanma özgürlüğü ile dernek kurma özgürlüğünü teminat altına almak için Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi[4] (BMÇHS/ CRC) kuranlar madde 15'i tesis etmiştir:

> *"Madde 15: (1) Taraf Devletler, çocuğun dernek kurma ve barış içinde toplanma özgürlüklerine ilişkin haklarını kabul ederler. (2) Bu hakların kullanılması, ancak yasayla zorunlu kılınan ve demokratik toplumda gerekli olan ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni yararına olarak ya da kamu sağlığı ve ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla yapılan sınırlamalardan başkalarıyla kısıtlandırılamaz."*

Bu hüküm uyarınca Sözleşme'ye taraf devletler, çocukların dernek kurma özgürlüklerini kabul etmelidir. Çocuk haklarına dair taleplere ilişkin mekanizmaları güçlendirmek de taraf devletler için ayrı bir yükümlülük olduğundan, taraf devletler çocukların dernek faaliyetlerine katılım sağlamalarına imkan tanıyan yasal düzenlemeleri oluşturmalı ve hayata geçirmelidir[5].

Sözleşme'ye taraf devletlerden biri olan Türkiye, bu yükümlülüğü yerine getirmek için 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda tarihinde ilk kez çocuk derneklerine ilişkin düzenlemelere yer vermiştir:

---

[2] Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan Sözleşme 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 10 Mart 1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanun, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[3] Anayasa ve uluslararası temel metinlerde çocuklara özgü açıklamaların bulunmamasının çocukların bu haklardan mahrum tutulduğu anlamına gelmeyip onları da kapsadığı; ancak çocukların özellikleri göz önüne alınarak çocukları kapsayan, çocuklara özgü kuralların tesis edilmesinin çocuk haklarını koruma bakımından daha etkili bir yol olacağı hakkında bkz. SCHMAHL Stefanie, "The Right of the Child in Germany: The UN Convention on the Right of the Child and Its Implemention in National Law", **The Rights of the Child in a Changing World 25 Years After the UN Convention on the Rights of the Child,** (Edt. Olga Cvejic' Jančić), Springer, 2016, s. 128.

[4] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'yi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 9 Aralık 1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanun, 11 Aralık 1994 tarih ve 22138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[5] DALY Aoife, Article 15 The Right to Freedom of Association and to Freedom of Peaceful Assembly, Andre Alen, Johan Vande Lanotte, Eugeen Verhellen, Fiona Ang, Eva Berghmans, Mieke Verheyde and Bruce Abramson (Editör), **A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child,** Brill Nijhoff, Leiden Boston, 2016, s. 2.

"Dernek Kurma Hakkı- Madde 3: (4) Onbeş yaşını bitiren ayırt etme gücüne sahip küçükler; toplumsal, ruhsal, ahlakî, bedensel ve zihinsel yetenekleri ile spor, eğitim ve öğretim haklarını, sosyal ve kültürel varlıklarını, aile yapısını ve özel yaşantılarını korumak ve geliştirmek amacıyla yasal temsilcilerinin yazılı izni ile çocuk dernekleri kurabilir veya kurulmuş çocuk derneklerine üye olabilirler.

(5) Oniki yaşını bitiren küçükler yasal temsilcilerinin izni ile çocuk derneklerine üye olabilirler ancak yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar.

(6) Çocuk derneklerine onsekiz yaşından büyükler kurucu veya üye olamazlar."

Dernekler Kanunu'nun 3. maddesine ilişkin gerekçe incelendiğinde, dernek kurma hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesi doğrultusunda düzenlendiği ve onbeş ile onsekiz yaşları arasındaki ayırt etme gücüne sahip küçüklerin Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin öngördüğü gereğe uygun olarak dernek kurmalarına olanak tanındığı, görülmektedir. Şu halde Türkiye'nin çocuk haklarına ilişkin taleplerin topluca iletilmesinin taşıdığı öneme değer verdiği ve bu doğrultuda çocuk dernekleri mekanizmasını oluşturduğu sonucuna varmak mümkündür[6].

2. Çocuk Derneklerinin İfade Ettiği Anlam ve Taşıdığı Önem

Dernekler, kişi birliği niteliği tüzel kişi türüdür. Kişi birliği niteliği; gerçek veya tüzel kişilerin bir araya gelerek bu kişilerin ortak amaca yönelmelerini ifade eder. Ortak amaca yönelmiş, tüzel kişiliğe sahip dernek yapılanması, vakıf ya da sermaye şirketleri ile karşılaştırıldığında kişilerin üye sıfatının daha ağır bastığı ve üye görüşlerinin faaliyetler üzerinde daha etkili olduğu bir organizasyondur[7]. Çocuk derneklerinin taşıdığı önem de buradan

---

[6] Nitekim barışçıl toplanma ve dernek kurma özgürlüğüne ilişkin İnsan Hakları Konseyi'ne sunduğu raporundan anlaşıldığı üzere özel raportör de aynı görüştedir. Rapor için bkz: United Nations General Assembly, **A/HRC/26/29,** 14 Nisan 2014, § 49.

[7] KÖPRÜLÜ Bülent, **Medenî Hukukta Tüzel Kişiler Genel Kurallar-Dernekler-Tesisler-Örnekler,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 20; ÖZSUNAY Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 99; SEROZAN Rona, **Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 53; AKÜNAL Teoman, **Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler,** Beta, İstanbul, 1995, s. 49; ENGİN Baki İlkay, **Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi,** Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995, s. 20; DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, N 1217; OĞUZMAN

ileri gelmektedir. Dernekler K. m. 3'te düzenlenen çocuk dernekleri de şüphesiz ki gerçek kişilerden oluşan, tüzel kişiliğe sahip birliktir. Ancak derneklere ilişkin genel açıklamalardan ayrımlı olarak, bu kişi birliğinde tüzel kişiler ve çocuk statüsünü yitirmiş gerçek kişiler yer alamaz. Dernekler Yönetmeliği[8] 5. maddesinde bu durumu açıkça yinelemektedir.

Çocuk dernekleri, çocukların hak temelli istemlerinin toplu olarak aktarılmasına olanak tanır. Hak temelli istemler ise dernek amacına uygun olma koşuluyla, derneğe üye olan çocukların görüşleri ve istemleridir. Bu itibarla, gündelik yaşamında velayet ya da vesayet altında bulunan sınırlı ehliyetsizlerin, seslerini buldukları tam ehliyetli bir organizasyondur. Gerçekten de dernekler, kendilerini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız ayrı bir hukuk süjesidir. Çocuk derneklerinin üyeleri, sınırlı ehliyetsiz olsalar da onların üyesi olduğu dernek, haklarını serbestçe kullanabilen ve kendisini eylemleri ile borç ve sorumluluk altına sokabilen bağımsız bir aktördür. Kısacası, tam ehliyetli kişidir.

Çocuk derneklerinin taşıdığı önemi aktarabilmek için çocuk ombudsmanlığı ve çocuk barolarının oluşumundan da söz etmek gerekir. Çocuk haklarının gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesine katkı sunan çocuk ombudsmanlığı veya çocuk baroları önerisinde öngörülen hak savunucularının da tam ehliyetli gerçek kişilerden teşekkül ettiği gerçeği, bu kurumların çocuk özerkliğinin tam anlamıyla karşılık bulduğu kurumlar olmadığını göstermektedir. Gerçekten de çocuk ombudsmanlığı veya çocuk barolarında yer alması tasarlanan hukukçular, çocuk nitelemesi dışında kalırlar. Bu kurumlar ve kurumlarda yer alan kişiler çocuk haklarının kullanılması amacına hizmet etseler de çocukların iradelerini doğrudan, serbestçe dışa vurmalarını sağlayacak bir kanal olamaz[9]. Şu hâlde çocuk dernekleri, çocuk özerkliğinin herhangi bir yetişkinin tahakkümü altında bırakılmadığı belki de yegane oluşumdur.

M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, N 1029; SCHERRER Urs, "ZGB Kommentar Art. 60", **OFK-Orell Füssli Kommentar,** (Hrg. Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER), 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2021. N 1; RIEMER Hans Michael, **Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen (Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht),** Stämpfli Verlag AG, Zurich, 1990, s. 300.

8 31.03.2005 tarih ve 25772 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış yönetmelik.

9 YÜCEL Özge, "Çocuğun Bağımsız Temsilinde Farklı Bir Yol: Çocuk Savunmanlığı ve Çocuk Baroları", **Terazi Hukuk Dergisi,** C. 9, S. 100, 2014, s. 153.

Çocukların, eşitlik prensibinin yürürlük bulduğu dernek çatısı altında görüşlerini özgürce oluşturmalarının yanı sıra, bu görüşleri diledikleri gibi yayma imkanına sahip olmaları da çocuk özerkliğini iyiden iyiye pekiştirir. Zira, çocukların üyesi olduğu dernek tam ehliyetli bir tüzel kişidir. Çocuk derneği, çocuklardan ayrı, ehliyet kısıtlaması bulunmayan bir kişi olarak kamuoyunda göz ardı edilemez[10]. Böylelikle, derneğin amacı ile bağlantılı konularda çocukların görüş oluşturma, katılma ve görüşlerini açıklama hakları güvence altına alınmış olur[11]. Bunun yanı sıra; dernek amacına uygun biçimde kendisini borç altına sokabilen hukuki işlemler dahi gerçekleştirebilir. Ancak bir kez daha altını çizelim ki borç altına girecek olan çocuk derneği tüzel kişisidir. Dernek üyesi sınırlı ehliyetsiz çocuk, borç altına girmez[12].

Kişilerin serbest iradelerine uygun olarak hukuki işlem kurduğu, kısacası sözleşme özgürlüğü prensibinin şekillendirdiği hukuk sistemimizde, çocukların ortak amaca yönelmiş hür iradelerinin veli ya da vasi filtresinden geçmeksizin hüküm ve sonuç doğurmaya elverişli olarak kabul edilmesi cezbedici olsa da çocuk dernekleri yaygın bir biçimde kurulamamakta ve hatta kurulan dernekler de birtakım sürdürülebilirlik sorunu taşımaktadır. Takip eden başlıkta çocuk derneklerinin yaygınlaşmasının önünde duran olumu ve olumsuz faktörler ele alınacaktır.

3. Yaygınlık ve Yaygınlığa Engel Faktörler

Çocuk dernekleri, çocuğun özerk biçimde görüşlerini oluşturmasını teminat altına alırken, görüşlerinin yayılması ile kamuoyu oluşturulmasına katkı sunsa da ülkemizde çocuk derneklerinin yaygın biçimde faaliyet gösterdiğini düşünmek hayalcilik olur. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin Dernekler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından sırasıyla 18.07.2011 ve 15.02.2021 tarihinde yayımlamış olduğu Türkiye raporları bunu gözler önüne sermektedir. Bu raporlar incelendiğinde 18.07.2011 tari-

---

[10] DALY, s. 3.

[11] DALY, s. 4-5; SEROZAN Rona, **Çocuk Hukuku**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 302; ÖCAL APAYDIN Bahar/HIŞIM Selin, "Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı", **Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması**, (Edt. Aslı MAKARACI BAŞAK/Seda ÖKTEM ÇEVİK/Gülen Sinem TEK) Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 290-291.

[12] SAĞLAM İpek, Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995, s. 5-6; AKÜNAL, s. 15.

hinde[13] Türkiye'de 11 adet çocuk derneğinin faaliyet gösterdiği ve 15.02.2021 tarihinde ise[14] bu sayının ancak 16'ya eriştiği ortaya çıkmıştır.

Çocuk derneklerinin potansiyel etkililiği ve taşıdığı öneme tezat sayılarla karşılaşmamızın ardında olumsuz faktörlerin yanı sıra olumlu faktörler de bulunmaktadır. Olumlu faktörlerden başlamak gerekirse; çocuklar, gündelik yaşamlarındaki gereksinimlerini daha çok yasal temsilcileri eliyle karşıladıklarından, çocukların toplanma ve kolektif talepte bulunma ihtiyacını taşımadıkları söylenebilir[15]. Gerçekten de Medeni Kanun'daki velayet ve vesayet kurumları çocukların gündelik ihtiyaçlarının karşılanması amacına hizmet etmektedir. Bu kurumlar, kanunun öngördüğü şekilde işlediğinde çocukların teorikte toplanmasını gerektiren alanların hayli azalacağını kabul etmek gerekir. Bir diğer olumlu faktör de sosyal devletin çocukların ihtiyaçlarının karşılanmasında doğrudan ve dolaylı olarak devreye girmesidir.

Olumlu faktörlerin karşısında bazı olumsuz faktörler de çocuk derneklerinin kurulmasını ve faaliyetlerini sürdürmesini engelleyebilmektedir. Bunların başında çocukların ekonomik açıdan güçsüz ve bağımlı durumda olmaları gelmektedir. Her ne kadar üyelerin derneğe sermaye getirme borcu bulunmasa da derneğin kuruluşu, işleyişi aşamalarındaki giderlerin çocuklar tarafından karşılanabilmesi her zaman kolay değildir[16]. Diğer bir olumsuz faktör de devletlerin çocukların dernek kurma özgürlüklerini kolaylaştırmak için yasama faaliyetinde bulunmamasıdır[17]. Gerçekten böyle kolaylaştırıcı bir tutumun sergilenmediğini Dernekler Kanunu üzerinden takip etmek mümkündür. Zira Dernekler Kanunu m. 3, çocuk derneklerine üyelik, dernekte alınabilecek görevler ve çocuk derneklerinin amaçlarına ilişkin hüküm barındırmanın ötesine geçememektedir. Dernek tüzüğünü yazma, dernek amacının seçimi, dernek merkezinin belirlenmesi, gerekli belgelerin tespiti ve teslimi gibi çocuklar için hayli karmaşık bürokraside hiçbir ölçüde gevşeme sağlanmamıştır. Çocuk dernekleri için kamuya yararlı dernek statüsü bahşedilmemiş veya vergi ayrıcalığı da tanınmamıştır. Çocukların dernek kurma yolunda yetişkinlerle aynı koşullara tabi tutulması derneklerin yaygınlığını azaltmakla birlikte, yetişkinlerin çocuk derneklerinin kuruluş aşa-

---

13 CRC/C/TUR/2-3, §45.

14 CRC/C/TUR/4-5, §64.

15 DALY, s. 2-3.

16 DALY, s. 2.

17 DALY, s. 2.

masına dahil olma ihtimalini ve aynı zamanda rizikosunu da gündeme getirebilecektir. Şüphesiz ki bu ihtimal başlı başına çocukların haklarını ve menfaatlerini ihlal etmese de çocukların özerkliğine gölge düşürebilecektir.

Kuruluşa engel olabilecek olumlu ve olumsuz faktörler de hesaba katıldığında, çocukların özgürce oluşturdukları görüşleri yaymalarını sağlayan özerk çocuk derneklerinin, istisnai ve önemli olduğu sonucu değişmez. Bu önem doğrultusunda devam eden başlıkta çocuk derneklerinin amacı meselesi incelenecektir.

II. ÇOCUK DERNEKLERİNE İLİŞKİN AMAÇ TARTIŞMALARI

Dernekler, Anayasa ve kanunla açıkça yasaklanan amaçlarla ve konusu suç teşkil eden eylemleri gerçekleştirme amacıyla kurulamaz. Dernekler Kanunu m. 30 ve TMK m. 56 bir arada incelendiğinde, kural olarak kazanç paylaşma amacı dışındaki amaçlarla dernek kurulabileceği sonucuna varmak mümkündür. Bu durum, şüphesiz ki irade serbestisi ilkesinin bir sonucudur. Çocuk dernekleri söz konusu olduğunda, dernek amacı hakkında bir sınırlamanın bulunup bulunmadığı meselesi Dernekler Kanunu m. 3 lafzı nedeniyle tartışmaya açılmış durumdadır. Söz konusu hüküm aşağıdaki gibidir:

> *"Dernek Kurma Hakkı- Madde 3: (4) Onbeş yaşını bitiren ayırt etme gücüne sahip küçükler;* ***toplumsal, ruhsal, ahlakî, bedensel ve zihinsel yetenekleri ile spor, eğitim ve öğretim haklarını, sosyal ve kültürel varlıklarını, aile yapısını ve özel yaşantılarını korumak ve geliştirmek amacıyla*** *yasal temsilcilerinin yazılı izni ile çocuk dernekleri kurabilir veya kurulmuş çocuk derneklerine üye olabilirler."*

Hükmün lafzından hareket eden bir görüş, çocuk derneklerinin, Dernekler Kanunu m. 30 ve TMK. m. 56'dan ayrımlı olarak bir amaç sınırlamasına tabi tutulduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu görüşe göre yasa koyucu Dernekler Kanunu m. 3 ile TMK. m. 56'da yer alan *"kazanç paylaştırma amacı dışında*(ki)*"* amacı somutlaştırmıştır. Bu somutlaştırma doğrultusunda işaret edilen amaçlar dışında çocuk derneğine amaç seçmek mümkün değildir[18]. Yasada seçilebilecek amaca ilişkin ifadelerin kapsayıcı ve genel kavramlardan oluşması ve çocukların katılım hakkını teminat altına alırken onların birincil menfaatlerini koruma gereği dikkate alınarak bu görüşe katılmak pekala mümkün olabilir.

---

[18] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, N 1130; DURAL/ÖĞÜZ, N 1248.

Ancak bu yorumun çocukların menfaatine olabilecek bazı amaçlarla bir araya gelmelerinin önünde engel teşkil etmesi de muhtemeldir. Bu yönüyle böylesi bir yorum, çocuk derneklerinin yaygınlığını etkileyen olumsuz faktörler hanesinde kendisine yer bulabilecektir. Ancak çocuk derneklerinin amacına hiç sınırlama getirilemeyeceği düşünülmemelidir. Böyle bir sınırlama yine yapılabilir, ne var ki böylesi bir sınırlama Anayasa'nın 13. maddesine uygun olarak kanunda öngörülmeli ve genel nitelik taşımalıdır. Dernekler Kanunu incelendiğinde ise amaç bakımından bir sınırlama ibaresinin yer almadığı ve bu sonuca ters lafzi yorum aracılığıyla varıldığı görülmektedir. Sınırlama, meşru bir amaç çerçevesinde hakkın özüne dokunulmadan ortaya konulmalıdır. Mevcut düzenlemenin hakkın özüne dokunup dokunmadığı BMÇHS m. 3 uyarınca çocuk menfaatini odağa alınarak incelenmelidir[19]. Şu halde Dernekler Kanunu m. 3 hükmünde işaret edilen amaçların sınırlı sayı niteliğinde olmadığı, örnek türünden sayım niteliğinde olduğu sonucuna varmak mümkündür, ki bu sonuca ulaşmak çocuk özerkliğini teminat altına alabilmek açısından ziyadesiyle önemlidir.

Uluslararası toplulukta amaçla bağlantılı olarak tartışılan üç meseleye burada değinmek faydalı olabilir. Bunlar çocukların sendikaya üye olmasının veya çocuk sendikası kurulmasının mümkün olup olmadığı, çocukların LGBTİ+ hareketi ile ilgili konular için toplanma ve dernek kurma özgürlüğünü kullanıp kullanamayacağı ve çocuk derneklerinin siyasi partiye özgü faaliyetlerle iştigal edip edemeyeceğidir.

Çocuk sendikaları ile ilgili olarak ILO temsilcisi, BMÇHS m. 15'in yalnızca çocuk derneklerine üye olmayı kapsamadığını, bunu da aşan bir şekilde işçi sendikalarına da üye olma hakkını kapsadığının altını çizmektedir[20]. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (Sendika K.) incelendiğinde, on beş yaşını dolduran çocuk işçilerin de sendikaya üye olmasının mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır (m. 17). Bu imkan, ILO'nun konuya yaklaşımı ile uyumludur. Ancak, ilgili mevzuat incelendiğinde sadece çocukların üye olabileceği bir çocuk sendikası kurulmasının mümkün olmadığı görülebilecektir. Zira, Sendika K. m. 6 incelendiğinde sendika ku-

---

[19] BMÇHS m. 3'ün kendiliğinden icra edilebilirliği ve Türk hukukundaki yeri için bkz. DEDE İsmail, **Çocuğun Velayet İlişkisinden Kaynaklanan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 53.

[20] Technical Review, **Comment by the International Labour Organization** (Doc E/ CN.4/ 1989/ WG.1/ CRP.1)**,** §24, 1988. Aynı yönde bkz. DALY, s. 39.

rucusu olmak için tam fiil ehliyetine sahip olma koşulu aranmaktadır[21]. Bu hükme aykırı biçimde çocuk sendikası kurulması yoluna girildiğinde, derneklerin serbest kuruluş prensibi gözetilerek bu oluşumların tahvil yoluyla çocuk işçileri koruma amaçlı bir çocuk derneğine evrilmesi yolu açık tutulabilir ve bu nitelikteki kişi birlikleri tüzel kişilik himayesinden de mahrum bırakılmamış olur. Böylesi bir tutum çocuk menfaatinin birincilliği ilkesine uygun olduğu gibi, Dernekler Kanunu m. 3'te sayılan çocukların varlıklarını gerçekleştirme amaçları ile de paralellik taşıyacaktır. Tabii tahvil kurumu devreye sokulurken, çocuk derneği kurmanın asgari koşullarının sağlanıp sağlanmadığı ve sendika kurmak isteyenlerin iradelerinin bu sendikanın kurulamayacağını bilselerdi çocuk derneği olarak faaliyet gösterme yönünde olup olmadığı dikkatle ele alınmalıdır.

Yukarıda bahsedildiği gibi ikinci tartışmalı alan ise LGBTİ+ hareketle ilgili konuların çocuk derneklerine amaç olarak seçilip seçilemeyeceğidir. Sözleşme'ye taraf devletlerin pek çoğunda LGBTİ+ hareketi, on sekiz yaşın altına kapalı bir alan olarak tutulmaktadır[22]. Çocukların LGBTİ+ hareket ile ilgili ereklerle barışçıl toplanması ve dernek kurması genel olarak reddedilmektedir. Bunun gerekçesi olarak ise "çocukların üstün yararı" ileri sürülmektedir. Buradaki sorun çocuk menfaatinin, yarar kisvesi altında örselenmesi riskidir. Çocuk menfaatinin üstünlüğü ilkesi, çocuğun temel hakları için bir silah haline dönüştürülmemelidir. Bu durumu gözeten Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, genç LGBTİ+'ların tanınması, korunması, korumanın kapsamına toplanma ve dernek kurma haklarının dahil edilmesi gerektiğini ileri sürmüş ve bunun aksine davranan üye devletleri kınadığına ilişkin bir rapor yayımlamıştır[23]. Tüm bu açıklamalar ışığında Anayasa'da yer alan *"kendini geliştirme hakkı"*, Dernekler Kanunu'nda öngörülen "(çocukların) *varlığını geliştirme amacı*", derneklerin kurulmasında serbestlik prensibi ile birlikte okunduğunda bahsi geçen türden amaç-

---

[21] Sendika K. m. 6/f.1: *"Fiil ehliyetine sahip olan ve fiilen çalışan gerçek veya tüzel kişiler sendika kurma hakkına sahiptir."*.

[22] DALY, s. 57.

[23] Office of United Nations High Commisioner for Human Rights, **Discriminated and Made Vulnerable:**

Young LGBT and Intersex People Need Recognition and Protection of Their Rights - International

Day Against Homophobia, Biphobia and Transphobia (17 Mayıs 2015), https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15941&LangID=E (erişim tarihi: 24.09.2021).

ların çocuk derneklerinin tüzüklerinde amaç olarak seçilebilmesi ihtimalini doğurmaktadır. Ancak ulaşılan bu sonucun, çocuk menfaatinin üstünlüğü ilkesi ile uyum içinde olması gerektiğinin altını bir kez daha çiziyoruz.

Çocuk derneklerinin siyasi parti veya siyasi partinin alt kolu şeklinde örgütlenmesinin söz konusu olup olamayacağına ilişkin sorunun çözümü ise 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 11. maddesinin ilk fıkrasında yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca, siyasi partiye üye olabilmek için on sekiz yaşını doldurmuş olmak bir ön koşuldur. Bu açık düzenlemeye ek olarak, çocuk derneklerinin siyasi parti şeklinde örgütlenmelerinin dernekler bakımından yürürlükte bulunan *ultra vires* yasağı gereği mümkün olmadığı sonucuna varılmalıdır[24]. Ne var ki, yukarıda tahvil kurumuna ilişkin sunduğumuz açıklamayı burada da ele almalıyız. Siyasi parti olarak örgütlenmek isteyen çocukların iradeleri, ortak amaç doğrultusunda ayakta tutulabiliyorsa ve bu amaca uygun olarak zorunlu organlar oluşturulabiliyorsa söz konusu kişi birliği, çocuk derneği olarak ayakta tutulabilmelidir.

Çocuk derneklerine seçilebilecek ve bu tip bir derneğin ruhuna şekil verecek amacın sınırlı bir kategoriden seçilmesinin zorunlu olup olmadığı ve üzerinde tartışmaların sürdüğü amaçların ele alınmasının hemen ardından, aşağıda çocuk derneklerinin işleyişi ve sürdürülebilirliği sorunları sırasıyla incelenecektir.

III. ÇOCUK DERNEKLERİNİN SÜRDÜRÜLEBİLİRLİĞİ SORUNU

Amacın belirlenmesinin yanı sıra, çocuk derneklerinin kurulması ve sürdürülebilirliğine ilişkin de olası birçok sorun karşımıza çıkmaktadır. Bunları derneğin kuruluşundaki bürokrasi engeli, derneğe üye olmanın koşulları, çocuk derneklerinde üye devinimi zorunluluğu ve derneğin infisah rizikosu olarak sıralamak mümkündür. Bu başlık altında derneklerin kurulmasını ve sürdürülebilirliğini olumsuz yönde etkileyebilecek meseleler ele alınacaktır.

---

[24] ENGİN, s. 20; SAĞLAM İpek, "Opinion on Legal Entity - Sustainability Nexus", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 2020-2, 2020, s. 1115; SAĞLAM İpek, "Ultra Vires Anlayışının Dernekler Hukukundaki Yeri ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları III - Dernekler ve Vakıflar,** (Edt. Baki İlkay ENGİN), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 202, s. 209 vd.

1. Kuruluştaki Bürokrasi Yoğunluğu

Çocuk derneklerinin kuruluşu, diğer derneklerin kuruluşu ile aynı esaslara tabidir. Çocuk derneklerinin de kuruluş aşamasında; dernek tüzüğünün yazımı gerekir. Dernekler Kanunu m. 4 ve Türk Medeni Kanunu m. 58 uyarınca tüzük; derneğin adını, amacını, gelir kaynaklarını, üyelik koşullarını, organlarını, örgüt şemasını ve geçici yönetim kurulunu içermelidir. Tüzük yazımından, kuruluş belgelerinin mahallin en büyük mülkî amirlerine teslimine değin uzanan bürokratik işlemleri gerçekleştirmesi gereken kişiler Dernekler Kanunu m. 3, IV uyarınca, on beş yaşını bitirmiş ve on sekiz yaşını doldurmamış küçüklerdir. Gündelik yaşamlarında daha yalın hukuk işlemler için dahi yasal temsilcilerinin dahil olmasının arandığı kanuni düzenlemeler karşısında, dernek kuruluşuna ilişkin yoğun bürokrasiyi çocukların tek başına aşabileceklerini düşünmek hayli güçtür.

Derneğin merkezi de Dernekler Kanunu m. 4/ f. I, a uyarınca Tüzükte belirlenmelidir. Kural olarak kendi yerleşim yeri bulunmayan çocukların dernek merkezi belirlemesi zorunluluğu ve bu yükümlülükten muaf olmamaları dernek kurma hakkını baltalayabilecektir.

Tüzel kişiliğin kazanımına kadar geçen süreçteki zorluklar, tam ehliyetli kişilerin derneğin kuruluşu aşamasında devreye girmesine ve müdahalede bulunmasına sebebiyet verebilir. Bu durum başlı başına bir sorun teşkil etmese de çocuk derneklerinin çocuk özerkliğinin yansıması olduğu gerçeğine gölge düşürebilecektir. Ortaya konulanlar ışığında çocukların dernek kurma hakkının kısıtlamalara maruz kalmaksızın kullanılabilmesi amacıyla, çocuk derneklerinin özellikle kuruluş aşamasına kolaylaştırıcı düzenlemeler getirilmesi gereklidir[25].

Çocuk derneklerinin kuruluşu kadar, hukuk süjesi olarak varlığını sürdürebilmesi de çeşitli zorluklar içerir. Kişi birliği niteliğindeki organizasyon, üye devinimi sağlayamadığı takdirde dernek üyesiz kalabilir ya da yönetim kurulu teşekkül edemeyebilir. Bu ihtimallere binaen çocuk derneklerine üyeliğin koşulları, üyelik sıfatının kaybı ve üye devinimi önündeki engeller ortaya konmalıdır.

---

[25] DALY, s. 56.

2. Kurucu ve Üye Olma Koşulları

Çocuklar belirli bir zihinsel olgunluğa ulaşıncaya değin, ayırt etme gücü bulunmayan, yaptıklarının sebep ve sonuçlarını öngöremeyen, bu sebeple de hareketlerinin sonuçlarından sorumlu tutulmaması gereken küçükler sınıflandırması içinde yer alacaklar ve tam ehliyetsiz olacaklardır. Şu husus da unutulmamalıdır ki ayırt etme gücü, her bir somut hukuki ilişki açısından ayrı ayrı düşünülmelidir. Tam ehliyetsizler her türlü hukuki işlem veya haksız fiilden kural olarak sorumlu tutulamazlar. Bir çocuk için tam ehliyetsizlikten sınırlı ehliyetsizliğe geçiş için kanunda belirlenmiş bir yaş sınırı yoktur. Sınırlı ehliyetsizler olarak nitelendirdiğimiz ayırt etme gücü bulunan ancak erginliğe ulaşmamış olan kişiler ise; haksız fiillerinden sorumlu tutulan, kendileri için kazandırıcı olan işlemleri yapabilen ve şahsa sıkı surette bağlı olan hakları tek başına kullanabilen ancak kendilerini borç altına sokan işlemleri gerçekleştirebilmek için yasal temsilcilerinin rızasına muhtaç olan kişilerdir. Türk Kanun Koyucusu da çocuk derneklerinin kurucusu olabilmek, yönetim ya da denetim kurullarına seçilebilmek için asgari 15 yaş şartını, kurulmuş bir çocuk derneğine üye olabilmek için de asgari 12 yaşın tamamlanması şartını getirerek, çocuk derneklerinin tam ehliyetsizlerden değil, sınırlı ehliyetsiz kişilerden oluşturulabileceğini düzenlemiştir. Çocuk derneklerine ilişkin temel düzenlemenin yer aldığı Dernekler Kanunu m. 3/ f. VI uyarınca on sekiz yaşından büyükler çocuk derneği kuramaz veya çocuk derneklerine üye olamaz. Dernek bünyesine ancak on iki yaşından büyük, on sekiz yaşından küçük kişiler katılım gösterebilir. Kanun koyucu çocuk derneklerinde kurucu olma, üye olma ve belli organlarda yer almayı çeşitli yaş gruplarına göre düzenlemiştir. Dernekler Kanunu m. 3 incelendiğinde bu yaş gruplarını 0-12 yaş, 12-15 yaş, 15-18 yaş şeklinde sınıflandırmak mümkündür[26].

Buna göre birinci yaş grubunda yer alan on iki yaşını bitirmemiş küçükler çocuk derneklerine üye olamaz. İkinci kategoriyi teşkil eden on iki yaşını bitiren ancak on beş yaşını doldurmamış küçükler ise çocuk derneklerine üye olabilirler. Ancak bu yaş kategorisindeki küçükler, derneğin kurucuları arasında yer alamazlar. Keza derneğin zorunlu organlarından olan yönetim ve denetim kurulunda görev alamazlar. On iki yaşını bitirmiş, on beş yaşını doldurmamış küçükler zorunlu organlardan genel kurulda yer alabilirler. Nitekim bu durum, genel kurula hâkim olan eşitlik prensibinin bir sonucu-

---

[26] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, N 1029-1030.

dur[27]. Dernekler Kanunu m. 3/ f. V; on iki yaşını bitirmiş on beş yaşını doldurmamış küçüklerin sadece hangi organlarda görev alamayacağını açıkça düzenlediği için, bu yaş aralığındaki küçüklerin tüzükte öngörülen ihtiyari bir organda görev alabileceğini kabul etmek gerekir. Bu yaş grubundaki küçükler, yönetim kurulunda görev alamasa da yönetim kurulunun yetkilendirmesi ile yönetim kurulunu temsil edebilir. Zira, temsilci sıfatını taşıyan küçüğün gerçekleştireceği işlemlerden kural olarak şahsi sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Üçüncü kategoriyi oluşturan on beş yaşını bitirmiş on sekiz yaşını doldurmamış küçükler; çocuk derneklerinde her kademede yer alabilen gruptur. Bu yaş grubunda yer alan çocuklar, derneğin kurucusu olabilecekleri gibi derneğin her türlü organında faaliyet gösterebilirler. Hatta yönetim ve denetim kurullarında yer alabilecek yegâne üye kesimini oluşturur.

Derneğin kurucusu olmak ya da kurulmuş bir derneğe üye olmak, temelinde sözleşme ilişkisi bulunan bir hukuki işlemdir. Derneğin kurucuları ikiden fazla kişinin yer aldığı çok taraflı sözleşmeye taraf olurken; kurulmuş olan derneğe üye olmayı hedef tutan sözleşme, iki tarafı bulunan bir hukuk işlemdir. Yukarıda sınırlı ehliyetsiz olduğu vurgulanan sınıf, hukuk sahnesinde kendi fiilleri ile borç altına giremezler. Yaptıkları işlemler noksanlık taşır. Hukuki işlemleri yasal temsilcileri rıza verene kadar askıdadır. Yasal temsilcilerinin rızası ile yaptıkları işlemlerin tamamlanması gerekmektedir. Rıza verildiğinde işlem baştan itibaren geçerli hale gelir ve sınırlı ehliyetsizi bağlar. Bu esas, çocuk derneği kurma veya çocuk derneğine üye olma aşamasında da yürürlüktedir. Keza Dernekler Kanunu m. 3 f. IV-V, bu hususu açıkça düzenlemiştir. Dernekler Kanunu m. 3 f. V uyarınca, on iki yaşını bitirmiş sınırlı ehliyetsizler yasal temsilcilerinin izniyle çocuk derneğine üye olabilirler. Daha doğru bir anlatımla, yasal temsilcinin rızasıyla askı durumu ortadan kalkar ve üyelik sözleşmesi çocuğun iradesini açıkladığı an itibarıyla geçerli bir işlem olarak muamele görür. Yasa koyucu, bu fıkrada iznin açıklanması ile ilgili herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Oysa Dernekler Kanunu m. 3 f. IV daha farklı bir düzenleme barındırmaktadır. Söz konusu hükme göre, on beş yaşını bitirmiş olan sınırlı ehliyetsizlerin dernek kurmaları ve derneğe üye olabilmeleri için yasal temsilcilerinden mutlaka yazılı bir izin alması gerekmektedir. Kanunun, on beş yaşını dolduranların özellikle yönetim kurulunda yer almalarından kaynaklanan sorumluluğun ağırlığını

[27] AKÜNAL, s. 84; ÖZSUNAY, s. 170; SEROZAN, 1994, s. 62-63.

nazara alarak, görece daha olgun yaş grubu için görece daha sıkı bir şekil şartı aradığı sonucuna varmak mümkündür. Bu çerçevede, sadece genel kurulda yer almaktan başka görev üstlenmeyen on beş yaşını doldurmuş bir üyenin yasal temsilcisinin vermiş olduğu iznin yazılı olmadığı gerekçesiyle üyelik sözleşmesinin geçersiz olduğu yönündeki sav teleolojik redüksiyonla devre dışı bırakılmalıdır. Amaca uygun bu yorum, aynı zamanda çocuğun BMÇHS m. 15'te yer alan hakkını da teminat altına almaktadır.

Çocuğun dernek kurma ve dernek üyeliğine ilişkin tüm hukuki işlemlerinde, yasal temsilcinin götürü olarak rızasının aranmasını yerinde bulmayan bir görüşe rastlamak da mümkündür. Bu görüş; mevcut yasal düzenlemelerin çocuğun korunmasını hedef tuttuğunu kabul etmekle beraber, götürü biçimde yasal temsilcinin onamının aranmasını BMÇHS m. 15'in yürürlük bulmasının önüne set çektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle Dernekler Kanun'daki bu izin zorunluluğunu mutlak bir yasak olarak okumamak gerekir. Derneklere üye olmanın çocuklar için de özgürlük olduğu prensibinden ayrılmayarak, yasal temsilcinin izin vermemiş olmasına istisnai olarak sonuç bağlamak gerekir. Üyelik sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin denetim yapılırken de derneğin amacına dayalı olarak çocuğun ortaya koyacağı efor ve finansman çerçevesinde yasal temsilcinin onamının işlevsel olup olmadığı nitelenmelidir[28]. Bu görüş; çocuğun kendini geliştirme hakkı, dernek kurma ve derneğe üye olma hakkı ile çocuğun korunması arasında amaca uygun bir denge ortaya koyduğundan biz de bu görüşe katılmaktayız.

Bilindiği üzere tüm dernek türlerinde, üyelerin ödenti verme borcu mevcuttur. MK m. 70, bu hususu ortaya koymuş ve dernek tüzüğünde yer almasa bile dernek amacına ulaşmak için üyelerin ödentilere eşit olarak katılması gerektiğini düzenleme altına almıştır. Çocuk dernekleri açısından aidat (ödenti) borcuna ilişkin ayrı bir düzenleme yoktur. Sınırlı ehliyetsiz bir çocuk derneği üyesi, dernek ödentisini ödemezse, sınırlı ehliyetsizliğini ve yasal temsilcisinin rızası olmadan borç altına sokulamayacağını ileri sürebilir mi? Bu konuda düzenleme olmasa da genel hükümler aracılığıyla bu soruna cevap verebilmek pekâlâ mümkündür. Sınırlı ehliyetsiz konumundaki çocuk ister alelade üye; ister yönetim kurulu üyesi, denetleme kurulu üyesi ya da kurucu üye olsun her şekilde çocuk derneğine üye olurken prensipte yasal temsilcilerinin rızası alınarak bu konumu elde edebilmektedir. Yasal temsilcilerin derneği kurarken ya da sonradan kurulu derneğe üye olurken

---

[28] DALY, s. 58.

sınırlı ehliyetsiz çocuğa verdikleri rıza, dernek üyeliği ile ilgili ve bundan kaynaklı tüm borç altına sokan hukuki işlemler için önceden verilmiş sayılmalıdır. Bu kapsayıcı rıza daha sonradan dernek aidatı ödemek istemeyen sınırlı ehliyetsiz çocuk tarafından borç altına girmediğine ilişkin ileri süreceği tüm itirazları ortadan kaldıracaktır. Çocuk üyelik aidatını kendi mallarından ödemek zorunda kalacaktır. Yukarıda üstünlük tanıdığımız görüş çerçevesinde, yasal temsilcisinin rızası olmaksızın dernekle üyelik sözleşmesi kurmuş olan çocuğun ödenti verme borcundan sorumlu olup olmayacağı meselesi gündeme gelebilir. Böyle bir durumda sınırlı ehliyetsiz çocuğun dernekle ile kurduğu üyelik sözleşmesinin ödenti verme borcu gibi onu malvarlığı ile sorumluluk altına sokan hükümleri askıda olacaktır. Yasal temsilcinin rızasını açıklamaması durumunda, üyelik sözleşmesi kısmi hükümsüz nitelik taşıyacaktır. Kısmi hükümsüz sözleşme ile ilgili olarak da Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesindeki genel düzenleme devreye sokulmalıdır. Buna göre, yasal temsilcisinden rıza koparamayan üyenin ödenti verme borcu altına giremeyeceği baştan anlaşılsaydı sözleşme hiç kurulmayacak idiyse, üyelik sözleşmesinin tamamı hükümsüz hale gelmelidir. TBK m. 27 hükmünün bu şekildeki icrası; üye devinimi zorunluluğu taşıyan çocuk derneklerinin varlığı ve üyelik sözleşmesinin tarafı olan çocuğun hem korunması hem de haklarını kullanabilmesi için denge kurabilecektir.

3. Üye Devinimi Zorunluluğu ve İnfisah Rizikosu

Çocuk derneklerinin hukuk sahnesinde ayrı bir süje olarak varlık göstermesi yolunda bu derneklerin kuruluşundaki karmaşıklığı azaltmak, üyelik statüsünün kazanılmasındaki güçlüklerin ötesinde üye devinimini sağlamak ve infisah rizikolarını da aşmak gerekir. Zira çocuk statüsünün yitirilmesi ile üyelik sıfatının kaybı aynı anda gerçekleşmektedir. Üyelik sıfatının kaybı, doğrudan doğruya derneğin tüzel kişiliği üzerinde olumsuz bir etkiye neden olmasa da belli olguların eklenmesi ile derneğin kendiliğinden sona ermesine sebebiyet verebilir. Türk Medeni Kanunu m. 87'de sayılan; ilk genel kurul toplantısının kanunda öngörülen sürede yapılamaması ve zorunlu organların oluşamaması, tüzük gereğince yönetim kurulunun teşekkül etmesinin imkânsız hale gelmesi, olağan genel kurul toplantısının üst üste iki kez yapılamaması bir yönüyle dernekteki üye devinimi ile ilgilidir. Söz konusu çocuk dernekleri olduğunda bu kişilerin sınırlı ehliyetsiz gerçek kişiler olması, belli yaşları ikmal etmeleri ve on sekiz yaşını tamamlamamış olmaları aranmaktadır. Çocuk derneklerinde üyeler, derneğe üye olmaları itibarıyla yaş almaya devam ettiklerinden, esasında üyelik sıfatları için de geri sayım

başlamaktadır. Bu durum da infisah ihtimallerinin gerçekleşmesine kapı aralamaktadır.

Derneği kuran kişilerin ilk genel kurul toplantısından önce on sekiz yaşını doldurmaları, zorunlu organlar için tüzükte gösterilen sayıda kişinin yönetim veya denetim kuruluna atanacak yaş haddi olan on beşi ikmal edememeleri, üyelerin on sekiz yaşını tamamlamaları ve başka kimselerin de derneğe üye olmaması nedeniyle olağan genel kurul toplantısının iki kez üst üste yapılamamış olması çocuk derneklerini infisaha sürükleyen ihtimallerdir. Dikkat edilecek olursa, çocuk dernekleri için infisaha kapı aralayan temel unsur zamanın akması, çocukların yaş almasıdır. Diğer dernek türlerinde böyle bir ihtimale hemen hiç rastlanmaz, meğer ki dernek tüzüğünde üyeliğin belli bir yaş almayla düşeceği hükmü yer alsın[29]. Bu nedenle çocuk derneklerinde üye devinimi, dernek tüzel kişiliği için deyim yerindeyse yaşamsal bir önem taşır. Türkiye'de kurulmuş çocuk derneklerinin sayıları göz önünde tutulduğunda, bu devinimi sağlamanın çok da kolay olmadığı ortadadır.

Kanun koyucu on sekiz yaşını tamamlayanların çocuk derneklerine kurucu veya üye olamayacağını düzenlemekle beraber, Dernekler Kanunu m. 3 f. IV ve f. V'te özellikle **küçük**lerin çocuk derneklerine üye olabileceklerini hüküm altına almıştır. Şu halde on sekiz yaşını tamamlamamış ancak erginliği kazanmış kişilerin üyelik statüsü tartışmalı bir vaziyet alacaktır. Bilindiği üzere küçük kavramı, ehliyet ayrımlarına ilişkin bir terimdir ve erginlik yaşını doldurmayan sınırlı ehliyetsizleri ifade etmek için kullanılır[30]. Yasa koyucunun Dernekler Kanunu m. 3 hükmünde küçük ibaresini tercih etmesinden hareket ederek, evlenme ya da mahkeme kararı ile ergin kılınan kişilerin, çocuk derneklerine üye olmasının önüne geçmek istediği sonucuna varılabilir mi? Evlenme sözleşmesine taraf olan veya mahkeme kararı ile ergin kılınan küçüğün yaşına nispetle daha olgun bir zihin yapısına sahip olduğu kabul edilirse, kanundaki küçük ibaresinin bilinçli bir tercih olduğu, yasa koyucunun çocuk derneklerinin özerkliğini yeğ tuttuğu ve evlenen ya da ergin kılınan kişinin üyelik sıfatının kaybolacağı sonucuna varılması gerekir. Ne var ki böylesi bir yorum, sürdürülebilirlik sorunu yaşayan çocuk dernekleri aleyhine bir sonuç meydana getirebilir. Çocuk Koruma Kanunu

---

[29] Dernek üyeliğinin tüzükte öngörülen belli bir yaş haddi ile sınırlanmasının mümkün olduğu yönünde bkz. ENGİN, s. 77.

[30] Detaylı içerik için bkz. DEDE, s. 12.

ve Türk Ceza Kanunu'na ilişkin düzenlemeler hakkında da benzer tartışmalar bulunmaktadır[31]. Evli ya da ergin kılınmış kişilerin, Çocuk Koruma Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelerden yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna Yargıtay, on sekiz yaşını ikmal etmemiş herkesin bu düzenlemelerden yararlanabileceği yönünde yanıt vermektedir[32]. Benzer bir yorumun çocuk derneklerine indirgenmesi halinde, evli ve ergin kılınmış kişilerin dernek üyelikleri son bulmaz. Ancak bu durum, evlenen ya da ergin kılınan kişinin çocuk derneğinden ihraç edilmesi için haklı neden teşkil edebilir.

IV. ÇOCUK DERNEKLERİNE ÖZGÜ DÜZENLEMELER

Tüzel kişinin arka planında yer alan gerçek ve diğer tüzel kişilerden bağımsız ve onların toplamından da farklı yepyeni bir hukuk süjesi olması, hukuk düzeninin bir gereğidir. Şaşırtıcı da değildir. Tam ehliyetli konumundaki bir çocuk derneği, Dernekler Kanunu m. 22 doğrultusunda; genel kurul yetki verirse, yönetim kurulu kararı ile taşınmaz mal satın alabilecektir veya taşınmaz mallarını satabilecektir. Her ne kadar bu yönetim kurulu üyelerinin 15-18 yaş aralığındaki sınırlı ehliyetsiz gerçek kişiler olacağı sabit olsa da, genel kurul yetkisi ile taşınmaz mal satışı gibi büyük ekonomik değer taşıyan bir hukuki işlem tamamlanabilecektir. Bunun dernek üyelerinin sınırlı ehliyetsizlerden meydana gelmesi noktasında bir problem yaratmayacağı ortadadır. Çocuk Derneği ile derneği oluşturan gerçek kişiler birbirlerinden tamamen ayrı hukuk süjeleridir[33]. Dernek üyeleri sınırlı ehliyetsiz olsa da dernek tam ehliyetlidir. Ayrıca dernek organları aracılığı ile hukuki işlemlerini yapabilir, haklar edinebilir ve borçlar altına girebilir. Bundan onu oluşturan üyelerin kişisel sorumlulukları söz konusu olmaz. Kısacası çocuk derneği taşınmaz alıp, borç altına girse bile bundan o derneğin çocuk üyeleri kendi şahsi malları ile sorumlu olmazlar. Dernek borçları derneği oluşturan sınırlı ehliyetsiz çocukları şahsen bağlamaz. Tüzüğündeki amaca uygun biçimde, taşınmaz devri gibi hukuki işlemleri gerçekleştirebilen, ticari işletme işleterek tacir sıfatını taşıyabilen çocuk dernekleri hukuki platformlarda yer alabilecektir.

---

[31] Tartışmalar hakkında bkz. Dede, s. 9-11.

[32] Y. 1. CD, E. 2017/822, K. 2017/884, 22.03.2017 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): "*... sanık ile evli olan suç tarihinde 18 yaşını ikmal etmeyen maktulün, TCK'nun 6/1-b maddesi kapsamında çocuk vasfında olduğunun anlaşılması ... bozmayı gerektirmiş olup...*".

[33] AKÜNAL, s. 13-16; SAĞLAM, 1995, s. 43.

Dernekler Kanunu'nun 32. maddesinde ise ceza hükümleri düzenlenmiştir. Dernekler Kanunu hükümlerine aykırı davrananlara uygulanacak para cezaları mevcuttur. Ceza hukukunda kişisellik ilkesi mevcuttur. Sınırlı ehliyetsizlerin de haksız fiillerinden sorumlulukları tamdır. Bu sebeple sorumlu tutulan dernek üyesinin tam ehliyetli ya da sınırlı ehliyetsiz olması fark yaratmayacaktır. Bir tek çocuk derneklerine ilişkin bir istisna Dernekler Kanunu madde 33'te yer almaktadır. Bu hükme göre, *"bu kanunda belirtilen cezalar çocuk dernekleri hakkında, yazılı olarak uyarılmasına rağmen tekrar edilmesi halinde uygulanır"*. Bu düzenlemeden yola çıkarsak, çocuk derneklerine özgü olarak para cezalarının uygulanabilmesi için son bir kez yazılı uyarı yapılmasının gerekli olduğunu; buna rağmen aykırılığın sürdürülmesi halinde ise 32. maddedeki para cezalarının tatbik edileceğini görürüz. Demek ki çocuk derneği üyelerine aykırılıkları giderebilmeleri için tam ehliyetli dernek üyelerine tanınmayan son bir uyarı ve kendilerini düzeltebilme olanağı tanınmaktadır. Bu hükmü, çocuk derneklerinin niteliğine uygun düşen bir düzenleme olarak görmekteyiz.

Bir de Dernekler Yönetmeliği madde 56 ile sadece çocuk derneklerine getirilen bir düzenlemeye değinmek gerekir. Derneklerin üyelerinin sosyal ihtiyaçlarını karşılamak üzere mülki idare amirinin izniyle lokaller açması mümkünken, çocuk derneklerinin lokal açması yönetmelikle engellenmiştir. Bu düzenleme de çocukların üstün yararlarının korunması ideali çerçevesinde yerinde bulunmalıdır.

V. KURULAMAMA ve İNFİSAH HALİNDE KİŞİ BİRLİKLERİNİN DURUMU

Dernek kurmak için bir araya gelen ve bir amaç uğrunda toplanan çocuklar, mali yetersizlik nedeniyle veya başlangıçtaki bürokratik güçlükleri aşamadıkları için başarısızlığa uğramış olabilirler. Aynı şekilde derneği kurmayı başarmalarına rağmen üye devinimini sağlayamadıklarından ya da başka bir nedenden ötürü dernek tüzel kişiliği sonlanmış ya da sonlandırılmış olabilir. Böylesi bir ihtimalde ortak amaç uğruna bir araya gelmiş kişi birlikleri dernek muamelesi göremese de BMÇHS m. 15 uyarınca çocukların toplanma ve gösteri yürüyüş haklarını kullandıkları kabul edilebilir ve toplanmaları için gerekli düzen ve hatta ekonomik yardım zincirinin Taraf Devlet'çe sağlanması yoluna gidilebilir[34].

---

[34] DALY, s. 75.

SONUÇ

Çocuk derneklerine ilişkin düzenleme, 2004 Dernekler kanunu revizyonu ile karşımıza çıkmıştır. Bu revizyona gerek duyulmasının ardında Türkiye Cumhuriyetinin BMÇHS'ni 1990'da imzalaması ve sözleşmenin 27 Ocak 1995'te yürürlüğe girmesi yatar. Bilindiği gibi Antlaşmalar en başta imzalayan devleti, altına imza atılan tüm taahhütlerde olduğu gibi anlaşmaya uyma yükümü, bu arada iç hukukta uyum yasalarını çıkarma ve uygulamayı anlaşmaya uydurma yükümü altına sokarlar. Uluslararası antlaşma kurallarını başkaca hukuk kurallarından ayırt edici bir üstünlük de onların Anayasaya aykırılık savıyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilemeyişleridir. Yani uluslararası antlaşma hükümleri olağan ulusal yasaların üstünde bir konuma sahiptirler. Uluslararası bir antlaşma TBMM tarafından bir yasa ile onaylanınca ve yürürlüğe konunca olağan bir ulusal yasayla eşdeğerli hale gelir. BMÇHS, çocuğu ana babanın, işverenin ve devletin üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceği bir nesne olmaktan çıkarıp, bağımsız kişiliğe sahip, onurlu ve saygın bir özneye dönüştürme sürecine ciddi bir katkı sağlamıştır. BMÇHS madde 15'de; *"Taraf devletlerin çocuğun dernek kurma ve barış içinde toplanma özgürlüklerine ilişkin haklarını kabul ederler"* şeklinde bir hüküm mevcuttur. Aynı zamanda Dernekler Kanunu'nun 3. maddesinin gerekçesine baktığımızda, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme gereğince çocuk derneklerinin kurulmasına olanak tanınması hedefinin amaçlandığını görürüz.

Gerçekten de çocukların karar alma süreçlerinin bir parçası haline getirilmelerinin hem çocuk, hem de çocuğun içinde yaşadığı aile, topluluk, okul, devlet ve demokrasi için çeşitli yararları yadsınamaz. Hepsinin ötesinde çocuğun üstün yararının gerçekleşebilmesi için dinlenmesi şarttır. Çocuklara katılım hakkının sağlanması, tüm kurumlarda düşüncelerinin ve deneyimlerinin göz önünde bulundurulması, karar alma süreçlerine çocukların dahil edilmesi demokrasinin kurumsallaşması açısından önemlidir. Çocuğun erken yaşta hak ve özgürlüklerinden haberdar olması, hükümetlerin denetlenebilir olduğunu, yurttaşlara karşı sorumlulukları bulunduğunu öğrenmesi, bu konulardaki düşüncelerini özgürce ifade edebilmesi şeffaf bir idarenin oluşmasına katkı sağlayacaktır. BMÇHS uyarınca çocuk olgunlaşmayı bekleyen, henüz birey olmamış, kendisi ile ilgili kararların tamamı ile yetişkinler tarafından alındığı edilgen bir nesne değildir. Tam tersine kendisine ait istekleri, beklentileri, düşünceleri olan, bunları ifade edebilen, karar alma süreçlerine katılabilecek olan ve hatta çözüm önerilerinde bulunabilecek olan birer hak taşıyıcısıdırlar. İşte BMÇHS madde 12'de çocuğun katılım hakkı güvence altına alınır: Bu

madde uyarınca her çocuk kendisini etkileyen her meselede görüşlerini özgürce ifade etme hakkına sahiptir ve çocuğun yaşına ve olgunluğuna göre bu görüşlere gereken ağırlığın verilmesi gerekir. Bu doğrultuda Taraf Devletlere bu hakkı tanıma ve çocuğun görüşlerini dinleyerek ve bu görüşlere gerekli ağırlığı vererek uygulanmasını sağlama hususunda açık bir hukuki yükümlülük getirilmiştir. Çocuklar bu hakka dayanarak, kendisini ilgilendiren her konuda düşüncelerini ifade etme, bu düşüncelere gereken özenin gösterilmesini isteme, ailede, okulda veya genel olarak içinde yaşadığı toplumda kendi hayatı ile ilgili konularda karar alma süreçlerine katılma ve bu kararları etkileme imkanına sahip olmuşlardır. Bu hak ile çocuk kendisi ile ilgili alınacak kararlara etki edebilme olanağına kavuşturulmak istenmiştir.

BMÇHS 13. maddesi vesilesi ile çocukların ifade özgürlüğü teminat altına alınmıştır. Bu madde ile herkese tanınan ifade özgürlüğü hakkı, çocuklar bakımından da tasdik edilmiştir. 13. madde kapsamında çocuğun bilgi edinme hakkı da güvence altına alınmıştır. Çocuğun bilgi arama özgürlüğü bilgiye ve resmi belgelere erişim hakkı ile birlikte değerlendirilmelidir. Çocuklar düşünme becerilerinin gelişmesine katkı sağlayabilecek, farklı görüşler, kültürler ve yaşam biçimleri hakkında bilgi sahibi olabilecek, eleştirel düşünce yapısını teşvik edici bilgi kaynaklarına erişebilmelidirler.

Çocukların katılma hakkı, ifade özgürlüğü ve çocukların düşüncelerini ve ideallerini kuracakları çocuk dernekleri yolu ile de gerçekleştirebilmelerinin önü, BMÇHS ile açılmaya çalışılmıştır. Her ne kadar bu sözleşme de diğer tüm Uluslararası sözleşmeler gibi yaptırım gücünden yoksun olsa da, taraf olan devletleri iç hukuklarını da sözleşmeye uygun hale getirmeye yöneltmesi bakımından olumlu karşılanmalıdır.

Çocuk derneklerine ilişkin düzenlemeler de bu olumlu yansımalardan biri olarak sayılabilir. Çocukları çocuk derneklerine katılabilmeleri için yasal temsilcilerinden alacakları rızaya muhtaç kılmak, çocuğun katılım hakkını, ifade özgürlüğünü dernekler kurmak suretiyle kullanmalarını kısıtlar ve çelişir nitelikte olsa bile; Türkiye'de 2004 yılından bu yana kurulmuş çocuk derneği sayısı 12 ile 16 arasında kalsa da, çocuk dernekleri üyelikleri üyelerin 18 yaşını tamamlaması üzerine düşse de ve bu durum çocuk derneklerinin sürdürülebilirliği hususunda sorun yaratsa da, çocuklar ve çocuklara tanınan haklar açısından çocuk derneklerine ilişkin düzenlemelerin destekçileri olarak, kurumla ilgili tespit ettiğimiz aksaklıkların giderilmesini ve çocuk derneklerinin gün geçtikçe yaygınlaşmasını temenni ediyoruz.

KAYNAKÇA

AKÜNAL Teoman, **Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler,** Beta, İstanbul, 1995.

DALY Aoife, Article 15 The Right to Freedom of Association and to Freedom of Peaceful Assembly, Andre Alen, Johan Vande Lanotte, Eugeen Verhellen, Fiona Ang, Eva Berghmans, Mieke Verheyde and Bruce Abramson (Editör), **A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child,** Brill Nijhoff, Leiden Boston, 2016.

DEDE İsmail, **Çocuğun Velayet İlişkisinden Kaynaklanan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

ENGİN Baki İlkay, **Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.

KÖPRÜLÜ Bülent, **Medenî Hukukta Tüzel Kişiler Genel Kurallar-Dernekler-Tesisler-Örnekler,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967.

OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

ÖCAL APAYDIN Bahar/HIŞIM Selin, "Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı", **Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması**, (Edt. Aslı MAKARACI BAŞAK/Seda ÖKTEM ÇEVİK/Gülen Sinem TEK) Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, ss. 285-325.

ÖZSUNAY Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.

RIEMER Hans Michael, **Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen (Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht),** Stämpfli Verlag AG, Zurich, 1990.

SAĞLAM İpek, "Opinion on Legal Entity - Sustainability Nexus", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 2020-2, 2020, ss.1111-1125.

SAĞLAM İpek, "Ultra Vires Anlayışının Dernekler Hukukundaki Yeri ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları III - Dernekler ve Vakıflar,** (Edt. Baki İlkay ENGİN), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 209-222.

SAĞLAM İpek, Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995.

SCHERRER Urs, "ZGB Kommentar Art. 60", **OFK-Orell Füssli Kommentar,** (Hrg. Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Stephan WOLF/Marc AMSTUTZ/Roland FANKHAUSER), 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2021.

SCHMAHL Stefanie, "The Right of the Child in Germany: The UN Convention on the Right of the Child and Its Implemention in National Law", **The Rights of the Child in a Changing World 25 Years After the UN Convention on the Rights of the Child,** (Edt. Olga CVEJİC' Jančić), Springer, 2016, ss. 123-150.

SEROZAN Rona, **Çocuk Hukuku**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

SEROZAN Rona, **Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

YÜCEL Özge, "Çocuğun Bağımsız Temsilinde Farklı Bir Yol: Çocuk Savunmanlığı ve Çocuk Baroları", **Terazi Hukuk Dergisi,** C. 9, S. 100, 2014, ss. 146-153.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1679-1713

TBK M. 116 VE TBK M. 507/II'DEKİ SORUMLULUK HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA KAPSAMI: "YARDIMCI KİŞİ" - "ALT VEKİL" - "İKAME VEKİL"(*)

Doç. Dr. **Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN**(**)

Öz: Borçlunun sözleşme ile üstlendiği ifayı şahsen yapmayıp yardımcı kişi kullanmayı tercih etmesi, fiilen yükünü hafifletirken, daha fazla iş alabilmesine imkân verdiğinden ekonomik kazancını artırmaktadır. Borçlu açısından çifte menfaat sağlayan bu durum, nimet-külfet dengesi de dikkate alındığında yardımcıların sebebiyet verdiği zararlardan borçlunun kusursuz sorumlu tutulması hakkaniyet gereğidir. TBK m. 116 ile getirilen yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluk hükmü bu düşüncenin sonucudur. Hüküm yardımcı kişilerin borçlunun borcunu ifa ederken sebebiyet verdiği zararları borçlunun gidermekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Bu düzenleme Borçlar Kanunu'nun tüm sözleşmelere uygulanan genel hükümleri arasında yer almakla birlikte vekalet sözleşmesi özelinde farklı bir düzenleme yer almaktadır. Borçlu bir vekalet sözleşmesinin vekili ise, o zaman, vekilin borcunu ifa etmesi için yardımına başvurduğu üçüncü kişiler açısından sorumluluk hafifletilmiştir (TBK m. 507/II). Vekilin tüm yardımcıları değil ama, "alt vekil veya ikame vekil" olarak nitelendirilen yardımcılarının caiz şekilde vekalet sözleşmesinin ifasına dahil edilmesi halinde, vekilin sorumluluğu sadece bu kişileri seçme ve talimat verme ile sınırlandırılmıştır. Bu çalışma ile vekilin sorumluluğunu hafifleten bu alt vekil ve ikame vekilin kimler olduğu, bunların TBK m. 116 kapsamındaki yardımcı kişilerden nasıl ayırt edileceği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yardımcı Kişi, Alt Vekil, İkame Vekil, Adam Çalıştıran, İfa Yardımcısı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2022. Makale kabul Tarihi: 21.12.2022.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-9128-1308; *tkaraman@gsu.edu.tr*).

THE SCOPE OF THE APPLICATION OF LIABILITY PROVISIONS IN ARTICLE 116/I AND ARTICLE 507/II OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS (TCO): "PERFORMANCE ASSISTANCE" - "SUB-AGENT"

Abstract: The fact that the debtor does not perform the contractual performance personally and prefers to use an assistant increases his economic gain, as it allows him to get more work, while actually easing his burden. Considering this situation, which provides a double benefit for the debtor, and the balance of "blessings and burdens", it is fair that the debtor is held perfectly responsible for the damages caused by his performance assistants. The provision of liability for the acts of his assistance brought by Article 116 in TCO is the result of this thought. The provision regulates that the debtor is obliged to compensate the damages caused by his assistances while performing the debt of the debtor. This provision is general rule applicable to all types of contracts; however, there is a special norm stipulated in TCO regarding agency contract (Art. 507/II, TCO). As per this provision, if an agent delegates his duty to a sub-agent, then he is liable only for only failure to act with due diligence when selecting and instructing. Thus, there is a huge difference in both responsibilities. Therefore, it is important to evaluate how to distinguish a sub-agent from a performance assistant. This paper aims to understand thoroughly each liability system by examining the related court decisions and the doctrine.

Keywords: Performance Assistant, Sub-Agent, Agent, Objective Responsibility, Delegation of Performance.

I. GİRİŞ

Borcun ifasının bizzat borçlu tarafından yapılması alacaklının bunda menfaati olması haliyle sınırlandırılmıştır. TBK m. 83'de bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlunun borcu şahsen ifa yükümlülüğü bulunmadığı düzenlenmiştir. Böylelikle, borçlunun sözleşme çerçevesinde üstlendiği edimin yerine getirilmesini üçüncü bir kişi aracılığıyla ifa etmesi halinde bu üçüncü kişi borçlunun "ifa yardımcısı" olarak adlandırılır.

TBK m. 83'ün metninden de anlaşıldığı gibi ifa yardımcısı kullanılması ancak alacaklının ifanın bizzat borçlu tarafından yapılmasında menfaati yoksa mümkün olmaktadır. Mesela bir heykeltıraşın heykeli bizzat yapmasında

onu sipariş eden işsahibinin menfaati vardır ancak heykel yapımına hazırlık faaliyeti sayılan malzemeyi alması alçıyı karıştırması boyaları hazırlaması gibi işlerin yardımcı vasıtasıyla kullanılmasında alacaklının menfaati bulunduğundan bahsedilemez. Diğer taraftan, özellikle verme borçlarında da taşıyıcı gibi ifa yardımcıları kullanılması mümkündür. Borcun konusu bir şeyin verilmesi, bir malın teslim edilmesi vs. olan borçlarda, önemli olan istenilen malın alıcıya teslim edilmesi olduğundan malın bir üçüncü kişi tarafından taşınması alacaklının menfaatini etkilememektedir.

Borçlu sözleşme ile taahhüt ettiği edimi yerine getirirken, şahsen ifası gerekmesine rağmen bir yardımcı kişi kullanırsa bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğinden, borçlu TBK m. 112 hükümleri kapsamında sorumlu olacaktır. Bununla birlikte, ister yardımcı kullanmaya müsaade edilen, isterse de şahsen ifası gereken bir borcun ifasında yardımcı kişi kullanmış ise, borçlunun, yardımcı kişinin sebebiyet verdiği zararlar açısından da TBK m. 116 uyarınca kusursuz sorumlu olduğu düzenlenmiştir[1].

Kanun koyucu, bir borcun ifası sırasında başkasından yardım alınması durumunda, özel sorumluluk hükümleri getirmiş ve yardımcının fiillerinden zarar meydana gelmesi halinde bu zararlardan, kural olarak, yardımdan faydalananın sorumlu olacağını düzenlemiştir (TBK m. 116). Borçlunun üstlendiği borcu ifa ederken yardımcı kişi kullanması halinde, yardımcısının sebebiyet verdiği zararlara katlanması hakkaniyet gereği kabul edilmiştir[2].

Kanun koyucu, yardımdan faydalanan kişinin sorumluluğunu düzenlerken bu kişinin zarar gören ile arasında sözleşmesel bir ilişki bulunup bulunmamasına göre iki temel ayrıma gitmiştir. Buna göre borçlu, ifa yardımcısının, borçlu ile arasında sözleşme ilişkisi içinde bulunan kişilere verdiği zararlardan TBK m. 116 ve borçlu ile arasında sözleşmesel ilişki bulunmayan üçüncü kişilere verilen zararlardan TBK m. 66 kapsamında sorumlu olmaktadır. Arasında bu kadar önemli fark olmasına rağmen bu iki hükmün hem tanımlama olarak hem de uygulama olarak yargı kararlarında dahi yeterince

---

1 Borçlunun caiz olmayan yardımcı kişi kullandığı durumlarda, yardımcının sebebiyet verdiği zararların da borçlunun sözleşmeye aykırı davranışının sorumluluğunun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş ve başkaca değerlendirmeler için bkz. aşağıda "II.1.Yardımcı Kişi Kullanımının Caiz Olup Olmadığı Durumların Değerlendirilmesi" başlığındaki değerlendirmeler.

2 OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 148, N. 438.

ayırt edilmediğini gözlemlemekteyiz[3]. TBK m. 116'da "yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk" başlığı altında düzenlenmiş olan hüküm borçlu açısından kurtuluş kanıtı getirilmesi mümkün olmayan ve sözleşmeye dayalı sorumluluk ilkeleri ve zamanaşımı hükümlerine tabi bir hükümdür. Diğer taraftan TBK m. 66'da "adam çalıştıranın sorumluluğu" başlığı ile düzenlenmiş olan hüküm kişinin yardımcı kişiye seçerken, talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulma imkânı tanıyan ve haksız fiil sorumluluk ilkelerine ve zamanaşımına tabi bir hükümdür[4]. Bu çalışmada, borçlunun arasında sözleşme ilişkisi bulunan kişilere karşı yardımcıları dolayısıyla sorumluluğu incelenmektedir. Dolayısıyla TBK m. 66 hükmü bu çalışmanın inceleme kapsamında bulunmamaktadır.

Borçlu ile zarar gören arasında vekalet sözleşmesi niteliğinde bir ilişki bulunması halinde, borçlunun vekilin işini üçüncü kişiye gördürmesi ile ilgili Borçlar Kanununda özel düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, vekilin şahsen ifası gerekmeyen haller (ki bunlar TBK m. 506'da belirtilmiş) yardımcı dolayısıyla sorumluluğu sadece seçme ve talimat verme ile sınırlandırılmıştır. Bu çalışma ile, vekilin sorumluluğunun sınırlandırılmış olduğu "alt vekil- ikame vekil" olarak tanımladığımız bu yardımcıların kimler olduğu ve bunların TBK m. 116 kapsamındaki yardımcı kişilerden nasıl ayırt edileceği belirlenmeye çalışılacaktır.

II. TBK M. 116'DAKİ "YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK" HÜKMÜ KAPSAMINDA İFA YARDIMCISININ FİİLİNDEN SORUMLULUK

TBK m. 116'daki "yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk" başlıklı hüküm ile borçlunun sözleşme ilişkisi kapsamında ifayı üstlendiği edimlerin

---

[3] TBK m. 116 ve TBK m. 66 arasındaki farklar ve bu iki hükmün uygulanması açısından içtihatlarda yaşanan karışıklık ile ilgili olarak bkz. AKÇURA KARAMAN Tuba, "**İfa yardımcısı kavramının mahkeme kararları çerçevesinde değerlendirilmesi**", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu (4 Ekim 2021), Gökhan Antalya (Editör), Legal Hukuk Kitapları Serisi 687, İstanbul 2022, Online ISBN 978-605-315-982-7 (https://legal.com.tr/Book/marc/f3c61fba82084b6fbc797fc36af2957e), ss 189-207.

[4] TBK m. 66'da düzenlenen sorumluluk ile ilgili bilgi için bkz. EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayın evi, Ankara 2020, s. 696-720, N. 1912 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, s. 148, N. 438; YÜNLÜ Semih, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, On iki levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 209-225; KARA KILIÇARSLAN Seda, **Adam Çalıştıranın Sorumluluğu**, Ankara 2016, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora tezi (tez.yok.gov.tr, erişim: 20 Kasım 2022); OKYAR KARAOSMANOĞLU Dila, **Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK m. 66)**, Ankara 2019, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora tezi (www.tez.yok.gov.tr, erişim: 20 Kasım 2022).

yardımcı aracılığı ile gerçekleştirilmesinden doğan sorumluluk düzenlenmektedir. Borcu bizzat ifa etmek zorunda olmayan borçlu, yardımcı kişi kullanarak bir anlamda rahatlamakta hatta daha fazla iş yapabilme imkanına sahip olarak gelirini artırabilmektedir. Günümüzde borç ilişkilerinin karmaşıklığı da dikkate alındığında, borcun ifasına dahil edilen tüm yardımcı kişilerin davranışlarını takip etme ve zararı onlara tazmin ettirmeyi alacalıdan beklemek hakkaniyete uymamaktadır. Nitekim, nimet-külfet ilişkisi çerçevesinde yardımcı kişi kullanılmasından fayda sağlayan, diğer bir ifade ile bu sayede etkinlik alanını genişleten borçlunun bu sebeple ortaya çıkan riskleri de üstlenmesi gerektiği kabul edilmektedir[5].

1. Yardımcı Kişi Kullanımının Caiz Olup Olmadığı Durumların Değerlendirilmesi

Borçlunun bazı borçları şahsen ifa etmesinin alacaklının menfaatine olan durumlarda yardımcı kişi kullanmasına müsaade edilmemiştir (TBK m. 83). Özellikle iş görme, hizmet edimleri mesela ünlü bir cerrahın ameliyat yapması, heykeltıraşın heykel yapma taahhüdü, ressamın tabloyu bizzat yapma taahhüdü bu şekildedir. Bununla birlikte borçlunun şahsına bağlı edimler dışındakiler, edimin kalitesine etki etmediği sürece, borçlunun deneyim ve gözetimi altında başkasına bırakılabilir[6]. Örneğin cerrahın, kendi denetim ve gözetimi altında olmak kaydıyla ameliyat esnasında asistanların, narkozitörün, hemşirenin hizmetinden faydalanması, avukatın hazırladığı dilekçeyi sekreterine daktilo ettirmesi, heykeltıraşın alçıyı yardımcılarına karıştırtması bu şekildedir[7].

Borçlunun şahsen ifa etmesi beklenen bir ediminde yardımcı kişi kullanması halinde **bu davranışı** *(yardımcı kişi kullanma)* öncelikle aradaki borç ilişkisine aykırılık teşkil ettiğinden TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır. Borçlu bu sorumluluktan, ancak sözleşmenin ihlalinde (müsaade

---

5 Bu yönde bkz. KAHVECİ Nalan, **Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk m. 116**, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 2-3 (m. 83-206), Vedat Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 1474 -1487, s. 1475; OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1**, 18. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 446, N. 1370; SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, (yayına hazırlayanlar: B. Baysal/K.C. Sanlı), On iki levha Yayıncılık, İstanbul 2022, §22, N. 3, s. 392.

6 ŞENOCAK Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, 1995 Ankara, s. 111; TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C: II**, Beşinci tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 461; EREN, N. 3369, s. 1201 ve 1202.

7 Örnekler için bkz. ŞENOCAK, 1995, s. 111.

edilmeyen yardımcı kişi kullanmada) herhangi bir kusuru olmadığını, mesela borcun ifasında yardımcı kullanabileceği sandığını ve bu yanılgısında da kusuru bulunmadığını ispat ederek kurtulabilir[8].

Borçlunun, caiz olmayan yardımcı kişi kullanmak dolayısıyla TBK m. 112 uyarınca sözleşmeyi ihlal ettiği ve bu hükümler çerçevesinde sorumlu olacağı konusu neredeyse tartışmasızdır. Sorun, caiz olmadığı halde kullanılan yardımcı kişinin bizzat sebebiyet verdiği zarardan kimin sorumlu olacağıdır. Öğretide bu husus tartışmalıdır.

Bir görüş[9] uyarınca, borçlunun caiz olmayan yardımcı kişi kullanımında yardımcının bizzat kusuruyla sebebiyet verdiği zararlardan dahi borçlunun TBK m. 112 kapsamında sorumlu olacaktır. Bu görüşün kabulü halinde borçlu; ancak, caiz olmayan yardımcı kişi kullanımında kusursuz olduğunu ispat edemediği sürece yardımcı kişinin sebebiyet verdiği her türlü zarardan hatta beklenmedik halden, kazaen zarara uğramadan dahi sorumlu olacaktır. TBK m. 119'da, temerrüde düşen borçlunun beklenmedik halden dahi sorumlu olduğu belirtildiğinden, mesela yardımcı kişinin evini su basması dolayısıyla eserin zarar görmesinden borçlu sorumlu olacaktır. Borçlu bu sorumluluktan ancak zararın yardımcı kişi kullanılmasaydı dahi ortaya çıkacağını ispatlayarak, mesela eser alıcıya zamanında teslim edilseydi alacaklının evini de su basacağını ve eserin aynı şekilde zarar göreceğini ispatlayarak kurtulabilecektir[10].

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş[11] uyarınca ise, TBK 116'ya caiz olmayan yardımcı kullanılan durumlarda da başvurulabilecektir. Nitekim

---

8 ŞENOCAK, 1995, s. 111.

9 Bu görüşten olarak EREN, N. 3369, s. 1201; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, N. 1381-1384. S. 451; SEROZAN, §22, N. 2, s. 391; vON TUHR Andreas, **Borçlar Hukuku Umumi Kısmı, C. 1-2,** (çev. C. Edege), Ankara 1983, § 70, I. s. 590. Karş. TANDOĞAN Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961 (Mesuliyet), s. 441 (ayrıca, yazarın caiz olmayan yardımcı kişi kullanımında TBK m. 116'nın da uygulanabileceği yönündeki görüşü için bkz. TANDOĞAN, C. II, s. 92-93 ve aşağıdaki 11. dipnottaki ilgili açıklamalar).

Bu görüşte olan diğer yazarlara yapılan atıf için bkz. ŞENOCAK, 1995, s. 112, dn. 195.

10 ŞENOCAK, 1995, s. 112.

11 ŞENOCAK, 1995, s. 112; TANDOĞAN, C. II, s. 93; YÜNLÜ, s. 127; ÖZ Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 2006, s. 11.

Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku başlıklı kitabında caiz olmayan yardımcı şahıs kullanımında borçlunun sözleşmeye aykırı davranmış olduğunu ve yardımcı kişinin fiillerinden de TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacağını; bu durumda TBK m. 116'a dayanmaya gerek olmadığını belirtmiştir (1961, s. 441). Bununla birlikte Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II kitabında müteahhidin caiz olmayan alt müteahhit kullanımı ile ilgili olarak TBK m.

TBK m. 116 metninde "yardımcılarına kanuna **uygun** surette bırakmış olsa **bile**" şeklindeki ifadesinden maddenin kanuna **aykırı** surette bırakılmayı da kapsadığını anlamaktayız[12]. Bu görüşte olanlar, alacaklının caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçluya karşı TBK m. 112 ve TBK m. 116 maddelerinden doğan talep haklarının yarışma halinde olduğunu ve alacaklının dilediği hukuki sebebe dayanarak borçludan tazminat talep edebileceğini kabul etmektedirler[13].

2. Yardımcı Kişiden Kusursuz Sorumluluk Kuralının Koşulları

TBK m. 116 kapsamında sorumluluğun gerçekleşmesi için şu koşulların gerçekleşmesi aranmaktadır:

A. Borçlu ile Zarar Gören Arasında Borç İlişkisi veya Bir Davranış Yükümlülüğü Söz Konusu Olmalıdır

Bu hüküm kapsamında kusursuz sorumluluğun doğması için öncelikle borçlunun bir sözleşme ilişki içinde bulunduğu kişiler girse de bunun daha geniş yorumlanması gerektiği; sözleşme benzeri bir davranış yükümlülüğünün bulunması halinde de uygulanabileceği savunulmaktadır[14].

Yardımcı kişinin sebebiyet verdiği zarar, bir borç ilişkisinden doğan borcun ifasında veya hakkın kullanılması ile ilgili olarak doğmuş olmalıdır. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği, her zaman kolayca belirlenememektedir. Mesela banka çalışanının bir müşterinin hesabından usulsüz para çekmesi nasıl değerlendirilecektir?

116'ya da gidilebileceğini belirtmiştir. İfade şu şekildedir: "*İlk müteahhit caiz olmayan biçimde işi kendisine bıraktığı alt müteahhidin zararlı eylemlerinden asıl iş sahibine karşı TBK m. 116'ya göre de sorumlu tutulması kabildir; TBK m. 116/I'deki "velev ki kanuna muvafık surette tevdi" ibaresinden işi başkasına yaptırmanın caiz olmadığı hallerde TBK m. 116/I evveliyetle uygulanabilmelidir. İlk müteahhidin yardımcısı olan alt müteahhidin eylemlerinden TBK m. 116'ye göre asıl iş sahibine karşı sorumluluğu, alt müteahhidin ilk müteahhide karşı bir sorumluluğunun varlığına veya kapsamına bağlı değildir..."*(TANDOĞAN, C. II, s. 92-93). Tandoğan'ın bu ifadelerinden, TBK m. 116 hükmüme caiz olmayan yardımcı kişi kullanımında da başvurulabileceğini kabul ettiği görülmektedir.

12 Borçlar Kanunu'nun 2011 öncesindeki revizyon öncesindeki metninde sadece "kanuna muvafık surette tevdi" (eBK m. 100) denildiğinden, maddenin caiz olmayan yardımcılar açısından uygulanmayacağı savunulmaktaydı. Bu yöndeki tartışmalar için bkz. ŞENOCAK, 1995, s. 112. Krş. bir üst dipnotta Tandoğan'dan yapılan alıntı.

13 ŞENOCAK, 1995, s. 114; YÜNLÜ, s. 127.

14 SEROZAN, §22, N. 5, s. 394.

Oğuzman/Öz[15], "*çalıştırılanın kendisine verilen talimatı yanlış anlaması veya işgüzarlığı sebebiyle göreceği işin sahası dışına taşması sırasında üçüncü kişiye verdiği zararlarda işlevsel bağlılığın devam edeceği kabul edilmektedir*" görüşündedir. Yargıtay'ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır. Mesela bir kararda Yargıtay, banka çalışanının müşteri hesabından usulsüz para çekmesi olayıyla ilgili olarak Bankayı BK m. 116 kapsamında sorumlu tutmuştur.

> *"... müvekkili tarafından davalıdan paranın istenilmesine rağmen davalının 11.07.2005 tarihinde çekildiğini belirtilerek ödeme yapmadığını oysa, müvekkilinin yurt dışında bulunduğu bir sırada banka çalışanlarınca paranın hesaptan çekildiğini... ... bir tüzel kişi olan bankanın borcun ifasında yardımcı kişi olarak kullandığı şahısların borca aykırı davranışlarından sorumlu olacağı, dava dışı ifa yardımcısının usulsüz işlemler yapmak suretiyle davacıyı zarara uğrattığı ayrıca, dava dışı banka çalışanı tarafından düzenlenip, imzalanan ve davacıya verilen hesap cüzdanlarının bankanın matbu antetli gerçek cüzdanları ile aynı olduğu, bu nedenle bankayı bağlayıcı kabul edilmesi gerektiğinden davalının TBK'nın 116 m. (BK m.100) uyarınca sorumlu olduğu, ...*" (Y 11 HD, 25.2.2015, 2014/18230 E, 2015/2559).

Borçlunun borç ilişkisi çerçevesinde asıl borcunun yanında bir de koruma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlar dürüstlük kuralından doğan alacaklının menfaatine zarar verici davranışlardan kaçınmayı içeren yükümlülüklerdir. Yardımcı kişi, borçluya borcun ifasında yardımcı olurken bu koruma yükümlülüklerine de dikkat etmeli ve alacaklının zarara uğramaması için çaba göstermelidir[16]. Yukarıdaki banka örneğine baktığımızda bankanın müşterisinin hesabını koruma yükümlülüğü yardımcı kişi olan banka çalışanı açısından da söz konusu olacak ve yardımcının hesaptaki parayı kötüye kullanması çekmesi halinde bu durumdan banka bizzat yapmış gibi sorumlu olacaktır.

B. İfa Yardımcı Kişiye Bırakılmış Olmalı

Maddede geçen "**yardımcı kişi**" ile, borçlunun bilgi ve iradesi dahilinde, bir borcun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına yardım eden kişi ifade edilmektedir. Yardımcı kişinin borçlu ile arasında bir

---

15 OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 155, N. 453.

16 EREN, N. 3355, s. 1195.

sözleşme ilişkisi bulunması onunla bir emir-talimat gibi bağımlılık ilişkisi içerisinde olması da gerekmez[17]. TBK m. 116'de yardımcı kişiler, "birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi" şeklindeki ifadeyle örnek olarak sayılmış olup sınırlandırılmamıştır. Maddede borçlunun yanında çalışanların dolayısıyla bir şirketin işçileri, işletme veya esnafın yanında bağımlı çalışan tüm yardımcılarının sebebiyet verdiği zararlardan işletme sahibi TBK m. 116 uyarınca sorumludur. Bu kapsamda bir tüzel kişinin iş sözleşmesiyle çalıştırdığı tüm çalışanları ve fabrikalarda çalışan işçiler TBK m. 116 kapsamında yardımcı kişidirler[18]. Yardımcı kişinin davranışlarından sorumluluk sadece madde sayılanlar gibi işletmede çalışanlar veya ailede yaşayanlardan ibaret olmayıp, kiracı alt kiracıdan, satıcı malı taşıttığı taşıyıcıdan, müteahhid projeyi çizdirdiği mimardan, alıcı ödeme işinde kullandığı bankadan TBK m. 116 uyarınca sorumlu olacaktır[19].

Ancak TBK m. 116 kimlerin yardımcı kişi olabileceği ile ilgili sadece örnek göstermiş, sınırlandırmamıştır. Borçlunun ifasına katılan ve borçludan bağımsız olan, örnek olarak, borçlu yardım için sokaktan geçen birini çağırsa dahi bu kişi TBK m. 116 kapsamında yardımcı kişi sayılır; yeter ki, bu şekildeki yardım, borçlunun bilgisi dahilinde ve rızasıyla olsun. Kendisine bırakılan işi bağımsız şekilde ifa eden mimar, müteahhit, avukat gibi kişiler de TBK m. 116 anlamında "yardımcı kişi" olarak kabul edilebilecektir. Mesela, banka veya postane bu kurumlar aracılığıyla borcunu ödeyen borçlunun yardımcı kişisi sayılabilir[20]. Ancak mesela bir PTT aracılığıyla mektup, koli veya havale gönderildiği durumda, posta idaresinin bunları kaybetmesinden borçlunun sorumlu olması özellikle tekel durumda olan kurumlarla çalışıldığında tartışmalıdır[21]. Benzer doğrultuda, borçlu tarafından serbestçe seçil-

---

17 OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 445, s. 1370; SEROZAN, §22, N. 6, s. 395; EREN, N. 3364, s. 1198. Burada ayrıca ayırt etmek gerekir ki, TBK m. 116'daki ifa yardımcısı TBK m. 66'daki ifa yardımcısından bağımlılık unsuru açısından ayrılmaktadır. TBK m. 66'da düzenlenmiş olan "adam çalıştıranın sorumluluğu" hükmünde söz konusu olan "çalışan" kavramına bağımlı, emir ve talimat ilişkisinde olan ifa yardımcıları dahil olmaktadır. Bu yönde bkz. EREN, N. 3363, s. 1197.

18 ÖZ, s. 51.

19 ŞENOCAK, 1995, s. 114.

20 THEVENOZ Luc, **Commentaire Romand, Code des Obligations I**, 2003 Basel, art. 101, N. 11, s.598.

21 Borçlunun seçim hakkı olmadan tekel konumundaki bir aracı ile borcu ifa etmek zorunda kalması halinde TBK m. 116'nın uygulanmaması gerektiği yönündeki tartışmalar ile ilgili bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.1, N. 1372, s. 447, dn.1511'de belirtilen yazarlar. Keza borçlunun serbestçe seçmeyip alacaklının empoze ettiği kişileri kullanması gerektiği durumlarda

meyip de yardımcı olarak belli bir kişinin kullanılması sözleşmenin karşı tarafı tarafından dayatılması durumunda da borçlunun bu yardımcı kişiden TBK m. 116 kapsamında sorumlu olmayacağı öğretide kabul edilmektedir. Bu tür bir duruma özellikle inşaat yapım işini üstlenen müteahhide taşeron olarak belli bir firmayı kullanması iş sahibi tarafından mecbur tutulması durumunda sıkça rastlanmaktadır[22].

Edimin hazırlanmasında özellikle de arka planda rol alan yapımcılar, toptancılar, ara-mal üreticileri, reklamcılar, ikincil derecede katkıda bulunanlar yardımcı kişi değil üçüncü kişi kabul edilmektedirler[23]. Ancak belirtmek gerekir ki, tüketicilerin menfaatlerinin korunması amacıyla bu kişilerin de yardımcı kişi olması öğretide savunulmaktadır. Özellikle üretici ve taşıyıcıların satıcının ifa yardımcısı olarak kabul edilmesi görüşü taraftar toplamaktadır[24]. Yargıtay yetkili servisin üretici firmanın yardımcı kişisi olduğu ve üreticinin veya satıcının TBK m. 116 kapsamında sorumluluğu doğacağı kanaatindedir[25].

Yargıtay akreditif ilişkisinde yabancı muhbir bankayı, yerli amir bankanın ifa yardımcısı saymaktadır. Yarg. 11. HD'nin 1982 tarihli kararında[26], şu alıntıyı yapmakta fayda vardır:

> *«Yerleşmiş Yargıtay İçtihatları gereğince (HGK. 4.11.1964 tarih ve 1942/D-T Esas, 637 Karar sayılı kararı ile On birinci Hukuk Dairesi'nin 22.4.1982 tarih 1982/1274-1845 sayılı kararı) yabancı ve yerli muhabir banka amir (davacı) bankanın yardımcısı durumundadır. Bu halde de BK. nun 100 (TBK m. 116). maddesi gereğince amir banka muhabir bankanın işini icra ederken yaptığı yanlış işlemin sonucundan ve verilen zarardan sorumludur.»*

---

da borçlunun TBK m. 116 uyarınca sorumlu olmaması gerektiği yönünde bkz. ÖZ, s. 52; ŞENOCAK, 1995, s. 115 vd.; TANDOĞAN, 1961, s. 438-439.

11 HD bir kararında bağımsız çalışan sigorta eksperi ile ilgili olarak sigorta firmasının ne TBK m. 66 ne de TBK m. 116 kapsamında sorumluluğu olduğuna hükmetmiştir. 11 HD, 23.11.2015, 5154/12396. Diğer taraftan, Yargıtay 4. HD 10.04.2000, 1199/3287 sayılı karar ile bağımsız çalışan teknik servisi üretici firmanın yardımcı şahsi olarak kabul etmiştir (lexpera internet portalı, erişim: 20 Kasım 2022).

22 Borçlu müteahhidin serbestçe seçmeyip iş sahibi tarafından empoze edilen alt taşeronlardan TBK m. 116 uyarınca sorumlu olmaması gerektiği yönünde bkz. ÖZ, s. 52.

23 SEROZAN, §22, N. 6, s. 395.

24 Bu görüşlerle ilgili bilgi için bkz. SEROZAN, §22, N. 7, s. 395, dn.195.

25 Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD 10.04.2000, 1199/3287 (lexpera internet portalı, erişim: 20 Kasım 2022).

26 Yargıtay 11. HD, 15.11.1982, 4852/5626 (lexpera internet portalı, erişim: 20 Kasım 2022).

Yine otel personelinin sadece otelin değil, seyahat acentasının da ifa yardımcısı sayılabileceği kabul edilmektedir[27]. İsviçre Federal Mahkemesi[28] (İFM) izin verilen alt-kira ilişkisinde, alt kiracının ilk kiracının yardımcı kişisi olduğunu kabul ederken; alt kiracının uğradığı zararlar açısından ev sahibinin de ilk kiracının yardımcı şahsi kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Ayrıca yardımcı kişinin kullandığı yardımcı kişiden dahi -bilgisi dahilinde olsun veya olmasın- borçlu sorumlu olacaktır.

Yardımcı kişinin borcun ifasına borçlunun onayı ile katılması gerekir. Borçlunun bilgisi dışında yapılan ifa yardımları açısından TBK m. 116 uygulanmaz. Ancak yardımdan borçlunun bilgisi ve onayı bulunması yeterli olup ayrıca yardımcı kişi ile arasında bir sözleşme ilişkisi olması gerekmez[29].

Yardımcı kişiler gördükleri işin türüne göre "ifa yardımcısı-koruma yardımcısı-kullanma yardımcısı" olarak üçe ayrılmaktadır[30]. İfa yardımcısı, borçlunun ifa faaliyetini yerine getirmesine izin verdiği kişilerdir. Koruma yardımcısı, borçluya ait koruma yükümlülüklerini yerine getirirler. Mesela işverenin, çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlamak için alması gereken önlemleri bir işçiye veya bir başka güvenlik firmasına bırakırsa bunlar koruma yardımcılarıdır. Kullanma yardımcısı ise, borçlunun bir borç ilişkisinden doğan bir kullanma hakkını bıraktığı kişidir. Mesela kiracının kiraladığı şeyi üçüncü kişiye kullandırması bu şekildedir. Kullanan kişinin verdiği zarardan kiracı TBK m. 116 uyarınca sorumlu olacaktır. TBK m. 322 ve 366 da kiracının alt kirası hakkında özel hükümler getirmiştir.

Yardımcı kişinin edim yükünün kısmen ifasını devralanın bir kaim kişi de olabileceği kabul edilmektedir. Borçlunun yerine geçerek ondan emir talimat almadan borcu ifa eden bağımsız ve nitelikli yardımcılar "kaim kişi" olarak tanımlanmaktadır[31]. Öğretide[32], vekalet sözleşmesi ile ilgili olan TBK m. 507

---

27 SEROZAN, §22, N. 7, s. 395, 396.

28 BGE 119 II 337 (www.bger.ch) ve kararda atıf yapılan diğer İsviçre Federal Mahkemesi kararları.

29 OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 448, N. 1373; SEROZAN, §22, N. 6, s. 395; EREN, N. 3364, s. 1198.

30 ŞENOCAK, 1995, s. 102 vd; EREN, N. 3357 vd, s. 1196 vd.; TANDOĞAN, 1961, s. 440.

31 EREN, N. 3365, s. 1199; SEROZAN, §22, N. 8, s. 396.

hükmü bir kenara bırakılmak kaydıyla, borçlunun kaim kişiler açısından da kural olarak TBK m. 116 kapsamında sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Diğer taraftan TBK m. 507/II de vekilin ifa borcu kısmen veya tamamen başka bir nitelikli vekile yaptırtması halinde borçlu vekilin sorumluluğu, TBK m. 116 ya göre hafifletilmiştir. Maddede vekilin, yerine geçen diğer vekili seçmede ve ona talimat vermede özenli davranmadığını ispat etmesi halinde sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Vekilin TBK m. 507 ile nitelikli yardımcı kullanması halinde sorumluluğunun TBK m 116 ya göre hafifletilmiş olmasının sebebi, vekalet sözleşmesinde alacaklının vekili istediği zaman azledebilme imkanının bulunmasına dayandırılmaktadır[33]. Serozan[34], serbestçe azledilebilen alt vekillerin dışında kalan alt sözleşenler için BK 116'nın sert risk sorumluluğunun uygulanması gerektiği görüşündedir. Yazar "yardımcı kişi-kaim kişi" ayrımı yapılırken somut olayda adalete en uygun olan sonucun tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Serozan[35] tatile çıkan doktorun yerine hastaya bakan doktorun da nitelikli yardımcı (kaim kişi) olduğunu yoksa TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi sayılmayacağını belirtmiştir. Yine, Serozan[36] yardımcı kişinin borçlunun yararına değil de alacaklının yararına devreye girmesi (bunlara kaim kişi demekte) halinde borçlu açısından TBK m. 116 kapsamında değerlendirilmeyeceğini ifade etmiştir.

Ayrıca belirtelim ki, kural olarak vekalet sözleşmesine dayalı iş gören avukat, doktor gibi uzman kişilerin bir tüzel kişilik bünyesinde iş sözleşmesi çerçevesinde bağımlı bir ilişki ile çalışmaları halinde, bu uzman kişiler, bünyesinde çalıştıkları tüzel kişi şirket açısından TBK m. 116 kapsamında yardımcı kişi olacaktır. Bu kişilerin sebebiyet verdikleri zararlarla ilgili tüzel kişinin kurtuluş beyinesin getirememesi ve TBK m. 116 uyarınca kusursuz sorumlu tutulması, nimet-külfet değerlendirmesinin de bir sonucudur. Mesela, bir şirket bünyesinde çalışan avukatların sebebiyet verdiği zararlar açısından bunların çalıştıkları kurumlar TBK m. 116 kapsamında sorumlu olacaktır. Keza, özel hastanedeki sağlık personeli (hekim, anestezi uzmanı, hemşire vs.), hastanenin hasta kabul sözleşmesi çerçevesinde üstlendiği tedavi etme taahhüdünün yerine getirilmesi açısından TBK m. 116 kapsamın-

---

32 KAHVECİ, s. 1478; EREN, N. 3365, s. 1199; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 445, s. 1370; TANDOĞAN, 1961, s. 448.

33 SEROZAN, İfa, §22, N. 8, s. 396; EREN, N. 3365, s. 1199.

34 SEROZAN, İfa, §22, N. 9, s. 397.

35 SEROZAN, İfa, §22, N. 8, s. 396.

36 SEROZAN, §22, N. 8, s. 396.

da yardımcı kişileridir[37]. Yargıtay 3. HD'nin 2020 tarihli bir kararında hastanede çalışan doktoru ve hemşire gibi tüm sağlık personelinin doğrudan özel hastanenin yardımcı kişisi olduklarını hatta hemşirenin bizzat talimat aldığı doktor açısından dahi yardımcı kişi sayılmadığını, tüm sağlık personelinin hastanenin yardımcı kişisi olduğuna vurgu yapılmıştır[38].

Yardımcı kişi gerçek veya tüzel kişi olabilir. Tüzel kişide organ kişi, yardımcı değil bizzat tüzel kişidir. Organ kişi, yardımcı şahıs olmayıp bizzat tüzel kişinin kendisi olduğundan sorumsuzluk anlaşması açısından fark doğmaktadır. Organ kişinin eyleminden ötürü sadece hafif kusurundan ötürü kusursuzluk anlaşması (TBK m. 115/I) yapılabilecekken, yardımcı kişinin eyleminden ötürü ağır kuru halinde dahi sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir (TBK m. 116/2). Dolayısıyla somut olaya göre bazen daha ağır sorumluluk getiren "organ-kişi"nin tercih edilmesi hakkaniyete daha uygun olabilecektir.[39].

Burada son olarak, borçlunun, borcun ifasında bilim ve teknikteki gelişmeler sonucu bilgisayar, robot gibi elektronik araçları kullandığında, insan yerine ikame edilen makinelerin yardımcı kişi sayılıp sayılmadığı tartışmasına değinmekte fayda bulunmaktadır. Öncelikle bilgisayar hatasının orijininde insanın kusurlu davranışı olup olmadığının (programlama hatası, bakımın yapılmaması vb. gibi) araştırılması gerekir. Böyle insan davranışı kaynaklı olmayan, gerekli tüm özenin gösterilmesine rağmen tespit edilemeyen, öngörülemeyen bir arıza, hata sonucu uğranılan zarardan TBK m. 116 kapsamında sorulu olunup olunmayacağı tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, TBK m. 116'nın bu tür durumlarda uygulanmaması gerektiğini savunurken diğer bir görüş ise, bu tür durumlarda TBK m. 116'nın kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindedir[40]. Bu görüş taraftarları[41], insan yerine makine ikame

---

37 ÖZDEMİR Hayrunnisa, "**Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay'ın Görüşü**", TBB Dergisi 2013(105), (http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-105-1262, erişim: 24 Kasım 2022), s. 270, 271; AYAN Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Kitap, Ankara 1991, s. 151; ŞENOCAK Zarife, **İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat (Özürlü Çocuk)**, Ankara 2009, s. 45; ŞENOCAK, 1995, 104, 105, 106.

38 Yarg. 3. HD, 10.6.2021, E. 2020/6078, K. 2021/6384 (lexpera internet portalı, erişim: 20 Kasım 2022).

39 İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 102 II 257 sayılı kararında, bir banka şubesi müdürünün, banka anonim ortaklığının kendisine yabancı yardımcı kişi olarak değil, fakat düpedüz organ kişisi olarak değerlendirildiği yönünde bilgi için bkz. SEROZAN, §22, N. 9, s. 397, dn. 201.

40 Bu görüşlerle ilgili bilgi için bkz. ŞENOCAK, 1995, s. 106-109; YÜNLÜ, s. 112-117.

eden borçlu bu durumda iş gücü masrafları yerine makinelerin masraflarını üstlendiği gibi, yardımcı kişinin başarısız olma rizikosunun yerine bu sefer, makinelerin gereği çalışmamasının rizikosunu üstlenmelidir.

C. Bilgisi Dahilinde Olmalı

Borçlunun yardımcı kişinin fiilinden kusursuz sorumlu tutulabilmesi için yardımcının borçlunun bilgisiyle ve çağırmasıyla ifa sürecine dahil olmuş olması gerekir[42]. Bu açıdan iradi temsilci, borçlu tarafından borç ilişkisine dahil edilmiş olduğundan borçlunun yardımcı kişisi sayılacaktır. Ancak yasal temsilci açısından öğretide durum tartışmalıdır. Zira borç ilişkisine borçlunun izni ile dahil olmazlar. Bununla birlikte, borçlunun borcunun mesela borçlunun velisi tarafından yerine getirilirken alacaklı zarar görmüş ise alacaklının borçludan tazminat talep edememesi hakkaniyete uymayan sonuçlar yaratacağı belirtilmektedir[43].

D. Zarar Verici Eylem İfa Dolayısıyla Gerçekleşmiş Olmalı

Zarar verici eylem ile borcun ifası arasında bir işlevsel bağlantı bulunması gerekir. Yardımcının sarkıntılık, hırsızlık gibi fiilleri dolayısıyla borçlu sorumlu tutulamaz[44]. Bununla birlikte yardımcının haksız fiilinin aynı zamanda borca aykırılık teşkil etmesi halinde, borçlunun TBK m. 116 kapsamında da sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir. Mesela, çırağın tamir için girdiği evden bir şey çalmasının TBK m. 116 kapsamında olmayacağı ancak antrepoya bırakılmış bir eşyadan bir şey çalan yardımcının bu fiilinin aynı zamanda borca aykırılık teşkil edeceği kabul edilmektedir. Yardımcının şahsi haksız fiili teşkil edip borçlunun asıl ifa yükümlülüğü kapsamında bulunmayan zararlar "borca yabancı olan atipik riskler" olarak ifade edilmekte ve bunların TBK m. 116 kapsamı dışında kalacağı belirtilmektedir[45].

---

41 Bu görüşten olarak ve bilgi için bkz. ŞENOCAK, 1995, s. 109; YÜNLÜ, s. 112-117.

42 EREN, N. 3359, s. 1196; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, N. 1373, s. 447; SEROZAN, §22, N. 6, 395; TANDOĞAN, 1961, s. 436.

43 Bu yönde bkz. EREN, N. 3364, s. 1198; SEROZAN, §22, N. 12, s. 398.

Alman medeni Kanunu (BGB §278) kanuni temsilcileri yardımcı kişilerle eş tutmuştur.

BGB, Section 278, Responsibility of the obligor for third parties:

The obligor is responsible for fault on the part of his legal representative, and of persons whom he uses to perform his obligation, to the same extent as for fault on his own part. The provision of section 276 (3) does not apply.

44 Bu yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 452, N. 1386; SEROZAN, §22, N. 9, s. 397; TANDOĞAN, 1961, s. 442.

45 SEROZAN, §22, N. 9, s. 397.

Yardımcının ifa eylemi için alacaklının güven alanına girdiği ve koruma yükümlülüklerini ihlal etmesinin riskini yardımcıdan faydalanan borçlunun katlanmasının doğru olduğu özellikle Alman öğretisinde yoğun olarak savunulmaktadır[46]. Bu görüş uyarınca, alacaklının korunmasına, zarar görmemesine yönelik davranış yükümlülüklerinin ihlal edilmesi aynı zamanda borca aykırılık da teşkil edeceğinden yardımcının bu tür davranışlarından borçlu TBK m. 116 çerçevesinde sorumlu olmalıdır. Ancak borç ilişkisinin koruma yükümlülüklerinin kapsamının nasıl belirleneceği öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar borçlunun hırsızlığı borç ilişkisi çerçevesinde onun davranış/koruma yükümlülüğünü ihlal sayıldığını ve dolayısıyla da yardımcının hırsızlığının da bizzat borçlunun hırsızlığı gibi değerlendirilip borçlunun TBK m. 116 kapsamında sorumluluğuna sebebiyet vereceğini savunmaktadır[47]. Serozan[48] ise, yardımcının hırsızlık, sarkıntılık gibi salt haksız fiil mi teşkil eden davranışlarının, borçlunun sözleşme ilişkisi kaynaklı koruma yükümlülüklerine dahil olmayacağı kanaatindedir. Yazar, borç ilişkisi kapsamına giren koruma yükümlülüklerine örnek olarak; hastanede çamaşırları ütüleyen işçinin eşinin çamaşırlarını da ütülerken yangın çıkarması veya sigara içmesi, alkol alması gibi davranışlara bağlı olarak hastaların zarar görmesi halinde hastaların TBK m. 116 uyarınca hastaneyi sorumlu tutabileceklerini vermiştir.

E. Yardımcı Kişinin Davranışının Borçluya Farazi Kusur Olarak Yükletilebilmesi

Borçlunun yardımcı kişinin sebebiyet verdiği zararlar dolayısıyla sorumluluğunun kusura dayanıp dayanmadığı konusu tartışmalara sebebiyet vermiştir[49]. Bir görüş, sözleşmeye dayalı sorumluluğun kusura dayandığı gerekçesiyle yardımcının da kusuru bulunmuyorsa borçlunun sorumlu olmaması gerektiği yönündeyken; diğer bir görüş uyarınca, yardımcının kusurdan bağımsız bir şekilde borçlu doğan zarardan sorumlu olmalıdır. Bu sonuncu görüş nimet-külfet dengesinin de doğal bir sonucu olarak kabul edilmiştir. Doktrinde hâkim konumdaki üçüncü görüş[50] uyarınca ise sorum-

---

46 Bu görüşten olarak bkz EREN, N. 3372, s. 1202; ŞENOCAK, 1995, s. 199; Ayrıca konuyla ilgili tartışmalar için bkz. KAHVECİ, s. 1484; SEROZAN, §22, N. 13, s. 399.

47 Bu yöndeki Alman öğretisine yapılan atıf için bkz. SEROZAN, §22, N. 13, s. 399 ve özellikle dn. 205.

48 SEROZAN, §22, N. 13, s. 399.

49 Bu tartışmalarla ilgili bilgi için bkz. EREN, N. 3373, s. 1203.

50 Bu yönde bkz. EREN, N. 3375, s. 1204; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, S. 454, N. 1393-1402; TANDOĞAN, 1961, s. 444; SEROZAN, §22, N. 1 vd; ÖZDEMİR, s. 275.

luluk, yardımcı kişinin kusuruna değil borçlunun farazi kusuruna dayanmaktadır. Borçlu yardımcı kişinin davranışını bizzat yapsa idi onun için kusurlu bir davranış sayılacak idi ise, borçlu için farazi kusur gerçekleşmiş olacaktır. Sorumluluk, yardımcı kişinin davranışının borçlunun davranışı olsa idi ona kusur olarak yükletilip yükletilemeyeceğine dayandığından yardımcının ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması da önemli değildir.

Borçluya isnat edilen, yardımcısının kusuru değil, belirli bir eylemdir. Borçlu yardımcının kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin yardımcı kişinin aniden ayırt etme gücünü kaybettiği sırada bir zarar gerçekleşmiş borçlu bu zarardan dahi sorumlu tutulabilecektir[51]. Borçlunun farazi kusurunun bulunması, yardımcının davranışını bizzat yapmış olsa idi sorumlu olacak idiyse borçlunun sorumluluğu kabul edilmektedir[52].

Farazi değerlendirme yapılırken, yardımcı kişinin somut olaydaki zarara sebebiyet veren davranışı, borçlu için geçerli olan, onun borcun ifasında göstermek zorunda olduğu özen kriterine tabi tutulur[53]. Yardımcı kişinin somut olaydaki davranışı borçlunun göstermek zorunda olduğu bu özen derecesine ulaşmıyor, ondan sapma gösteriyorsa borçlu sorumlu olacaktır. Oğuzman/Öz[54], yardımcı kişiye bırakılan işin niteliğinin de önemli olduğunu ve somut olayda borçlunun niteliklerinin değil de yardımcı kişiye bıraktığı iş için gerekli bilgi ve yetenekleri esas alınacağını belirtmektedirler. Bununla birlikte borçlunun bilgi ve becerileri yardımcı kişiden daha üstün ise ve bırakılan iş bu yetenekleri kullanmayı gerektiriyorsa borçlunun bu yeteneği göz önünde tutulur. Dolayısıyla yardımcı kişi için kusur sayılmayan bir davranış borçlu için kusurlu davranış sayılabilecektir. Diğer yandan, yardımcının borçludan daha nitelikli bir kişi olması halinde tam tersi de olabilir. Eren[55] bu hususa şu örneği vermektedir: Özel klinik sahibi genel cerraha grip tedavisi için gelen bir hastayı, kalp uzmanı olan yardımcısına havale etmiş ve yardımcının verdiği grip ilacı hastada enfarktüse sebebiyet vermiş olsun. Yardımcının verdiği grip ilacının kalp krizine sebebiyet vermesi genel cerraha kusur olarak yükletilemez ise genel cerrah sorumlu olmayacaktır (ancak

---

51 KAHVECİ, s. 1485; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1393.

52 OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 454, N. 1398; KAHVECİ, s. 1485; ÖZDEMİR, s. 276. BGE 113 II 424 (cond. 1b); 119 II 337 (www.bger.ch).

53 ÖZDEMİR, s. 276..

54 OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 454, N. 1398.

55 EREN, N. 3375, s. 1205.

kalp uzmanı borçtan asıl sorumlu kişi olsa idi onun grip ilacının enfarktüs yapmadığını bilmesi kusur sayılacağından sorumlu olacaktır). Bununla birlikte, yardımcı doktorun dahil olduğu bir ameliyatı asıl doktor yapsaydı da sonuç değişmeyecek idiyse artık sorumluluktan söz edemeyiz. Mesela ameliyat sırasında deprem olması, yıldırım düşmesi sonucu elektriklerin kesilmesi gibi bir sebepten hasta yaşamını yitirmişse ameliyatı asıl doktor yapıyor olsa idiyse de sonuç değişmeyecektir[56].

Farazi kusur görüşü uyarınca borçlunun kusuru olmasa da sorumlu tutulacağından, TBK m. 116 ile kusursuz sorumluluk getirildiği söylenebilir. Buradan, TBK m. 66 da kabul edilen kurtuluş imkanları da tanınmamıştır[57]. Buna karşılık zarar umulmayan hal veya mücbir sebepten meydana gelmişse, borçlu bunları ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir[58].

Yardımcı kişinin sorumluluğu açısından önemle vurgulanması gereken husus, borçlunun yardımcılarının alacaklıya zarar verici eylemi dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için ne borçlunun kusuru ne de bizzat yardımcının kusuru aranır. Oysa TBK m. 66'da düzenlenmiş olan adam çalıştıranın sorumluluğu açısından işverenin ifa yardımcısını seçerken, ona talimat verirken ve onu denetlerken her şeyi gereği gibi yaptığını kusuru olmadığını ispat ederek sorumlu olmaktan kurtulabilmektedir.

TBK m. 116'daki sorumluluğun borçlunun kusuruna dayanmadığı hususu Yargıtay kararlarında[59] da açıkça belirtilmektedir.

---

[56] İnşaat sözleşmesi açısından, inşaat mahallînde gerçekleşen bir su baskını yüzünden alt müteahhit döşemeleri zamanında yapamazsa, bu yüzden evi teslimde geciken asıl müteahhit de iş sahibine karşı sorumlu olmaz. Bu örnek için bkz. ÖZ, s. 51.

Yargıtay 4. HD'nin 10.04.2000 T, 1199/3287 sayılı Kararında da yetkili servisin sebebiyet verdiği zararlardan üretici firmanın TBK m. 116 uyarınca sorumlu olduğunu ve üreticinin "yetkili servisin yaptığı işi, bizzat kendisi yapmış olsa idi, zararın yine de meydana geleceğini" kanıtlaması halinde sorumlu tutulmayacağını belirtmiştir. (lexpera internet portalı, erişim: 22 Kasım 2022).

[57] Bu yönde bkz. SEROZAN, §22, N. 3, s. 391.

[58] EREN, N. 3375, s. 1205.

[59] Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, 10.6.2021, 2020/6078, K. 2021/6384; Yarg. 4. HD, 10.04.2000, 1199/3287; Yarg. 7. HD, 30.03.2010, E 2009/8423, K. 2010/1773 (lexpera internet portalı, erişim: 22 Kasım 2022).

Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 27.3.1957 günlü 1/3 sayılı kararında (lexpera internet portalı, erişim: 22 Kasım 2022) BK m. 66 için belirtilmiş olan "Adam kullananın tazminatla sorumlu tutulabilmesi için kendi kusuru şart olmadığı gibi, kullandığı adamın dahi kusuru şart değildir." yönündeki ifadede, "adam çalıştıran" denilmiş olsa da esasında burada TBK m. 66'daki ifa yardımcısının değil TBK m. 116'daki yardımcı kişinin kastedilmiş olduğu yöndeki yorum için bkz. SEROZAN, §22, N. 14, s. 400.

Bu husus Yargıtay 11. HD'nin 17.1.1980 tarihli 1/133 sayılı kararında şu şekilde ifa edilmiştir:

"Aslında, TBK m. 116 (BK. Nun 100. Maddesi) hükmü uyarınca, yardımcı şahıs sıfatı taşıyan davalı bankanın kusursuzluğu saptansa bile; borçlu (asıl taşıyan) işi yardımcı şahıslara bırakmayarak, bizzat yapmış olsaydı, ***anılan zarardan kendisi kusurlu sayılabilecek durumdaysa; zarardan, borçlunun sorumlu tutulması zorunludur****. Bilimsel Öğretide çoğunluk görüşü de bu yoldadır. (Bkz. Feyzioğlu F. Necmeddin, "Borçlar Hukuku, Genel Hükümler" İst. 1977 C. 2, Sh. 203 ve dipnot 246 daki yazarlar) Navlun sözleşmesi uyarınca, teslim aldığı malı, gönderilene teslim edilene kadar noksansız ve hasarsız biçimde taşıma yükümü bulunan taşıyıcının; taşıma sırasında olduğu saptanan kayıp nedeniyle, kusurlu ve sorumlu olacağını kabul, doğaldır. Bu yaklaşımla da, navlun sözleşmesinin tarafı olan asıl taşıyıcının sorumluluğu sonucuna ulaşılmaktadır."*

Görüldüğü gibi kararda borçlunun TBK m. 116 uyarınca sorumluluğunun doğması kusur şartına değil zararın doğmuş olmasına bağlanmış olduğu içtihatlarca da kabul edilmektedir.

F. Sorumluluğun Sınırlandırılmamış Olması

Belirttiğimiz gibi fabrikalarda, çok sayıda işçi çalıştırılan şirketlerde, birçok işçinin çalıştığı inşaatlarda işveren konumundaki tüzel kişi çalışan herkesin sebebiyet verdiği zararlardan kusursuz sorumlu olmaktadır. Yardımcı çalıştıranlar, şirketler bu sorumluluk altında ezilmemek için sorumsuzluk anlaşması yapmaktan başka şansları bulunmamaktadır[60]. TBK m. 116 kapsamındaki yardımcıdan sorumluluk alacaklı ile yapılacak bir sorumsuzluk anlaşması ile ortadan kaldırılabilmektedir. Hatta borçlunun, yardımcının ağır kusurunda dahi sorumlu olmayacağı yönündeki anlaşma TBK m. 116/2 uyarınca geçerli kabul edilmiştir. Oysa bizzat yaptığı işten borçlu ağır kusurundan sorumlu olmayacağı yönünde koyacağı kayıtlar TBK m. 115/I uyarınca geçersiz sayılmıştır.

Borçlunun yardımcıların sebebiyet verdiği zararlardan sorumlu olmayacağı yönündeki sorumsuzluk kaydı TBK m. 116/2 ile geçerli kabul edilmiş olmakla beraber bu kurala 3. Fıkra ile bir istisna getirilmiştir. TBK m.

---

[60] ÖZ, s. 52.

116/3e göre, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşması kesin olarak hükümsüzdür.

Borçlunun sorumsuzluk kaydıyla sorumlu tutulamadığı bir zarardan alacaklının doğrudan yardımcıdan tazminat talep edebileceği kural olarak kabul edilmektedir[61]. Bununla birlikte, özellikle borçlunun işçisi olan yardımcı açısından, işverenin sorumsuzluk kaydı sonucu sorumluluktan kurtulması halinde, zararın işçiden istenebilmesi sosyal adalet ve eşitlik ilkesine aykırı olacağı belirtilmektedir. Bu nedenle sorumluluk anlaşmalarının geçerli olduğu durumlarda, bu anlaşmanın haksız fiile dayalı tazminat taleplerini de sınırlandıracağı yaygın olarak savunulmaktadır[62]. Böylece sorumsuzluk anlaşması yapılmış olması dolayısıyla borçluya gidilemeyen durumlarda, zararın haksız fiil hükümlerine dayalı olarak yardımcı kişiden istenilebilmesinin yolu kapatılmaya çalışılmıştır.

III. TBK M. 507 HÜKMÜ KAPSAMINDA İFA YARDIMCISININ FİİLİNDEN SORUMLULUK

Vekil, vekalet sözleşmesi kapsamındaki borcunu, kural olarak, bizzat ifa etmekle yükümlü tutulmuştur (TBK m. 506/I). Bu yükümlülük de, aradaki güvene dayalı ilişkinin doğal sonucudur. Hatta vekilin bizzat ifa etmeyip de işini bir başkasına gördürmesi halinde, bu başkasının fiillerinden kendisi yapmış gibi sorumlu tutulmuştur (TBK m. 507/I). TBK m. 507/I'deki bu hüküm esasen TBK m. 116'nın vekalet sözleşmesindeki görünümüdür. Ancak kanun koyucu TBK m. 116'daki sorumluluktan farklı olarak, TBK m. 507'de vekilin borcunun ifasını başkasına bırakmaya yetkisi olan bazı hallerde, vekilin sorumluluğunun hafifleyeceğini de düzenlemiştir. Somut olayda hangi sorumluluk hükümlerinin uygulanacağını tespit edebilmek için bu iki müesseseyi ayırt etmek gerekmektedir.

1. "Yardımcı Kişi" ve "Vekilin Yerine Başkasını Koyması" Kavramları ve Bu İki Durumun Ayırt Edilmesi

Vekilin yerine başkasını koyması ile, vekalet sözleşmesi kapsamına giren bazı işlerin ifasını yardımcı kişilere bırakılmasını karıştırmamak gerekir.

---

[61] OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 457, N. 1406.

[62] SEROZAN, §22, N. 14, s. 400; § 21, 8.

Vekilin yardımcı kişi kullanması, yardımcı kişilerin sebebiyet verdikleri zararlar açısından TBK m. 116 kapsamında kusursuz sorumluluğuna sebebiyet verirken, vekilin TBK m. 506/I de belirtilen üç durumda yerine başka vekil koyması dolayısıyla sorumluluğu, bu kişileri seçmede ve talimat vermede özen eksikliği ile sınırlandırılmıştır (TBK m. 507/II).

Vekilin işini başkasına yaptırdığında TBK m. 116 ya göre sorumluluğunun hafifletilmiş olduğu durumlar (TBK m. 506 ve 507), esasında, TBK m. 116'da düzenlenmiş olan bir yardımcı kişi geniş grubuna dahildir[63]. Bu vekil yardımcıları, klasik yardımcı kişiden farklı olarak nitelikli yardımcıdır. Bir yardımcının TBK m. 507 kapsamında asıl vekilin sorumluluğunu sınırlandıran "caiz alt vekil" sayılması için sadece TBK m. 506'da belirtilen üç halin gerçekleşmiş olması yeterli olmayıp ayrıca bu kişinin asıl borçlu vekil gibi, bağımsız çalışan uzman bir kişi olması gerekir. Diğer bir ifade ile, TBK m. 506 kapsamına giren her durumda vekil yerine ifada bulunan herkes alt vekil sayılmaz.

Vekilin kullandığı ifa yardımcısının TBK m. 116 kapsamında "yardımcı şahıs" mı yoksa TBK m. 506 kapsamında bir yardımcı mı olduğu vekilin sorumluluğunun kapsamını doğrudan değiştirdiğinden yardımcının kimliğinin doğru ayırt edilmesi önemlidir. Vekilin işini başkasına bırakmasına izin verilen TBK m. 506/I'de belirtilen durumlar dışında vekil yardımcı kişi kullanmışsa, bu kişiler dolayısıyla TBK m. 116 uyarınca sorumlu olur[64]. Diğer bir ifade ile, TBK m. 506/I'de belirtilen tevkil yetkisinin kabul edildiği durumlar söz konusu değilse zaten bu noktada yardımcı kişi kullanan vekilin sorumluluğu TBK m. 116 kapsamında olacaktır. Dolayısıyla belli bir olayda hangi hükümlerin uygulanacağı yönündeki tereddüt ile, ancak TBK m. 506/I kapsamında vekilin tevkil yetkisinin bulunduğu durumlar söz konusu ise karşılaşılacaktır.

Bu şekilde TBK m. 506/I kapsamına giren, vekilin işin görülmesini başkasına bırakmaya yetkili olduğunun kabul edildiği hâllerde, vekilin yardımına başvurduğu üçüncü kişilerin hepsi onun TBK m. 507/II uyarınca sorumluluğunu hafifletmez. Böyle vekilin sorumluluğunun hafiflemesine sebep

---

63 TANDOĞAN, C. II, s. 460.; EREN, N. 3365, s. 1199; SEROZAN, §22, N. 8, s. 396.

64 YAĞCI Mine, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m. 116),** On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.70; GÜMÜŞ M. Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2022, s. 469, 470; AKİPEK Şebnem, **Alt Vekalet**, Ankara 2003, s.143, 145.

olan vekil yardımcılarının TBK m. 116 daki kusursuz sorumluluğa sebebiyet veren yardımcı kişiden nasıl ayrıd edileceği öğretide tartışmalıdır[65].

Bir görüş[66], vekilin vekalet sözleşmesinin kendisine yüklediği edimlerin tamamının veya bir bütün teşkil eden bir kısmının, kendi yönetim ve gözetimi altında olmaksızın, bağımsız biçimde ifa edilmesi amacıyla bırakılması halinde, "uzman vekil yardımcısından" söz edileceği kanaatindedir. Bu görüş uyarınca vekil, borcunun ifasını başka bir uzmana bırakarak kendisine düşen edim yükümlüğünden fiilen kurtulmaya çalışmaktadır. Bununla birlikte bu görüş TBK m. 116 kapsamındaki yardımcı kişinin de bağımsız olabileceği[67], bu kriterin yeterli olmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir[68]. Tandoğan[69] uzman vekil yardımcılarını, "*vekilin kendi adına yaptığı bir sözleşme ile vekalet akdinin kendisine yüklediği ve şahsen yerine getirilmesi önemli olan edimlerin tamamının veya bir kısmının bağımsız surette yapılması için tevkil ettiği kimseler*" olarak tanımlamaktadır. Bu tanımdan olarak, bir avukatın bizzat yazmış olduğu dilekçeyi sadece kâğıda aktaran sekreterin bizzat avukatın yapması gereken bir iş görmediğinden yardımcı kişi durumunda olup, avukat yerine davaya giren başka bir avukat ise gördüğü işte kişiliğin önemi büyük olduğundan alt vekil durumundadır. Keza, bir ameliyatta aletleri ameliyatı yapan operatör doktora veren sağlık personeli yardımcı kişi sayılırken, doktorun ani rahatsızlığı sonucu ameliyatı kendisine bıraktığı meslektaşı alt vekil niteliği taşımaktadır.

Bu görüşlerden bizim de katıldığımız ve öğretide çoğunluğun benimsediği görüş[70], vekilin üçüncü kişiyi ***kendi menfaatine mi, yoksa müvekkilin menfaa-***

---

65 Vekilin işin görülmesini yardımcıya bırakmaya yetkili olduğu hâllerde, ne zaman TBK m. 507 f. 2'nin uygulanacağı, ne zaman TBK m. 116'nın uygulanacağının tespiti için doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerle ilgili bilgi için bkz. GÜMÜŞ, s. 468-470; YAĞCI, s. 70 vd.; PARLAK Şafak/ BÖRÜ Levent, **"Alt Vekalet**", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011(96), (http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1135, erişim 24 Kasım 2022), s. 26 vd; AKİPEK, s. 166 vd.; ŞENOCAK, 1995, s. 141- 150; Ayrıca konu ile ilgili diğer tartışmalar için bkz. ŞENOCAK Zarife, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara 1998, s. 101.

Metinde belirttiğimiz müvekkil menfaatine olma kriterine esas alan baskın görüşü savunanlardan olarak bkz. YAĞCI, s. 71; PARLAK/BÖRÜ, 2011, s. 26; ŞENOCAK, 1995, s. 145; AKİPEK, s. 166. İsviçre Federal Mahkemesinin baskın görüşe paralel kararı (BGE 112 II 347) kararı ile ilgili bilgi için bkz. ŞENOCAK, 1995, s. 145, 147 dn. 319.

66 Bu görüşten olan yazarlara yapılan atıf için bkz. TANDOĞAN, C. II, s. 460, dn. 218.

67 Bu yönde bkz. GÜMÜŞ, s. 469, 470; TANDOĞAN, 1961, §28, not. 8.

68 Bu konudaki eleştiriler için bkz. TANDOĞAN, C. II, s. 460.

69 TANDOĞAN, C. II, s. 461.

70 GÜMÜŞ, s. 470.

tine mi görevlendirdiği kriteri, vekilin işin görülmesini bıraktığı kişinin alt vekil mi, yardımcı kişi mi olduğunun belirlenmesinde yardımcı olabilecektir.

Buna göre, vekilin kendi menfaatleri doğrultusunda, sözgelimi faaliyet sahasını genişletmek veya işletme kapasitesini artırmak üzere kullandığı üçüncü kişinin yardımcı kişi olduğu görüşünden hareket edilerek, bu kişilerin sebep oldukları zararlardan dolayı vekil kendi fiiliymiş gibi TBK m. 116 kapsamında sorumlu olur[71].

Bununla birlikte, vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri gereği gibi ifa etmek amacıyla hareket ederek bir üçüncü kişiye başvurur ve bu konuda o kişiye vekâlet verirse, üçüncü kişinin yetkilendirilmesi müvekkilin menfaatine olduğu için bu kişinin alt vekil olduğu kabul edilmelidir. Bu şekilde vekalet verenin menfaatine olacak şekilde, onun muvafakati ile ve vekilin denetimi ve gözetimi altında olmadan bağımsız bir şekilde ifa edecek olan üçüncü bir kişiye bırakması halinde vekilin sorumluluğu TBK m. 507/II uyarınca sınırlandırılmıştır[72]. Vekalet veren menfaatine bir uzmana daha başvurulması ondan görüş alınması bu şekildedir.

Ayrıca belirtelim ki, TBK m. 507 f. 2'de yer alan özel düzenleme, sadece vekil ile üçüncü kişi arasında vekâlet ilişkisi bulunduğu takdirde uygulanır. Vekil ile üçüncü kişi arasında hizmet sözleşmesi olması hâlinde, bir alt vekil değil, TBK m.116 anlamında bir yardımcı kişi söz konusudur[73]. Bu konuda doktrinde fikir birliği bulunmaktadır. Örneğin, bir avukatlık ya da mimarlık bürosunda vekâlet verilen asıl avukat ve mimarın yanında hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalışan kişiler alt vekil değil, yardımcı kişi olarak nitelendirilir. Keza, özel hastane bünyesinde çalışan doktorlar, hastanenin TBK m. 116 kapsamında yardımcı şahsı kabul edilirler[74]. Üçüncü kişinin niteliğine ilişkin tereddüde düşüldüğü takdirde, vekilin yardımcı kişi nedeniyle sorumluluğunun alt vekilden dolayı sorumluluğuna nispetle daha geniş olması sebebiyle, üçüncü kişinin yardımcı kişi olduğunun kabul edilmesi

---

71 THEVENOZ, art. 101, N. 15, s. 599.

72 THEVENOZ, art. 101, N. 15, s. 599.

73 AKİPEK, s. 144; TANDOĞAN, C. II., s. 461.

74 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. AYAN, s. 151.

Yargıtay 3. HD'nin 2020 tarihli bir kararında hastanede çalışan doktoru ve hemşire gibi tüm sağlık personelinin doğrudan özel hastanenin yardımcı kişisi olduklarını hatta hemşirenin bizzat talimat aldığı doktor açısından dahi yardımcı kişi sayılmadığını, tüm sağlık personelinin hastanenin yardımcı kişisi olduğuna vurgu yapılmıştır (Yarg. 3. HD, 10.6.2021, E. 2020/6078, K. 2021/6384 (lexpera internet portalı, erişim: 20 Kasım 2022).

daha uygun olacaktır[75]. Zira iş görme edimini bizzat yerine getirmeyerek bunu üçüncü bir kişiye bırakan vekile kıyasla müvekkilin korunması daha yerinde olur.

Yargıtay kararlarının, çoğunda ifa yardımcısının alt vekil mi yardımcı kişi mi olduğunu ayırt ederken bu şekilde belirgin kriterlere rastlanılmadığını üzülerek belirtmek gerekir. Kararların bazılarında yardımcının niteliği ayırt edilmeden "alt vekil ve yardımcı şahıs" olduğu yönünde ifadeler bulunduğunu da görmekteyiz[76]. Yargıtay bir kararında[77] bağımsız çalışan sigorta eksperi ile ilgili olarak sigorta firmasının ne TBK m. 66 ne de TBK m. 116 kapsamında sorumluluğu bulunmadığına karar verirken; diğer taraftan başka bir kararında[78] da, müşterisinin gümrük işlerini yapmayı bıraktığı firmanın borçlunun alt vekil olduğu kanaatine varmıştır. Keza Yargıtay bir kararında[79] da akreditif lehtarı olan yurt dışı bankasının TBK m. 116 kapsamında ifa yardımcısı olduğuna hükmetmiş; başka bir kararında[80] ise havale gönderilen yurt dışındaki lehtar bankanın Türkiye'deki amir bankanın alt vekili olduğuna karar vermiştir[81]. Bu örneklerden de görüldüğü gibi içtihatlar çerçevesinde yardımcı kişiye ne zaman alt vekil nitelemesi yapılacağı hususu açıklamaya muhtaçtır.

---

75 AKİPEK, s. 144.

76 Mesela bkz. HGK, 23.2.2021, 2017/941 E., 2021/144 K. sayılı kararında "lehtar ve muhabir bankanın alt vekil ve ifa yardımcısı olarak görev aldığı" ifadesi yer almaktadır (lexpera internet portalı, erişim: 10 Ekim 2022).

77 11 HD, 23.11.2015, 5154/12396 (lexpera internet portalı, erişim: 10 Ekim 2022).

78 11 HD, 27.6.2018, 2016/12418 E, 2018/4862 (lexpera internet portalı, erişim: 10 Ekim 2022).

79 11. HD, 15.11.1982, 4852/5626: "yabancı ve yerli muhabir banka amir (davacı) bankanın yardımcısı durumundadır. Bu halde de BK. nun 100. maddesi gereğince amir banka muhabir bankanın işini icra ederken yaptığı yanlış işlemin sonucundan ve verilen zarardan sorumludur. ... bu durumda Amerika'daki muhabir bankayı davacı bankanın yardımcısı kabul etmek ve onun yanlış işleminden ve davalı ithalatçıya karşı davacı bankayı sorumlu tutmak gerekmektedir." (lexpera internet portalı, erişim: 10 Ekim 2022).

80 HGK, 23.2.2021, 2017/941 E., 2021/144 K.: "somut olayda; havalenin IBAN kullanılarak yapıldığı, dava konusu havalenin yapılmasında muhabir ve lehtar bankanın davalı bankanın alt vekili ve ifa yardımcısı olarak görev aldığı, ... davacının havale yapmak istediği şirkete ait IBAN'ı müşteriye teyit ettirmeden bankaya vermek suretiyle kusurlu davrandığı, yine davalı bankanın ise ifa yardımcısı olan bankanın IBAN ile hesap sahibi ismini eşleştirmeden işlemi yapmış olması nedeniyle olayda kusurlu olduğu, her iki tarafın eşit kusurlarıyla zarara sebebiyet verdikleri gerekçesiyle davanın kısmen kabulü" (lexpera internet portalı, erişim: 10 Ekim 2022).

81 Yurt dışındaki muhabir bankanın amir bankanın yardımcı kişisi değil alt vekili olduğu yönünde bkz. GÜMÜŞ, s. 468; YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt**, 11. Baskı Beta Yayın Evi, Ankara 2022, s. 1309; TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri**, C.I/I, 4. Bası, Ankara 1982, s. 99 not. 47.

2. Vekilin Yerine Başkasını Koymaya Yetkili Olduğu Haller

Vekilin ifayı başkasına bırakmaya yetkisi olan durumlar TBK m. 506/I'de belirtilen üç durumla sınırlanmıştır. Bu üç halden biri gerçekleşmeden vekil işi başkasına yaptırmış ise, artık bu durumlarda vekil TBK m. 507'deki hafifletilmiş sorumluluk hükmünden faydalanamamaktadır.

TBK m. 506/I şu şekildedir;

"Vekil vekalet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile *yetki verildiği* veya *durumun zorunlu* ya da *teamülün mümkün* kıldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir."

Anılan hükümde belirtildiği gibi vekilin bizzat ifada bulunması kuralına şu üç istisna getirilmiştir:

i. Vekalet veren vekile, işi başkasına yaptırabileceği yönünde yetki verilmiş olabilir. Vekalet veren bu yetkiyi açık bir şekilde genel veya belli durumlar ve belli kişiler için sınırlı da verebilir. Vekalet veren işi başkasının yapmasına zımnen rıza gösterdiği işin mahiyetinden de anlaşılabilir[82]. Mesela, vekilin bulunduğu yerden çok uzaktaki malların idaresi de vekile bırakılmışsa bu şekilde zımni bir rızanın mevcudiyeti kabul edilir[83]. Ayrıca, vekalet verenin işin başkasına bırakıldığını öğrendiği ve bu kişinin yaptıklarına rıza gösterdiği takdirde başkası ile vekalet veren arasında doğrudan doğruya bir vekalet ilişkisinin doğacağı da kabul edilmektedir[84].

ii. Vekilin örf adet gereğince işi başkasına yaptırtmaya yetkili olduğu durumlar söz konusu olabilir. Mesela, kıymetli evrak alım satımında diğer bir borsadaki komisyoncunun, eşya taşımada ara taşıyıcının, bir senedin tahsili için tahsile alan banka tarafından kendi şubesi olmayan yerde başka bir bankanın tevkili, vesikalı akreditifte muhabir bankanın vesika karşılığı ödeme yapmak için görevlendirilmesi bu şekilde örf adete uygun sayılır[85]. Bir iç hastalıkları uzmanının cerrahi bir müdahale gerektiği takdirde bir operatöre başvurması sadece örf ve adete uygun olmakla kalmayıp, vekilin özen borcunun da bir sonucudur. Tatile giden bir dok-

---

82 AKİPEK, s. 110, 111; PARLAK /BÖRÜ, s. 28, 29; TANDOĞAN, C. II, s. 457; GÜMÜŞ, s. 468.

83 AKİPEK, s. 111; TANDOĞAN, C. II, s. 457; YAVUZ, s. 1309.

84 AKİPEK, s. 112; TANDOĞAN, C. II, s. 457.

85 AKİPEK, s. 112; TANDOĞAN, C. II, s. 457.

torun devamlı hastaları için yerine bir başka doktoru bırakması da teamül gereğidir.

Ancak genellikle bu gibi hallerde hasta, operatörün veya tatile gidenin yerini alan doktorun tedavisine rıza göstermekle, alt vekalet asıl vekalete dönüşür; özellikle ilk doktorun işi kendisine bıraktığı doktor, mevcut tedaviye devam etmeyip, yeni ve başka bir tedaviye başlarsa durum böyledir. Mesela, birden fazla mimarın ortak çalıştığı bir büroda bunlardan birine bir iş tevdi edilirse, aksi açıkça belirtilmedikçe, diğer ortakların da gerektiğinde o işle uğraşmaya teamül icabı yetkisi olduğu kabul edilmelidir[86]*. Diğer taraftan birden çok avukatın ortak olarak çalıştığı büroda da aynı yorumu yapmak mümkünse de hukukumuzda Avukatlık Kanunundaki özel düzenlemeyi unutmamak gerekir. Nitekim Avukatlık K. md. 171 f. II'de avukatın işin bazı aşamalarını ortağına bırakabilmesi için vekaletnamesinde başkasını tevkile yetkisi bulunması gerektiği belirtilmektedir*[87]*.*

iii. Vekil somut olay açısından işi başkasına yaptırma zorunlu olduğu hallerde söz konusu olabilir.

Bu tür durumlarda işi başkasına yaptırmadığı takdirde vekalet verenin menfaatine aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Mesela, aniden hastalanan vekilin gecikmesinde sakıncalı olan işin yapılması için bakasını vekil ataması; yabancı memlekette takip edilecek bir davada, o memlekette davayı takibe yetkili bir avukatı vekil ataması; yabancı memleketteki bir kimseye ait parayı veya kıymetli evrakı inançlı olarak kendi adına bankaya yatıran vekilin ağır bir hastalık sonucu ölümünden önce başkasına inançlı vekalet vermesi gibi haller bu şekilde kabul edilir[88]. Keza vasiyeti tenfiz memuru, vasiyetle ilgili davaların takibi için vekalet verdiği avukatın sebebiyet verdiği zararlardan mirasçılara karşı TBK m. 507/I kapsamında sorumlu olacaktır[89].

3. Vekilin Yerine Başkasını Koymasının Çeşitleri

Vekil yüklendiği işi üçüncü kişiye gördürmesi üç farklı şekilde karşımıza çıkabilir. İlk olarak, vekil doğrudan TBK m. 116 kapsamında bir yardım-

---

[86] TANDOĞAN, C. II, s. 458.

[87] Bu yönde bkz. PARLAK/BÖRÜ, s. 19, dn. 4; AKİPEK, s. 112.

[88] Örnekler için bkz. TANDOĞAN, C. II, s. 458; AKİPEK, s. 112, 113.

[89] TANDOĞAN, C. II, s. 458.

cı kişiye de başvurabilir. Burada yukarıda belirttiğimiz gibi, yardımcı kişi bizzat vekilin menfaati ve onun iş gücünü artırmak için ifaya dahil edilmiştir. Bu durum TBK m. 507/II deki hafif sorumluluk kapsamına girmeyecektir. Diğer taraftan vekil, yüklendiği işi "alt vekil" veya "ikame vekil"ler aracılığıyla ifa edebilir[90]. Vekilin, kendi adına bir vekalet sözleşmesi yaparak üçüncü kişiyi ifaya dahil etmesine "alt vekalet"; kendi adına olmayıp vekalet veren adına vekalet sözleşmesi yaparak üçüncü kişiyi ifaya dahil ettiği durumlara "ikame vekalet" sözleşmesi denilmektedir[91]. İkame vekalet sözleşmesi yapılması halinde, ikame vekil ile vekalet ilişkisi vekil arasında değil, doğrudan doğruya vekalet veren arasında kurulmaktadır.

TBK m. 507/II deki hafifletilmiş sorumluk hükmünün her iki durumu da kapsayıp kapsamadığı öğretide tartışmalıdır.

Öğretide bazı yazarlar[92], TBK m. 507/2'deki hafif sorumluluğun kapsamına sadece vekilin vekaletin yararlarıyla birlikte tamamını başkasına devrettiği ve bu kişinin vekalet verenle doğrudan ilişkiye girdiği durumlarda uygulanması gerektiği kanaatindedir. Bu görüşte olan yazarlara göre, bu durum özellikle vekaletin içeriğinin başka bir vekile ihtiyaç duyduğu uluslararası ticari ilişkilerde, bankacılıkta ve taşımacılığa ilişkin uluslararası vekalet sözleşmelerinde rastlanmaktadır. Bu görüşü savunanlar, vekilin kendi adına vekalet sözleşmesi kurarak vekalet sözleşmesi çerçevesinde ifa etmesi gereken edimleri başkasına yaptırması halinde klasik TBK m. 116 uygulanmasını savunmaktadırlar.

Bununla birlikte öğretide çoğunlukla[93], TBK m. 507/2'deki sınırlı sorumluluğun vekilin hem kendi adına hem de vekalet veren adına yaptığı bir sözleşme ile ifayı başkasına bıraktığı iki hali de kapsadığı kabul edilmekte-

---

[90] Öğretide bu iki farklı durumu tanımlamak açısından bir terim birliği bulunmasa da baskın olarak bu terminiolji tercih edilmektedir. Bu konudaki terminoloji tartışmaları ile ilgili bkz. TANDOĞAN, C. II, s. 461, 464.

[91] Bu yönde olarak bkz. AKİPEK, s. 121, 128; von TUHR, §42, IX, s. 337; TAY Serhat, **Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 113; BAŞPINAR Veysel, **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 198, 199; PARLAK/BÖRÜ, s. 28, 29.

[92] Bu görüş ile ilgili bilgi için bkz. TANDOĞAN, C. II, s. 462; AKİPEK, s. 131.

TANDOĞAN, vekilin yerine başkasını atamaya yetkili olduğu ve sorumluluğunun başkasını seçmek ve talimat vermede özenli davranması ile sınırlandırıldığı (TBK m. 506/1, m. 507/2) hallerin, özellikle vekilin kendi adına sözleşme yaparak başkasını yetkilendirdiği "alt vekaleti" ön gördüğü kanaatindedir (TANDOĞAN, C. II, s. 458).

[93] TANDOĞAN, C. II, s. 464; TAY, s. 118; AKİPEK, s. 131; BAŞPINAR, s. 200; YAVUZ, s. 1310.

dir. Diğer yandan, TBK m. 506/2de belirtilen 3 durumun, ikame vekalet açısından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Akipek[94], vekilin işi başkasına gördürme konusunda teamül gereği yetkili sayıldığı ve vekilin işi başkasına gördürmeye mecbur olduğu hallerde dahi ikame vekalet sözleşmesine vekalet verenin icazet vermesi gerektiği kanaatindedir. Yazar aksi durumda vekalet veren ile ikame vekil arasında bir sözleşmeden söz edilemeyeceği kanaatindedir. Bu nokta da müvekkilin haklı bir sebep olmadan ikame vekalete icazet vermemesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceği de ayrıca değerlendirilmelidir.

Borçlar Kanunu ilgili maddelerde, alt vekil veya ikame vekil ayrımı yapmadan TBK m. 507'nin madde başlığını "işin üçüncü kişiye gördürülmesi hali" olarak ifade ettiğinden. Biz de, her iki durumun da maddenin kapsamına girdiği kanaatindeyiz. Bu görüşten olan yazarların da belirttiği gibi, ister alt vekalet olsun ister ikame vekalet olsun vekil TBK m. 506/2 de bahsedilen 3 halden biri gerçekleşmiş ve işi başkasına gördürmüş ise o zaman sadece talimat vermekten veya seçmede özenli olmadan sorumlu olacaktır. İkame vekil ile vekalet veren arasında, icazet verilerek, doğrudan bir vekalet sözleşmesinin kurulmuş olması ilk vekilin TBK m. 507/2 de belirtilen talimat verme ve seçmedeki özen yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır[95].

Somut olayda vekilin kendi adına mı bir sözleşme yaptığı veya vekalet veren adına mı yaptığı konusunda tereddüt yaşanırsa, vekilin kendi adına bir vekalet sözleşmesi yaptığı kabul edilmelidir[96].

4. Vekilin Yerine Koyduğu Kişiler Dolayısıyla Sorumluluğu

Vekilin vekalet sözleşmesi ile ifa etmeyi üstlendiği asıl ifa yükümlülüğünü kısmen veya tamamen üçüncü kişiye yaptırmasının "alt vekil" veya "ikame vekil" atayarak olabileceğini ve bu iki durumda da TBK m. 507/2deki hafifletilmiş sorumluluk uygulanacağının baskın olarak kabul edildiğine yukarıda değindik. Ancak vurgulayalım ki bu durumlarda, TBK m. 507/2'deki hafifletilmiş sorumluluk hükmünün uygulanması için ön ko-

---

94 AKİPEK, s. 130.

95 Bu yönde ayrıca bkz. TAY, s. 118; AKİPEK, s. 126; BAŞPINAR, s. 200; GÜMÜŞ, s. 471; YAVUZ, s. 1310.

96 TANDOĞAN, C. II, s. 463; BAŞPINAR, s. 188, 189; PARLAK/BÖRÜ, s. 29; AKİPEK, s. 130.

şul, vekilin alt vekil veya ikame vekil atamaya yetkili olmasıdır. Bu da TBK m. 506'da belirtilen üç durumdan birinin gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Vekil, vekalet veren tarafından yetki verilmiş veya somut olayda işi başkasına yaptırmanın teamülden olduğu veya zorunlu olduğu bir durum söz konusu ise o zaman vekil, "alt vekil" veya "ikame vekil"in sebebiyet verdiği zararlar sebebiyle sadece bu kişileri seçerken ve talimat verirken gerekli özeni göstermediyse sorumlu tutulacaktır.

Bu noktada, alt vekaletin, vekilin alt vekil ile kendi adına yaptığı bir vekalet sözleşmesi çerçevesinde olduğunu, ikame vekaletin ise, vekilin kendi adına değil vekalet veren adına yaptığı bir vekalet sözleşmesi ile kurulduğunu hatırlayalım. Böylece, ikame vekil ile vekalet veren arasında doğrudan doğruya bir vekalet sözleşmesi kurulmak istenmektedir. Yukarıda belirttiğimiz bu sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için Akipek, vekalet verenin bu konuda yetki vermiş veya sonradan icazet vermiş olmasını aramaktadır[97]. Vekalet veren ile ikame vekil arasında geçerli bir vekalet sözleşmesinin kurulup kurulmamasından bağımsız olarak eğer TBK m. 506/2 deki diğer zorunluluk hali veya teamül bulunmakta ise, vekilin ikame vekil atamaya yetkisi vardır yorumu yapılacaktır ve vekilin sorumluluğu TBK m. 507/2 kapsamında hafifletilmiş olacaktır. Bu yorum, vekalet verenin ikame vekalet verilmesine yetki verilmişse ve vekalet veren ile ikame vekil arasında geçerli bir vekalet sözleşmesi kurulmuş olsa bile değişmeyecektir: Vekalet veren ile vekil arasında kurulan geçerli vekalet sözleşmesi taraflara doğrudan talep imkanı sağlamasına rağmen, böyle bir sözleşme kurulmuş olması, asıl vekil ile vekalet veren arasındaki vekalet sözleşmesini sona erdirmediğinden, asıl vekilin TBK m. 507/2 uyarınca seçme ve talimat verme dolayısıyla olan sorumluluğu devam etmektedir.

Hatırlanacağı gibi, TBK m. 66'daki sorumluluktan adam çalıştıranın kurtulabilmesi için yardımcıyı "seçmede, talimat vermede, denetlemede" olarak üç farklı konuda özenli davrandığı yönünde kanıt getirmesi gerekirken, TBK m. 507 kapsamında vekilin sadece, "seçme" ve "talimat verme" açısından iki konuda özenli davrandığı yönünde kanıt getirmesi yeterli olmaktadır[98]. Bunun sebebi de aşağıda açıklanacağı gibi TBK m. 507 kapsa-

---

97 AKİPEK, s. 130.

98 Bu yönde bkz. Yarg 13 HD, 4.5.2009, 2008/14169 K., 2009/6003 E. Karara konu olayda, taşınmaz satışından elde edilen bedel alt vekil tarafından alı konulmuş ve müvekkil davayı asıl vekile karşı açmış. Mahkemece asıl vekilin alt vekili seçerken ve talimat verirken gerekli özeni göstermiş olduğuna karar vererek TBK m. 507/2 uyarınca asıl vekilin sorumlu olmayacağına karar verilmiştir. (lexpera internet portalı, erişim: 20 Kasım 2022).

mına giren "yardımcı vekil" (alt vekil) de asıl vekil gibi konusunda uzman, nitelikli kişiler arasından seçildiğinden bunların denetlenmelerinin gerekmemesidir.

Ancak bu noktada Avukatlık Kanunu m. 171/3[99] deki özel düzenlemeyi unutmamak gerekir. Hükümde, işi başkasıyla birlikte takip eden veya tamamen başkasına devreden avukatın, onun kusurlarından ve meydana getirdiği zararlardan dolayı müvekkile karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla avukat, TBK m. 507/2'deki hafifletilmiş sorumluktan yararlanamayacağı gibi vekalet verene (müvekkile) karşı da müteselsilen sorumlu tutulmuştur.

Vekilin işini başkasına yaptırmaya yetkili olmadığı dolayısıyla da TBK m. 506/2deki durumlardan birinin gerçekleşmemiş olduğu durumlarda sorumluluğun nasıl değerlendirileceği özel olarak ele alınmalıdır. Vekil, müvekkil adına bir vekalet sözleşmesi yaparak ifayı ikame vekile bırakır ve bunu yapmaya da yetkisi bulunmazsa, asıl vekil, yetkisiz temsilci ve bu ikame vekalet sözleşmesi de "caiz olmayan ikame vekalet" niteliğinde olacaktır[100]. Caiz olmayan ikame vekalet, vekalet verenin icazet vermemesi veya icazet vermeyeceğinin anlaşıldığı makul bir sürenin geçmesi ile olur. Bu sürenin sonunda askıda olan ikame vekalet sözleşmesi hükümsüz hale

---

[99] ***Avukatlık Kanunu m. 171, İşi sonuna kadar takip etme zorunluluğu ve başkasını tevkil: "***Avukat, üzerine aldığı işi *kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder.*

Avukata verilen vekaletnamede başkasını tevkile yetki tanınmış ise, yazılı sözleşmede aksine açık bir hüküm olmadıkça, işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir. Vekaletnamede, bunun düzenlendiği tarihten sonra açılacak veya takip edilecek bütün dava ve işlerde vekalete ve başkasını tevkile genel şekilde yetki verilmişse, avukat, bu tarihten sonraki dava ve işlerde müvekkilinden ayrıca vekalet almaya lüzum kalmaksızın işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir.

İkinci fıkradaki hallerde, avukatın müvekkile karşı sorumluluğu devam eder. Birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatların kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı müvekkile karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Şu kadar ki, bu hüküm, 12'nci maddede yazılı bir iş sebebiyle başka bir yerde çalışmak zorunda olduğu için işi tamamen başkasına devreden avukatlar hakkında uygulanmaz.

Avukat tarafından işe başka avukatlar teşrik edilmiş ise, avukat bundan dolayı ayrı bir ücret isteyemeyeceği gibi, işi birlikte takip eden avukat da müvekkilden herhangi bir ücret isteyemez. İş tamamen başka bir avukata bırakılmış ise, tevkil eden ve tevkil olunan avukatlar ücret sözleşmesindeki miktarı aşmamak şartiyle, harcadıkları mesaiye karşılık olan ücreti müvekkilden isteyebilirler. Ancak, tevkil eden avukat müvekkilden peşin ücret almışsa, harcadığı mesaiye karşılık olan miktarın fazlasını tevkil ettiği avukata ödemekle yükümlüdür".

[100] TANDOĞAN, C. II, s. 466; AKİPEK, s. 127; TAY, s. 83.

gelir[101]. Vekalet veren ile ikame vekil arasındaki sözleşme hükümsüz hale geldiğinden ikame vekilin de ikame vekalet sözleşmesine bağlılığından söz edilemez. Bu durumda ikame vekil, vekalet veren menfaatine bir iş görmüş ise vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır[102]. Bununla birlikte, yetkisiz olarak ikame vekalet sözleşmesi düzenleyen asıl vekil hem vekalet verene hem de ikame vekile karşı sorumlu olacaktır[103].

Asıl vekil, vekalet verene karşı, yetkisiz temsilci konumunda olup temsil hükümleri çerçevesinde sorumlu olduğu gibi ayrıca vekalet sözleşmesinin özel nitelikli TBK m. 507/1 hükmü çerçevesinde de "ikame vekilin sebebiyet verdiği zararlardan kendisi yapmış gibi sorumlu" tutulacaktır.

Vekilin, caiz olmayan ikame vekilin sebebiyet verdiği zararlar dolayısıyla sorumluluğu TBK m. 116 kapsamında yardımcı kişiden doğan sorumlulukta olduğu gibi farazi kusur sorumluluğuna benzemektedir[104]. İkame vekilin kusurlu olması gerekmez ancak ikame vekilin davrandığı gibi davransa idi vekilin sorumlu tutulması mümkün ise o zaman, TBK m. 507/1 deki yetkisiz iş gördürmeden dolayı sorumlu olacaktır. Bununla birlikte, ikame vekil olarak atanan üçüncü kişi, vekilden beklenen gerekli yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen beklenen sonuç gerçekleşmemişse artık vekil vekalet verene karşı sorumlu olmaz[105].

Vekilin yetkisi olmadan işi ikame vekile gördürmesiyle ilgili yukarıda açıklananlar, vekilin yetkisiz olarak alt vekil tayin etmesi açısından da aynen geçerlidir. Bu durumda da vekil, yetkisiz olarak tayin ettiği alt vekilin sebebiyet verdiği zararlar dolayısıyla TBK m. 507/1 uyarınca bizzat yapmış gibi

---

[101] AKİPEK, s. 127. Konuyla ilgili Yargıtay da, vekilin tevkil yetkisi olmadığı gerekçesiyle vekil ile ikame vekil arasında yapılmış olan avukatlık ücret sözleşmesinden vekalet verenin sorumlu olmayacağını karara bağlamıştır "... *Somut olayda, başkalarını tevkile yetkili ilk vekile verilen vekaletnamelerin hiçbirinde ücretli vekalet sözleşmesi yapma yetkisi olmadığı gibi, müvekkilleri borçlandırmaya da yetkisi yoktur. Bu durumda ilk vekilin yetkisi olmadığı halde ikinci vekil ile yaptığı avukatlık ücreti sözleşmesi geçersizdir. Davalı müvekkilleri bağlamaz. Bu nedenle de davacı bu sözleşmeye dayanarak sözleşmede kararlaştırılan ücreti davalılardan isteyemez.*" Yarg. 13. HD. T. 05.06.1992, 1902/5282 (lexpera internet portalı, erişim: 20 Kasım 2022).

[102] TAY, s. 83.

[103] TANDOĞAN, C. II, s. 466; AKİPEK, s. 127; TAY, s. 83.

[104] Vekilin, caiz olmayan alt vekil dolayısıyla TBK m. 507/1 kapsamındaki sorumluluk sebebinin TBK m. 116'daki "farazi kusur" teorisiyle paralel olduğun yönünde bkz. AKİPEK, s. 182, 183.

[105] TANDOĞAN, C. II, s. 466; TAY, s. 83; GÜMÜŞ, s. 471; YAVUZ, s. 1312.

sorumlu olacaktır[106]. Alt vekilin işi görürken vekilden beklenen gerekli yükümlülükleri yerine getirmesi halinde artık vekil de sonucun gerçekleşmemiş olmasından sorumlu olmayacaktır.

Özetle, alt vekil veya ikame vekil atamakta yetkisiz olan vekilin bu kişilerin sebebiyet verdiği zararlardan TBK m. 507/uyarınca bizzat yapmış gibi sorumlu tutulmuştur. Bu hüküm ile getirilmiş olan sorumluluğun hukuki niteliğinin ne olduğu öğretide tartışmalıdır[107]. Tandoğan[108], TBK m. 507/1 hükmü olmasaydı da aynı sonuca sözleşmeye aykırılığa ilişkin esaslardan varmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. Eren[109], vekilin vekalet sözleşmesi ile ifa etmesi gereken işi yetkisi bulunmadan başkasına gördürdüğü durumlarda bu kişinin olağan yardımcı kişi sayılacağı ve vekilin bu kişinin verdiği zarardan TBK m. 116 uyarınca sorumlu olacağını, hatta vekilin ayrıca kusuru da varsa o zaman şahsi kusuru sebebiyle TBK m. 112 uyarınca da sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir. Öğretide savunulan bir görüş de TBK m. 507/I'deki sorumluluk düzenlemesinin, TBK m. 116 veya TBK m. 112 gibi diğer hükümlere gidilmesine engelleyen bir özel hüküm (lex specialis) oluşturduğu yönündedir[110].

IV. SONUÇ

Borçlunun sözleşme ile ifasını üstlendiği edimlerin başkası tarafından ifa edilmesinin ifanın kalitesini etkilemediği hallerde borçlunun yardımcı kişi kullanmasına müsaade edilmiştir (TBK m. 83). Bu durumlarda borcun bizzat ifa edilmemesi borca aykırılık teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, borçlunun yardımcı kişi kullanmasının caiz olmadığı hallerde, borçlu ifayı yardımcı kişi aracılığıyla yaparsa bu durum, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla da alacaklı, TBK m. 112 vd. hükümleri çerçevesinde borçlunun caiz olmadığı halde yardımcı kişi kullanması dolayısıyla tazminat talep edebilecektir. Diğer taraftan, ifaya katılan yardımcı kişinin -caiz olsun veya olmasın- davranışıyla sebebiyet verdiği zararlar açısından, TBK m. 116'da özel bir kusursuz sorumluluk düzenlemesi geti-

---

[106] PARLAK/BÖRÜ, s. 36, 37; AKİPEK, s. 183; TAY, s. 85; TANDOĞAN, C. II, s. 465; GÜMÜŞ, s. 470, 471; YAVUZ, s. 1312.

[107] Bu konudaki tartışmalar için bkz. PARLAK/BÖRÜ, s. 36, 37; AKİPEK, s. 179-183; TAY, s. 84, 85; GÜMÜŞ, s. 470, 471.

[108] TANDOĞAN, C. II, s. 465.

[109] EREN, N. 3365, s. 1199.

[110] AKİPEK, s. 179-183. Yazar, TBK m. 507/1 ile objektif özen yükümlülüğüne dayanan özel bir sorumluluk düzenlemesi yapılmış olduğu görüşündedir.

rilmiştir. Bu düzenleme ile borçlunun, yardımcı kişilerin işi yürütürken verdikleri zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Diğer taraftan, borçlu bir vekalet sözleşmesinin borçlusu, vekili ise o zaman, yardımcı kişi kullanımı TBK m. 506 ve 507 deki özel hükümlerle düzenlenmiştir. Burada belirtelim ki, vekilin vekalet sözleşmesi açısından şahsının önemli olmadığı konularda TBK m. 116 uyarınca yardımcı kişi kullanmaya ve bu hükme tabi olmaya devam edecektir. Vekalet sözleşme özelindeki düzenleme, vekilin şahsının önemli olduğu ifa edimleri ile ilgilidir. Bu şekilde vekilin uzman alanıyla ilgili ve şahsen ifa yükümlülüğünün konusu olan edimler açısından (mesela avukatın dilekçe yazması, operatör doktorun ameliyatı yapması) yardımcı kullanılmasına izin verilen durumlar düzenlenmiştir. TBK m. 506/I de vekalet verenin izni, örf adet olması veya mecburiyet halinin söz konusu olması halinde vekilin şahsen ifa etmesi gereken edimleri üçüncü kişi aracılığıyla ifa edebileceği düzenlenmiştir. Vekilin bu şekilde caiz alt vekil veya ikame vekil kullanması durumunda sorumluluğu sadece seçme ve talimat verme ile sınırlandırılmıştır (TBK m. 507/II).

Bununla birlikte vekil, yetkisi olmadığı halde şahsen ifa mecburiyetinde olduğu edimleri başka bir alt veya ikame vekile bırakması halinde, vekalet sözleşmesini ihlal etmiş olduğu açıktır. Caiz olamayan alt veya ikame vekilin sebebiyet verdiği zararlar açısından ise TBK m. 507/I uyarınca kendisi yapmış gibi sorumlu olacağı belirtilmiştir. Borçlu ister caiz olmayan bir yardımcı kişi ister caiz olmayan bir alt veya ikame vekil atasın; her üç durumda da ifa etmeye çalıştığı sözleşmeyi ihlal etmiş olacaktır. Sadece ilk durumda yani yardımcı kişi tüm sözleşmeler açısından ifa yardımcısı olabilecekken; alt veya ikame vekil ancak vekalet sözleşmesi kapsamında vekilin borcunu ifasına yardımcı olurlar.

Borçlunun caiz olmayan üçüncü kişileri (yardımcı kişi-alt vekil-ikame vekil) ifa ilişkisine dahil etmesi, sözleşmeyi ihlal teşkil etmektedir. Bununla birlikte caiz olmayan yardımcı kişi veya alt/ikame vekilin sebebiyet verdiği zararlardan borçlunun sorumluluğu da sırasıyla TBK m. 116 ve TBK m. 507/1 uyarınca olacaktır. Bu iki hüküm şu şekildedir:

> *TBK m. 116/I: "Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile,* ***onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür****."*

> *TBK m. 507/I: "Vekil,* ***yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur****."*

Yukarıda aktarılan iki hükmün ifadesi birbirinden çok farklı olsa da esasında ikisi de ifaya katılan kişinin kusuru olmasa da borçlunun sorumlu tutulacağı kusursuz sorumluluk getirmektedir. İki hükümdeki sorumluluğun "farazi kusur" teorisine dayandığı savunulmaktadır. Dolayısıyla her iki hükümdeki sorumluluk açısından borçlu, ifayı bizzat yapsa idi sorumlu olmayacağını ispat edebilirse sorumluluktan kurtulabilecektir. Mesela, operatör doktor olan asıl vekil ameliyata bizzat girmiş olsaydı da hastanın kalbi duracaktı veya komplikasyon olacaktı, engelleyebilmesi mümkün değildi şeklinde bir savunma ile sorumluluktan kurtulabilecektir.

Yukarıdaki anlatılanlardan özetle, TBK m. 507/II'deki vekilin sınırlı sorumluluğu, sadece caiz alt vekil veya ikame vekil atanmışsa söz konusu olacaktır. Caiz olmayan durumda ise, vekile yardım eden "alt veya ikame vekil", bu kişiler uzman kişi olmalarına rağmen, vekilin sorumluluğu TBK m. 116 daki yardımcı kişi sorumluluğunda olduğu gibi, yardımcı kusursuz dahi olsa vekil sorumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

AKÇURA KARAMAN Tuba, "**İfa yardımcısı kavramının mahkeme kararları çerçevesinde değerlendirilmesi**", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu (4 Ekim 2021), Gökhan Antalya (ed.), Legal Hukuk Kitapları Serisi 687, İstanbul 2022, ISBN 978-605-315-982-7 (https://legal.com.tr/Book/marc/f3c61fba82084b6fbc797 fc36af29 57e).

AKİPEK Şebnem, **Alt Vekalet**, Ankara 2003.

AYAN Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Kitap, Ankara 1991.

BAŞPINAR Veysel, **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara 2004.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayın evi, Ankara 2020.

GÜMÜŞ M. Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2022.

KAHVECİ Nalan, **Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk m. 116**, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu C. 2-3 (m. 83-206), Vedat Yayıncılık, İstanbul 2019.

KARA KILIÇARSLAN Seda, **Adam Çalıştıranın Sorumluluğu**, Ankara 2016, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora tezi (www.tez.yok.gov.tr, erişim: 10 Kasım 2022).

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1**, 18. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2020.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2**, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

OKYAR KARAOSMANOĞLU Dila, **Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK m. 66)**, Ankara 2019, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora tezi (www.tez.yok.gov.tr, erişim: 10 Kasım 2022).

ÖZDEMİR Hayrunnisa, "**Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay'ın Görüşü**", TBB Dergisi 2013 (105), S. 270, 271 (http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-105-1262, erişim: 24 Kasım 2022).

ÖZ Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 2006.

PARLAK Şafak/ BÖRÜ Levent, **"Alt Vekalet**", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011(96), (http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1135, erişim 24 Kasım 2022).

SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, (yayına hazırlayanlar. B. Baysal/K.C. Sanlı) On iki levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

ŞENOCAK Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, 1995 Ankara.

ŞENOCAK Zarife, **İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat (Özürlü Çocuk)**, Ankara 2009.

ŞENOCAK Zarife, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara 1998.

YÜNLÜ Semih, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, On iki levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C: II**, Beşinci tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri**, C.I/I, 4. Bası, Ankara 1982.

TANDOĞAN Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961.

TAY Serhat, **Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.

THEVENOZ Luc, **Commentaire Romand, Code des Obligations I**, 2003 Basel.

VON TUHR Andreas, **Borçlar Hukuku Umumi Kısmı, C. 1-2,** (çev. C. Edege), Ankara 1983.

YAĞCI Mine, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m. 116),** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt**, 11. Baskı Beta Yayın Evi, Ankara 2022.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1715-1756

HAVAYOLUYLA YAPILAN ULUSLARARASI TAŞIMALARDA TAŞIYICININ MİKTAR İLE SINIRLI SORUMLU OLDUĞU HALLER VE ÖZEL FAYDA (MENFAAT) BEYANIYLA TAŞIYICININ SORUMLU OLDUĞU MİKTARIN ARTIRILMASI(*)

Doç. Dr. **Tuba BİRİNCİ UZUN**(**)

Öz: 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca, taşıyıcı, bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarar ile bagaj ve yük taşımalarında meydana gelen gecikme dolayısıyla ortaya çıkan zarardan sorumludur. Bu noktada taşıyıcının sorumluluğu miktar ile sınırlı sorumluluktur. Taşıyıcı, yolcu veya gönderen tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe bagajın zıyaı veya hasara uğraması ya da gecikmesi halinde her bir yolcuya karşı 1.288 ÖÇH'ye kadar sorumludur (md. 22 f. 2). Yükün zıyaı veya hasara uğraması ya da gecikmesi halinde ise taşıyıcı, gönderen tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe, her kilogram başına 22 ÖÇH'ye kadar sorumludur (md. 22 f. 3).

1999 tarihli Montreal Sözleşmesinin 22. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, bagaj veya yük taşımaları bakımından yolcu veya gönderen, bagaj veya yükün taşıyıcıya teslimi anında bagaj veya yükün varış yerinde ilgilisine teslimi anındaki değerini gösteren bir bildirimde bulunmuş ve gerektiğinde ek bir ödeme yapmış ise bu durumda taşıyıcı bildirilen değerin, bagaj veya yükün varış yerinde ilgilisine teslimi anındaki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispat etmedikçe bildirimi yapılan miktarı aşmayan bir miktar ödemekle yükümlüdür. Bu bildirime özel fayda beyanı denir. Bu beyan taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması bakımından işlevseldir.

Anahtar Kelimeler: Montreal Sözleşmesi, Taşıyıcının Sorumluluğu, Miktar ile Sınırlı Sorumluluk, Özel Fayda Beyanı, Götürü Tazminat.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 23.09.2022. Makale Kabul Tarihi: 22.12.2022.

(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-0185-0619; *tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr*).

THE LIMITED LIABILITY OF THE CARRIER IN INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR AND INCREASING THE LIMIT OF LIABILITY BY SPECIAL DECLARATION OF INTEREST

Abstract: Under the Montreal Convention of 1999, the carrier is liable for damage sustained in the event of the destruction or loss of, or damage to, cargo or baggage and damage occasioned by delay in the carriage by air of baggage or cargo. In these cases the liability of the carrier is limited to the amount. Under the Convention, in the carriage of baggage, the liability of the carrier in the case of destruction, loss, damage or delay is limited to 1.288 SDR for each passenger (Art. 22 parag. 2). In the carriage of cargo, the liability of the carrier in the case of destruction, loss, damage or delay is limited to 22 SDR per kg (Art. 22 parag. 3).

Under the second and the third paragraph of article 22 of the Montreal Convention of 1999, in the carriage of baggage or cargo if the passenger or the consignor has made a declaration states the value of baggage or cargo in delivery at destination and has paid a supplementary sum if required, the carrier is liable to pay a sum not exceeding the declared value, unless the carrier proves that the declared value is more than the actual value of the baggage or cargo in delivery at destination. This declaration is called special interest declaration which is functional to increase the limit of liability of the carrier.

Keywords: The Montreal Convention, The Liability of the Carrier, The Limited Liability to the Amount, The Special Interest Declaration, Liquidated Damages.

GİRİŞ

Uluslararası hava taşımalarına ilişkin düzenlemeleri tek bir belgede toplamayı amaçlayan 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi 4 Kasım 2003'te yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeye taraf devlet sayısı 138'dir[1]. Taraf devletlerden biri de Türkiye'dir. Türkiye bakımından bu sözleşme, 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir[2]. 1999 tarihli Montreal Sözleşmesinin uygulanabilme-

---

[1] https://www.icao.int/secretariat/legal/list%20of%20parties/mtl99_en.pdf (Erişim Tarihi: 13.09.2022).

[2] 28 Mayıs 1999'da Türkiye tarafından imzalanan 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi, 02.04.2009 tarih ve 5866 sayılı Havayoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylanmıştır. Onay belgeleri, depoziter ICAO'ya 25.01.2011 tarihinde tevdi edilmiştir. Onay belgelerinin tevdiini takip eden 60. günde 26.03.2011 tarihinde, Türkiye bakımından Montreal Sözleşmesi, yürürlüğe girmiştir.

si için her şeyden önce taraflar arasında bir taşıma sözleşmesi bulunmalıdır. Taraflar arasında bir taşıma sözleşmesinin bulunması, bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yeterli değildir; bununla birlikte taraflar arasında kurulan sözleşmenin uluslararası nitelikte olması gerekir[3]. Ayrıca taşıma işi hava aracı ile yapılmalıdır. Sözleşmenin uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer şart, taşımanın ücret karşılığında yapılmasıdır. Son olarak taşımanın konusu yolcu, bagaj veya yük taşıması olmalıdır.

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca, taşıyıcı; yolcunun ölümü veya yaralanması halinde meydana gelen zarardan sorumludur[4]. Bunun dışında taşıyıcı, bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan da sorumludur. Taşıyıcının sorumlu olduğu bir diğer hal ise yolcu, bagaj ve yük taşımalarında meydana gelen gecikme dolayısıyla ortaya çıkan zarardır.

Hem bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde hem de bagaj veya yük taşımasındaki gecikme halinde taşıyıcının sorumluluğu miktar ile sınırlı sorumluluktur. 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcı, yolcu veya gönderen tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe bagajın zıyaı veya hasara uğraması ya da gecikmesi halinde her bir yolcuya karşı 1.288 ÖÇH'ye kadar sorumludur (md. 22 f. 2). Yükün zıyaı veya hasara uğraması ya da gecikmesi halinde ise taşıyıcı, gönderen tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe, her kilogram başına 22 ÖÇH'ye kadar sorumludur (md. 22 f. 3).

---

[3] SÖZER Bülent, "Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. IX, S. 2, 1977, s. 369; ÜLGEN Hüseyin, **Hava Taşıma Sözleşmesi**, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1987, s.18; KIRMAN Ahmet, **Havayolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu**, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, s.40; GENÇTÜRK Muharrem, **Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)**, 1. Baskı, İstanbul, 2006, s. 65; DEMPSEY Paul Stephen / MILDE Michael, **International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999**, 1st Edition, McGill University Centre for Research in Air & Space Law, Montreal, 2005, s. 68-69; GIEMULLA Elmar / SCHMID Ronald / MÜLLER-ROSTIN Wolf / DETTLING-OTT Regula / MARGO Rod, **Montreal Convention**, 1st Edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, s.4-Chapter I-General Provisions, parag. 4. Detaylı bilgi için bkz. BİRİNCİ UZUN Tuba, **Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

[4] ÜLGEN, s. 160-161; KIRMAN, s. 59.

1999 tarihli Montreal Sözleşmesinin 22. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, bagaj veya yük taşımaları bakımından yolcu veya gönderen, bagaj veya yükün taşıyıcıya teslimi anında bagaj veya yükün varış yerinde ilgilisine teslimi anındaki değerini gösteren bir bildirimde bulunmuş ve gerektiğinde ek bir ödeme yapmış ise bu durumda taşıyıcı bildirilen değerin, bagaj veya yükün varış yerinde ilgilisine teslimi anındaki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispat etmedikçe bildirimi yapılan miktarı aşmayan bir miktar ödemekle yükümlüdür. Yolcu veya gönderen tarafından yapılan bu bildirime özel fayda beyanı denir. Özel fayda beyanı, taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması noktasında işlevseldir. Özel fayda beyanında bulunarak taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması gerek ticari taşıma sözleşmeleri bakımından gerekse tüketici işlemleri bakımından son derece önemlidir. Bu nedenle bu çalışmada öncelikle havayoluyla yapılan uluslararası taşımalarda taşıyıcının miktar ile sınırlı sorumlu olduğu haller incelenmiş daha sonra taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının özel fayda beyanı yöntemiyle artırılması konusu üzerinde durulmuştur.

I. HAVAYOLUYLA YAPILAN ULUSLARARASI TAŞIMALARDA TAŞIYICININ MİKTAR İLE SINIRLI SORUMLU OLDUĞU HALLER

1. Bagaj veya Yükün Zıyaı ya da Hasara Uğraması Halinde Taşıyıcının Sorumluluğu

A. Şartları

a. Genel Olarak

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcı, bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumludur. Bu durum, taşıyıcının bakım ve gözetim borcunu ihlalinden ileri gelir. Çünkü taşıyıcı, taşıma sözleşmesi ile bagaj veya yükün bakım ve gözetimine özen gösterme borcu altına girer. Bu borcun ihlali halinde de taşıyıcının sorumluluğu gündeme gelir[5].

Taşıyıcının bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluluğuna ilişkin 1999 tarihli Montreal Sözleşmesinde yer alan hükümleri incelemeye geçmeden önce, bagaj ve yük kavram-

[5] ÜLGEN, s. 169.

larına değinmekte yarar vardır. Bagaj kavramı, doktrin tarafından[6] yolcunun kişisel kullanımı için yanında bulundurduğu el eşyası dışında, beraberinde taşıdığı eşya olarak tanımlanmaktadır. Yük ise taşınması mümkün olan bütün maddi şeylerdir[7]. Bunlar canlı veya cansız nesneler olabilir. Bununla birlikte yük kavramı, ticari eşya ile sınırlı değildir[8]. Bu noktada, yükün niteliğine veya niceliğine göre taşınması bakımından birtakım şartların, yasakların ve özel düzenlemelerin söz konusu olabileceği unutulmamalıdır, bu husus gözden kaçırılmamalıdır[9].

1999 tarihli Montreal Sözleşmesinde bagaj taşımacılığının yolcu taşıma sözleşmesi kapsamında yapıldığı dikkate alınarak, taşıyıcının bagajın zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluluğu, 17. maddede yolcunun ölümü veya yaralanması dolayısıyla taşıyıcının sorumluluğu ile bir arada düzenlenmiştir; yolcunun kişisel eşyaları dâhil kayıtlı olmayan bagajlarının da taşıyıcının sorumluluğu kapsamında olduğu kabul edilmiştir (md. 17 f. 2, f. 3 ve f. 4). Ancak taşıyıcının kişisel eşyalar da dâhil olmak üzere kayıtlı olmayan bagajın zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için zararın meydana gelmesinde kendisinin veya adamlarının kusurunun bulunması gerekir (md. 17 f. 2).

Yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde taşıyıcının meydana gelen zarardan sorumluluğu ise 1999 tarihli Montreal Sözleşmesinin 18. maddesinde düzenlenmiştir.

b. Zarara Sebep Olan Olay

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcının, yolcunun ölümü veya yaralanması halinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için zararın bir kaza sonucunda meydana gelmesi gerekir (md. 17). Yolcunun ölümü veya yaralanması halinde taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen 17. maddede, *kaza* ifadesi kullanılmakta iken; bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan taşıyıcının sorumluluğunu

---

6 GÖKNİL Mazhar Nedim, **Hava Hukuku**, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951, s.188; ÜLGEN, s.49.

7 MANKIEWICZ Réne, **The Liability Regime of the International Air Carrier: A Commentary on the Present Warsaw System**, 1st Edition, Kluwer Law and Taxation, Quetremont, 1981, s.62; ÖZDEMİR Atalay, **Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu: Bagaj ve Yükün Kaybı, Hasarı, Gecikmeden Doğan Zarar Nedeniyle**, Sanem, Ankara, 1992, s. 54; ÜLGEN, s. 52.

8 ÖZDEMİR Atalay, s. 54.

9 ÜLGEN, s. 52.

düzenleyen hükümlerde, *olay* ifadesi kullanılmıştır (md. 17 f. 2 ve md. 18). Bu farkın taşıyıcının bagaj ve yük üzerinde yolcu taşımalarından farklı olarak daha fazla egemenlik kurabilme ve denetim sağlayabilme olanağı bulunmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir[10].

Olay ifadesinin, kaza ifadesi ile karşılaştırıldığında daha kapsamlı bir anlama sahip olduğu ve zararın doğmasına sebep olabilecek olguların tamamını içerdiği açıktır[11]. Buna göre, taşıyıcının bagaj veya yükün zıyaı veya hasarı halinde meydana gelen zarar bakımından, bu zarara neden olan olayın niteliğine bakılmaksızın sorumlu tutulduğu sonucuna ulaşılmaktadır[12]. Örneğin, gönderenin emir ve talimatlarının yerine getirilmemesinin bagaj veya yükün zıyaı veya hasarına sebep olması halinde, kaza söz konusu değildir. Bu noktada, ancak zarara sebep olan olaydan bahsedilebilir[13]. Bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğramasına sebep olan olayın, hava taşımacılığının karakteristik risklerinden olup olmadığının da bir önemi yoktur. Örneğin, taşınan bagaj veya yükün bir başka bagaj veya yüke, koku veya renk vermesi hava taşımacılığının karakteristik riskleri arasında kabul edilmese de ilgili sözleşme hükümleri uyarınca olay olarak değerlendirilir[14].

c. Zarara Sebep Olan Olayın Havayoluyla Taşıma Sırasında Meydana Gelmesi

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca, taşıyıcının bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için, zarara sebep olan olayın hava taşıması sırasında meydana gelmesi gerekir (md. 17 f. 2, md. 18 f. 1). Hava taşımasının, bagaj veya yükün taşıyıcının sorumluluğunda bulunduğu süreyi kapsadığı ifade edilmektedir (md. 17 f. 2, md. 18 f. 3). Bu süre, taşıma sözleşmesinin ifası kapsamında bagaj veya yükün taşıyıcının bakım ve gözetiminde bulunduğu zaman dilimi olarak tanımlanabilir[15].

---

[10] SÖZER Bülent, **Türk Hukuku'nda ve Uluslararası Hukuk'ta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi**, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2009, s. 204.

[11] MANKIEWICZ, s. 147; ÜLGEN, s. 174; ÖZDEMİR Atalay, s. 59; CANBOLAT Ayşegül: **Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu**, Turhan, Ankara, 2009, s. 69.

[12] ÜLGEN, s. 174; SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 204.

[13] ÜLGEN, s. 174, dn.48.

[14] ÖZDEMİR Atalay, s. 59-60.

[15] SÖZER Bülent, "Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXI, S. 1, 2001, s. 175.

Taşıyıcının bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluluğu, bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihlalinden kaynaklanır[16]. Taşıyıcı, bakım ve gözetim yükümlülüğü uyarınca bagaj veya yükü zayi olmaktan veya hasara uğramaktan korumalıdır. Taşıyıcının bakım ve gözetim yükümlülüğü, bagaj veya yükün taşıyıcıya taşınmak amacıyla teslim edilmesiyle başlar. Buradaki teslim, bagaj veya yük üzerindeki zilyetliğin taşıyıcıya devredilmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Taşıyıcı, bagaj veya yükü kendisi teslim alabileceği gibi, temsilcisi vasıtasıyla da teslim alabilir. Teslim ile yükleme işleminin aynı anda gerçekleşmesi gerekli değildir; yükleme işlemi daha sonra da yapılabilir. Bagaj veya yükün teslim alınması ile taşıyıcının bakım ve gözetim yükümlülüğü buna bağlı olarak da bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluluğu başlar. Bagaj veya yükün, parça parça teslim edilmesi halinde ise taşıyıcının bakım ve gözetim yükümlülüğü, her bir parçanın teslim alınması anından itibaren başlar[17].

Taşıyıcının bakım ve gözetim yükümlülüğü, varma yerinde bagaj veya yükün teslimi ile sona erer. Teslim, bagaj veya yük üzerindeki zilyetliğin varma yerinde taşıyıcının kendisi veya temsilcisi tarafından yolcuya, gönderilene veya temsilcisine devredilmesi ile gerçekleştirilir[18].

Taşıyıcının bakım ve gözetim yükümlülüğünün, buna bağlı olarak bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluluğunun tespitinde, bagaj veya yükün nerede bulunduğunun herhangi bir önemi yoktur. Bagaj veya yük havaalanında veya hava aracında ya da havaalanı dışına iniş yapılması halinde herhangi bir yerde bulunabilir. Mecburi iniş sırasında meydana gelen zarar da hava taşıması sırasında meydana gelmiş sayılır. Önemli olan, bagaj veya yükün taşıyıcının bakım ve gözetiminde bulunmasıdır. Taşıyıcının sorumluluğu bakımından bagaj veya yükün bulunduğu yerin herhangi bir önemi olmadığı için, 1999 tarihli Montreal Sözleşmesinde havayoluyla taşımanın yükün taşıyıcının sorumluluğu altında bulunduğu dönemi kapsadığı ifade edilmiştir (md.18 f.3). Doktrin tarafından[19] da taşıyıcının yüke zilyet bulunmasının yeterli olduğu ve yükün nerede bulunduğunun bir önem taşımadığı ifade edilmektedir.

---

16 ÜLGEN, s. 169.

17 ÜLGEN, s. 170-171.

18 ÜLGEN, s. 171.

19 SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 215; KANER İnci Deniz, "1929 Tarihli Varşova Konvansiyonunda Hava Taşıyıcısının Yolcu, Yük ve Bagaj Taşımacılığından Doğan Sorumluluğu", **II. Eşya Taşımacılığı Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar 24-25 Ocak 1985**, Ankara, 1985, s. 198.

d. Zarar

aa. Zıya

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcı, bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumludur. (md. 17 f. 2, md. 18). Bu noktada öncelikle terminolojiye ilişkin bir açıklama yapmakta yarar vardır. İlgili sözleşmede bagaj veya yüke ilişkin zarar, tek tek sayılarak belirtilmiştir[20]. İlgili sözleşmede sayılan bagaj veya yüke ilişkin zarar; bagaj veya yükün telef olması *(destruction),* kaybolması *(loss)* ve hasara uğramasıdır *(damage).*

Bagaj veya yükün fiilen mevcut bulunmasına ve gönderilene fiziki olarak teslim edilmesine rağmen söz konusu bagaj veya yükün özünü kaybettiği; ekonomik değerini tamamen yitirdiği ve tahsis amacına uygun olarak kullanılmasının imkânsız olduğu hallerde bagaj veya yükün telef olmasından bahsedilir; taşıyıcının bagaj veya yükün zilyetliğini elde edebilecek durumda bulunmadığı hallerde ise bagaj veya yükün kaybolması söz konusu olur[21]. Zıya kavramı, taşıyıcının kendisine teslim edilen bagajı veya yükü hak sahibine teslim etme iktidarından yoksun bulunmasını ifade etmekte kullanılır[22]. Başka bir deyişle zıya kavramı, telef ve kaybolma hallerini de içine alır[23].

Yukarıda da ifade edildiği üzere, zıya, taşıyıcının kendisine verilen bagajı veya yükü hak sahibine teslim etme iktidarından yoksun bulunmasıdır. Yolcunun, gönderenin veya gönderilenin bagaj veya yükü teslim alma talebinin taşıyıcı tarafından karşılanamaması halinde, bagaj veya yükün zıyaı söz konusu olur[24]. Bu durum, fiili veya hukuki bir imkânsızlıktan da kaynaklanabilir. Bu duruma örnek olarak, bagaj veya yükün yanması, kaybolması, çalınması, ekonomik değerinin ortadan kalkması, bagaj veya yükün hak sahibinden başkasına teslim edilmesi ve geri alınamaması veya kamu otoriteleri tarafından bagaj veya yüke el konulması gösterilebilir[25]. Canlı hayvanların taşındığı bir olayda hayvanların ölümü, yükün zıyaı olarak değerlendirilmiştir[26].

---

20 KANER, s. 198; CANBOLAT, s. 65.

21 ÜLGEN, s. 178-179, dn. 61; CANBOLAT, s. 66.

22 MANKIEWICZ, s. 168.

23 ÜLGEN, s. 179; ÖZDEMİR Atalay, s. 56; CANBOLAT, s. 66.

24 MANKIEWICZ, s. 168; ÖZDEMİR Atalay, s. 56.

25 ÜLGEN, s.179; SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 208; CANBOLAT, s. 66.

26 Dalton v. Delta Airlines, US.Court of Appeals, 5th Ct, 7.4.1978 (ÖZDEMİR Atalay, s. 55, dn. 27).

Bagaj veya yükün geçici bir süreliğine teslim edilememesi halinde, zıyadan bahsedilemez. Bu noktada, geçici sürenin belirlenmesindeki zorluğu ortadan kaldırmak ve gecikme ile zıya halini birbirinden ayırt etmek için ilgili sözleşmede özel düzenlemeler bulunmaktadır. Yük, ulaşması gereken tarihten itibaren yedi gün geçmesine rağmen hak sahibine teslim edilemiyor ise bu durumda yük zayi olmuş sayılır (md. 13 f. 3). Bagaj bakımından bu süre yirmi bir gün olarak belirlenmiştir (md. 17 f. 3). Belirtilen bu süreler içerisinde bagaj veya yükün hak sahibine teslim edilememesi hali, bagaj veya yükün zıyaı olarak kabul edilir. Bu husus, *zıya karinesi* olarak adlandırılmaktadır[27]. Bu karine, kesin bir karinedir. Zayi olduğu kabul edilen bagaj veya yükün tekrar bulunması halinde ne yapılacağına ilişkin ilgili sözleşmede herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak bu durumda hak sahibi aldığı tazminatın iadesi karşılığında bagaj veya yükün kendisine teslimini isteyebilmelidir. Bu noktada, hak sahibinin gecikme dolayısıyla zarara uğramış olabileceği de gözden kaçırılmamalıdır[28].

Yükün tümü zayi olabileceği gibi sadece bir kısmının da zayi olması mümkündür. Tam zıya, taşıyıcının kendisine teslim edilen yükün tamamını hak sahibine teslim etme iktidarından yoksun bulunmasıdır. Taşımaya elverişli misli eşyanın nicelik olarak örneğin hacim, ağırlık veya adet olarak zayi olması halinde ise kısmi zıyadan bahsedilir. Kısmi zıyanın söz konusu olabilmesi için taşınan yükün miktar olarak ekonomik değerini koruyacak şekilde bölünebilen nitelikte veya birden fazla ve her birinin de ayrı ekonomik değere sahip olması gerekir. Aksi takdirde, kısmi zıya söz konusu olmaz; yalnızca yükün hasara uğramasından bahsedilebilir. Başka bir deyişle, tek parça olarak belirlenmiş yük taşımaları bakımından kısmi zıya söz konusu olmayacak; bu durumda yükün hasara uğramasından veya somut olayın koşullarına göre tam zıyadan bahsedilecektir[29]. Çünkü bu gibi durumlarda, ya yük ekonomik değerini kaybeder ya da yükün tahsis amacına uygun olarak kullanılması imkânı ortadan kalkar[30].

İlgili sözleşmede bagaj veya yükün zıyaı halinde meydana gelen zararın nasıl hesaplanacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu du-

---

27 Bkz. ÖZDEMİR Turkay, **Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu)**, 1. Baskı, Vedat, İstanbul, 2006, s. 95 vd.

28 ÜLGEN, s. 179.

29 ÜLGEN, s. 179; ÖZDEMİR Turkay, s. 99-100.

30 SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 209.

rumda, zararın davaya bakan mahkemenin kendi hukukuna göre belirleneceği ifade edilmektedir[31].

Yukarıda yapılan açıklamalar, bagaj veya yükün zıyaı halinde meydana gelen maddi zarara ilişkindir. Bagaj veya yükün zıyaı halinde manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği hususu ise tartışmalıdır. Bazı Yargıtay kararlarında[32] bagajın gecikmesi veya zıyaı halinde manevi tazminat talep edilebileceği belirtilmiştir. Bagajın zıyaı halinde manevi tazminata hükmedilebilmesi için elbette manevi zararın söz konusu olması gerekir; her bagaj kaybında manevi zarardan bahsedilemez[33].

bb. Hasar

Doktrin tarafından hasar, yükte meydana gelen ve yükün değerinin azalmasına sebep olan her türlü maddi kötüleşme olarak tanımlanmaktadır[34]. Yükte meydana gelen geçici maddi kötüleşme, sürekli değer kaybına sebep olmuyorsa bu durumda hasardan söz edilemez. Örneğin, taşınan yükün kumaş olması ve yükün ıslanması halinde durum böyledir. Sürekli bir değer kaybı söz konusu olmadığı ve yükte meydana gelen maddi kötüleşme kendiliğinden geçebileceği için bu durumda hasardan bahsedilemez[35].

Yükün tamamı hasara uğrayabileceği gibi yalnızca bir kısmı da hasara uğramış olabilir. Yani teslim edilen yükün bir kısmı hasarlı, bir kısmı sağlam olabilir. Yükün bir kısmında meydana gelen hasarın, diğer kısmın ekonomik değerinin azalmasına sebep olması da mümkündür. Bu durumda, yükün tamamının hasara uğradığının kabulü gerekir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, yükün bütün bir parça olup olmadığıdır. Yük bütün bir parça olarak karşımıza çıkıyorsa, tam hasar; yük birbirinden bağımsız

---

31 KIRMAN, s. 82; KANER, s. 190; DEMPSEY/MILDE, s. 183. ÜLGEN, bu konuya ilişkin olarak ulusal hukukun uygulanacağını ileri sürmektedir. Bkz. s. 168, dn. 43.

32 YHGK, E. 2001/11-1161, K. 2001/1152, 12.12.2001, (DEMİRKIRAN H. Murat, "Varşova/Lahey Konvansiyonu Uyarınca Uluslararası Yolcu Taşımalarından hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Manevi Tazminat Meselesi", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, C. I, Vedat, İstanbul, 2007, s. 904-905); YHGK, E. 2017/1976, K. 2019/81, 07.02.2019, www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022).

33 Y. 11. HD, E. 2014/12049, K. 2014/19118, 05.12.2014, www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022); Y. 11. HD, E. 2016/11650, K. 2018/3526, 14.05.2018, www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022); Y. 11. HD, E. 2013/16816, K. 2014/6127, 28.03.2014, www.legal.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022).

34 ÜLGEN, s. 181; ÖZDEMİR Atalay, s. 56; SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 210; ÖZDEMİR Turkay, s.101.

35 ÜLGEN, s. 181.

parçalardan oluşuyorsa, kısmi hasar söz konusu olur[36]. Öte yandan, tek parça olarak belirlenmiş veya bütünlük ifade eden yüklerde meydana gelen kısmi hasar, yükün tamamını etkiliyorsa, başka bir deyişle yükün bir kısmının maruz kaldığı hasar, yükün tamamının değerinin azalmasına sebep oluyorsa, bu gibi hallerde yükün tamamının hasara uğradığı kabul edilmelidir[37]. Ayrıca yükte meydana gelen kısmi hasar, yükün tamamının değerini kaybetmesine sebep olmuşsa veya tahsis amacına uygun olarak kullanılma imkânını tamamen ortadan kaldırmışsa, bu durumda yükün hasara uğramasından değil ancak zıyaından bahsedilebilir[38].

Hasar ve zıyaın bir arada bulunması, söz konusu olabilir. Örneğin taşınan 100 koliden 30 tanesinin çalındığı, 30 tanesinin çıkan yangın nedeniyle kötüleştiği ve 40 tanesinin de herhangi bir şey olmadan sağlam olarak teslime hazır bulunduğu bir durumda hasar ve zıya bir arada bulunur[39]. Hasar ve zıyaın bir arada bulunması haline, misli eşya taşımalarında ve yükün birbirinden bağımsız birden çok parçadan oluştuğu taşımalarda rastlanabilir[40].

Bagaj veya yükün zıyaı halinde olduğu gibi bagaj veya yükün hasara uğraması halinde meydana gelen zararın nasıl hesaplanacağına ilişkin ilgili sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, zararın davaya bakan mahkemenin kendi hukukuna göre belirleneceği ifade edilmektedir[41]. Yukarıda yapılan açıklamalar bagaj veya yükün hasara uğraması halinde meydana gelen maddi zarara ilişkindir. Bununla birlikte bagaj veya yükün zıyaı halinde olduğu gibi, hasara uğraması halinde de manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıdır.

e. İlliyet Bağı

Taşıyıcının bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için, diğer sorumluluk hallerinde olduğu gibi olay ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir[42]. Buna karşılık, zarara sebep olan olay ile hava aracının işletilmesi arasında

---

36 ÖZDEMİR Atalay, s. 56.

37 ÜLGEN, s. 181; SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 210.

38 SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 210.

39 ÖZDEMİR Atalay, s.103'den naklen.

40 ÖZDEMİR Atalay, s.103.

41 KIRMAN, s. 82; KANER, s. 190; DEMPSEY/MILDE, s.183. ÜLGEN, bu konuya ilişkin olarak ulusal hukukun uygulanacağını ileri sürmektedir. Bkz. s. 168, dn.43.

42 KANER, s. 199; ÜLGEN, s. 175; ÖZDEMİR Atalay, s. 60; CANBOLAT, s. 70-71.

illiyet bağının bulunmasına gerek yoktur. Başka bir deyişle, taşıyıcının bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için olay ile hava taşımacılığının karakteristik riskleri arasında bir illiyet bağı aranmaz[43].

Zararın meydana gelmesinde yolcunun veya gönderenin müterafik kusurunun bulunması halinde, olay ile zarar arasındaki illiyet bağı zayıflar veya tamamen ortadan kalkar. Bu durumda, taşıyıcı kısmen veya tamamen sorumluluktan kurutulur (md. 20).

Bagajın zıyaı veya hasara uğraması, bagajın kendinde bulunan bir ayıp, nitelik veya bozukluktan kaynaklanıyorsa taşıyıcının bagajın veya yükün zıyaı ve hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluluğundan kısmen veya tamamen kurtulması söz konusu olur (md. 17 f. 2). Bununla birlikte yükün zıyaı veya hasara uğraması; yükün kendinde bulunan bir ayıp, nitelik veya bozukluktan, yükün taşıyıcının kendisi veya adamları dışında başka birisi tarafından ayıplı olarak paketlenmesinden, savaş veya silahlı çatışmadan veya yükün girişi, çıkışı veya geçişi ile ilgili olarak bir kamu otoritesi tarafından ifa edilen hizmetten kaynaklanıyorsa taşıyıcının bagajın veya yükün zıyaı ve hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluluğundan kısmen veya tamamen kurtulması söz konusu olur (md. 18 f. 2).

B. Hukuki Niteliği

1999 tarihli Montreal Sözleşmesinin uygulama alanı bulduğu hallerde taşıyıcı, sözleşmenin 18. maddesinin 2. fıkrasında dört bent halinde sayılan kurtuluş kanıtlarından birini veya birkaçını getirerek sorumluluktan kurtulabilir. Buna göre taşıyıcı, zararın yükün kendinde bulunan bir ayıp, nitelik veya bozukluktan, yükün taşıyıcının kendisi veya adamları dışında başka birisi tarafından ayıplı olarak paketlenmesinden, savaş veya silahlı çatışmadan ya da yükün girişi, çıkışı veya geçişi ile ilgili olarak bir kamu otoritesi tarafından ifa edilen hizmetten kaynaklandığını ispat ederek yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumlu olmaktan kurtulabilir. Sözleşmenin 17. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, taşıyıcı, zararın bagajın kendinde bulunan bir ayıp, nitelik veya bozukluktan kaynaklandığını ileri sürerek kayıtlı bagajın zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarar dolayısıyla sorumluluktan kurtulabilir. Bunun dışında taşıyıcı

---

[43] ÜLGEN, s. 175; ÖZDEMİR Atalay, s. 60.

sözleşmenin 20. maddesi uyarınca müterafik kusur savunması yaparak da bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarar dolayısıyla sorumluluktan kurtulabilir[44]. Buradan hareketle 1999 tarihli Montreal Sözleşmesinde taşıyıcının bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluluğunun mutlak sorumluluk olduğunun kabulü gerektiği ifade edilmektedir[45].

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus, taşıyıcının kişisel eşyalar da dâhil olmak üzere kayıtlı olmayan bagajların zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluğunun hukuki niteliğidir. 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca, taşıyıcı kişisel eşyalar da dâhil olmak üzere kayıtlı olmayan bagajların zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumludur (md. 17 f. 2). Ancak taşıyıcının kişisel eşyalar da dâhil olmak üzere kayıtlı olmayan bagajların zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için zararın meydana gelmesinde kendisinin veya adamlarının kusurunun bulunması gerekir. Buna göre 1999 tarihli Montreal Sözleşmesinde taşıyıcının kişisel eşyalar da dâhil olmak üzere kayıtlı olmayan bagajların zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluğu bakımından kusur sorumluluğu ilkesinin benimsendiği sonucuna ulaşılmaktadır[46].

2. Bagaj veya Yük Taşımasındaki Gecikme Halinde Taşıyıcının Sorumluluğu

A. Şartları

a. Gecikme

Gecikme kavramı genel olarak yolcunun, bagajın veya yükün varma yerine zamanında ulaşmaması olarak tanımlanmaktadır[47]. Bir gecikme olup olmadığını tespit edebilmek için öncelikle taşıma süresinin belirlenmesi gerekir. Bu sürenin belirlenmesinde, tarafların iradesi dikkate alınır. Taraflar, taşıma süresini taşıma sözleşmesinde veya başka bir sözleşmede kural olarak serbestçe belirleyebilirler. Ancak taşıma süresinin olağan ve makul

---

44 DEMPSEY/MILDE, s. 166.

45 SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 206.

46 DEMPSEY/MILDE, s. 123.

47 MANKIEWICZ, s.186; ÜLGEN, s. 182; ÖZDEMİR Atalay, s. 68; KIRMAN, s. 96; GENÇTÜRK, s. 67. Ayrıca bkz. GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 19, parag. 6.

kabul edilebilecek bir sürenin çok üstünde kararlaştırılması dolaylı olarak taşıyıcının gecikmeden doğan sorumluluğu bakımından bir sorumsuzluk kaydı sonucunu ortaya çıkaracağı için geçersiz kabul edilmelidir[48] (md. 26). Taşıma süresi, taşıma belgelerinde de gösterilebilir. Taşıyıcının reklamlarında veya tarifelerinde taşıma süresine yer vermesi gibi hallerde de taşıma süresinin taraflarca belirlenmiş oluğu kabul edilir[49]. Sözleşmede belirlenen veya tarifelerde ilan edilen zamanda yolcunun, bagajın veya yükün varma yerine ulaşmaması halinde gecikme söz konusu olur[50]. Taşıyıcının sözleşmede belirlenen veya tarifelerde ilan edilen kalkış ve varış saatlerine uyup uymadığı kontrol edilirken hava taşımacılığının özellikleri dikkate alınmalıdır. Yolculara verilen biletlerde, düzenlenen diğer taşıma belgelerinde veya ilan edilen tarifelerde yer alan genel işlem şartlarında kimi zaman taşıyıcının sözleşmede belirlenen veya ilan edilen kalkış ve varış saatleri ile bağlı olmadığı, taşıyıcının kalkış ve varış saatlerini tek taraflı olarak değiştirebileceği ve buna bağlı olarak meydana gelebilecek zarardan sorumlu olmayacağı yönünde maddeler yer almaktadır. Ancak bu maddeler, sorumsuzluk kaydı niteliğinde olduğu için geçerli değildir[51] (md. 26).

Taşıma süresinin sözleşme ile kararlaştırılmadığı hallerde taşıma süresi, somut olayın özellikleri ve hava taşımacılığı uygulamaları da dikkate alınarak basiretli bir taşıyıcıdan taşımayı gerçekleştirmesi beklenen makul süredir. Bu sürenin aşılmış olması halinde gecikmeden söz edilebilir[52]. Makul sürenin belirlenmesinde hava şartları, hava trafiği, güzergâhın durumu, yükün özellikleri, gümrükteki olağan bekleme süreleri, idari makamlarca yapılan denetimler, tatil günleri gibi her olay bakımından farklılık gösterebilen fakat nitelik itibariyle objektif unsurlar dikkate alınmalıdır[53]. Ayrıca makul süre belirlenirken hava taşımacılığının kara, deniz ve demir yolu taşımacılıklarından çok daha pahalı olmasına rağmen hızlı olduğu için tercih edildiği gözden kaçırılmamalıdır[54].

---

48 GENÇTÜRK, s. 126-127.

49 ÜLGEN, s. 182; ÖZDEMİR Atalay, s. 68; GENÇTÜRK, s. 127; KIRMAN, s. 96.

50 ÜLGEN, s. 182; KIRMAN, s. 97.

51 ÜLGEN, s. 182.

52 MANKIEWICZ, s. 186.

53 GENÇTÜRK, s. 128.

54 ÖZDEMİR Atalay, s. 69; GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 19, parag. 8.

Gecikmenin tespitinde, havayolu taşıması bir bütün olarak ele alınmalıdır ve hangi sebeple olursa olsun yolcunun, bagajın veya yükün varma yerine zamanında ulaşmaması gecikme olarak kabul edilmelidir[55].Örneğin kalkış öncesi yaşanan aksaklıklar, yolcu veya yükün hava aracına geç alınması bu kapsamda değerlendirilmelidir[56].

Seferin ertelenmesi veya iptal edilmesi gibi taşıma ediminin hiç ifa edilmediği hallerin gecikme olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu ise tartışmalıdır. Yolcunun hava aracında yer bulunmaması dolayısıyla uçağa kabul edilmemesi[57], havaalanındaki grev, kalkış yasağı gibi nedenlerle taşıma ediminin ifa edilmediği hallerde, gecikmeden söz edilemeyeceği ileri sürülmektedir[58]. Kanaatimizce taşımadaki gecikme, borçlanılan taşıma ediminin geç ifasıdır. Geç ifadan söz edebilmek için taşıyıcının borçlandığı edimi ifa etmesi şarttır. Ancak bu ifa, geç yapılmış bir ifa olmalıdır. Bu nedenle seferin ertelenmesi veya iptal edilmesi 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi bakımından bir gecikme olarak değerlendirilemez. Taşıyıcının edimini ifa etmemesi halinde yolcu veya gönderen, kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek olan ulusal hukuk hükümleri uyarınca taşıyıcıya başvurma hakkına sahiptir[59].

b. Zarar

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcının bagaj ve yük taşımalarında meydana gelen gecikmeden sorumlu tutulabilmesi için gecikme dolayısıyla bir zarar meydana gelmiş olmalıdır[60]. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki tazminatın miktarının belirlenmesinde, taşıma süresinin ne kadar aşıldığının herhangi bir önemi yoktur. Tazminatın miktarı meydana gelen gecikme dolayısıyla yolcu veya gönderenin uğradığı zarara göre belirlenir. Gecikmeden doğan zararın tespitine ilişkin Montreal Sözleşmesi'nde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Genel hükümler uyarınca, zarar gecikme olmasaydı yolcunun veya gönderenin mal varlığının bulunacağı du-

---

55 MANKIEWICZ, s. 186; ÜLGEN, s. 183; ÖZDEMİR Atalay, s. 70-71; GENÇTÜRK, s. 133; GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 19, parag. 9.

56 *Sporn v. Metro International Airways*, 17 Avi 18, 207 (GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 19, parag. 9).

57 MANKIEWICZ, s. 187.

58 ÖZDEMİR Atalay, s. 69; KIRMAN, s. 102; *Vassalo and Clare v. Trans Canada Airlines*, Ontorio High Court, 8.3.1968 (MANKIEWICZ, s. 187).

59 MANKIEWICZ, s. 187; ÜLGEN, s. 184; ÖZDEMİR Atalay, s. 68; KIRMAN, s. 102.

60 ÖZDEMİR Atalay, s. 71; GENÇTÜRK, s.157.

rum ile gecikme sonrasında bulunduğu durum arasındaki fark dikkate alınarak tespit edilir[61].

Bagajın yolcuya geç teslimi sık karşılaşılan bir durumdur. Bazı Yargıtay kararlarında[62], bagajın yolcuya geç teslim edilmesi halinde yolcunun manevi tazminat talep edebileceği belirtilmiştir.

Yük taşımalarında ise bazı durumlarda, gecikme nedeniyle yükün kendisinde bir zarar meydana gelebilir; gecikme nedeniyle yükün zıyaı veya hasarı söz konusu olabilir. Bazı durumlarda ise yükün zıyaı veya hasarı dışında gecikme nedeniyle gönderenin veya gönderilenin malvarlığında bir zarar meydana gelebilir. Bu zarar, gönderenin veya gönderilenin malvarlığının pasiflerinin artması veya kârdan yoksun kalması şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin yükün piyasa değerinin düşmesi, gümrük vergilerinin artması, taşıma konusu malın piyasadan temin edilmesi ve yapılan diğer ek masraflar[63], gönderilenin gecikme sebebiyle taahhüdünü yerine getirememesi sonucunda cezai şart ödemek zorunda kalması veya sözleşmeden dönülmesi, taşıma konusu eşyanın sergiye yetişememesi[64], gecikmeye bağlı olarak ortaya çıkan üretim kaybı[65] gibi gecikmeye bağlı olarak gönderenin veya gönderilenin malvarlığında meydana gelen zarardan taşıyıcı sorumludur[66].

Gecikme nedeniyle yükün ziyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan taşıyıcının hangi hüküm uyarınca sorumlu tutulacağı hususu tartışmalıdır. Bu gibi durumlarda, taşıyıcının yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde sorumluluğunu düzenleyen 18. madde kapsamında mı yoksa gecikmeden doğan sorumluluğunu düzenleyen 19. madde kapsamında mı meydana gelen zarardan sorumlu tutulacağı belli değildir. Bu noktada, öncelikle dikkat edilmesi gereken, yükün zıyaı veya hasara uğramasının nedeninin gecikme olup olmadığıdır[67]. Gerçekten, yükün gecikilen süre içinde zıyaı

---

61 GENÇTÜRK, s. 157.

62 Y. 11. HD, E. 2015/14971, K. 2016/2971, 16.03.2016, www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022); Y. 11. HD, E. 2018/5521, K. 2019/6490, 21.10.2019, www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022).

63 Y. 11. HD, E.1988/5191, K.1989/1024, 21.02.1989, www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022).

64 Cour d'Appel, Paris, *Fret et Transit Aérien vs. Air France*, 26.5.1977, RFDA. 1977, s. 285 (MANKIEWICZ, s. 193; ÖZDEMİR Atalay, s. 71).

65 Y. 11. HD, E.1992/1164, K. 1992/8301, 09.07.1992, www.kazanci.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022).

66 ÜLGEN, s. 185; ÖZDEMİR Atalay, s. 71; GENÇTÜRK, s. 158.

67 ÜLGEN, s. 185; ÖZDEMİR Atalay, s. 72; GENÇTÜRK, s. 159.

veya hasara uğraması ile yükün zıyaı veya hasarının gecikme nedeniyle meydana gelmesi birbirinden farklı şeylerdir. Örneğin, gecikilen süre içinde yükün taşıyıcının adamı tarafından çalınması durumunda zararın gecikme dolayısıyla meydana geldiğinden bahsedilemez[68]. Dolayısıyla burada taşıyıcının yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan sorumluluğunu düzenleyen 18. madde uyarınca sorumlu olacağı noktasında duraksama yoktur. Ancak taşıma süresinin aşılması nedeniyle taşınan taze meyve ve sebzelerin bozulması dolayısıyla meydana gelen zarardan taşıyıcının hangi hüküm kapsamında sorumlu tutulacağı hususu tartışmalıdır[69]. Bu sorunun çözümüne ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Birinci görüşe göre[70], bu durumda hakların yarışması söz konusu olur. Çünkü gecikme, aynı zamanda 18. madde anlamında bir "olay"dır[71]. Bu nedenle, gecikme dolayısıyla yükün ziyaı veya hasarı halinde, yükün ziyaı veya hasarına ilişkin 18. madde uygulanabileceği gibi gecikmeye ilişkin 19. madde de uygulanabilir.

İkinci görüşe göre[72], gecikme halinde taşıyıcının temerrüdü söz konusu olduğu için taşıyıcı, zaten hem geç ifa nedeniyle meydana gelen zarardan hem de yükün ziyaı veya hasarından sorumlu olur. Bu görüşün kabulü halinde, gecikme nedeniyle yükün ziyaı veya hasarı halinde 18. maddenin uygulanması söz konusu olmaz. Gecikme nedeniyle yükün ziyaı veya hasara uğraması halinde ve bunun dışında geç ifa nedeniyle meydana gelen zarardan taşıyıcı gecikme sorumluluğu kapsamında 19. madde uyarınca sorumlu tutulur.

Üçüncü görüş uyarınca[73], yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan taşıyıcının sorumluluğu 18. maddeye tabidir. Bu görüşe göre, gecikme zararı, yükün ziyaı veya hasarı dışında kalan zarardır. Gecikme yükün ziyaı veya hasarı dışında gönderenin veya gönderilenin mal varlığında bir zarara neden olmuşsa bu zarar gecikmeye ilişkin hükümler kapsamında taşıyıcıdan ayrıca talep edilebilir.

---

68 ÖZDEMİR Atalay, s. 72.

69 ÖZDEMİR Atalay, s. 72; GENÇTÜRK, s. 159.

70 ÖZDEMİR Atalay, s. 72; Cour d'Appel, Paris, 8.11.RFDA, 1951, s. 453 (MANKIEWICZ, s. 169).

71 MANKIEWICZ, s. 169.

72 Bu görüş uluslararası demir yoluyla eşya taşıma sözleşmelerine uygulanan CIM tarafından benimsenmiştir (md. 43 f. 1). Bkz. GENÇTÜRK, s. 160-161.

73 ÜLGEN, s. 185; GENÇTÜRK, s.160-161; SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 214; ÖZDEMİR Turkay, s. 104.

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nde taşıyıcının yükün zıyaı veya hasarından sorumluluğu ile gecikmeden doğan sorumluluğunun ayrı ayrı düzenlendiği dikkate alındığında kanaatimizce son görüşün benimsenmesi daha uygun olur. Kaldı ki 18. madde uyarınca taşıyıcının yük üzerindeki bakım ve gözetim borcu, gönderenden yükün teslim alınmasıyla başlar ve yükün gönderilene teslim edildiği ana kadar devam eder. Yani taşıyıcının bu borcu taşıma süresi ile sınırlı değildir ve taşıma süresinin aşılması halinde de devam eder[74]. Yükün bakım ve gözetimi ile taşıma süresinde varma yerine ulaştırılması iki ayrı borç niteliğindedir. Bu nedenle yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde meydana gelen zarardan taşıyıcının sorumluluğunun 18. maddeye tabi tutulması gerektiğinin, gecikmenin yükün zıyaı veya hasarı dışında gönderenin veya gönderilenin malvarlığında bir zarara neden olması halinde ise bu zararın taşıyıcıdan gecikmeye ilişkin hükümler kapsamında ayrıca talep edilebileceğinin kabulü gerekir.

c. İlliyet Bağı

Taşıyıcının bagaj ve yük taşımalarında meydana gelen gecikmeden sorumlu tutulabilmesi için taşıma süresinin aşılması ve yolcunun veya gönderenin zarara uğraması yeterli değildir. Diğer sorumluluk hallerinde olduğu gibi, taşıma süresinin aşılması ile zarar arasında uygun illiyet bağının da bulunması gerekir. Gecikme ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatı, yolcuya veya gönderene düşmektedir. Yolcunun veya gönderenin gecikme ile zarar arasındaki illiyet bağını ispat edemediği durumlarda taşıyıcının sorumluluğundan bahsedilemez[75].

Zararın meydana gelmesinde yolcunun veya gönderenin müterafik kusurunun bulunması halinde, gecikme ile zarar arasındaki illiyet bağı zayıflar veya tamamen ortadan kalkar (md. 20). Bu durumda, taşıyıcı kısmen veya tamamen sorumluluktan kurutulur. Gecikmenin taşıyıcı dışındaki üçüncü bir kişinin müdahalesi sonucunda meydana gelmesi halinde de gecikme ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilmektedir[76]. Örneğin, gecikmenin havaalanında çalışan personelin yaptığı grevden kaynaklanması halinde durum böyledir[77].

---

[74] GENÇTÜRK, s. 161.

[75] GENÇTÜRK, s. 161-162.

[76] TANDOĞAN Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku**, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2010, s.79.

[77] *Atlantic Fish & Oyster Corp. v. Pan American Airways*, Illinois District Court, Cook County, 29 Nov. 1948 (MANKIEWICZ, s. 189-190; KIRMAN, s. 99).

B. Hukuki Niteliği

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nde taşıyıcının bagaj ve yük taşımasında meydana gelen gecikmeden sorumluluğu bakımından kurtuluş kanıtı getirilebilen olağan sebep sorumluluğu ilkesi geçerlidir[78].

3. Tazminat Miktarı

1999 tarihli Montreal Sözleşmesinde kayıtlı bagaj ve yük bakımından tazminat miktarına ilişkin farklı düzenlemeler söz konusudur. İlgili sözleşme uyarınca taşıyıcı, yolcu veya gönderen tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe[79] her bir yolcuya karşı[80] 1.288 ÖÇH'ye kadar sorumludur[81] (md. 22 f. 2).

Yükün ziyaı veya hasara uğraması halinde ise taşıyıcı, gönderen tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe, her kilogram başına 22 ÖÇH'ye kadar sorumludur[82].

Kayıtlı bagaj veya yükün bir bölümünü ya da içinde bulunan herhangi bir şeyin zıyaı veya hasara uğraması halinde, taşıyıcının sorumluluğunun sınırlı olduğu miktarın belirlenmesinde dikkate alınacak ağırlık, sadece ilgili bölüm ya da bölümlerin ağırlığıdır. Bunun yanı sıra, kayıtlı bagaj veya yükün bir bölümünü ya da içinde bulunan herhangi bir şeyin zıyaı veya hasara

---

78 FRANKS M.R., "Airline Liability for Loss, Damage or Delay of Passenger Baggage", **Fordham Journal of Corporate and Financial Law**, 2007, Vol. 12, s. 745-746.

79 Y. 11. HD, E. 2016/1717, K. 2017/4697, 25.09.2017, www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022); Y. 11. HD, E. 2015/3851, K. 2015/10671, 19.10.2015, www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022).

80 Y. 11. HD, E. 2019/506, K. 2019/7802, 04.12.2019: "*Dava, hava taşıması sırasında iki adet bagajın kaybolması nedeniyle uğranılan maddi zarar nedeniyle başlatılan takibe yönelik davalı itirazının iptali istemine ilişkindir. 1999 tarihli Montreal Konvansiyonunun 22/2 maddesi uyarınca, taşıyıcı, yolcu tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe her bir yolcuya karşı 1131 ÖÇH'ye kadar sorumludur. Mahkemece, bagaj kuponlarının davacı ... adına düzenlenmiş olduğu gerekçesiyle davacı ... tarafından açılan davanın sübut bulmadığından reddine karar verilmişse de, somut olayda taşıma sözleşmesi her iki davacı ile kurulmuş olup, iki ayrı bagajın kaybolduğunun iddia edilmesi ve 2 ayrı bagaj fişi bulunması karşısında, davacı ...'a ait eşyaların da kaybolduğu, bagajın birinin anılan davacıya ait olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle, mahkemece, davalının her bir yolcuya karşı sınırlı sorumluluğu bulunduğu dikkate alınarak, davacı ... tarafından açılan davada da aynı miktar ile davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken, hatalı gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davacı ... yönünden bozulması gerekmiştir",* www.lexpera.com.tr (Erişim tarihi: 14.09.2022).

81 1.000 ÖÇH olan bu sınır, önce 1.131 ÖÇH'ye sonra 1.288 ÖÇH'ye yükseltilmiştir.

82 17 ÖÇH olan bu sınır, önce 19 ÖÇH'ye sonra 22 ÖÇH'ye yükseltilmiştir.

uğraması, aynı taşıma belgesinin kapsadığı diğer bölümlerin değerini etkiliyorsa, sorumluluk sınırının belirlenmesinde bu bölümün ya da bölümlerin de toplam ağırlıkları dikkate alınır (md. 22 f. 4).

Ağırlıkların birbirinden farklı olması durumunda, tarifelerde belirlenen veya yolcu bileti veya diğer taşıma belgelerinde beyan edilen ağırlık değil, gerçek ağırlık dikkate alınır. Brüt veya net ağırlığın söz konusu olduğu hallerde ise brüt ağırlığa göre değerlendirilme yapılmalıdır[83].

Taşıma sırasında birbirini takip eden birden fazla zararın meydana gelmesi halinde, ilgili sözleşmede belirtilen üst sınırların, söz konusu taşıma bakımından mı bir sınır oluşturduğu, yoksa her bir zarar için ayrı ayrı mı söz konusu olabileceği sorunu ortaya çıkar. Böyle bir durumda kaza ve zarara sebep olan olay kavramına ağırlık verilmesi gerektiği doktrinde[84] ifade edilmektedir. Bir taşıma esnasında aynı veya ayrı türden zararın birbirinden bağımsız olarak meydana gelmesi halinde taşıyıcının sorumluluğu bakımından öngörülen üst sınırın her bir zarar için ayrı ayrı ele alınması gerektiği belirtilmektedir[85].

Değinilmesi gereken bir diğer husus, zarar görenin müterafik kusurunun bulunması halinde, tazminat miktarında yapılacak indirimin gerçek zarar üzerinden mi yoksa taşıyıcının sorumlu olduğu üst sınır üzerinden mi yapılacağına ilişkindir. Bu hususun gerçek zararın sorumluluk sınırını aştığı haller bakımından önemli olduğu açıktır. Bu noktada gerçek zarar dikkate alınarak, müterafik kusurun bulunduğu oranda gerçek zarar üzerinden indirim yapılmalıdır. İndirim yapıldıktan sonra hesaplanan miktarın ilgili sözleşmede belirtilen sınırları aşıp aşmadığına bakılmalıdır[86].

II. ÖZEL FAYDA (MENFAAT) BEYANIYLA TAŞIYICININ SORUMLU OLDUĞU MİKTARIN ARTIRILMASI

1. Genel Olarak

1999 tarihli Montreal Sözleşmesinin 22. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, bagaj veya yük taşımaları bakımından yolcu veya gönderen, bagaj veya yükün taşıyıcıya teslimi anında bagaj veya yükün varış ye-

---

83 ÜLGEN, s. 195.

84 ÜLGEN, s. 193.

85 KIRMAN, s. 132-133.

86 ÜLGEN, s. 193; KIRMAN, s. 140.

rinde ilgilisine teslimi anındaki değerini gösteren bir bildirimde bulunmuş ve gerektiğinde ek bir ödeme yapmış ise bu durumda taşıyıcı bildirilen değerin, bagaj veya yükün varış yerinde ilgilisine teslimi anındaki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispat etmedikçe bildirimi yapılan miktarı aşmayan bir miktar ödemekle yükümlüdür. Yolcu veya gönderen tarafından yapılan bu bildirime özel fayda beyanı denir. Özel fayda beyanı, taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması noktasında işlevseldir. Özel fayda beyanında bulunarak taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması gerek ticari taşıma sözleşmeleri bakımından gerekse tüketici işlemleri bakımından son derece önemlidir.

2. Özel Fayda Beyanının Hukuki Niteliği

A. Özel Fayda Beyanıyla Taraflar Arasında Götürü Tazminat Anlaşması Kurulması

Yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması üzerine, taşıyıcı ile yolcu veya taşıyıcı ile gönderen arasında taşıma sözleşmesinden ayrı bir sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir[87]. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki özel fayda beyanı, yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanı değildir; yolcu ile taşıyıcı veya gönderen ile taşıyıcı arasında tarafların anlaşmasına dayalı bir sözleşme niteliğindedir[88]. Yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması halinde taşıyıcı bunu kabul etmek zorunda değildir[89].

Özel fayda beyanının hüküm ve sonuçlarının tespiti ile bu beyanın işlevinin anlaşılabilmesi için yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması üzerine taraflar arasında kurulan ve taşıma sözleşmesinden ayrı olarak değerlendirilen bu sözleşmenin hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır.

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın, taraflarca önceden belirlenmesine götürü tazminat denir[90]. Götürü tazminatın kararlaştırıldığı işleme ise götürü tazminat anlaşması denir[91].

---

87 *Piscicultura Burrini v. Alitalia* (AL 1991, 299) (GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 22, parag. 60, dn. 95); GENÇTÜRK, s. 231.

88 GENÇTÜRK, s. 231.

89 ÜLGEN, s. 195; GENÇTÜRK, s. 231.

90 OERTLI Theres, **Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe**, Luzern, 2004, N. 20; McCORMICK Charles T.,

Özel fayda beyanında bulunan yolcu veya gönderen, bu beyan ile taşıyıcıya taşıma sözleşmesine konu bagaj veya yükün varma yerinde teslim anındaki değerinin taşıyıcının sorumluluk sınırlarının üzerinde olduğunu bildirir ve gerektiğinde taşıyıcıya ek ödeme yapar. Böylelikle taraflar arasında bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması veya gecikmesi halinde ödenecek tazminat miktarına ilişkin bir anlaşma yapılmış olur. Buna göre yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması taşıyıcının da bunu kabul etmesi üzerine, taşıyıcı ile yolcu veya taşıyıcı ile gönderen arasında bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması veya gecikmesi halinde ödenecek tazminat miktarına ilişkin bir götürü tazminat anlaşması kurulur.

B. Kurulan Anlaşmanın Götürü Tazminat Türleri Arasındaki Yeri

a. Götürü Tazminat Türleri

Götürü tazminat anlaşmaları, sözleşme serbestîsi çerçevesinde çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir[92]. Götürü tazminat anlaşmasının türünün belirlenmesinde dikkate alınan husus, taraflardan birinin gerçek zararı ispat etmesi halinde, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktardan farklı bir miktarın ödenmesinin söz konusu olup olmadığıdır[93]. Götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktarın aksini ispat etme imkânının olup olmamasına göre farklı ihtimaller karşımıza çıkar.

Bazı hallerde, her iki taraf da götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkânına sahiptir. Bu gibi hallerde *nispi (aksi ispat edilebilen) götürü tazminat anlaşması* söz konusu olur[94]. Nispi götürü tazminat anlaşmasının

"Liquidated Damages", **Virginia Law Review**, Vol. 17, No. 2, 1930 s. 103; BRIGHTMAN Alvin C., "Liquidated Damages", **Columbia Law Review**, Vol. 25, No. 3, 1925, s. 277; BENJAMIN Peter, "Penalties, Liquiated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law", **International and Comaparative Law Quarterly**, Vol. 9, No. 4, 1960, s. 600; s.49; KOCAAĞA Köksal, "İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?", **TBB Dergisi**, S.74, 2008, s.150; KAPANCI Berk, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz, İstanbul, 2013, s. 656-657; ERDEM Mehmet, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", **Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara, 2009, s. 98. Götürü tazminat kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. BİRİNCİ UZUN Tuba, **Götürü Tazminat**, Yetkin, Ankara, 2015.

91 BİRİNCİ UZUN, s. 68.

92 OERTLI, N. 45; KAPANCI, s. 667.

93 OERTLI, N. 45.

94 OERTLI, N. 53; KAPANCI, s. 669.

söz konusu olması durumunda, anlaşma ile belirlenen götürü miktar, yalnızca tazminat alacaklısının veya borçlusunun, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zararın götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat edemediği hallerde ödenir[95].

Bazı hallerde, yalnızca taraflardan biri, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkânına sahip olur. İşte taraflardan yalnızca birinin (tazminat alacaklısının veya tazminat borçlusunun) kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkânına sahip olması durumunda *kısmen nispi götürü tazminat anlaşması* gündeme gelir[96]. Örneğin yalnızca borçlu taraf, götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkânına sahip olabilir. Bu gibi hallerde *azami götürü anlaşması* söz konusu olur. Azami götürü tazminat anlaşmaları, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu tazminat miktarını yukarı doğru sınırlandırır. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarar götürü tazminat miktarından daha fazla olsa bile, tazminat alacaklısı, borçludan ancak anlaşma ile belirlenmiş götürü edimin ödenmesini talep edebilir. Tazminat borçlusu ise sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat edebilir ve üst sınırın altında kalan bu miktarı ödeyerek tazminat borcunu ifa edebilir[97].

Bazen yalnızca alacaklı taraf, götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkânına sahip olur. Bu gibi hallerde ise *asgari götürü anlaşması* söz konusu olur. Asgari götürü tazminat anlaşmaları, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu götürü edimi aşağı doğru sınırlar[98]. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarar kararlaştırılan götürü edimden daha az olsa bile, tazminat borçlusu, alacaklıya kararlaştırılmış olan bu götürü edimi ödemek zorundadır. Tazminat alacaklısı ise, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarını aşan zararının giderilmesini talep edebilir[99].

---

95 OERTLI, N. 53.

96 KAPANCI, s. 670.

97 OERTLI, N. 57.

98 OERTLI, N. 65.

99 OERTLI, N. 65; KAPANCI, s. 670-671.

Son olarak, hiçbir taraf bu imkâna sahip olmayabilir. Gerçekten de bazı götürü tazminat anlaşmalarında taraflara, götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkânı tanınmamaktadır. Bu gibi hallerde, *mutlak (aksi ispat edilemeyen) götürü tazminat anlaşması* söz konusu olur. Mutlak götürü tazminat anlaşması, tarafların götürü tazminat edimini mutlak şekilde istenebilecek tek bir değer üzerinden kararlaştırdıkları anlaşmadır[100]. Buna göre, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zararın, götürü tazminat miktarından fazla olması durumda, tazminat alacaklısı, götürü tazminat miktarını aşan gerçek zararını ispat ederek bunun ödenmesini talep edemeyeceği gibi; tazminat borçlusu da alacaklının uğramış olduğu zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarının altında kalan meblağı ödemek suretiyle tazminat borcunu ifa edemez. Belirlenen götürü tazminat miktarı, iki taraf için de sabit ve kesindir[101].

b. Anlaşmanın Türünün Belirlenmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, özel fayda beyanında bulunan yolcu veya gönderen, bu beyan ile taşıyıcıya taşıma sözleşmesine konu bagaj veya yükün varma yerinde teslim anındaki değerinin taşıyıcının sorumluluk sınırlarının üzerinde olduğunu bildirir. Yolcu veya gönderenin taşıyıcıya yapacağı bu bildirim sonucunda, taşıyıcının sorumlu olduğu üst sınır yükselmiş olur. Buna göre, bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde ödenecek tazminat miktarı, varma yerinde teslim anındaki gerçek değer üzerinden belirlenir. 1999 tarihli Montreal Sözleşmesinin 22. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, bagaj veya yük taşımaları bakımından yolcu veya gönderen, bagaj veya yükün taşıyıcıya teslimi anında bagaj veya yükün varış yerinde ilgilisine teslimi anındaki değerini gösteren bir bildirimde bulunmuş ve gerektiğinde ek bir ödeme yapmış ise bu durumda taşıyıcı bildirilen değerin, bagaj veya yükün varma yerinde ilgilisine teslimi anındaki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispat etmedikçe bildirimi yapılan miktarı aşmayan bir miktar ödemekle yükümlüdür. Taşıyıcı, bildirilen değerin, bagaj veya yükün varma yerinde ilgilisine teslimi anındaki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispat ederse taşıyıcının sorumluluğu gerçek değer ile sınırlı kalır[102]. Görüldüğü üzere, yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bu-

---

[100] KAPANCI, s. 667; SWEET Justin, "Liquidated Damages in California", **California Law Review**, Vol. 60, No. 1, 1972, s. 90.

[101] OERTLI, N. 61.

[102] SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 226; GENÇTÜRK, s. 230.

lunması üzerine, taşıyıcı ile yolcu veya taşıyıcı ile gönderen arasında bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması halinde ödenecek tazminat miktarına ilişkin kurulan götürü tazminat anlaşması, tazminat borçlusu sıfatını haiz taşıyıcıya götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkânı tanımaktadır. Kanaatimizce, yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması üzerine, taşıyıcı ile yolcu veya gönderen arasında bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması halinde ödenecek tazminat miktarına ilişkin götürü tazminat anlaşması, azami götürü tazminat anlaşması niteliğindedir.

3. Özel Fayda Beyanının Amacı (İşlevi)

A. Genel Olarak

Yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması üzerine, taşıyıcı ile yolcu veya taşıyıcı ile gönderen arasında bir götürü tazminat anlaşması kurulduğundan, götürü tazminat anlaşması ile hedeflenen amaçlar, özel fayda beyanı üzerine taşıyıcı ile yolcu veya taşıyıcı ile gönderen arasında kurulan götürü tazminat anlaşması bakımından da gerçekleşir.

Taraflar, götürü tazminat anlaşması yaparken birtakım amaçlar güderler. Esasen bu amaçlar, somut götürü tazminat anlaşmasının yorumlanmasıyla belirlenir[103]. Götürü tazminat anlaşması, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder. Ayrıca götürü tazminat ile sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelen tipik zarar tespit edildiğinden tazminat alacaklısı, zararı ispat yükünden kurtulur; yani zararın kapsamını ispat etmesine gerek kalmaz. Alacaklının, zararın varlığını ortaya koyması yeterlidir. Bu da sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesini kolaylaştırır[104]. Öte yandan götürü tazminat, taraflar arasında söz konusu olan sözleşmesel borç ilişkisi bakımından şeffaflığın ve hukuki güvenliğin sağlanması amacına da hizmet eder. Çünkü taraflar, götürü tazminat anlaşması yaparken, asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden tespit etmeye çalışırlar; bu da onlara bir menfaat-risk analizi, başka bir deyişle kar-zarar hesabı yapma imkânı tanır[105]. Ayrıca götürü

---

[103] OERTLI, N.69.

[104] OERTLI, N.194, 358; ERDEM, s. 102; KOCAAĞA, s. 153; KAPANCI, s. 666.

[105] REA Samuel A. Jr., "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 13, No. 1, 1984, s. 148; WILKINSON-RYAN Tess, "Do

tazminat anlaşması ile taraflar, olası bir ihtilaf durumunda söz konusu olabilecek yargılama masraflarını da en aza indirmiş olurlar[106].

Sonuç itibariyle, taşıma sözleşmesine konu bagaj veya yükün varma yerinde teslim anındaki değerinin taşıyıcının sorumluluk sınırlarının üzerinde olduğuna ilişkin yolcu veya gönderen tarafından yapılan özel fayda beyanı; taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması, yolcu veya gönderenin ispat yükünden kurtulması ve şeffaflığın, hukuki güvenliğin sağlanması amaçlarına hizmet eder. Belirtilen bu amaçlar, aşağıda sırasıyla incelenmiştir.

B. Taşıyıcının Sorumlu Olduğu Tazminat Miktarının Artırılması (Gerçek Zararın Giderilmesi)

Borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklı aleyhine bir zarar meydana geldiğinde, alacaklı sözleşmenin ihlali nedeniyle uğramış olduğu zararın giderilmesi için borçludan tazminat talep edebilir. Tazminatın amacı, borçlu tarafından sözleşme ihlal edilmeseydi zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır[107]. Görüldüğü üzere zarar ile tazminat arasında sıkı bir bağlantı söz konusudur. Tazminat, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeli; zararın tamamını karşılamalıdır. Ancak tazminat, zararın azamî miktarıyla da sınırlı olmalı, hiçbir zaman bu miktar aşılmamalıdır[108]. Aksi takdirde sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesi, alacaklı yararına bir durum teşkil eder[109]. Götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı önceden belirlerler. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı

Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment", **Michigan Law Review**, Vol. 108, No. 5, 2010, s. 646-647; STOLE, Lars A.: "The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information", **Journal of Law, Economics & Organization**, Vol. 8, No. 3, 1992, s. 582; McCORMICK, s. 107; SWEET, s. 86; ERDEM, s. 102; KAPANCI, s. 666.

[106] GOETZ Charles J. / SCOTT Robert E., "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", **Columbia Law Review**, Vol. 77, No. 4, 1977, s. 559; REA, s. 159; SWEET, s. 86; STOLE, s. 582; KAPANCI, s. 666.

[107] TANDOĞAN, s. 252 vd.

[108] Y. 4. HD, E.1982/13394, K.1982/274, 12.01.1982, Yargıtay Kararları Dergisi, S. 5, 1982, s. 545 vd.

[109] OERTLI, N. 81.

tespit ederler[110]. Böylece götürü tazminat, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder[111].

Yukarıda da belirtildiği üzere, bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde taşıyıcının sorumluluğu, miktar ile sınırlı sorumluluktur. 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcı, yolcu veya gönderen tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe bagajın zıyaı veya hasara uğraması halinde her bir yolcuya karşı 1.288 ÖÇH'ye kadar sorumludur (md. 22 f. 2). Yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde ise taşıyıcı, gönderen tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe, her kilogram başına 22 ÖÇH'ye kadar sorumludur. Ancak özel fayda beyanında bulunan yolcu veya gönderen, bu beyan ile taşıyıcıya taşıma sözleşmesine konu bagaj veya yükün varma yerinde teslim anındaki değerinin taşıyıcının sorumluluk sınırlarının üzerinde olduğunu bildirir. Yolcu veya gönderenin taşıyıcıya yapacağı bu bildirim sonucunda, taşıyıcının sorumlu olduğu üst sınır yükselmiş olur. Buna göre, bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde ödenecek tazminat miktarı, varma yerinde teslim anındaki gerçek değer üzerinden belirlenir.

Sonuç olarak, özel fayda beyanının başlıca amacı, taşıyıcıya taşıma sözleşmesine konu bagaj veya yükün varma yerinde teslim anındaki değerinin taşıyıcının sorumluluk sınırlarının üzerinde olduğunu bildirerek, taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması ve böylece bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması halinde meydana gelen gerçek zararın giderilmesidir.

Önemle belirtmek gerekir ki yolcu veya gönderen tarafından yapılan bildirim, taşıyıcının sorumluluk sınırlarının altında olamaz. Böyle bir durum taşıyıcının sorumlu olduğu miktarın indirilmesini amaçlayan başka bir deyişle taşıyıcının sorumluluğunu azaltan veya kaldıran bir anlaşma olarak değerlendirilir. Bu nedenle bu bildirimin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir[112] (md. 26).

---

[110] KAPANCI, s. 665.

[111] ARNDT Stanley M., "Liquidated Damages in California", **California Law Review**, Vol. 10, No. 1, 1921, s. 14, 34; OERTLI, N. 81, 271; BENJAMIN, s. 602; WILKINSON-RYAN, s. 642; ERDEM, s. 123; KAPANCI, s. 666, 679; KOCAAĞA, s. 150.

[112] ÜLGEN, s. 194-195.

C. Yolcu veya Gönderenin Zararı İspat Yükünden Kurtulması

Taraflar arasında götürü tazminat anlaşmasının varlığı halinde, asıl sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelecek zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminat önceden bellidir. Taraflar, bir götürü tazminat edimi kararlaştırırken sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı da tespit ederler[113]. Böylece tazminat alacaklısı zararı ispat yükünden kurtulur; yani tazminat alacaklısının zararın kapsamını ispat etmesine gerek kalmaz[114]. Zararı ispat yükünün ortadan kaldırılması, çoğu zaman götürü tazminat ile gerçekleştirilmek istenen amaçlardandır[115]. Zararı ispat yükünden kurtulma, tazminat alacaklısı bakımından son derece avantajlı bir durumdur[116]. Öte yandan götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, tazminat borçlusu bakımından da avantajlıdır. Çünkü sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın varlığının ve kapsamının ispatı çoğu zaman karmaşıktır ve tazminat alacaklısı ile borçlusu arasında bir uyuşmazlık nedenidir. Oysa taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı halinde, borçlu da kendisini neyin beklediğini bilir ve sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, kararlaştırılan götürü tazminat edimini ifa ederek tazminat ödeme borcundan kurtulabilir[117].

Yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması halinde yalnızca taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarı artmaz. Bu beyanın bir diğer sonucu ispat yükü bakımındandır. Yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması, taşıyıcıya taşıma sözleşmesine konu bagaj veya yükün varma yerinde teslim anındaki değerinin taşıyıcının sorumluluk sınırlarının üzerinde olduğunu bildirmesi halinde ispat yükü de yer değiştirir. Tazminat alacaklısının başka bir deyişle yolcu veya gönderenin zararı ispat etmesine gerek kalmaz. Buna karşılık taşıyıcının ödeyeceği miktarın bagaj veya yükün gerçek değerinden yüksek olduğunu ispat etmesi gerekir[118]. Taşıyıcı,

---

[113] KAPANCI, s. 665.

[114] REA, s. 159; BENJAMIN, s. 600, 604; OERTLI, N. 70, 197; SWEET, s. 86, 138; KOCAAĞA, s. 153; ERDEM, s. 102; KAPANCI, s. 665-666; AKKAYAN YILDIRIM Ayça, "Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", **İÜHFM**, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 398. Ayrıca bkz. *McCarthy v. Tally*, 46 Cal. 2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol. 9, No. 2, 1957, p. 382; SWEET, s.138, dn. 268).

[115] BENJAMIN, s. 600, 604; SWEET, s. 86.

[116] OERTLI, N. 71; KOCAAĞA, s. 153.

[117] OERTLI, N. 75. Ayrıca bkz. *Eva v. McMahon*, 77 Cal. 467, 472, 19 P.872, 874 (1888) (SWEET, s. 138, dn. 269).

[118] ÜLGEN, s. 192.

bildirilen değerin, bagaj veya yükün varma yerinde ilgilisine teslimi anındaki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispat ederse taşıyıcının sorumluluğu gerçek değer ile sınırlı kalır[119].

D. Taşıyıcının Sorumluluğunun Beyan Edilen Miktar ile Sınırlı Olması

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde, borçlunun sorumluluğu söz konusu olur. Asıl borcun ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce, alacaklı ve borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve borçlunun sorumluluğunu tamamen veya kısmen ortadan kaldıran anlaşmalara, sorumsuzluk anlaşmaları denir[120]. Taraflar, asıl sözleşmeye bir sorumsuzluk kaydı koyabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden bağımsız, ayrı bir sorumsuzluk anlaşması da yapabilirler. Borçlar hukukunda, kural olarak, sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünü de kapsar. Buradan hareketle taraflar, borçlunun borçlandığı edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle meydana gelecek zarardan sorumluluğunun kapsamını, şartlarını, tabi olacağı şekli ve zarara kimin katlanacağını, zarar henüz meydana gelmeden önce kararlaştırabilirler. Böylelikle, alacaklı ile borçlu kanun tarafından benimsenen sorumluluk rejiminden farklı bir sorumluluk rejimi öngörebilirler[121].

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan borçlunun sorumluluğun sınırlandırılması da götürü tazminat anlaşması ile gerçekleştirilmek istenen amaçlardandır[122]. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarından azami götürü tazminat anlaşmaları, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu götürü tazminat miktarını yukarı doğru sınırlandırır; gerçek zarar, götürü tazminattan daha fazla olsa bile, tazminat alacaklısı, borçludan götürü tazminatın ödenmesini talep edebilir[123]. Mutlak götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde de götürü tazmi-

---

[119] SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s. 226; GENÇTÜRK, s. 230.

[120] BAŞALP Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, On İki Levha, İstanbul, 2011, s. 6. Ayrıca sorumsuzluk anlaşmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. AKMAN Galip Sermet, **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan, İstanbul, 1976; ERTEN Ali, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç, İstanbul, 1977; KARABAĞ BULUT Nil, "Sorumsuzluk Anlaşması", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C. I, Vedat, İstanbul, 2009, s. 825-883.

[121] BAŞALP, s. 6.

[122] SWEET, s. 87, 92 vd.

[123] OERTLI, N. 57.

nat miktarı, iki taraf için de sabit ve kesindir[124]; taraflara, götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkânı tanınmamaktadır[125]. Bu yönüyle, kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarından azami götürü tazminat anlaşmaları ile mutlak götürü tazminat anlaşmaları, aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması niteliği taşırlar[126].

Yukarıda da ifade edildiği üzere, yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması ve gerektiğinde ek ödeme yapması üzerine, taşıyıcı ile yolcu veya taşıyıcı ile gönderen arasında kurulan bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması halinde ödenecek tazminat miktarına ilişkin götürü tazminat anlaşması azami götürü tazminat anlaşması niteliğindedir. 1999 tarihli Montreal Sözleşmesinin 22. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, bagaj veya yük taşımaları bakımından yolcu veya gönderen, bagaj veya yükün taşıyıcıya teslimi anında bagaj veya yükün varış yerinde ilgilisine teslimi anındaki değerini gösteren bir bildirimde bulunmuş ve gerektiğinde ek bir ödeme yapmış ise bu durumda taşıyıcı bildirilen değerin, bagaj veya yükün varma yerinde ilgilisine teslimi anındaki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispat etmedikçe *bildirimi yapılan miktarı aşmayan* bir miktar ödemekle yükümlüdür. Gerçek zarar, beyan edilen miktardan fazla olsa bile, yolcu veya gönderen, taşıyıcıdan beyan edilen miktarın ödenmesini talep edebilir. Başka bir deyişle taşıyıcının sorumluluğu beyan edilen miktarı aşamaz. Buna karşılık taşıyıcı, beyan edilen değerin, bagaj veya yükün varma yerinde ilgilisine teslimi anındaki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispat ederse bu defa taşıyıcının sorumluluğu gerçek değer ile sınırlı kalır[127].

Çalışmanın bu bölümünde 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nin 26. maddesine de değinilmelidir. 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nin 26. maddesinde, taşıyıcıyı sorumluluktan kurtaran veya taşıyıcının sorumluluğunu sözleşmede belirtilen miktarların altına çeken sorumsuzluk kayıtlarının geçersiz olduğu, bu kayıtların hüküm ve sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir.

---

[124] OERTLI, N. 61.

[125] KAPANCI, s. 667.

[126] FRITZ William F., "Underliquidated Damages as Limitation of Liability", **Texas Law Review**, Vol. 33, No.2, pp. 196-222 (REA, s. 148, dn. 2); KAPANCI, s. 667; SARI Suat, "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008)**, On İki Levha, İstanbul, 2011, s. 304.

[127] SÖZER, Yük Taşıma Sözleşmesi, s.226; GENÇTÜRK, s. 230.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki taraflar 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nde belirtilen sorumluluk sınırlarının üzerinde kalan bir miktarı götürü tazminat edimi olarak kararlaştırabilirler ancak taraflar 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nde belirtilen sorumluluk sınırının altında kalan bir miktarı götürü tazminat edimi olarak belirleyemezler. Hatta bunu yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması yoluyla dahi yapamazlar. Çünkü 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nin 26. maddesi uyarınca taşıyıcı sorumluluktan kurtarmak ya da taşıyıcının sorumluluğunu daha aşağı bir sınırda sabitlemek eğilimindeki herhangi bir koşul kesin hükümsüzdür.

E. Şeffaflığın ve Hukuki Güvenliğin Sağlanması

Götürü tazminat, taraflar arasında söz konusu olan sözleşmesel borç ilişkisi bakımından şeffaflığın ve hukuki güvenliğin sağlanması amacına da hizmet eder. Çünkü taraflar, aralarında bir götürü tazminat anlaşması yaparken, götürü tazminatın bağlı olduğu asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden tespit etmeye çalışırlar; bu da onlara bir menfaat-risk analizi, başka bir deyişle kâr-zarar hesabı yapma imkânı tanır[128]. Ayrıca götürü tazminat anlaşması ile taraflar, olası bir ihtilaf durumunda söz konusu olabilecek yargılama masraflarını da en aza indirmiş olurlar[129]. Bunun dışında sözleşmenin ihlali halinde, kanunda soyut ifadeler ile anlatılan hukuki sonuçlar yerine somut bir meblağ, borçluya daha çok şey ifade eder[130]. Sözleşmenin ihlal edilmesi halinde söz konusu olabilecek hukuki sonuçlar hakkındaki belirsizliğin yerini, sözleşmenin iki tarafı için de en azından bir rakam veya bir yüzdelik oran şeklinde olmak üzere net ve şeffaf bir düzenleme alır[131].

1999 tarihli Montreal Sözleşmesinde özel fayda beyanının söz konusu olması halinde taşıyıcının ek ödeme talep edebileceği hükme bağlanmıştır (md. 22 f. 2 ve f. 3). Uygulamada özel fayda beyanında bulunmak isteyen yolcu veya gönderenden taşıyıcı tarafından genellikle ek ödeme talep edilir. Bu ek ödeme de beyan edilen değere göre belirlenir. Bir bakıma yolcu veya gönderen taşıyıcıya ek ödemede bulunarak taşıyıcıdan tazminat miktarı satın alır. Böylelikle sözleşmenin ihlali halinde başka bir deyişle bagaj veya yü-

---

[128] McCORMICK, s. 107. REA, s. 148; WILKINSON-RYAN, s. 646-647; SWEET, s. 86; STOLE, s. 582; ERDEM, s. 102; KAPANCI, s. 666.

[129] REA, s. 159; GOETZ/SCOTT, s. 559; SWEET, s. 86; STOLE, s. 582; KAPANCI, s. 666.

[130] OERTLI, N. 79.

[131] LINDACHER Walter F., **Phänomenologie der "Vertragsstrafe"**, Habil. Würzburg, Frankfurt am Main, 1972, s. 145 (OERTLI, N.76, dn. 80).

kün zıyaı ya da hasara uğraması veya gecikmesi halinde taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarı baştan belli olur; zarar ortaya çıktıktan sonra taraflar açısından bir sürpriz meydana gelmez. Bu noktada özel fayda beyanı şeffaflığın ve hukuki güvenliğin sağlanması amacına da hizmet eder.

4. Özel Fayda Beyanının Konusu

1999 tarihli Montreal Sözleşmesinin 22. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, bagaj veya yük taşımaları bakımından yolcu veya gönderen, bagaj veya yükün taşıyıcıya teslimi anında bagaj veya yükün varış yerinde ilgilisine teslimi anındaki değerini gösteren bir bildirimde bulunmuş ve gerektiğinde ek bir ödeme yapmış ise bu durumda taşıyıcı bildirilen değerin, bagaj veya yükün varış yerinde ilgilisine teslimi anındaki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispat etmedikçe bildirimi yapılan miktarı aşmayan bir miktar ödemekle yükümlüdür. Buna göre 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca, yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunabileceği haller, bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması halinde taşıyıcının sorumluluğu ile bagaj veya yük taşımasındaki gecikme halinde taşıyıcının sorumluluğu halleridir. Yolcu veya gönderen bunların tamamı için özel fayda beyanında bulunabileceği gibi zarar kalemlerinden yalnızca biri veya birkaçı için özel fayda beyanında da bulunabilir[132]. Örneğin yolcu yalnızca bagaj kaybına ilişkin özel fayda beyanında bulunabileceği gibi hem bagaj kaybına hem de bagajın gecikmesi halinde ortaya çıkacak zarara ilişkin özel fayda beyanında bulunabilir.

Yolcu veya gönderen; belirli bir sorumluluk hali belirtmeden, belirli bir zarar kalemine odaklanmadan özel fayda beyanında bulunmuş olabilir. Kanaatimizce, bu gibi hallerde yapılan anlaşmanın hem zıya ve hasar hem de gecikme sorumluluğuna ilişkin olduğunun kabulü gerekir. Esasen 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nin hükümleri bizi bu sonuca ulaştırmaktadır. Çünkü hem 22. maddenin 2. fıkrasında hem de 3. fıkrasında, muhtemel zarar kalemleri -bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması veya gecikmesi- bir arada düzenlenmiştir[133]. Buradan hareketle, yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması halinde, aksi ayrıca ve açıkça belirtilmedikçe, bagaj veya yüke ilişkin bütün zarar kalemleri başka bir deyişle hem zıya ve hasar hem de gecikme sorumluluğu bakımından taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının arttığı sonucuna ulaşılmaktadır.

---

[132] GENÇTÜRK, s. 231-232.

[133] *"... the liability of the carrier in the case of destruction, loss, damage or delay...".*

5. Özel Fayda Beyanının Şekli

Götürü tazminat, TBK md. 12 f. 1 uyarınca kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak götürü tazminat asıl borca bağlı olduğundan, asıl sözleşmenin geçerli olması belirli bir şekilde yapılmasına bağlı ise, götürü tazminat anlaşması da aynı şekle uygun yapılmadıkça geçerli olmaz[134]. Asıl borcu doğuran sözleşmenin geçerliliği, özel bir hükümle yazılı veya resmi şekle uyulmasına bağlı kılınmışsa, götürü tazminat anlaşmasının da yazılı veya resmi şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır. Örneğin, taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, bunun resmi şekilde yapılması gerekir (TBK md. 237 f. 1, TMK md. 706 f. 1, Tapu Kanunu md. 26). O halde, taşınmaz satışıyla ilgili götürü tazminat anlaşması da resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz[135]. Aynı şekilde, işçinin işverenle yapacağı rekabet yasağı sözleşmesi de yazılı şekle tabidir (TBK md. 444). Buna göre, rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde devreye girecek bir götürü tazminat anlaşmasının geçerliliği de yazılı olarak yapılmasına bağlıdır.

Taşıma sözleşmesine gelince, taşıma sözleşmesinin geçerliliği, herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu noktada, şekil serbestîsi ilkesi uygulama alanı bulur[136]. Taşıma sözleşmesi, yazılı veya sözlü olarak kurulabilir. Bununla birlikte, 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nde birtakım taşıma belgelerinin düzenlenmesi öngörülmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki taşıma belgelerinin düzenlenmesi, taşıma sözleşmesinin geçerliliği bakımından bir geçerlilik şartı değildir. Taşıma belgelerinin düzenlenmesine ilişkin hükümlerin amacı, taşıma sözleşmesinin belgelendirilmesinden ibarettir. Kaldı ki taşıma belgelerinin düzenlenmemesinin veya taşıma belgelerinde öngörülen kayıtların eksik olmasının taraflar arasında kurulan taşıma sözleşmesinin geçerliliğine etki etmeyeceği 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nde açıkça belirtilmiştir (md. 3 f. 5, md. 9).

Taşıma sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı olmadığından özel fayda beyanının da şekle bağlı olmadığı söylenebilir. Ancak bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre[137], bu beyan özel bir şekle bağlı olmayan ve taşıyıcıya kabul etme zorunluluğu yüklemeyen bir beyan-

---

[134] ERDEM, s. 100.

[135] ERDEM, s. 100.

[136] KIRMAN, s. 25.

[137] ÜLGEN, s. 195.

dır. Başka bir görüşe göre[138], özel fayda beyanının yazılı şekilde ve açıkça yapılması gerekir. Bu görüşe göre[139], madde metninde geçen *özel* ifadesi, bu beyanın mutlaka yazılı olması gerektiğine işaret eder çünkü sözlü olarak söylemenin yeterli olduğunun kabulü halinde özel bir beyandan bahsedilemez.

Bir Yargıtay kararında[140], hava yük senedinde belirtilen gümrük değerinin özel fayda beyanı niteliğinde olduğu ve bu sebeple taşıyıcının gerçek zarardan sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun dışında İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda[141] hava yük senedinde yükün değerine ilişkin herhangi bir bilginin yer almadığı, ayrıca somut olayda özel fayda beyanında da bulunulmadığından bahisle taşıyıcının sorumluluğu bakımından miktar ile sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu belirtilmiştir. Başka bir Yargıtay kararında[142], gönderen tarafından taşıyıcının sigortacısına gönderilen ve sigorta şirketinin acentesi tarafından imzalanıp kaşelenen elektronik posta çıktısı ile aynı tarihli fatura dikkate alınarak, davacının özel fayda beyanında bulunduğundan bahisle sigorta şirketinin sorumlu olacağı üst sınırı aşmamak kaydıyla somut olayda gerçek zarara hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

---

138 GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 22, parag. 63; GENÇTÜRK, s. 231.

139 GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 22, parag. 63.

140 Y. 11. HD, E. 2019/1927, K. 2020/5609, 02.12.2020: *"... Dosya kapsamında bulunan hava taşıma senedi incelendiğinde, 'Declared Value Carrıage: NVD', 'Declared Value for Customs: $512.114,82' ifadelerinin yer aldığı, buna göre, hava taşıma senedinde kargonun beyan edilen değerinde herhangi bir değer bulunmasa da gümrük değeri olarak 512.114,82 USD gösterilmiş olduğu, ayrıca emtia bilgilerini gösteren 5. numaralı bölümde "These commodities are Authorized by the U.S. Goverment for the Export to Turkey for use by the Turkısh Military" ifadelerinin yeraldığı, tercümesi dikkate alındığında, malların Türk Ordusu'nun kullanımına sunulmak amacıyla ABD hükümetinin onayı ile Türkiye'ye ihraç olunan mallar olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu hava taşıma senedinin davalı taşıyıcı Türk Hava Yolları tarafından düzenlenmiş olduğu, yukarıda ifade edilen yazılı İngilizce ibarelerin de davadışı gönderen tarafından yapılmış özel fayda beyanı niteliğinde olduğu, değer veya fayda bildiriminin belli bir şekle bağlı olmadığı değerlendirildiğinde, davalının kaybolan emtia için gerçek zarardan sorumlu olması gerekirken yazılı gerekçelerle sınırlı sorumluluğuna hükmedilmesi doğru olmadığından davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar veren Bölge Adliye Mahkemesi doğru görülmemiş, kararının bozulması gerekmiştir"*, www.legal.com.tr (Erişim tarihi: 15.09.2022).

141 İstanbul BAM 14. HD, E. 2018/1081, K. 2019/381, 14.03.2019, www.legal.com.tr (Erişim tarihi: 15.09.2022).

142 Y. 11. HD, E. 2014/730, K. 2014/7902, 28.04.2014, www.legal.com.tr (Erişim tarihi: 15.09.2022).

Yukarıda da ifade edildiği üzere, özel fayda beyanı; taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması, yolcu veya gönderenin ispat yükünden kurtulması ve şeffaflığın, hukuki güvenliğin sağlanması amaçlarına hizmet eder. Ancak bu beyanın asıl işlevi, taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılmasıdır. Kanaatimizce, taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması bakımından önemli olduğundan, özel fayda beyanının yazılı olması gerekir[143]; sözlü yapılan özel fayda beyanı geçersizdir[144]. Zira sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması taşıyıcı bakımından ilave risk teşkil eder ve böyle bir durumda taşıyıcının ek sigorta yaptırması gerekebilir[145]. İşte bu sebeple özel fayda beyanının geçerli olması yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.

TBK md. 17 f. 1 uyarınca, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmış ise, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz. Bu durumda iradi şekil söz konusu olur. Özel fayda beyanının yazılı şekle tabi olması tarafların iradesinden ileri gelmediğinden burada iradi şekilden bahsedilemez. Özel fayda beyanında yazılı şekil şartı, 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nden ileri gelmektedir (md. 22 f. 2 ve f. 3). 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi de Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerdendir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler ise kanun hükmündedir (Anayasa md. 90 f. 5). Bu husus dikkate alındığında, kanaatimizce özel fayda beyanının geçerliliği bakımından aranan yazılı şekil, kanuni şekildir.

Yolcu veya gönderen, bagaj veya yükü taşıyıcıya teslim ederken özel fayda beyanında bulunabilir. Bagaj veya yükün, taşıyıcıya teslim edilmesinden sonra da tarafların, ilgili sözleşmede belirtilen sorumluluk sınırını aşan, yükün varış yerinde teslimi anındaki değeri üzerinde anlaşması mümkündür. Önemli olan zarar meydana gelmeden önce yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunmuş olması ve taşıyıcıya gerekli ek ödemeyi yapmış olmasıdır. Gerçekten de bir götürü tazminat anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapıldığı hallerde, bunun mutlaka zarar meydana gelmeden önce yapılmış olması gerekir. Çünkü zarar meydana geldikten sonra tazminat konusunda yapılacak bir anlaşmayı götürü tazminat anlaşma-

---

143 GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 22, parag. 62-63.

144 *Plaza Recycling v. British Airways* - NY Supreme Court, No. 4353/83, LAL July 15, 1986; OLG Köln, TranspR 1990, 199 (GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 22, parag. 62, dn. 102).

145 GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 22, parag. 63.

sı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Böyle bir anlaşma ancak sulh sözleşmesi olarak değerlendirilebilir[146].

6. Gerektiğinde Taşıyıcıya Ek Ödeme Yapılması

Yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması halinde taşıyıcı, yolcu veya gönderenden ek ödeme talep edebilir (md. 22 f. 2 ve f. 3). Uygulamada bu ek ödemenin beyan edilen değere göre belirlendiği örneğin beyan edilen değerin yüzde beşinin veya onunun ya da başka bir oranın ek ödeme olarak talep edildiği görülmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, özel fayda beyanında bulunarak ve gerektiğinde taşıyıcıya ek ödeme yaparak, yolcu veya gönderen taşıyıcıdan adeta tazminat miktarı satın almaktadır.

Bir görüşe göre[147], taşıyıcının ek ödeme talep etmesi halinde, yolcu veya gönderenin yalnızca özel fayda beyanında bulunmuş olması taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması bakımından yeterli değildir; gerekli ek ödemenin yapılmamış olması halinde, taşıyıcının sorumluluğu bakımından miktar ile sınırlı sorumluluk ilkesi geçerli olmaya devam eder. Başka bir görüşe göre[148], ek ödemenin fiilen yapılmış olması zorunlu değildir; tarafların bu konuda anlaşması yeterlidir. Kanaatimizce, bu noktada öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye bakılmalı ve sözleşme hükümleri yorumlanmalıdır çünkü farklı ihtimaller gündeme gelebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, özel fayda beyanı yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanı değildir; yolcu ile taşıyıcı veya gönderen ile taşıyıcı arasında tarafların anlaşmasına dayalı bir sözleşme niteliğindedir[149]. Yolcu veya gönderenin bildirimde bulunması halinde taşıyıcı bunu kabul etmek zorunda değildir[150]. Yolcu veya gönderenin bildirimi üzerine, taşıyıcının yolcu veya gönderenden ek ödeme talep etmesi, bir kabul beyanı olarak nitelendirilemez; taşıyıcının ek ödeme talebi ancak yeni bir öneri olarak nitelendirilebilir.

Somut olayda, ek ödemenin en geç bagaj veya yükün taşıyıcıya teslimi anında yapılmış olması gerektiği, taşıyıcının sorumlu olduğu miktarın artmasının buna bağlı olduğu açıkça belirtilmiş olabilir. Böyle bir durumda, yolcu veya gönderen bagaj veya yükü ek ödeme yapmaksızın taşıyıcıya tes-

---

146 ERDEM, s. 102-103.

147 GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 22, parag. 64.

148 GENÇTÜRK, s. 230.

149 GENÇTÜRK, s. 231.

150 ÜLGEN, s. 195; GENÇTÜRK, s. 231.

lim etmişse taşıyıcının yeni önerisinin yolcu veya gönderen tarafından reddedildiği ve somut olayda 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nde düzenlenen sorumluluk sınırlarının geçerli olduğunun kabulü gerekir.

Taraflar ek ödemenin bagaj veya yükün taşıyıcıya teslimi anında değil de daha sonra yapılacağı hususunda anlaşmış olabilir. Bu durumda taşıyıcının sorumlu olduğu miktarın artması için ek ödemenin bagaj veya yükün taşıyıcıya teslimi anında fiilen yapılmış olması zorunlu değildir; tarafların bu konuda anlaşmış olması yeterlidir. Taraflar arasında ek ödemenin yapılacağı tarih *ayrıca ve açıkça* sözleşmede belirtilmişse bagaj veya yükün taşıyıcıya teslimi anında ek ödeme fiilen yapılmamış olsa bile taşıyıcının sorumlu olduğu miktar beyan edilen değere kadar artar. Kanaatimizce tarafların böyle bir anlaşma yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Çünkü 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nin 25. maddesi uyarınca, taşıyıcı taşıma sözleşmesinin 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nde belirtilen miktarlardan daha yüksek sorumluluk sınırlarına tabi olacağını taahhüt edebilir.

Somut olayda, ek ödemenin ne zaman yapılacağı hususu belirsiz olabilir. Örneğin gönderen, taşıyıcıya yükün varma yerinde teslim anındaki değerinin sorumluluk sınırlarının üzerinde olduğunu bildirir, bunun üzerine taşıyıcı gönderenden ek ödeme talep eder, gönderen de ek ödeme yapmayı kabul eder ve yükü taşıyıcıya teslim eder ancak ek ödemenin ne zaman yapılacağı hususunu taraflar açıkça hükme bağlamaz. İşte bu durumda, henüz ek ödeme yapılmadan zarara sebep olan olayın gerçekleşmesi halinde gönderenin taşıyıcıdan bildirilen değeri talep edip edemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bu noktada özel fayda beyanında bulunan gönderenin, taşıyıcı tarafından talep edilen ek ödemeyi zarara sebep olan olayın gerçekleşmesinden önce yapmamış olması halinde, taşıyıcıdan sorumluluk sınırlarının üzerinde tazminat talep edemeyeceği kabul edilmektedir[151]. Esasen bu sonuca ilgili maddenin lâfzî yorumu yoluyla da ulaşılabilir. Çünkü 22. maddenin hem ikinci hem de üçüncü fıkrasında, yolcu veya gönderenin "özel fayda beyanında bulunmadığı ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe" taşıyıcının sorumluluğunun konvansiyonda belirtilen miktar ile sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, götürü tazminat anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapıldığı hallerde, bunun mutlaka zarar meydana gelmeden önce yapılmış olması gerekir çünkü zarar meydana geldikten sonra tazminat konusunda yapılacak bir anlaşmayı götü-

---

[151] GIEMULLA/SCHMID/MÜLLER-ROSTIN/DETTLING-OTT, Art. 22, parag. 65.

rü tazminat anlaşması olarak nitelendirilemez; böyle bir anlaşma ancak sulh sözleşmesi olarak değerlendirilebilir[152]. Özel fayda beyanıyla taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşması kurulduğuna göre, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, taşıyıcının sorumlu olduğu miktarın artması için başka bir deyişle yolcu veya gönderenin taşıyıcıdan sorumluluk sınırlarının üzerinde tazminat talep edebilmesi için zarar meydana gelmeden önce taşıyıcıya ek ödemeyi yapmış olması gerekir.

Yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması üzerine taşıyıcının talep ettiği ek ödeme ile boyutu ve kilosu sebebiyle *overweight* / *oversize* bagaj için yapılan ödeme çoğu zaman birbirine karıştırılmaktadır. *Overweight* / *oversize* bagajın zıyaı veya hasara uğraması halinde açılan tazminat davalarında, davacı yolcular genellikle özel fayda beyanında bulunduklarını ve taşıyıcıya ek ödeme yaptıklarını iddia etmektedirler. Gerçekten de birçok havayolu şirketi bisiklet, sörf tahtası, kano, kayak takımı ve benzeri spor ekipmanları ile belirli kilonun üzerindeki bagajları taşımak için yolcudan ayrıca ücret talep etmektedir. Hatta birçoğunun bu konuda ayrı ücret tarifesi bulunmaktadır. Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki boyutu ve kilosu sebebiyle *overweight* / *oversize* bagaj için ödenen ücret, esasen taşıma ücretinden başka bir şey değildir. Bu ücretin ödenmiş olması özel fayda beyanında bulunulduğu anlamına gelmez. Buna bağlı olarak da taşıyıcının sorumlu olduğu miktar bakımından 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi'nde öngörülen sınırlar geçerli olmaya devam eder.

SONUÇ

1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uyarınca, hem bagaj veya yükün zıyaı veya hasara uğraması halinde hem de bagaj veya yük taşımasındaki gecikme halinde taşıyıcının sorumluluğu miktar ile sınırlı sorumluluktur. Taşıyıcı, yolcu veya gönderen tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe bagajın zıyaı veya hasara uğraması ya da gecikmesi halinde her bir yolcuya karşı 1.288 ÖÇH'ye kadar sorumludur (md. 22 f. 2). Yükün zıyaı veya hasara uğraması ya da gecikmesi halinde ise taşıyıcı, gönderen tarafından başka bir değer belirtilmediği ve gerektiğinde ek bir ödeme yapılmadığı müddetçe, her kilogram başına 22 ÖÇH'ye kadar sorumludur (md. 22 f. 3).

---

[152] ERDEM, s. 102-103.

Özel fayda beyanında bulunan yolcu veya gönderen, bu beyan ile taşıyıcıya taşıma sözleşmesine konu bagaj veya yükün varma yerinde teslim anındaki değerinin taşıyıcının sorumluluk sınırlarının üzerinde olduğunu bildirir ve gerektiğinde taşıyıcıya ek ödeme yapar. Yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması ve taşıyıcının da bunu kabul etmesi üzerine, taşıyıcı ile yolcu veya taşıyıcı ile gönderen arasında taşıma sözleşmesinden ayrı bir sözleşme kurulur. Böylelikle taraflar arasında bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması veya gecikmesi halinde ödenecek tazminat miktarına ilişkin bir götürü tazminat anlaşması yapılmış olur.

Taşıyıcı, bildirilen değerin, bagaj veya yükün varma yerinde ilgilisine teslimi anındaki gerçek değerinden daha fazla olduğunu ispat ederse taşıyıcının sorumluluğu gerçek değer ile sınırlı kalır. Buradan hareketle yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması üzerine, taşıyıcı ile yolcu veya taşıyıcı ile gönderen arasında kurulan bagaj veya yükün zıyaı ya da hasara uğraması veya gecikmesi halinde ödenecek tazminat miktarına ilişkin götürü tazminat anlaşmasının, azami götürü tazminat anlaşması niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması üzerine, taşıyıcı ile yolcu veya taşıyıcı ile gönderen arasında bir götürü tazminat anlaşması kurulduğundan, götürü tazminat anlaşması ile hedeflenen amaçlar, özel fayda beyanı üzerine taşıyıcı ile yolcu veya gönderen arasında kurulan götürü tazminat anlaşması bakımından da gerçekleşir. Özel fayda beyanı; taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması, yolcu veya gönderenin ispat yükünden kurtulması ve şeffaflığın, hukuki güvenliğin sağlanması amaçlarına hizmet eder.

Amacı ve işlevi dikkate alındığında, özel fayda beyanının yazılı şekilde ve açıkça yapılması gerekir. Yolcu veya gönderenin özel fayda beyanında bulunması halinde taşıyıcı, yolcu veya gönderenden ek ödeme talep edebilir. Taşıyıcının ek ödeme talep etmesi halinde, yolcu veya gönderenin yalnızca özel fayda beyanında bulunmuş olması *kural olarak* taşıyıcının sorumlu olduğu tazminat miktarının artırılması bakımından yeterli değildir; aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça mutlaka ek ödemenin de yapılmış olması gerekir. Taşıyıcı tarafından talep edilen ek ödemenin yapılmamış olması halinde, taşıyıcının sorumluluğu bakımından miktar ile sınırlı sorumluluk ilkesi geçerli olmaya devam eder.

KAYNAKÇA

AKKAYAN YILDIRIM Ayça, "Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", **İÜHFM**, C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 357-414.

AKMAN Galip Sermet, **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan, İstanbul, 1976.

ARNDT Stanley M., "Liquidated Damages in California", **California Law Review**, Vol. 10, No. 1, 1921, pp. 8-41.

BAŞALP Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, On İki Levha, İstanbul, 2011.

BENJAMIN Peter, "Penalties, Liquiated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law", **International and Comaparative Law Quarterly**, Vol. 9, No. 4, 1960, pp. 600-627.

BİRİNCİ UZUN Tuba, **Götürü Tazminat**, Yetkin, Ankara, 2015.

BİRİNCİ UZUN Tuba, **Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

BRIGHTMAN Alvin C., "Liquidated Damages", **Columbia Law Review**, Vol. 25, No. 3, 1925, pp. 277-304.

CANBOLAT Ayşegül: **Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu**, Turhan, Ankara, 2009.

DEMİRKIRAN H. Murat, "Varşova/ Lahey Konvansiyonu Uyarınca Uluslararası Yolcu Taşımalarından hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Manevi Tazminat Meselesi", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, C. I, Vedat, İstanbul, 2007, ss. 891-908.

DEMPSEY Paul Stephen / MILDE Michael, **International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999**, 1st Edition, McGill University Centre for Research in Air & Space Law, Montreal, 2005.

ERDEM Mehmet, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", **Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara, 2009.

ERTEN Ali, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç, İstanbul, 1977.

FRANKS M.R., "Airline Liability for Loss, Damage or Delay of Passenger Baggage", **Fordham Journal of Corporate and Financial Law**, 2007, Vol. 12, pp. 735-752.

FRITZ William F., "Underliquidated Damages as Limitation of Liability", **Texas Law Review**, Vol. 33, No. 2, pp. 196-222.

GENÇTÜRK Muharrem, **Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk)**, 1. Baskı, İstanbul, 2006.

GIEMULLA Elmar / SCHMID Ronald / MÜLLER-ROSTIN Wolf / DETTLING-OTT Regula / MARGO Rod, **Montreal Convention**, 1st Edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006.

GOETZ Charles J. / SCOTT Robert E., "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", **Columbia Law Review**, Vol. 77, No. 4, 1977, pp.554-594.

GÖKNİL Mazhar Nedim, **Hava Hukuku**, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951.

KANER İnci Deniz, "1929 Tarihli Varşova Konvansiyonunda Hava Taşıyıcısının Yolcu, Yük ve Bagaj Taşımacılığından Doğan Sorumluluğu", **II. Eşya Taşımacılığı Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar 24-25 Ocak 1985**, Ankara, 1985, ss. 173-218.

KAPANCI Berk, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz, İstanbul, 2013, ss. 655-683.

KARABAĞ BULUT Nil, "Sorumsuzluk Anlaşması", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C. I, Vedat, İstanbul, 2009, ss. 825-883.

KIRMAN Ahmet, **Havayolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu**, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990.

KOCAAĞA Köksal, "İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?", **TBB Dergisi**, S.74, 2008, ss. 149-157.

LINDACHER Walter F., **Phänomenologie der "Vertragsstrafe"**, Habil. Würzburg, Frankfurt am Main, 1972.

MANKIEWICZ Réne, **The Liability Regime of the International Air Carrier: A Commentary on the Present Warsaw System**, 1st Edition, Kluwer Law and Taxation, Quetremont, 1981.

McCORMICK Charles T., "Liquidated Damages", **Virginia Law Review**, Vol. 17, No. 2, 1930, pp. 103-128.

OERTLI Theres, **Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe**, Luzern, 2004.

ÖZDEMİR Atalay, **Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu: Bagaj ve Yükün Kaybı, Hasarı, Gecikmeden Doğan Zarar Nedeniyle**, Sanem, Ankara, 1992.

ÖZDEMİR Turkay, **Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu)**, 1. Baskı, Vedat, İstanbul, 2006.

REA Samuel A. Jr., "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 13, No. 1, 1984, pp. 147-167.

SARI Suat, "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008)**, On İki Levha, İstanbul, 2011, ss. 299-304.

SÖZER Bülent, "Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sisteminin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXI, S. 1, 2001, ss. 141-192. (Montreal Sözleşmesi).

SÖZER Bülent, "Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Kurallar ve Uygulanma Şartları", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. IX, S. 2, 1977, ss. 369-403.

SÖZER Bülent, **Türk Hukuku'nda ve Uluslararası Hukuk'ta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi**, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2009. (Yük Taşıma Sözleşmesi).

STOLE, Lars A.: "The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information", **Journal of Law, Economics & Organization**, Vol. 8, No. 3, 1992, pp. 582-606.

SWEET Justin, "Liquidated Damages in California", **California Law Review**, Vol. 60, No. 1, 1972, pp. 84-145.

TANDOĞAN Haluk, **Türk Mesuliyet Hukuku**, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2010.

ÜLGEN Hüseyin, **Hava Taşıma Sözleşmesi**, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1987.

WILKINSON-RYAN, Tess: "Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment", **Michigan Law Review,** Vol.108, No.5, 2010, pp. 633-671.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1757-1796

İLAMSIZ İCRA TAKİPLERİNDE İİK M. 33A (İİK M. 71/2) HÜKMÜNDEN KAYNAKLANAN DAVALARIN NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ(*)

Doç. Dr. **Evren KOÇ**(**)

Öz: Kesinleşmiş bir ilamsız icra takibi kapsamında borçlunun; borcun itfa edildiği, kendisine mühlet verildiği ve borcun zamanaşımına uğradığı muhalefetlerini ileri sürerek takibe karşı koyması mümkündür. Zamanaşımına dayanarak ilamsız icra takibine karşı konulması açısından İcra ve İflas Kanunu m. 71/2 hükmünün atfı nedeniyle m. 33/a hükmü ilamsız icra takibi açısından da uygulama alanı bulmaktadır.

Borçlunun, kesinleşmiş takibe konu borcun zamanaşımına uğradığına yönelik itirazı, icra mahkemesi nezdinde kanunda gösterilen belgelere dayanarak yapılacak bir incelemeyi gerektirmektedir. İcra mahkemesinin icranın geri bırakılmasına karar vermesi halinde, alacaklının genel mahkemelerde dava açma imkanı bulunmaktadır. Ancak bu hakkın kullanılmaması ya da açılan davanın alacaklı aleyhine kesin olarak sonuçlanması durumunda, borcun zamanaşımına uğradığı hususu kesin hükümle sabit olacaktır.

Bu çalışmada öncelikle, kesinleşmiş ilamsız icra takibinin zamanaşımı nedeniyle geri bırakılması talebinin ve kararının niteliği ile özelliklerini incelemekteyiz. Ardından, takip alacaklısının, icranın geri bırakılması kararına karşı açacağı davanın özelliklerini tetkik ettikten sonra, icranın geri bırakılması talebi reddedilen borçlunun başvurabileceği hukuki imkanları değerlendirmeyi amaçlamaktayız.

Anahtar Kelimeler: İlamsız İcra Takibi, Zamanaşımı, İcranın Geri Bırakılması, Menfi Tespit Davası, Kesin Hüküm.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 14.09.2022. Makale kabul Tarihi: 19.12.2022.

(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0003-1379-8771; *evrenkoc@istanbul.edu.tr*).

CHARACTERISTIC AND FEATURES OF THE LAWSUITS ARISING FROM ART. 33A (ART. 71/2) OF THE LAW ON EXECUTION AND BANKRUPTCY WITHIN THE CONTEXT OF EXECUTION PROCEEDINGS WITHOUT JUDGMENT

Abstract: Even within the scope of a finalized execution proceeding without judgment, the debtor is entitled to challenge the proceeding on the ground that the debt is extinct, is granted an extension or barred by prescription. Considering the challenge to the execution proceeding without judgment by virtue of prescription, Article 33/a of the Law on Execution and Bankruptcy will be applied upon the reference of Art. 71/2 of the same Law.

In case the debtor argues the prescription of the debt subject to the finalized execution proceeding, such an objection requires the examination of the execution court based on the documents referred by the Law. In case the execution court rules the suspension of the execution, the creditor is entitled to challenge this decision before the courts of general jurisdiction. Nevertheless, if this right is not enjoyed by the creditor or if the lawsuit filed by the creditor is decisively dismissed, the fact that the debt is time-barred becomes the subject of res judicata.

We, in this study, are to survey the characteristic and features of the claim as well as the decision to suspend the execution based on the prescription. Following the examination of the lawsuit to be filed by the creditor upon the suspension of the execution decision, we aim to assess legal remedies that can be pursued by the debtor in case the suspension claim is denied.

Keywords: Execution Proceeding Without Judgment, Prescription, Suspension of Execution, Lawsuit on Negative Declaration, Res Judicata.

GİRİŞ

İlamsız icra usulünde, borçlunun takibe karşı ileri sürebileceği savunma vasıtaları itiraz halleri ile sınırlı tutulmamıştır. Borçlu icra takibinin kesinleşmesinin ardından taksitle ödeme (m.111), menfi tespit davası (İİK m.72), adi konkordato (m.285) yoluna müracaat ederek takibe etki etme imkanına sahiptir. İİK m.71'de düzenlenmiş bulunan icra takibinin taliki ve iptali de bu yollardan birisidir.

İİK m.71/2 hükmü, ilamsız takibe konu edilen alacağın, takip derdestken zamanaşımına uğraması halinde ilamlı takibe dair düzenlemeler içinde yer alan İİK m.33a hükmünün uygulanması gerektirdiğini belirtmektedir.

Bu çalışmamızda ilamsız icra yoluyla takipte zamanaşımı sebebiyle icranın geri bırakılması prosedürü ve özellikle İİK m. 33a/2'de düzenlenmiş olan davanın yargılama hukuku ve takip hukukundaki yeri belirlenmeye çalışılmıştır. İcra ve iflas hukukuna özgü bir dava olarak nitelendirdiğimiz bu dava ve icranın geri bırakılması prosedürü, borçlunun "zamanaşımı" savunması kapsamında incelenmiştir.

Alacaklı tarafından başlatılmış bir icra takibinde, borçlu tarafından, ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün (kambiyo senetlerine müstenit takiplerde beş gün) içerisinde, İİK m. 62 vd. hükümleri çerçevesinde borca ve ferilerine itiraz edilmesi mümkündür. Borçlunun alacağın zamanaşımına uğradığına ilişkin bir muhalefeti var ise, bu yöndeki itirazını da borca itirazı kapsamında sunması gerekir.

İcra takibine itiraz edilememesi veya itiraz edilmesinin ardından itirazın bertaraf edilmesiyle icra takibi kesinleşir. Ancak takibin kesinleşmesinden sonraki devrede de takip konusu alacağın zamanaşımına uğraması söz konusu olabilir. Borçlu, takibin kesinleşmesinden sonraki devrede, talep edilen alacağın zamanaşımına uğradığını ileri sürmek isterse, İİK m. 71/2[1] hükmüne dayanarak icra takibinin geri bırakılmasını isteyebilir[2]. İİK m. 71/2 hükmü, borçlunun takibin kesinleşmesinden sonraki devrede borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürmek istemesi halinde, ilamın zamanaşımına uğradığı iddiasına uygulanan İİK m. 33/a maddesinin kıyasen uygulanacağını düzenlemektedir[3].

I. ZAMANAŞIMI NEDENİYLE İCRANIN GERİ BIRAKILMASI PROSEDÜRÜ

1. Genel Olarak

İlamlı icra takibine ilişkin bir prosedür olan icranın geri bırakılması usulü, İİK m. 71/2 hükmünün atfıyla, istemin zamanaşımına dayanması durumunda, ilamsız takiplerde de uygulanma alanı bulmaktadır.

---

1 Kambiyo senedine müstenit takip prosedürü açısından da, İİK m. 170b tarafından yapılan atıf ile İİK m. 71/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

2 Borçlunun İİK m. 71/2 dışında m. 72'de yer alan menfi tespit ve istirdat davası ile de borçlu olmadığını ileri sürme imkanı bulunmaktadır.

3 İİK m. 33, borçlu tarafından zamanaşımı, imhal ve itfa hallerinde icranın geri bırakılması talep edilebileceğini belirtmektedir. Ayrıca İİK m. 33a hükmü ile, zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu çalışmada İİK m. 71/2'nin atfı ile ilamsız takiplerde de uygulama alanı bulan İİK m. 33a hükmü uyarınca ilamsız takiplerde zamanaşımı nedeni ile icranın geri bırakılması davası ve bu davanın alacaklı aleyhine sonuçlanması halinde, alacaklının genel mahkemelerde açacağı dava incelenmektedir.

İlamlı icra takibinde borçlunun kural olarak maddi hukuk sebeplerine dayanarak kendisine gönderilen icra emrine karşı koyması mümkün değildir. Bunun sebebi, ilamlı icrada İİK m. 62'de yer verilen borca itiraz imkanının mevcut olmamasıdır. Bununla birlikte ilamlı icra takibinde de takibin dayanağını teşkil eden mahkeme kararının verilmesinden ya da ilam niteliğindeki belgenin tanziminden sonra takibin tarafları arasındaki borç ilişkisinde değişiklik gerçekleşebilmektedir. İİK, borçluya mehil verilmesi (imhal), borcun sona ermesi (itfa) ve borcun zamanaşımına uğraması hallerinde borçlunun, maddi hukuka dayalı bu sebeplerle icra takibine karşı koymasına imkân tanımıştır.

Genel haciz yoluyla ilamsız takipte borçlu maddi hukuka dayanan sebeplerle borca itirazda bulunabilir (İİK m. 62). Ancak itiraz süresinin geçmesi neticesinde ya da itiraz, itirazın iptali (İİK m. 67) veyahut kaldırılması (İİK m. 68) yoluyla bertaraf edilmesiyle birlikte takip kesinleşmekte, böylelikle kesinleşmiş ödeme emri alacaklıya sağladığı imkân bakımından neredeyse ilam ile aynı işlevi haiz olmaktadır. Bu andan sonra, borçlunun maddi hukuk sebeplerine dayanarak kesinleşmiş icra takibine karşı muhalefette bulunma imkânı, genel mahkemeler nezdinde açılması gereken menfi tespit ve istirdat davalarını hariç tutacak olursak, ilamlı icra yolu ile paralellik arz eder hale gelmektedir. Anılan sebepten ötürü, İİK m. 71'in, m. 33 ile 33a'nin ilamsız icradaki karşılığı olarak değerlendirilmesi yanlış değildir[4]. Nitekim, İİK m. 71/2'de doğrudan m. 33a'ya yapılan atıf da zikrettiğimiz bu paralelliğe işaret etmektedir.

İsviçre Hukukunda, konuya ilişkin düzenleme İİK'dakine nazaran farklılık arz etmektedir. Para Alacaklarının Tahsili ve İflas Hakkındaki Federal Kanun'un (İsvİİK) Art. 85 ve 85a hükümleri, takibin iptali ve geri bırakılması hususunda tıpkı itirazın kaldırılması ve itirazın iptaline benzer şekilde iki farklı usûl benimsemektedir. İsvİİK Art. 85'te benimsenen ivedi usûl (*summariches Verfahren*), İİK m. 71/1'deki ile paralel bir prosedür öngörmektedir. Bu prosedüre göre borçlunun, borcun sona erdiğini ya da alacaklı tarafından kendisine mehil verildiğini gösterir bir belge (*Urkunde*) ile bu yöndeki iddiasını ispatlaması durumunda takip iptal edilmekte ya da geri

---

4 POSTACIOĞLU İlhan E., **İcra Hukuku Esasları**, 538 Sayılı Kanun Gözönüne Tutularak Yazılan Dördüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 658; ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2004, s. 363; GÖRGÜN Şanal/ BÖRÜ Levent/ KODAKOĞLU Mehmet, **İcra ve İflas Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 138.

bırakılmaktadır. Art. 85a'da düzenlenen olağan ve basit yargılama usûlünde (*ordentlichen und im vereinfachten Verfahren)* borçlu, genel hükümler çerçevesinde açacağı bir dava ile alacağın sona erdiği ya da tehir edildiği hususunu dermeyan edebilecektir[5]. İsviçre'deki düzenlemede Art. 85'te benimsenen usulün takip hukukuna, Art. 85a'dakinin ise daha çok maddi hukuka dair bir prosedür olduğu kabul edilmektedir[6].

Belirtmek gerekir ki İsvİİK'daki mevcut düzenlemelerde borcun zamanaşımına uğraması hususu müstakil bir icranın geri bırakılması nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bunun sebebi, İİK m. 78'den farklı olarak mehaz kanunda yer alan İsvİİK Art. 88/2 hükmü uyarınca takibin kesinleşmesinden itibaren bir sene içinde haciz talebinde bulunulmaması durumunda takibin düşmesi ve böylelikle kesinleşme vasfının ortadan kalkmasıdır[7]. Bu bağlamda bir yıllık süre geçtiğinde bizdeki gibi yenileme talebi ile takibe başlanması yeterli olmamakta, alacaklının yeniden takip talebinde bulunması icap etmektedir[8].

2. İlamsız İcra Takibinde Zamanaşımı Sebebiyle İcranın Geri Bırakılması Talebinin Şartları

Borçlunun, İİK m. 71/2'nin atfıyla 33a uyarınca bir ilamsız takipte zamanaşımı nedeni ile icranın geri bırakılması talebinde bulunması için, ödeme emrinin tebliğinin ardından usulüne uygun olarak borca itiraz etmiş olup olmamasının bir önemi yoktur. Aynı şekilde, borca itiraz kapsamında zamanaşımı itirazında bulunulmuş olup olmamasının da ilamsız takiplerde, takibin kesinleşmesinden sonra icranın geri bırakılması yoluna başvurulmasında etkisi bulunmamaktadır. Zira itiraz, takibin kesinleşmesinden önceki dö-

---

5 Vock DOMINIK/ AEPLI-WIRZ Martina, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG**, (Herausgeber: Jolanta Kren KOSTKIEWICZ, Dominik VOCK), 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess, Zurich 2017, Art. 85, N. 3, Art. 85a, N. 1 (SK SchKg); SCHMİDT André, **Commentaire Romand Poursuite et Faillite**, (éditeurs: Louis Dalleves, Bénédict Foex, Nicolas Jeandin), Basel 2005, Art. 85, N. 3; BRÖNNIMANN Jürgen, **Kurzkommentar Schuldbetreibung und Konkursgesetz**, (Herausgeber: Daniel Hunkeler), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, Art. 85, N. 10 (KUKO SchKg).

6 SCHMİDT, **CR LP**, Art. 85, N. 4, 85a, N. 2; Vock/Aepli Wirz, SK SchKg, Art. 85a, N. 21; BRÖNNIMANN, **KUKO SchKg**, Art. 85, N.1, Art. 85a, N. 2: Art. 85a'daki davanın hem takip hukuku hem de maddi hukuk özelliği gösterdiği belirtilmektedir.

7 POSTACIOĞLU, s. 231; SCHMİDT, **CR LP**, Art. 88, N. 7; WINKLER, **KUKO SchKg**, Art. 88, N.9.

8 POSTACIOĞLU, s. 231; ÜSTÜNDAĞ, s. 141, dn. 410.

nemde söz konusu olan zamanaşımı, ödeme gibi sebeplerle ileri sürülen bir muhalefet niteliğindeyken, icranın geri bırakılması prosedüründe dayanılan gerekçe takibin kesinleşmesinden sonra meydana gelmiş hususlara ilişkindir[9]. İcranın geri bırakılması prosedüründe ileri sürülen zamanaşımı muhalefeti, takibin kesinleşmesinden takibin son bulduğu (paraların paylaştırılması) tarihe kadar olan süreçle ilgili olmalıdır. Alacağın takipten önce zamanaşımına uğramış olduğu iddiası ile icranın geri bırakılması yoluna başvurulması mümkün değildir. Dolayısıyla, borca itiraza ilişkin sürenin içinde zamanaşımına muhalefet edilmemesinin (ya da borca itiraz süresi içinde itiraz edilmemesi) ardından ve bu nedenle icra takibi kesinleştikten sonra, takipten önceki döneme ilişkin zamanaşımı iddiası, icranın geri bırakılması yolu ile ileri sürülemez[10].

Zamanaşımı sebebine dayanılarak dermeyan edilen icranın geri bırakılması talebiyle takip borçlusu, icra takibine konu borcun zamanaşımına uğ-

---

[9] POSTACIOĞLU, s. 230; *"... Alacaklı tarafından 15.08.2007 tarihinde iki adet çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine başlandığı, borçlu ...'ın 30.11.2015 tarihinde icra mahkemesine yaptığı başvuruda; takibe konu çekler için öngörülen zamanaşımı süresinin dolduğunu ileri sürerek İİK'nun 71/son ve 33/a maddeleri gereğince icranın geri bırakılması isteminde bulunduğu, mahkemece, istemin kabulü ile borçlu yönünden icranın geri bırakılmasına karar verildiği görülmektedir.*

HMK'nun 33. maddesinde; başvurunun hukuki tavsifinin hakime ait olduğu hükmüne yer verilmiş olup; her ne kadar, mahkemece, istem hatalı vasıflandırma ile, İİK'nun 71. ve 33-a maddelerine dayalı takibin kesinleşmesinden sonraki döneme ilişkin zamanaşımına yönelik şikayet olarak kabul edilmek suretiyle sonuca gidilmiş ise de; ***somut olayda başvuru tarihi itibariyle borçluya ödeme emrinin tebliğ edilmediği ve henüz takibin kesinleşmediği anlaşıldığından, başvuru bu hali ile İİK'nun 169/a-4. maddesi kapsamında borca itiraz niteliğindedir ve alacaklının 19.02.2008 tarihli talebinden itibaren 22.05.2015 tarihli takibin yenilenmesi talebine kadar zamanaşımını kesen yada durduran bir takip işlemi bulunmadığından, mahkemenin çek zamanaşımının oluştuğuna ilişkin gerekçesi yerindedir.***

O halde mahkemece, borçlunun zamanaşımı itirazının takibin kesinleşmesinden önceki devreye ilişkin olduğu nazara alınarak İİK'nun 169/a-5. maddesi uyarınca takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken, icranın geri bırakılmasına hükmedilmesi isabetsiz olup, hükmün bu sebeple bozulması gerekir ise de*, anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir..."* Yargıtay 12 HD 2016/26554 E. 2018/616 K. 26.01.2018 T. (Lexpera).

[10] Takip talebinden sonra herhangi bir nedenle ödeme emrinin borçluya geç tebliğ edilmesi ve takip talebi tarihi ile ödeme emrinin tebellüğ tarihi arasında alacağın zamanaşımı süresinin dolmuş olması halinde de borçlu, ödeme emrine (borca) itiraz edebilir. Bkz.: Kuru BAKİ, "İlamsız İcrada Zamanaşımının İleri Sürülmesi", **Makaleler**, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd Şti, Mart, 2006, s. 585, (Kısaltma: Zamanaşımı); ayrıca bkz. KURU Baki, **İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 204 (Kısaltma: Menfi Tespit); ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **İcra ve İflas Hukuku**, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 276.

ramış olduğunun tespiti ile zamanaşımı nedeniyle icra takibinin geri bırakılmasını (icra takibinde kendisine karşı yapılan takip işlemlerinin durmasını) talep eder.

3. Talebin Hukuki Niteliği

İİK m. 71/2'de düzenlenen icranın geri bırakılması yolunun hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde, İİK m. 33 ve 33a'daki düzenlemeler çerçevesinde yapılan tartışmaları dikkate almak gerekecektir.

Doktrinde bir görüş, İİK m. 33 ve 33a uyarınca icranın geri bırakılması yolunun dava ile benzerlikler arz etmekle birlikte dava olarak nitelendirilemeyeceği, icra hukukuna özgü geniş anlamda hukuki çare olarak tasnif edilebileceğini kabul etmektedir[11]. Keza benzer nitelikteki düşünceler, İİK m. 71 kapsamında takibin iptali ve icranın geri bırakılması usulü için de zikredilmektedir[12]. Anılan görüşler ışığında, icranın geri bırakılması yolunun dava olarak nitelendirilmesi önünde iki büyük engel bulunduğunun kabul edildiğini söyleyebiliriz. Birincisi, davanın aksine icranın geri bırakılmasında uyuşmazlığın yeniden tartışma konusu yapılmayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak çözülmesi söz konusu değildir[13]. İkincisi, icranın geri bırakılması, icranın geri bırakılması yargılamasında tarafların, davada kabul edildiği çerçevede iddia ve savunma hakkına sahip olmaması, ancak kanunda gösterilen belgeler ile (noterden tasdikli veya imzası ikrar edilmiş bir belge) ispat edebilecek olmasıdır (İİK m. 71/1). Bununla birlikte, başka yazarlar tarafından icranın taliki, iptali ve geri bırakılması yolu dava olarak nitelendirilmektedir[14].

---

[11] İcranın geri bırakılmasının bir dava olmadığını ilamın icrasının geri bırakılmasını sağlayan bir yol olduğu hakkında bkz. KURU Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Adalet, Ankara 2013, s. 942 - 943 (Kısaltma: El Kitabı); KURU Baki/ AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ekim, 2021, s. 137; Muşul TİMUÇİN, **6103, 6217 ve 6352 sayılı Kanunlar İşlenmiş İcra ve İflas Hukuku, Cilt: I**, Güncellenmiş Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 421 (Kısaltma: İcra-İflas C. I); GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 385; KÖLE Mehmet, **İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması**, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 48.

[12] KURU, **El Kitabı**, s. 336 - 337; MUŞUL, **İcra-İflas C. I**, s. 421; BORAN Nilüfer, **İcra Takibinin Taliki ve İptali**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2006, s. 14 - 15.

[13] KÖLE, s. 44; BORAN, s. 14.

[14] ÖNEN Ergun, **İnşâi Dâva**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s. 138; KARSLI Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 683 vd. (Kısaltma: İcra ve İflas); Yargıtay birçok kararında icranın geri bırakılmasının bir dava ile talep edilebileceğini kabul etmektedir. *"..."Ne var*

İcranın geri bırakılması yolunun niteliği üzerine düşünürken, bu yolun benimsenmesindeki amacı dikkate almak gerekmektedir. İİK m. 71'de takibin taliki ve iptali yolu tıpkı m. 33'te düzenlenen ilamlı icranın geri bırakılması yolu gibi, icra takibinin tarafları arasındaki maddi hukuk ilişkisinde gerçekleşecek değişikliklerin icra takibine tesir edeceği düşüncesi ile benimsenmiştir[15]. Bu bağlamda, icranın geri bırakılması, şikâyet yolu ve itirazın kaldırılmasında olduğu gibi şekli hukuk kuralları ile sınırlı bir incelemeyi gerektirmez; inceleme maddi hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir. Bu bağlamda, icranın geri bırakılması yargılamasında, alacaklının hakkı, maddi hukuk kuralları uyarınca tartışma konusu yapılır. Dolayısıyla, maddi hukuka tesir eden bir yargılama söz konusudur.

İsviçre'de hem İİK m. 71'deki takibin tatili ve taliki usulü ile paralellik arz eden ivedi usulün (İsvİİK Art. 85)[16] hem de genel hükümlere göre yargılamanın öngörüldüğü olağan ve basit usulün (İsvİİK Art. 85a) dava olarak nitelendirilmektedir[17]. Bununla beraber Art. 85'teki usulün icra hukukuna özgü bir prosedür olduğu da kabul edilmektedir[18].

İcranın geri bırakılması yolunun davadan farklı olduğuna ilişkin sunulan birinci gerekçe olan, uyuşmazlığın maddi hukuk açısından nihai şekilde çözümlenmediği, genel mahkemeler nezdinde ayrıca dava açılması imkanının bulunduğu hususunu ele alırsak, belirli açılardan bu gerekçe doğru görülebilir. Bununla birlikte kanaatimizce icranın geri bırakılmasının bu özelliği tek başına dava niteliğine sahip olmasını engellemez. İcranın geri bırakılmasının, genel mahkemeler önünde dava açılmasını engellememesi kesin hükmün ileri sürülmesini düzenleyen kurallardan kaynaklanmaktadır[19]. İcranın geri bırakılması yolunda mahkeme, icranın geri bırakılması talebinin kabulü

---

ki; somut olayda davacı, genel mahkemede İİK'nın 72. maddesi gereğince ipotekten dolayı borçlu bulunmadıklarının tespitini ve ipoteğin terkinini istediklerinden davacının iddiasına dair deliller toplanılmadan dava, dar yetkili olan ve takip hukukundan kaynaklanan davalara bakan İcra Hukuk Mahkemelerinde görülen İcra İflas Kanununda yazılı icranın geri bırakılması davası gibi değerlendirilerek eksik inceleme ve araştırma ile ön inceleme duruşma safhasında davanın reddi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir..." Yargıtay 14. HD, E. 2013/12379 K. 2014/616 T. 14.1.2014 (Kazancı).

15 ÜSTÜNDAĞ, s. 127; KARSLI, **İcra ve İflas**, s. 331; BORAN, s. 14.

16 SCHMIDT, **CR LP**, Art. 85, N. 4; VOCK/AEPLI WIRZ, **SK SchKg**, Art 85, N. 4.

17 SCHMIDT, **CR LP**, Art. 85a, N. 2; VOCK/AEPLI WIRZ, **SK SchKg**, Art 85a, N. 21.

18 SCHMIDT, **CR LP**, Art. 85, N. 4; VOCK/AEPLI WIRZ, **SK SchKg**, Art 85, N. 4; BRÖNNIMANN, **KUKO SchKg**, Art. 85, N. 2.

19 UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 877 - 878.

ya da reddi yönünden karar vermektedir. Genel mahkemeler nezdinde görülecek bir uyuşmazlıkta ise alacak hakkının varlığı ya da yokluğu yönünden bir hüküm tesis edilmektedir. Her iki kararın hüküm fıkrası aynı olmadığından maddi anlamda kesin hüküm söz konusu olmayacaktır[20]. Kaldı ki zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılmasında, icra mahkemesi kararı, alacaklının süresi içinde genel mahkemelerde dava açmaması halinde maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecektir (İİK m. 33/a/2).

İcranın geri bırakılması yolunda İİK m. 71/1'de sayılan delillerle sınırlı olacak şekilde bir yargılama yapılması ise kanaatimizce bu yolun dava olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmemektedir. Burada borçlunun ispat hakkına ilişkin bir sınırlama söz konusudur. Öte yandan, senetle ispat zorunluluğu kuralında (HMK m. 200) olduğu gibi, belirli uyuşmazlıklarda iddiaların belirli delil türleri ile ispatlanmasına ilişkin kuralların benimsenmesi mümkündür. Nitekim bu hususun genel nitelikte bir yargılama kuralı olduğu HMK m. 189/3'te yer alan *"Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz."* hükmünden anlaşılmaktadır. Kaldı ki zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması yolunda (İİK m. 71/2), m. 71/1 hükmü uygulanmayacağından bu tür bir delil sınırlaması mevcut değildir.

İcra takibinin konusunu oluşturan her alacak talebinin tabi olduğu zamanaşımı süreleri maddi hukuk hükümleri tarafından belirlenmiştir. Bir alacağa ilişkin zamanaşımı süresinin dolmuş olup olmadığı icra müdürü tarafından resen gözetilmediği[21] gibi borçlu tarafından kanunda öngörüldüğü şekilde ileri sürülmedikçe takibin durmasına veya iptaline de kendiliğinden sebebiyet vermez. Bu nedenle kanun koyucu, icra takibinin kesinleşmesinden sonraki dönemde, alacaklı ve borçlu arasında maddi hukuka ilişkin sebeplerle (itfa, imhal, zamanaşımı) artık borcun talep edilememesi gerektiği durumlarda, borçlunun icranın geri bırakılması yolu ile bu hususu ileri sürmesine imkân tanımıştır.

Bizim düşüncemize göre, icranın geri bırakılmasında benimsenen yargılama usulü ve kurumun maddi hukuk ile olan ilişkisi dikkate alındığında zamanaşımı nedeni ile icranın geri bırakılması davası, şikâyet veya itiraz

---

[20] UMAR, s. 878; KÖLE, s. 256.

[21] *"... Ayrıca zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması isteği, icra müdürünün re'sen nazara alacağı bir husus olmadığı için, şikayet olarak kabul edilmez..."* Yargıtay 12 HD 2009/18070 E. 2010/27 K. 12.01.2020 T. (Kazancı).

olmayıp takip prosedürüne ilişkin ve İİK'da özel olarak düzenlenmiş olan bir davadır. Bir kısım Yargıtay kararlarında, icranın geri bırakılmasının şikâyet yolu ile icra mahkemesinden talep edileceği ifade edilmektedir[22]. Oysaki, şikâyet, İİK'da kanunda sayılan haller müstesna olmak üzere icra ve iflas dairesinin işlemlerine karşı başvurulan bir hukuki imkandır[23]. Kanunda sayılan hallere örnek olarak ihalenin feshi gösterilebilir. İİK m. 134/2'ye göre, ihalenin feshini, BK m. 226'da yazılı sebepler de dahil olmak üzere yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler yurt içinde bir adres göstermek koşuluyla icra mahkemesinden şikâyet yolu ile isteyebilirler. Ancak ne İİK m. 71/2'de ne de m. 33a'da icranın geri bırakılması davasının şikâyet olarak icra mahkemesinde görüleceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, şikâyet icra dairesinin (müdürünün) icra hukukuna aykırı kararlarına karşı başvurulan bir yol iken İİK m. 71/2'nin atfı ile ilamsız takiplerde uygulanan icranın geri bırakılmasında alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin bir iddia ile takibin icrasının geri bırakılması talep edilir.[24]

4. İcranın Geri Bırakılması Davasının Özellikleri

Bir ilamsız icra takibi dosyasında, icra takibinin kesinleşmesinden sonraki bir zamanda, borçlu, talep edilen alacağın zamanaşımına uğradığını tespit ederse, bu iddiasını icra mahkemesinde (icra takibinin yapıldığı yer icra dairesinin bağlı olduğu) açacağı icranın geri bırakılması davası ile ileri sürebilir (İİK m. 71/2, 33a). Borçlu bu davasını süreye bağlı olmadan (icra takibinin son bulmasına bir başka ifade ile paraların paylaştırılmasına kadar) her zaman açabilir.[25] İcranın geri bırakılması davasının davacısı icra takibi-

---

22 Mesela, *"... Borçlunun icra mahkemesine başvurusu, takibin kesinleşmesinden sonraki devrede borcun zamanaşımına uğradığına ilişkin şikayet olup, incelemenin İİK'nun 71/2. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir..."* Yargıtay 12 HD 2016/7385 E. 2016/13021 K. 03.05.2016 T. (Lexpera).

23 PEKCANITEZ, Hakan/ SİMİL, Cemil, **İcra-İflas Hukukunda Şikâyet**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 48-49.

24 Ayrıca söz konusu olan ihtilafların (icranın geri bırakılması davasında ileri sürülen zamanaşımı, itfa, imhal), icra memuruna ve icra muamelesine yönelik şikâyet niteliğinde bir ihtilaf değil itiraz niteliğinde bir ihtilaf olduğu, çünkü itfa ve zamanaşımının borcu ortadan kaldıran daimi defi, mehilin ise henüz ödenmemesi gerektiğine ilişkin geçici defi olduğu belirtilmektedir. Bkz.: KARSLI Abdurrahim, **İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995, s. 113 (Temyiz).

25 KURU, **Zamanaşımı**, s. 587; *"... İİK.nun 71/2 ve 33a/1. maddeleri gereğince* ***takibin kesinleşmesinden sonraki devrede borcun zamanaşımına uğradığına ilişkin itiraz süreye tabi değildir****. (HGK.nun 04.11.1998 tarih ve 1998/12-763 E, 1998/797 K, sayılı kararı). Bu durum-*

nin borçlusu iken davalı ise alacaklıdır. Davacı borçlu alacağın zamanaşımına uğradığını davalı alacaklı ise zamanaşımı iddiasının yerinde olmadığını, zamanaşımının kesildiğini veya durduğunu iddia ve ispat eder. İcra mahkemesi, tarafların iddialarını resmi vesikalara müsteniden inceleyerek icranın geri bırakılmasına veya devamına karar verir.

İcra takibine konu alacağa ilişkin zamanaşımı, alacaklının takip talebini icra dairesine sunup icra takibini başlatması ile kesilerek yeniden işlemeye başlar.[26] Zamanaşımını kesen işlem, taraf takip işlemi olan icra takibidir, bu bağlamda zamanaşımının kesilmesi için icra takip işlemi olan ödeme emrinin tanzimi şart değildir[27].

İcra takibi devam ederken her icra işlemi ile zamanaşımı kesilerek tekrar yeniden başlar[28]. Burada zamanaşımını kesen icra işleminden kastedilen,

---

da, mahkemece adı geçen borçlu yönünden işin esası incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..." Yargıtay 12 HD 2005/7894 E. 2005/11195 K. 22.05.2005 T. (Kazancı).

26 Takip talebinin zamanaşımını kesebilmesi için, takip talebinde bulunan alacaklının ödeme emrinin icra müdürü tarafından düzenlenmesinden önce takip talebini geri almamış olması gerektiği, takip edilen borçlunun bilgisine ulaşmış olması gerektiği ve takip talebinin kanunda sayılan şartları haiz olması gerektiğine ilişkin bkz.: ÜSTÜNDAĞ, s. 85; Erdem MEHMET, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha, İstanbul 2010, s. 323; aksi yönde bkz. PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral / ÖZEKES Muhammet, **İcra İflas Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 102.

27 KURU, **El Kitabı**, s. 206; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 101; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 183; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 72; KURU/AYDIN, s. 94; AK Aslınur, **Davada ve İcra Takibinde Zamanaşımı Def'i**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 149.

28 PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 101-102; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 184; ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflas Hukuku**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 120; *"... Yenileme talebi icra takip işlemi niteliğinde olmadığından zamanaşımını kesmez (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 23/11/2015 tarih, 2015/18921 Esas 2015/29088 Karar). Bu nedenle alacaklı vekilinin 14/11/2016 tarihindeki* ***yenileme talebinin icra takip işlemi olarak kabulü mümkün değildir****. Bu kabule göre, icra takip dosyasında 13/12/2013 tarihli haciz talebi ile 15/12/2016 tarihli haciz talebine kadar geçen süre içinde icra takip işlemi yapılmadığı, dolayısıyla 3 yıllık zamanaşımının dolduğu anlaşılmaktadır..."* İstanbul BAM 20 HD2017/599 E. 2017/754 K. 25.05.2017 T. (Lexpera); *"... Somut olayda, ... tarihli, 2001/402 E.- 619 K. sayılı rücuen alacağa ilişkin ilamı ve Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin onama ilamı ile alacaklı ... vekili tarafından 11/01/2002 günü takibe başlandığı, her iki ilamda da borçlu vekiline yer verilmediği, bu nedenle borçlu asil adına çıkartılan icra emri tebligatının iade gelmesi üzerine, alacaklı vekilinin 2002-2003 ve 2004 yıllarında ve en son 21/07/2004 tarihinde borçlunun adresinin araştırılması talebinde bulunduğu, söz konusu taleplerinin icra müdürlüğünce kabul edilerek ilgili yerlere müzekkerelerin yazıldığı, devamında her ne kadar 23/11/2011 tarihli yenileme talebinde masraf yatırılmamış ise de, 12/02/2013 tarihinde yeniden adres araştırması talebinde bulunduğu, 27/02/2015 günü dosyanın yenilenmesinin ardından 07/09/2015 tarihinde icra emrinin borçluya tebliğ edilmesi üzerine borçlunun, henüz takip kesinleşmediği için İİK'nın 33/1. maddesi uyarınca süresinde zamanaşımı itirazında bu-*

icra takibini bir sonraki aşamaya geçiren takip işlemidir.[29] Kanaatimizce, icra takibinin başlatılması dışında, icra takibinde taraf işlemlerinin tek başına icra takibini bir sonraki aşamaya geçirmeye muktedir olmaması ve icra müdürü/memurunun kararına muhtaç olması nedeni ile, sadece icra dairesinin işlemlerinin yani icra takip işlemlerinin zamanaşımını kestiği kabul edilmeli ve takip konusu alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı hususu araştırılırken bu durum göz önüne alınmalıdır[30].

Bunun yanı sıra icra takibinin devamı sırasında, takip alacağına ilişkin olmak üzere açılmış bazı davalar da o icra takibindeki alacağın zamanaşımının kesilmesi sonucu doğurur[31]. Bununla birlikte icra mahkemesi nezdinde

---

lunduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu takipte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde (mülga 818 sayılı BK'nun 125. maddesi) düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Buna göre, ***alacaklı vekilinin borçlunun adresinin araştırılmasına ilişkin icra müdürlüğünce kabul edilerek işlem yapılan talepleri dikkate alındığında, anılan tarihler arasında 10 yıllık zamanaşımının dolmadığı anlaşılmaktadır****..."* Yargıtay 12 HD 2019/203 E. 2019/3250 K. 28.02.2019 T. (Lexpera).

29 *"... Alacaklı vekili, takibin kesinleşmesinden sonra icra dosyasında 11.04.2007 tarihinde borçlu hakkında haciz talep ettikten sonra 01.11.2007 tarihine kadar dosyayı işlemsiz bırakmış olup, 26.07.2007 tarihli haciz talebi ve gayrimenkulün satışı talebine ilişkin olarak gerekli masrafın yatırmamıştır.* ***Alacaklının sadece haciz talebinde bulunması veya sadece taşınmazın satışını istemesi yeterli olmayıp işlemin zamanaşımını kesmesi için gerekli masrafın da ödenmesi gerekir.*** *İcra müdürlüğünde işlemin sonuç doğurabilmesi için İİK.'nun 59. maddesi uyarınca masrafın yatırılmış olması gerekir. Alacaklı sözü edilen koşulu yerine getirmediğinden en son işlem tarihi 11.04.2007 tarihinde sonra satış için kıymet takdiri avansının yatırıldığı 01.11.2007 tarihine kadar zamanaşımını kesen sebeplerin gerçekleştiği kabul edilemez..."* Yargıtay 12. HD 2009/3263 E. 2009/11332 K. 28.05.2009 T.; *"... Somut olayda, 11.12.2002 tarihinden 4.1.2006 tarihine kadar geçen sürede alacaklı tarafından yapılmış ve yukarıda açıklanan nitelikte bir işlem yoktur. Mahkeme kararındaki tarihler dosya içeriği ile örtüşmediği gibi****, icra dosyasında yer alan ve dosyaya gelen evrakları belirleyen memur işlemleri de zamanaşımını kesmez****. O halde istemin kabulü yerine reddi isabetsizdir..."* Yargıtay 12 HD 2006/7226 E. 2006/10658 K. 12.05.2006 T. (Kazancı).

30 İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrindeki baskın görüş, buradaki her işlem ile anlaşılması gereken hususun alacaklı veya icra dairesinin takibi yeni bir safhaya ulaştıran muameleler olduğunu kabul etmektedir. Bkz: ÜSTÜNDAĞ, s. 83; AK, s. 152.

31 *"... Takip dayanağı çek hakkında Kadıköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2009/1097 Esas sayılı dosyası ile 01.10.2009 tarihinde menfi tespit davası açıldığı ve bu davanın Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2008/744 Esas sayılı dosyası ile birleştirildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere* ***mahkemece menfi tespit davasının zamanaşımını kestiğinden bahisle itiraz reddedilmişse de, esasen dayanak çek yönünden açılan menfi tespite ilişkin dava tarihine kadar 6 aylık zamanaşımı süresinin geçtiği görülmektedir****..."* Yargıtay 12 HD 2010/2901 E. 2010/15366 K. 15.06.2010 (Kazancı); *aynı yönde bkz.* Yargıtay HGK 2014/12-1130 E. 2017/775 K. 08.06.2016 T (Kazancı); *"... Somut olayda,* ***borçlular vekilinin Karaman İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2004/136 Esas 2006/288 Karar sayılı dosyasında ileri sürdüğü meskeniyet şikayeti TTK'nun 662. maddesinde belirtilen dava kavramı içerinde değerlendirilemeyeceğinden, şikayetin yapıldığı tarihten mahkeme kararının kesinleşmesine kadar geçen süre zamanaşımını kesmez.*** *Bu durumda alacaklının 11.1.2005 tarihli talebi*

dermeyan edilen itiraz ve şikâyetler dava niteliğinde olmadığından, bunlar ilgili takibe konu borç için zamanaşımını kesmeyecektir[32].

Her talep konusu alacak için zamanaşımı süreleri, alacağın tabi olduğu kanunlarda belirlenmiştir[33]. Zamanaşımını kesen veya durduran nedenler de

---

ile 4.8.2009 tarihli talebi arasında zamanaşımını kesen herhangi bir takip işleminin yapılmadığı ve dolayısıyla TTK'nun 661. maddesinde yazılı üç yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği görülmektedir. ..." Yargıtay 12 HD 2012/20546 E. 2012/31099 K. 01.11.2012 T. (Kazancı); *"... Somut olayda, dosyaya konulan ve Fatih 1. İcra Mahkemesi'nce verilen 3.6.2010 tarih ve 2010/876 esas sayılı tedbir kararında, takip dosyasına atfen "28.4.2010 tarihinde haczedilen menkuller yönünden yapılacak icra takip işlemlerinin durdurulmasına" karar verildiği görülmektedir. Açıklanan bu şekliyle işbu karar, takibi tümüyle durduracak nitelikte olmayıp, alacaklının icra takibini sürdürmesini engelleyecek nitelikte değildir. Diğer bir* ***deyişle alacaklı, kararda belirtilen konu dışında icra takibine devam edebilir. Bu bağlamda takip dosyasının incelenmesinde, şikayet dilekçesinde belirtilen 11.6.2010- 21.12.2010 tarihleri arasında alacaklının icra takibini sürdürme iradesini gösteren bir takip işlemine rastlanılmadığından TTK.nun 726/1. maddesinde yazılı 6 aylık zamanaşımı süresi dolmuştur****..."* Yargıtay 12 HD 2011/9586 E. 2011/27296 K. 08.12.2011 T. (Kazancı); *"... Alacaklı vekilinin temyiz dilekçesinde borçlu tarafından menfi tespit davası açıldığı ve bu davanın İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2000/555 esas sayılı dosyasında halen görülmekte olduğu ileri sürülmektedir.* ***Süreklilik kazanan Yargıtay İçtihatları'na göre borçlunun açtığı menfi tespit davası zamanaşımını keser. Mercice İİK.nun 33/a maddesi gereğince uyuşmazlığın duruşmalı olarak incelenmesi ve tarafların delilleri toplandıktan sonra yukarıdaki ilkeler de esas alınarak bir karar verilmesi gerekirken*** *eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir..."* Yargıtay 12 HD 2002/4149 E. 2002/5640 K. 19.3.2002 T. (Kazancı).

32 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 316; *"... İcra mahkemesinde icra takibine itiraz ve icra takibinin iptaline yönelik şikayet bu dava kapsamı içine girmez. İİK'nun 169/1. ve 170/1. maddeleri gereğince Borçlu tarafından icra mahkemesine yapılan itiraz ve mahkemece verilen kararın temyizi, satıştan başka icra muamelelerini durdurmadığı gibi tek başına da zamanaşımını kesmez. Aynı şekilde İİK'nun 22. maddesine göre; "şikayet, icra mahkemesince karar verilmedikçe icrayı durdurmaz." Ancak icra mahkemesince takibin tedbiren durdurulmasına dair bir karar verilmişse zamanaşımı bu süre içerisinde işlemez. ... Borçlunun icra mahkemesine 09.06.2011 tarihli başvurusu şikayet niteliğinde olup İİK'nun 22. maddesi gereği bu şikayet, icra mahkemesince karar verilmedikçe icrayı durdurmaz. Bu durumda İcra dosyasında alacaklı tarafından 01.11.2011 tarihinde bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmesi talep edildikten sonra İstanbul 8. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2011/732 E. sayılı dosyasında verilen takibin iptaline dair karar tarihi olan 28.12.2012 tarihine kadar, takibi ilerletmeye yönelik herhangi bir talepte bulunulmadığı, 6 aylık zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşıldığından, mahkemece borçlunun zamanaşımı şikayetinin kabulü ile İİK'nun 71. ve 33/a. maddeleri uyarınca icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir..."* Yargıtay 12 HD 2014/12634 E. 2014/15366 K. 28.05.2014 T.; aynı yönde bkz. Yargıtay 12 HD 2013/35641 E. 2014/3714 K. 12.02.2014 T.; Yargıtay 12 HD 2003/8694 E. 2003/11130 K. 15.05.2003 T. (Lexpera).

33 ERDEM, s. 33; *"... Bütün bu yasal düzenlemeler ve ilkeler ışığında, çekler yönünden zamanaşımı süresinin başladığı tarihte hangi yasa yürürlükte ise, o yasada öngörülen zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre,* ***çek hakkında zamanaşımı süresi, ibraz süresinin bitmesi ile başlayacağından çekin ibraz süresinin sona erdiği tarihte geçerli olan zamanaşımı süresinin nazara alınması zorunludur.*** *Bu nedenle zamanaşımı süresi, 6762 Sayılı TTK.nun 726. Maddesini değiştiren 6273 Sayılı Kanunun 7. Maddesinin yü-*

maddi hukukta Türk Borçlar Kanunu (TBK)[34] ve Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlenmiştir. Talep edilen alacağa dair zamanaşımının kesilmesinin ardından yeniden işlemeye başlayan süre, yine talep edilen alacağın bağlı olduğu zamanaşımı süresi kadardır. Ancak, TBK m. 156/2'de borcun bir senetle ikrar edilmiş olması ya da bir mahkeme veya hakem kararına bağlanmış olması halinde yeni sürenin her zaman on yıl olduğu belirtilmektedir. Aynı şekilde İİK m. 39 hükmü de ilama dayalı takibin son işlem üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağını düzenlemektedir.[35]

---

rürlüğe girdiği 03.02.2012 tarihinden önce ibraz süresi dolan çeklerde 6 ay, ibraz süresi bu tarihten sonra dolan çeklerde ise 3 yıldır.

Somut olayda takibe dayanak belgeler, kambiyo senedi niteliğine haiz iki adet çektir. Çeklerin keşide tarihleri 25/11/2008 ve 25/12/2008 olup, ibraz süresinin bitim tarihi 6273 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden önce olduğundan 6 aylık zamanaşımı süresine tabidir. İcra dosyasında 07/06/2013 gününe kadar borçlu hakkında 6 aylık süreleri dolmadan zamanaşımını kesen işlemler yapılmıştır. ***Ancak 07/06/2013 tarihinden - 12/06/2014 tarihine kadar ve 12/06/2014 ila 29/12/2014 tarihleri arasında, 29/12/2014 ila 25/12/2015 tarihleri arasında icra takibi, davacı borçlu yönünden 6 aydan fazla süre ile takipsiz ve işlemsiz bırakılmıştır. Bu nedenle takip dosyası yukarıda belirtilen işlemlerin arasında 6 aydan fazla süre ile takipsiz bırakılmakla, takip zamanaşımının takibin kesinleşmesinden sonraki dönemde gerçekleştiği anlaşılmaktadır****. ... vaki zamanaşımına istinaden, davacı borçlu yönünden icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekir..."* Bursa BAM 6 HD, 2019/362 E. 2019/718 K. 03.04.2019 T. (Lexpera).

[34] TBK m. 153 hükmü uyarınca; 1. Velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için; 2. Vesayet süresince, vesayet altında bulunanların vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle Devletten olan alacakları için; 3. Evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için; 4. Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için; 5. Borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece; 6. Alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece; 7. Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinde, birleşmenin ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürece zamanaşımı işlemeye başlamaz, başlamazsa durur. Zamanaşımını durduran sebeplerin ortadan kalktığı günün bitiminde zamanaşımı işlemeye başlar veya durmadan önce başlamış olan işlemesini sürdürür.

TBK m. 154'te ise zamanaşımının kesilme halleri yer almaktadır. Buna göre, 1. Borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse, 2. Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa, zamanaşımı kesilir ve yeniden süre işlemeye başlar (TBK m. 156). Bir dava ile kesilmiş olan zamanaşımı süresi, hakimin yargılamaya ilişkin her işlemi veya her kararından sonra yeniden işlemeye başlar; zamanaşımı süresi icra takibi ile kesilmiş ise alacağın takibine ilişkin her işlemden sonra yeniden işlemeye başlar (m. 157).

[35] Ancak bu genel zamanaşımı süresine tabi olmayan ilamlar da vardır. Evlilik devam ettiği sürece karı koca arasındaki ilamlar, mülkiyet hakkını belirleyen ilamlar, bir taşınmazın mülkiyetini tespit ve açıklayan ilamlar, şufa ilamlar 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi değildir; çocukla ana baba arasında kişisel ilişkiyi düzenleyen ilamın çocuğun velayet altından çıkmasına kadar uygulanacağından 10 yıllık zamanaşımına tabi değildir.

TTK da, zamanaşımını durduran sebepler ayrıca düzenlenmemiş olup TTK m. 1 uyarınca TBK'da yer alan durdurma sebepleri TTK kapsamındaki alacaklar için de geçerli kabul edilmektedir. TTK, zamanaşımını kesen sebepleri de TBK ile aynı doğrultuda belirlemiştir[36]. TBK m. 750'de, zamanaşımının; dava açılması, takip talebinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflas masasına bildirilmesiyle, kesileceği düzenlenmiştir. Yine TBK'da olduğu gibi TTK'da da zamanaşımının kesilmesiyle süresi aynı olan yeni zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı m. 751/2'de düzenlenmiştir[37].

Alacak, zamanaşımı süresi içerisinde başlatılan bir icra takibi ile ilamsız icraya konu olmuş ise zamanaşımı süresi kesilip yeniden işlemeye başlar. Ancak icra takibinin devamı sürecinde de her icra takip işlemi ile alacağın zamanaşımı süresi kesilir ve yeniden işlemeye başlar. İcra dosyasındaki her iki icra işlemi arasında talep edilen alacağın zamanaşımı süresinden fazla

---

36 *"... İcra takibinin dayanağı olan belgelerde keşide yeri bulunmadığı için ve bunlar TTK.nun 692/5 ve 693/3. maddelerinde öngörülen unsuru taşımadıklarından çek niteliğinde olmadıkları tesbit edilmiştir.*

Takip hukuku açısından süresinde yapılan itirazın açılmamış sayılması veya süresinde takibe itiraz edilmemesi nedeniyle takibin kesinleşmiş olması belgenin niteliğini değiştirmez. Bu durumda İİK.nun 71/2 ve 33/a-1 maddeleri gereğince takibin kesinleşmesinden sonraki dönemde işleyecek zamanaşımı süresi çek niteliğinde olmayan dayanak hakkında TTK.nun 726. maddesine göre hesaplanmaz.

Bu durumda, olaya uygulanması gereken BK.nun 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresi de dolmadığından Mahkemece istemin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir. ..." Yargıtay 12 HD 2006/21058 E. 2006/24201 K. 19.12.2006 T.; *"... Mahkemece toplanan kanıtlara dayanılarak, davanın İİK.nin 33/a. Maddesi uyarınca 7 günlük süresi içinde açıldığı, kambiyo senedi niteliğindeki çeklere dayalı dava konusu icra takibinin TTK.nun 726. maddesinde belirtilen zamanaşımı süresince işlem görmediği, bu nedenle davacı alacağının zamanaşımına uğradığı, ticari işlemlerin özellikleri itibariyle TTK.'nda kısa süreli zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi ve BK.'ndaki düzenlemelerin ancak TTK.'nda özel hüküm bulunmayan hallerde uygulanabilmesi karşısında, BK.'nun 60. maddesinde düzenlenen* ***uzamış ceza zamanaşımı süresinin ticari senetlerde uygulanamayacağı****, somut olayda TTK.'nun 662. maddesinde sınırlı şekilde sayılan zamanaşımı kesen sebeplerin de bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. ... davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. ..."* Yargıtay 11. HD 2003/14182 E. 2004/8884 K. 27.09.2004 T. (Kazancı).

37 *"... Dolayısıyla borçlunun, karşılıksız çek suçundan dolayı hakkında yargılamanın yapıldığı Konya 6. Asliye Ceza Mahkemesi dosyasına borcun ödeneceğine yönelik olarak 29.03.2010 tarihinde ödeme taahhüdünde bulunması zamanaşımını kesmez. Kaldı ki; 29.03.2010 tarihi itibariyle oluşmuş zamanaşımının kesilmesinden de söz edilemez. Zira* ***somut olayda, 25.03.2008 tarihinde borçlu adına kayıtlı araçların haczinin talep edildiği ve aynı tarihte Trafik Tescil Şube Müdürlüğüne müzekkere yazıldığı, bu tarihten itibaren zaman aşımını kesen hiçbir işlem yapılmadığı ve T.T.K.'nun 726. maddesinde öngörülen 6 aylık zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşılmaktadır****..."* Yargıtay 12 HD 2011/714 E. 2011/16263 K. 20.09.2011 T. (Kazancı).

zaman geçmiş ise alacak zamanaşımına uğramıştır.[38] Bir ilamsız icra takibi sırasında kural olarak yalnızca borçlu[39], alacağın zamanaşımına uğradığını tespit ederse İİK m. 71/2 maddesinin atfı ile İİK m. 33a uyarınca zamanaşımı nedeni ile icranın geri bırakılmasını icra mahkemesinden talep edebilir. Ancak dikkat edilmelidir ki icra takibinde birkaç borçlu var ise, zamanaşımı her borçlu için ayrı süreye tabi olabileceği gibi zamanaşımını kesen işlemler de her borçlu açısından farklı tarihlerde gerçekleşmiş olabilir. Bu nedenle aynı takipte yer alan her borçlu açısından farklı sonuçlar ortaya çıkabilir. Zamanaşımı hangi borçlu için gerçekleşmiş ise o borçlu tarafından icranın geri bırakılması yoluna başvurulması gerekir. Tüm borçlular tarafından açılmış olan bir davada, borçlulardan biri açısından alacak zamanaşımına uğramış olsa dahi, kendilerine ilişkin işleyen zamanaşımı süresi dolmamış olan diğer borçluların talebi reddedilir. Bir icra dosyasından hangi borçlu açısından zamanaşımı gerçekleşmiş ise o borçlu açısından icranın geri bırakılması sonucu doğar[40]. Bunun istisnasını ise borçlular arasında zorunlu ta-

---

38 *"...762 sayılı TTK'nun 726. maddesinde çek için düzenlenen zamanaşımı süresi 6 ay iken, 03.02.2012 tarih ve 28193 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6273 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle bu süre üç yıla çıkarılmıştır. Yine, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nun, 6273 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile değişik 814. maddesine göre de çeklerde zamanaşımı süresi üç yıldır.*

Buna göre, çek hakkındaki zamanaşımı süresi, ibraz süresinin bitmesi ile başlayacağına göre, çekin ibraz süresinin sona erdiği tarihte geçerli olan zamanaşımı süresinin nazara alınması zorunludur. Bu nedenle, zamanaşımı süresi, 6762 sayılı TTK'nun 726. maddesini değiştiren 6273 sayılı Kanun'un 7. maddesinin yürürlüğe girdiği 03.02.2012 tarihinden önce ibraz süresi dolan çeklerde 6 ay, ibraz süresi bu tarihten sonra dolan çeklerde ise 3 yıldır.

Somut olayda, çekin keşide tarihi 25/11/2009 olup, ibraz süresinin bitim tarihi 6273 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce olduğundan, anılan çeke (6) aylık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Takip dosyasında 25/01/2012 - 26/02/2013 ve 16/07/2013 - 27/05/2014 tarihleri arasında alacaklı tarafından zamanaşımını keser nitelikte hiçbir işlem yapılmadığı ve takipte altı aylık zamanaşımı süresinin geçtiği görülmektedir..." Yargıtay. 12 HD 2016/7385 E. 2016/13021 K. 03.05.2016 T. (Lexpera).

39 *"... şikayetçi, taşınmazı hacizle yükümlü olarak satın alan ve takipte taraf olmayan 3.kişidir. Bu nedenle adı geçenin İİK.nun 71. maddesine dayalı olarak zamanaşımının oluştuğundan bahisle icranın geri bırakılması isteminde bulunması da mümkün değildir. Bir başka deyişle adı geçenin aktif husumet ehliyeti yoktur. ..."* Yargıtay 12 HD 2004/11385 E. 2004/16328 K. 21.6.2004 T. (Kazancı).

40 *"... Alacaklı, 30.1.2007 vade tarihli bonoya dair olarak 5.2.2007 tarihinde takip başlatmakla T.T.K.nun 662. maddesi uyarınca kesilen zamanaşımı süresi bu tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar.* ***Takipte 3 borçlu bulunmakta olup, zamanaşımı hangi borçlu hakkında takip işlemi yapılmış ise o borçlu yönünden zamanaşımı kesilir ve talep tarihinden itibaren zaman aşımı süresi yeniden işlemeye başlar.*** *Takip borçlusu S. Ü. ciranta olduğundan T.T.K.661/2 maddesi uyarınca 1 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. İcra dosyası içeriğinden, davalı alacaklı tarafından borçlu S. Ü. hakkında yapılan takip işlemleri gözetildiğinde, 1 yıllık zamanaşımı süresinin gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılmıştır. ..."* Yargıtay HGK

kip arkadaşlığının söz konusu olduğu bazı haller teşkil etmektedir. Örneğin İİK m. 150 uyarınca rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte borçlu ile rehinli malın sahibi üçüncü kişi arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmekte olup, ayrıca üçüncü kişinin itirazı, borçlu itirazda bulunmamış olsa ya da itirazı kaldırılmış olsa dahi takibin duracağı kabul edilmektedir[41]. Ancak, İİK m. 53'te bağlamında tereke alacağından kaynaklanan, mirasçılar arasındaki mecburi takip arkadaşlığı örneğinde icranın zamanaşımı nedeniyle geri bırakılması talebi tüm mirasçılar tarafından birlikte yapılmalıdır[42].

2013/12-2463 E. 2014/662 K. 14.05.2014 T.; *"... Somut olayda, alacaklı tarafından 01/07/2007 vade tarihli bonoya dayalı olarak senedi tanzim eden borçlular aleyhinde kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla 10/08/2007 tarihinde takibe başlanıldığı, şikayetçi borçluya örnek 10 nolu ödeme emrinin 15/08/2007 tarihinde tebliğ edildiği; alacaklı tarafça 03/02/2009 tarihinde borçlular aleyhinde üçüncü şahıslara İİK'nun 89/1. maddesi uyarınca haciz ihbarnamesi gönderilmesinin talep edildiği ve alacaklının belirtilen en son talep tarihinden 21/08/2013 tarihinde yapılan şikayet tarihine kadar şikayetçi borçlu hakkında zamanaşımını kesecek nitelikte bir işlem talebinde bulunmadığı görülmektedir. Alacaklı tarafından 03/02/2009 tarihinde yapılan en son talep tarihinden sonra, diğer takip borçlusunun alacaklıya karşı 23/02/2009 tarihinde menfi tespit davası açtığı, mahkemece 22/07/2010 tarihinde davanın kabulüne karar verildiği ve kararın 29/09/2010 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Ancak diğer borçlu tarafından açılan menfi tespit davası 6102 sayılı TTK.nun 751/1. (6762 sayılı TTK.nun 663/1.) maddesi gereğince, sadece bu borçlu yönünden zamanaşımını kesecektir. Buna göre, takip dayanağı bonoda senedi düzenleyen şikayetçi borçlu tarafından açılmış bir menfi tespit davası bulunmadığından ve 6102 sayılı TTK.nun 778/1-h (6762 sayılı TTK.nun 690.) maddesi göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 749/1. (6762 sayılı TTK.nun 661/1.) maddesi gereğince üç yıllık zamanaşımı süresi içerisinde şikayetçi borçlu aleyhinde zamanaşımını kesecek nitelikte işlem yapılmadığından bu borçlu yönünden zamanaşımının gerçekleştiğinin kabulü gerekir. O halde mahkemece, borçlunun icra mahkemesine başvurusu İİK.nun 71/2 ve 33/a maddeleri kapsamında takibin kesinleşmesinden sonraki dönemde gerçekleşen zamanaşımına ilişkin olup şikayetçi borçlu yönünden takibin kesinleşmesinden sonraki devrede üç yıllık zamanaşımı süresi dolmuş olduğundan şikayetin kabulü ile bu borçlu yönünden icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. ..."*Yargıtay 12 HD 2013/34985 E. 2014/159 K. 13.01.2014 T.; *"... Somut olayda, örnek 10 ödeme emrinin 6.6.2008 tarihinde borçluya tebliğ edildiği ve takibin kesinleştiği, takibin kesinleşmesinden sonra alacaklı vekilinin şikayetçi borçlu hakkında 30.3.2009 ve 16.2.2010 tarihlerinde haciz talebinde bulunduğu, örnek 10 ödeme emrinin tebliğ tarihiyle belirtilen haciz talebi tarihleri arasında zamanaşımını kesen herhangi bir takip işlemi bulunmadığı görülmektedir. T.T.K.nun 663. maddesinde yer alan yasal düzenleme uyarınca,* ***diğer takip borçluları hakkındaki zamanaşımını kesen işlemlerin, şikayetçi borçlu hakkındaki zamanaşımı süresini kesmesi mümkün değildir. Bu durumda takip dayanağı çeke dair 6 aylık zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşılmaktadır.*** *..."* Yargıtay 12 HD 2012/7101 E. 2012/22174 K. 25.06.2012 T. (Kazancı).

41 ÜSTÜNDAĞ, s. 315; YILDIRIM M. Kamil/ DEREN-YILDIRIM Nevhis, **İcra ve İflas Hukuku**, 8. Baskı, Beta, İstanbul 2016, s. 289; DİŞEL Buse, **İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı**, On İki Levha, İstanbul 2014, s. 163.

42 DİŞEL, s. 162: İİK m. 53/II dışında İİK'dan kaynaklanan mecburi takip arkadaşlığında birlikte hareket etme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Öte yandan, borçlular arasında teselsül mevcutsa (TBK m. 162 vd.), bu durumda bir borçlu hakkında yapılan icra takip işlemi TBK m. 155/2 uyarınca diğer borçlular için de zamanaşımını kesecektir[43].

İcranın geri bırakılması davasında alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı hususu, icra takip dosyası incelenmek suretiyle tespit edilir[44]. Davacı borçlu, takibin icrasının geri bırakılması talebinde bulunurken bu iddiasını icra dosyasındaki belgelerle ispatlar, ayrıca ispat için icra takip dosyası dışında bir delil göstermesi gerekmez. İcra takibinde, her iki icra işlemi arasında geçen zaman icra takip dosyasında sabit olduğundan borçlunun bu hususu ileri sürmesi yeterlidir. Eğer iki icra takip işlemi arasındaki süre alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresinden fazla ise, iddiasını ispat etmiş sayılır[45].

İİK m. 33/a/2 hükmü, davalı alacaklının, karşı ispat faaliyetini yani zamanaşımının kesildiğinin veya tatile uğradığının (durduğunu) ispatını ancak resmi vesikalar ile gerçekleştirebileceğini ifade etmektedir[46]. Hükümde değinilen "resmi vesikalar"dan ne anlaşılması gerektiği hususunun üzerinde durmak gerekmektedir.

Burada, ispat faaliyetinin yazılı belgeler ile sınırlandığı hususu tartışmasızdır. Dolayısıyla, icranın geri bırakılması davasında tanık dinlenmesi, takdiri delillerin ileri sürülmesi mümkün değildir. Öte yandan resmi vesikalardan kastedilenin HMK m. 204 ve TMK m. 7 kapsamında değerlendirilecek belgelerle sınırlı olup olmadığı tartışılmalıdır.

HMK m. 204 hükmü çerçevesinde resmi belgeyi, resmi bir makamın veya diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belge olarak niteleyebiliriz[47]. TMK m. 7/2'ye göre resmi belgelerin

---

43 KURU, **El Kitabı**, s. 206 - 207.

44 KURU, **El Kitabı**, s. 953; MUŞUL, **İcra-İflas C. I**, s. 980; KÖLE, s. 243; YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, s. 319.

45 KURU, **El Kitabı**, s. 952; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 155.

46 İsviçre'de ise takibin iptali ile icra geri bırakılması için bizdeki düzenlemenin aksine adi bir belge yeterli kabul edilmektedir (İsvİİK Art. 85). Bahsi geçen belge kavramı, senede değil HMK m. 199'da düzenlenen belgeye (ZPO Art. 177) tekabül etmektedir (VOCK/AEPLI WIRZ, **SK SchKg**, Art. 85, N. 10; karş. ZPO Art. 254).

47 ERDÖNMEZ Güray, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul 2017, s. 1997; DELİDUMAN Seyithan, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri**, NOTEV, Ankara 2001, s. 14; Koç Evren, **Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı**, Sümer Kitabevi, İstanbul 2021, s. 35.

içeriğinin doğru olmadığının ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça her hangi bir şekle bağlı değildir. İİK m. 33/a/2'nin lafzı incelendiğinde, borçlunun zamanaşımı iddiasının aksinin ispatında TMK m. 7/2'de belirtilen şekilde her türlü delile başvurulması mümkün olmayıp, resmi belgeler dışındaki deliller, incelemenin icra mahkemesinin incelemesinin kapsamı dışında kalmaktadır. Bu bağlamda, İİK m. 33/a/2'nin lafzından yola çıkarsak zamanaşımının durduğu ya da yeniden kesildiği hususu imzası borçlu tarafından ikrar edilen bir adi belge ile ispatlanamayacaktır.

Bununla birlikte, kanaatimizce zamanaşımının borçlu tarafından ikrar edilen bir adi belge ile ispatlanamayacağının kabulü, alacaklının ispat faaliyetini ciddi şekilde sınırlayacağı gibi İİK m. 71/1 ve TBK m. 154/1 hükümleri dikkate alındığında, kanun koyucunun zamanaşımı özelinde böyle bir sınırlama yapmasının da somut bir gerekçesi bulunmamaktadır. TBK m. 154/1 hükmü uyarınca borçlunun borcunu ikrar etmesi, faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuş olması ya da rehin vermesi veya kefil göstermesi de zamanaşımını kesmektedir. Bu bağlamda, borçlunun bu işlemlerden birini gerçekleştirdiği hususu, borçlu tarafından imzası ikrar edilen bir adi belge ile ispatlanırsa bu durumda zamanaşımının kesildiği hususu dikkate alınmalıdır[48]. Bunun dışında borçlunun, zamanaşımının kesildiğine yönelik ikrarı halinde de alacaklı lehine karar verilebilecektir[49]. Öte yandan, senetteki imza inkar edildiği durumda, icra mahkemesi ayrıca imza incelemesi yapamayacaktır[50]. Bu durumda ise alacaklı İİK m. 33/a/2 uyarınca genel mahkemeler önünde iddiasını ispatlamalıdır.

---

[48] KURU, **Zamanaşımı**, s. 593; PEKCANITEZ / ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 155; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 277; KÖLE, s. 243; AŞIK İbrahim/ORUÇ Yakup/TOK Ozan/SAÇAR Ömer Faruk, **İcra ve İflas Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 135.

[49] *"818 Sayılı B.K.'nun 133/1. maddesi gereğince zamanaşımı süresi, borçlu borcu ikrar ettiği, hususiyle faiz veya mahsuben bir miktar para veya rehin yahut kefil verdiği takdirde kesilmiş olur.*

Somut olayda, alacaklı tarafça zamanaşımının kesildiği İ.İ.K.nun 33/a maddesinde belirtilen şekilde ispat edilememiş ise de, borçlunun 06.12.2011 tarihli duruşmadaki beyanında, borcun 2003 yılında yapılandırıldığı kabul edilip bildirildiğine göre, borç bu tarihte kabul edilerek zamanaşımı süresi kesilmiş ve yeniden işlemeye başlayan 10 yıllık zamanaşımı süresi takip tarihi itibariyle dolmamıştır. O halde mahkemece istemin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle icranın geri bırakılmasına dair kurulan hüküm isabetsizdir. ..." Yargıtay 12 HD 2012/5371 E. 2012/22753 K. 27.06.2012 T. (Kazancı).

[50] BERKİN Necmettin, **Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1980, s. 459; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 459; BORAN, s. 32; karş. KURU, **El Kitabı**, s. 340.

İcranın geri bırakılması davası, icra takibini kendiliğinden durdurmaz[51]. Davacı borçlu tarafından talep edilmiş olması halinde, icra mahkemesi tarafından tedbir kararı verilerek icra takibinin dava sonuçlanana kadar durmasına karar verip veremeyeceği hususunu ise ayrıca incelemek gerekmektedir. İİK'da ihtiyati tedbir kararı verilmesine yönelik özel bir hüküm sevk edilmemiştir. Bununla birlikte, örneğin İİK m. 22'de şikâyet başvurusunun takibi durdurmayacağı, ancak icra mahkemesinin bu konuda takibi durdurmaya yönelik tedbir kararı verebileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce, icra mahkemesine Kanun'un muhtelif hükümlerinde verilen bu yetkiden hareketle, icra mahkemesi hakiminin talep üzerine ya da resen, dava ya da şikâyet konusu icra dosyası hakkında tedbir kararı verebilmesi mümkün görülmelidir.

Zamanaşımı sebebiyle icranın geri bırakılması özelinde, doktrinde hakim olan görüş icra mahkemesinin, borçlunun ileri sürdüğü itiraz sebebini gerçeğe yakın görmesi durumunda tedbiren takibi durdurabileceğini kabul etmektedir[52]. Aksi yöndeki görüş, ilamlı icrada icranın geri bırakılmasından farklı olarak, İİK m. 71 özelinde, İİK m. 72/3'ün kıyasen uygulanmasına imkân olmadığını, bu bağlamda takibin taliki ve iptali talebi hakkında ihtiyati tedbir verilemeyeceğini kabul etmektedir[53].

Her ne kadar kural olarak, icra mahkemesinin ancak kanunen ihtiyati tedbir yetkisi tanınan hallerde tedbir kararı verebileceği söylenebilecekse[54] de fikrimizce zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması davasında farklı bir durum söz konusudur. İcra mahkemesinin bu dava kapsamında yapacağı inceleme, talep konusu ile tedbir kararının içeriği birbiriyle doğrudan bağlantılı olup maddi hukuka dair bir hak ile ilgilidir. Öyle ki icra mahkemesi-

---

[51] KURU, **El Kitabı**, s. 341; YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, s. 117; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 385. İsvİİK Art. 85a'da düzenlenen davada hakim, paraya çevirme ya da paraya paylaştırma aşamasından önce, sunulan delillere göre talebin haklı olabileceğini değerlendirebiliyorsa takibin durdurulmasına karar verebilmektedir.

[52] ÜSTÜNDAĞ, s. 361; KURU, **El Kitabı**, s. 952; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAOĞLU, s. 385; KULAKSIZ, 46; BORAN, s. 41 - 42; UYAR Talih, "İtfa ve İmhal Nedeni ile Borca İtiraz Edilerek İlamlı İcranın Durdurulması (İİK Madde 33)", **Ankara Barosu Dergisi**, 2004/4, s. 39; KILINÇ Ayşe, "İlamlı İcranın Geri Bırakılması (İİK m. 33 - 33a)", **Legal Hukuk Dergisi**, 2018, S. 16, s.653.

[53] KÖLE, s. 68; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 145; KURU, **El Kitabı**, s. 341: yazar, ilamlı icrada icranın geri bırakılmasında aksini savunmakta, İİİK m. 22 ve İİK m. 169a hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ifade etmektedir. Hakimin bu kararı ihtiyati tedbir niteliğindedir (SCHMİDT, **CR LP**, Art. 85a, N. 7).

[54] KONURALP Cengiz Serhat, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, On İki Levha, İstanbul 2013, s. 36.

nin zamanaşımının dolduğuna dair kararı maddi kesin hüküm dahi teşkil edebilecektir (İİK m. 33/a/2). Borçlunun talebi ya da resen verilebilecek bir tedbir kararı zamanaşımı iddiasını ileri süren borçlunun telafisi mümkün olmayan zararlar ile karşılaşmasının önüne geçebilecektir. Bu doğrultuda, icra mahkemesi hakiminin HMK m. 389 vd. hükümleri uyarınca, huzurundaki dava ve dava konusunu teşkil eden icra takibi hakkında tedbir kararı verebilmesi mümkün olmalıdır.

İcra mahkemesi, icranın geri bırakılması davasını basit yargılama usulüne göre inceleyecektir (İİK m. 18). Dolayısıyla, dosya üzerinden yaptığı inceleme neticesinde karar verebileceği gibi duruşmada tarafları dinledikten sonra da karar verebilir (HMK m. 320/1)[55]. İcra mahkemesi, resmi vesikalara müsteniden yaptığı inceleme neticesinde, her iki icra işlemi arasında alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresinin dolmuş olduğu ve zamanaşımını kesen veya durduran bir sebebin de bulunmadığını tespit ederse, zamanaşımı nedeni ile icra takibinin geri bırakılmasına karar verir. Bununla birlikte her iki icra işlemi arasında zamanaşımı gerçekleşmemiş ise, icranın geri bırakılması davası reddedilir ve icra takibi devam eder.

Aynı icra takibine ilişkin İİK'dan kaynaklanan ya da icra takibine konu alacak hakkındaki başka bir dava derdest iken, icra mahkemesinin icranın geri bırakılması kararı vermesi üzerine, derdest dava konusuz kalmayacaktır. Böyle bir durumda İİK m. 33a/2'deki süreç tamamlanmadan verilen icranın geri bırakılması kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Bu ihtimalde mevzubahis derdest davaya bakan mahkemece, alacaklı tarafından İİK m. 33a/2'de belirtilen davanın yedi günlük süre içerisinde açılıp açılmadığının belirlenmesi, söz konusu dava açılmış ise açılan bu davanın bekletici mesele yapılması gerekir[56]. Buna mukabil alacaklı tarafından süresi içerisin-

---

[55] Aksi yönde bkz. KURU, **El Kitabı**, s. 341.

[56] Aynı yönde bkz.; *"... İstihkak davası devam ederken Bursa 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 03.05.2012 gün, 114-196 sayılı kararı ile İİK'nin 33/a maddesi gereğince icranın geri bırakılması kararı verilmiştir. İİK'nin 71 /son maddesinde: "Borçlu, takibin kesinleşmesinden sonraki devrede borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürecek olursa, 33/a maddesi hükmü kıyasen uygulanır" düzenlemesi; aynı Kanun'un 33/a maddesinin 1. ve 2. fıkralarında ise "İlamın zamanaşımına uğradığı veya zamanaşımının kesildiği veya tatile uğradığı iddiaları icra mahkemesi tarafından resmi vesikalara müsteniden incelenerek icranın geri bırakılmasına veya devamına karar verilir. Alacaklı, icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin kendisine tebliğinden sonra, zamanaşımının vaki olmadığını ispat sadedinde ve 7 gün içinde umumi mahkemelerde dava açabilir. Aksi takdirde icrası istenen ilamın zamanaşımına uğradığı hususu kesin hüküm teşkil eder." düzenlemesi yer almaktadır.* ***Buna göre Mahkemece, anılan kararın sonucunun bekletici mesele yapılarak kesinleşip kesinleşmediğinin, sonu-***

de dava açılmaması veya açılan davanın reddedilmesi söz konusu olursa bu durumda alacağın zamanaşımına uğramış olduğu hususu kesin hüküm ile sabit olacağından, söz konusu kesin hüküm, mevzubahis derdest dava açısından da dikkate alınacaktır.

İcranın geri bırakılması yolu icra hukukuna özgü bir imkân olup gerek inceleme usulü gerekse de hızlı ve masrafsız bir yol olması nedeni ile menfi tespit davasına nazaran borçlu açısından daha avantajlıdır. İcranın geri bırakılması davası icra mahkemesinde basit yargılama usulüne göre görülür. İcra mahkemesi tarafından resmi belgelere istinaden bir inceleme yapılarak karar verilir. Maktu harç yatırılması, yargılama masraflarının düşük olması ve kural olarak borçludan teminat istenilmemesi diğer avantajlarıdır. Ayrıca, borçlunun icra dosyası kapsamında bulunan resmi belgeler ile iddiasını ispat etmesinin mümkün olması ispat külfeti açısından borçluya kolaylık sağlamaktadır. Menfi tespit davası ise genel mahkemelerde görülen ve nispi harca tabi bir davadır. Takibe konu borç ödendikten sonra açılan istirdat davası açısından da aynı açıklamalar geçerlidir. Bu nedenle, İİK'da düzenlenmiş olan icranın geri bırakılması davası yine aynı kanunda düzenlenmiş olan ve icra takibine konu alacağa ilişkin menfi tespit ve istirdat davalarından farklı olup, bu özellikleri açısından borçlu lehinedir. İcra mahkemesinin icranın geri bırakılması kararı kesin nitelikte değildir[57] ve takibin iptali için mutlaka

cuna göre de; davalı alacaklı tarafın, bahsi geçen kararın kesinleşmesinden itibaren 7 gün içinde alacak davası açıp açmadığının, icra takibine konu borcun ortadan kalkıp kalkmadığının ve davanın konusuz kalıp kalmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. *Belirtilen hususlar dikkate alınmadan işin esasına yönelik karar verilmesi hatalı olmuştur..."* Yargıtay 17. HD 2013/349 E. 2013/2259 K. 25.02.2013 T. (Kazancı).

57 *"... Başka bir anlatımla icra mahkemelerinin kuruluş amacı icra ve iflas hukuku çerçevesinde icra organlarınca yürütülen cebri icra yetkisinin hukuka ve kanuna uygunluğunu denetlemektir. İcra mahkemeleri icra dairelerinin işlemlerini inceleyerek kendilerine yapılan şikâyet ve itirazlara İlişkin uyuşmazlıkları çözüme bağlamaktadır. Takip hukuku çerçevesinde icra mahkemesinin genel mahkemelere nazaran yargılama yetkisi sınırlı olup, çoğu zaman sadece takip dosyası ve yazılı belge üzerinden inceleme yapılmaktadır. Bu nedenle, icra mahkemesinin takip hukuku çerçevesinde verdiği kararlar genel mahkemeler açısından kural olarak kesin hüküm teşkil etmemektedir.*

İçtihadı birleştirme talebi ile ilgili olarak nafaka alacaklısı tarafından başlatılan genel haciz yolu ile ilamsız İcra takibinde itirazın kesin kaldırılması istemi hakkında icra mahkemesi İİK'nun 68. maddesinde sayılan belgelere göre İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından inceleme yapar. Buna karşılık genel mahkeme, icra mahkemesinin aksine sınırlı inceleme yapmayıp, uyuşmazlığı tüm yönleri ile ele alarak çözüme kavuşturur. Bu nedenle icra mahkemesinin itirazın kaldırılması konusunda vereceği ret veya kabul kararı aleyhine nafaka borçlusu genel mahkemede menfi tespit davası açabileceği gibi, nafaka alacaklısı aleyhine karar verildiğinde alacaklının genel mahkemede itirazın iptali veya alacak davası açması mümkündür. Diğer bir anlatımla icra mahkemesince

İİK m. 33a/2'deki davanın süresi içerisinde açılmaması ya da açılmış ise reddedilmesinin beklenmesi gerekmektedir.

5. İcranın Geri Bırakılması Kararı ve Niteliği

İcranın geri bırakılması davasının tarafları takip alacaklısı ve takip borçlusu olan, konusu icra takibinde ileri sürülen alacak talebinin zamanaşımına uğramış olduğunun tespiti olan, verilebilecek hükmün doğrudan icra takibine etkisi bulunan ve Kanunda sayılan delillerle ispat edilebilen son olarak tahkikat aşaması gerçekleşen icra ve iflas hukukuna özgü bir dava olduğu kanaatimizi yukarıda belirtmiştik[58].

İcranın geri bırakılması kararı ile icra takibinin icrası geri bırakılır. Bir başka ifade ile, icranın geri bırakılmasına karar verilmesi üzerine icra takibi durur. İcra takibinin durması için icranın geri bırakılması kararının kesinleşmesine gerek bulunmamaktadır. İcra mahkemesi tarafından hükmedilen icranın geri bırakılması kararı üzerine icra takibi iptal olmaz[59]. Ancak davalı alacaklı süresi içerisinde İİK m. 33a/2'de yer alan davayı açmaz yada açmış olduğu dava reddedilirse bu durumda icra mahkemesinin vermiş olduğu zamanaşımı nedeni ile icranın geri bırakılması kararı kesin hüküm teşkil eder (m. 33a/2) ve icra takibi sona erer[60]. Hal böyleyken, yedi günlük süreden sonra alacaklının genel mahkemeler önünde dava açması durumunda böyle bir dava, kesin hükmün olumsuz etkisi sebebiyle dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir (HMK m. 114/1-i).

İcra mahkemesi tarafından davanın kabulü halinde icra inkâr tazminatına hükmedilmez[61]. Zira, icra inkâr tazminatının hükme bağlanması, alacaklı ya da borçlu aleyhine icra inkar tazminatına karar verilmesinin İİK'da dü-

---

takibe konu alacakla ilgili bir karar verilmiş olması, aynı alacak hakkında genel mahkemelerde dava açılmasına engel oluşturmamaktadır..." YİBHGK 2017/7 E. 2019/2 K. 22.03.2019 T.

58 Bkz. Bölüm I.3.'teki açıklamalarımız.

59 *"... Esasen, takibin iptaline değil de, geri bırakılmasına karar verilmesi gerekliliği de tespit davanın sonuçlarının takip dosyası bakımından sonuç doğurmasına yöneliktir. Gerçekten de, takibin talikine dair karar sonrasında eldeki davayla takip konusu senedin zamanaşımına uğramadığının tespitine karar verilmesi halinde takibin devam edeceği kuşkusuzdur. Oysaki, takibin iptaline karar verilmesi halinde, bu sonucun doğması mümkün değildir. ..."* Yargıtay 15 HD 2014/43 E. 2014/999 K. 17.02.2014 T. (Kazancı) Aksi yönde görüşler için bkz.: GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 140; KARSLI, **Temyiz.**, s. 112-113; KÖLE, s. 22.

60 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 319; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s. 415.

61 KARSLI, **İcra ve İflas**, s. 694.

zenlenmesi halinde mümkün olabilecektir. İİK m.33a ve ayrıca İİK m.71/2 bu yönde bir düzenleme içermemektedir. İcranın geri bırakılması kararı, sadece icranın geri bırakılmasını icra mahkemesinden talep etmiş olan borçlu açısından sonuçlarını doğurur. Eğer icra takip dosyasında başka borçlular da var ise, onlar tarafından da icranın geri bırakılması talep edilip mahkeme tarafından hükme bağlanmadıkça icra takibi bu borçlular hakkında devam edecektir.[62]

İcranın geri bırakılması kararı verilmesi ile icra dosyasında mevcut hacizlerin ve diğer icra işlemlerinin de kalkıp kalkmayacağı hususu tartışmalıdır. Yargıtay 12. HD'nin bir kararında icra dosyasında yer alan haciz işlemlerinin iptaline karar verilmesi gerektiğine karar verilmiştir[63]. Ancak aynı Dairenin aksi yönde kararları da vardır[64]. Doktrinde bir görüşe göre, zamanaşımı nedeni ile icranın geri bırakılması kararı verilmesinin ardından, talep edilmesi halinde haciz işlemlerinin iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

---

62 KARSLI, **İcra ve İflas**, s. 691.

63 *"... Mercii kararlarının uygulanması için kesinleşmesine gerek yoktur. İİK'nun 71. maddesi gereğince "**icranın geri bırakılmasına" karar verilmesi halinde, "gerçekleştirilmiş haciz işleminin iptaline" ilişkin icra müdürlüğü kararı bu nedenle yerinde olduğu halde, merciice kararın kesinleşmediğinden bahisle müdürlük işleminin iptaline karar verilmesi isabetsizdir**..."* Yargıtay 12. HD 2002/27331 E. 2003/207 K. 16.01.2003 T. Bkz.: Talih Uyar, Gerekçeli İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt 4: İİK. 68-81, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, İstanbul 2005, s. 5957 *"... Otuz altıncı madde hükmünce **icranın geri bırakılması tabirinin manası söylendiği gibi icranın geçici bir zaman için durdurulması veya Yargıtayca icranın geri bırakılmasına lüzum olmadığına veya temyiz olunan hükmün tasdikine karar verildiği takdirde icranın kaldığı noktadan devam etmesi demek olduğu halde otuz üçüncü maddedeki hallerin tahakkukunda icranın geri bırakılması sözü ile yapılan ve yapılacak olan icra işlemlerinin kaldırılması ve takibe son verilmesi hükmü** belirtilmektedir..."* İBK 04.04.1995 1994/18 E. 1945/7 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

64 *"... Alacaklı, icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin kendisine tebliğinden sonra, zamanaşımının vaki olmadığını ispat sadedinde ve 7 gün içinde umumi mahkemelerde dava açabilir. Aksi takdirde icrası istenen ilamın zamanaşımına uğradığı hususu kesin hüküm teşkil eder." Buna göre **icra mahkemesince zamanaşımı itirazının kabulüne karar verilmesi ile icra takibi son bulur. Ancak, bunun için alacaklının İİK.nun 33/a-2.maddesine göre yedi gün içinde dava açıp açmayacağı beklenmelidir. Dava için maddede öngörülen yedi günlük sürenin bitimine kadar icra takibi olduğu yerde durur. Alacaklı bu süre içinde dava açarsa, bu davanın sonucuna kadar takip durmaya devam eder.** Alacaklı bu davayı kazanır ise duran icra takibine devam edilir. Kaybetmesi veya yedi gün içinde dava açmaması halinde ise alacağın zamanaşımına uğradığı hususu kesin hüküm teşkil eder ve icranın geri bırakılması kararı, takibin iptaline ilişkin sonuçları doğurur. Bir diğer anlatımla dosyada mevcut hacizler kalkar. (Prof. Dr. Baki KURU İcra ve İflas Hukuku C.3,5.2300-2301). Bu durumda, mahkemece, yukarıda açıklanan yasa hükmü ve ilkeler doğrultusunda inceleme ve değerlendirme yapılarak, oluşacak sonuca göre, borçluların hacizlerin kaldırılması istemleri hakkında bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile ve İİK.nun 33/a-2.maddesi hükmü gözardı edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir..."* Yargıtay 12 HD 2009/25456 E. 2010/7455 K. 30.03.2010 T. (Özel arşiv).

İcranın geri bırakılması kararının HMK ve İİK'da icrası için kesinleşmesi aranan kararlar arasında sayılmaması nedeniyle hacizlerin kaldırılması için kararın kesinleşmesine dahi gerek olmadığı belirtilmektedir[65]. Aksi yöndeki görüşe göre, icranın geri bırakılması kararı ile icra takibi duracak, ancak kararın (şekli anlamda) kesinleşmesiyle birlikte takip kapsamında o zamana kadar yapılan tüm işlemlerin iptali gerekecektir[66]. Üçüncü bir görüşe göre ise hacizlerin iptaline karar verilmesi için icranın geri bırakılması kararından sonra İİK m. 33a/2'de düzenlenmiş olan davanın da beklenmesi lazımdır. Bu görüşe göre İİK m. 33a/2'de yer alan yedi günlük sürenin beklenmesi gerekmekte olup, bu süre içinde dava açılmazsa veya dava açılır da reddedilirse alacağın zamanaşımına uğramış olduğu hususunun artık kesin hüküm teşkil etmiş olması nedeniyle icra takibi iptal olacaktır[67].

İcranın geri bırakılması kararı üzerine, davanın kabul edilmesi halinde alacaklı, davanın reddedilmesi halinde borçlu kanun yoluna başvurabilir. Alacaklının icra mahkemesinin kabul kararına karşı süresi içerisinde kanun yoluna başvurması halinde istinaf veya temyiz yoluna ilişkin harç ve gider avansını yatırması yeterlidir. Ancak, icra mahkemesinin davayı reddetmesi üzerine kanun yoluna başvurmak isteyen borçlu ayrıca (alacağı karşılayacak kadar nakit, icra mahkemesince kabul edilecek menkul rehni, hisse senedi, borç senedi, ipotek veya muteber bir banka kefaleti) teminat göstermek zorundadır. Borçlunun göstermesi gereken teminat, icra mahkemesi kararının temyiz şartlarındandır (İİK m. 33/3,c.1)[68]. Ancak icra dosyasında halihazırda yeter mal haczedilmiş ise veyahut kanun yoluna başvuru süresi içerisinde borçlunun talebi üzerine yeter mal haczedilir ise başvuru ile birlikte borçlunun teminat yatırma mecburiyeti kalmaz (İİK m. 33/3,c.2).

---

65 KARSLI, **İcra ve İflas**, s. 694; KÖLE, s. 33.

66 AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s. 135.

67 KURU, **El Kitabı**, s. 953; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 156.

68 Bkz.: MUŞUL Timuçin, **6103, 6217 ve 6352 sayılı Kanunlar İşlenmiş İcra ve İflas Hukuku**, Cilt: II, Güncellenmiş Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 979 dn 149-150; *"...36ncı maddede sözü geçen teminat hükmün temyizinin şartı olmayıp icranın geri bırakılmasına karar getirmek için temyiz edene verilecek mehlin şartı olduğu halde 33üncü maddede yazılı olan teminat tetkik mercii kararının temyiz edilebilmesi şartı bulunduğu için bu iki maddenin konusu arasında benzerlik olmayıp her iki madde hükmünün ayrı şeyler olduğu açıktır..."* Yargıtay İBK, 1945/18 E. 1945/7 K. 04.04.1945; bu konuda ayrıca bkz. Köle, a.g.e., s. 300.

Zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması yönünde verilen karar ile davanın (aynı zamanda takibin) tarafları arasındaki hukuki durum ileriye etkili olacak şekilde değiştirilmektedir. Öte yandan icra mahkemesi eda ya da tespit hükmü tesis etmemektedir. Bu bağlamda verilen karar, inşai karar niteliğindedir[69] (HMK m. 108).

II. TAKİP ALACAKLISININ ZAMANAŞIMININ GERÇEKLEŞMEDİĞİ İDDİASI İLE AÇACAĞI DAVA

İcranın geri bırakılması davası sonucunda, icra mahkemesi tarafından verilen icranın geri bırakılması kararı, ilgili icra takip dosyası açısından sonuç doğurur. Bir başka ifade ile, icra mahkemesinin zamanaşımı nedeni ile icranın geri bırakılması kararı takip hukuku açısından sonuç doğurur, kendiliğinden taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisine tesir etmez. Bu nedenle İİK'da icranın geri bırakılması kararı ardından başvurulabilecek prosedür ve sonuçları ayrıca düzenlenmiştir.

Alacaklı tarafından İİK m. 33a/2'de düzenlenmiş olan davanın süresi içerisinde açılmaması veya açılıp da reddedilmiş olması halinde ise, zamanaşımı hususu kesin hüküm teşkil eder. İcra mahkemesince aleyhine zamanaşımı nedeni ile icranın geri bırakılmasına karar verilmiş olan alacaklının yedi gün içinde genel mahkemede dava açmaması halinde ilamın (alacağın) zamanaşımına uğramış olduğu hususunun kesin hüküm teşkil edeceğine ilişkin hükmün, icra mahkemesinin kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği kuralının istisnası olduğu belirtilmektedir[70].

İcranın geri bırakılması davasında, icra mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı, alacaklı veya borçlu kanun yoluna başvurulabileceğinden yukarıdaki bölümde bahsetmiştik. İcra mahkemesi kararının şekli anlamda kesinleşmesinin ardından alacaklı veya borçlunun müracaat edebileceği hukuki imkanlar ve bunların sonuçları da yine İİK tarafından düzenlenmiştir.

İcra takibine konu olan alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresinin takip derdestken işlemeye devam ediyor olması, takip talebinin maddi hukuka ilişkin sonuçlarından olup TBK m. 156/1 hükmünün gereğidir. Oysaki icranın geri bırakılması kararı, kural olarak etkilerini sadece o takip

---

69 ÖNEN, s. 138; BORAN, s. 80; BÜYÜK Elif Irmak, **Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm**, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 64.

70 KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Bası, Cilt: V, Demir Demir, İstanbul 2001, s. 5048.

dosyasına ilişkin olarak icra hukukunda gösterir; bir başka ifade ile sınırlı bir etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu alacağın zamanaşımına uğramış olduğu hususunun sınırlı etkisini kaldırmak amacıyla İİK m. 33a'nın 2. fıkrasını getirmiştir. İcra mahkemesi tarafından İİK'da yazılı şekil şartları uyarınca yapılan yargılama sonucunda takibin icrasının geri bırakılmasına karar verilmesi üzerine davalı alacaklı, icra mahkemesi kararının kesinleştiğinin kendisine tebliğinin ardından yedi gün içerisinde[71] zamanaşımının vaki olmadığını ispat sadedinde genel mahkemede dava açabilir (İİK m. 33a/2).

Kanaatimizce, İİK m. 33a/2'de düzenlenmiş olan bu dava icra hukukuna özgü ve alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığını tespit eden bir davadır. Bu davada alacaklı, icra mahkemesince, İİK m. 33/a/1'de öngörülen delillerle sınırlı olarak yapılan yargılama üzerine alacağın zamanaşımına uğradığına dair verilen kararın yerinde olmadığını iddia ve ispat etme imkanına sahip olacaktır. Bunun için alacaklı, alacağın zamanaşımına uğramadığı, zamanaşımının kesildiği veya durduğunu genel ispat kuralları uyarınca ileri sürüp ispat edebilecektir[72]. Yargıtay İİK m. 33a/2'de düzenlenmiş olan davanın tespit davası olduğunu kabul etmektedir[73].

---

71 *"... **dava açma süresi icranın geri bırakılmasına dair kararın kesinleştiği tarihten değil, kararın kesinleştiğinin alacaklıya tebliğ edildiği tarihten itibaren başlar.** Somut olayda icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin alacaklıya tebliğine ilişkin bilgi ve belgeye dosyada rastlanılamamıştır. **Mahkemece bu yönler gözetilmeden 7 günlük sürenin kesinleşme tarihinden itibaren başladığı gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.** ..."* Yargıtay 19 HD 2008/2148 E. 2008/9873 K. 21.10.2008 T. (Kazancı).

72 *UYAR*, bu davanın menfi tespit davası niteliğinde olduğunu belirtmektedir (UYAR Talih, **İcra Hukukunda İlamlı Takipler**, 2. Baskı, Manisa 1991, s. 438).

73 *"...2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 33/a-2 maddesinde aynen "Alacaklı, icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin kendisine tebliğinden sonra, zamanaşımının vaki olmadığını ispat sadedinde ve 7 gün içinde umumi mahkemelerde dava açabilir. Aksi takdirde icrası istenen ilamın zamanaşımına uğradığı hususu kesin hüküm teşkil eder." hükmüne yer verildiğinden, **takip alacaklısının takip dayanağı senedin zamanaşımına uğramadığının tespitini istemek ya da eda davası açmak şeklinde seçimlik bir hakkının oluştuğu düşünülmeli, gerek takibin talikine dair kararın kesinleşmesinin ilgilisine bildirilmesinden sonra 7 günlük süre içerisinde açılan tespit davasında gerekse eda davasında hukuki yarar bulunduğu kabul edilmelidir.***

... eldeki dava 18.1.2012 günü İcra ve İflas Kanunu'nun 33/a-2 maddesinde gösterilen 7 günlük hak düşürücü süre içerisinde açılmıştır. Başka bir anlatımla, davacı yüklenici yukarda izah edilen seçimlik hakkını 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 33/a-2 maddesinde gösterilen tespit davasını açma şeklinde kullanmıştır. Bu halde dahi, davacının genel hükümlere göre eda davası açma hakkının bulunduğu tereddütsüzdür.

*Açıklanan ilkeler doğrultusunda, **davacının genel hükümlere göre alacağının tahsili amacıyla dava açma hakkının her zaman saklı olduğu, Kanunun açık hükmü gereği davacının tespit istemekte hukuki yararının bulunduğu düşünülerek işin esasının incelenip karar verilmesi yerine davanın hukuki yarar yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmiş olması doğru değildir**..."* Yargıtay 15 HD 2014/43 E. 2014/999 K. 17.02.2014 T. (Kazancı).

İİK m. 71/2'de yer alan sebebe dayanarak açılan dava neticesinde verilmiş olan karar İİK m. 33/a/2 uyarınca açılmış olan davada HMK m. 114 ve HMK m. 303 kapsamında kesin hüküm etkisine sahip değildir. Bununla birlikte kanaatimizce, İİK m. 71/2 uyarınca açılmış olan davada verilmiş olan kararın, İİK m. 33/a/2 uyarınca açılan davada delil niteliği göz ardı edilmemelidir. Zira icra mahkemesince verilen karar, başta icra dosyası olmak üzere İİK m. 33/a/1'de belirtilen "resmi vesikalara" dayalı şekilde verilmiş olacağından, kararın dayanağı olan belgelerin işaret ettiği olgular yönünden resmî belge niteliğini, dolayısıyla HMK m. 204/2 bağlamında kesin delil niteliğini haiz olabilecektir.

İİK m. 33a/2'de yer alan bu davayı icra hukukuna özgü bir dava olarak kabul etmemizden dolayı, bu davanın davacı alacaklı lehine neticelenmesi halinde, geri bırakılma kararı verilen icra takip dosyasının devam etmesi mümkün olacaktır. Ancak, davanın davacı alacaklı aleyhine neticelenmesi ise, hakkında geri bırakılma kararı verilen icra takip dosyasının iptali sonucunu doğuracaktır. Alacaklının aleyhine verilen geri bırakılma kararı ve ardından açtığı dava neticesinde aleyhine verilen karar, mevcut icra takibinin ve bu takibin dayanağı alacağın zamanaşımına uğradığını kesin hüküm ile ortaya koymuş olacaktır.

Bu durumda alacaklının, başka hukuki sebeplere, örneğin temel ilişkiye dayanarak borçluya karşı bir eda davası açması mümkündür. Bir örnek üzerinden düşünecek olursak; borçlu tarafından tanzim edilen bonoya dayalı şekilde başlatılan kambiyo senedine müstenit takip kapsamında, üç yıllık zamanaşımı süresinin geçmesi sebebiyle icra mahkemesince icranın geri bırakılmasına karar verilmiş ve bu kararın kesinleşmesinin akabinde alacaklı tarafından genel mahkemeler nezdinde açılan, zamanaşımı süresinin dolmadığına dair tespit davası da yine alacaklı aleyhine sonuçlanmıştır. Böyle bir ihtimalde alacaklı, bononun verilmesine sebep olan temel ilişkiye, örneğin taraflar arasındaki satım sözleşmesine dayanarak eda talebinde bulunabilecektir. Satım sözleşmesinden kaynaklı alacaklar TBK m. 146 gereğince on yıllık zamanaşımına tabi olacağından, bono alacağının zamanaşımına uğradığına dair maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden karar mevzubahis eda davasının dinlenilmesine engel teşkil etmeyecektir.

Uygulamada, özellikle kambiyo senetlerine müstenit bir takibin icrasının geri bırakılması kararından sonra İİK m. 33a/2 uyarınca açılmış olan davada, TTK'da düzenlenmiş olan bazı davalara ilişkin taleplerin de bu davaya dahil edilmesiyle terditli taleplerde bulunulduğu yada İİK m. 33a/2'de

yer alan düzenlemenin sanki söz konusu davalara ilişkin olmak üzere getirildiği kanısıyla davalar açıldığı görülmektedir. Ancak, İİK'da özel olarak düzenlenmiş olan icranın geri bırakılması prosedürünün devamı niteliğindeki dava, yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere bir tespit davasıdır[74]. Tespit davası ile, icra takibine konu alacağın zamanaşımına uğramış olup olmadığı hususu, icra mahkemelerinin dar kapsamlı yargılama usulüne ve kapsamları belirlenmiş delillere bağlı kalınmadan genel mahkemelerde genel usuller ile yapılan yargılama ile tespit edilecektir. Bu sebeple davanın tarafları, icra mahkemesindeki yargılamadan farklı olarak resmi belgeler ve imzası borçlu tarafından ikrar edilmiş senetler dışında da deliller ileri sürerek zamanaşımının gerçekleştiğini veya gerçekleşmediğini ispat etme imkanına sahiptirler. Bu davada da asıl olan, icra dosyasına konu alacağın, zamanaşımı süresinin dolmuş olup olmadığının, icra dosyasında yer alan ve İİK m. 33/a/1 ile m. 71/1'de belirtilen deliller ile sınırlı olmamak üzere, taraflarca sunulacak deliller çerçevesinde tespitidir. Bununla birlikte, İİK m. 33/a/2'de yer alan dava, zamanaşımının gerçekleşmediği iddiası ile sınırlı olup, davacı alacaklının özellikle maddi hukuktan kaynaklı başka sebeplere dayanarak alacağının tespitini talep etmesi mümkün görülmemelidir.

Örnek olarak, kambiyo senedine müstenit bir takibin zamanaşımı nedeniyle icrasının geri bırakılmış olması halinde, bononun tabi olduğu zamanaşımı süresinin aslında dolmamış olduğunu alacaklı her türlü delil ile ispatlayarak zamanaşımının gerçekleşmediğinin tespitini talep edebilecektir. Alacaklı, İİK m. 33a/2'ye dayanarak bononun verilmesine ilişkin temel ilişkinin zamanaşımına uğramadığı iddiası ile alacak davası açamayacaktır. İİK'da düzenlenmiş olan tüm dava çeşitlerinde süre, konu, taraf ve talep sonucu açıkça belirlenmiştir. Davanın açılması, davanın incelenmesi İİK'da ilgili dava özelinde belirlenen şartlara tabi kılınmıştır. Bu durum icra hukukunun ilke ve amacına uygun bir sonuçtur. İİK m.33a/2 hükmünde davanın hak düşürücü süresi ve davada incelenip karara bağlanması gereken hukuki sorun açıkça düzenlenmiştir. Bu özelliklere sahip davanın, farklı talep ya da konulara isnat edilerek açılabilmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü icra takibinin Kanunda dayanağı olmayan bir sebebe dayanarak uzamasına ve de icra takibinde ileri sürülen alacak talebi (alacak sebebi) dışında başka bir alacak sebebine dayanılarak takibin devam ettirebilmesine imkan tanıyabilir.

---

[74] İİK 33a/2 uyarınca açılacak davanın davacı lehine neticelenmesi halinde, mevcut icra takibinin devam etmesi için zamanaşımının gerçekleşmediğine ilişkin tespit hükmü yeterli olmalıdır.

Bu durum ise takip talebindeki hukuki sebep hatta ibraz edilmiş belge haricinde farklı bir sebebe dayanılarak takibin esasından ayrılmasına sebep olacaktır. Alacaklı ve borçlu arasında bulunan menfaat dengesinin icra hukuku ilkelerinden olması nedeni ile İİK m.33a/2'de yer alan davanın, bu hükümde belirtilen kapsamını ihlal edilmemesi gerekir. Aynı şekilde, İİK m. 33a/2 uyarınca açılmış olan bir davada alacaklının, tespit talebi ile birlikte (zamanaşımının vaki olmadığı) farklı dava ya da hukuki taleplerle alacak iddiasında bulunması da mümkün değildir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir[75].

---

[75] *"... Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, çeklerin keşide tarihlerinden önce 11.6.2008 tarihinde icra takibine konu edildiği, 2.7.2010 tarihinde iş bu davanın açıldığı, çeklerde zaman aşımının TTK'nın 726. maddesinde 6 ay olarak kabul edildiği, çeklerin icra takibine konu edildiği için ve daha sonra da çeklerle ilgili olarak dava açıldığından TTK'nın 662. maddesi uyarınca zaman aşımı süresinin kesildiği, kaldı ki zaman aşımına uğramış olsalar bile hamiline yazılı olarak düzenlendikleri için yazılı delil başlangıcı haline dönüştükleri, bu sebeple temel ilişkiye dayanarak çek bedellerinin talep edilebileceğinin TTK'nın 644 vd. maddelerinde düzenlendiği, davacının alınan bilirkişi raporuna göre alacaklı olduğu, çeklerin kredi borcunun ödenmesi amacı ile bankaya verildiğinin anlaşıldığı, bu sebeple davacının temel ilişkiye dayanarak çek bedellerini davalıdan tahsil etmeye hakkının bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, 19.000,00 TL'nin dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmak suretiyle davalıdan alınıp davacıya verilmesine, tahsilde tekerrüre esas olunmamasına karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.*

1-) Dava, niteliği itibariyle İİK'nın 33/a maddesine dayalı olup mahkemece, anılan Yasa maddesi uyarınca davaya bakılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken 6762 Sayılı TTK'nın 644. maddesinin değerlendirilmesi ve birden ziyade hukuki işlemin davanın kabulüne gerekçe yapılması doğru olmamış, *bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 11 HD 2013/13431 E. 2014/2773 K. 17.02.2014 T.; "... Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe karşı zamanaşımı itirazı üzerine Ankara Ondokuzuncu İcra Mahkemesince 19.06.2003 tarih 2003/382 E. 2003/284 Karar sayılı kararı ile takibe konu çekin zamanaşımına uğraması nedeniyle icranın geri bırakılmasına karar verilmiş ve bu karar 15.07.2003 tarihinde kesinleşmiştir.* ***Alacaklı Ankara Beşinci Ticaret Mahkemesinde 2003/502 esas sayılı dosya ile sebepsiz zenginleşme ile çek bedelinin tahsili davasını açmıştır. Anılan bu dava İİK.nun 33/a-2 maddesinde öngörülen icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin alacaklıya tebliğinden sonra zamanaşımının vaki olmadığını ispat sadedinde ve 7 gün içinde genel mahkemelerde açılan dava niteliğinde olmadığından, icra mahkemesince verilen icranın geri bırakılması kararı bu takip yönünden kesin hüküm teşkil eder.*** *O halde şikayete konu icra müdürlüğünün borçlunun taşınmazındaki haczinin kaldırılması isteminin reddine dair 13.02.2004 tarihli kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken reddi yönünden hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.*

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle ***alacaklı tarafından genel mahkemede zamanaşımının vaki olmadığını ispat sadedinde açılmış bir dava bulunmamasına, alacaklı yanca açılıp savunma olarak getirilen sebepsiz zenginleşmeye dayalı tahsil davasının ise 2004 sayılı icra ve iflas Kanunu'nun 33/a-2 maddesinde öngörülen dava niteliğini taşımamasına***

İİK m. 33a/2 uyarınca açılmış olan bir davada, genel mahkeme tarafından bir tespit kararı verilecektir. Dolayısıyla, tespit davasında, davacı alacaklının dava dilekçesindeki talebiyle İİK m. 33a/2 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, zamanaşımının gerçekleşmediğinin tespiti talep edilecektir; ayrıca eda davasında olduğu gibi alacak talebinde bulunulması söz konusu olmayacaktır. İİK'da düzenlenmiş olan tüm davalarda olduğu gibi bu davada da davanın tarafları davanın sebebi ve davada verilecek hükmün etkisi açıkça düzenlenmiştir. Alacaklı açısından icra takibinin devamını amaçlayan, borçlu açısından ise İİK'nun verdiği savunma sebeplerinden yararlanarak icra takibine muhalefet etmeyi sağlayan davaların İİK'da belirtilen özellik ve kapsamının dışında uygulanması mümkün olmamalıdır.

Bu davada davacı, zamanaşımı nedeni ile icrası geri bırakılan icra takibinde zamanaşımının vaki olmadığını talep eden alacaklıdır; davalı ise icra takibinin borçlusudur. Dava genel mahkemelerde açılacak bir dava olduğu için, yetki ve görev hususu da genel kurallara göre belirlenecektir[76]. İİK, bu dava açısından hak düşürücü süre belirlemiş olup bu süre icra mahkemesi tarafından verilen icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin alacaklıya tebliğ tarihinden itibaren yedi gündür.[77] Alacaklı tarafından yedi gün içe-

---

göre, *Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır..."* Yargıtay HGK 2006/12-61 E. 2006/59 K. 15.03.2006 T.; aynı yönde bkz. Yargıtay 11 HD 2004/13645 E. 2005/11658 K. 29.11.2005 T. (Kazancı).

76 Madde metninde davanın genel mahkemelerde açılacağı belirtilmektedir; görev ve yetkiye ilişkin ayrıca özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

77 *"... Dava, İİK.nun 33/a maddesinin 2. fıkrası hükmüne dayanmaktadır. Anılan yasa hükmüne göre alacaklı, icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin kendisine tebliğinden sonra zamanaşımının vaki olmadığını ispat sadedinde ve 7 gün içinde umumi mahkemelerde dava açabilir. Görüldüğü gibi* ***dava açma süresi icranın geri bırakılmasına dair kararın kesinleştiği tarihten değil, kararın kesinleştiğinin alacaklıya tebliğ edildiği tarihten itibaren başlar.*** *Somut olayda icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin alacaklıya tebliğine ilişkin bilgi ve belgeye dosyada rastlanılmamıştır. Mahkemece bu yönler gözetilmeden 7 günlük sürenin kesinleşme tarihinden itibaren başladığı gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." Yargıtay 19. HD, E. 2008/2141 K. 2008/9873 T. 21.10.2008. "... İİK 33/a-2. Maddesinde dava açılması için 7 günlük hak düşürücü sürenin ilgili icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin tebliğinden itibaren başlayacağı düzenlenmiştir. İcra Hukuk mahkemesi kararının kesinleştiği davacı alacaklıya tebliğ edilmediğinden dava açma süresinin başladığından söz edilemez. Davacı kararın kesinleştiğini daha sonra öğrendiklerini belirtmektedir. Dosya içinde bulunan bilgilerden ve İstanbul 24. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2015/281 E. Sayılı dava dosyasından ilgili kesinleşmiş kararın tebliğ edilmediği anlaşılmaktadır. Buna göre davanın süresinde açıldığının kabulü gerekir. Mahkemece tebliğ hususu gözetilmeksizin kesinleşme tarihinden itibaren hak düşürücü süre içinde davanın açılmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur. Bu nedenle davacının istinaf başvuruları yerindedir. HMK'nun 353/1-a-6'ncı maddesinde mahkemece, davanın esasıyla ilgili*

risinde dava açılmaması halinde, alacağın zamanaşımına uğradığı hususu kesin hüküm teşkil edecektir. Alacaklı tarafından yedi gün içinde dava açılmaması halinde, bu hususta yeni bir dava açılması da mümkün değildir. Yine belirtmek gerekir ki, alacaklı tarafından İİK m. 33a/2'de yer alan davanın süresi içerisinde açılmaması halinde, alacaklının başvurabileceği başka bir imkan bulunmayıp icra takibi iptal olur.[78] Ayrıca, icra takibinin başlatılmış olmasına bağlı olan takip hukukuna ve maddi hukuka ilişkin sonuçlar ortadan kalkar.

Alacaklı tarafından İİK m. 33a/2'ye göre açılmış olan davanın kabulü halinde borçlu, reddi halinde ise alacaklı kanun yoluna başvurabilir.

III. İCRANIN GERİ BIRAKILMASI TALEBİ REDDEDİLEN BORÇLUNUN MÜRACAAT EDEBİLECEĞİ HUKUKİ İMKANLAR

İcra mahkemesi tarafından icranın geri bırakılması talebi yerinde görülmeyerek icranın geri bırakılması davasının reddedilmesi halinde icra takibi devam edecektir. İİK, borçlunun, icranın geri bırakılmasına ilişkin icra mahkemesinde açmış olduğu davanın reddedilmesi halinde, borçlu tarafından istirdat davası açabileceğini düzenlemiştir (İİK m. 33a/3, m. 33/4).

---

gösterilen delillerin hiç biri toplanmadan veya değerlendirilmeden karar verilmesi halini bölge adliye mahkemesince işin esası incelenmeden, mahkeme kararının kaldırılarak davanın yeniden görülmesi için, dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapılmaksızın kesin olarak karar verilecek hallerden saymıştır. Somut olayda da mahkemece taraf delilleri toplanmadan ve bunlar değerlendirilmeden yasaya aykırı olarak dava şartı yokluğu ve hak düşürücü süre içinde davanın açılmadığı gerekçesi ile davaların reddine karar verildiğinden davacı tarafın istinaf başvurusunun kabulü ile mahkeme kararının kaldırılmasına, yukarıda belirtilen şekilde araştırma yapılarak, taraf delilleri toplanıp değerlendirilerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmek üzere dava dosyasının HMK 353/1-a-6 maddesi gereğince mahkemesine gönderilmesi gerektiği kanaatine varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur..." İstanbul BAM 13. HD 2018/1527 E. 2020/204 K. 13.02.2020 (Lexpera).

78 *"... Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe karşı zamanaşımı itirazı üzerine Antalya 3. İcra Hukuk Mahkemesi 2010 /202 - 224 sayılı kararı ile, takibe konu çekin zamanaşımına uğraması nedeniyle icranın geri bırakılmasına karar verilmiş ve bu karar 17.04.2010 tarihinde kesinleşmiştir.* ***Alacaklı Antalya 1. Asliye Ticaret Mahkemesine 2010/182 esas sayılı dosya ile sebepsiz zenginleşme ile çek bedelinin tahsili (alacak) davası açmıştır. Anılan bu dava İİKnun 33/a-2 maddesinde öngörülen icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin alacaklıya tebliğinden sonra, zamanaşımının vaki olmadığını ispat bakımından ve 7 gün içinde genel mahkemelerde açılan dava niteliğinde olmadığından icra mahkemesince verilen icranın geri bırakılması kararı bu takip yönünden kesin hüküm teşkil eder.*** *Bu nedenle şikayete konu icra müdürlüğünün borçlunun hacizlerin kaldırılması isteminin reddine dair kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken reddi yönünden hüküm tesisi isabetsizdir..."* Yargıtay 12 HD 2011/14157 E. 2011/12445 K. 20.06.2011 T. (Lexpera).

İİK m. 72/6-7'de düzenlenen istirdat davası ile borçlu, borçlu olmamasına rağmen ödemiş olduğu paranın kendisine iadesini talep etmekte olup İİK m. 33/a hükmünün son fıkrası borçlunun istirdat davası açma hakkının saklı olduğunu belirtmektedir. Buna mukabil zamanaşımına uğramış bir borcun ifası halinde sebepsiz zenginleşme iddiasında bulunulmayacağına dair TBK m. 78/2 hükmünün, borçlunun bu yönde bir istirdat davası açmasına engel olup olmayacağı hususunun üzerinden durulması gerekmektedir.

Doktrinde bir görüş, TBK m. 78/2 hükmünü gerekçe göstererek ve ayrıca zamanaşımının borcu sona erdiren bir sebep olmadığı, dolayısıyla zamanaşımı halinde borçlu olunmayan bir paranın ödenmiş olmasının söz konusu olmayacağını ileri sürerek borçlunun zamanaşımına dayanarak istirdat davası açamayacağını savunmaktadır[79].

Bir başka ifade ile, borçlunun, icra mahkemesi tarafından dar ve sıkı şekil şartlarına uygun olarak yapılan yargılama neticesinde alacağın zamanaşımına uğramadığının hatalı olarak tespit edildiğini ve bu nedenle borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kaldığını iddia ederek ödemiş olduğu paranın istirdadını dava yolu ile talep edebilecektir[80]. Aksi yöndeki POSTACIOĞLU ise cebri icra çerçevesinde yapılan ödemelerde, zamanaşımı dahil ilgili def'ilerin ileri sürülmesine imkan tanıyan istirdat davasına başvuru hakkının korunduğunu kabul etmektedir[81].

Kanaatimizce zamanaşımına uğramış alacağın cebri icra kapsamında tahsili durumunda, icranın geri bırakılması talebi reddedilen borçlunun istirdat davası açmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. İlk olarak, TBK m. 78/3'te yer alan *"Borç olmadığı hâlde ödenmiş olan edimin geri istenmesine ilişkin diğer kanun hükümleri saklıdır."* hükmü açık bir şekilde diğer kanunlarda, TBK m. 78/2'ye müstesna düzenlemelere yer verilebileceğini kabul etmiş durumdadır. Gerek İİK m. 33/4 gerekse İİK m. 72/6-7 hükümleri, TBK m. 78/2 karşısında özel hüküm niteliğindedir[82]. Dolayısıyla, TBK m. 78/2'nin tek başına istirdat davasının önüne geçebileceği söylenemeyecektir. Bunun yanında, TBK m. 78/2 hükmü, borçlunun bilinçli ve kendi iradesiyle zamanaşımına uğramış bir borcu ifa etmesi ihtimaline dayanmaktadır. Oysa-

---

79 YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 129; AK, s. 99.

80 KURU, **Menfi Tespit**, s.269.

81 POSTACIOĞLU, s. 250.

82 NOMER, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017, s. 285.

ki istirdat davasında borçlu, cebri icra takibi sebebiyle kendisinden tahsil olunan borcun iadesini talep etmektedir. Böyle bir durumda borçlu, kendi rızası hilafına ifada bulunmakta olup bu ihtimalin TBK m. 78/2'in amacına uygun bir hal oluşturmadığı ortadadır[83].

İİK'da istirdat davası açılması için kararın kesinleşmesi şartı aranmadığı gibi madde metninde ayrıca bir süre de belirtilmemiştir. Bu hususta istirdat davasının genel şartları geçerli olacaktır (İİK m.72/6,7). Borçlu, istirdat davasında alacağın zamanaşımına uğradığını her türlü delil ile ispat edebilecektir. Alacaklının, icra mahkemesinde alacağın zamanaşımına uğramadığının tespit edildiği gerekçesi ile icranın geri bırakılmasının reddi kararı ile kesin hüküm itirazında bulunması mümkün değildir; çünkü icra mahkemesinin icranın geri bırakılmasının kabulü veyahut reddi kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez[84].

Borçlu, icra mahkemesinin aleyhine vermiş olduğu karara karşı kanun yoluna müracaat etmişken aynı zamanda menfi tespit davası yoluna gidememelidir. Borçlunun zamanaşımının gerçekleştiği iddiasına dayanarak açabileceği menfi tespit davasının, icranın geri bırakılması talebine ilişkin yargılama devam ettiğinden dolayı (kanun yolu), derdestlik ve hukuki yararın yokluğu sebebi ile usulden reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksinin kabulü halinde, borçlu, tek bir maddi hukuka dayalı savunma sebebine (zamanaşımı) dayanarak, her ikisi de tespit davası (HMK m. 106) mahiyetinde olan iki farklı davaya eşzamanlı olarak başvurmuş olacaktır. Buna mukabil, istirdat davası açılmasında böyle bir engel mevcut değildir. Zira Kanun, m. 33/son fıkra hükmü ile istirdat davasına ilişkin açık bir düzenlemeye sahiptir. Kanunda belirtilen istirdat davası, m. 72/7'de düzenlenmiş olup eda talepli bir davadır. İİK'nın icra takip taraflarının hangi dava ve hukuki yollardan yararlanabileceğini açıkça düzenlemiş olması, bu dava ve hukuki yolların kapsamını net bir şekilde belirlemiş bulunması karşısında borçlunun ancak istirdat davası yoluna müracaat edebileceği kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, borçlunun icranın geri bırakılması talebinin reddine dair kararın kesinleşmesi durumunda borçlu, kesin hükmün etkilerinin göze-

---

[83] Doktrinde ÖZ de borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesinin borçlunun rızası dışında (alacaklının hilesiye) önlendiği hallerde borçlunun iade talebine alacaklının itiraz etmesine olanak bulunmaması gerektiğini ifade etmektedir (ÖZ, M. Turgut, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1990, s. 120).

[84] Bkz.: KURU, **El Kitabı**, s. 955; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 499; YILDIRIM/ DEREN-YILDIRIM, s.117.

tilmesi şartıyla genel hüküm niteliğindeki İİK m. 72 çerçevesinde menfi tespit davası açabilmelidir. Zira böyle bir ihtimalde, ortada derdest bir icranın geri bırakılması prosedürü (davası) bulunmadığından genel hükümlere başvurulması imkanının mevcut olduğunun kabulü gerekir[85].

Bu durum, alacaklının ve borçlunun icra mahkemesi tarafından verilen icranın geri bırakılması talebine ilişkin kararlarına karşı dengeli ve ölçülü şekilde hukuki korumadan yararlanmasına imkân tanıyacaktır. Nasıl ki alacaklı, aleyhine verilen icranın geri bırakılması kararının kesinleştiğinin tebliği ardından yedi gün içinde zamanaşımının vaki olmadığını ispat sadedinde genel mahkemede dava açabiliyorsa, borçlu da icranın geri bırakılması talebinin reddi kararının ardından ve ödeme emri ya da icra emri ile kendisinden talep edileni yerine getirdikten sonra istirdat davasını açabilecektir.

İstirdat davasının açılabilmesi için icra takibine konu borcun alacaklıya ödenmiş olması gerekmektedir. İcranın geri bırakılması davasının kural olarak icra takibini durdurmaması nedeniyle, icranın geri bırakılması davası sırasında alacağın tahsili mümkündür. Ancak, icranın geri bırakılması davasında borçlunun icranın tedbiren durdurulması yönündeki talebi üzerine, icra takibi durdurulmuş ve icra mahkemesinin icranın geri bırakılması talebine ilişkin red kararında tedbirin devamına karar verilmiş olursa kanun yolu incelemesi esnasında alacaklıya icra dosyasında ödeme yapılması mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

İlamsız icra yoluyla takipte, ödeme emrinin kesinleşmesi ardından borçlu maddi hukuktan doğan sebepleri ileri sürerek takibe muhalefet edebilecektir. İlamlı icra takibine karşı borçlunun ileri sürebileceği zamanaşımı iddiası İİK'nun düzenlemesi uyarınca ilamsız icra takibinde de uygulanabilecektir. Borçlunun icranın geri bırakılması prosedüründe zamanaşımı muhalefetini ileri sürebilmesi takibin kesinleşmesi ardından zamanaşımının gerçekleşmesi halinde mümkün olabilecektir.

---

[85] İcranın geri bırakılması talebinin reddi halinde borçlunun menfi tespit davası açabileceği hakkında bkz. POSTACIOĞLU, s. 258 - 259; KURU, Menfi Tespit, s. 200 - 201; KURU/AYDIN, s. 317; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 499; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s. 415; KÖLE, s. 279; AK, s. 97. Bizim görüşümüzün aksine, doktrinde, menfi tespit davası imkanının kullanılması adına icranın geri bırakılması davasında ret kararının kesinleşmesine herhangi bir önem atfedilmediği görülmektedir.

İcranın geri bırakılması prosedürü, alacaklı ve borçlu arasındaki maddi hukuk ilişkisinde gerçekleşen, zamanaşımı temelli değişikliği icra takibine etki etmesini sağlamaktadır.

Alacaklının talebi ile başlayan icra takibinde, takibin konusunu oluşturan alacak talebi maddi hukuk hükümleri ile belirlenen zamanaşımı sürelerine tabidir. İİK, icra takibine konu edilen alacakla ilgili icra müdürünün zamanaşımı açısından resen karar vermesine imkân tanımamıştır. Takip konusu alacakla ilgili zamanaşımı muhalefeti kural olarak sadece borçlu tarafından, İİK'da düzenlenen hükümlere göre ileri sürülebilecektir.

İcranın geri bırakılması talebi, gerek itiraz ve şikâyet kavramları ile örtüşmemesi, gerekse de maddi hukuk ilişkisi kapsamında icra mahkemesinin özel bir inceleme yaparak karar vermesi gereği bulunduğundan icra hukukuna özgü bir dava olarak kabul edilmelidir.

İcra takibinin sonuçlarından birisi de takip konusu alacağa ilişkin zamanaşımının kesilmesidir. İcra takibinin devamında icra işlemleri, takip konusu alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresini kesecektir. Ancak taraf takip işlemleri ile icra takip işlemlerinin zamanaşımını kesen etkisi ayrıca değerlendirilmek zorundadır. İlamlı ve ilamsız icra takiplerinde, takip süreci alacaklının işlemleri ile bir sonraki sürece intikal edebilmektedir. Taraf takip işleminin, icra dosyasında sonuç doğurabilmesi (etki edebilmesi), icra memuru ya da müdürünün işlemi ile mümkün olabilmektedir. Bu nedenle, takip konusu alacağın tabi olduğu zamanaşımını kesen işlem icra takip işlemi olabilecektir. İcra mahkemesinin, icra dosyasında yer alan icra takip işlemlerini esas alarak zamanaşımının kesilmiş olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Bu değerlendirmenin kapsamını inceleme konusunu oluşturan icra takip dosyasının münderecatı oluşturmaktadır.

İcra takip işlemlerinin, icra dosyası haricinde vücut bulması mümkün değildir. Borçlunun zamanaşımı sebebiyle icranın geri bırakılması talepli davada delil olarak öncelikle ve mutlaka taraf olarak yer aldığı icra dosyasına dayanması gerekir. İİK'da yer alan davaların, örneğin menfi tespit davasının, icra takibine olan etkisi ve zamanaşımın kesilmesine olan etkisi de önem taşımaktadır.

İcra mahkemesi, zamanaşımı sebebiyle icranın geri bırakılması davasında yapacağı incelemede icra dosyasını esas alarak zamanaşımını kesen işlemlerin varlığını ve bu işlemlerin geçerliliğini inceleyecektir. Davalı alacaklının iddialarını yazılı ile ispat etmesi gerekir. Yazılı belgeler davalı ala-

caklının taraf olduğu icra dosyasında yer alabileceği gibi, icra dosyası ya da takip konusu alacağa doğrudan etki eden bir işlem hakkında düzenlenmiş olabilecektir. Dolayısıyla davacı borçlu ve davalı alacaklının iddialarını ancak yazılı belgelerle ispatlaması mümkündür.

İcra mahkemesinin icranın geri bırakılmasına karar vermesi üzerine derdest icra takibi duracaktır. Bu kararın takip alacaklısı tarafından bertaraf edilmesi ancak İİK m.33a/2'ye göre bir dava açılması ile mümkün olabilecektir. İİK m.33a/2'de yer alan dava, icra hukukuna özgü ve takip konusu alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığını tespit eden bir dava niteliğindedir.

Zamanaşımı sebebiyle icranın geri bırakılması kararı İİK m. 33/a/2'de belirtilen ve yedi günlük hak düşürücü süreye tabi tutulan kapsamında inceleme konusu yapılmaktadır. Ancak, bu dava kapsamında yapılan incelemenin kanun yolu incelemesi niteliğinde olmadığı dikkate alınmalı, özellikleri ve şartlarının madde metninde belirtilen unsurlarla sınırlı tutulması gerekmektedir. Bu davanın kapsamı İİK'da açık bir şekilde düzenlenmiş olup, davacı alacaklının bir eda hükmü elde etme amacıyla söz konusu davayı ikame etmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

AK Aslınur, **Davada ve İcra Takibinde Zamanaşımı Def'i**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **İcra ve İflas Hukuku**, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

AŞIK İbrahim/ORUÇ Yakup/TOK Ozan/SAÇAR Ömer Faruk, **İcra ve İflas Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflas Hukuku**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

BERKİN Necmeddin, **Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1980.

BORAN Nilüfer, **İcra Takibinin Taliki ve İptali**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2006.

BRÖNNIMANN Jürgen**, Kurzkommentar Schuldbetreibung und Konkursgesetz**, (Herausgeber: Daniel Hunkeler), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014 (Kısaltma: KUKO SchKg).

BÜYÜK Elif Irmak, **Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm**, On İki Levha, İstanbul 2021.

DELİDUMAN Seyithan, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri**, NOTEV, Ankara 2001.

DİŞEL Buse, **İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı**, On İki Levha, İstanbul 2014.

ERDEM Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha, İstanbul 2010.

ERDÖNMEZ Güray, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul 2017.

GÖRGÜN Şanal/ BÖRÜ Levent/ KODAKOĞLU Mehmet, **İcra ve İflas Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

KARSLI Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022 (İcra ve İflas).

KARSLI Abdurrahim, **İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995 (Temyiz).

KILINÇ Ayşe, 'İlamlı İcranın Geri Bırakılması (İİK m. 33 - 33a)', **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2018, S. 16, s. 629 - 662.

KOÇ Evren, **Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı**, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2021.

KONURALP Cengiz Serhat, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, On İki Levha, İstanbul 2013.

KÖLE Mehmet, **İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması**, On İki Levha, İstanbul, 2020.

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Bası, Cilt: V, Demir Demir, İstanbul 2001.

KURU, Baki, "İlamsız İcrada Zamanaşımının İleri Sürülmesi", **Makaleler**, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd Şti, İstanbul, 2006, (Kısaltma: Zamanaşımı).

KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Adalet, Ankara 2013 (Kısaltma: El Kitabı).

KURU Baki, **İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (Kısaltma: Menfi Tespit).

KURU Baki/ AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ekim, 2021.

MUŞUL Timuçin, **6103, 6217 ve 6352 sayılı Kanunlar İşlenmiş İcra ve İflas Hukuku, Cilt: I,** Güncellenmiş Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (Kısaltma: İcra-İflas C.I).

MUŞUL Timuçin, **6103, 6217 ve 6352 sayılı Kanunlar İşlenmiş İcra ve İflas Hukuku, Cilt: II**, Güncellenmiş Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.

ÖNEN Ergun, **İnşâi Dâva**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981.

ÖZ, M. Turgut, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1990.

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral / ÖZEKES Muhammet, **İcra İflas Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.

PEKCANITEZ, Hakan/ SİMİL, Cemil, İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

POSTACIOĞLU İlhan E., **İcra Hukuku Esasları**, 538 Sayılı Kanun Gözönüne Tutularak Yazılan Dördüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

SCHMİDT André, **Commentaire Romand Poursuite et Faillite**, (éditeurs: Louis Dalleves, BénédictFoex, Nicolas Jeandin), Basel 2005, Art. 85, N. 3 (Kısaltma: CR LP).

UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

UYAR Talih, **Gerekçeli İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, Cilt 4: İİK. 68-81, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, İstanbul 2005.

UYAR Talih, **İcra Hukukunda İlamlı Takipler**, 2. Baskı, Manisa 1991.

UYAR Talih, 'İtfa ve İmhal Nedeni ile Borca İtiraz Edilerek İlamlı İcranın Durdurulması (İİK Madde 33)' **Ankara Barosu Dergisi**, 2004/4, s. 35-60.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2004.

VOCK Dominik / AEPLI-WIRZ, Martina, **Kommentar zum Bundesgesetz Über Schuldbetreibungund Konkurs SchKG,** (Herausgeber: JolantaKrenKostkiewicz, Dominik Vock), 4. Auflage, basierendauf der 1911 erschienenen 3. Auflagevon Carl Jaeger, Schulthess, Zurich 2017 (Kısaltma: SK SchKg).

YILDIRIM M. Kamil/ DEREN-YILDIRIM Nevhis, **İcra ve İflas Hukuku**, 7. Baskı, Beta, İstanbul 2016.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1797-1816

INDIRECT INFRINGEMENT OF SECOND MEDICAL USE PATENTS(*)

Doç. Dr. **Fülurya YUSUFOĞLU BİLGİN**(**)

Abstract: A second medical use patent protects an already known and unpatented (or patent-expired) product for a new indication. Since the product is already known, it cannot be patented as such, but it can be patented for an indication which is unknown until the patent application. In case of marketing a known product for a non-patented indication, there is infringement of the patent if third parties still use the product for the patented indication. That direct infringement is carried out by the person using the known product for the patented indication. Indirect infringement occurs where the supplier of the known substance knows that the product is being used with the intention of infringement. However, if the product is a staple commercial product, indirect infringement occurs only where the supplier promotes unauthorized persons to use the product within the scope of the patent. Indirect infringement will be examined in terms of Turkish Patent Law, taking into consideration the las and practice of the EU Member States.

Keywords: Second Medical Use, Staple Commercial Product, Non-Patented Product, New Indication, Indirect Infringement.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2022. Makale kabul Tarihi: 16.12.2022.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0003-3711-8769; *fyusufoglu@gsu.edu.tr*).

İKİNCİ TIBBİ KULLANIM PATENTLERİNİN DOLAYLI İHLALİ

Öz: İkinci tıbbi kullanım patenti, bilinen ve patentli olmayan (veya patent süresi dolan) bir ürünün, farklı bir endikasyon için korunmasını sağlamaktadır. Ürün zaten bilinen bir ürün olduğu için, tek başına patent konu olamaz, ancak o tarihe kadar bilinmeyen bir endikasyonda kullanılması patente konu olabilir. Bilinen bir ürünün patent koruması bulunmayan endikasyon için piyasaya sürülmesi halinde, üçüncü kişilerin bu ürünü yine de patentli endikasyon için kullanmaları patent hakkı sahibinin haklarını ihlal etmektedir. Buradaki doğrudan ihlali, bilinen ürünü patent altına alınan endikasyon için kullan kişi gerçekleştirmektedir. Dolaylı ihlal, bilinen ürünü tedarik eden kişinin, ürünün ihlal amacıyla kullanıldığını bilmesi durumlarda söz konusu olur. Ancak eğer ürün piyasada her zaman bulunabilen bir ürünse, dolaylı ihlalin söz konusu olması için, tedarik eden kişinin, ürünün patent kapsamında kullanılması için yetkisiz kişileri teşvik etmesi gerekir. Bu konuda AB Üye Ülkelerde verilen kararlar da göz önünde bulundurularak, Türk Hukuku açısından dolaylı ihlal değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: İkinci Tıbbi Kullanım, Piyasada Her Zaman Bulunan Ürün, Patent Konusu Olmayan Ürün, Yeni Endikasyon, Dolaylı İhlal.

I. INTRODUCTION

Both in Turkish and foreign law, there are cases related to infringement of second medical use patents and complicated situations arise in consequence. One of these cases is the indirect use of the invention, which constitutes an indirect infringement of the second medical use patent. Indirect use of the invention occurs only when one of the essential elements of the invention is used without directly using the patented invention.

The patent right may be infringed directly and indirectly. Direct infringement is regulated under Article 140 of the IPL which states that the person who produces, sells, distributes, otherwise commercializes, imports, possesses, transfers into practice, or concludes a contract regarding these products without authorization infringes the patent right. The person who uses the patent directly without authorisation infringes the patent. However, if the person who does not directly use the patent, but still deliberately contributes to the infringement of the patent, infringes the patent in indirect manner. Indirect infringement is not the unauthorised use of the patent, but the contribution to the unauthorized use. The person who provides the necessary instruments for the infringement and promotes the occurrence of the infringement is held responsible as indirect infringer. In this context, despite

the fact that Article 86 of the IPL does not literally regulate indirect liability, it regulates the rights of the patent holder against the supplier of the essential element of the patent in case of indirect infringement.

There are many reasons why the patent holder may bring claims against suppliers to prevent them from selling the essential element of the patent. Especially in case of pharmaceuticals, one of the reasons is the fact that doctors can't be accused of patent infringement. The general reason is that it is possible to prevent patent infringement at the source by prohibiting the act of supplying the product. If the patent holder can prevent the activity of the supplier, it will also prevent all infringement connected with the use of that product. To adapt a well-known metaphor, the most effective way to stop the message is to stop the messenger.

In practice, the interpretation of art. 86 and some of its concepts presents difficulties. Many concepts in the provision need to be explained. In this context, it is important to interpret the concepts of essential element in regards to the patent and staple commercial product in general.

This study, however, is dedicated to the concept of indirect infringement of the second medical use patent[1]. For this reason, we will begin with the explanation of the general structure of Art. 86 of the IPL and the conditions of indirect infringement will be discussed. Subsequently, the second medical use will be briefly explained. Notwithstanding the importance of the problems related to second medical use patents, there is no established case law on this issue in Turkish Law yet[2]. Therefore, the practices of EU countries will be examined and we will try to interpret and adapt this concept to Turkish Law.

1. Conditions for Preventing Indirect Use of Patent

Article 86 of the IPL regulates the prevention of indirect use of the invention and the circumstances under which the patent is indirectly infringed

---

[1] For an examination that excludes secondary medical use, but analyzes the *staple commercial product* concept in terms of EU law and practice, see. YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya, "Staple commercial product", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 17, No. 10, 2022, p. 871-877, p. 872 ff.

[2] As explained below, the Turkish Supreme Court of Justice, ruled on the validity of second medical use patents, which is very important, since there were debates regarding the patentability of second medical use patents in Turkey. See decision of Yarg. HGK E. 2017/11-145, K. 2021/1278, T. 21.10.2021, kazanci.com.tr, accessed 08.09.2022.

by the supplier of the product. The provision primarily introduces the main rule, stating that the patent holder has the right to prevent third parties from supplying essential elements or instruments that enables unauthorised application of the patented invention. As a matter of fact, the basic patent right is the right to prevent the unauthorised application of the patent.

Patent holder cannot prohibit uses, wich fall outside the use of the patent. The important point is that the essential element of the patent is not protected as such. It's use can be prevented only if it's used as instructed in the patent document. Therefore, if there are independent uses of an essential element of the patent, the right holder cannot prevent the non-infringing uses. The patent holder's right to prevent is against those who supply the essential element to third parties who infringe the patent by using the product (the essential element) as indicated in the patent document.

Pursuant the provision, the patent holder's right to prevent arises if the supplier of the essential element is aware that (1) these essential elements or instruments are sufficient to implement the invention and that (2) they will be used for this purpose. Even if the supplier is not aware of the unauthorised use, but it is sufficiently apparent from the situation, the right holder has the right to prohibit the supply. If the supplier does not initially know that the supplied product is acquired for the purpose of performing the patent, it is not possible to bring a claim against the supplier. Whereas after the supplier acquires knowledge (or is informed by the right holder) related to the unauthorised use, the right holder may prevent the supply of the product (the essential element of the patent). Article 86/1 of the IPL will apply on the condition that the third parties (the supplier) know that the essential elements or instruments will be used in a way which falls within the scope of the patent protection.

According to the second paragraph of the provision, if the elements or instruments mentioned in the first paragraph are staple commercial products, the provision of the first paragraph shall not apply, unless the supplier induces the person to whom the product is supplied to perform any act that falls within in the scope of the patent protection. According to Article 86/2 of the IPL, notwithstanding that the supplied product is one of the essential elements of the patent, if the product is generally available and easily obtainable in trade, the patent holder may prevent the supply of the product only if the supplier promotes unauthorized persons to apply the patent.

An examination of Article 86 of the IPL indicates that certain conditions must be satisfied in order for the patent to be deemed indirectly infringed. In order to prohibit the indirect use of the patented product, the following conditions must be fulfilled cumulatively:

(1) The elements used must be essential elements of the invention.

(2) The supplier must know thebelow mentioned facts:

a that these elements or instruments are sufficient to enable the patented use **AND**

b that the invention will be used for this purpose, or this must be sufficiently clear from the facts surrounging the situation.

(3) If the product (element) is a staple commercial product, "unauthorized use" of the patented invention cannot be claimed, unless third parties encourage the unauthorized persons in question to act in a way that falls within in the scope of the patent protection.

In fact, these conditions have been accepted in national and international doctrine[3]. If the staple commercial product is sold freely on the market for different purposes, then there is "unauthorized use" only if there is "inducement." If there is a sale of a staple commercial product and the seller (the supplier) does not induce the patented use of the product indirect infringement cannot be claimed and accordingly the patent holder has no right to prohibit the supply.

In Turkish Law, it is widely accepted that in order act in unauthorized manner, the product shall be supplied exclusively for the purpose of infringement and there must be an "incentive" towards the recipient of the product to use it in a way protected by the patent. In order for the supplier to be considered as indirect infringer, the supplier must encourage unauthorized persons. If the supplier does not personally commit the infringement but induces, promotes, assists third parties to commit the infringement, the supplier is deemed as infringer[4]. Similarly, advising or suggesting the in-

---

[3] For international doctrine and practice, see. YUSUFOĞLU BİLGİN, pp. 873-877; BENTLY Lionel / SHERMAN Brad, **Intellectual Property Law**, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 653-654. For Turkish Law, see, KÖKER Ali Rıza / YALÇINER Uğur, **Uzman Gözüyle Patent ve Faydalı Modelden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, p. 296.

[4] KÖKER/YALÇINER, p. 295; ŞEHİRALİ Feyzan Hayal, **Patent Hakkının Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, p. 111.

fringer to carry out the invention is also sufficient for the supplier to infringe the patent (indirect infringement)[5].

If *the elements or instruments in question are staple commercial products*, the patent holder cannot hold the supplier liable, unless the supplier induces the persons to whom the product is offered to perform an act that falls within in the scope of the patent protection[6].

Not all of these elements will be analyzed below. Staple commercial product will be examined related to second medical use patents. The delicacy in the second medical use patent is that the already known substance is protected only if used within the new medical indication. It is refered as *purpose-limited product claim.* In this case, the use of a known product for a new indication constitutes an infringement, but its non-protected use cannot be prohibited. As stated, the protection is only purpose-limited.

In practice there are some problems related to the second medical use of known pharmaceutical substances (products). Is an infringement prevented just by not writing the patented use on the leaflet? Or should it be clearly stated on the leaflet and on the label that the product should not be used for the new medical indication?

2. Infringement of Second Medical Use Patents in EU Countries

Infringement of second medical use claims is crucial for the determination of the importance of the number of non-patented uses in indirect infringement. It is important to establish whether the only one non-patented use is sufficient to maintain that the product is a staple commercial product and that its use does not infringe the patentee's rights.

Originally, second medical use claims were not clearly protected under the European Patent Convention 1973. To be protected, a second medical use claim had to be formulated in a special wording. This formulation is called a Swiss-type claim. The Swiss-type claims were developed by the EPO Enlarged Board of Appeal in its decision EISAI/Second medical indication G 05/83. According to this decision, the so-called Swiss-type claims

---

5 GÜNEŞ İlhami, **Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2019, p. 269; SARAÇ Tahir, **Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması**, Seçkin, Ankara, 2003, p. 165; SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2017, p. 294.

6 TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat, İstanbul 2012, p. 605.

grant protection for the second medical use inventions as a purpose-bound method claim. The Swiss-type claim is construed as "use of substance X for manufacturing a drug for the therapeutic application Y". As seen, this is not a product claim but a process/method claim. The introduction of EPC 2000 solved the second medical use problem. The EPC amended Article 54(5) so that it allows the patentability of the second medical use. Article 54(5) of EPC 2000 expressly provides use - limited product protection for the second or further medical use of a known substance. EPC 2000 second medical claims are product claims, whereas Swiss-type claims are process claims[7].

Turkey is an EPC contracting state. Therefore, European patents granted by the EPO are also protected within Turkish territory. Nevertheless, provisions on first and second medical use patents were not included in the Industrial Property Law, which is largely in line with the EPC. The Industrial Property Law neither explicitly accepts nor explicitly rejects the application of the second medical use. The issue here lies in determining the novelty and inventive step of the second medical use. In our opinion, since there is no reason to deviate from the basic rules of patent law, the patentability conditions should be interpreted as accepted in the EPC and EU Law and practice[8].

The General Assembly of the Court of Cassation ruled that all kinds of patents, including second medical use claims, can only be deemed invalid if they do not meet the novelty, inventive step or industrial applicability conditions. The General Assembly of the Court of Cassation also expressly rejected the first-instance court's argument that the second medical use claims granted during the EPC 1973 period were legally unfounded. Therefore, in our opinion, the debate on second medical use patents in Turkey has been

---

[7] BERRİSCH Clara, "Second medical use claims and scope of protection", **Stockholm Intellectual Property Law Review**, V 2, I1, June 2019, pp. 38-47, 38-40; BHAGWAT Mitali / KAUSHİK Geetesh / SHİVPUJE Vijaykumar, "Second Medical Use Patenting: A Review of Practices Across Different Jurisdictions", **JIPR**, V.21, July 2016, p. 260, 262; FİSHER Matthew, "Second medical indications and the Swiss-form claim: taming Frankenstein's monster: Part 1 - solving one problem creates another", **EIPR**, Vol. 39, 2017, pp. 574-575.

[8] For detailed information on this subject, see; YUSUFOĞLU Fülürya, **Patent Verilebilirlik Şartları**, Vedat, İstanbul, 2014, p. 431,432; AY KAPLAN Ülkü, "İlaç Patentlerinde İkinci Tıbbi Kullanım", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S.1-2, 2022, pp.1849-1883, p. 1854 ff; MUTLU Aydın, "İkinci Tıbbi Kullanım İstemlerinin Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Patentlenebilirliği", **Ankara Barosu FMR**, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, 2017, pp. 91-112, p. 104 ff.

conclusively solved with the decision of the General Assembly of the Court of Cassation[9].

In the second medical use patent, the question that arises is whether one can obtain a patent for an invention which consists of the application of a known therapeutic substance to a new therapeutic application, unknown until this time. An already known drug can be patented for new medical use (new medical indication). Where a substance or composition is already known, it may still be patentable under Article 54(4) of the EPC, provided that the known substance or composition was not previously disclosed for use in a method referred to in Article 53(c) of the EPC[10]. As in EPC and EPO member states, the second medical use patent protects the use of a known substance in a new treatment. In this case, the already known substance is patent protected only if it is used for a new therapeutical application that is not disclosed before. In the circumstances of a second medical use, the substance is protected only for the second medical use and can be freely used for the first medical use if the patent for the previous medical use has expired. As the patented indication is protected and the patent holder has the exclusive right to make use of it, the unpatented indication remains in the public domain and can be exploited freely, as long as the patent rights of the same substance are complied with.

In this scenario, the patent holder of the second medical use patent can't prohibit the use of the substance for the already known medical use. So even if there is only one non patented use, the patent holder can't prevent the use of the substance for the non-patented use. In case of direct infringement of the second medical use, the manufacturer of the product is producing it for the patented use without authorisation. In case of indirect infringement, the manufacturer, in appearance, is using the product for the unpatented therapeutical indication but, in fact, is promoting the patented use for the patented therapeutical use.

The classical distinction between patented and non-patented use is made through the labels put on the products. A drug with more than one indication may be marketed by the patent holder bearing a full label, which means that the label of the drug is bearing the patented indications, as well as the non-patented ones. The full label shows that the product is meant for all the indications. On

---

[9] Yarg. HGK E. 2017/11-145, K. 2021/1278, T. 21.10.2021, kazanci.com.tr, accessed 08.09.2022.

[10] EPO Guidelines for Examination, Part G, Ch VI, 7.1, https://www.epo.org/law-practice/legal-exts/html/guidelines/e/g_vi_7_1.htm, accessed 25 May 2022.

the contrary, the generic manufacturer has no right to market the product for the patented indications. In other words, the generic drug manufacturer has to carve out the patented indications and put only the indications which are in the public domain[11]. The products for the non-patented use are marketed under a skinny label, which bears only the non-protected indications.

The skinny labels are important to interpret the purpose of the manufacturer since the manufacturer has to market only the non-patented products in order not to infringe the patent. The skinny labels are just one of the signs showing the intent of the manufacturer.

The problem with the skinny labels is that, despite the label indicating only the non-patented indications, the medical practitioners, such as physicians, can still prescribe, and pharmacists can still dispense the non-patented products for the patented use. In some countries, such as the UK, the drugs are prescribed by the generic name of the chemical substance (its pharmaceutical international non-proprietary name - INN)[12]. In this case, no difference is made between the prescription for the use in the patented therapeutical condition, and the prescription for the use in the non-patented therapeutical condition since both conditions are treated with the same drug and the physician prescribes only the INN. Under those circumstances, the indication on the skinny label has a little effect on the use of the drug for the non-patented area. Despite the skinny label, the physician will prescribe the INN for the patented condition, and the pharmacist will dispense the less expensive product, which is usually the generic drug.

As seen above, despite the skinny labels, the drug intended to be used within the non-patented scope could still be used within the patented scope of the product (cross-label use). In this case, will the manufacturer be held liable for indirect infringement despite the fact that the skinny label is put on the product?

In case the generic manufacturer of the drug has put a skinny label on the product and carved out the patented use, the manufacturer can't be held

---

[11] Warner-Lambert Company LLC v Generics (UK) Ltd (t/a Mylan) & Others, UKSC 56, 2018, para 65, https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0197-judgment.pdf, accessed 07.09.2022; BUTRİY Olena, "The interpretation of second medical use claims and the indirect nature of their infringement", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**,, Vol. 13, No. 1, 2018, pp. 61-67, p. 62.

[12] The same rule applies in Germany; BERRİSCH, pp. 38-47, p. 41. In some countries like Turkey, the drugs are prescribed not by their names, but by the tradename of the drug.

responsible for indirect infringement unless he has induced third parties to use the drug for the patented indication. In second medical claims, the use of the drug in the non-patented use is not considered infringement unless the manufacturer has acted in a way to promote the patented use.

A. UK Practice

In the leading case Warner-Lambert v. Actavis, the non-infringing use of the Swiss-form claims was at issue. There were different approaches regarding the protection of second medical claims. According to Arnold J's approach, second medical claims in Swiss-form claims can't be indirectly infringed since the drug was manufactured by Actavis and the drug was supplied with a skinny label, where only the non-protected uses of the drug were listed. Arnold J stated that since no wholesaler or pharmacist will use the manufactured drug to prepare a pharmaceutical composition, there was no possibility of indirect infringement[13].

This decision was overturned on appeal, where Floyd LJ pointed out the danger in translating section 60(2) into a requirement for a "downstream act of manufacture". He stated that what is required is that means for putting the invention into effect are provided[14].

In the Warner-Lambert judgment (2018), the Supreme Court stated that claim 3 relates to the manufacture of pregabalin for use as a neuropathic pain killer and that claim is a process claim. Lord Sumption and Lord Reed pointed out that the Swiss-form claims for purpose limited medical use aim to assess the novelty of the product in relation to its second medical use, that the product in itself is not novel and that the treatment method itself is unpatentable. In their reasoning, the Lords stated that the Swiss-form claim protection is more limited in view of the product claim and that this claim can't extend to the steps taken by the pharmacists[15]. In the decision, Lord Briggs stated that in Swiss-type claims, the claim protects the manufacture

---

[13] Generics (UK) Ltd (t/a Mylan) & Others v.Warner-Lambert, Septenber 2015, [2015] EWHC 2548 (Pat)10, para 648, https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7c660d03e7f57eb1fa2, accessed 07.09.2022.

[14] Warner-Lambert Company LLC v Generics (UK) Ltd (t/a Mylan) & Others, 13.10.2016, [2016] EWCA Civ 1006, para 223,224, https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2016/1006.html, accessed 07.09.2022.

[15] Warner-Lambert Company LLC v Generics (UK) Ltd (t/a Mylan) & Others, [2018] UKSC 56, para 88.

of the product for a new use and that the acts of the pharmacists are not influenced by the claim. Lord Briggs stated that according to his view, the process claims are limited to the manufacture[16]. To sum up, according to the Supreme Court decision, the "use of [pregabalin] for the preparation of a pharmaceutical composition for treating neuropathic pain" relates to the manufacture only and the downstream conduct of the pharmacists is not prohibited by the patent. The only decisive factor for liability is how the product is presented after its manufacture.

In his judgement, the Supreme Court gave some guidance regarding the acts taking place downstream and upstream in the generic market. The actors in the downstream market are the importers, distributors, wholesalers and dispensing pharmacists[17]. Section 60(1)(c) is concerned with conduct downstream of manufacture, such as "supplying the means" and "dealing in the product"[18]. The actor in the upstream generic market is the manufacturer, and the process claims are limited to the manufacture[19]. The steps related to the upstream activity are steps related to the manufacture, wording, drug packaging, and labelling of the product[20].

Warner-Lambert decision illustrates the balance of interest between the owner of the patent to protect his patent and the generic company to manufacture and promote the generic version of previously patented drugs. The manufacture and marketing of a product for a non-patented use doesn't infringe the rights of the patent holder[21].

As a result, in UK jurisdiction, if a claim is formulated in a Swiss-form claim, no indirect infringement could take effect. But in reality, Warner-Lambert suffers damages. To prevent those damages, it was proposed to prescribe and dispense pregabalin for neuropathic pain, by the brand name Lyrica, instead of the generic name *pregabalin*.

By order of 2 March 2015, the High Court of Justice (Mr Justice Arnold) ordered the National Health Service (NHS) to issue guidance to ensure

---

16 ibid, para 135.

17 ibid, para 64.

18 ibid, para 135.

19 ibid, para 135.

20 Butriy, 64.

21 PİLA Justin /TOREMANS Paul, **European Intellectual Property Law**, 2. edition, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 189.

that doctors prescribe pregabalin for the treatment of neuropathic pain using the Lyrica® brand name and pharmacists dispensing pregabalin for the treatment of neuropathic pain using the Lyrica brand name. However, when prescribing and dispensing pregabalin for the treatment of anything other than pain, continue to use the generic name pregabalin[22].

As seen, even if no patent infringement occurs, the patent holder can suffer damages, which can be only avoided by prescribing the brand name of the product for the use in the indication taking place in the patent.

Even if, according to UK law and practice, there is no indirect infringement carried out by the physicians and pharmacists, it is still obvious that when there is one non-patented use, there is no infringement unless other circumstances influence the situation.

B. German Practice

In Germany, as in the UK, physicians are encouraged to prescribe the drugs generically by the name of the active ingredient. The standard version of the prescription is designed to allow substitution of the branded products according to the active ingredient. Besides, there is a substitution obligation for pharmacists, who are required to dispense the least expensive product having the same active ingredient[23].

Second medical use claims drawn up as Swiss-form claims are method claims, as in the UK and in France. But in case of infringement, courts in Germany leave this strict classification and interpret those claims as product claims for the use in the indication specified in the claim[24]. In Germany, no distinction is made between the enforcement of second medical use claims in the Swiss-type format and those in the EPC 2000 format. They are all universally regarded as giving purpose-limited product protection[25].

If the patented indication of a product is carved out, no infringement occurs. And if no additional advertising for the use of the product for the indi-

---

22 [2015] EWHC 485 (Pat), Judgement of 2 March 2015, https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2015/485.html accessed, accessed 25.May 2022.

23 BERRİSCH, p. 41.

24 RÜTİNG Dr. Kai, "A New Scenario for Infringement of Second Medical Use Patents: Are Generics Liable when They Participate in Discount Contract Tenders?", https://information.patentepi.org/1-16/infringement-second-medical-use-patents.html, accessed 25 august 2022.

25 FSC, GRUR, 2014, 461 - Kollagenase I; GRUR 2016, 921 - Pemetrexed.

cation stated in the patent takes place, no indirect infringement occurs either. There is indirect infringement only where there is a clear inducement for the use of the product in the indication stated in the patent. As in the UK, in German case law, direct infringement of the Swiss form claim depends on the way the drug is presented. This concerns the packaging, the labelling, the dosage, and the wording of the manufactured drug.

In the Ribavirin case, the Court stated that only the upstream activities could be considered as indirect infringement[26]. Products which are the subject matter of the patent and constitute infringement are those which are sensibly prepared for the patented use. In the case where the products are adapted for the patented use, and it is apparent from their technical design, indirect infringement occurs[27].

One issue considered by the courts was the regulatory reimbursement practice of public health insurance companies. The discount contracts between the public health funds and the generic companies influence the turnover of the company. In order to increase their turnover, generic companies tend to participate in the tenders without excluding the patented indication, despite the fact that the patented indication does not take place on the label. According to the German Courts, generic companies are liable for indirect infringement if they had participated in public tenders of health insurance without excluding the patented indication from the tender[28]. In Lyrica case, the generic manufacturer participated in public tenders for discount contracts conducted by public health insurance without notifying the health insurance that the use of the generic drug for the indication taking place in the patent would constitute indirect infringement. The claimant Warner-Lambert argued that besides participating in tender offer for rebate agreement without notifying the health insurance about the abovementioned situation, taking place in the database of the pharmacies and the wholesalers without notifying them that the drug can't be marketed for the indication in the patent would constitute indirect infringement. The Hambourg court granted a pre-

---

[26] District Court of Düsseldorf, 24 February 2004, Case No. 4a O 12/03, GRUR-RR 2004, 193 (196) - Ribavarin. In it's judgement in Warner-Lambert Company LLC v Generics (UK) Ltd (t/a Mylan) & Others [2016] EWCA Civ 1006, para, 224.

[27] Case 2 O 35/16, BeckRS, 2019, 27104.

[28] Warner Lambert LLC v. Hexal AG et al., District Court of Hamburg, 2 April 2015, Case Nos. 327 O 67/15 (Hexal), 327 O 143/15 (1A Pharma), 315 O 24/15 (Ratiopharm), 327 O 132/15 (Glenmark) and 327 O 140/15 (Aliud Pharma). See, RÜTİNG.

liminary injunction with regard to the participation in public tenders for rebate agreements[29]. It was stated that even when the indication taking place in the patent is not indicated in the leaflet and is carved out, there will still be indirect infringement.

Starting with Östrogenblocker case, the German Courts adopted a different approach regarding second medical use infringement. If the generic drug manufacturer is (or at least should have been) familiar with the prescription practice, which is favourable for generic manufacturer's trade and if the manufacturer nonetheless exploits this proactively by supplying its wholesalers, it is adequate to hold the generic drug maker liable under patent law[30].

In the Dexmedetomidin case, OLG Düsseldrof stated that the manufacturer of a product which is produced and labelled out of the patented use can still infringe the patent, even if it has not itself undertaken any infringing acts, adding that this would be in exceptional cases[31].

In a recent decision concerning the active substance Fulvestrant, the Court of Appeal of Düsseldorf formulated a two-step examination: the first thing to define is whether the patent- compliant use is of sufficient scope of use, and then the second thing to define is whether the generic manufacturer is (or at least should have been) aware of the use[32].

In the abovementioned cases, the active substances were old and unpatented. The use of a known substance for known use would not infringe the patent. In the aforementioned cases, the products sold by the generic companies were marketed under "skinny labels", and the label did not contain any information regarding the specific patented use. In those cases, the products were manufactured for non-patented use but ended up being used for the patented one, usually because of the physician's prescription. OLG Düsseldorf stated that even if the producer did not intend the patented use, there still could be patent infringement. But it should be noted that in the aforementioned cases, the Düsseldorf Court rejected the injunction submission

---

29 RÜTİNG, https://information.patentepi.org/1-16/infringement-second-medical-use-patents.html, accessed 25 May 2022.

30 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.5.2017 - I-2 W 6/17; Appeals Court Duesseldorf, GRUR, 2017, 1107 - Oestrogenblocker.

31 Case I-2 U 30/17, GRUR-RS 2018, 2410.

32 OLG Düsseldorf, I-2 U 29/18, 09 January 2019.

based on the fact that sufficient cross-label use had not been established to the court's satisfaction. This means that if the plaintiff can establish "the sufficient extend of use" and the fact that "despite being aware of the patented use, the manufacturer willingly supplied the drug", an interim injunction would be granted[33].

The case-law beginning with Östrogenblocker is rather new, and there are various issues to be addressed. The threshold for "sufficient extend of use" is not clear. It is not clear how "knowledge" and "negligent ignorance" will be assessed. Although the ruling seems to be favourable to the patentee, all three decisions (Östrogenblocker, Dexmedetomidine and Fulvestrant) have been ruled in favour of the defendants. But the fact that in all those cases, the injunctions were not granted shows that the task of proving sufficient evidence seems to be rather difficult.

The German court recognised indirect infringement if the non-patented use was too low compared to the patented use and if the manufacturer (supplier) did not take adequate measures to prevent the patented use. The Court preferred the criterion of not taking the necessary steps to prevent the patented use instead of the inducement criterion. However, in our opinion, such a preference does not comply with the clear text of the law. The law aims to prevent the use of the persons who directly carry out the patented invention. And only if the supplier has an active action for the realisation of this patented use, such as inducement, the result of this action is targeted to be prevented. The decisions of the German Courts paved the way for the patent owner to apply directly to the supplier instead of the direct infringers, which according to our understanding, aggravates the burden of the supplier beyond the letter and spirit of the law.

C. French Practice

In France, two decisions related to the infringement of a second medical use claim have been handed down in a preliminary injunction (PI) application. The claimant in both decisions was Warner-Lambert and its licensee Pfizer. As in the UK judgement, in France, the Swiss-form claims are considered process claims and not product claims.

---

[33] https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck0am31acner80b858w0vy9is/280119-infringement-of- swiss-type-second-medical-use-claims, accessed 07.09.2022.

In the first decision dated 26.11.2018, the Paris District Court rejected the PI claim on the ground that Sandoz has carved out the patent-protected indication from its SmPC and its label and additionally informed more than 30.000 physicians and more than 19.000 pharmacists not to use the generic drug for the patented indication. In its decision, the Court stated that Sandoz could not reasonably be held liable for direct or indirect infringement. The Court stated that direct infringement (art. L 613-3c of the Intellectual property code) is not established in a plausible way and above all during the entire period: the placing on the market and after the hearing, the defender (Sandoz) agreed to send a message to healthcare professionals and to send one even more explicit written message as agreed with the Pfizer companies to the same professionals and to others in the city and in hospitals[34]. The Court denied the indirect infringement on the ground of art. L 613-4/2 on the Intellectual Property Code. The Court stated that it could not be maintained that the French regulatory system relating to the prescription and substitution of medicines will automatically lead to infringement in the event that a second therapeutic use of a given molecule is protected, whereas the previous indications of the same molecule are in the public domain.

The Court stated that it is not in the responsibility of Sandoz to address the health authorities directly and to alert them of the rights of Pfizer related to pregabalin in the treatment of neuropathic pain. The Court noted that this step could only be undertaken by the company holding the patent rights and that this is moreover the reason why the holders of the patent rights are notified of the delivery of an MA (marketing authorisation) to a generic company. Finally, it was indicated that the request towards Sandoz to send an information letter to the College of Physicians and the College of Pharmacists is irrelevant[35]. In its reasoning, the Court held that there has never been evidence that Sandoz induces doctors or pharmacists to sell pregabalin for the treatment of neuropathic pain[36].

---

[34] Tribunal de Grande Instance de Paris, Warner-Lambert Company Llc / Pfizer ltd / Pfizer PFE France c. Sandoz, N° RG: 15/58725, 26 Octobre 2015, pp.15-22, https://eplaw.org/wp-content/uploads/2016/03/FR-Warner- Lambert-Pfizer-v-Sandoz.pdf. accessed, 25 May 2022.

[35] Tribunal de Grande Instance de Paris, Warner-Lambert Company Llc / Pfizer ltd / Pfizer PFE France c. Sandoz, N° RG: 15/58725, 26 Octobre 2015, p.23-24.

[36] Tribunal de Grande Instance de Paris, Warner-Lambert Company Llc / Pfizer ltd / Pfizer PFE France c. Sandoz, N° RG: 15/58725, 26 Octobre 2015, p.24.

The second decision is the decision handed down by the Tribunal de Grande Instance de Paris dated 02 December 2016[37]. Warner-Lambert alleged that the defendants (Sandoz, Generics UK, Mylan, Teva, Zentiva, Sanofi, Biogaran, Ranbaxy and others) would commit infringement knowingly and in bad faith by supplying means essentials to the patent. Warner asserted that pregabalin is a patent-protected medicine for neuropathic pain, and even if prescribed for epilepsy or anxiety (the first medical use), given their obligation of substitution, pharmacists will supply generic Pregabalin even for the patented use.

In its judgement relative to indirect infringement, the Court stated that all the defendants have limited their MA to the non-patented indications and have clearly indicated on the instructions included in the packaging and, above all, have carried out extensive information for pharmacists and doctors prescribers who have been notified each time a product is marketed[38].

The Court stated that even if the distribution and prescription of medicine are regulated because of its dangerous nature, it may be considered a staple commercial product[39]. This is an important notice which approves the view that even if only one non patented use exists, the product supplied for a non-patented use is a staple commercial product. In line with the above mentioned French decision, the Court stated that the defendants are not inducing pharmacists or physicians to substitute generic Pregabalin for the patented use.

3. Indirect Infringement of Second Medical Use Claims Under Turkish Law

Both in Turkey and EU countries, we see that products with a non-patented use do not constitute a direct infringement of the patent and can be characterized as staple commercial products. When we look at the practice of EU member states, we see that drugs are generally prescribed according to their INN names. In fact, as we have seen in the decisions of the English Court, in order to prevent infringement, in the case of a second medical use patent, doctors should prescribe according to the trademark. In this respect,

---

[37] With a docket number 16/57469, https://eplaw.org/wp-content/uploads/2017/01/FR-pr%C3%A9gabaline.pdf, accessed 25 May 2022.

[38] Warner Lambert c. Sandoz and al, pp. 38-39.

[39] Warner Lambert c. Sandoz and al, p. 39.

we can say that the possibility of infringement (at least from this point of view) is weakened considering that healthcare providers in Turkey already prescribe according to the trademark. When we look at the practice in the UK, we realise that it is lawful to supply a known and staple commercial product, for non- patented use. However, it is still possible for the originator pharmaceutical companies to suffer damages. In order to prevent this damage, it was ruled that the National Health Service should publish guidance for doctors and pharmacists. As can be seen, the obligation here is lies on the health authorities, not the supplier.

Similarly, in a decision rendered by the French Court of Justice, it was stated that the company supplying the drug does not need to warn doctors and pharmacists, and that this obligation is on the patent holder.

In our opinion, in terms of Turkish Law, if the person supplying a drug for non-patented use does not promote the patented use of the medicine and does not encourage such use, the supplier should not be held liable for indirect infringement. When we look at the German practice, it is seen that it deviates from the wording of the Law and it is stated by the Court that even in the absence of clear incentive, if the patented use is much higher than the non-patented use, the supplier should be held liable for indirect infringement. According to the decisions, in order to be held liable here, the supplier must clearly know this fact. However, as we mentioned above, there is no reason to deviate from the text of Article 86 of the IPL. In any event, the supplier should only be held liable if it encouraged the patented use.

On the other hand, if the person applying to the Ministry of Health for a drug discount contract also includes the patented use in the indications, the pharmaceutical drug producer might be held liable for indirect infringement. It is understood that the person in question clearly targets the indication protected by the patent. In such cases, it should no longer be possible to claim that there is no infringement.

CONCLUSION

Where there is only one non-patented use, the stress must be added on the fact that in case of second medical use patents, the first medical use doesn’t infringe the second medical use patent. Even in patentee friendly jurisdictions as Germany, indirect patent infringement will occur only if the generic manufacturer of the substance, despite knowing that the product is

used in the scope of the patent in sufficient extend, didn't take steps necessary which could be reasonably expected from him to minimize the risk of the infringing use. In German practice, if the extent of use is not sufficient or if the manufacturer took the necessary measures to prevent the patented use, no indirect infringement will occur. Necessary steps might be steps where the manufacturer put the necessary warning on the labels and warns the potential users that the use in the patented way is unauthorized use and will be qualified as infringement. But in principle, there is no indirect infringement in case of strictly first medical use.

In our opinion, in Turkish Law, in view of the explicit provision of Article 86 of the Industrial Property Law, indirect infringement of the second medical use patent may be possible if there is an inducement to use the non-patented product within the scope of the patent. The patent owner cannot prohibit the supply of the product if there is no inducement. The fact that the patent holder suffers damages is not enough to prevent the manufacturer of the non-patented product to put it on the market. The key factor is that the product itself is not patented and the patent law targets only the unauthorized use of the patent. There are some remedies that the patent holder should apply. The patent holder can apply to the National Health Service (NHS) and ask to issue guidance to ensure that doctors prescribe the opponent's product only for the non-patented use; the patent holder can send letter to the physicians and pharmacist in order to warn them about his rights on the patented use.

It should be borne in mind that patent law is about prohibiting the unauthorised use of the patent. The purpose of patent law is not to create barriers to entry to the market. Patent law should not obstruct competition or create evergreening patents. Prohibiting the supply of a pharmaceutical product, which is not patent-protected, should be ultima ratio and should be applied if conditions of art. 86 IPL take place.

KAYNAKÇA

AY KAPLAN Ülkü, "İlaç Patentlerinde İkinci Tıbbi Kullanım", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S.1-2, 2020.

BENTLY Lionel / SHERMAN Brad, **Intellectual Property Law**, Oxford University Press, Oxford, 2018.

BERRİSCH Clara, "Second medical use claims and scope of protection", **Stockholm Intellectual Property Law Review**, V 2, I1, June 2019.

BHAGWAT Mitali / KAUSHİK Geetesh / SHİVPUJE Vijaykumar, "Second Medical Use Patenting: A Review of Practices Across Different Jurisdictions", **JIPR**, V.21, July 2016 BUTRİY Olena, "The interpretation of second medical use claims and the indirect nature of their infringement", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**,, Vol. 13, No. 1, 2018 FİSHER Matthew, "Second medical indications and the Swiss-form claim: taming Frankenstein's monster: Part 1 - solving one problem creates another", **EIPR**, Vol. 39, 2017.

GÜNEŞ İlhami, **Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2019.

KÖKER Ali Rıza / YALÇINER Uğur, **Uzman Gözüyle Patent ve Faydalı Modelden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

MUTLU Aydın, "İkinci Tıbbi Kullanım İstemlerinin Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Patentlenebilirliği", **Ankara Barosu FMR**, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, 2017.

PİLA Justin /TOREMANS Paul, **European Intellectual Property Law**, 2. edition, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 189.

RÜTİNG Dr. Kai, "A New Scenario for Infringement of Second Medical Use Patents: Are Generics Liable when They Participate in Discount Contract Tenders?", https://information.patentepi.org/1-16/infringement-second-medical-use-patents.html, accessed 25 august 2022.

SARAÇ Tahir, **Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması**, Seçkin, Ankara, 2003.

SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2017 ŞEHİRALİ Feyzan Hayal, **Patent Hakkının Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998 TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat, İstanbul 2012.

YUSUFOĞLU BİLGİN Fülürya, "Staple commercial product", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**,, Vol. 17, No. 10, 2022.

YUSUFOĞLU Fülürya, **Patent Verilebilirlik Şartları**, Vedat, İstanbul, 2014.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1817-1840

CİNSİYET KİMLİĞİNİN VE CİNSEL YÖNELİMİN MEDENİ HUKUKTA STATÜSÜ(*)

Doç. Dr. **Özge YÜCEL**(**)

Öz: Cinsiyet hukuksal açıdan biyolojik değil normatif ve sosyal bir kavramdır. Cinsiyet kavramına yüklenen değer yargıları hukuk düzeninin kişilerin bedenlerini ve yaşam alanlarını disiplin altına almasına yol açarken kişilerin kendi kaderini özgürce belirleme hakkını kullanmasına engel olmaktadır. Cinsiyet kimliklerine yüklenen rollerin yarattığı toplumsal cinsiyet eşitsizliği hukuk düzeninde yeniden üretilerek meşrulaştırılmaktadır. Pek çok yasal düzenlemede açıkça okunabilen ayrımcı, dışlayıcı ve kısıtlayıcı yaklaşım yanında yasal düzenlemelerin uygulamada cinsiyetçi biçimde yorumlanması hukukun adaletsizliğini ve sosyal bir baskı aracı olarak kullanıldığını göstermektedir. Bu çalışmada cinsiyet kimliğinin gerekliliği tartışılarak cinsiyet kimliğinin kaydı ekseninde cinsiyet kimliğinin atanması, geçişi ve tanınması sürecinde karşılaşılan hukuksal engeller tartışılmış, ardından cinsel yönelim bir kişilik değeri olarak ele alınarak cinsel yönelimin normlaştırılması ele alınmıştır. Cinsel yönelim bağlamında medeni hukuk düzenlemeleri aracılığıyla kişilerin yaşam alanlarına, evlenme ve aile kurma hakkına doğrudan veya dolaylı, açık veya örtülü olarak gerçekleştirilen müdahaleler eleştirel bir bakış açısıyla tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet Kimliğinin Tanınması, Toplumsal Cinsiyet, İkili Cinsiyet Rejimi, Atanmış Cinsiyet, Aile Kurma Hakkı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 25.02.2022. Makale kabul Tarihi: 12.12.2022.

(**) Ufuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-6472-0977; *ozge.yucel@ufuk.edu.tr*).

THE STATUS OF GENDER IDENTITY AND SEXUAL ORIENTATION IN CIVIL LAW

Abstract: Legally, gender is a normative and social concept, not a biological one. The value judgments imposed on the concept of gender cause the legal order to discipline people's bodies and living spaces. At the same time, they prevent people from exercising their right of self-determination. Gender inequality created by the roles attributed to gender identities is reproduced and legitimized in the legal order. In addition to the discriminatory, exclusionary, and restrictive approach that can be clearly read in many legal regulations, the sexist interpretation of legal regulations in practice indicates the injustice of the law and its use as a social pressure tool. In this study, besides the necessity of gender identity, legal obstacles encountered in the process of assigning, transitioning, and recognizing gender identity in the context of registration of gender identity are discussed. Then, by considering sexual orientation as a personality value, the regulation of sexual orientation is discussed. In the context of sexual orientation, direct or indirect, overt, or covert interventions to privacy, the right to marry and to form a family, through civil law regulations have been critically discussed.

Keywords: Legal Recognition of Gender Identity, Gender, Gender Binary, Sex Assigned At Birth, The Right to form a Family.

GİRİŞ

Cinsiyet ve toplumsal cinsiyetin hukuk düzeni içinde tabi olduğu düzenlemeler ve özellikle medeni hukuk içindeki statüsü, hukuk politikalarına ve özellikle insan haklarının gelişim sürecine bağlı olarak değişkenlik arz etmektedir. Cinsiyetin ve ona yüklenen rollerin medeni hukukta düzenlendiği meselelerin genellikle kişiler hukukuna ve aile hukukuna ilişkin olduğu dikkate alınırsa bu konudaki hukuk politikalarının özel yaşama saygı hakkıyla, eşitlik ilkesiyle ve dolayısıyla kişiliğin korunmasıyla yakın ilişkisi görülebilecektir. Esasen cinsiyet gibi cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim de kişilik hakkına dahil değerler arasında yer almaktadır. Ne var ki cinsiyet kimliği ile cinsel yönelim gibi kişilik değerleri, ad, resim veya inanç gibi kişilik değerlerinden daha farklı algılanarak yorumlanmaktadır, öyle ki diğer değerler özel yaşama ve hatta mahremiyete dahil görülürken cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim kamusal bir mesele olarak değerlendirilebilmektedir. Kişiliğe sağlanan korumanın kişilik değerlerinden olan cinsiyet kimliği ile cinsel yönelim için aynı ölçüde sağlanmaması cinsiyetin hukukla ilişkisinin niteliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla çalışmanın amacı, cinsiyetle bağlantılı olarak cinsiyet kimliğine ve cinsel yönelime ilişkin olarak hukuk düzeninin yasal düzenlemeler ve hukuk uygulayıcılarının yorumu vasıtasıyla yarattığı

ayrımcı kısıtlamaları görünür kılarak bu kısıtlamaların ve yorumların kendi içindeki tutarlılığını tartışmaktır.

Çalışmada öncelikle cinsiyetin hukuksal bir kavram olarak taşıdığı anlam sorgulanarak somutlaştırılmaya çaba sarf edilmiştir. Cinsiyetle bağlantılı bir kavram olarak toplumsal cinsiyet kavramının pozitif hukuktaki karşılığı ve buna yüklenen değer yargıları mevzuat yanında bazı yargı kararları aracılığıyla irdelenmiştir. Ardından kimliğin bir parçasını oluşturan cinsiyet kimliğinin kaydının, tespitinin ve izlenmesinin gerekliliği tartışılarak, bu bağlamda cinsiyet kimliğinin medeni hukuk kuralları çerçevesinde nasıl belirlendiği eleştirel bir yaklaşımla incelenmiştir. Başkaları tarafından belirlenen cinsiyet kimliği ile kişinin kendi belirlediği cinsiyet kimliğinin birbirine uygun düşmemesi halinde kişinin belirlediği cinsiyet kimliğinin nasıl tanınabildiği Türk Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemeler çerçevesinde irdelenmiştir. Son olarak cinsel yönelimin kişilik değeri olarak taşıdığı anlam üzerinde durularak özellikle aile hukukunda cinsel yönelimin tabi olduğu rejim tespit edilerek cinsel yönelim bağlamında hangi hak ve özgürlüklere nasıl kısıtlamalar getirildiği eleştirel bir yaklaşımla ele alınmıştır.

I. HUKUKTA CİNSİYET VE TOPLUMSAL CİNSİYET KAVRAMLARI

1. Hukukta Cinsiyet Kavramı

Hukukun cinsiyetle ilişkisi bir yönüyle oldukça eskidir, çünkü ataerkil iktidar yüzyıllardır hukuk kuralları aracılığıyla kadınlar üzerinde baskı kurarak onları erkeklerin otoritesine tabi tutmaktadır.[1] Hukukun cinsiyet açısından nötr olduğunu iddia etmek yasal düzenlemeler ve yargı kararları göz önünde bulundurulduğunda gerçekçi değildir.[2] Diğer yandan cinsiyetin aslında ne olduğu, bundan ne anlaşılması gerektiği ya da cinsiyetin kişilerin kişilik hakkına dahil değerlerin başında geldiği görece daha yeni hukukun ilgi alanına girmiştir. Ayrıca cinsiyetin hukukta açık bir tanımının olmayışı bu kavramın sosyal baskı aracı olarak kullanılmasına olanak sağlamıştır.

---

[1] UYGUR Gülriz / ÖZDEMİR Nadire, "Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Problemler ve Çözüm Önerileri: Etik Temelde Bir Arayış-Dönüşüm İlkesi I", **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, 2. Baskı, Editörler G. Uygur ve N. Özdemir, Seçkin, Ankara 2019, s. 67-68; YÜCEL Özge, "Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Dersleri", **Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan**, Editörler: M. Akkaya, Z. Müftüoğlu, U. Acun, C. Yalçın ve Y. Çankaya, Atılım Üniversitesi, Ankara 2020, 839 vd.

[2] Aynı yönde bkz. UYGUR / ÖZDEMİR, s. 67-68.

Ataerkil iktidarın kişilerin iradesi dışında oluşturduğu ikili cinsiyet rejiminin hem atanmış cinsiyetiyle uyumlu bireylerin hem de atanmış cinsiyetiyle uyumlu olmayan bireylerin farklılıklarını görmezden geldiği ve dolayısıyla cinsiyetlere dair kör ve dayatmacı tutumu son otuz yılda daha görünür hale gelmiştir.[3]

Hukuk düzeni her ne kadar cinsiyet rejimini normlaştırarak ve cinsiyeti belirli kalıplara koyarak sınırlandırmaya, kontrol etmeye çalışsa da söz konusu hukuk düzeninin bu cinsiyetleri tanımlamak ya da açıklamaktan kaçındığı da bir gerçektir. Kontrol edilmeye çalışılan ve hatta ayrımcılık zemini haline gelen cinsiyetin hem doğal hem de normatif belirsizliği bir yandan yaşamın, bedenin kontrol edilemezliğini açığa çıkarmış, bir yandan da hukuksal güvenliği zafiyete uğratarak ayrımcı uygulamaları dolaylı biçimde meşrulaştırmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden bugün yürürlükte bulunan Anayasalara kadar cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herkesin eşit olduğu öngörülse de toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık hüküm sürmektedir. Toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın ortadan kalkması için etkili politikalar izlenmemesi, aksine kamu hizmetinin bu ayrımcılığı destekler nitelikte işlemesi, devletlerin yasal düzlemde öngörülen eşitliği öne sürerek yükümlülüklerinden kaçındığını gösterir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yalnızca cinsiyet sözcüğünden bahsedilirken cinsiyet kimliği anılmamaktadır.[4] Ancak Türk Medeni Kanunu'ndaki cinsiyet değişikliği düzenlemesi gibi hukuksal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde anlaşılmaktadır ki cinsiyet hukuksal bir kavram olarak cinsiyet kimliğini ifade etmektedir. Cinsiyet kimliğini, dolayısıyla hukuksal olarak cinsiyeti belirleyen kromozomlar ya da

---

[3] Bkz. ÖZKAN Serhat, "Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 1, 2017, s. 56-57.

[4] TC Anayasasında cinsiyet kimliği veya cinsel yönelim yasa önünde eşitlik bağlamında açıkça belirtilmese de "ve benzeri sebeplerle" ifadesi açıkça sayılmayan ayrımcılık sebeplerini de kapsayıcı niteliktedir. Bu konuda bkz. KUDRET Hüseyin Ali, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yasaklanan Ayrımcılık Temeli Olarak Cinsel Yönelim", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 1088 vd. Fakat mevcut ayrımcılığın ortadan kaldırılması için bunların açıkça belirtilmesinin politik bir anlamı vardır. Gerçekten de Bolivya, Ekvador, Fiji, Birleşik Krallık, Malta Anayasası gibi bazı ülkelerin anayasalarında yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı düzenlemelerine cinsiyet yanında açıkça cinsiyet kimliği (*gender identity*) ve cinsel yönelim (*sexual orientation*) dahil edilmiştir. RAUB Amy / CASSOLA Adele / LATZ Isabel / HEYMANN Jody, "Protections of Equal Rights Across Sexual Orientation and Gender Identity", **Yale Journal of Law and Feminism**, Vol. 28, 2016, s. 157-158. Ayrıca bkz. Constitution of Malta, https://legislation.mt/eli/const/eng/pdf (Erişim Tarihi: 18.04.2021).

hormonlar değil, doğum anında hazır bulunan hekim, ebe ya da anne baba gibi kişilerin beyanıdır. Özetle cinsiyet hukuksal açıdan biyolojik değil normatif ve sosyal bir kavramdır.

2. Hukukta Toplumsal Cinsiyet Kavramı

Toplumsal cinsiyet, toplumun cinsiyete, cinsiyet kimliklerine atfettiği, yüklediği her tür değer yargısıdır. Cinsiyet kavramından farklı olarak toplumsal cinsiyetin Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi (İstanbul) Sözleşmesinde bir tanımı bulunmaktadır. Sözleşmenin 3/c hükmüne göre toplumsal cinsiyet, *"herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler olarak anlaşılacaktır"*. Söz konusu değer yargılarına dayanarak üretilmiş roller, yorumlanan tutum ve davranışlar toptan bir kimlik halinde kişilere dayatılmaktadır. Bu beklentiler, yorumlama biçimi ve yakıştırılan ifadelerle uyuşmayan kişiler bazen hukuk düzeni içinde kısıtlamalarla bazen hukuk kurallarından bağımsız olarak toplumda damgalama, dışlama veya aşağılama gibi tepkilerle karşılaşmaktadır. Kişinin kendisine doğrudan veya dolaylı olarak öğretilenler veya dayatılan değer yargıları olmaksızın bireysel ve kendine özgü cinsiyetini inşa etmesine olanak tanınmadığı için kişiler toplumun inşa ettiği cinsiyeti temsil etmek zorunda kalmaktadır.[5] Tam da bu bağlamda cinsiyet kimliği ile toplumsal cinsiyet kavramlarının birbiriyle karıştığı dikkat çekmektedir. Toplumsal cinsiyet kavramı kişinin kimliğini değil, o kimliğe yüklenen anlamı, giydirilen kılığı ifade etmektedir.

İstanbul Sözleşmesinde hakların tanınması yönünden toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmektedir. Sözleşmenin 4. maddesinin üçüncü fıkrasına göre *"Taraflar bu Sözleşme hükümlerinin, özellikle de mağdurların haklarını korumaya yönelik tedbirlerin, cinsiyet, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka tür görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantılı olma, mülk, doğum, cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet kimliği, sağlık durumu, engellilik, medeni hal, göçmen veya mülteci statüsü veya başka bir statü gibi, herhangi bir temele dayalı olarak ayrımcılık yapılmaksızın uygulanmasını temin edeceklerdir"*. Düzenlemeden açıkça anlaşılacağı gibi cinsiyet kimliğinden ayrı bir biçimde top-

---

[5] Bkz. KARADAĞ Nergiz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamında Cinsel Azınlık Hakları. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2007, s. 3-4.

lumsal cinsiyet başlı başına ayrımcılık sebebi olarak ifade edilmiştir. Bunun dışında iç hukuk metinlerinde toplumsal cinsiyet kavramını içeren bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Oysa hukuk düzeninde bahsedilmese de açıklanmasa da farklı cinsiyet kimlikleri arasında yapılan farklı muamelenin toplumsal cinsiyete dayandığı açıktır. Örneğin Anayasa Mahkemesi kadının evlendikten sonra eşinin soyadını almak zorunda bırakılmasına yönelik 1997'de ve 2009'da yerel mahkemeler tarafından yapılan Anayasaya aykırılık konusunda itiraz başvurularını değerlendirirken bu düzenlemeyi gelenekleri, aile yapısını gerekçe göstererek meşrulaştırmıştır.[6] Bu gerekçede adı açıkça konulmasa da gelenekler ve aile yapısı ifadeleriyle kastedilen toplumsal cinsiyet değer yargıları ve rollerinden başka bir şey değildir. Öte yandan bunların haklı ve dolayısıyla gerçek anlamda hukuksal gerekçeler olmadığı bizzat Anayasa Mahkemesi'nin aynı konuda bireysel başvuru üzerine 2013 yılında vermiş olduğu ihlal kararının gerekçesinden anlaşılabilmektedir.[7]

II. SOSYAL BİR BASKI ARACI OLARAK CİNSİYET KİMLİĞİNİN TANINMASI

1. Cinsiyet Kimliğinin Gerekliliği Sorunu

Cinsiyet kimliğinin belirlenmesinin ve ifadesinin toplumsal yaşamda gerekli olup olmadığı bir yana hukuksal ilişkiler bağlamında bunun belirlen-

---

6 AYM, E. 2009 / 85, K. 2011 / 49, 10.03.2011, RG: 21.10.2011: "*İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır. Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasakoyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır. ... Bu kapsamda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.*" Anayasa Mahkemesi'nin aynı konuda yapılan itiraza ilişkin 1998 yılında verdiği kararın gerekçesinde de aynı gerekçelere yer verilmektedir. Bkz. AYM, E. 1997 / 61, K. 1998 / 59, 29.09.1998, RG: 15.11.2002.

7 Bkz. AYM Birinci Bölüm, Başvuru No. 2013 / 2187, 19.12.2013, RG: 07.01.2014.

mesinin ve resmi olarak beyan edilmesinin gerekli olup olmadığı ayrıca sorgulanmaya değer bir konudur. Kişiler cinsiyet kimliğini ifade etmeye toplumsal cinsiyetin varlığı sebebiyle mi ihtiyaç duyar, bu sorunun yanıtını kesin olarak bilmek olanaksız görünüyor. Fakat toplumsal cinsiyet olmasaydı, toplum cinsiyetle bu kadar ilgilenmeseydi ve ona özel anlamlar, değerler yüklemeseydi cinsiyet kimliğinin ifadesinin adımız kadar ve hatta bazen adımızdan daha önemli olabileceği kuşkuludur. Tanımadıkları kadınları sırf kadınlığı sebebiyle ayıplayan, yargılayan veya taciz edenler düşünüldüğünde günümüzde cinsiyet kimliğinin bireysel kimliğin ve kişiliğin önüne çıktığı anlaşılacaktır. Toplumsal cinsiyetin cinsiyet kimlikleri üzerinde kimi zaman ayakta kalma konusunda özel çaba gösterme, kimi zaman iktidar kurma eğilimi gibi etkileri bulunmaktadır. Feminen veya maskülen davranışların bir kimsede iki kutuplu değil, farklı biçimlerde söz konusu olabileceği ve arzuların da cinsiyetle ilgisiz olduğu dikkate alındığında[8] cinsiyet kimliğini önemli ve hatta problematik hale getiren toplumsal cinsiyettir.

Toplumsal cinsiyetin sosyal bir gerçeklik olarak yaşamda kalacağı düşünülürse kişilerin günlük yaşamında ve hatta kurduğu özel ve kamusal ilişkilerde cinsiyet kimliğinin önemli bir rolü bulunmaktadır.[9] Cinsiyet kimliği bazı durumlarda kişinin ayrımcılığa uğramasına bazı durumlarda ise kayırılmasına neden olmaktadır. Kişiler cinsiyet kimliğine dayalı ilişkilerin kurulu olduğu bir toplum düzeninde cinsiyet kimliklerini ifade etmek ve görünür kılmak istemektedir. Ancak bu görünürlük pek çok durumda kişinin şiddete uğrama riskini artırdığı için cinsiyet kimliğinin dışavurumu kişinin içinde bulunduğu şartlara göre değişebilmektedir. Öte yandan atanmış cinsiyet kimliği bir yana bırakılırsa cinsiyet kimliği kişinin kendini tanımlamasıyla belirlenebileceğinden bu kimliğin ad, soyadı gibi değişken olabileceği kabul edilmelidir.

---

8 Ne var ki uygulamada transseksüellik tanısının karara yansıyan bilirkişi raporunda "cinsel kimlik bozukluğu, cinsel yönden kadınlara ilgi duyan" şeklinde ifade edilerek cinsel yönelimle karıştırıldığı görülebilmektedir. Bkz. Y. 2. HD, E. 2009 / 19039 K. 2010 / 20942, 13.12.2010, **2015 LGBTi'lerin Hukuk ve Adalete Erişimi**, LGBTİ'lerin Adalete Erişiminin Güçlendirilmesi Projesi, SPoD Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, İstanbul 2016, s. 52-53.

9 Bkz. SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 7. Bası, Vedat, İstanbul 2017, s. 488.

2. Cinsiyet Kimliğinin Kaydı Sorunu

Kişiliğe dahil olan pek çok değer ve bilgi arasında çok azı devlet tarafından kayıt altına alınarak izlenip kontrol edilmektedir. Devlet tarafından kaydı tutulan bilgilerin seçimi rastlantısal değildir, politiktir. Doğum yeri ve nüfusa kayıtlı olduğu yer gibi bilgilerin nüfus ve iskân politikası bakımından özel bir önemi varken doğum tarihi bilgisi kişinin ehliyetinin ve sorumluluğunun belirlenmesinde önem taşıdığı için kayıt altına alınmaktadır. Cinsiyet kimliğinin kaydı politiktir çünkü özel yaşam ilişkileri gibi kamusal yaşam da cinsiyetlendirilmiştir. Hukuk normları toplumsal cinsiyet değer yargılarına göre biçimlendirilip kişilerin davranışlarına ve özgürlüklerine cinsiyet kimliği aracılığıyla sınır çizilmeye çalışılmaktadır.[10]

Ataerkil iktidarın sürdürülmesi kişilerin cinsiyet kimliğinin durağanlaştırılmasını, herhangi bir üçüncü kişi tarafından bilinmesini zorunlu kılmaktadır. Eğer gerçek anlamda yasa önünde eşitlik hâkim kılınsaydı ve eylemli eşitliği tesis etmek konusunda siyasal irade mevcut olsaydı kişilerin cinsiyet kimliğinin bir önemi olmazdı. Bu noktada gebelik, annelik gibi durumlar sebebiyle önlemler alınması ya da emeklilik, askerlik gibi statüler için cinsiyet kimliğinin bilinmesinin gerektiği iddiası da yerinde değildir. Gebeliğin veya anneliğin cinsiyet kimliğine bağlı olmadığı bir yana emeklilik yönünden ideal eşit toplum koşullarında cinsiyet kimliğinin değil sağlık koşullarının esas olması gerekir. Toplumsal cinsiyet rollerinin kadınlara yüklediği görünmez kılınmış emek sebebiyle emeklilik yaşının erkeklere göre farklılaştırıldığını anlamak zor değildir. Öte yandan vatan görevi yönünden de askerliğin veya vicdani reddin cinsiyet kimliğinden bağımsızlaşması gereklidir.

Cinsiyet kimliğinin resmi kayıtlar aracılığıyla devlet tarafından izlenmesi ve dolayısıyla durağanlaştırılması genellikle bu kimliğin belirlenmesinin salt kişinin iradesine bağlı olmamasını beraberinde getirmektedir. Nasıl ki adın değiştirilmesi için mahkemenin bu talebin haklılığı konusunda ikna edilmesi gerekiyorsa mevcut hukuk sisteminde de cinsiyet kimliğine ilişkin kaydın değiştirilmesinde haklı bir sebebin varlığı konusunda mahkemenin ikna edilmesi gereklidir. Üstelik din hanesi gibi tümüyle boş bırakmak gibi bir seçeneğin hiç sunulmaması kişileri cinsiyet kimliğini ifade etmeye zorlamakta, bu konuda seçim yapma ve bu seçimi kamusallaştırma konusunda baskı oluşturmaktadır.

---

[10] Aynı yönde bkz. SEROZAN, s. 488.

3. Cinsiyet Kimliğinin Atanması

Dünyaya gelen bir çocuğun cinsiyet kimliğinin beyan edilmesi konusunda devleti hukuk kuralları aracılığıyla çocuğun yasal temsilcilerine dayatmada bulunduğu için çocuk kendi kimliğini belirlemeden onun adına, onun yerine cinsiyet kimliği başkaları tarafından belirlenmektedir. Kişinin iradesi yok sayılarak cinsiyet kimliğinin belirlendiği bir süreç sebebiyle cinsiyet kimliğinin atandığından söz edilir.

Cinsiyet kimliğinin atanmasında başvurulan usulün herhangi bir yasal dayanağı olmadığı gibi bilimsel bir dayanağı da yoktur. Bir başka ifadeyle salt dış genital organa bakarak cinsiyet kimliğinin atanması yanıltıcıdır.[11] Kişinin fizyolojik özelliklerinin farklı varyasyonlarda olabildiği gerçeği bir yana fizyolojik özellikler cinsiyet kimliğini belirlemeye yeterli değildir, kişinin kendini nasıl ifade ettiği asıl olandır. Bu şekilde cinsiyet atamasının herhangi bir yasal dayanağı da olmadığı için keyfi biçimde atandığı söylenebilir. Aynı keyfiliğe atanmış cinsiyetiyle uyumlu olmayan bir kişinin daha sonra cinsiyet kimliğinin tanınması için yaptığı başvurunun dış genital organ dikkate alınarak cinsiyet uyum sürecinin tamamlanmadığı gerekçesiyle reddedilmesinde de rastlanır.[12] Oysaki kişinin temel hak ve özgürlüklerini kullanmasını çok ciddi biçimde etkileyen cinsiyet kimliği rejiminin kendisi dışındaki kimselerin keyfi tasarruflarına bağlı tutulması hukuksal güvenlik hakkını da ihlal etmektedir.

Cinsiyet kimliğinin atanmasında yöntem açısından var olan dayatmanın ve cinsiyet kimliğini beyan etme zorlamasının yanında ikili cinsiyet rejimi içinde bir seçim yapma konusundaki zorlama da kişilik hakkına yönelik ölçüsüz bir müdahaledir.[13] Çocuğun cinsiyet kimliğinin "çeşitli" seçeneğiyle

---

[11] ATAMER Yeşim M. / TAŞKIN Z. Damla, "Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri", **Yargıtay Dergisi**, Cilt 42, Sayı 4, 2016, s. 751; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir mi? (Fransız, Alman, İsviçre ve İsveç Hukukları ile Mukayeseli Olarak)**, Filiz, İstanbul 1986, s. 13.

[12] Transseksüel bir erkeğin cinsiyet değişikliği operasyonu geçirdiğini belgeleyerek cinsiyet kimliğinin tanınmasını istediği davada mahkeme, davacının ürolojik olarak erkek dış genital organı bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Bkz. Y. 2. HD, E. 2005 / 17485, K. 2006 / 1343, 13.02.2006, **LGBT Davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları**, Türkiyeli LGBT'lerin Adalete Erişim Mekanizmalarının Güçlendirilmesi Projesi, SPoD Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, İstanbul 2012, s. 57.

[13] Aynı yönde bkz. ATAMER / TAŞKIN, s. 757; DEDE İsmail, "Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün müdür?", **Toplumsal**

ya da "interseks" seçeneğiyle kaydedilmesine Türkiye hukukunda olanak tanınmamaktadır. Bu bağlamda Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi'nin 2017 yılında üçüncü bir cinsiyet kimliği atamaya izin verilmesi yönünde vermiş olduğu karardan söz etmekte yarar vardır.

Almanya'da Kişisel Durum Yasasının 22. paragrafında (maddesinde) doğan çocuğa ne erkek ne de kadın cinsiyetinin atanabildiği durumlarda cinsiyet kimliği konusunda herhangi bir kayıt girilmeksizin doğum kaydının gerçekleştirilebileceği belirtildiği halde bu düzenleme ayrımcılığın önüne geçilmesi bakımından yeterli bulunmamıştır. Zira doğum sonrası anne baba tarafından cinsiyetin atanması zorunlu olmaktan çıkmışsa da nihayetinde ilgili kişinin kendisi daha sonra ikili cinsiyet rejimi içinde bir seçim yapmak zorunda bırakılmaktaydı. Bu nedenle Federal Anayasa Mahkemesi'ne yapılmış olan bireysel başvuru sonucunda kadın, erkek cinsiyet kimlikleri dışında pozitif anlam içeren üçüncü bir seçeneğin de cinsiyet kimliği atamasında veya daha sonra ilgili kişilerce bizzat yapılacak cinsiyet kimliği beyanında bulunması gerektiği kabul edilmiş, bu yönde yasal düzenleme yapılmasına karar verilmiştir.[14] Bunun üzerine 2018 yılında Kişisel Durum Yasasının 22. paragrafındaki düzenlemede yapılan değişiklikle birlikte çocuğun cinsiyet kimliğinin kadın veya erkek olarak atanamadığı durumlarda hiç atanmayabileceği veya "çeşitli" (divers) ibaresiyle atama yapılabileceği öngörülmüştür.[15]

4. Cinsiyet Kimliğinin Geçişi veya Tanınması

Cinsiyet kimliğinin resmi olarak doğumdan itibaren kayıt altına alınması ve atanması dışında bir yol bırakılmaması, kendisine atanan cinsiyet kimliğiyle uyuşmayan kişilerin bu kimlik bilgisini değiştirmek için yasada öngö-

Cinsiyet ve Hukuk, Cilt II, Editörler Z. Ö. Üskül Engin, D. Çörek ve G. Öcal, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 270-271. ALÇIK, cinsiyet kimliğini transseksüellerin durumunu açıklarken *"psikolojik cinsiyet"* şeklinde ifade etmektedir. Gerçekten kişinin kendini nasıl gördüğü, kişinin katılımı ve iş birliği olmaksızın başkalarınca tespit edilemeyeceğine göre kendisine sunulan seçeneklere uyum sağlamaması olağandır. Bkz. ALÇIK Merve, "Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, 1878.

[14] Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16 - Rn. 1-69, http://www.bverfg.de/e/rs20171010_1bvr201916.html (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

[15] Kişisel Durum Yasasında değişiklik yapılmasını öngören kanun 22.12.2018'de yürürlüğe girmiştir. Bkz. Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP19/2390/239069.html (Erişim Tarihi: 17.04.2021); Personenstandsgesetz (PStG), https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/__22.html (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

rülen esas ve usuller doğrultusunda aktif çaba göstermesini ve kendi seçtiği cinsiyet kimliğini beyan etmek ve hatta bilimsel temeli olmayan biçimde ispatlamak zorunda bırakılmasını beraberinde getirmektedir.

Cinsiyet kimliğinin tanınması konusunda farklı hukuk düzenlerinde birbirinden farklı koşullar öngörülebilmektedir. Pek çok hukuk düzeninde kişinin beyanı yeterli görülmeyip onur kırıcı şartlar aranmaktadır. Transgender Europe ağının cinsiyet kimliğinin tanınması önündeki engellere göre farklı ülkelerdeki durumu ortaya koyduğu haritasında cinsiyet kimliğinin tanınmasını kolaylaştıran yasal düzenlemeler, idari önlemler olup olmadığı, ad değişikliğine izin verilip verilmediği, tıbbi tanı veya psikolojik görüş alınmasının gerekli olup olmadığı, zorunlu tıbbi müdahale veya cerrahi müdahale şartı aranıp aranmadığı, üreme yeteneğinden yoksun hale gelme şartının aranıp aranmadığı, evliyse boşanmasının zorunlu olup olmadığı, yaş kısıtlamasının bulunup bulunmadığı ve ikili cinsiyet rejimi içinde kalma zorunluluğu olup olmadığı kriterleri sıralanmaktadır.[16] Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2010 yılında aldığı tavsiye kararının 20. maddesinde cinsiyet kimliğinin tanınmasının önünde engel oluşturan onur kırıcı şartların kaldırılması konusunda üye devletlere tavsiyede bulunmuştur.[17] Söz konusu kriterler çeşitli ülkelerde karşılaşılan yasal veya fiili engellere dayanan deneyimlerden hareketle sıralanmaktadır. Karşılaşılan engeller bazen doğrudan yasal düzenlemeden bazen yasanın idari otoriteler veya yargı mercileri gibi uygulayıcılar tarafından yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

Transseksüelliğin bir hekim tarafından tespit edilmesi yeterli görülmeyerek cinsiyet uyum sürecinin mental sağlık için zorunlu olduğunun raporlanması şartı aslında transseksüelliğin patolojik bir konuma yerleştirildiğini ortaya koymaktadır.[18] Oysaki 2018 yılında Dünya Sağlık Örgütünün yayımladığı sağlık sorunlarına ilişkin *"International Statistical Classification of*

---

[16] Trans Rights Europe & Central Asia Index 2020, https://tgeu.org/wp-content/uploads/2020/05/index_TGEU2020-ENG.png (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

[17] Recommendation CM/Rec (2010) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity (Adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010 at the 1081st Meeting of the Ministers' Deputies), https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047f2a6 (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

[18] SERT ise hekimin düzenleyeceği rapor sayesinde transseksüel olan başvuranın operasyonla ilgili olarak yeterli düzeyde aydınlatılarak onamının alınıp alınmadığını kontrol etme imkânını hâkime tanıdığı görüşündedir. SERT Selin, "Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme", **TBB Dergisi**, Sayı 118, 2015, s. 258-259.

Diseases and Related Health Problems" başlığını taşıyan kılavuzunun 11. Versiyonunda transseksüellik "Zihinsel ve Davranışsal Bozukluklar" kategorisinden çıkarılmış, "Cinsel Sağlığa İlişkin Koşullar (Durumlar)" adıyla yeni bir kategori oluşturularak bu kategoriye eklenmiştir.[19]

Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde cinsiyet değişikliği başlığı altında cinsiyet kimliğini değiştirmenin yolu düzenlenmiştir. Eski Medeni Kanun'un 29. maddesinden farklı olarak yürürlükteki kanunda cinsiyet geçiş operasyonu geçirmek için bir dizi şartın aranması önceki kanunla kıyaslandığında insan haklarının tanınması yönünden geriye doğru giden bir değişiklik olmuştur.[20] Zira yürürlükten kalkmış bulunan Türk Kanunu Medenisi'nin 29. maddesine 1988 yılında 3444 sayılı yasayla eklenen ikinci fıkrada öngörülen düzenleme gereğince cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişilerin bu durumu belgelemesi yeterli kabul edilmekteydi, eğer kişi evliyse cinsiyet kimliğinin resmen tanınmasıyla birlikte evlilik de yasa gereği son bulmaktaydı.[21] Dolayısıyla operasyon geçirmek için önceki yasaya göre izin alma şartı bulunmamaktaydı. Yürürlükteki TMK 40. maddesine göre cinsiyet geçişi operasyonu için aranan şartlar 18 yaşını doldurmuş olma[22], evli olmama, transseksüellik, operasyonun kişinin ruh sağlığı için gerekli olmasıdır.[23] Üreme yeteneğinden yoksun olma şartı[24] hem anlamsız hem de ölçüsüz

---

[19] ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics (Version: 09/2020), https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2ficd%2fentity%2f577470983 (Erişim Tarihi: 17.04.2021); WHO/Europe Brief - Transgender Health in the Context of ICD-11, https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/gender/gender-definitions/whoeurope-brief-transgender-health-in-the-context-of-icd-11 (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

[20] Aynı yönde bkz. ATAMER / TAŞKIN, s. 726. Bu konuda ayrıca bkz. MAKARACI BAŞAK Aslı / ÖKTEM ÇEVİK Seda, "Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk**, Cilt II, Editörler Z. Ö. Üskül Engin, D. Çörek ve G. Öcal, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 2 vd.

[21] 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi Madde 29/2: *"Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur."* Bkz. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.743.pdf (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

[22] Öğretide haklı olarak erginlik şartı eleştirilmektedir, erginlikten önce kişinin cinsiyet kimliğinin tanınmamasının ciddi travmalar yaratabileceğine işaret edilmektedir. Bkz. ATAMER / TAŞKIN, s. 740-741.

[23] 1988 öncesinde henüz Türkiye'de transseksüellerin cinsiyet kimliğinin tanınması konusunda düzenlemenin bulunmadığı dönemde transseksüeller için operasyonun bir zorunluluk olduğu, aksinin psikolojik sağlık yönünden felaket olduğu ifade edilerek cinsiyet kimliğinin tanınması gerekliliği ile cinsiyet uyum sürecinde cerrahi müdahalenin gerekliliği birbirinden ayırt edilememiştir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 16-17.

olması sebebiyle hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından AİHS madde 8'e aykırı bulunmuş[25] hem de daha sonra Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itiraz başvurusunda söz konusu şart Anayasaya aykırı bulunarak 2017 yılında verilen kararla iptal edilmiştir.[26]

Transseksüel kişiler için ameliyat, bir psikososyal endikasyonu bulunan bir seçimdir, her tıbbi müdahale gibi bu konuda da yaşamsal riskleri[27] göze alarak kabul edip etmemek başka bir kişiye bırakılamayacak kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır[28], yasal temsilcinin rızası dahi aranmamalıdır.[29] Böylesine kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı ve kullanılmaması konusunda kişinin yargıya hesap vermek zorunda bırakılması kendi başına onur kırıcı bir muamele oluşturmaktadır, bu nedenle cinsiyet kimliğinin tanınması için ameliyat geçirme şartı aranması yerinde değildir.[30] Ne var ki Anayasa Mahkemesi'ne yerel mahkeme tarafından ameliyat şartının Anayasaya aykırılık iddiasıyla yapılmış olan itiraz başvurusu oyçokluğuyla reddedilmiştir, ancak çoğunluğun görüşüne katılmayan Yüksek Mahkeme üyelerinin karşıoy gerekçeleri ameliyat şartının kişinin kendi kaderini tayin etme hakkının önünde gereksiz ve ölçüsüz bir kısıtlama oluşturduğunu açıklamaktadır.[31] Cinsiyet kimliğinin özgürce belirlenmesi konusunda kişinin serbestçe kaderini tayin etme hakkına yapılan vurgu kişiliğin korunmasıyla yakından ilişkilidir.[32] Öte yandan cinsiyet kimliğinin geçişi konusunda yalnızca tek

---

[24] 1988'deki düzenlemede üreme yeteneğinden yoksunluk şartı aranmadığı halde o dönemde öğretide bu şartın aranması gerektiği ileri sürülmüş, gerekçe olarak trans erkeğin doğurmasının kabul edilemeyeceği belirtilerek o dönemde İsviçre, Almanya, İsveç gibi Avrupa ülkelerinin hepsinde ameliyat şartı aranmasa da üreme yeteneğinden yoksunluk şartının arandığı ifade edilmiştir. ÖZTAN Bilge / WILL Michael R., "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu", **AÜHFD**, Cilt 43, Sayı 1-4, 1993, s. 246-247.

[25] AİHM Eski İkinci Bölüm, Y.Y. / Türkiye Davası, Başvuru No. 14793 / 08, 10.03.2015, https://hudoc.echr.coe.int/ (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

[26] AYM, E. 2017 / 130, K. 2017 / 165, 29.11.2017, RG: 20.03.2018.

[27] Cinsiyet geçişinin cerrahi müdahalelerle gerçekleşmesi halinde kişi açısından yarattığı tıbbi riskler hakkında bkz. BAFRA Jale, "Türkiye'de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar", **Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi**, Sayı 1, 2004, s. 47-48.

[28] Aynı yönde bkz. MAKARACI BAŞAK / ÖKTEM ÇEVİK, s. 16.

[29] ATAMER / TAŞKIN, s. 741. Benzer şekilde bkz. SERT, s. 260.

[30] ATAMER / TAŞKIN, 754-759.

[31] AYM, E. 2015 / 79, K. 2017 / 164, 29.11.2017, RG: 20.03.2018.

[32] 1988'de Türk Medeni Kanunu'nda cinsiyet kimliğinin tanınması konusunda ilk düzenleme yapılmadan önce B. Erkoç'un açtığı davaya ilişkin kararın Yargıtay önünde değerlendirilmesi sürecinde konu TMK madde 23 bağlamında tartışılmışsa da karşıoy yazısı yazan Namık Yalçınkaya haklı olarak TMK madde 23'ün cinsiyet değişikliği konusunda kişinin rıza göste-

seçenek bırakılması kendisini ikili cinsiyet rejiminin dışında tanımlayan (*non-binary*) kişileri zor durumda bırakmaktadır.

III. CİNSEL YÖNELİM ÇEŞİTLİLİĞİNİN HUKUKLA İMTİHANI

1. Kişilik Değeri Olarak Cinsel Yönelim

Türk Medeni Kanunu'nun Kişiler Hukuku kitabında düzenlenen kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerde kişiliğin tanımlanmadığı görülür. Yasa koyucunun bu konuda tanım veya açıklama yapmaması bir eksiklikten ziyade bir tercihtir. Çünkü doktrinde de belirtildiği üzere kişilik değerlerinin sayma yoluyla açıklanması daima yetersiz ve dışlayıcı olacaktır.[33] Kişilik değerleri kişinin kendini gerçekleştirme biçimine, başkalarıyla kurduğu ilişkilere göre çeşitlenir. Başkalarıyla kurduğumuz ilişkileri etkileyen kişilik değerlerinden biri de cinsel yönelimdir. Başkasına duyulan duygusal, romantik, cinsel çekim cinsel yönelimle ilişkilidir.

Heteronormatif bir toplum düzeninde herkesin tek tip cinsel yönelim içinde olduğu, heteroseksüel olduğu varsayılmaktadır, öyle ki aseksüel olmanın bile saygıyla karşılanmadığı görülür.[34] Oysaki kimin kimlere karşı nasıl ve ne düzeyde ilgi duyduğu veya kimlerle ilişki kuracağı kural olarak hukuk düzeninin ilgi alanında olmamalıdır. Ancak elbette kişinin cinsel yönelim gösterdiği kişinin geçerli ve meşru olarak onay verebilecek durumda olmaması halinde hukuk düzeni bu cinsel yönelime dayanan davranışları meşru karşılamaz, böyle bir durumda istismar veya şiddet söz konusudur. Karşılıklı olarak meşru ve geçerli biçimde izin verebilecek durumda olan kişiler arasındaki eylemler ise hukuk düzeninin kişilere müdahalesini gerektiren bir alanda değildir.

Cinsel yönelim, normal şartlarda hukuk düzeninin ilgi alanında olmaması gereken ama dıştan gelen saldırılar karşısında korunmaya değer bir kişilik değeridir. Üstelik cinsel yönelimin değişebilir olduğu ya da sonradan keşfedilebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Cinsel yönelim kişinin iradesi doğrultusunda başkaları tarafından bilinir hale gelebileceği gibi gizli

---

remeyeceği anlamına gelmediğini, bu maddenin kişinin başkalarına kişiliğiyle ilgili verdiği sözlerin kendisini bağlamaması ve böylece tasarrufa konu oluşturmaması amacıyla öngörüldüğüne dikkat çekmektedir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 82-85.

33 SEROZAN, s. 454-455; DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku,** 20. Baskı, Filiz, İstanbul 2019, s. 100-101.

34 ÖZKAN, s. 63-64.

de kalabilir. Zira ad ve soyadı gibi tümüyle kamusal kişilik değerinin aksine cinsel yönelim gibi özel yaşamı ilgilendiren kişilik değerleri bakımından kişinin bunu açıklamaya zorlanması da bunu açıkladığı, görünür kıldığı için değersizleştirilmesi veya farklı biçimlerde şiddete uğraması da kabul edilemez. Cinsel yönelimi açıklamaya zorlamak da istekli olarak açıklanan cinsel yönelim sebebiyle kişinin onurunu, beden bütünlüğünü veya özgürlüğünü zedeleyen, ihlal eden biçimde şiddet uygulamak da kişiliğe yönelik hukuka aykırı bir saldırıdır, hukuk düzeninin kişiliğe saldırı karşısında kişiye tanıdığı hukuksal yollara başvurulabilir.

2. Cinsel Yönelimin Normlaştırılması

Heteronormatif hukuk düzeninin cinsel yönelim ekseninde kişileri disiplin altına almaya çalıştığı, beden yanında arzuyu ve hazzı da norm konusuna dönüştürdüğü görülmektedir. Kişiler üzerinde kurumsal araçlarla yaratılan heteronormatif baskının iki temel kaynağı vardır; bunlardan biri yasal düzenlemeler, diğeri ise heteronormatif yorum aracılığıyla yargı kararlarıdır. Söz konusu yasal düzenlemelerin özellikle aile hukukunda yoğunlaşması bir rastlantı değildir. Aile başlı başına heteronormatif değer yargılarının kurumsallaştırıldığı, tek tip tasavvur edilmiş, arzu veya kimlikle hiçbir ilgisi olmayan farklılıkların da dikkate alınmadığı bir birim olarak yapılandırılmıştır. Bu çerçevede evlenme, evlat edinme ve üreme haklarının kullanılmasında heteroseksüel cinsel yönelim normlaştırılmıştır; bunun dışına çıkan cinsel yönelimler tanınmadığı gibi aile kurma ve üreme hakkı da sırf bu nedenle kısıtlanmaktadır.

Türk Medeni Kanunu evlenme engelleri arasında homoseksüel birlikteliği belirtmediği halde salt 134. maddesinin ilk fıkrasında evlenme başvurusunun birbiriyle evlenecek erkek ve kadın tarafından birlikte yapılacağı belirtildiği için dolaylı olarak bunun dışına çıkan bir evlenme başvurusunun yapılamayacağı sonucuna varılmaktadır. Hatta heteroseksüel cinsel yönelim dışındaki cinsel yönelimler o kadar tanınmamaktadır ki bir şekilde eşcinsel çift için evlenme töreni yapılmış olursa bu evliliğin yok hükmünde olduğu iddia edilmektedir.[35] Aynı mantıkla bazı yazarlar tarafından

---

[35] AKINTÜRK Turgut / ATEŞ KARAMAN Derya, **Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku.** 16. Bası, Beta, İstanbul 2014, s. 201; ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan, Ankara 2015, s. 572-573; DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, 13. Bası. Filiz, İstanbul 2018, s. 72; ERDEM Mehmet / MAKARACI BAŞAK Aslı, **Aile Hukuku**, Seçkin, Ankara 2022, s. 72-73.

heteronormatif düzene uygun şekilde yapılmış bir evlilik içinde eşlerden birinin sonradan cinsiyetini değiştirmesi halinde evliliğin kendiliğinden sona erdiği ya da yok evliliğe dönüştüğü iddia edilmektedir.[36] Aile hukukunun ilkelerine aykırı biçimde, sırf heteronormatif düzeni koruma kaygısıyla ileri sürülen bu argümanların yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Kanaatimce cinsiyet değişikliği diğer eşe yalnızca boşanma hakkı tanımalıdır, yasa koyucu eşlerin isteği dışında evliliğe müdahalede bulunmamalıdır.[37] Eşcinsel partnerlere evlenmeye izin verilmemesi genellikle kültür, gelenek, halkın genel ahlak anlayışı, ailenin kutsallığı, kamu düzeni gibi argümanlarla açıklanmaktadır.[38] Kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olmasının önünde yaratılan engellerde de aynı gerekçelerin sunulması bir rastlantı değildir.[39] Heteronormatif hukuk düzeni ataerkil iktidarın sürdürülmesi için atanmış cinsiyetiyle uyumlu ve heteroseksüel erkekler dışındaki kişileri aile yapısı için tehdit unsuru olarak değerlendirebilmektedir. Ailenin kutsallığı savının ardında tek tanrılı dinlere dayanan öğretiler dışında bir dayanak olmadığı görüldüğünde laik hukuk devleti esasına dayanan bir hukuk düzeninde çelişkilidir.

Evlat edinme konusunda Türk Medeni Kanunu iki yol öngörmektedir: tek başına evlat edinme ve birlikte evlat edinme. Birlikte evlat edinme hakkı Türk Medeni Kanunu'nun 306. maddesine göre yalnızca evli çiftlere tanınırken tek başına evlat edinme hakkının kullanımının evli kişilere göre zorlaştırıldığı fark edilmektedir. Buna karşılık Türk Medeni Kanunu'nun kaynak kanunu olan İsviçre Medeni Kanunu'nda 17.06.2016'da kabul edilen ve 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik sonucunda, İsviçre Medeni Kanunu'nun 264a maddesine göre, birlikte evlat edinme için artık

---

36 DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 76-77; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 201. Buna karşılık öğretide bir başka görüşe göre yokluk yaptırımı ancak evliliğin kurulduğu sıradaki şartlar için mümkün olabilir, bu halde boşanma davası açılabilir. Bu görüş için bkz. SERT, s. 265-266; ERDEM / MAKARACI BAŞAK s. 73. Aynı yönde bkz. ÖZTAN, s. 572-573; TURAN BAŞARA Gamze, "Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", **TBB Dergisi**, Sayı 103, 2012, s. 260.

37 Aynı yönde bkz. ATAMER / TAŞKIN, s. 742-743, 768. Boşanma zorunluluğunu olumlu değerlendiren görüş için bkz. TURAN BAŞARA, s. 253. BAFRA ise mülga yasada olduğu gibi cinsiyet kimliğinin tanınmasıyla birlikte evliliğin son bulması yönünde düzenleme yapılması gerektiği kanaatindedir. BAFRA, s. 52.

38 Bkz. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 201.

39 Yukarıda açıklandığı üzere evli kadının eşinin soyadını taşımasının Anayasaya aykırılığı yönünde yapılan itiraz başvurusunun reddine ilişkin kararın gerekçesinde aile yapısı, kamu düzeni gibi ifadelere yer verilmektedir.

evli olmak yerine üç yıldır birlikte ortak yaşamı sürdürme koşulu aranmaktadır.[40] Türk Medeni Kanunu'nun 307. maddesinin ilk fıkrasına göre evli olmayan bir kişi ancak 30 yaşını doldurmuşsa tek başına evlat edinebilirken evli olan kişiler aynı yasanın 306. maddesinin ikinci fıkrasına göre en az beş yıldır evli olduğu takdirde asgari bir yaş kısıtlaması olmaksızın evlat edinebilmektedir. Böylece aslında kişilerin sırf evli olduğu için bakım yükümlülüğünün gereğini yerine getirebildiği varsayılmaktadır.[41] Bu açıdan toplumsal cinsiyet rollerine dayanan bir kalıpyargının bu düzenlemede etkili olduğu ileri sürülebilir. Öte yandan eşcinsel çiftlerin evlenmesine izin verilmediği için birlikte evlat edinmelerine de izin verilmemektedir. Çocuğun yüksek yararının değil yalnızca heteronormatif kabullerin esas alınarak düzenleme yapıldığı belirtilmelidir.[42] İsviçre Medeni Kanunu'nda 2018 yılında yürürlüğe giren değişiklikle eşcinsel çiftlerin de evlat edinmesine olanak tanıyacak şekilde cinsel yönelimden ve evlilikten bağımsız olarak düzenleme yapılması yerinde olmuştur. Zira çocuğun yüksek yararı açısından evlat edinen kişi veya kişilerin evli olup olmadığı ya da cinsel yönelimi değil, çocuğun ihtiyaçları, sağlığı ve mutluluğu belirleyicidir.[43]

Üreme haklarının kullanılması konusunda 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanuna 15.11.2018 tarihli yasayla eklenen Ek Madde 1'e göre üremeye yardımcı tedavi uygulamaları yalnızca evli olan eşler arasında gerçekleştirilebilecektir. Bu nedenle evli olmayan çiftler yönünden olduğu gibi cinsiyet

---

[40] AS 2017 3699, https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2017/425/de (Erişim Tarihi: 18.04.2021). İsviçre'deki bu düzenlemenin temelinde eşcinsel birliktelikler için evlilik dışında bir yol olarak 01.01.2007'de yürürlüğe giren Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) ile birlikte kayıtlı partnerlik kurumunun hukuk düzeninde kabul edilmiş olması bulunmaktadır. Bununla birlikte İsviçre'de eşcinseller için de evliliği mümkün kılan yasal değişiklik 01.07.2022 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 18.12.2020'de kabul edilmiştir. (Art. 9g Abs. 2 SchlT ZGB, BG vom 18. Dez. 2020 (Ehe für alle)) https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85912.html (Erişim Tarihi: 29.03.2022).

[41] Gerçekten, ÖZTAN, yasa koyucunun kişilerin tek başına evlat edinmesine istisnai biçimde izin verdiğini belirtmektedir. ÖZTAN, s. 961.

[42] Heteronormatif düzenlemenin dışına çıkılmasını insan tabiatına aykırı olarak nitelendirerek sağlıklı nesillerin yetişmesinin önünde bir engel olarak değerlendiren görüş için bkz. DEMİRBAŞ Harun / ARMAĞAN Davut, "İsviçre Medeni Kanunu'nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 80.

[43] Çocuğun yüksek yararı kavramı hakkında bkz. YÜCEL Özge, "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi", **Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 2, 2013, s. 117-137.

uyum operasyonu geçirmemiş bir transseksüel veya eşcinsel bir çift yönünden de bu hakkın kullanımına söz konusu yasal düzenleme engel olmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise *"Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır"*. Dolayısıyla eşcinsel bir çiftin evlat edinme yoluyla da üreme yoluyla da aile kurma hakkı[44] ciddi şekilde kısıtlanmaktadır ve hatta atanmış cinsiyet kimliğiyle uyumlu cinsiyet kimliğine sahip eşcinsel çift açısından tümüyle engellenmektedir, söz konusu kısıtlamalar tümüyle ahlak, gelenek ya da inanışlarla biçimlendirilen kutsallık gerekçesine dayandırılmaktadır.[45]

Yasal düzenlemeler dışında yargının yorumu nedeniyle heteronormatif düzenin yeniden inşa edildiği konular arasında boşanma sebepleri ile boşanma sonrasında velayetin düzenlenmesi yer almaktadır. Türkiye'de hukuk öğretisinde ve uygulamasında zinanın yalnızca karşı cinste kişiler arasında gerçekleşebileceğinin kabulü[46] ve eşcinsel ilişkinin haysiyetsiz yaşam sürme olarak değerlendirilmesi[47], cinsel yönelimin yargı eliyle değersizleştirilmesi anlamına gelmektedir, bu değerlendirmeler ayrımcı şiddetin önünü açabilecek niteliktedir.[48] Livata şeklinde bir suç tipi olmamasına rağmen bunun boşanma sebeplerinden suç işleme başlığı altında örnek olarak sayılması[49] da bu çıkarımı doğrulamaktadır. Kusura dayanan boşanma davası açma sebepleri evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklere aykırı davranmayla ilişkilidir. Eşlerin birbirine karşı evlilik birliği gereği sadakat ve güven sarsı-

---

44 Evlat edinmeye haksız şekilde izin verilmemesi halinde AİHS madde 12 çerçevesinde aile kurma hakkının ihlal edilmiş sayılabileceği konusunda bkz. ÇAKMAK Ufuk Ramazan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Evlenme Hakkı", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s. 177.

45 Bkz. DURAL / ÖĞÜZ, s. 122.

46 Bkz. ÖZTAN, s. 645; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 246; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 106; GENÇCAN Ömer Uğur, **Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Yetkin, Ankara 2008, s. 114-115. Y. 2. HD, E. 2014 / 17833, K. 2015 / 8438, T. 27.04.2015, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ (Erişim Tarihi: 17.04.2021). Aksi yönde bkz. ERDEM / MAKARACI BAŞAK, s. 102.

47 Bkz. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 106; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 246, 252-253; GENÇCAN, s. 114-115, 153; ÖZTAN, s. 645. Aksi görüş için bkz. ERDEM / MAKARACI BAŞAK, s. 102.

48 Aynı yönde bkz. DEDE İsmail, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, 2017, s. 656-657.

49 AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 252.

cı davranışlarda bulunmaktan kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır.[50] Bu nedenle biseksüel kişi başka biriyle cinsel ilişkiye girdiğinde cinsel ilişki kurduğu kişinin cinsiyet kimliğine veya cinsel yönelimine bakılmaksızın zinaya dayanılması gerekir, zinanın yalnızca heteroseksüel cinsel ilişkiyle gerçekleşebileceği iddiası da cinsiyetçi bir yargıdır.[51]

Benzer biçimde boşanma davası sonrasında velayet düzenlenirken annenin ya da babanın sırf eşcinsel veya biseksüel cinsel yönelimi veya transseksüel olması sebebiyle çocuğun anneye ya da babaya bırakılmaması yönündeki görüşler[52] çocuğun yüksek yararının esas alınmadığını ortaya koymaktadır.[53] Anne veya babanın cinsel yönelimi çocuğa gösterilebilecek ilgi, şefkat, bakım ve çocuğun ihtiyaçlarının karşılanmasıyla ilgisiz bir konu olduğu halde bunun çocuğun ahlaki gelişimi açısından sorun olarak değerlendirilmesinin bilimsel bir dayanağı ortaya koyulamamıştır.[54] Ahlak kavramına yüklenen neredeyse bütün yargılar heteronormatif düzeni meşrulaştırmaya ve eril iktidarı korumaya yöneliktir.[55]

---

50 ÖZTAN, s. 198-199; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 113; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 159.

51 Aynı yönde bkz. DEDE, s. 658-660.

52 Boşanma hukuku hakkında yazılmış bir kitapta haysiyetsiz yaşam sürme sebebiyle boşanmaya karar verilmesi halinde velayetin bu kişiye verilmeyeceği belirtilmektedir. Bkz. GENÇCAN, s. 160. SERT ise çocuğu olan bir transseksüelin cinsiyet değiştirmek amacıyla boşanma davası açması halinde davanın reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. SERT, s. 260. Ayrıca 2002 yılında Hürriyet gazetesinde yapılan bir habere göre velayetin anneye değil kendisine verilmesini isteyen bir kişinin dava gerekçesinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 21 Haziran 1982 tarihli bir kararında *"Boşanma sebebi, toplumun asla hoş görmeyeceği, eşcinselliğe, Türkçe deyimiyle 'seviciliğe' dayanmaktadır. Böylesine marazi (hastalık derecesine varan) bir alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi, onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum meydana getirebilir. Böyle durumlarda çocuğun babanın velayetine bırakılması uygun olur"* ifadelerinin bulunduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Hürriyet, 27.02.2002, https://www.hurriyet.com.tr/gundem/karim-lezbiyen-kizimi-bana-verin-38354172 (Erişim Tarihi: 18.04.2021).

53 ÖZTAN, çocuğun yüksek yararının esas olduğunu, boşanmada eşlerin kusurunun velayet için göz önünde tutulamayacağını belirtmektedir. ÖZTAN, s. 783-785. Aynı yönde bkz. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 143; ATAMER / TAŞKIN, s. 770; SERT, s. 268; TURAN BAŞARA, s. 262-263. Krş. ÖZTAN / WILL, s. 263-264.

54 Aynı yönde bkz. ÖZKAN, s. 79.

55 Haysiyetsiz yaşam sürme kavramına ilişkin olarak aile hukuku kitaplarında sıralanan örneklerin neredeyse tamamı kadınların cinselliğine ilişkindir. Bkz. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 253, 310-311.

SONUÇ

Cinsiyet kimliğinin de toplumsal rollerin de genital organlara, hormonlara veya kromozomlara bağlı olmadığı dikkate alındığında bir kişinin cinsiyet kimliğinin kendisine sorulmadan atanması gibi cinsiyet kimliğinin hukuk önünde tanınması sürecinde tıbbi, cerrahi müdahalelere tabi tutulma konusunda külfetler yüklenmesi de kişinin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirme hakkına, özel hukuktaki ifadesiyle kişilik hakkına, kişinin bedenini ve ilişkilerini, geleceğini özgür biçimde belirleme hakkına uygun düşmemektedir. Dolayısıyla toplumsal cinsiyet kavramının kendisi kişilerin kendini gerçekleştirmesinin önünde engel oluşturmaktadır, cinsiyete roller yüklendiğinde bunun hiçbir zaman adil olmadığı görülmektedir.

Cinsiyet kimliğinin tanınması için ameliyat şartı aranmamalı, ancak cinsiyet uyum operasyonu geçirmek isteyen kişiler için risk ve yarar dengesinin paternalist tıp perspektifinden uzak biçimde, özerkliğe saygı çerçevesinde kurulması gereklidir. Yüz nakli gibi psikososyal sebeplere dayanan ancak oldukça riskli cerrahi girişimlerde kişinin içinde bulunduğu şartlar tıbbi geçmişine göre ayrı ayrı değerlendirilmeli ve somut riskler hakkında ilgili kişi ayrıntılı olarak aydınlatılmalıdır. Ameliyat bir tıbbi müdahale olduğu içindir ki buna yargının izin vermesi, tıbbın politik bir baskı aracı olarak kullanıldığı, bedenin normlaştırıldığı anlamına gelmektedir. Oysaki ameliyatın kişi için uygun bir yol olup olmadığı, uzman hekimlerin tıbbi görüşleriyle ilgiliyi aydınlatmasının ardından ilgilinin özgür iradesiyle alacağı kararla belirlenmelidir. İlgili cinsiyet kimliğinin tanınmasını ameliyat veya başkaca tıbbi müdahale gerekmeksizin sağlayabildiği takdirde uyum sürecinde kendini ifade edebilmesi ve gerçekleştirebilmesi önündeki engeller kaldırılmış olur.

Cinsiyet kimliğinin tanınması konusunda var olan yaş, evli olmama ya da üreme yeteneğinden yoksunluk gibi kriterler esas itibarıyla heteronormatif düzenin gelenekler gerekçe gösterilerek sürdürülmesi amacına yöneliktir. Çocukların cinsiyet kimliğinin tanınmamasının çocuğun psikososyal gelişimine verebileceği zararın, çocuğun bu nedenle yaşayabildiği travmaların dikkate alınmaması çocuğun iradesinin ciddiye alınmadığını ve doğum esnasında cinsiyet atamasının temelsiz olduğunu gösterdiği gibi, cinsiyet kimliğinin heteronormatif yargılara ve genital organlara göre belirlenemeyeceği gerçeğinin anlaşılmadığını da ortaya koymaktadır.

Üreme yeteneğinden yoksunluk şartı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olsa da heteronormatif düzenle çatışan kişilerin üremeye yardımcı teknolojiler aracılığıyla üreme haklarını kullanmasına ve evlat edinme hakkını kullanmasına önemli ölçüde müdahale edildiği söylenebilir. Evli olmama şartının aslında dolaylı olarak eşcinsel birlikteliğinin önüne geçmeyi hedefleyen bir düzenleme olarak öngörülmesi, tıpkı evli kadının soyadına eşlerin iradelerine emredici düzenlemelerle müdahale edilmesi gibidir. Kişilerin farklı saiklerle, düşüncelerle evli kalmaya devam etme konusundaki iradelerine saygı duyulmayarak cinsiyet kimliğinin tanınması için kişinin aile yaşamını sonlandırması beklenmektedir.

Bedenin normlaştırılması hukuk düzeninde daha açık şekilde görünürken arzunun da hukuk düzeninde cinsiyete göre normlaştırıldığını, herkesin her zaman heteroseksüel cinsel yönelimde olduğu varsayılmakta ve hatta bu varsayım dayatılmaktadır. Atanmış cinsiyetiyle uyumlu olmayan kişiler için de heteroseksüel yönelim bağlamında atanmış cinsiyetine göre yüklenen rollerle barışık olmayan kişiler için de hukuk düzeni "ahlak" kavramını bir disiplin aracı olarak kullanmaktadır. Boşanma davalarında da velayetin düzenlenmesinde de kişinin toplumsal cinsiyet kalıpyargılarına uymayan kimliği, yönelimi ve seçimleri "haysiyetsiz yaşam", "ahlak", "aile yapısı", "gelenekler" gerekçe gösterilerek damgalanmakta ve ayrımcı bir muameleye maruz kalmaktadır. Toplumsal cinsiyetin meşrulaştırılmasının önüne geçmek ve böylece insan haklarına saygı için hukuk düzeninde beden üzerindeki kararların yargıya bırakılmaması, özerklik hakkına uygun düzenlemeler öngörülmesi ve daha önemlisi yargı mensuplarınca hükümlerin toplumsal cinsiyet yargılarına dayanmadan yorumlanması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK Turgut / ATEŞ KARAMAN Derya, **Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku**, 16. Bası, Beta, İstanbul 2014.

ALÇIK Merve, "Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 1876-1906.

ATAMER Yeşim M. / TAŞKIN Z. Damla, "Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri", **Yargıtay Dergisi**, Cilt 42, Sayı 4, 2016, s. 719-782.

BAFRA Jale, "Türkiye'de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar", **Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi**, Sayı 1, 2004, s. 47-54.

ÇAKMAK Ufuk Ramazan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Evlenme Hakkı", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s. 163-184.

DEDE İsmail, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, 2017, s. 643-664.

DEDE İsmail, "Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün müdür?", **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk**, Cilt II, Editörler Z. Ö. Üskül Engin, D. Çörek ve G. Öcal, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 239-278.

DEMİRBAŞ Harun / ARMAĞAN Davut "İsviçre Medeni Kanunu'nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 45-82.

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku,** 20. Baskı, Filiz, İstanbul 2019.

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, 13. Bası. Filiz, İstanbul 2018.

ERDEM Mehmet / MAKARACI BAŞAK Aslı, **Aile Hukuku**, Seçkin, Ankara 2022.

GENÇCAN Ömer Uğur, **Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Yetkin, Ankara 2008.

ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics (Version: 09/2020), https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2ficd%2fentity%2f577470983 (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

KARADAĞ Nergiz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamında Cinsel Azınlık Hakları. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2007.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir mi? (Fransız, Alman, İsviçre ve İsveç Hukukları ile Mukayeseli Olarak)**, Filiz, İstanbul 1986.

KUDRET Hüseyin Ali, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yasaklanan Ayrımcılık Temeli Olarak Cinsel Yönelim", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 1079-1110.

LGBT Davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, Türkiyeli LGBT'lerin Adalete Erişim Mekanizmalarının Güçlendirilmesi Projesi, SPoD Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, İstanbul 2012.

MAKARACI BAŞAK Aslı / ÖKTEM ÇEVİK Seda, "Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk**, Cilt II, Editörler Z. Ö. Üskül Engin, D. Çörek ve G. Öcal, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 1-18.

ÖZKAN Serhat, "Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 1, 2017, s. 55-84.

ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan, Ankara 2015.

ÖZTAN Bilge / WILL Michael R., "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu", **AÜHFD**, Cilt 43, Sayı 1-4, 1993, s. 227-268.

RAUB Amy / CASSOLA Adele / LATZ Isabel / HEYMANN Jody, "Protections of Equal Rights Across Sexual Orientation and Gender Identity", **Yale Journal of Law and Feminism**, Vol. 28, 2016, s. 149-169.

Recommendation CM/Rec (2010) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity (Adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010 at the 1081st Meeting of the Ministers' Deputies), https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047f2a6 (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 7. Bası, Vedat, İstanbul 2017.

SERT Selin, "Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme", **TBB Dergisi**, Sayı 118, 2015, s. 255-270.

Trans Rights Europe & Central Asia Index 2020, https://tgeu.org/wp-content/uploads/2020/05/index_TGEU2020-ENG.png (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

TURAN BAŞARA Gamze, "Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", **TBB Dergisi**, Sayı 103, 2012, s. 245-266.

UYGUR Gülriz / ÖZDEMİR Nadire, "Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Problemler ve Çözüm Önerileri: Etik Temelde Bir Arayış-Dönüşüm İlkesi I", **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, 2. Baskı, Editörler G. Uygur ve N. Özdemir, Seçkin, Ankara 2019, s. 57-90.

WHO / Europe Brief - Transgender Health in the Context of ICD-11, https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/gender/gender-definitions/whoeurope-brief-transgender-health-in-the-context-of-icd-11 (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

YÜCEL Özge, "Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Dersleri", **Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan**, Editörler: M. Akkaya, Z. Müftüoğlu, U. Acun, C. Yalçın ve Y. Çankaya, Atılım Üniversitesi, Ankara 2020, s. 839-863.

YÜCEL Özge, "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi", **Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 2, 2013, s. 117-137.

2015 LGBTi'lerin Hukuk ve Adalete Erişimi, LGBTİ'lerin Adalete Erişiminin Güçlendirilmesi Projesi, SPoD Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, İstanbul 2016.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1841-1879

EVLİ EŞLERİN MAL REJİMLERİNE İLİŞKİN MESELELERDE MİLLETLERARASI YETKİ, UYGULANACAK HUKUK İLE KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİNE İLİŞKİN GELİŞMİŞ İŞBİRLİĞİ UYGULAMASINA DAİR 2016/1103 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ TÜZÜĞÜ'NÜN UYGULANACAK HUKUK VE MÜNHASIR YETKİ KAVRAMLARI ÜZERİNE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Cahit AĞAOĞLU**(**)

Öz: 2016/1103 sayılı Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü, 24 Haziran 2016 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Tüzük 63 ilâ 67. maddeleri hariç olmak üzere 29 Ocak 2019 tarihinden itibaren geçerlidir. Bu Tüzük'ün amacı evli eşlerin mal rejimine ilişkin hukuki uyuşmazlıklarda AB üyesi ülkeler arasındaki kanuni düzenlemelerindeki farklılıkları ortadan kaldırmak amacıyla birbiriyle çelişen ve uygulamasını imkânsızlaştıran düzenlemelerin önüne geçmek ve böylece AB düzenlemelerini daha etkili hale getirmektir. Bu Tüzük Türk Hukuku'nda bir uygulama alanına sahip olmasa da yeni düzenlemelerin yapılmasında, bazı tabuların kaldırılmasında ve doktrindeki tartışmaların zenginleşmesinde yol gösterici olabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle Tüzük ile ilgili bilgiler verilecek olup, Tüzük'ün Türk Hukuku'na sağlayabileceği faydalar bakımından mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ile mal rejimi ile ilgili kararların tanınması ve tenfizi aşamasında, özellikle ayni tasfiyeyi öngören durumlarda münhasır yetki konusu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: 2016/1103 Sayılı Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü, Mal Rejimi, Münhasır Yetki, Tanıma, Tenfiz, Uygulanacak Hukuk.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 19.07.2021. Makale kabul Tarihi: 28.11.2022.

(**) Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-5103-5196, *cahitagaoglu@beykent.edu.tr)*.

IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN UNION COUNCIL REGULATION NO. 2016/1103 IMPLEMENTING ENHANCED COOPERATION IN THE AREA OF JURISDICTION, APPLICABLE LAW AND THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS IN MATTERS OF MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES ON APPLICABLE LAW AND EXCLUSIVE JURISDICTION

Abstract: The Regulation No. 2016/1103 was adopted by the Council of the European Union on 24 June 2016. This regulation is applied from 29 January 2019, except for Articles between 63 and 67. It aims to prevent conflicting regulations and make EU regulations more effective in order to eliminate the differences in legal regulations between EU member states in legal disputes regarding the matrimonial property regime. Although this statute does not have an application area in Turkish Law, we believe that it can be instructive in making new regulations, removing some taboos and enriching the discussions in the doctrine. Hence, in our study, first, information about the Regulation will be introduced. Second, the benefits that the Regulation can provide to Turkish Law in terms of applicable law of disputes regarding the matrimonial property regime and the issue of exclusive authority in the recognition and enforcement of the decisions on the matrimonial property regime, especially in case of liquidation in rem will be examined.

Keywords: Europen Union Council Regulation 2016/1103, Matrimonial Property, Exclusive Jurisdiction, Recognition, Enforcement, Applicable Law.

GİRİŞ

Avrupa Birliği Konseyi 24 Haziran 2016 tarihinde iki adet tüzük kabul etmiştir. Bunlardan ilki *"Kayıtlı Birlikteliklerin malvarlığına ilişkin konularda Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Tanıma - Tenfiz Hakkında Gelişmiş İşbirliği Uygulamasına Dair 2016/1104 sayılı Tüzük"* tür[1]. İkincisi ise "*Evli*

[1] "*Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships",* OJ: 08.07.2016. Söz konusu tüzükle ilgili bkz. ÖZTÜRK Necla / YARAR Güven / ARSLAN Şule, "Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 Sayılı Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Kayıtlı Birliktelik Kurmuş Çiftlerin Malvarlığına Uygulanacak Hukuk, Yetkili Mahkeme ve Tanıma-Tenfiz Meseleleri", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C.8, S. 2, ss. 1-20.

Eşlerin Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Gelişmiş İşbirliği Uygulamasına Dair 2016/1103 sayılı Tüzük"tür[2] (2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü veya Tüzük). Bu düzenlemeler ile AB üyesi devletler arasında özellikle milletlerarası boşanma ve miras konuları gibi konularda AB düzenlemelerinin daha etkili hale getirilerek, AB üyesi ülkelerin kanuni düzenlemelerindeki farklılıkları ortadan kaldırmak amacıyla bu konularla yakın bağlantı içerisinde olan mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili birbiriyle çelişen ve uygulamasını imkânsızlaştıran düzenlemelerin önüne geçilmeye çalışılmıştır[3]. Bu nedenle örneğin bu Tüzük ile *"Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü" (AT 2201/2003)*[4] hükümlerine bir müdahale söz konusu olmayıp tamamen uyumlu bir şekilde evli çiftlerin hızlı ve hakkaniyetli bir şekilde sonuca ulaşmasının sağlanması hedeflenmiştir. Bu durum 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nün 5. maddesinde de açıkça hüküm altına alınmıştır.

Bu tüzük Türk Hukuku'nda bir uygulama alanına sahip olmasa da kanun koyucunun Türk Hukuku'nda yeni düzenlemeler yapmasında, Türk Hukuku'nda mevcut bazı tabuların kaldırılmasında ve doktrindeki tartışmaların zenginleşmesinde yol gösterici olabilir. Zira ileride AB'ye tam üye olunması

---

2 "*Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes",* OJ: L 183, 8.7.2016, s. 1-29, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1585399601740&uri= CELEX:32016R1103 (Erişim Tarihi: 10.06.2021). Tüzük ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. VIARENGO Ilaria / FRANZINA Pietro, eds., The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples, A Commentary, **Elgar Commentaries in Private International Law series**, 2020.

3 MARINO Silvia, "Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships", **Cuadernos de Derecho Transnacional**, 2017, C.7, S.1, ss. 265-284, s. 267 vd.

4 "*Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000"*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=EN (Erişim Tarihi: 10.06.2021). Tüzük ile detaylı çalışmalar için bkz. EKŞİ Nuray, "Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, **Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan**, 2009, ss. 1139-1168; ÇÖRTOĞLU-KOCA Sema, "Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)", **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, (eds. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı), Adalet, 2016, ss. 234-278.

durumunda bu gibi düzenlemeler Türk Hukuku'nun da bir parçası olacaktır. Ayrıca Tüzük'ün Avrupa'da yaşayan Türk vatandaşları bakımından da etkileri yadsınamaz. Bu nedenle bu tüzüğün akademik anlamda tartışılıp dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu amaç doğrultusunda 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nün Türk Hukuku'na sağlayabileceği faydalar bakımından çalışmamızda mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ile mal rejimi ile ilgili verilen mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında özellikle ayni tasfiyeyi öngören durumlarda münhasır yetki konusu, olan ve olması gereken hukuk bakımından incelenmeye çalışılacaktır.

I. 2016/1103 SAYILI AB KONSEYİ TÜZÜĞÜ'NÜN HAZIRLIK SÜRECİ

15 ve 16 Ekim 1999'da Tampere'de yapılan Avrupa Konseyi toplantısında, adli işbirliğinin sağlanması amacıyla adli ve diğer makamların kararlarının karşılıklı tanınması ilkesi onaylanmıştır. Bu amaçla hem AB Konseyi hem de AB Komisyonu bu ilkeyi uygulamaya yönelik bir önlem programı benimsemeye davet edilmiştir. 30 Kasım 2000 tarihinde, Komisyon ve Konsey ortaklaşa bir şekilde hukuki ve ticari konularda kararların karşılıklı tanınması ilkesinin uygulanmasına yönelik bir program yapılması gerektiğini kabul edilmiştir[5]. Bu program ile üye ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlaştırılmasına ilişkin tedbirler, kararların karşılıklı tanınmasını kolaylaştıran tedbirler olarak tanımlanmış ve evli eşlerin mal rejimi meselelerine ilişkin bir belgenin hazırlanması gerektiği belirtilmiştir. Bunu takiben 4 ve 5 Kasım 2004 tarihlerinde Avrupa Konseyi tarafından Brüksel'de gerçekleştirilen toplantıda, "Lahey programı: AB'de özgürlük, güvenlik ve adaletin güçlendirilmesi" isimli yeni bir program[6] kabul edilmiştir. Bu program ile AB Konseyi, Komisyon'dan, yetki ve karşılıklı tanıma sorunu da dâhil olmak üzere, evli eşlerin mal rejimleriyle ilgili konularda kanunlar ihtilafı kuralları hakkında bir Yeşil Kitap sunmasını istemiştir. Program ayrıca bu alanda özel bir düzenlemenin benimsenmesi gereğini vurgulamıştır. Komisyon, 17 Temmuz 2006 tarihinde yetki ve karşılıklı tanıma sorunu da dâhil olmak üzere, evli eşlerin mal rejimleriyle ilgili konularda kanunlar ihtilafı hakkında Yeşil Kitap'ı kabul etmiştir. Bu Yeşil Kitap, başta eşlerin ortak mallarının tasfiyesi ve buna uygun yasal çözümler olmak üzere Avrupa'da yaşayan çiftlerin karşılaştıkları zorluklarla ilgili geniş istişareler başlatmıştır. 10 ve 11 Aralık 2009 tarihine geldiğimizde Avrupa Konseyi Brüksel'deki toplantısın-

---

5 OJ C 12, 15.1.2001, s. 1.

6 OJ C 53, 3.3.2005, s. 1.

da, *"Stockholm programı - Vatandaşlara hizmet eden ve koruyan açık ve güvenli bir Avrupa"* adlı çok yıllı yeni bir program[7] kabul etmiştir. Bu programda Avrupa Konseyi, üye devletlerin kamu düzeni ve ulusal gelenekleri dâhil olmak üzere yasal sistemlerini dikkate alırken, karşılıklı tanımanın henüz kapsama alanında olmayan ancak günlük yaşam için gerekli olan alanları da kapsayacak şekilde, örneğin evli eşlerin mal rejimi haklarını da içine alarak genişletilmesi gerektiğini düşünmüştür.

27 Ekim 2010 tarihinde kabul edilen "AB Vatandaşlık Raporu 2010: AB Vatandaşlarının Haklarının Önündeki Engellerin Kaldırılması" başlıklı raporda, Komisyon, kişilerin serbest dolaşımının önündeki engellerin, özellikle de çiftlerin mallarını yönetmede veya tasnifinde yaşadıkları güçlüklerin ortadan kaldırılmasına yönelik bir yasa teklifi kabul edeceğini duyurmuştur[8]. "Evli Eşlerin Mal Rejimi Meselelerinde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Bir Konsey Tüzüğü Önerisi"[9] Komisyon tarafından 16 Mart 2011 tarihinde kabul edilmiştir. Avrupa Konseyi, 3 Aralık 2015 tarihli toplantısında, evli eşlerin mal rejimlerine ilişkin düzenleme önerilerinin kabulünde oybirliği sağlanamadığı ve bu nedenle birlik tarafından bir bütün olarak bu alandaki işbirliği hedeflerine makul bir süre içinde ulaşılamayacağı sonucuna varmıştır.

Aralık 2015'ten Şubat 2016'ya kadar Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Almanya, Yunanistan, İspanya, Fransa, Hırvatistan İtalya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Avusturya, Portekiz, Slovenya, Finlandiya ve İsveç, yabancı eşlerin mal rejimleri ve özellikle yetkili mahkeme, uygulanacak hukuk ve evli eşlerin mal rejimlerine ilişkin kararların tanınması ve tenfizi alanında kendi aralarında gelişmiş bir işbirliği kurmak istediklerine dair Avrupa Komisyonu'na başvuruda bulunmuş ve Komisyon'dan Konsey'e bu amaçla bir teklif sunmasını talep etmiştir. 9 Haziran 2016'da Konsey, bu tür gelişmiş işbirliğine izin veren 2016/954 sayılı Kararı[10] kabul etmiştir.

---

7 OJ C 115, 4.5.2010, s. 1.

8 Rapor için bkz. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0603:FIN:EN:PDF, (Erişim Tarihi: 19.10.2022).

9 "*Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes",* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0126&from=en (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

10 "*Council Decision (EU) 2016/954 of 9 June 2016 authorising enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions on the property regimes of international couples, covering both matters of matrimonial property*

II. 2016/1103 SAYILI AB KONSEYİ TÜZÜĞÜ'NÜN KAPSAMI

Avrupa Birliği Anlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma (ABİA)[11] 81. maddesi uyarınca, 2016/1103 sayılı Tüzük, sınır ötesi evli eşlerin mal rejimlerine uygulanmaktadır. Evli çiftlere malvarlıkları konusunda nihai bir yasal zemin sağlamak ve onlara öngörülebilirlik sunmak için, evli eşlerin mal rejimlerine uygulanabilir tüm kuralların tek bir belgede ele alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bu Tüzük'ün kapsamına, hem evli eşlerin mallarının günlük yönetimi hem de özellikle eşlerin ayrılması veya eşlerden birinin ölümü sonucunda malların tasfiyesi olmak üzere, evli eşlerin mal rejiminin tüm medeni hukuk unsurları girmektedir.

Bu Tüzük'ün amaçları doğrultusunda, Tüzük kapsamında "evli eşlerin mal rejimi" terimi bağımsız bir şekilde ele alınarak sadece eşlerin sınırlandıramayacağı kuralların değil, uygulanacak hukuka uygun olarak eşlerin kendi istekleri ile belirledikleri kuralların da kapsam altına alınacağı belirtilmiştir. Tüzük, sadece belli milli hukuk sistemlerinde evlilik durumunda özel olarak öngörülen mülkiyet düzenlemelerini değil, aynı zamanda eşlerin kendi aralarında ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, doğrudan evlilik birliği içerisinde veya evliliğin sona ermesinden kaynaklanan her türlü malvarlığı ilişkisini de içermektedir.

Tüzük'ün giriş bölümünde Tüzük'ün, bir evliliğin varlığı, geçerliliği veya tanınması gibi, üye devletlerin milli hukuk sistemleri tarafından kapsam altına alınan diğer ön sorunlara uygulanmaması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Niteliği ne olursa olsun evlilik sırasında tahakkuk eden ve evlilik süresince aylık gelir getirmeyen emeklilik veya malullük aylığı haklarının eşler arasında devri veya intibakı hususları üye devletlerde mevcut olan belli bazı sistemler dikkate alınarak Tüzük kapsamından çıkarılmıştır. Ancak, bu hariç tutma farklı anlamlar yüklemeden yorumlanmalıdır. Bu nedenle, Tüzük özellikle emeklilik mallarının sınıflandırılması, evlilik sırasında eşlerden birine ödenmiş olan miktarlar ve ortak malvarlığı ile bağlanan bir emekli maaşı durumunda verilecek olası tazminat konusunu düzenlemektedir.

Tüzük kapsamında, evli eşlerin mal rejimine uygulanacak hukukta öngörüldüğü üzere, taşınmaz veya taşınır mallar üzerindeki bir hakkın ve evli

---

regimes and the property consequences of registered partnerships", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016D0954&from=EN (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

[11] "*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union"*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT, (Erişim Tarihi: 19.10.2022).

eşlerin mal rejiminden kaynaklanan bir hakkın yaratılmasına veya devrine izin verilmektedir. Bununla birlikte, bu husus bazı üye devletlerin milli hukuklarında yer alan sınırlı sayıdaki ('*numerus clausus*') ayni hakları etkilememelidir. Nitekim bir üye devlet, söz konusu ayni hak kendi kanunlarında düzenlenmiyorsa, o ayni hakkı tanımaya zorlanamayacaktır.

Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki bir hakkın sicile kaydına ilişkin koşullar bu Tüzük kapsamında değildir. Yetkili makamlar, özellikle, bir eşin, kayıt için sunulan belgede belirtilen bir mal üzerindeki hakkının, sicile kaydedilecek bir hak mı yoksa kaydın tutulduğu üye devletin kanunlarına göre gösterilen bir hak mı olduğunu kontrol edebilir. Belgelerin mükerrerliğini önlemek için, tescil makamları, başka bir üye devlette bu Tüzükte öngörülen yetkili makamlar tarafından düzenlenen belgeleri kabul etmesi gerekmektedir. Bu, kayıtla ilgili makamların, kayıt için başvuran kişiden ek bilgi ve belge sağlamasını veya kaydın tutulduğu üye devletin kanunları uyarınca gerekli olduğu gibi, örneğin gelirin ödenmesine ilişkin belgeler gibi belge ve bilgi sunmasını istemesine engel olmamalıdır. Yetkili makam, kayıt için başvuran kişiye eksik bilgi veya belgelerin nasıl temin edilebileceği konusunda yardımcı olabilir. Bir hakkın sicile kaydının etkileri de Tüzük kapsamından çıkarılmıştır. Bu nedenle, sicile kaydın etkileri sicilin tutulduğu üye devletin hukukuna göre belirlenecektir.

Tüzük, üye devletlerde uygulanan evli eşlerin mal rejimi meselelerini ele almak için farklı sistemlere saygı gösteren bir düzenlemedir. Bu amaç doğrultusunda, "mahkeme" terimi geniş yorumlanarak sadece kelimenin tam anlamıyla yargı işlevlerini yerine getiren mahkemeleri değil, aynı zamanda, evli eşlerin mal rejimine ilişkin belirli meseleleri hakkında mahkeme tarafından yetki devri yoluyla yargı işlevlerini yerine getiren noterleri veya hukukçuları da kapsamaktadır. Çiftlerin evlilik yaşamları boyunca artan hareketliliklerini yansıtmak ve adaletin uygun şekilde uygulanmasını kolaylaştırmak için, bu Tüzük'te belirtilen yetkiye ilişkin kurallar, vatandaşların ilgili yargılama faaliyetlerini aynı üye devletin mahkemelerinde ele almalarına da imkân sağlamaktadır. Bu amaçla, bu Tüzük, yargı yetkisini, eşin ölümü durumunda mirasçılık durumunu düzenleyen 650/2012 Sayılı Tüzük[12] veya

---

[12] "*Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession,* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0650&from=EN (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

2201/2003 sayılı Brüksel II-A Tüzük hükümlerine uygun bir şekilde yerine getirmelidir.

Evli eşlerin mal rejimi konularının, bir eşin boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali veya eşlerden birinin ölümü nedeniyle bir AB üyesi devlet mahkemesinde devam eden miras davalarıyla bağlantılı olmadığı durumlarda, 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü, davanın açıldığı tarihte eşlerin mutad meskeni ile başlayarak yetkili mahkemenin belirlenmesinde bağlayıcı bir faktör oluşturma amacını taşımaktadır. Bununla birlikte, evli eşlerin mal rejimine ilişkin uyuşmazlıkların kendi seçtikleri bir AB üyesi devletin hukukuna göre mahkeme dışında, örneğin noter huzurunda çözümlenmesinin mümkün olduğu durumlarda, mal rejimine uygulanacak hukuk o üye Devletin hukuku olmasa dahi, evli eşlerin mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarını dostane bir şekilde çözmelerini engellemez.

Tüm Üye Devletlerin mahkemelerinin, evli eşlerin mal rejimleriyle ilgili olarak aynı gerekçelerle yargı yetkisini kullanabilmelerini sağlamak için, 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü, bu tür ikincil yargı yetkisinin uygulanabileceği gerekçeleri kapsamlı bir şekilde ortaya koymaktadır.

2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü belli şartlar altında *forum necessitatis* prensibini de kapsamına alarak tarafların başvurabileceği yetkili bir mahkemenin bulunmaması veya başvurulan mahkemenin davaya bakmaktan imtina etmesi durumunda istisnai olarak bir üye devlet mahkemesinin üçüncü bir devletle yakından bağlantılı evli eşlerin mal rejimi hakkında karar vermesine izin verilmesi gerektiği vurgulanmıştır[13]. Bununla birlikte, belirtilen yargı yetkisi, yalnızca davanın, davanın açıldığı mahkemenin AB üyesi Devlet ile yeterli bir bağlantının bulunması koşuluna bağlanmıştır.

2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nün gerek giriş kısmının 53 ve 54. paragraflarında gerekse de 30 ve 31. Maddelerinde Tüzük kapsamında belirlenen hukukun ülkelerin kamu düzeni ile kendi doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olması halinde uygulanmasının engelleneceğine dair düzenlemeler de mevcuttur. Ancak bu istisnanın çok dar yorumlanması ve böylece Tüzük'ün amacını ortadan kaldırmayacak nitelikte olmasına da özen gösterilmesi gerektiği de vurgulanmıştır.

---

[13] Tüzük, Giriş, Paragraf 41 ve Tüzük m. 11.

Tüzük'ün genel amacı doğrultusunda mal rejimine ilişkin verilecek kararların tanınması ve tenfizi konusunda da kolaylaştırıcı düzenlemeler getirilmiştir. Bu nedenle mahkeme kararlarına ek olarak resmî makamlar tarafından düzenlenen belgelerin tanınması da Tüzük ile mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü kapsamında mal rejimine ilişkin bir kararın tanınması ve tenfizi, hiçbir şekilde bu karara yol açan mal rejiminin temelindeki evliliğin tanınması anlamına gelmemelidir. Bu tür konular devletlerin kendi iç düzenlemeleri ile kanunlar ihitlafı kuralları çerçevesinde berlilenmeye devam etmektedir[14].

Ayrıca, Tüzük'ün uygulanmasını kolaylaştırmak için, üye devletlerin, 2001/470 sayılı Medenî ve Ticari Konularda Bir Avrupa Yargı Ağı Kurulmasına İlişkin Konsey Kararı[15] çerçevesinde evli eşlerin mal rejimlerine ilişkin mevzuat ve prosedürlerine ilişkin belirli bilgileri iletmelerini zorunlu kılan bir hüküm de getirilmiştir.

III. 2016/1103 SAYILI AB KONSEYİ TÜZÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE MAL REJİMİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUK

2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü çerçevesinde mal rejimine uygulanacak hukuk kuralları Tüzük'ün üçüncü bölümünde 20. madde ila 35. maddeler arasında düzenlenmiştir. Tüzük, uygulanacak hukuk ile ilgili olarak ilkelerini sıralamış daha sonra da sübjektif ve objektif bağlama noktalarını belirlemiştir. Uygulanacak hukuk ile ilgili ilk düzenlenen ilke uygulanacak hukukun evrenselliği ilkesi olarak belirlenmiştir. Tüzük'ün 20. maddesine göre Tüzük hükümlerine göre belirlenen uygulanacak hukuk, üye devletlerin maddi hukuk kurallarına ait olmasa da uygulanma imkânına sahip olacaktır.

Tüzük'ün 21. maddesinde ise mal rejimine ilişkin olarak malların birliği ilkesi kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre Tüzük'ün 22 ve 26. maddelerine göre belirlenen uygulanacak hukuk malların nerede bulunduğuna bakılmaksızın mal rejimine tabi tüm mallar bakımından uygulanabilecektir. Diğer bir ifadeyle bu ilke sayesinde tek bir hukuk bütün mallara uygulanabilecek böylece tasfiye aşaması kolaylaşmış olacaktır. Hatta Tüzük tasfiye

---

[14] Tüzük, Giriş, Paragraf 21.

[15] "*Council Decision 2001/470/EC of 28 May 2001 establishing a European Judicial Network in civil and commercial matters",* OJ L 174/25, 27.6.2001.

aşamasının kolaylaşması uğruna taşınmazlar için uygulanan prosedürlerin tüzük dışında tutulmasına, bu prosedürlere ilişkin "*lex rei sitae*" kuralının bertaraf edildiği Tüzük'ün giriş bölümünün 27. paragrafında bizzat hüküm altına almıştır. Zira bilindiği gibi taşınmaz mallar bakımından malın bulunduğu yer hukukunun bağlama noktası olarak belirlenmesinin gerekçesi taşınmazın bulunduğu yerdeki resmi makamların taşınmaz üzerinde doğrudan yetkilerini kullanabilmesi ve böylece uyuşmazlık ile taşınmazın bulunduğu yer arasında doğrudan sıkı bir ilişki kurabilmesidir[16]. Bununla birlikte Tüzük'ün hazırlık aşamalarında, tarafların tüm mallarına tek bir hukuk uygulanması halinde malların tasfiyesini daha kolay ve hızlı sonuçlandırması ve böylece tarafların daha menfaatine bir durum yaratması nedeniyle *lex rei sitae* ilkesi lehine malların birliği ilkesinden ödün vermediği anlaşılmaktadır[17].

Bu tüzük hem objektif hem de sübjektif bağlama noktaları bakımından birçok ilkeyi barındırmaktadır. Öncelikle subjektif bağlama noktası olarak evli çiftlerin kısmen de olsa mal rejimine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuku seçme imkânı getirilmiştir (m. 22). Ancak bu hukuk seçimi sınırlı bir hukuk seçimidir. Gerekçede bunun eşlerin geçmiş veya mevcut durumları ile hiçbir ilgisi olmayan bir hukukun seçilmesini engellemek amacıyla yapıldığı belirtilmiştir. Doktrinde ise kendi milli mahkemelerinde yabancı hukukun uygulanmasına sıcak bakmayan Anglo-Sakson Hukuk ile yabancı hukuku bağlama noktaları ile uygulayan Kara Avrupası Hukuk Sistemi arasındaki uyumun, taraf iradelerinin devreye sokularak bulunmak istenmesi de amaç olarak gösterilmiştir[18]. Tüzük'ün subjektif bağlama noktalarını düzenleyen 22. maddesinin birinci fıkrasına göre, eşler veya müstakbel eşler, hukuk seçimine dair sözleşmenin yapıldığı andaki müşterek

---

[16] EKŞİ Nuray, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi,** 2. Bası, Beta, 2020, s. 192 (EKŞİ, Tanıma-Tenfiz); ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Bası, Beta, 2021, s. 289; ÇELİKEL Aysel / ERDEM B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Huku**k, 17. Bası, Beta, İstanbul 2021, s. 359-360; NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 291; TEKİNALP Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, 13. Baskı, İstanbul 2020, s. 305-306; DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, Savaş, Ankara, 2022, s. 276-277.

[17] ERSEN-PERÇİN Gizem, **Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri**, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 133.

[18] JAYME Erik, "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies", **Yearbook of Private International Law**, 2009, C. XI, ss. 1-11, s. 3; ERSEN-PERÇİN, s. 136.

mutad mesken hukuklarını veya eşlerden birinin mutad mesken hukukunu veya eşlerden veya müstakbel eşlerden birinin sözleşmenin imzalandığı tarihteki milli hukukunu seçebilirler. Görüldüğü gibi statü değişikliklerinin etkisini ortadan kaldırmak amacıyla bağlama noktaları için zaman olarak hukuk seçiminin yapıldığı an hüküm altına alınmıştır.

Tüzük'ün giriş bölümünün 50. paragrafında, bağlama noktasının vatandaşlık olarak belirlendiği durumlarda birden fazla vatandaşlığa sahip olan eşlerin hangi vatandaşlığının esas alınacağının Tüzük'ün kapsamı dışında bırakılmış bir önsorun olduğu belirtilmiştir. Eşlerden biri birden fazla vatandaşlığa sahip ise bu vatandaşlıklardan biri uygulanacak hukuk olarak seçilebilmektedir[19]. Böyle bir durumda AB'nin genel ilkeleri ile uluslararası sözleşmelerin hükümlerine riayet edilerek iç hukuka göre karar verilmesi gerektiği fakat bu durumun Tüzük'e uygun bir şekilde yapılmış hukuk seçimininin geçerliliğini etkilemeyeceği de düzenlenmiştir. Böylece bir taraftan öngörülebilirlik ve kesinlik sağlanırken diğer taraftan taraf iradelerine de öncelik sağlanmış olunmaktadır[20].

Tüzük'ün aynı maddesine göre uygulanacak hukuka ilişkin sözleşmeler eşler tarafından aksi kararlaştırılmadıkça geleceğe etkilidir (m. 22/2). Ancak eşler geçmişe etkili olmasını tercih ederlerse yani seçtikleri hukukun evliliğin başından itibaren tüm mallara uygulanması durumunda, üçüncü kişilerin hakları saklı tutulmuştur (m. 22/3). Dolayısıyla geçmişte yapılan hukuki işlemlerin geçerliliği ve buna bağlı olarak üçüncü kişilerin kazanılmış hakları korunmaktadır.

---

[19] Türk Hukuku'nda da eşlere tanınan milli hukuklarından birini seçme imkânının MÖHUK m. 4(b) ve 4(c) maddelerine getirilen istisna olduğu, bu nedenle birden fazla vatandaşlığa sahip eşlerin milli hukuklarından birini seçerek mal rejimine uygulayabileceğine dair görüşler için bkz. ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 159; ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, "Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK'un 4. Maddesinin b ve c Bendlerinin Uygulama Alanı", **MHB**, 1999-2000, C.19. S.1-2 (Aysel Çelikel'e Armağan), ss. 95-114, s. 100; ŞENSÖZ Ebru, "27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unusuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Sayısı**, 2009/2, C. 8. S. 16, ss. 173-211, s. 197 (ŞENSÖZ, Uygulanacak Hukuk); BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK Gülüm, "Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, C. XIX, S. 1, ss. 111-150, s. 141.

[20] SÜRAL-EFEÇINAR Ceyda, "Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku Işığında Çifte Vatandaşlık Halinde "Müşterek Milli Hukuk" Bağlama Noktası Nasıl Anlaşılmalıdır?", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, C.14, S. 177-178, ss. 1197-1218, s. 1207; ALİNA OPREA Elena, "Party Autonomy and the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes in Europe", **Cuadernos Derecho Transnacional,** 2018, C. 10, S. 2, ss.579- 596, s. 585.

Eşlerin mal rejimine uygulanacak hukuku bir mal rejimi sözleşmesiyle yapabilecekleri Tüzük'ün 23. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Mal rejimine uygulanacak hukuka ilişkin asgari şekli şartlar 23. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin yazılı, tarihli ve her iki eş tarafından imzalanmış olması gerektiği belirtilmiş ancak sözleşmenin kalıcı bir kaydını sağlayan elektronik yollarla yapılan her türlü iletişimin de yazılılık şartı yerine geçeceği hüküm altına alınmıştır. Bu şartlara ek olarak, sözleşmenin akdedildiği tarihte eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu üye devletin kanunu, sözleşme için ek şekli şartlar öngörüyorsa bu şartların da yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Eşlerin mutad meskenleri, sözleşmenin akdedildiği tarihte farklı üye ülkelerde bulunuyorsa ve bu devletler sözleşme için farklı şekli şartlar öngörüyorsa, sözleşme bu yasalardan herhangi birinin gereklerini karşılaması durumunda geçerli kabul edilecektir. Hatta sözleşmenin akdedildiği tarihte eşlerden yalnızca birinin mutad meskeni üye devlette bulunuyorsa ve bu ülke hukuku mal rejimi sözleşmelerine uygulanacak hukuk için ek şekli şartlar öngörüyorsa, bu ek şartların da yerine getirilmesi gerekecektir. Bu şartlar mal rejimi sözleşmeleri için de aranan şekli şartlar arasında yer almaktadır (m. 25).

Evli çiftler hukuk seçimi yapmamışlarsa Tüzük'ün 26. maddesine göre uygulanacak hukuk objektif olarak belirlenmektedir[21]. Söz konusu madde hükmüne göre hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde eşlerin evliliği tamamladıktan sonra ilk müşterek mutad mesken hukuku, böyle bir hukukun bulunmaması durumunda evlenme anında tarafların müşterek milli hukuku, bu da yoksa durum ve şartlar göz önünde bulundurularak eşlerin evlenme anındaki en sıkı ilişki içinde bulunduğu yer hukuku uygulanmalıdır.

Görüldüğü gibi objektif bağlama kuralları basamaklı bir kanunlar ihtilafı kuralı şeklinde düzenlenmiştir. Sübjektif bağlama noktalarında olduğu gibi burada da yine mutad mesken ve milli hukuk bağlama noktaları olarak benimsenmiştir. Yine objekif bağlama noktaları son fıkra hariç evlenme anı ile sabitlenerek değişken kanunlar ihtilafı kurallarının önüne geçilmeye çalışılmıştır[22].

Tüzük'ün 26. maddesinin ikinci fıkrasında eşlerin müşterek olarak birden fazla vatandaşlığa sahip olmaları durumunda birinci fıkranın sadece (a)

---

[21] Subjektif ve objektif bağlama kurallarıyla ilgili olarak bkz. SÜRAL-EFEÇINAR, s. 1206 vd.; ERSEN-PERÇİN, s. 135 vd.

[22] Bu konuda ayrıca bkz. ŞENSÖZ, Uygulanacak Hukuk, s. 193.

ve (c) bentlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla evlenme akdinin yapıldığı anda eşler birden fazla müşterek milli hukuka sahipse müşterek milli hukuk bağlama noktası dikkate alınmayacaktır. Eşlerin müşterek bir milli hukuka sahip olmaması ya da tam tersi eşlerin birden fazla müşterek milli hukukunun bulunması durumunda uygulanacak hukuk, örneğini sözleşmelere uygulanacak hukuk bağlama kurallarında gördüğümüz en sıkı irtibatlı hukuk olarak belirlenmiştir. Doktrinde bunun sebebi olarak AB ülkeleri nezdinde aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde yeknesak bir uygulanacak hukuk belirleme amacı gösterilmektedir[23]. Elbette en sıkı ilişkili hukuk olarak eşlerin müşterek olan milli hukuklarından birini belirleme konusunda da bir engel yoktur[24].

Tüzük'ün 27. maddesinde uygulanacak hukukun kapsamı özel olarak hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre bu Tüzük uyarınca evli eşlerin mal rejimine uygulanacak hukuk, diğer hususların yanı sıra evlilik sırasında ve sonrasında eşlerden birinin veya her ikisinin mallarının farklı kategorilerde sınıflandırılmasına, mülkiyetin bir kategoriden diğerine transferine, bir eşin diğer eşin borç ve yükümlülüklerinden sorumlu olmasına, eşlerden birinin veya her ikisinin mülkiyetle ilgili yetkileri, hakları ve yükümlülüklerine, evli eşlerin mal rejiminin feshi ve mülkün bölünmesi, dağıtılması veya tasfiyesine, evli eşlerin mal rejiminin eş ve üçüncü kişiler arasındaki hukuki ilişki üzerindeki etkilerine ve mal rejimi sözleşmesinin maddi geçerliliğine de uygulanır.

Uygulanacak hukukun eşlerin üçüncü kişiler ile olan ilişkilerindeki etkilerine de uygulanacağını belirten Tüzük'ün 27. maddesinin (f) bendinden bağımsız olarak, evli eşlerin mal rejimine uygulanacak hukuk, eşlerden birinin veya eşlerin her ikisinin de üçüncü kişi ile olan uyuşmazlıkta, üçüncü kişi tarafından biliniyor veya gerekli araştırmayı yaptığında bilinebilecek durumda ise, eşlerden biri tarafından üçüncü bir kişiye karşı ileri sürülemez (m. 28). Üçüncü kişinin hangi durumlarda eşlerin mal rejimine uygulanacak hukuku bildiğinin kabul edileceği ise Tüzük'ün 28. maddesinin 2. fıkrasında iki bent halinde ve her bir bentte üç alternatif bağlama noktası şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, uygulanacak hukuk eşlerden biri ile üçüncü kişi arasındaki işleme uygulanacak devletin hukuku ise veya sözleşmeyi yapan eşin ve üçüncü kişinin mutad meskenlerinin bulunduğu devletin hukuku

---

[23] SÜRAL-EFEÇINAR, s. 1208.

[24] SÜRAL-EFEÇINAR, s. 1208.

veya taşınmazlara ilişkin durumlarda taşınmazın bulunduğu yerin hukuku ise üçüncü kişinin mal rejimine uygulanacak hukuku bildiği varsayılmaktadır.

Tüzük'ün 28. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde ise eşlerden birinin mal rejiminin tescili veya ifşası için gerekli formaliteleri yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için alternatif bağlama kuralları öngörülmektedir. Buna göre uygulanacak hukuk eşlerden biri ile üçüncü kişi arasındaki işleme uygulanacak devletin hukuku veya sözleşmeyi yapan eşin ve üçüncü kişinin mutad meskenlerinin bulunduğu devletin hukuku ise veya taşınmazlara ilişkin durumlarda taşınmazın bulunduğu yerin hukukuna uygun bir şekilde gerekli formalitelerin yerine getirilmesi durumunda üçüncü kişinin eşlerin mal rejimine uygulanacak hukuku bildiği kabul edilmektedir.

Eşler arasındaki mal rejimine uygulanan hukukun, eşlerden biri tarafından Tüzük'ün 28. maddesinin 1. fıkrasına göre üçüncü bir kişiye karşı ileri sürülemediği durumlarda, eşlerin mal rejiminin üçüncü kişiler açısından etkileri, eşlerden biri ile üçüncü kişi arasındaki işleme uygulanacak hukuka; taşınmaz malları veya kayıtlı varlık veya hakları içeren durumlarda ise malvarlığının bulunduğu veya varlık veya hakların kayıtlı olduğu ülkenin hukukuna tabi olacaktır.

Tüzük'ün işbu maddesiyle mal rejimine uygulanan hukuk olan genel kurala istisnai düzenlemeler getirilmesinin amacı madde gerekçesinde, hem eş hem de hukuki ilişki içine girdikleri üçüncü kişiler tarafından maddenin daha kolay uygulanmasını ve böylelikle hukuki belirliliği sağlamak olarak açıklanmıştır. Bununla birlikte bu istisnai düzenlemeler ana kural olan mal rejimine uygulanacak hukuku ortadan kaldırmayıp seçimlik birer hukuk olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca Tüzük'ün 32. maddesinde hem objektif hem de sübjektif bağlama noktaları açısından atıf müessesesi devre dışı bırakılmıştır. Bunun gerekçesi olarak Tüzük'ün giriş kısmında herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Ancak doktrin tasarının amacının konuya ilişkin hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik olarak belirlendiği için atıf müessesesinin bunun önünde ciddi bir engel olacağını bu nedenle atfın devre dışı bırakıldığını ileri sürmektedir[25]. Kanaatimizce, atfın devre dışı bırakılmasının bir nedeni de taraflara kısmen de olsa hukuk seçimi yapma hakkının verilmesidir. Taraflara

[25] ERSEN-PERÇİN, s. 134.

kısmen de olsa hukuk seçimi imkânı verilen durumlarda örneğin MÖHUK m. 2/4 hükmü çerçevesinde taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece tarafların seçtikleri hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı ilkesi mevcuttur.

IV. 2016/1103 SAYILI AB KONSEYİ TÜZÜĞÜ'NÜN UYGULANACAK HUKUK KONUSUNDA TÜRK HUKUKU'NA KATKILARI BAKIMINDAN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nün uygulanacak hukuk bakımından içerdiği kurallara baktığımızda, bu kurallardan Türk Hukuku bakımından nasıl yararlanabiliriz sorusu da akla gelmektedir. Bu da ancak Tüzük'ün uygulanacak hukuku gösteren hükümleri ile MÖHUK m. 15 hükmünün karşılaştırılması ile mümkün olabilecektir.

Kanaatimizce burada tartışılması gereken konuların başında sübjektif bağlama kurallarının hukuk seçiminin yapıldığı an ile sabitlenmesi gelmektedir. MÖHUK m. 15'e baktığımızda bu sabitlenme evlenme anı ile yapılmıştır. Dolayısıyla sübjektif bağlama noktalarında gerçekleşebilecek değişiklikler bakımından, uygulanacak hukukun tespitini etkilemeden, öngörülebilir ve kesin bir hukuki düzenleme getirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak mal rejimine ilişkin tarafların bir hukuk seçimi yapmış olmaları halinde bu seçimin evlenme anı olarak değil de Tüzük'ün 22. maddesinde belirtildiği gibi hukuk seçiminin yapıldığı an olarak belirlenmesi, seçtikleri hukukun hüküm ve sonuçlarını tartmak ve buna uygun bir yol haritası çizmek bakımından Türk Hukuku'na da katkı sağlayacaktır[26].

Taraflarca seçilen hukukun maddi hükümlerinin emredici ve hatta doğrudan uygulanan kural hükmünde olabileceği bu yönüyle de böyle bir hükmün kabulünün kanunlar ihtilafı kuralları bakımından mümkün olup olmadığını da değerlendirmekte fayda bulunmaktadır. Tüzük'ün 30. Maddesi çereçvesinde uygulanacak hukukun taraflara uygulanmasını ortadan kaldıran durum olarak doğrudan uygulanan kurallar konusunda bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre Tüzük içersinde yer alan düzenlemelerin uygulanacak hukukun devletinin doğrudan uygulanan kurallarını sınırlamayacağı hüküm altına alınmıştır. Doktrinde TMK m. 240 vd. hükümleri çerçevesinde boşanma veya ölümle mal rejimine ilişkin düzenlemelerin son bulması durumunda aile konutunu veya evdeki eşyaları kullanmaya devam

---

[26] Aynı yönde bkz. ERSEN-PERÇİN, s. 260.

eden eş bakımından korunan menfaat aileye ilişkin menfaatler olarak gösterilmiştir[27]. Dolayısıyla, devlet tarafından korunması gereken aile birliğinin korunmasını sağlayan bu hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi doğru olacaktır.

Bununla birlikte Tüzük, tarafların seçtiği hukukta meydana gelebilecek değişiklikler bakımından özel bir hüküm getirmektedir. Buna göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tarafların seçtiği hukukta meydana gelen değişiklikler ileriye etkili olacaktır. Uygulanacak hukukta geçmişe etkili bir değişiklik söz konusu olursa üçüncü kişilerin hakları saklı tutulmuştur. Kanaatimizce benzer bir düzenleme MÖHUK m. 15'te de yer almalıdır. Zira bu düzenleme ile kanun koyucu eşlerin mal rejimine uygulanacak hukuku seçme konusunu adeta sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralı gibi değerlendirdiğinin bir göstergesi olacak ve seçilen hukukta meydana gelen değişikliklere ilişkin taraflara yol gösterici olacaktır.

Tüzük'te dikkat çeken ikinci önemli nokta ise objektif bağlama noktaları bakımından kendini göstermektedir. Şöyle ki, Tüzük'ün 26. maddesinin 1. fıkrasında, eşlerin herhangi bir hukuk seçmemesi durumunda öncelikle eşlerin evlenmeden sonraki ilk müşterek mutad meskeni hukukunun uygulanacağını, müşterek mutad meskenin olmaması durumunda ise 1. fıkranın (b) bendinde eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukukunun uygulanacağını düzenlemiştir. Hâlbuki MÖHUK m. 15'te bu tam ters bir şekilde düzenlenmiş ve eşler herhangi bir bir hukuk seçmemişlerse eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku birinci basamakta düzenlenmiş, müşterek bir milli hukuk yoksa evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. MÖHUK m. 15 hükmünde böyle bir düzenleme yapılmasının gerekçesi açıkça belirtilmemekle beraber[28], müşterek milli hukukun en sıkı ilişki içerisinde yer aldığı görüşü ortaya çıkmaktadır. Eğer müşterek milli hukuk ile "en sıkı ilişki" kriteri sağlanamıyorsa ondan sonra gelebilecek en sıkı ilişkinin müşterek mutad mesken olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Tüzükte en sıkı ilişkili hukuk 26. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde müşterek mutad mesken ve müşterek milli hukukların bulun-

---

[27] GİRAY Faruk Kerem, "4721 sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, MHB, 2003, s. 437-438; ERSEN-PERÇİN, s. 199-201.

[28] Kanun gerekçesi için bkz. MÖHUK Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu (1/1231), S. Sayısı 1324, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1324m.htm, (Erişim Tarihi: 19.10.2022).

maması durumunda düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu düzenlemenin Türk Hukuku bakımından da dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır. Zira bilindiği üzere MÖHUK m. 15 çerçevesinde eşler bir hukuk seçmemişlerse en son olarak Türk Hukuku'nun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna gerekçe olarak da öncelikle aynı evliliğin devamı süresince evlenme anındaki mevcut veya sonradan edinilen mallara ilişkin netliğin sağlanmasının ancak bu şekilde sağlanabileceği gösterilmiş ve bu düzenleme ile evlilik mallarının eşler arasında mutlak bir sisteme kavuşturularak kolay ve net bir sistemin sağlanması gösterilmiştir[29]. Ancak son seçenek olarak Türk Hukuku'nun uygulanması konusu evliliğin ölümle sona ermesi hususunda bazı problemleri beraberinde getirebilir. Zira evliliğin ölümle sona ermesi durumunda mal rejimine uygulanacak hukuk mirastan bağımsız ele alınacaktır. Öncelikle, mal rejimi kendi tabi olduğu hukuka göre sonlandırılacak ve bundan sonra sağ kalan eşin miras statüsü belirlenecektir. Başka bir ifadeyle ölen eşin terekesi, malvarlığının tabi olduğu hukuka göre tasfiye edildikten sonra netleşecektir[30]. Bu konuya doktrinde de dikkat çekilmiştir. Ersen-Perçin'e göre MÖHUK m. 20 çerçevesinde sağ kalan eşin miras statüsü ve payı ölenin milli hukukuna tabi olacağı için eşler ayrı vatandaşlıkta ise ve müşterek mutad meskenleri de yoksa Türk Hukuku'nun uygulanması gerekecek, bu durumda da sağ kalan eş bakımından miras haklarına uygulanacak hukuk ile mal rejimine uygulanacak hukuk farklı iki hukuk olacaktır[31]. Ancak 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğünde belirtildiği gibi evliliğin sona erme anında en sıkı ilişkili hukuk belirlenirse sağ kalan eş bakımından hem miras hem mal rejimine ölenin milli hukuku gibi tek bir hukuk sistemini uygulama imkânı söz konusu olabilir. Ancak 20 yıl süren ve taraflarca belli bir ülkenin hukukuna tabi tutulan bir evliliğin ölümle sonuçlanması halinde, tam tasfiye aşamasında örneğin ölen eşin milli hukuku gibi bambaşka bir hukuka tabi tutulması, beraberinde birçok riski de getirecek ve bu durumun milletlerarası özel hukuk adaleti bakımından olumsuz etkileri olacaktır. Dolayısıyla tek bir hukuk sisteminin uygulanması açısından bu dengeye de dikkat etmek gerekir.

Bunun dışında Tüzük'ün problemli noktalarına da dikkat etmekte fayda bulunmaktadır. İlk olarak Tüzük evrensel bir nitelikte olup AB üyesi ülkeler

---

29 ÇELİKEL / ERDEM, s. 264.

30 ÇELİKEL / ERDEM, s. 266; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 161-162.

31 Aynı yönde bkz. ERSEN-PERÇİN, s. 261-262.

dışında da uygulanabilmektedir. Tüzük içinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları, belirlenen kanun AB üyesi olmayan bir ülke olsa dahi geçerli olduğu gibi bu hukuki ilişkinin tarafı olan devletlerin hukukundan farklı olarak da uygulanabilmektedir. Bu nedenle Tüzük'ün kapsamı uygulanacak hukuk açısından dikkat edilmesi gereken bir konudur.

Diğer taraftan istisnai olarak tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumlarda uygulanacak hukuku belirleyen Tüzük'ün m. 26/3 hükmü istisnai olarak ve eşlerden birinin talebi üzerine mahkeme tarafından eşlerin evlilik sonrası ilk müşterek mutad mesken hukuku yerine başka bir devletin hukukunu uygulayabileceğini düzenlemiştir. Bu istisnanın geçerli olabilmesi için talep eden tarafın diğer eş ile birlikte son müşterek mutad meskenlerinin, evlilik sonrası ilk müşterek mutad meskene oranla önemli ölçüde daha uzun bir süre bu diğer Devlette bulunduğunu ve her iki eşin mal rejimlerini düzenlerken veya planlarken bu son devletin hukukuna dayandıklarını ispat etmesi gerekmektedir.

Bu tür bir düzenleme belli problemleri de beraberinde getirebilir. Örneğin eşlerin evlilik sırasında müşterek bir mutat meskenleri olmayabilir. Bu tür mutad bir meskeni çok sonları da edinmiş olabilirler. Aslında, Tüzük'ün m. 26/1 hükmünün lafzına bakıldığında, müşterek bir ikametgâhın olmaması durumunda, müşterek milli hukukta m. 26.1.b hükmü uyarınca bağlama noktasının tanımlanması gerekir. Mutad meskenin daha sonra oluşması durumunda, Tüzük m. 26.1.a hükmünde belirtilen bağlama noktasının önceliğini doğurur ve dolayısıyla uygulanabilir maddi hukukta bir değişiklik gerektirir. Ayrıca, Tüzük m. 26/3 m. hükmünün kullanılması halinde uygulanacak hukukta bir değişiklik yapılması da mümkündür. Yukarıda da belirtildiği gibi, değişiklik, 26.1.a maddesinde belirlenen kriterin, eşlerin ilk ikametlerinden daha uzun bir süre başka bir ülkede ikamet etmiş olmaları ve mülkiyet rejimlerini organize etmede bu ikinci devletin hukukuna dayanmaları halinde öngörülmüştür. Dolayısıyla eşler arasında mülkiyet rejimlerine uygulanan hukukun bu kadar çeşitli olmasının sorunları da beraberinde getireceği açıktır.

İlk olarak, eşlerin mal rejimine ilişkin düzenlemeleri uygulamada genellikle birçok olayın meydana gelebileceği yıllar içerisinde ve hatta on yılları kapsayan sürece dayanarak gerçekleşmektedir. Bu nedenle, bu tür olayların tek bir uygulanacak hukuk üzerinden yürütülmesi taraflar bakımından daha uygun olacaktır. İkinci olarak, eşlerin mal rejimine ilişkin düzenlemelerinin, evlilik süresince eşlerin mirasına dâhil olan veya hariç tutulan tüm malları

etkilediği de dikkate alınmalıdır. Bu tür mallar kaçınılmaz olarak farklı bir yapıya sahiptir ve farklı Devletlerde bulunabilmektedir. Ayrıca, mal rejimine ilişkin düzenlemelerin uygulanacak hukuk noktasında hem eşler bakımından hem de üçüncü taraflara yönelik olmak üzere ikili bir yönü bulunmaktadır. Bu nedenle, kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde, eşlerin, örneğin müşterek milli hukuk gibi, istikrarlı olan bağlama noktalarını kullanması tesadüfi değildir.

Bu nedenle, Tüzük m. 26/3 hükmünün uygulanması, örneğin, yasanın uygulanabilirliğine güvenebilecek ve ona atıfta bulunarak mülkiyet rejimlerini düzenleyebilecek olan eşler tarafından kontrol edilmesi zor bir unsurun ortaya çıkması riskini taşımaktadır. Ancak bu, yeterli süre geçene kadar (veya hakimin yeterli gördüğü bir süre sonrasına kadar) etkili olmayacaktır. Durum böyle ise uygulanacak olan hukukun değişmesi halinde ortaya çıkabilecek sorunların hem eşler açısından kendi iç ilişkileri ile hem de üçüncü şahısların korunması bakımından tespit edilmesi söz konusu olacaktır. Eşler açısından sorun, uygulanacak hukukun geriye dönük etkileridir. Üçüncü kişiler bakımından ise üçüncü şahısların değişen uygulanacak hukuku bilip ona itiraz edip edemeyeceği ile ilgilidir. Tüzük nezdinde uygulanacak hukuk için m. 22 hükmü çerçevesinde değişikliğin yalnızca "aksi kararlaştırılmadıkça" (m. 22.2) gelecekteki etkileri olduğunu ve geriye dönük uygulamanın üçüncü kişilerin haklarına halel getirmediğini (m. 22.3) açıklığa kavuşturmuştur. Tüzük m.26.3 hükmünde yer alan durumda ise kural tam tersidir. Mal rejimine uygulanacak hukuktaki değişiklikler, eşlerden biri buna itiraz etmedikçe, evlilik birliğinin başlangıcına kadar geriye dönük olarak işleyecektir (m. 26.3, ikinci paragraf). Açıktır ki, bu ihtimalde dahi, uygulanacak hukuktaki değişiklik, üçüncü şahısların zararına işleyemez.

Dikkate alınması gereken bir diğer husus, bir maddi hukuktan diğerine geçişin fiili durum üzerinde çok farklı bir etkisi olabileceğidir. Örneğin, edinilmiş mallara katılma rejimini yasal bir rejim olarak belirleyen maddi bir hukuktan, özünde çok az değişiklik gösteren benzer bir rejim oluşturan bir başkasına geçmek mümkündür; ancak yeni maddi hukukun, mal ayrılığı gibi karşıt bir rejim sağlaması da mümkündür. Bu gibi durumlarda eski mal rejiminin dağıtılması yönünde ilerlemek zorunda kalmak bir sorun haline gelebilir. Özellikle Tüzük m. 22 hükmü çerçevesinde açıkça kararlaştırılmamış bir değişiklik olması durumunda eşlerin de dikkate alamayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkabilir. Bu açıdan bakıldığında, eşin sonradan da olsa uygulanacak hukukun geriye yürümesine karşı çıkmasına izin verme seçe-

neği ortaya çıkmaktadır. Eşin bu muhalefeti, evlilik ilişkisi sırasında yeterince düşünülmemiş bir seçime eleştirel bir şekilde müdahale edilmesine izin vermesi bakımından makul gözükmektedir.

Tüzük'ün 26. Maddesiyle ilgili olarak belirtmek gerekir ki, "evliliğin gerçekleşmesinden sonra ilk müşterek mutad meskenin belirlenmesi, çiftlerin evliliklerinin ilk döneminde yaşamlarının faaliyet merkezlerini bir yerden diğerine değiştirmeleri halinde, bu merkezlerden hangisinin esas alınması gerektiği zor olabilir. Bu durum özellikle yurt dışında üniversite veya herhangi bir okulu bitirip evlenen ve sonrasında hemen kendi ülkelerine dönen çiftler için veya evliliğin gerçekleşmesinden kısa bir süre sonra çalışmak için başka ülkelere göç eden çiftler bakımından söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, Tüzük'ün 26. maddesinde yer alan bağlama noktaları uygulanırsa, uygulanacak hukuk konusunda belirsizlik olması kaçınılmazdır. Bu hükümden doğan uygulanacak hukukun sert bir şekilde uygulanması öncelikle uygulanabilirliğin otomatik olarak ayarlanmasını imkânsız hale getirebileceği gibi, eşlerin uzun zaman önce tüm bağlarını kaybettikleri bir devletin hukukunun etkisi altında kalmasına da yol açabilir[32]. Ayrıca, ülkelerini, orada uygulanan yasal düzenlemeler ile tüm bağlarını koparmak amacıyla terk eden mülteciler söz konusu olduğunda bu durum daha şiddetli bir şekilde ortaya çıkabilir[33].

Ancak, mal rejimine uygulanacak hukukun bu kadar sert biçimde uygulanması Tüzük ile kırılarak evlilik süresince eşlerin uygulanacak hukuku seçmesi veya seçtiği hukuku değiştirmesi imkânı getirilmiştir. Ayrıca Tüzük'ün m. 26/3 hükmünden yararlanarak, eşlerden birinin başvurusu üzerine, mal rejimine ilişkin konularda karar vermeye yetkili yargı mercii, eşlerin bulunduğu Devletin hukuku yerine, evlilik akdini takip eden ilk müşterek mutad meskenleri idiyse, her iki eşin de "mülkiyet ilişkilerini düzenlerken veya planlarken" bu diğer Devletin hukukuna güvendiği anlamı çıkmaktadır. Bu noktada, eşlerin mal rejimi sözleşmesi akdetmedikleri durumlarda, son şartın sağlandığının ispatının son derece zor olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

---

[32] DROZ Georges A.L., "Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé", **Recueil des Cours**, 1974-III. C. 143, s. 212; REVILLARD Marie L., Droit international privé et communautaire, **Pratique notariale,** Paris 2010, s. 159-161.

[33] DROZ, s. 58-62; REVILLARD, s. 161-162; CRÔNE Richard, "La loi applicable au régime matrimonial Hier, aujourd'hui, demain", **Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois**, Defrénois, 2012, s. 219.

V. TÜZÜK ÇERÇEVESİNDE MAL REJİMİNE İLİŞKİN VERİLEN MAHKEME KARARLARI VE RESMÎ BELGELER İLE VE MAHKEME İÇİ SULH KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

1. Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Tüzük'ün amacı AB üyesi devletler nezdinde eşler arası yabancılık unsuru içeren mal rejimine bağlı uyuşmazlıklarda gerek uygulanacak hukuk, gerekse de milletlerarası yetki ile mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularında yeknesak bir düzenleme oluşturmaktır. Tüzük'ün genel gerekçesinde de bu durum açıkça ifade edilmiştir[34]. Konumuzla ilgili kısmı bakımından kararların tanınması ve tenfizine ilişkin işlemlerde yeknesaklığın sağlanmasından kasıt, kararların üye devletlerde serbestçe dolaşımına hizmet etmektir. Bu nedenle Tüzük, tanıma ve tenfiz bakımından da bazı kolaylıklar içermekte ve bu amaçla özel bir tanıma ve tenfiz usulü düzenlemektedir. Buna göre Tüzük, üye devletlerin kanunlarının yerine geçecek ve üye devletlerin tamamında tanıma ve tenfiz usulü aynı şekilde yapılacaktır. Bu durum tanıma ve tenfiz koşulları, red sebepleri, usul konularını da kapsamaktadır. Tüzük aynı zamanda tanıma ve tenfiz bakımından ikili bir ayrım yaparak mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizini 36 ilâ 57. maddelerinde, "*authentic instruments*" olarak adlandırdığı resmi belgeler ile mahkeme uzlaşma tutanaklarının (*court settlement*) tanınması ve tenfizini ise 57 ilâ 60. maddelerinde hüküm altına almıştır.

Tüzük nezdinde kararların tanınması ve tenfizi ile ilgili düzenlemeler IV. Bölümde 36 vd. maddelerde düzenlenmiştir.

---

[34] Avrupa Konseyi daha önce "*2201/2003 sayılı Brüksel II bis Tüzüğü* ve *1259/2010 sayılı Roma III Tüzükleri*" ile de yeknesaklaştırma çalışmaları yapmıştır. Tüzükle ilgili ayrıntılı çalışma için bkz. TÜTÜNCÜBAŞI Uğur, "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 1259/2010 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 18, S. 1, 2016, s. 1-32. Ancak sadece evlilikte mal rejimine ilişkin konularla ilgili olarak farklı düzenlemelerden kaynaklanan sorunları bertaraf edebilmek adına Avrupa Konseyi spesifik olarak evli eşlerin mal rejimine özgü 2016/1103 sayılı Tüzüğü hazırlamıştır. Buna ek olarak AB Konseyi tarafından 25 Haziran 2019 tarihinde "*2019/1111 sayılı Evliliğe, Ebeveyn Sorumluluğuna ve Uluslararası Çocuk Kaçırmaları Konularında Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarınının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Tüzük"* de kabul edilmiştir (OJ L 178, 2.7.2019). Bu Tüzük 1 Ağustos 2022 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

A. Tanıma

2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nün 3. maddesinin (d) bendinde karar ile üye devlet mahkemesi tarafından mal rejimine ilişkin verilmiş her türlü karar kastedilmektedir. Kararın nasıl adlandırıldığı bir önem taşımamaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Tüzük'ün 36. maddesinin 1. fıkrasında taraf devletlerden birinde verilen kararın diğer taraf devletlerde de özel bir usul uygulamadan resen tanınması esası kabul edilmiştir. Hukuki yararı olan herkes tanıma talebinde bulunabilmektedir.

Tüzük'ün 37. maddesi eşlerin mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda verilen kararların hangi durumlarda tanınmasının mümkün olamayacağını hüküm altına almaktadır. Buna göre yabancı mahkeme kararının sonuçlarının tanınmasına ilişkin talebin üye devlet nezdinde kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda, davalı tarafın savunma hakları elinden alınmışsa, tanımanın talep edildiği veya diğer bir üye devlet veya diğer üçüncü bir devlet nezdinde sebebi, konusu ve tarafları aynı olan bir davada verilen kararla çelişiyorsa tanımaya ilişkin talep kabul edlmeyecektir. Tüzük'ün 38. maddesinde ise tanımaya ilişkin red sebepleri uygulanırken mahkemelerin dikkat etmesi gereken ilkeler düzenlenmiştir. Buna göre, üye devletlerin gerek mahkeme gerekse de yetkili makamları Tüzük'te düzenlenen temel hak ve ilkeleri gözardı etmemek ve 21. maddede yer alan ayrımcılık yasağına uymakla yükümlüdür. Tüzük'ün 40. maddesinde hem tanıma hem de tenfiz için revizyon yasağı getirilmiştir.

B. Tenfiz

2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nün 42. maddesi "Tenfiz" başlığını taşımaktadır ve maddede, AB üyesi bir devlette verilip icra kabiliyetini haiz kararların, ilgili tarafın başvurusu üzerine tenfizinin mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak izlenecek usul bakımından üye devlet hukukuna yönlendirme yapmaktadır. Bu yönüyle de tanımadan farklıdır. Tüzük'ün 42. Maddesinde yer alan düzenlemeye göre herhangi bir üye devlet nezdinde verilen ve bu devlette icra edilebilir olan mahkeme kararları, ilgili tarafların talebini takiben Tüzük'ün 44 ilâ 57. maddeleri çerçevesinde hüküm altın alınan usulde tenfiz edilirse AB nezdindeki diğer bir üye devlette de doğrudan icra edilebilecektir. Bu maddelerde belirtilen usulü kısaca toparlayacak olursak üye devlet mahkemesi veya yetkili makamları tenfiz başvurusunu Avrupa Komisyonu'na bildirecek ve başvuru usulü tenfiz istenen üye devletin kanunlarına tabi olacaktır (m. 45).

2. Resmî Belgeler ile Mahkeme İçi Sulh Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

A. Tanıma

Tüzük hükümlerine göre sadece mahkeme kararları değil aynı zamanda resmi makamlar tarafından düzenlenen belgelerin de tanınması mümkündür. 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nün 58. maddesine göre bir üye devlette düzenlenmiş olan resmi belgenin ilgili devletin kamu düzenine açıkça aykırı olmamak kaydıyla, diğer üye devletlerde de delil niteliğine sahip bir belge olduğu hüküm altına alınmıştır. Resmi belgenin geçerliliği konusunda düzenlendiği üye ülke mahkemelerine her zaman itiraz edilebilmekte ve bu itiraz karara bağlanıncaya kadar resmi belge delil olarak kullanılamamaktadır (m. 58/3).

B. Tenfiz

2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü çerçevesinde sadece üye devlet mahkemelerinin verdiği kararları değil aynı zamanda resmî belgeler ile mahkeme içi sulh kararları bakımından da tenfiz konusunu hüküm altına alınmıştır. Tüzük'ün 59. maddesine göre alındığı ülkede icra kabiliyetini haiz olan bir resmî belge, mahkeme kararlarının tenfizinde olduğu gibi Tüzük'ün 44 ilâ 57. maddelerinde belirtilen şekilde, ilgililerin talebi üzerine diğer üye devletlerde icra edilebilmektedir.

Tüzük'ün 60. maddesi ise mahkeme içi sulh kararlarının tenfizine ilişkin düzenleme getirmektedir. Yargılama sırasında eşlerin aralarında anlaşıp uyuşmazlıklarını sona erdirdikleri her türlü mutabakat bu kapsamdadır. Bu tür sulh anlaşmaları mahkeme öncesi hazırlanıp mahkemenin onayından geçirilebileceği gibi mahkeme huzurunda da düzenlenebilir. Usul olarak, resmî belgelerde olduğu gibi, Tüzük'ün 44 ilâ 57. maddelerinde belirtilen şekilde ilgililerin talebi üzerine diğer üye devlette icra edilebilmektedir.

Mahkeme içi sulh anlaşmalarının başka ülkelerde icra edilmelerini sağlama konusunda ciddi sorunları bertaraf etmek adına resmi adı "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmalarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"[35] olan ama uygulamada imzaya açıldığı yerden dolayı kısaca

---

[35] "*United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*", https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf (Erişim Tarihi: 27.10.2022). Sözleşme ile ilgili bkz. ERKAN Mustafa, **Arabuluculuk ve Sin-**

"Singapur Sözleşmesi" olarak adlandırılan Sözleşme kapsamına girip girmediği sorusu da akla gelebilir[36]. Bu sorunun yanıtını Sözleşme bizzat 1. Maddesinin 3. Fıkrasının (a) bendinde yanıtlayarak, mahkeme tarafından onaylanan arabuluculuk anlaşma belgesinin veya tarafların mahkemedeki yargılama süresinde sulh olmaları ve arabuluculuk anlaşma belgesinin, yargılama yapan mahkemenin yer aldığı ülkede mahkeme kararı gibi icra edilebilmesi söz konusu ise Singapur Sözleşmesi'nin uygulanmayacağını hüküm altına almıştır. Dolayısıyla tarafların devam eden bir yargılama sırasında sulh olmaları ve bu sulhun mahkeme kararı gibi icra edilebilmesi durumunda Singapur Sözleşmesi devre dışı kalmaktadır[37]. Tüzük kapsamında mahkeme içi sulh kararları da tanıma ve tenfize tabi kılındığı için bu kararların Singapur Sözleşmesi kapsamı dışında kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer taraftan Singapur Sözleşmesi'nin 1. Maddesinin 2. Fıkrasında da kapsam dışında kalan uyuşmazlık türleri açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre kişisel, ailevi veya evi ilgilendiren işlemler ile ilgili bir anlaşma belgesi varsa, bu belge Singapur Sözleşmesi kapsamına girmemektedir[38]. Zira Singapur Sözleşmesi'nin 1. Maddesinin 1. Fıkrası gereği sadece ticari nitelikteki uyuşmazlıklara ilişkin anlaşma belgeleri kapsamına almaktadır.

3. Tenfiz Kararına Karşı Kanun Yolları

2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'ne göre tenfiz kararlarına karşı temyiz yolu açıktır (m. 49). Ancak temyiz başvurusunu alan mahkeme kararı sadece Tüzük'ün 37. maddesinde belirtilen nedenlere dayanarak reddedebi-

---

gapur Sözleşmesi, On İki Levha, 2020 (ERKAN, Singapur Sözleşmesi), ÖZEL Sibel, "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı**, 2019-25(2), s. 1190-1210 (ÖZEL, Singapur Konvansiyonu); KAYA, Talat, "Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı**, 2019- 25(2).

36 Sözleşme, Birleşmiş Milletler tarafından 20 Aralık 2018 tarihinde kabul edilerek 07 Ağustos 2019 tarihinde Singapur'da imzaya açılmış ve 12 Eylül 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 7282 sayılı ve 25 Şubat 2021 tarihli Kanun (RG: 11.03.2020/31420) ile onaylamıştır. Daha sonra Sözleşme'nin onaylanması hakkında 21 Nisan 2021 tarihli ve 3866 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı (RG: 22.04.2021/31462) yürürlüğe girmiş ve 24 Şubat 2022 tarihli ve 5235 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı doğrultusunda, yürürlük tarihi 11 Nisan 2022 olarak belirlenmiştir (RG: 25.02.2022/31761).

37 ERKAN, Singapur Sözleşmesi, s. 130-132; ÖZEL, Singapur Konvansiyonu, s. 1198-1199; KAYA, s. 993-994.

38 ERKAN, Singapur Sözleşmesi, s. 122; ÖZEL, Singapur Konvansiyonu, s. 1198.

lir. Temyiz talebinde bulunan taraf Tüzük'ün 64. maddesinde hüküm altına alınan komisyona bildirilen mahkemeye başvurmak zorundadır. Üye devletler tenfiz talebini inceleyecek mahkemelerini, tenfiz kararına karşı itirazları inceleyecek mahkeme ve makamlarını itiraz etme usulü ile birlikte Komisyona bildirmekle yükümlüdür.

Temyiz başvuru süresi tenfizin reddi kararının tebliğinden itibaren 30 gündür. Ancak aleyhine tenfiz kararı alınan tarafın ikametgâhı farklı bir üye devlette bulunuyorsa bu süre 60 güne kadar çıkmaktadır.

Tüzük'ün 50. maddesinde ayrıca temyiz kararlarına karşı itiraz yolu da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre itiraz Tüzük'ün 64. maddesine uygun biçimde Avrupa Komisyonu'na bildirilen usule göre yapılacaktır.

VI. 2016/1103 SAYILI AB KONSEYİ TÜZÜĞÜ'NÜN MAL REJİMİNE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ KONUSUNDA TÜRK HUKUKU'NA KATKILARI BAKIMINDAN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Görüldüğü gibi 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nde kamu düzeni bir tanıma engeli olarak görülmekte iken münhasır yetki ile ilgili herhangi bir düzenleme, tanıma engeli olarak sayılmamıştır. Tüzük'ü uygulayan devletlerin çoğunda taşınmazın aynına ilişkin düzenlemeler münhasır yetki olarak kabul edilse dahi bu durum kararların dolaşımı açısından bir tanıma engeli olmayacaktır. Zira Tüzük'te her halükarda kamu düzeni engeli bulunmaktadır ve mal rejimi kapsamında taşınmazın aynına ilişkin bir karar verilirse bu kararın tanınması istenen diğer AB ülkesi, bunu taşınmazların aynına ilişkin münhasır yetkiden değil ancak kamu düzenini açıkça ihlal ediyorsa tanımayacaktır[39].

Bu açıdan Tüzük'ün tanıma ve tenfiz şartlarının Türk Hukuku üzerinde katkıları üzerinde durmakta fayda görüyoruz. Zira mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar çerçevesinde malların ayni tasfiyesi durumunda yurt dışında verilen kararların Türkiye'de tanıma ve tenfize konu olamaması hali hazırda devam etmektedir. Bu

---

[39] Münhasır yetkinin kamu düzeninden olup olmadığı ve tanıma ve tenfize etkileri tartışmaları için bkz. NOMER, Ergin, "Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemelerin Yetkisi ve Kamu Düzeni", **MHB**, 2003, Y. 23, S. 1-2, (Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan), s. 566; ERKAN Mustafa, "Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, C. 20, S. 1, s. 37 vd.; ŞENSÖZ-MALKOÇ Ebru, **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 368 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 749-750.

nedenle Tüzük'ün katkıları ile sınırlı olmak üzere öncelikle Türk Hukuku'nda münhasır yetki kavramı üzerinde durup daha sonra mal rejimi konusunda yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların MÖHUK nezdinde tanınması ve tenfiz şartlarından münhasır yetki konusuna kısaca değinmeye çalışacağız.

1. Türk Hukukunda Tanıma ve Tenfiz Şartı Olarak Münhasır Yetki

Öncelikle münhasır yetki kavramı ile neyin kastedilmek istendiğine değinmekte fayda bulunmaktadır. Her ne kadar MÖHUK m. 40 hükmü, iç hukuk yetki kurallarının yabancı unsurlu ihtilaflara da uygulanacağını, dolayısıyla yer bakımından yetki kuralları ile aynı zamanda milletlerarası yetki konusunu da sağlamışsa da[40], gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve gerek MÖHUK'ta hangi davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin olduğu sorunu kesin çözüme kavuşturulmuş değildir[41].

Aynı zamanda milletlerarası özel hukuktaki münhasır yetki kavramı ile iç hukuktaki kesin yetki kurallarının farklı konular olduğunu da burada hatırlatmak gerekir[42]. HMK'da yer alan kesin yetki kuralları münhasıran Türkiye'de görülebilecek davaları ifade etmektedir. Tanıma ve tenfiz şartlarında belirtilen "münhasır yetki" kavramı, söz konusu davanın özellikle Türk mahkemelerince karara bağlanması ve davada Türk Hukuku'nun uygulanmasını sağlamak amacıyla getirilmiştir. Bu doğrultuda HMK'da düzenlenen bir kesin yetki kuralının tanıma ve tenfiz şartları bakımından da münhasır yetki oluşturup oluşturmayacağı konusunda dikkat edilmesi gereken nokta, söz konusu davanın esasına mutlaka Türk Hukuku'nu uygulama amacını taşıyıp taşımadığıdır[43]. Herhangi bir milli hukukta bir mahkemenin yetki

---

40 NOMER, s. 523 vd.; ÇELİKEL / ERDEM, s. 559 vd.; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 462 vd.

41 KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, Demir-Demir, İstanbul 2001, s. 525 vd.; ÇELİKEL / ERDEM, s. 740; SÜZEN Begüm, **Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi,** On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 5 vd.

42 SAKMAR Ata, **Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları**, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 99-100; EKŞİ, Tanıma-Tenfiz, s. 193; NOMER, s. 527; ÇELİKEL / ERDEM, s. 749-750; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 660-661; DOĞAN, s. 86- 87. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 231 vd.

43 EKŞİ Nuray, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. Bası, Beta, İstanbul 2000, s. 212. (EKŞİ, Milletlerarası Yetki); ÇELİKEL/ERDEM, s. 749; ŞANLI/ESEN /ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 660; NOMER, s. 527; DOĞAN, s. 87 vd.

hükmü kamu düzeninden, emredici sayılabilir ama bunun milletlerarası usul hukukunda da münhasır sayılabilmesi için, o davanın Türk mahkemelerinde görülmemesinin mümkün olmaması, kabul edilebilir olmaması gerekir. Başka bir ifadeyle o yetki hükmünün mantığının ve amacının muhakkak bu davanın Türk hâkimi tarafından karara bağlanmasını sağlamak için konulmuş olması gerekir[44]. Doktrinde de, milletlerarası usul hukuku anlamında münhasır yetki ile uyuşmazlığa konu unsurun mutlaka ve yalnızca Türk hâkimi tarafından karara bağlanmasını temin etmek üzere düzenlenen yetki kuralları kastedilmektedir[45]. Dolayısıyla yabancı mahkeme kararının tenfizini engelleyen bir münhasır yetkiden bahsedebilmek için kuralın ifade ve düzenleme amacına bakılarak uyuşmazlığın salt Türk mahkemelerinde görülmesini hedefleyip hedeflemediğine dikkat etmek gerekecektir[46].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da (YHGK) tarafından münhasır yetki kavramı, devletin kendi sınırları içindeki mutlak otorite ve yetkisini ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarını kullandığını ifade eden kurallar olarak tanımlamış ve Türk Hukukunda kamu düzeni ile ilgili her yetki kuralının aynı zamanda münhasır yetki kuralı olmayacağını, yetkiye ilişkin herhangi bir kuralın münhasır bir yetki kuralı olup olmadığının, o

---

44 ERDEM B. Bahadır, "Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü", **Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı** (ŞIPKA Şükran / ŞENSÖZ Ebru / Nilay ŞENOL Ayşe / ÖZBİLEN Arif Barış), 18-20 Kasım 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 18, Nisan 2006, s. 133-151, s. 136 (ERDEM, Brüksel II Tüzüğü); ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 661; TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi,** AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 17, Ankara 1996, s. 65; SARGIN, Fügen, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Yetkin, Ankara 1996, s. 151 vd.; SÜRAL, Ceyda, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** 2012-100, s.188 vd.; HUYSAL, Burak, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler", **MHB**, 2012, C. 32, S. 1, ss. 71-101, s. 85.

45 ÇELİKEL / ERDEM, s. 741; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 589; SAKMAR, s. 99; EKŞİ, Tanıma-Tenfiz, s. 191; NOMER Ergin, "Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu", **Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul, 1998, ss. 685-730, s. 715 (NOMER, Oğuz İmregün'e Armağan); AYBAY Rona / DARDAĞAN Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması**, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 302; ESEN Emre, "Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı", 2002, **MHB**, C.22, s. 2, ss. 183-206, s. 187 (ESEN, Ergin Nomer'e Armağan).

46 NOMER, s. 523; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 589, ÇELİKEL / ERDEM, s. 715; ÇELİKEL Aysel, "Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları", **MHB**, 1982, C. 2, S. 2, ss. 7-13, s.9; EKŞİ, Milletlerarası Yetki, s. 216; ESEN, Ergin Nomer'e Armağan, s. 187.

maddenin ifadesinden, düzenleme amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır[47].

2. Yabancı Mahkemeler Tarafından Mal Rejimine İlişkin Verilen Kararların Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki

Bilindiği gibi MÖHUK 54 nezdinde verildiği ülkede kesinleşen hukuk davalarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfiz şartlarını hüküm altına almıştır. Bu hüküm MÖHUK m. 58'in göndermede bulunmasıyla aynı zamanda tanımada da uygulanmaktadır. Bu şartlardan biri de MÖHUK m. 54/b nezdinde yer alan, mahkeme kararının, Türk mahkemeleri nezdinde münhasır yetkiye girmeyen bir konuda verilmesi veya yabancı mahkemenin kendisini aşırı yetkili görmemesidir.

Yabancılık unsurlu mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarda münhasır yetki eşler arasında meydana gelebilecek taşınmazın aynına ilişkin ihtilâflarda kendini gösterebilir. Zira yabancılık unsuru içeren mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar daha çok nakdi tasfiyeye ilişkin davalar olmakla birlikte, mal rejimi veya boşanma davalarında taşınmazın ayni olarak devrine de uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yerdeki mahkemenin münhasır yetkisi sadece Türkiye'de[48] değil, AB içindeki birçok ülkede de[49] kabul edilmiştir.

MÖHUK m. 47 çerçevesinde yer bakımından yetki kurallarının münhasır yetki olarak belirlendiği durumlarda, yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeye yetki vermek mümkün değildir[50]. Dolayısıyla yabancı bir mahkeme tarafından taşınmazın aynına ilişkin karar verilse de bu kararın ülkemizde uygulanması mümkün değildir[51]. Taşınmazın aynına etki eden yaban-

---

47 YHGK, E. 2013/18-1628, K. 2015/894, 04.03.2015, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

48 NOMER, s. 495 vd.; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 589, ÇELİKEL / ERDEM, s. 601 vd.; DOĞAN, s. 78 vd.; KURU, s. 525 vd.; POSTACIOĞLU İlhan / ALTAY Sümer, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat, 2020, s. 139 vd.; PEKCANITEZ Hakan / ÖZEKES Muhammet / AKKAN Mine / TAŞ KORKMAZ Hülya, **Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 125 vd.; SARGIN, s. 161-162; DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Yetki Anlaşmaları**, Vedat, İstanbul, 2018, s. 137; SÜZEN, s. 32.

49 Alman Usul Kanunu m. 24 (§ 24 ZPO); Fransız Usul Kanunu (NCPC) m. 44; İspanya Usul Kanunu (LOPJ) m. 22.

50 ÇELİKEL / ERDEM, s. 532; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 594.

51 SAKMAR, s. 98 vd.; NOMER, s. 522; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 589-590; ÇELİKEL / ERDEM, s. 740-741; EKŞİ, Milletlerarası Yetki, s. 212 vd.; SÜZEN, s. 5

cı mahkemeler tarafından verilen kararlar Türk Hukuku'nda bir etki doğurmayacaktır[52].

MÖHUK m. 40 hükmünün istisnalarını düzenleyen özel yetki kurallarında da (MÖHUK m. 41-46) taşınmazların aynından doğan davalar yer almamaktadır. Bu nedenle MÖHUK nezdinde genel yetki kuralını belirleyen 40. Maddesinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusunda iç hukukumuza yaptığı atıf sebebiyle, iç hukukta konunun hüküm altına alındığı HMK m. 12'ye göre yetkinin belirlenmesi gerekecektir. HMK'nın 12. Maddesinin birinci fıkrasında taşınmaz üzerindeki aynî haklara ya da aynî hak sahipliğini değiştiren davalar ve taşınmazın zilyetlik ve alıkonulmasına ilişkin davalarda, taşınmazın fiilen bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili olarak hüküm altına alınmıştır. Bu hükümde yer alan yetkinin münhasır yetki olduğu ve bu münhasır yetkinin kamu düzenine ilişkin bir münhasır yetki olduğu da hem doktrinde[53] hem de yargı kararlarında[54] kabul edilmiştir. HMK m. 12 hükmü milletlerarası usul hukuku kuralları açısından da münhasır yetki olarak kabul edilmektedir[55]. Zira bu hükümle Türkiye'deki taşınmazlar üzerindeki ayni haklara ilişkin her türlü uyuşmazlığın sadece Türk mahkemelerinde görülmesi düzenlenmektedir.

Türkiye'de boşanma kararıyla birlikte taşınmazlar bakımından verilen hüküm sadece taşınmazın bulunduğu yerdeki mahkeme tarafından verilmemektedir. TMK m. 705 çerçevesinde söz konusu taşınmazın devrine ilişkin tescil, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesince verilmesine bağlı olmaksızın tapuda gerçekleştirilebilmektedir. Kanaatimizce benzer bir düzenlemenin yabancı mahkeme tarafından verilen boşanma davasında kararlaştırılan ta-

---

vd; ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 225 vd. (ŞANLI, Ticari Akitler).

52 ŞANLI Cemal, "Türkiye'deki Gayrımenkul ile İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi", **MHB**, S. 1986/1, ss. 40-45, s. 45 (ŞANLI, Boşanma).

53 KURU, s. 525 vd.; POSTACIOĞLU / ALTAY, s. 139 vd.; PEKCANITEZ USUL, s. 125 vd.; ERDEM B. Bahadır, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması", **MHB**, 1997, C. 17, S. 1-2, ss. 183-216, s. 205 (ERDEM, Yetki Kuralları).

54 Y. 15. HD, E. 2018/3865, K. 2019/2257, 13.05.2019; Y. 3. HD, E. 2017/1146, K. 2019/3907, 29.04.2019; Y. 14. HD, E. 2015/12523, K. 2016/4628, 18.04.2016; Y. 14. HD, E. 2007/12078, K.2007/11744, 15.10.2007; Y. 8. HD, E.2007/3129, K.2007/4503, 16.07.2007, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.03.2020).

55 EKŞİ, Milletlerarası Yetki, s. 220-223; ÇELİKEL / ERDEM, s. 741; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 589; GÜVEN Pelin, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Yetkin, Ankara, 2013, s. 95-96.

şınmazların aynına ilişkin kararlar bakımından da uyguşlanması yerine olacaktır. Zira böyle bir durumda da yabancı mahkeme, Türkiye'de mevcut bir taşınmaz üzerinde hüküm tesis etmektedir. Ancak, bunun için gerek MÖHUK 54(b) gerekse de HMK m. 12 hükmünün tartışmaya açılması gerekir.

Bununla birlikte, HMK md. 12'de yer alan yetkinin kamu düzeninden kesin yetki kuralı olmasının nedeni ile milletlerarası özel hukuk açısından Türk mahkemesinin yetkisinin taşınmazlara ilişkin davalarda münhasır nitelik taşıması farklı gerekçelere dayanmaktadır. Şöyle ki, HMK m. 12 çerçevesinde taşınmaz üzerindeki ayni haklar konusundaki uyuşmazlıkların taşınmaz nerede ise oradaki mahkemede çözümlenmesine ilişkin yetki kuralının kamu düzenine ilişkin ve kesin yetki kuralı olmasının sebebi bu davaların usul ekonomisine uygun olarak en az maliyetle, hızlı ve kolay bir şekilde gayrımenkulün bulunduğu yerde belirlenebilecek olmasıdır. Zira taşınmazın tapu kayıtları buradadır ve hâkim keşif yaparak gayrımenkulün mevcut durumunu bizzat inceleyebilmektedir[56]. Ancak Ekşi'ye göre milletlerarası özel hukuk açısından Türk mahkemelerinin yetkisinin taşınmazlara ilişkin davalarda münhasır nitelik taşıması için bu gerekçe tek başına yeterli değildir[57]. Zira yabancıların taşınmaz mal edinmelerine ilişkin özel düzenlemelerin bulunması ve bunların milletlerarası nitelikli davalarda doğrudan uygulanan maddi hukuk kuralları niteliğini taşıması, bu konuda "yetkili mahkeme" ile "uygulanacak hukuk" arasında sıkı bir ilişki oluşturmakta ve hem uygulanacak hukuk açısından hem de milletlerarası yetki bakımından taşınmazın bulunduğu yer esasının kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır[58].

Yabancı ülkelerde verilen boşanma kararı içerisinde yer alan Türkiye'deki bir taşınmazın devrini öngören kararlar bakımından da bu durum önemlidir. Zira boşanma ile taşınmazın devrini öngören bu kararlar taşınmazın aynına ilişkindir. Bununla birlikte münhasır yetki kuralının ancak ayni tasfiyenin söz konusu olduğu durumlarda uygulanabileceğini de hatırlatmak isteriz. Mal rejiminin nakdi tasfiyeye tabi tutulduğu hallerde taraflar arasında bir ayni hak devri söz konusu olmayacağı için taşınmazın bulunduğu yerdeki resmi makamların yetkilerini kullanarak taşınmaza ilişkin doğrudan

---

[56] YILMAZ Ejder / ARSLAN Ramazan / TAŞPINAR AYVAZ Sema / HANAĞASI Emel, **Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, Yetkin, Ankara, 2021, s. 218 vd.

[57] EKŞİ, Milletlerarası Yetki, s. 220-221; EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 192.

[58] EKŞİ, Milletlerarası Yetki, 221; EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 192.

bir işlem yapmaları da söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla yabancı ülke mahkemelerince ayni tasfiye için verilen kararlar MÖHUK m. 58'in yaptığı göndermeyle MÖHUK m. 54/b kapsamında tanınmayacaktır. Nitekim Yargıtay 25.01.1996 tarihli bir kararında Hannover Aile Mahkemesi'nden alınan ve Pamukova'da 4363 parseldeki taşınmazın davacıdan davalıya ayni devrine ilişkin hüküm içeren boşanma davasının tanınmasına ilişkin davada, Türkiye'deki mevcut gayrımenkuller üzerindeki ayni haklar konusunda Türk mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğunu belirterek, mahkeme kararının boşanma kısmını tanımış, ayni hak devrine ilişkin kısmını tanımamıştır[59]. Yargıtay aynı kararında tenfiz de söz konusu olabilir mi sorusuna doktrine[60] uygun olarak olumsuz yanıt vermiş ve taşınmaz üzerindeki ayni hakların devri konusunda yabancı mahkeme kararlarının ancak tanıma işlemine konu olabileceğini tenfizinin mümkün olmayacağını hüküm altına almıştır.

Doktrinde yabancı mahkemenin verdiği boşanma kararında, taraflar arasındaki anlaşmaya dayanarak Türkiye'de mevcut bir gayrımenkulün devrine dair bir hüküm varsa, o mahkeme kararının tanınması gerektiği belirtilmiştir[61]. Bu görüşe göre mülkiyetin devri sulhen gerçekleştiğinden, Türk hâkiminin bu tür yabancı mahkeme kararlarını tanıması gerektiği ileri sürülmektedir[62].

Bu görüşe katılanların bir başka gerekçesi de Türk Hukuku'nda bazı durumlarda anlaşmalı olarak yapılan boşanma davası kararlarının uyuşmazlığa konu taşınmazın bulunduğu yerden başka bir şehirdeki Aile Mahkemesince verilebilmesi ancak bunun hükmün icrasına bir etkisi olmamasıdır[63].

Ancak Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi, taraflar arasındaki uyuşmazlıktan değil, Türkiye Cumhuriyeti devletinin kendi toprağı üzerinde bulunan taşınmazın ayni hak devirlerini kontrol altında tutmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Bu tutum yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmeleri konusunda getirilen sınırlamalarda da görülmektedir. Taşınmazın aynına ilişkin tüm düzenlemeler beraber değerlendirildiğinde, taşınmazın aynına

---

59 Y. 2. HD, E. 1996/44, K. 1996/782, 25.01.1996. Kararın özeti için bkz. EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 197. Yargıtay'ın bu kararı kanaatimizce doğrudur. Zira taşınmaz üzerindeki ayni hakkın devri tapuda tescil ile gerçekleşeceği için yenilik doğurucu bir işlem olacaktır. Bu durumda kural olarak tanınması gerekecektir.

60 EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 197-198.

61 ÇELİKEL / ERDEM, s. 604-605.

62 ÇELİKEL / ERDEM, s. 604-605.

63 ERKAN, s. 40 vd.

ilişkin münhasır yetki konusunda yerleşmiş uygulama ve görüşlerde[64] herhangi bir değişiklik söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce burada kanun koyucunun aradığı şart ayni hak devrinin var olup olmadığı yönündedir. Bu ayni hakkın bir sözleşmeye dayalı sulh yoluyla mı yoksa doğrudan mahkeme kararıyla mı gerçekleştiği noktasında bir ayrım bulunmamaktadır[65]. Bu nedenle HMK m. 12'de belirtilen münhasır yetki değişmediği sürece Türkiye'de mevcut taşınmazların ayni haklarının devrine ilişkin kararların sulh sözleşmelerine dayansa dahi tanınması mümkün olmayacaktır.

Tabii bu durum uygulamada sorunları da beraberinde getirecektir. Bu sorunları bertaraf etmek için kanaatimizce aile hukuku sistemlerinin ama özellikle de mal rejimine ilişkin olan sistemlerin yeknesaklaştırmaları için kararların hızlı ve etkili bir şekilde uygulanmasını sağlayan 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nden yararlanılmalıdır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü, AB üyesi ülkelerdeki mevzuat farklılıklarını ortadan kaldırmak amacıyla bu konularla yakın bağlantı içerisinde olan mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili birbiriyle çelişen ve uygulamasını imkânsızlaştıran düzenlemelerin önüne geçmeye çalışarak önemli bazı düzenlemeler getirmiştir. Kanaatimizce bu düzenlemeler Türk Hukuku bakımından da faydalanılması gereken gerek teorik gerekse uygulamada Türk Hukuku'na katkı sağlayabilecek düzenlemeler olarak değerlendirilmelidir. Çalışmamız kapsamında uygulanacak hukuk ve münhasır yetki konularında 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nün Türk Hukuku'na katkıları üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Bu amaçla uygulanacak hukuk bakımından gerek objektif gerekse de sübjektif bağlama noktaları bakımından Tüzük'ten nasıl yararlanılabileceği incelenerek, özellikle sübjektif bağlama noktalarının söz konusu olmadığı durumlarda Tüzük hükümlerinde amaçlandığı gibi diğer hukuk düzenleriyle uyumlu bir hukuk seçimi yapılması, sübjektif bağlama kurallarının evlenme anı ile değil de Tüzük'te belirtildiği gibi hukuk seçiminin yapıldığı an ile sabitlenmesinin daha faydalı

---

64 NOMER, s. 493; ÇELİKEL / ERDEM, s. 603; KURU, s. 5779; DOĞAN, s. 103 vd.; EKŞİ, Milletlerarası Yetki, s. 221.

65 Aynı yönde bkz. ERSEN-PERÇİN, s. 238; HUYSAL Burak / ŞERMET SÜZEN Begüm, "Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin İncelenmesi", **Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Güncel Gelişmeler**, ed. Süheyla Balkar Bozkurt, On İki Levha, İstanbul, 2018, ss. 47-69, s. 52-53.

olacağı belirtilmiştir. Objektif bağlama noktaları bakımından ise Tüzük'e uygun olarak evliliğin sona ermesi aşamasındaki en sıkı ilişkili hukuk bağlama noktasının dikkate alınması özellikle ölümle sonuçlanan evliliklerin mal rejimlerinin tasfiyesinde daha yeknesak bir hukukun uygulanmasına sebebiyet verebileceği görüşleri aktarılmıştır.

Diğer taraftan 2016/1103 sayılı AB Konseyi Tüzüğü'nün Türk Hukuku'na katkı sağlayabileceği diğer nokta ise mal rejimine ilişkin verilen yabancı mahkeme kararlarının ayni tasfiye durumunda münhasır yetki engeliyle karşılaşması olarak tespit edilmiştir. Zira gerek boşanma kararıyla gerekse de bağımsız olarak taşınmazın aynına ilişkin bir devir ihtiva eden mal rejimine ilişkin bir yabancı mahkeme kararı Türk mahkemesinin münhasır yetkisine girdiği için tanınmayacaktır. Bu durum yargılamada gecikmeler, zaman ve masraf kayıpları gibi mağduriyetleri de beraberinde getirecektir. Bu nedenle MÖHUK m. 54(b) hükmünde yer alan tenfiz şartının ve buna bağlı olarak HMK m. 12 hükmü ile düzenlenen münhasır yetkinin yeniden değerlendirilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu amaçla olması gereken hukuk bakımından özellikle mal rejimi kapsamında hassas bir sürece bağlı olan taşınmazın aynına ilişkin davalardaki münhasır yetki konusunun kamu düzeninden ayrılarak ve günümüz koşul ve hızına uygun olarak yorumlanarak MÖHUK m. 54/b çerçevesinde hüküm altına alınan münhasır yetkiden ayırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Kamu düzenini ilgilendiren bir yetki kuralının teorik olarak her somut olay bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Zira yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının ve hatta mavi kart sahiplerinin dahi Türkiye'de taşınmaz edinmelerinde herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Yabancılar bakımından ise Tapu Kanunu, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri, Mukabele-i Bilmisil Kanunu gibi kanunlarda kamu düzenine ilişkin çeşitli sınırlamalar getirilmiş durumdadır. Ancak, yabancı bir mahkeme tarafından mal rejimine bağlı olarak eşler arasında Türkiye'deki bir taşınmazın aynına ilişkin verilecek karar kural olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti toprakları üzerindeki egemenlik hakkına zarar getirmeyecektir. T.C. Devleti taşınmazlar üzerinde sürekli olarak her zaman ve her türlü korumayı her halde sağlamaktadır. Ancak sırf Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği için başka bir ifadeyle mal rejimine ilişkin olarak taşınmazın aynı bakımından verilen kararın sırf Türk mahkemelerinde görülmediği için tanıma ve tenfiz engeliyle karşılaşmasının günümüz koşullarıyla bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Bu durum kendini 2016/1103 sayılı Avrupa Birliği Konseyi Tüzü-

ğü'nde de göstermektedir. Buna göre üye devletler taşınmazın aynına ilişkin bir mal rejimi kararı ile karşılaştıklarında kendi iç hukuklarında münhasır yetki olarak düzenlemiş olsalar dahi bunu münhasır yetkiye göre değil; sadece ilgili karar açıkça kamu düzenini ihlal ediyor ise kararı tanıma ve tenfizden imtina edebileceklerdir. Bu nedenle MÖHUK m. 54/b hükmünün evli eşlerin mal rejimine ilişkin 2016/1103 sayılı Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü'nden yararlanarak yeniden gözden geçirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

ALİNA OPREA Elena, "Party Autonomy and the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes in Europe", **Cuadernos Derecho Transnacional,** 2018, C. 10, S. 2, ss.579- 596.

ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, "Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK'un 4. Maddesinin b ve c Bendlerinin Uygulama Alanı", **MHB**, 1999-2000, C.19. S.1-2 (Aysel Çelikel'e Armağan), ss. 95-114.

AYBAY Rona / DARDAĞAN Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması**, 2. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK Gülüm, "Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, C. XIX, S. 1, ss. 111-150.

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union". Anlaşma için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex %3A12012E%2FTXT, (Erişim Tarihi: 19.10.2022).

Council Decision (EU) 2016/954 of 9 June 2016 authorising enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions on the property regimes of international couples, covering both matters of matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships". Söz konusu karar metni için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016D0954&from=EN (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü)", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=EN (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes, OJ: *L 183, 8.7.2016, s. 1-29,* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid= 1585399601740&uri=CELEX:32016R1103 (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ: 08.07.2016.

CRÔNE Richard, "La loi applicable au régime matrimonial Hier, aujourd'hui, demain", **Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois**, Defrénois, 2012, ss. 217-238.

ÇELİKEL Aysel / ERDEM Bahadır, **Milletlerarası Özel Huku**k, 17. Bası, Beta, İstanbul 2021.

ÇELİKEL Aysel, "Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları", **MHB**, 1982, C. 2, S. 2, ss. 7-13.

ÇÖRTOĞLU-KOCA Sema, "Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-A Tüzüğü (AT 2201/2003)", **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, (eds. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı), Adalet, 2016, ss. 234-278.

DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Yetki Anlaşmaları**, Vedat, İstanbul, 2018.

DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, Savaş, Ankara, 2022.

DROZ Georges A.L., "Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé", **Recueil des Cours**, 1974-III. C. 143, ss. 1-138.

EKŞİ Nuray, "Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, **Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan**, 2009, ss. 1139-1168.

EKŞİ Nuray, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. Bası, Beta, İstanbul 2000 (EKŞİ, Milletlerarası Yetki).

EKŞİ Nuray, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi,** 2. Bası, Beta, 2020 (EKŞİ, Tanıma-Tenfiz).

ERDEM B. Bahadır, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması", **MHB**, 1997, C. 17, S. 1-2, ss. 183-216 (ERDEM, Yetki Kuralları).

ERDEM B. Bahadır, "Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü", **Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı** (ŞIPKA Şükran / ŞENSÖZ Ebru / Nilay ŞENOL Ayşe / ÖZBİLEN Arif Barış), 18-20 Kasım 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları No: 18, Nisan 2006 (ERDEM, Brüksel II Tüzüğü).

ERKAN Mustafa, "Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, C. 20, S. 1. ss. 11-51.

ERKAN Mustafa, **Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi**, On İki Levha, 2020 (ERKAN, Singapur Sözleşmesi).

ERSEN-PERÇİN Gizem, **Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri**, On İki Levha, İstanbul, 2014.

ESEN Emre, "Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı", 2002, **MHB**, C.22, S. 2, ss. 183-206. (ESEN, Ergin Nomer'e Armağan).

EU regulations on the property regimes of International Couples, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/190129_international_couples_factsheet.pdf (Erişim Tarihi: 06.06.2021).

GÜVEN Pelin, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Yetkin, Ankara, 2013.

HUYSAL, Burak, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler", **MHB**, 2012, C. 32, S. 1, ss. 71-101.

JAYME Erik, "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies", **Yearbook of Private International Law**, 2009, C. XI, ss. 1-11.

KAYA, Talat, "Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı**, 2019- 25(2).

KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, Demir-Demir, İstanbul 2001.

MARINO Silvia, "Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships", **Cuadernos de Derecho Transnacional**, 2017, C.7, S.1, ss. 265-284.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.

NOMER Ergin, "Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu", **Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul, 1998, ss. 685-730, (NOMER, Oğuz İmregün'e Armağan).

NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

NOMER, Ergin, "Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemelerin Yetkisi ve Kamu Düzeni", **MHB**, 2003, Y. 23, S. 1-2, (Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan).

ÖZEL Sibel, "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı**, 2019-25(2), s. 1190-1210 (ÖZEL, Singapur Konvansiyonu);

ÖZTÜRK Necla / YARAR Güven / ARSLAN Şule, "Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 Sayılı Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Kayıtlı Birliktelik Kurmuş Çiftlerin Malvarlığına Uygulanacak Hukuk, Yetkili Mahkeme ve Tanıma-Tenfiz Meseleleri", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C.8, S. 2, ss. 1-20.

PEKCANITEZ Hakan / ÖZEKES Muhammet / AKKAN Mine / TAŞ KORKMAZ Hülya, **Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.

POSTACIOĞLU İlhan / ALTAY Sümer, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat, 2020.

Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (Avrupa Veraset Belgesinin Tanzimine ve Geçerli Belgelerinin Kabulü ile İcrasına İlişkin Kararların Tanınması, Tenfizi ile Mahkemelerin Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkınd AB Konsey Tüzüğü)", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0650&from=EN (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

REVILLARD Marie L., Droit international privé et communautaire, **Pratique notariale,** Paris 2010.

SAKMAR Ata, **Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları**, Fakülteler Matbaası, 1982.

SARGIN, Fügen, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Yetkin, Ankara 1996.

SÜRAL, Ceyda, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** 2012 (100).

SÜRAL-EFEÇINAR Ceyda, "Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku Işığında Çifte Vatandaşlık Halinde "Müşterek Milli Hukuk" Bağlama Noktası Nasıl Anlaşılmalıdır?", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, C.14, S. 177-178, ss. 1197-1218.

SÜZEN Begüm, **Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi,** On İki Levha, İstanbul, 2016.

ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Bası, Beta, 2021.

ŞANLI Cemal, "Türkiye'deki Gayrımenkul ile İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi", **MHB**, S. 1986 /1, ss. 40-45 (ŞANLI, Boşanma).

ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019 (ŞANLI, Ticari Akitler).

ŞENSÖZ Ebru, "27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 2009-16, 2009, ss. 173-211 (ŞENSÖZ, Uygulanacak Hukuk).

ŞENSÖZ-MALKOÇ Ebru, **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, On İki Levha, İstanbul, 2017.

TEKİNALP Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları**, 13. Baskı, İstanbul 2020.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi,** AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 17, Ankara 1996.

VIARENGO Ilaria / FRANZINA Pietro, eds., The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples, A Commentary, **Elgar Commentaries in Private International Law series**, 2020.

YILMAZ Ejder / ARSLAN Ramazan / TAŞPINAR AYVAZ Sema / HANAĞASI Emel, **Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, Yetkin, Ankara, 2021.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1881-1898

QUALIFICATION OF THE PERFORMANCE WARRANTY BY 'WITHOUT GUARANTEE' AND ITS RAMIFICATIONS IN THE CONTEXT OF TIME CHARTERS(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Ceren CERİT DİNDAR**(**)

Abstract: Since speed and bunker consumption of the chartered ship are elements that directly affect the costs (hire - bunker expenses) which the charterer is responsible under a time charter, almost all time charters contain descriptions as to these. If the chartered ship performs less speed or consumes more bunkers than described in the charter, bringing a claim for the deficient performance of the ship and claiming damages for the loss he suffered can be an option for the charterer. However, in order that such a claim succeeds, it must first be established that the parameters given in the charter as to speed and bunker consumption of the ship have a status of warranty. The main objective of this article is to analyse matters that might affect the warranty status of these parameters. In this sense, the article determines the impact of the words 'without guarantee' (WOG) and 'all details about without guarantee' (ADAWOG) on the descriptions given in the charter as to speed and bunker consumption of the ship and analyze different interpretations regarding the meaning of these qualifications. Since the English law is predominant in the field of charterparties, the analysis will be made in this paper from an English Law perspective.

Keywords: Time Charterparties, Performance Warranties, Speed and Bunker Consumption of the Ship, Deficient Performance of the Ship, 'Without Guarantee'.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 24.06.2022. Makale kabul Tarihi: 19.12.2022.

(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0001-8309-3190; *cerenceritdindar@aybu.edu.tr*).

ZAMAN ÇARTERLERİNDE GEMİNİN PERFORMANSINA İLİŞKİN TANIMLAMALARA 'WITHOUT GUARANTEE' ŞERHİ EKLENMESİ DURUMU VE SONUÇLARI

Öz: Geminin hız ve yakıt tüketimine ilişkin değerler, zaman çartererinin sorumlu olduğu tahsis ücreti ve yakıt masraflarını doğrudan etkilediğinden, zaman çarteri sözleşmelerinin pek çoğunda bu hususta bazı tanımlar ve değerler yer almaktadır. Tahsis olunan gemi sözleşmede belirtilen değerden daha düşük bir hızla seyrettiğinde veya belirtilen yakıt tüketimi değerinden daha fazla yakıt tükettiğinde, çarterer sözleşmenin ihlal edildiği gerekçesine dayanarak geminin düşük performansından ötürü ortaya çıkan zararını talep edebilir. Ancak bunu yapabilmesi için, tahsis eden tarafından geminin hız ve yakıt tüketimine ilişkin olarak çarter sözleşmesinde verilmiş olan değerlerin, garanti edilmiş olması gerekir. Bu makalenin temel amacı, bu değerlerin garanti edilmiş olması durumunu etkileyebilecek hususları analiz etmektir. Bu açıdan, makale, geminin performansına ilişkin yapılan tanımlamaların ve de değerlerin 'without guarantee' (WOG) ve 'all details about without guarantee' (ADA WOG) ifadeleriyle nitelendirilmeleri durumunda bunun etkisinin ne olacağını belirleyecek ve bu nitelendirmelere ilişkin farklı yorumları analiz edecektir. Çarter sözleşmeleri alanında İngiliz Hukuku hakim olduğu için, bu makaledeki inceleme İngiliz Hukuku perspektifinden yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zaman Çarteri Sözleşmesi, Performans Garantileri, Geminin Hızı ve Yakıt Tüketimi, Geminin Düşük Performans Göstermesi, 'Without Guarantee'.

I. THE ROLE OF THE CONTRACTUAL DESCRIPTION OF THE SHIP IN TIME CHARTERS

In time charters, since the charterer pays a fixed hire for use of the ship commercially during the charter period, it is important for the charterer to know details of the chartered ship and have an opinion about the commercial value of the ship. Therefore, it is common to see a clause in time charters which identifies characteristics and capabilities of the chartered ship. The shipowner's obligation under this description clause is to provide a ship which complies with the contractual description[1]. Accuracy and sufficiency of the contractual description is significant because the charterer most of the time decides to enter into a time charter

[1] SÖZER Bülent, **Deniz Ticaret Hukuku (Cilt 1)**, 6th edn., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, p. 378; COGHLIN Terence / BAKER, W. Andrew / KENNY Julia / vd., **Time Charters**, 7th edn., Informa, London, 2014, para. [I.33].

and plans his future employment decisions considering parameters stated in the description clause[2].

II. THE ROLE OF DESCRIPTIONS GIVEN IN THE CHARTER AS TO SPEED AND BUNKER CONSUMPTION OF THE SHIP IN TIME CHARTERS

The charterer has two main responsibilities regarding costs under time charters and these two responsibilities are closely related with speed and bunker consumption of the ship during her employment. Firstly, the time charterer is required to pay a fixed hire throughout the period of the charter. The number of the voyages which the vessel perform during the charter does not affect the amount of the agreed hire. If the ship underperforms during her employment, this affects the time it takes to complete a voyage and less voyages may be performed than the ship can be expected to perform during the agreed charter duration. From the charterer's perspective, such a result is undesirable since performing voyages is less than the planned within agreed duration adversely affect the profit which the charterer is planning to earn under that charter[3]. Apart from this, supplying and paying for bunkers which the ship needs during the period of the charter is ordinarily the charterer's responsibility[4]. Therefore, in a particular case, if the consumption of more bunkers than described in the charterparty is an issue, the charterer finds himself in a position of paying more than its planned and this will have adverse impact on his financial plans[5]. In light of these considerations, it can be said that description as to ship's speed and bunker consumption, in other words performance warranties[6] have a significant effect on certain costs which the time charterer must bear with regard to employment of the ship.

---

2 ÜLGENER Fehmi**, Çarter Sözleşmeleri II**, 1st edn., Der Yayınları, İstanbul, 2016, p. 95.

3 **ÜLGENER**, p. 97, CERİT DİNDAR Ceren, "The Performance of the Chartered Ship: a Much Clearer Obligation under the NYPE 2015?", **JIML** 2017, Vol. 23, I. 6, p. 426; Shipping Working Group on International Shipping Legislation, "Charterparties a Comparative Analysis", United Nation Conference on Trade and Development, 12th session, Geneva, 22 October 1990, para. [40].

4 **ÜLGENER**, p. 69 and p. 98; **COGHLIN / BAKER / KENNY**, para. [I. 29]. Standard charter forms generally include a term relating the charterer's bunker obligation. See clause 2 of NYPE 1946, clause 7 of NYPE 1993, clause 4 of Baltime, clause 15.2 of BPTime 3 and clause 7/a of Shelltime 4.

5 **ÜLGENER**, p. 98, **CERİT DİNDAR**, p. 426; **Shipping Working Group on International Shipping Legislation,** para. [40].

6 It should be noted that the term 'warranty' is used here to refer to 'promise'.

Performance warranties are also important to the time charterers in terms of being able to accurately predict the manner in which they may exploit the vessel during the charter period. More often than not, a time charterer is a speculator who aims to profit through sub-charter arrangements based on fluctuations in market rates[7]. The parameters related to speed and bunker consumption of the ship can be used by the charterers and their sub-charterers to draw future business plans with regard to exploitation of the chartered vessel. For example, the time charterer may provide a cancellation date to his sub-time charter in light of the stated speed in the head charter. In this case, if the vessel does not arrive at the delivery port until the cancellation date, due to deficiency in speed, this may result in loss of a profitable sub-charter. In the same way, when there is a sub-voyage charter between the head time charterer and the seller who needs a carriage of goods under a sale contract requiring a final shipment date, the seller may enter into a charter relying on an expected loading date estimated by the head time charterer considering the shipowner's speed description. In this case, if the vessel does not arrive on time due to deficient speed and the goods are not shipped on the final shipment date, the seller (sub-voyage charterer) may not conclude the sale contract. The best scenario is that he may convince the buyer to extend the shipment date but it is likely that this will only be possible if the purchase price is reduced[8]. Another solution for the seller may be to arrange another voyage charter for the transportation of the goods. However, in that case he might find himself in a position to pay higher freight to compare with the rate he is required to pay under the previous voyage charter due to quick arrangement of the agreement or the sudden increase in the market. These examples reinforce why the existence and accuracy of performance warranties are also essential to ensure commercial exploitation of the chartered vessel.

III. EXISTENCE OF PERFORMANCE WARRANTIES IN TIME CHARTERS

Since parameters as to performance of the ship have particular significance for the time charterers and their sub-charterers, because of the reasons stated above, almost all charter forms include information regarding

---

7 GORTON Lars, **Shipbroking and Chartering Practice**, 6th edn., Informa, Richmond, 2004, p.117.

8 As an example see *Progress Bulk Carrier Ltd. v. Tube City IMS LLC* [2012] EWHC 273.

performance of the ship. The parties may sometimes prefer to describe features of the ship as to the performance of the ship under the general description clause. Alternatively, features of the ship as to the performance can be set out in the preamble to the charter. For example, under NYPE 46, NYPE 93 and Baltime forms, description as to performance of the ship is given in the preamble. In addition, because of the importance of the ship's speed and bunker consumption, specific performance clauses can sometimes be drafted for these elements of the ship's description. For example, Shelltime 4 contains one page long specific performance clause (clause 24). Contrary to the position under previous NYPE forms, NYPE 2015 also contain a specific speed and consumption clause (clause 12). The first part of this clause is worded as follows:

> *"Upon delivery and throughout the duration of this Charter Party the Vessel shall be capable of speed and daily consumption rates as stated in Appendix A in good weather on all sea passages with wind up to and including Force four (4) as per the Beaufort Scale and sea state up to and including Sea State three (3) as per the Douglas Sea Scale (unless otherwise specified in Appendix A). Any period during which the Vessel's speed is deliberately reduced to comply with the Charterers' orders/requirements (unless slow steaming or eco speed warranties have been given in Appendix A) or for reasons of safety or while navigating within narrow or restricted waters or when assisting a vessel in distress or when saving or attempting to save life or property at sea, shall be excluded from performance calculations."*

This part of the clause is actually designed to set aside most of the disputes regarding the assessment of performance of the ship. The clause makes clear under which conditions, the shipowner promises that the ship complies with speed and daily consumption rates as stated in Appendix A. In this sense, stipulations as to performance of the ship is much clearer than previous NYPE forms. In order to bring a claim for underperformance of the ship, the first thing that needs to be focussed on is indeed the applicability time of the warranty given. The beginning words of the clause 12 of NYPE 2015 *"Upon delivery and throughout the duration of this Charter Party"* require the shipowner to provide a ship which will meet the specified performance rate during the whole charter period. It means that when the ship underperforms during the charter period and the charterer brings a claim underperformance claim, it will not be possible for the shipowner to

rely on the applicable time of the warranty as a defence against the charterer under this clause. Apart from this, the clause indicates the limits in terms of weather and sea conditions which the performance rates specified in the clause are promised. If the ship underperforms under while weather and sea conditions heavier than stipulated (up to and including Force four (4) as per the Beaufort Scale and sea state up to and including Sea State three (3) as per the Douglas Sea Scale), the underperformance claim of the charterer will again not succeed again under this clause since the shipowner does not provide any performance warranty for heavier conditions. Similarly, the deliberate reduction of the speed following the charterer's order or safety, saving ship, life and property also prevents the charterer to succeed for his underperformance claims[9]. As it is seen from the clause 12 of NYPE 2015 given as an example, the existence of promises as to performance of the ship in the charter form does not automatically results in that the charterer's underperformance claim succeeds. The clause might contain some conditions only under which the owner warrants the performance of the ships and these should be in consideration during the analyses of underperformance claims.

Whichever method (features of the ship as to the performance given in the preamble or under a separate clause) is used while defining the performance of the ship, if the charterer demands to bring a claim for deficient performance of the ship, firstly it must be established whether the charterparty contains a warranty as to the ship's speed and bunker consumption. In a particular case, the charterparty may contain two pages clause that describes performance of the ship but qualifying the clause by particular words may nullify all warranties and exclude the shipowner's duty to provide the ship which complies with her contractual description. In this sense, the wording of the description given as to performance of the ship needs close examination. At this point, the words which the charterer should approach cautiously and affect the existence of performance guarantee are 'without guarantee' - 'WOG' and 'All details about without guarantee' - 'ADA WOG'. The impact of these wordings will be discussed below in detail.

---

9 More details and critics as to performance related clauses of NYPE 2015 can be found in CERİT DİNDAR Ceren, "The Performance of the Chartered Ship: a Much Clearer Obligation under the NYPE 2015?", **JIML** 2017, Vol. 23, I. 6, p. 425-442.

1. The Impact of 'Without Guarantee' - 'WOG' on Performance Warranties

The term 'without guarantee' or the abbreviation 'WOG' is generally used in two different contexts under time charters. One is regarding to charter duration, the other is relating to performance of the ship. When the wording 'without guarantee' is added in the performance clause, this means that no contractual warranty exists at all and the description as to speed and bunker consumption of the ship is merely a representation[10]. However, it should be noted that there is an implied promise by the shipowner that representations regarding the ship's performance are made in good faith[11]. Therefore, the charterer may still bring a claim for underperformance of the ship relying on this implied promise. Details of the charterer's right in this regard are considered later in this paper.

2. The Impact of 'All details about without guarantee' - 'ADA WOG' on Performance Warranty

The other wording which excludes the shipowner's duty to provide the ship which complies with her contractual description can be the words 'All details about without guarantee' or the abbreviation 'ADAWOG'. Before mentioning about the effect of the 'ADAWOG' acronym on performance warranties, it is important first to note the unusual version of this wording which appeared in *The Lipa*[12]. In this case, clause 26 was a two page typed

---

[10] When the term 'without guarantee' or the abbreviation 'WOG' is incorporated into the charter duration such as 'charter duration is 5 months 20 days without guarantee', this means that no contractual warranty exists at all as to the duration of the charter. Therefore, under a such a term, the charterer is not under an obligation to redeliver the vessel at the end of the duration. In this regard, see *Benship International Inc. v. Deemand Shipping Co. SA (The Lendoudis Evangelos II)* (unreported case 14 March 1988) Note of the case can be found in (1995) LMLN 408.

[11] *Jappy Freres v. Sutherland* (1921) 26 Com Cas 227; *Benship International Inc. v. Deemand Shipping Co. SA (The Lendoudis Evangelos II)* (unreported case 14 March 1988) Note of the case can be found in (1995) LMLN 408; *Continental Pacific Shipping Ltd. v. Deemand Shipping Co. Ltd.* (*Lendoudis Evangelos II*) [1997] 1 Lloyd's Rep. 404; *Losinjska Plovidba Brodarstovo DD v. Valfracht Maritime Co. Ltd. and Another* (*The Lipa*) [2001] 2 Lloyd's Rep. 17.

[12] *Losinjska Plovidba Brodarstovo DD v. Valfracht Maritime Co. Ltd. and Another* (*The Lipa*) [2001] 2 Lloyd's Rep. 17. For case comments, see MEASTER L. Charles, "A Suprising Interpretation of a Time Charter Contract: What Does "Without Guarentee" Mean?", 1 **Malabu Maritime L. Bull.** 2006-2007, p. 7-11; GRAINGER Stephen, "All details 'without guarantee'", **Maritime Risk International**, April 2005; BOOTH Liz (general edt.)"The language barrier", **Maritime Risk International**, March 2002.

general description clause which gave details about characteristics and capabilities of the ship such as name, flag and disponent owners of the ship, cargo capacity, details of her engine and speed and bunker consumption of the ship. A part of the clause that gave information as to speed and bunker consumption in *The Lipa* as follows:

> "*Speed/consumption in good weather/calm sea, wind not exceeding Beaufort scale 4, on even keel*
>
> *- about 11 knots on about 14 mt IFO (180 cst) + about 1.5 mt Gasoil.*
>
> *- about 12 knots on about 17.5 mt IFO (180 cst) + about 1.5 mt Gasoil*
>
> *- about 14 knots on about 21 mt IFO (180 cst) + about 1.5 mt Gasoil*
>
> *- about 16 knots on about 33 mt IFO (180 cst) + about 1.5 mt Gasoil*
>
> *In case carrying reefer containers Gasoil consumption increases to about 2.1 mt.*
>
> *Port consumption:*
>
> *- working about 2.4 mt Gasoil*
>
> *- idle about 1.5 mt Gasoil*
>
> .....
>
> *All details 'about' - all details given in good faith but without guarantee*"

Although clause 26 gave many details as to characteristics and capabilities of the ship, as it was emphasized in the quote given above, only the parameters given in the clause related to speed and consumption of the ship were qualified with the word 'about' and the clause ended with the following words "*All details 'about' - all details given in good faith but without guarantee*". In *The Lipa*, the main dispute was about the overconsumption of the vessel. The charterer claimed that the chartered vessel consumed more bunkers than the warranted, so that the shipowners were in breach of warranty given in the clause 26. As a respond to the charterer, the shipowners submitted that because of the concluding words of the clause (All details 'about' - all details given in good faith but without guarantee), no warranty was actually given as to the consumption of the vessel. 'Without guarantee' meant that no contractual warranty exists at all.

In the light of these claims, the main question arises in the case was whether the concluding words of the clause 26 would be applied to the description as to bunker consumption of the ship. In this case, three possible interpretations with regard to the concluding words of clause 26 were suggested.

The first was that these words were able to qualify all particular items of the ship stated in clause 26 so it should be accepted that there was no warranty in terms of any items in the two page typed general description clause[13]. In order to accept this interpretation as a true approach, the attention should be given how the words 'details' given at the end of the clause should be considered.

At the end of the clause, the contracting parties used the word 'details' two times once as "*all details 'about'*" and another as "*all details given in good faith but without guarantee*". This repetition should be taken into account when interpreting the clause. At this point, it is important to clarify whether or not repetition of the word 'details' refers to the same items of description. If they refer to the same things, then without guarantee does not have any effect on the descriptions which could not be properly qualified by the word 'about'. For example, one can read the information as to cargo capacity of the ship by adding the word 'about', but you can not read the ship's flag by qualifying this information by the word 'about'. In terms of this example, it can be said that there will be no warranty as to the cargo capacity of the ship but the warranty will exist in terms of the ship's flag. On the other hand, if repetition of the word 'details' does not refer to the same items of description, the expression "*all details given in good faith but without guarantee*" has the effect of converting all descriptions in two page typed general description clause to mere representations made in good faith.

As it is seen that repetition of the word 'details' brings about two different constructions. While determining which one overrides the other, there are indeed two points that need to be considered. The result of a particular construction is one of the considerations for the court in choosing between opposing constructions. If a particular construction causes an absurd and unreasonable result, the court should prefer the construction that

---

[13] This interpretation has been suggested by Mr. Smith who appears for the shipowners in *The Lipa*. See *Losinjska Plovidba Brodarstovo DD v. Valfracht Maritime Co. Ltd. and Another* (*The Lipa*) [2001] 2 Lloyd's Rep. 17, p. 19, para. [12].

results in a reasonable rather than absurd outcome[14]. In this case, interpreting the repetition of 'details' as referring to the same items of the description is preferable because otherwise no warranty exists in terms of the two page description of the ship. Such a situation would be an absurd result and it is unlikely it is what the parties would have intended. Furthermore, there is a presumption of construction that the words which appear in the contract more than once should be given the same meaning in the case of ambiguity[15]. Although this presumption is not always reliable, it can be helpful here. Therefore, it could be said that the first suggested approach in *The Lipa* (the words at the end of the clause were able to qualify all particular items of the ship stated in clause 26 so it should be accepted that there was no warranty in terms of any items in the two page typed general description clause) is not a true approach to the particular wording.

The second suggested interpretation would go one step further. Use of the word 'details' twice in the clause was taken into account and it was suggested that concluding words of the clause could apply only to particular items of the ship which could properly be qualified by the words 'about', such as cargo capacity and bunker consumption[16]. Therefore, only in terms of those items, it could be accepted, the concluding words of the clause would be effective and should be accepted that no warranty at all. However, this interpretation missed the point that inverted comas were used with the word 'about' at the end of the clause. The court should take into account punctuation used during construction of the contract[17].

The third interpretation which was suggested by Smith J took into account the inverted comas and the fact that only the descriptions as to speed and bunker consumption were qualified by the word 'about' in the clause despite it being a two page description clause[18]. It was suggested that "*it is*

---

[14] *Wickman Machine Tools Sales Ltd. v. Schuler AG* [1974] AC 235, p. 251; *Australian Broadcasting Commission v. Australian Performing Right Association Ltd.* (1973) 129 CLR 99, p.109-110.

[15] LEWISON Kim, **The Interpretation of Contracts**, 4th edn., Sweet & Maxwell, London, 2007, p. 244.

[16] This interpretation has also been suggested by Mr. Smith who appears for the shipowners in *The Lipa*. See *Losinjska Plovidba Brodarstovo DD v. Valfracht Maritime Co. Ltd. and Another* (*The Lipa*) [2001] 2 Lloyd's Rep. 17, p. 19, para. [13].

[17] **LEWISON**, p. 183.

[18] See *Losinjska Plovidba Brodarstovo DD v. Valfracht Maritime Co. Ltd. and Another (The Lipa)* [2001] 2 Lloyd's Rep. 17, p. 19, para. [14].

possible to interpret the words as providing that where particulars are specified to be 'about', that part of the description of the vessel is given in good faith but without guarantee..."[19] Following this interpretation, Smith J held that no warranty existed with regard to bunker consumption of the ship[20]. Indeed, he stated it was possible to reach the same conclusion relying on the other two interpretations. However, the writer is of the view that the first two interpretations do not reflect the intended meaning of the concluding words of the clause because of the deficiencies already mentioned above.

As a result of the preferred interpretation by Smith J in *The Lipa*, it can be said that if the bunker consumption of the ship had not been already specified to be 'about' in clause 26, the outcome of the case would have been different. The warranty in terms of the bunker consumption would have continued to exist and the shipowner would have been liable to the charterer for overconsumption. In future cases, it should be noted that if the general description clause includes an expression which is identical to the closing words, such as in clause 26 in *The Lipa*, the parties should be aware that only the particulars specified by the word 'about' in the clause will be affected by the expression and it will be accepted that this part of the ship's description is given in good faith but without guarantee. With regards to the other items, the warranty will continue to exist. Therefore, the contracting parties should prefer 'without guarantee' instead of wording like that used in *The Lipa*, especially if they want to exclude the warranty with regards to all described particulars of a chartered ship in the clause.

The wording in *The Lipa* is an unusual one. The main expression generally used in the description clause is 'All details about without guarantee', or as an acronym, 'ADAWOG'. The effect of this wording was considered in London Arbitration (2006) 686 Lloyds Maritime Law Newsletter (LMLN) 4. The clause that gives a rise to a problem as follows:

> "*SPEED/CONSUMPTION UP TO AND INCLUDED BEAUFORT SCALE 5: SERVICE SPEED LADEN 12.5 KTS ON 35 IFO 180 - PLUS 2 MT GAS OIL AT SEA SERVICE SPEED BLST 13 KTS ON 33 IFO 180 - PLUS 2MT*

---

[19] *Losinjska Plovidba Brodarstovo DD v. Valfracht Maritime Co. Ltd. and Another (The Lipa)* [2001] 2 Lloyd's Rep. 17, p. 19, para. [14].

[20] See *Losinjska Plovidba Brodarstovo DD v. Valfracht Maritime Co. Ltd. and Another (The Lipa)* [2001] 2 Lloyd's Rep. 17, p. 21, paras. [23-24].

GAS OIL AT SEA DAILY CONSUMPTION: VSL IN PORT ABOUT 9 IFO + 2.5 GASOIL WHEN MANOUVERING ABOUT 4MTS MGO TO BE ADDED PER DAY BALLAST PUMP NO.1 ELECTRIC CAPACITY 2500 CU.M.HR AT 2 BAR AT 1180 RPM. ALL SPEED/CONSUMPTION BSS GOOD WEATHER AND SEA CONDITION UP TO BFT4/DGLS3 AND NO ADVERSE CURRENT A.D.A. WOG"

The charterer claimed that only descriptions, which were already specified to be 'about' in the clause, were affected by the statement 'ADAWOG', so that no warranty would exist only in terms of those descriptions. In other words, the charterer tried his luck by relying on Smith J's interpretation in *The Lipa* (quoted above). However, the tribunal rejected this argument and stated that there was no logic to limit the application just for descriptions which were already specified by the word 'about' in the clause and it was determined that existence of this wording at the end of the description clause had the effect of qualifying all statements prior to it[21]. According to the writer, in this particular dispute, it was correct to reject the charterer's interpretation regarding the 'ADAWOG' acronym. This is because the significant issue which leads to this kind of interpretation in *The Lipa* was the word 'about' with inverted commas and repeating the word 'details' two times in the clause, as was mentioned above. There was a two page clause that was drafted in detail and with caution. However, in the above mentioned arbitration case, the description clause was poorly drafted. Only descriptions as to consumption of the ship at port and consumption during manoeuvring was specified by the word 'about' and it was clear that use of the word 'about' with consumption figures was merely surplusage. There was no indication that the intention of the parties was to limit the application of 'ADAWOG' with descriptions that were already specified by the word 'about'. As a result, it can be said that once the contracting parties insert 'ADAWOG' at the end of the clause, the natural meaning of this acronym should be given unless there is a contrary indication (such as inverted comma) with regard to intention of the parties. The natural meaning of this acronym makes it necessary to apply it to all previous statements in the charter. Therefore, all statements given in the clause should be read as 'about' and as 'without guarantee'. It means that no warranty will exist in terms of any information given in that description clause. It is merely a representation given in good faith.

---

[21] London Arbitration (2006) 686 LMLN 4.

IV. BRINGING A CLAIM FOR DEFICIENT PERFORMANCE OF THE SHIP IN SPITE OF THE EXISTENCE OF THE WORDS 'WOG' OR 'ADAWOG' IN THE DESCRIPTION CLAUSE

As outlined above, the effect of 'WOG' or 'ADAWOG' on performance warranties is "*no guarantee, no warranty and no claim*"[22]. However, this is not necessarily the end of the story. There are still ways for the charterer to bring a claim for underperformance in spite of existence of the words 'WOG' or 'ADAWOG' in the description clause.

The first way is for the charterer to rely on the shipowner's bad faith. As has been briefly mentioned above, the shipowner is bound by the implied promise that representations are made in good faith under without guarantee provisions. Therefore, if the charterer can prove that representations related to performance of the ship are not given in good faith and the shipowner deliberately describes the features of the ship wrongly, the 'without guarantee' provision can be disregarded and the charterer can allege breach of the performance warranty. The test of good faith was considered in *The Lendoudis Evangelos II (No. 2)* and in which it was stated that genuine belief was enough to meet the good faith requirements and that there was no need that estimations were made on reasonable grounds[23]. This means that the test is subjective rather than objective. Therefore, in law, it will be difficult for the charterer to be able to prove the shipowner provided the description in bad faith. Although the standard of proof for serious allegations such as bad faith is normal civil standard of the balance of probabilities, the weight of evidence needed to establish the balance of probabilities should be stronger than other allegations[24]. In other words, the scales of the balance of probabilities may not be tipped easily when dealing with such serious allegations. Therefore, the court is unlikely to find bad faith on the part of the shipowner unless there is cogent evidence which satisfies the court that the shipowner had no genuine belief when describing

---

[22] GRAINGER Stephen, "All details 'without guarantee'", **Maritime Risk International**, 2005.

[23] *Continental Pacific Shipping Ltd. v. Deemand Shipping Co. Ltd. (Lendoudis Evangelos II) (No. 2)* [1997] 1 Lloyd's Rep. 404, p. 406.

[24] In this regard, it was submitted by Lord Nicholls in *Re H (Minors)* [1996] AC 563, p. 586 that "*more serious the allegation the less likely it is that the event occurred and, hence, the stronger should be the evidence before the court concludes that the allegation is established on the balance of probability*". Also, see *Re Dellow's Will Trusts* [1964] 1 WLR 451, p. 455.

the performance warranty[25]. It is also difficult for the charterer to prove bad faith in practice because the charterer's task is to ascertain the shipowner's subjective state of mind. Since there is no direct window into the mind of the shipowner, finding evidence to show that the shipowner did not have a genuine belief when he described the performance warranty is not an easy task. The charterer may rely on performance of the ship under previous charters as evidence. If there is an exaggeration in the performance described by the shipowner in comparison with previous performance of the ship, it can be argued that there has been bad faith on the part of the shipowner.

Because of the evidential hurdle outlined above with regard to good faith, the shipowner's implied promise that representations are made in good faith does not usually have any benefit to the charterer in practice. The charterer is generally left without a remedy in the case of non-compliance of the ship to the described performance. Therefore, it can be said that qualifying the warranty by the word 'without guarantee' directly shifts all risk related to performance of the ship from the shipowner to the charterer and at this point the good faith requirement does not provide any useful protection to the charterer. Furthermore, since the only requirement is that representations are made in good faith, even if it is clear that the description as to speed and bunker consumptions of the ship are seriously wrong due to negligence of the shipowner (but made with genuine belief), the charterer does not have any right to bring a claim against the shipowner. This is even if it leads to serious financial consequences with regard to the charterer's expenses. For these reasons, in the writer's opinion, it would be desirable to extend the shipowner's implied promise under a 'without guarantee' provision and construe it in a manner that representations regarding the ship are made in good faith and on reasonable grounds[26]. This kind of approach would be more realistic from a commercial point of view. However, for now, this is not the way that the English courts deal with the matter.

Secondly, in spite of the existence of a 'WOG' provision, this provision may not have any effects on performance warranties and the charterer may still bring a claim for underperformance of the ship. This can be possible in

---

[25] *Re Dellow's Will Trusts* [1964] 1 WLR 451, p. 455; *Red Bull GmbH v. Sun Mark Ltd.* [2012] EWHC 1929; *Burns v The Financial Conduct Authority* [2017] EWCA Civ 2140, para. [185].

[26] For more details about this suggestion see SHEPPARD Mandaraka Aleka, "What Obligation Does 'Without Guarantee' in a Charterparty Exclude?", **LMCLQ**, 1997, p. 359-362.

two different scenarios. Firstly, the charter may contain a general description clause (including parameters related to performance of the ship and other particulars of the ship) qualified by the word 'WOG' and also another clause which specifically refers to parameters as to performance of the ship but not contain a 'WOG' provision[27]. In this case, there is an inconsistency between general and specific provisions in the charter. This can be resolved by relying on one of the principles of constructions in that in the case of inconsistency between two clauses, greater weight is to be given to the specific clause[28]. Therefore, in this scenario, a 'WOG' provision in a general description must not be applied to the specific performance warranty, so that the warranty with regard to performance of the ship continues to exist. The second scenario is that the charter may contain a general description clause (including parameters related to performance of the ship and other particulars of the ship) with the 'WOG' provision and may also contain a specific clause which does not contain parameters as to performance of the ship but specifically deals with how the ship's performance is assessed[29]. In this second scenario, since parameters with regard to performance of the ship are only stated in a general description clause and the clause is qualified by the word 'WOG', it may be thought that there is no warranty with regard to performance of the ship. However, this is not the correct approach because this ignores the specific clause worded by the contracting parties. One of the important rules of the construction is that the clause must not be considered in isolation. In order to realise the true construction with regard to a particular clause, the clause should be considered in the context of the whole document[30]. Therefore, when construing the general description clause, the court should not confine itself to the 'WOG' provision in the clause and should collect the intention of the parties from whole contract. At this point, a specific clause that deals with how performance of the ship is assessed has a significant role. Existence of this specific clause is an indication of the intention of the parties and that a warranty with regard to performance of the ship continues to exist. It is true that there is an inconsistency while one clause says there is no warranty with regard to

---

27 **GRAINGER**, 2005.

28 **LEWISON**, p. 253.

29 **GRAINGER**, 2005.

30 *Miller v. Borner* [1900] 1 QB 691; *Chamber Colliery Ltd. v. Twyerould* [1915] 1 Ch. 268; *SA Maritime Commerciale of Geneva v. Anglo-Iranian Oil Co. Ltd.* [1954] 1 WLR 492; *Nereide SpA di Navigazione v. Bulk Oil International Ltd. (The Laura Prima)* [1982] 1 Lloyd's Rep. 1.

performance of the ship and the other deals with how performance of the ship is assessed. However, this inconsistency can be resolved again by relying on the presumption of construction that greater weight is to be given to the specific clause. In addition, where possible, the primary aim of the court should be to reconcile both clauses instead of ignoring one of them[31]. These two clauses can be read together so that the 'WOG' provision applies to other descriptions of the ship in the general description clause but the warranty with regard to performance of the ship continues to exist. To date, no case involving such a scenario has appeared before a court or tribunal.

Lastly, when the charter does not contain any contractual warranty as to performance of the ship because of existence of the 'WOG' or 'ADAWOG' provision, the charterer can alternatively try to bring a claim for underperformance of the ship based on breach of other clauses in the time charter such as due despatch clauses and maintenance clauses. The charterer may also be able to rely on an off-hire clause if the charter contains specific off-hire provisions which allow the charterer to make a deduction from hire in the case of poor performance of the ship[32].

V. CONCLUSION

In the light of the analysis carried out above, it is clear that incorporating WOG and ADAWOG provision into the description as to speed and bunker consumption of the ship might have a dramatic effect and the definition can lose their warranty status. Therefore, the charterer should approach cautiously to these wordings. However, it should be noted adding the 'WOG' or 'ADA WOG' provision in the description clause may not always be the end of the story. Thus, the shipowner should not be complacent once they convince the charterer to add these acronyms in the description clause. The charterer may still bring a claim against the shipowner for underperformance although this will be quite challenging for him. If the charterer does not want to face this challenge and to put himself at risk regarding performance of the ship, the first thing the charterer should do is to avoid these acronyms in performance warranties.

---

[31] *Pagnan SpA v. Tradax Ocean Transportation SA* [1987] 1 All ER 81; *Chiswell Shipping Ltd. v. National Iranian Tanker Co, The World Symphony and World Renown* [1992] 2 Lloyd's Rep. 115.

[32] See clause 15 of NYPE 1946, clause 17 of NYPE 1993, clause 17 of NYPE 2015 and clause 21/b of Shelltime 4.

BIBLIOGRAPHY

BOOTH Liz (general edt.)"The language barrier", **Maritime Risk International**, March 2002.

CERİT DİNDAR Ceren, "The Performance of the Chartered Ship: a Much Clearer Obligation under the NYPE 2015?", **JIML** 2017, Vol. 23, I. 6, p. 425-442.

COGHLIN Terence / BAKER, W. Andrew / KENNY Julia / vd., **Time Charters**, 7th edn., Informa, London, 2014.

GRAINGER Stephen, "All details 'without guarantee' ", **Maritime Risk International**, 2005.

LEWISON Kim, **The Interpretation of Contracts**, 4th edn., Sweet & Maxwell, London, 2007.

MEASTER L. Charles, "A Suprising Interpretation of a Time Charter Contract: What Does "Without Guarentee" Mean?", 1 **Malabu Maritime L. Bull.** 2006-2007, p. 7- 11.

SHEPPARD Mandaraka Aleka, "What Obligation Does 'Without Guarantee' in a Charterparty Exclude?", **LMCLQ**, 1997, p. 359-362.

SÖZER Bülent, **Deniz Ticaret Hukuku (Cilt 1)**, 6th edn., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.

ÜLGENER Fehmi**, Çarter Sözleşmeleri II**, 1st edn., Der Yayınları, İstanbul, 2016.

CASES AND ARBITRATION AWARDS

Australian Broadcasting Commission v. Australian Performing Right Association Ltd. (1973) 129 CLR 99.

Benship International Inc. v. Deemand Shipping Co. SA (The Lendoudis Evangelos II) (unreported case 14 March 1988) Note of the case can be found in (1995) LMLN 408.

Burns v The Financial Conduct Authority [2017] EWCA Civ 2140.

Continental Pacific Shipping Ltd. v. Deemand Shipping Co. Ltd. (*Lendoudis Evangelos II*) [1997] 1 Lloyd's Rep. 404.

Lloyd's Bank v Institute of Cancer Research - Re Dellow's Will Trusts [1964] 1 WLR 451.

Re H (Minors) [1996] AC 563.

Losinjska Plovidba Brodarstovo DD v. Valfracht Maritime Co. Ltd. and Another (*The Lipa*) [2001] 2 Lloyd's Rep. 17.

Progress Bulk Carrier Ltd. v. Tube City IMS LLC [2012] EWHC 273.

Wickman Machine Tools Sales Ltd. v. Schuler AG [1974] AC 235.

London Arbitration (2006) 686 Lloyds Maritime Law Newsletter (LMLN) 4.

CHARTER FORMS

NYPE 1946

NYPE 1993

NYPE 2015

Baltime

BPTime 3

Shelltime 4

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1899-1918

CHATGPT İLE ÜRETİLEN İÇERİKLERİN ESER NİTELİĞİNİN 5846 SAYILI FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK**(**)

Öz: Yapay zekâ ile üretilen ürünlerin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu bakımından eser niteliği taşıyıp taşımadığı halihazırda tartışılmakta olan bir konudur. Çok kısa sürede insanlar tarafından üretilenlere benzer ürünler ortaya konulabilmesi bu ürünlerden kimin yararlanabileceği sorununu teorik olmaktan çıkarıp pratik açıdan da önemli hale getirmektedir. OpenAI tarafından kullanıma açılan ChatGPT de insanlar tarafından üretilenlere benzer nitelikte metin üretebildiği için bu alandaki en önemli örneklerdendir. ChatGPT kendisine girilen komutları anlamlandırıp karşılığında anlaşılabilir içerikler üretmeyi hedefleyen bir dil modelidir. Kural olarak ChatGPT tarafından üretilen içeriklerin eser olup olmadığının tespitinde somut olay özelliklerine göre inceleme yapılmalıdır. Ancak genel olarak nihai içeriğin şekillenmesinde kullanıcının etkin olmadığı ve kullanıcının hususiyetinin nihai içeriğe yansımadığı söylenebilecektir. Özellikle bilgi vermeye yönelik içeriklerdeki dil ve ifade tarzının da hususiyet taşımadığı ve bu itibarla bunların da eser olmadığı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Eser, Telif Hakkı, ChatGPT, Pekiştirmeli Öğrenme.

(*) Makale Kabul Tarihi: 20.12.2022.

(**) Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0001-5834-6635; *osman.gucluturk@boun.edu.tr*).

THE EVALUATION OF THE LEGAL STATUS OF CONTENT GENERATED VIA CHATGPT AS COPYRIGHTED WORK UNDER THE LAW NO. 5846

Abstract: The question of whether the content generated by artificial intelligence is copyrighted in terms of Law No. 5846 is debated. The fact that content similar to those created by humans can be generated in a very short span of time renders the question of who can benefit from this content reasonably practical. ChatGPT, launched by OpenAI, is one of the essential examples in this field, as it can generate texts that are astonishingly similar to those created by humans in terms of quality. ChatGPT is a language model that aims to "understand" prompts entered by humans and to reply with understandable content. As a rule, in determining whether the content generated by ChatGPT is eligible for copyright protection or not, an examination should be made, taking specific circumstances into account on a case-by-case basis. However, in general, it can be said that the user is not decisively active in shaping the final expression of the generated content, and the user's characteristics are not reflected therein. Particularly with respect to content aimed at conveying information, it can be said that the language and the expression style are generic. In this respect, they are not eligible for copyright protection.

Keywords: Artificial Intelligence, Work, Copyright, ChatGPT, Reinforcement Learning.

GİRİŞ

Yapay zekâ olarak adlandırılan sistemler tarafından üretilen ürünlerin fikir ve sanat eserleri hukuku ya da daha genel anlamda fikri mülkiyet hukuku bakımından niteliği gerek Türk hukukunda[1] gerek diğer hukuk sistemlerinde[2] önemli tartışmalara konu edilmiştir. Şu ana kadar yapılan çalışmaların

---

[1] Genel olarak Türk hukukunda bu ürünlerin eser niteliği ve bunlarla bağlantılı eser sahipliği sorunları hakkında daha geniş kapsamlı değerlendirmeler için bkz. GÜÇLÜTÜRK Osman Gazi/CANKAT Rifat, "Yapay Zeka ile Oluşturulan Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği Meselesi", **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zeka**, (Ed.: AKSOY RETORNAZ E. Eylem/GÜÇLÜTÜRK Osman Gazi), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021; YILMAZTEKİN Hasan Kadir, "Türk Fikri Haklar Hukuku Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Eserleri Korumak İçin Hazır mı?", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2020; YILMAZTEKİN Hasan Kadir, **Yapay Zekanın Eser Sahipliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021; KAYNAK BALTA Büşra, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zeka Ürünleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

[2] Diğer hukuk sistemlerinden örnek çalışmalar için bkz. SCHÖNBERGER Daniel "Deep Copyright: Up - And Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and

çoğunlukla yapay zekâ olarak adlandırılan sistemlerin işleyişi üzerinden yola çıkarak bazı temel örneklerle birlikte fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte hem yapay zekâ sistemlerinin geniş yelpazesi ve hızlı gelişimi hem de fikir ve sanat eserleri kanununa ilişkin değerlendirmelerin geniş kapsamlılığı bir arada düşünüldüğünde her yeni uygulama ve ürünle birlikte yeni bir değerlendirmenin yapılmasının gerekli olabileceği görülmektedir. Diğer yandan bazı örneklerin diğerlerine nazaran daha büyük etkiler yarattığı da açıktır.

Yapay zekâ sistemleriyle resimler veya tablolar bir süredir üretilirken literatürde yoğun bir tartışmayı ateşleyebilen uygulama ünlü ressam Rembrandt'ın üslubu ve konu tercihleri üzerine yapılan analizler sonrasında *The Next Rembrandt*[3] olarak adlandırılan resmin üretilmesi olmuştur. Kanımızca *The Next Rembrandt*'ın yapay zekâ ile üretilen görsel ürünler ile fikir ve sanat eserleri hukuku arasındaki ilişkiye etkisinin benzeri, yazılı ilim ve edebiyat eserleri bakımından da Kasım 2022'de OpenAI tarafından kamuya

---

Machine Learning (ML)", **SSRN,** 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3098315 (Erişim Tarihi: 10.12.2022); MARGONI Thomas, "Artificial Intelligence, Machine learning and EU copyright law: Who owns AI?", **Zenodo,** 2018, https://zenodo.org/record/2001763 (Erişim Tarihi: 10.12.2022); UK INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, "Consultation outcome: Artificial intelligence call for views: copyright and related rights", **UK Intellectual Property Office**, 2021, https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views/artificial-intelligence-call-for-views-copyright- zand-related-rights (Erişim Tarihi: 10.12.2022); BRIDY Annemarie, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author", **Stanford Technology Law Review**, C. 5, S. 2012; GRIMMELMANN James, "There's No Such Thing as a Computer-Authored Work - And It's a Good Thing, Too", **Columbia Journal of Law & the Arts**, C. 39, S. 2016; BAHORAN Kavita, **AI-generated artworks: challenging the traditional notions of copyright?**, LLM Law and Technology Master Thesis, Tilburg, Tilburg University, 2020, http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=151211 (Erişim Tarihi: 10.12.2022); FREIALDENHOVEN Jan/MAAMAR Niklas/MROS Sonja/NORDEMANN Jan Bernd, "Do AI generated works qualify for copyright?", **Intellectual Property**, 2020, https://www.deutscheranwaltspiegel.de/intellectualproperty/copyright/do-ai-generated-works-qualify-for-copyright/ (Erişim Tarihi: 10.12.2022); MCCUTCHEON Jani, "The Vanishing Author in Computer-generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law", **Melbourne University Law Review**, C. 36, S. 3, 2013; IHALAINEN Jani, "Computer Creativity: Artificial Intelligence and Copyright", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, C. 13, S. 9, 2018; LAMBERT Paul, "Computer-generated Works and Copyright: Selfies, Traps, Robots, AI and Machine Learning", **European Intellectual Property Review**, C. 39, S. 1, 2017; DENICOLA Robert C., "Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works", **Rutgers University Law Review**, C. 69, S. 2016; GERVAIS Daniel J., "The Machine as Author", **Iowa Law Review**, C. 105, S. 2019.

[3] Çalışmaya ve üretim sürecine ilişkin detaylara çalışmanın internet sitesinden ulaşılabilir. Bkz. https://www.nextrembrandt.com/.

açık kullanıma sunulan ChatGPT adı verilen modele dayalı bot sebebiyle ("**ChatGPT**")[4] gerçekleşecektir.

ChatGPT tarafından üretilen içerikler bazı noktalarda insanlar tarafından üretilen ve eser sahipliği hakları ile korunan içeriklere çok benzediğinden, aynı zamanda bu içeriklerden yararlanma da eser sahipliği haklarına ilişkin düzenlemelere tabi olduğundan ChatGPT tarafından kısa sürede yüksek hacimlerde üretilen bu içerikler üzerinde böyle hakların bulunup bulunmadığının tespiti önem arz etmektedir. Bizim hukukumuzda eser sahipliği hakları sadece eser üzerinde mevcut olabileceğinden bu değerlendirmenin öncesinde söz konusu içeriklerin eser olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir.

İşbu çalışmanın amacı da son derece yeni ancak kendisinden önceki örneklere nazaran insanlar tarafından üretilenlere çok daha fazla benzeyen metin bazlı içerikler üretebilen, yazılı diyalog sürdürebilen bu bot tarafından üretilen içeriklerin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ("**FSEK**")[5] bakımından eser niteliğinin incelenmesidir. Çalışma çok yeni ve farklılık gösteren bir uygulamayı incelediği için konu bakımından, detaylı hususları inceleyerek uygulama bazlı bir değerlendirme sunmayı amaçladığı için de kapsam bakımından bu alandaki diğer çalışmalardan ayrılmaktadır. Çalışma sadece eser kavramı ve bunun unsurları üzerine odaklanmakta, karşılaştırmalı hukuk veya olması gereken hukuk bakımından analizlere yer vermemektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde ChatGPT'den, çalışma prensiplerinden ve ürettiği örnek içeriklerden bahsedilecek; ikinci bölümünde ise FSEK kapsamında bir ürünün eser olması için gerekli unsurlar bakımından değerlendirme yapılacak ve özellikle hususiyete ilişkin açıklamalarla çalışma sonlandırılacaktır.

---

[4] ChatGPT aslında botun değil ilgili botun dayandığı modelin adıdır. GPT, Türkçeye "Önceden Eğitilmiş Yaratıcı Dönüştürücü" olarak tercüme edilebilecek İngilizce *Generative Pre-Trained Transformer* ifadesinin kısaltmasıdır. Yapay zekâ modelleri hakkında açıklamalar için bkz. GÜÇLÜTÜRK Osman G., **Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, ss. 66-67. Ancak çalışmanın devamında anlatım kolaylığı açısından aksi ayrıca belirtilmedikçe chat.openai.com adresinde kullanıma sunulan sohbet botunu ifade etmek için de ChatGPT kavramı kullanılacaktır.

[5] 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 13.12.1951 tarih ve 7981 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

I. CHATGPT

"*ChatGPT, OpenAI tarafından eğitilmiş bir dil modelidir. Bu model, kullanıcıların sorularını ve girdilerini anlamaya ve doğru cevaplar vermeye çalışır. Örneğin, ChatGPT kullanıcının bir soru sormanıza cevap verebilir veya bir konu hakkında daha fazla bilgi vermeye çalışabilir.*"

"ChatGPT nedir?" sorusuna bu çalışmanın yazım tarihi itibariyle ChatGPT botu tarafından verilen cevaplardan biri yukarıdaki gibidir Dil modelleri bir dilin kurallarını analiz ederek o dilde kurulan cümleleri anlamlandırmaya ve/veya o dilde anlamlı cümleler kurmaya çalışan modellerdir[6]. Yapay zekâ destekli dil modelleri aslında günümüzde konuşmaların anlaşılması, metinlerin çevrilmesi, sesli geri bildirimlerin verilmesi gibi birçok alanda karşımıza çıkmaktadır.

ChatGPT İnsan Geri Bildirimli Pekiştirmeli Öğrenme (İng. *Reinforcement Learning with Human Feedback*) adı verilen bir sistem kullanılarak geliştirilmiştir[7]. Pekiştirmeli öğrenme, farklı adımlara bir fonksiyon uyarınca belirli ödül (İng. *reward*) ya da cezaların (İng. *penalty*) atandığı ve nihayetinde en sık ve en fazla ödül veren sonuca ulaşmaya çalışılan bir makine öğrenmesi tekniğini ifade etmektedir[8]. ChatGPT aynı zamanda çoklu modelli makine öğrenmesine (İng. *Multiple-Model Machine Learning*)[9] dayanmaktadır. ChatGPT'nin geliştirilmesinde üç temel aşamadan söz edilebilir: (i) Bir dil modelinin eğitilmesi, (ii) ödül modelinin eğitilmesi ve (iii) dil modelinin iyileştirilmesi. ChatGPT, OpenAI'ın

---

6 Dil modellerine, kelimelerin arasındaki ilişkileri incelerken kullandıkları tekniklere dair daha detaylı açıklamalar için bkz. KOEHN Philipp, **Neural Machine Translation**, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, s. 130 vd.; JİANG Hui, **Machine Learning Fundamentals**, Cambridge University Press, Singapur, 2021, s. 248 vd.

7 OPENAI, "ChatGPT: Optimizing Language Models for Dialogue", **OpenAI**, 2022, https://openai.com/blog/chatgpt/ (Erişim Tarihi: 10.12.2022) (Kısaltma: "*OpenAI"*).

8 MEHLIG Bernard, **Machine Learning with Networks: An Introduction for Scientists and Engineers**, Cambridge University Press, Cornwall, 2022, s. 206; SUTTON Richard S./BARTO Andrew G., **Reinforcement Learning: An Introduction**, The MIT Press, Cambridge, 2018, s. 1 vd.

9 Makine öğrenmesi yaygın kanının aksine her durumda bir model içermez. Bazı tekniklerde ise birden fazla model söz konusu olabilir. Modelsiz pekiştirmeli öğrenme hakkında bilgi için bkz. DICKSON Ben, "A gentle introduction to model-free and model-based reinforcement learning", **TechTalks**, 2022, https://bdtechtalks.com/2022/06/13/model-free-and-model-based-rl/#:~:text=There%20are%20many%20different%20types,%E2%80%9Cmodel%2Dfree%E2%80%9D%20RL (Erişim Tarihi: 10.12.2022). Çoklu modelli makine öğrenmesi hakkında bilgi için bkz. BROWNLEE Jason, "A Gentle Introduction to Multiple-Model Machine Learning", **Machine Learning Mastery**, 2021, https://machinelearningmastery.com/mul tiple-model-machine-learning/ (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

eğitilme süreci 2022 başlarında tamamlanmış olan GPT 3.5 serisindeki modelin, insanlardan alınan geri bildirim yoluyla iyileştirilmesi üzerine kuruludur[10]. Ödül modeli ise dil modeli tarafından oluşturulan örneklerin yine insanlar tarafından derecelendirmesi ile geliştirilmiştir[11]. Son aşamada ise Yakınsal Hedef Optimizasyonu (İng. *Promixal Policy Optimization*) adı verilen pekiştirmeli öğrenme tekniği ile örnek çıktılar oluşturularak ve ödül modeli yardımıyla maksimum ödülü verecek ihtimaller belirlenerek dil modeli güncellenmektedir. Bütün bu aşamalar ve özellikle bu aşamalarda gerçekleştirilen işlemler son derece yüksek hacimli ve nitelik bakımından oldukça karmaşıktır. ChatGPT'nin temelinde yer alan modelin geliştirilmesinde 175 milyar parametre kullanılmıştır[12]. Bütün bu karmaşık işlemlerin en ince ayrıntısına kadar nasıl gerçekleştiğinin incelenmesi bu çalışmanın odağında yer alan soru bakımından gerekli olmadığı gibi teknik olarak da mümkün değildir. Ancak özellikle çalışmanın bir sonraki bölümünde yapılacak fikir ve sanat ürünü ile hususiyet değerlendirmeleri ve eser sahipliğinin tespitindeki bağlantı değerlendirmeleri bakımından arka çok yüksek hacimde, çok hızlı ve karmaşık işlemlerin gerçekleşiyor olması, bu işlemlerin takip edilemez ve sonuçları bakımından her durumda öngörülemez olması önem arz edecektir.

ChatGPT içeriklerinin niteliklerine de değinilmesi faydalı olacaktır. Bu noktada ilk belirtilmesi gereken husus ChatGPT'nin aynı komuta her zaman aynı içerikle karşılık vermediğidir. Eğer bir sohbet akışı içerisinde üretilen içerikler daha öncekilerden etkilenmektedir. Ancak sohbet akışı kullanılmaksızın her seferinde yeni baştan başlamak suretiyle aynı komut girildiğinde dahi üretilen çıktı farklı olmaktadır.

Ayrıca bu çalışmanın hazırlandığı tarih itibariyle ChatGPT'nin ana sayfasında üç adet önemli uyarı yer almaktadır. Bunlar ChatGPT'nin (i) zaman zaman yanlış bilgi üretebileceği, (ii) zaman zaman zararlı talimatlar veya önyargı içeren içerikler üretebileceği ve (iii) 2021'den sonra gerçekleşen olaylar hakkında sınırlı bilgiye sahip olduğudur. Gerçekten de kullanıma açıldığı günden itibaren yoğun ilgiyle denenen ChatGPT'nin etkileyici içerikler yanında objektif şekilde hatalı içerikler ürettiği de görülebilmektedir. Örneğin bu çalışmanın hazırlandığı tarih itibariyle ChatGPT ilk soru olarak

---

10 *OpenAI.*

11 *OpenAI.*

12 Kullanılan parametreler hakkında daha fazla bilgi için bkz. OPENAI, "Model index for researchers", **OpenAI Beta Documentation**, 2022, https://beta.openai.com/docs/model-index-for-researchers (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

"1000 sayısı 1076'dan büyük müdür?" sorusuna hatalı şekilde "Evet" cevabı verebilmektedir. Fakat ilk soru olarak "1000 sayısı 1075'ten büyük müdür?" diye sorulup daha sonra "1000 sayısı 1076'dan büyük müdür?" diye sorulduğunda ilkine yine hatalı şekilde "Evet" cevabı verirken ikincisine doğru şekilde "Hayır" cevabını verebildiği görülmektedir.

ChatGPT arayüzüne aynı zamanda üretilen içeriklerin doğruluğuna, zararlı olup olmadığına dair geri bildirim verilebilmesi için butonlar da yerleştirilmiştir. Kanımızca bu uyarılar ve bu butonların varlığı, OpenAI'ın ChatGPT tarafından üretilebilecek içerikleri tam olarak öngöremediğinin ve ayrıca kullanıcıların istediği gibi içerikler de üretilmeyebileceğinin farkında olduğunun birer göstergesi olarak yorumlanabilecektir.

Çalışmanın devamındaki değerlendirmeler bakımından önem arz edebilecek bir diğer özellik ChatGPT yeni şeyler öğrenip öğrenmediğidir. Bu soru sorulduğunda ise ifadenin tamamı değişmekle birlikte deneme sayısına göre değişmeksizin ChatGPT cevaplarında yeni şeyleri öğrenmediği vurgusunun yapıldığı görülmektedir.

ChatGPT'ye ilişkin açıklamalar ve dikkat çekilen bu özellikler ışığında çalışmanın bir sonraki bölümünde ChatGPT tarafından üretilen içeriklerin FSEK kapsamında eser niteliği taşıyıp taşımadığı mercek altına alınacaktır.

II. CHATGPT VE ESER KAVRAMININ UNSURLARI

FSEK m. 1/B'de eser "*[s]ahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkılarak bir ürünün FSEK kapsamında fikir ve sanat eseri olarak değerlendirilebilmesi için dört temel unsurun mevcut olması gerektiği kabul edilmektedir[13]: (i) Ortada bir fikir ve sanat ürünü bulunmalıdır. (ii) Bu fikir ve sanat ürünü

---

[13] TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 103; BOZBEL Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 27; GÜÇLÜTÜRK, 2022, s. 126. Unsurların sınıflandırması katı olmayıp öğretide ve yargı kararlarında farklı sınıflandırmalar yapıldığı da görülmektedir. Farklı sınıflandırma örnekleri için bkz. ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 2008, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 82; KILIÇOĞLU Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 112; SULUK Cahit/KARASU Rauf/NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, SULUK Cahit/KARASU Rauf/NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 42. Yargıtay kararlarında da objektif ve sübjektif unsur ayrımı yapıldığı görülmektedir. Bkz. **İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi**, E: 2017/664 K: 2019/440 T: 31.10.2019.

sahibinin hususiyetini taşımalıdır. (iii) Ortada fikir olmanın ötesine geçmiş, şekillenmiş bir ürün bulunmalıdır. (iv) Ürün, FSEK'te öngörülen eser türlerinden birine dahil olmalıdır.

ChatGPT tarafından üretilen içeriklerin insanlar tarafından algılanabilecek şekilde şekillenmiş, sabit bir metin olduğu; eser türlerinden de ilim ve edebiyat eserleri altında sayılabileceği son derece açıktır. Bu sebeple bölümün devamında sadece diğer iki unsur detaylı olarak incelenecektir.

1. Fikir ve Sanat Ürünü Olma Şartı

Fikir ve sanat ürünü kavramı FSEK'te tanımlanmamıştır. Ancak öğretide fikir ve sanat ürününün sadece insan tarafından ortaya konulabileceği[14] ve bu sebeple doğada tesadüfen oluşan seslerin, renklerin, desenlerin eser olarak kabul edilemeyeceği[15] belirtilmektedir. Fikir ve sanat ürünü kavramının insan katkısıyla bu şekilde ilişkilendirilmesi ChatGPT tarafından üretilen içeriklerin fikir ve sanat ürünü olup olmadığı sorusunun detaylı şekilde incelenmesini gerekli kılmaktadır.

İlk bakışta tamamen bilgisayarlar, makineler veya yazılımlar gibi sistemler tarafından oluşturulan ürünlerin fikir ve sanat ürünü olmadığı düşünülebilir. Ancak böyle geniş kapsamlı bir çıkarıma ulaşmadan önce kullanılan makine veya yazılıma göre ürünlerin insan katkısının değişebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu itibarla değerlendirilmesi gereken husus bu sistemlerin ürünün üretilmesindeki katkısının ne ölçüde olduğu ve bu sistemlerle ilgili kişilerin fikri katkılarının ürünün üretilmesi aşamasında hangi noktada kaldığıdır. Örneğin makine öğrenmesi destekli tercüme araçlarından önce kullanılan doğrudan kelime bazlı tercüme yapan yazılımların ürettiği ürünler tamamıyla mekanik bir süreç sonucunda üretildiğinden ve nihai ürünü üreten tüm aşamalar doğrudan sistem tarafından belirlendiğinden bunları bir insan kullanıyor olsa dahi bir fikri çabadan ve dolayısıyla bir fikri üründen söz etmek mümkün olmayacaktır[16].

Anılan sistemlerin nihai ürüne katkısının bir yardımcı araç seviyesinde kaldığı durumda ise bir fikri üründen söz etmek mümkün olacaktır[17]. Nihai

---

[14] TEKİNALP, 2012, s. 113; BOZBEL, 2015, s. 28; ÖZTAN, 2008, s. 87; GÜÇLÜTÜRK, 2022, s. 126.

[15] TEKİNALP, 2012, s. 113; BOZBEL, 2015, s. 28; GÜÇLÜTÜRK, 2022, s. 127.

[16] TEKİNALP, 2012, s. 113; GÜÇLÜTÜRK, 2022, s. 173.

[17] BOZBEL, 2015, s. 28; ÖZTAN, 2008, s. 84; GÜÇLÜTÜRK, 2022, s. 173.

ürünü belirleyen tercihlerin ne kadarı sistemle ilgili insanlara kalıyorsa o kadar fazla fikri çabadan ve o kadar yüksek ihtimalle fikri ürünün varlığından söz edilebilir. Gerçekten de fotoğraf makineleriyle çekilen fotoğrafların, bu araçlar olmaksızın o şekilde bir ürün üretilemeyecek olmasına rağmen, insan katkısının belirleyici etkisi sebebiyle fikir ve sanat ürünü olduğu tartışmasızdır. Benzer şekilde gerek daktiloda gerek bilgisayarda yazılıyor olsun, kelime işlemci yazılımlar kullanılarak üretilen metin tabanlı içeriklerin fikir ve sanat ürünü olduğu açıktır. Bu noktada sorulması gereken soru ise ChatGPT'nin içerik üretimindeki etkisinin bu belirtilen örneklerdekine benzer şekilde bir araç olup olmadığı veya ötesine geçip geçmediğidir.

ChatGPT'de içeriklerin üretilmesine sebep olan insan katkısı belirli yazılı cümlelerin girilmesinden ibarettir. Peki katkının bu kadar minimal olması tek başına burada fikri çaba ve fikir ve sanat ürünü olmadığı anlamına mı gelmektedir? Kanımızca bu soru olumsuz şekilde cevaplanmalıdır[18]. Burada dikkat edilmesi gereken insan katkısının fiziksel olarak ne kadar efor gerektirdiği ya da ne kadar uzun sürdüğü değil katkının nihai ürün üzerindeki etkisidir. Bir kişinin hayat hikayelerini diğer bir kişinin dinleyerek metne aktardığı senaryoda asıl fiziksel efor doğrudan metne aktaran olmakla birlikte nihai ürünü fikir ve sanat ürünü haline getiren fikri çaba hikayeyi anlatan kişinin çabasıdır. Yine fotoğraf makinesi ile üretilen ürünlerde bazı durumlarda insan katkısı sadece pozisyon belirlemek ve bir tuşa basmakla sınırlı olabilir ancak doğru açıyı yakalamak ve doğru anda tuşa bakmak o ürünün nihai hali için belirleyici faktörler olduğundan bu işlemlerin görünüşteki kolaylığı fikri çaba olmadığı şeklinde yorumlanamaz.

ChatGPT'nin ürettiği içerikler kullanıcı tarafından ilk girilen metne göre değişmekte ve eğer sohbet şeklinde bir süreç izleniyorsa sonraki tüm içerikler de öncekilerden etkilenerek oluşturulmaktadır. Girdi olarak girilebilecek sınırsız sayıda cümle mevcuttur. Aynı anlama gelebilecek olan cümlelerin dahi çok farklı şekillerde ifade edilmesi mümkündür. Ayrıca kısıtlayıcı bir format mevcut olmayıp cümle yapısı konusunda da kullanıcı özgür bırakılmıştır. Bütün bunlar bir arada düşünüldüğünde ChatGPT'nin içerik üretebilmesi için kullanıcı tarafından girilecek olan cümlenin oluşturulması ve içeriğin tamamen bu cümleye bağlı olarak ortaya çıkması nihai içeriğin oluşturulmasında kullanıcıya ait bir fikri çabanın bulunduğu ve bu itibarla da nihai içeriğin bir fikir ve sanat ürünü olduğu anlamına gelmektedir.

---

[18] GÜÇLÜTÜRK, 2022, s. 173.

2. Hususiyet Yansıtma Şartı

Bir fikir ve sanat ürününün FSEK kapsamında eser olarak nitelendirilebilmesi için aynı zamanda eser sahibinin hususiyetini yansıtması da gerekmektedir. Hususiyet kavramı FSEK'te tanımlanmamıştır. Öğretide hususiyet diğer eserlere benzememe[19], diğer kişilerin çalışmalarına benzememe, bağımsız olma[20], özgün olma[21], yaratıcılık[22], üslup[23] gibi farklı kriterlerden bir veya birkaçıyla bağdaştırılmaktadır. Yargıtay kararlarında da hususiyetle ilgili olarak herkes tarafından meydana getirilememe[24], orijinallik[25], yaratıcılık[26], üslup[27] gibi kriterlere atıf yapılmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında Hayri Bozgeyik'in eserine atıf yaparak hususiyeti kısaca "*eser sahibinin, eserine kendi fikir, düşünce, duygu ve his dünyasından ve fikri temele dayanan yeteneklerinden kattığı özellikler*" olarak tanımlamıştır[28]. Yargıtay ayrıca hususiyetin üst düzey bir yaratıcılık gerektirmediği[29] ve editörlük seviyesinde kalan teknik katkıların hususiyet yansıması olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir.

Yargıtay her eser türünün hususiyet incelemesinde de farklı kriterlere atıf yapmaktadır[30]. ChatGPT tarafından üretilen ürünlerin dahil olacağı ilim

---

19 HIRSCH Ernst, **Hukuki Bakımdan Fikri Say C. II**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1943, s. 12; AYİTER Nüşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981, s 44.

20 ARSLANLI Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954, ss. 6-7; BOZGEYIK Hayri, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 25, S. 3, 2009, ss. 174-176; BAHADIR Çilem, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 152, 2019, s. 749.

21 YARSUVAT Duygun, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 41.

22 ÖZTAN, 2008, s. 54; EREL Şafak, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 2009, s. 52; BOZBEL, 2015, ss. 30-32; TEKİNALP, 2012, ss. 106-107.

23 ATEŞ Mustafa, **Fikri Hukukta Eser**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2007, s. 72; BOZBEL, 2015, ss. 30-32; YILMAZTEKİN, 2020, s. 1538.

24 **Yargıtay 11. HD**, E: 2020/1245 K: 2021/469 T: 26.01.2021.

25 **Yargıtay 11. HD**, E: 2020/1245 K: 2021/469 T: 26.01.2021; **Yargıtay 11. HD**, E: 2000/3250 K: 2000/4072 T: 11.05.2000.

26 **Yargıtay 11. HD**, E: 2020/1245 K: 2021/469 T: 26.01.2021; **Yargıtay 11. HD**, E: 2006/934 K: 2007/4555 T: 13.03.2007.

27 **Yargıtay 11. HD**, E: 2012/18307 K: 2013/16333 T: 23.09.2013.

28 **Yargıtay HGK**, E: 2017/11-2758 K: 2021/1228 T: 14.10.2021.

29 **Yargıtay 11. HD**, E: 2006/934 K: 2007/4555 T: 13.03.2007.

30 Fotoğrafta hususiyet değerlendirmesine yönelik bir karar için bkz. **Yargıtay HGK**, E: 2017/134 K: 2020/474 T: 24.06.2020.

ve edebiyat eserleri grubuna dahil olan bilimsel eserlerle ilgili olarak bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında şu ifadelere yer verilmektedir:

> "*Bilimsel eserlerde hususiyet muhtevadan ziyade ifade şeklindedir. Eserin özünü oluşturan muhteva çoğu zaman uzun deney ve gözlemler sonucu elde edilir. Başka bir deyişle bilimsel eserlerin muhtevası oluşturulurken aynı alanda daha önce yapılan bilimsel çalışmalardan ve uzun süreli deney ve gözlemlerden büyük ölçüde yararlanılır. Bilimin ortaya koyduğu bulgular üzerinde kural olarak mülkiyet hakkı söz konusu değildir. Zira bunlar insanlığın ortak malı sayılır. Bu nedenle bilimsel eserlerde hususiyet tayini yapılırken içerikten çok şekle bakılır. Bilimsel eserlerde şekil ise; olguların, tabloların, formüllerin, sonuçların, düşüncelerin açıklanışı, yorumlanışı, sunuluşu yani bunların ifade ediliş biçiminde oluşur... Başka bir deyişle bilimsel eserlerde korumanın kapsamını yorum ve düşüncelerin açıklanış şekli, stili ve dilin kullanışı gibi unsurlar teşkil eder. Bununla birlikte bilimsel eserde yer alan resim, şekil, tablo, grafik ve şema gibi unsurlar hususiyet taşımaları kaydıyla eserin ayrılmaz parçası sayılır ve eser kapsamında korunur.*"[31]

Bir mesleğe ilişkin genel kuralların, yöntemlerin ve bilginin kullanıldığı durumlarda da Yargıtay hususiyetin mevcut olmadığına hükmetme eğilimindedir. Bir kararda ilim ve edebiyat eserleri ile ilgili olarak Yargıtay "*düzeyi düşük anlatımın*" ve bilimsel eserlerde "*yetersiz bilginin*" hususiyet "*içermeyeceğini*" belirtmiş ve sadece dilekçeden beklenen mutat içeriğin, öğreti atıflarının, genel kabul görmüş görüşlerin ve kanun maddelerinin yer aldığı dava dilekçesinin hususiyet taşımadığına hükmetmiştir[32]. Haber metinleriyle ilgili bir kararında ise Yargıtay "*habercilik mesleğinin genel prensipleri gereği bir olay hakkında edinilen bilgilerin ve düşüncelerin kamunun anlayabileceği biçimde doğru, kısa ve kolayca anlaşılabilir kılmak suretiyle haber diline dönüştürülmesi başlı başına 5846 Sayılı FSEK 1/B maddesi anlamında hususiyet unsuru içeren ilim ve edebiyat eseri olarak kabulü sonucunu doğurmaz*" ifadesine yer vermiştir[33].

Peki ChatGPT ile oluşturulan içeriklerde bir hususiyetten söz etmek mümkün müdür? Öncelikle eserin üzerinde eser sahibinin hususiyetinin bulunup bulunmadığının bir eserin mevcut olup olmadığı noktasında belirleyici

---

[31] **Yargıtay HGK**, E: 2017/7 K: 2020/185 T: 20.02.2020.

[32] **Yargıtay 11. HD**, E: 2015/12923 K: 2017/2724 T: 09.05.2017.

[33] **Yargıtay 11. HD**, E: 2014/15492 K: 2015/42 T: 12.01.2015.

olduğu vurgulanmalıdır. Bu noktada belirtilmelidir ki FSEK m. 1/B(1)(b)'de eser sahibi "*eseri meydana getiren kişi*" olarak tanımlanmıştır. Her ne kadar madde metninde yer alan "*gerçek"* ibaresi 5101 sayılı kanunla metinden çıkarılmışsa da gerek fikir ve sanat ürünü olma şartı gerekse hususiyet şartının sadece insan müdahalesiyle sağlanabileceği ve nihayetinde sadece insanın hususiyetinin esere yansıyabileceği gibi gerekçelerle öğretide Türk hukukunda eser sahibinin sadece gerçek kişiler olabileceği ifade dir[34].Yargıtay da eser sahibinin sadece gerçek kişi olabileceği görüşündedir[35]. Ne kadar insansı içerikler üretiyorsa olsun hukuken ChatGPT'nin bir kişi olmadığı da açıktır. Bu sebeple ChatGPT'nin eser sahipliğinden veya hususiyetinden de söz edilemez. Bununla birlikte üretilen içeriklerde ChatGPT'nin hususiyetinin bulunmaması, hiçbir kişinin hususiyetinin bulunmayacağı anlamına gelmeyecektir. Bu noktada değerlendirilmesi gereken iki temel ihtimal mevcuttur.

İlk olarak ChatGPT tarafından üretilen içeriklerde doğrudan ChatGPT'nin içerik üretmesi için gereken komutu giren kullanıcının hususiyetinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Kanımızca kullanıcının hususiyetinden söz edilebilmesi için kullanıcının komutlarının doğrudan üretilen içeriğin nihai ifadesi üzerinde etkili olması ve bunun tamamen mekanik bir sebep sonuç ilişkisi üzerinden gerçekleşmemesi, yani komut giren kullanıcının kimliğinden bağımsız olarak her durumda aynı komutlar girildiğinde aynı sonuçların üretilmiyor olması gerekmektedir. Bununla birlikte kabul edilen hususiyet tanımına göre yaratıcılık, üslup, bağımsızlık gibi ek kriterlerin aranması da söz konusu olabilir.

ChatGPT tarafından üretilen içeriklerin kullanıcılar tarafından girilen komutlara göre şekillendiği, diğer bir deyişle üretilen içeriğin kullanıcı komutuna bağlı olduğu açıktır. Peki bu bağlılık bir hususiyet yansıması sonucunu doğurmakta mıdır? Kanımızca üç temel sebeple bu soru olumsuz şekilde cevaplanmalıdır.

İlk olarak ChatGPT'ye girilen komut ile üretilen çıktı arasında miktar bakımından önemli bir farklılık vardır. ChatGPT'ye doğrudan kelime sayısı belirterek içerik üretme talebinde bulunmak mümkündür. Sadece kelime

---

[34] TEKİNALP, 2012, s. 113; BOZBEL, 2015, s. 28; ÖZTAN, 2008, s. 83; SULUK/KARASU/NAL, 2019, s. 46; BAHADIR, 2019, s. 747; ZORLUEL Mustafa, "Yapay Zeka ve Telif Hakkı", **TBB Dergisi**, C. 142, S. 2019, s. 321.

[35] **Yargıtay HGK**, E: 2011/401 K: 2011/441 T: 22.06.2011.

sayısını ve konuyu belirten belki dokuz-on kelimelik bir komut ile yüzlerce kelimelik anlamlı ve mantıksal metinlerin oluşturulması durumunda salt o komutu girdi diye kullanıcının hangi anlamda olursa olsun hususiyetinin nihai içerik üzerine yansıdığını söylemek kanımızca mümkün değildir.

İkinci olarak ChatGPT'nin ek bir akış olmaksızın dahi tamamen aynı komuta karşılık farklı denemelerde ürettiği içerik farklılaşmaktadır. Örneğin ChatGPT'ye ilk soru olarak ChatGPT tarafından oluşturulan içerikler üzerindeki "telif hakkının[36] kime ait olduğu" sorulduğunda farklı denemelerde aşağıda yer alan ve çok temel bazı noktalarda birbiriyle çelişen içeriklerin üretildiği görülmektedir:

> "*OpenAI tarafından eğitilen ChatGPT, bir dil modelidir ve bu model tarafından oluşturulan içeriklerin telif hakkı OpenAI'a aittir. Ancak, eğer ChatGPT kullanarak bir ürün veya hizmet geliştiriyorsanız ve bu ürünün veya hizmetin telif hakkını almak istiyorsanız, OpenAI ile iletişime geçebilir ve bu konuda bir anlaşma yapabilirsiniz*."

> "ChatGPT, OpenAI tarafından geliştirilen bir dil modelidir. OpenAI, dil modelinin ürettiği içerikler üzerinde telif hakkına sahiptir. Ancak, dil modelini kullanan bir kullanıcı tarafından üretilen içeriklerin telif hakkı kullanıcıya aittir. Önemli olan, dil modelini kullanarak üretilen içeriklerin ChatGPT tarafından değil, kullanıcı tarafından üretildiğini belirtmektir."

> "ChatGPT tarafından oluşturulan içeriklerin telif hakkı, ChatGPT'nin sahibine aittir. Ancak, unutmayın ki ChatGPT bir dil modelidir ve bu nedenle oluşturduğu içerikler genellikle kullanıcı tarafından sağlanan verilere dayalıdır. Bu nedenle, eğer kullanıcı tarafından sağlanan veriler üzerinde telif hakkı bulunuyorsa, o telif hakkı sahiplerine aittir."

> "ChatGPT tarafından oluşturulan içerikler üzerinde telif hakkı, o içeriği oluşturan kişiye aittir. Ancak, lütfen unutmayın ki ChatGPT sadece bir dil modelidir ve kendi kendine içerik oluşturamaz; bu nedenle, telif hakkına sahip olan kişi, o içeriği oluşturan kişi olacaktır."

---

[36] Telif hakkı ifadesi İngilizce *copyright* ifadesinin Türkçe tercümesidir. Hukuken eser sahipliği haklarını tam anlamıyla karşılamamakta ancak yaygın olarak eser sahipliği haklarıyla bağlantılı şekilde kullanılmaktadır. ChatGPT'nin temelinde yer alan dil modelinin de gerek Türkçe gerek İngilizce internet üzerinde yer alan metinlerden yola çıkarak geliştirilmiş olması sebebiyle daha anlamlı bir cevap alabilmek adına bu kavram tercih edilmiştir.

Aynı kullanıcının, aynı bilgisayardan, çok küçük zaman farklarıyla tamamen aynı komutu girmesi sonucu üretilen içeriğin değişmesi aslında içeriğin nihai hali üzerindeki kullanıcı etkisinin oldukça az olduğunu ve nihai içeriğin başka kriterlere göre üretildiğini göstermektedir. Bu durumda da kanımızca üretilen içeriklerin kullanıcının hususiyetini yansıttığını söylemek mümkün olmayacaktır.

İçeriklerin üretiminde başka kriterlerin olmasıyla bağlantılı ve üçüncü olarak özel nitelik taşıyan bazı komutlarda ChatGPT'nin yanıtlarının özellikle tektipleştirildiği görülmektedir. Örneğin farklı şekillerde de olsa bir hukuki uyuşmazlıkla ilgili öneri sorulduğunda ChatGPT hukuki konularda görüş bildiremeyeceğine, bunun için avukatla konuşmanın daha doğru olacağına dair içerikler üretmektedir. Yine bir şiir yazması ya da edebi bir üslup kullanması istendiğinde ChatGPT jenerik ifadelerle kendisinin bir dil modeli olduğunu hatırlatmakta ve bu faaliyetlerin normalde insanlar tarafından gerçekleştirildiğini belirtmektedir. Bu şekilde müdahaleler de aslında ChatGPT'nin çıktıları üzerindeki nihai etkinin ChatGPT kullanıcısına ait olmadığını, diğer bir deyişle içerikler üzerinde kullanıcının hususiyetinden söz edilemeyeceğini göstermektedir.

Hususiyet değerlendirmesiyle ilgili ikinci ihtimal ise ChatGPT'nin oluşturulmasında ya da dağıtılmasında yer alan kişilerin hususiyetinin çıktılara yansıma ihtimalidir. Gerçekten de yazılımlar tarafından üretilen ürünlerin o yazılımın geliştirilme sürecine dahil olan kişi veya kişilerin hususiyetini içermesi mümkündür. Hatta bazı hukuk sistemlerinde doğrudan eser sahibinin bu kişilerden bir veya birkaçı olacağına dair düzenleme de yapılabilmektedir. Ancak Türk hukukunda böyle bir düzenleme olmadığından yine somut olay bazlı inceleme yapılması gerekmektedir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki bir yazılım doğrudan belirli bir kişinin "üslubunu" kopyalayan ürünler üretmeyi amaçlıyor olabilir. *The Next Rembrandt* bunun örneğidir. Böyle durumlarda mevcut FSEK düzenlemesi ve hususiyete ilişkin görüşler düşünüldüğünde ürünlerin çoğunlukla üslubu kopyalanmak istenen kişinin hususiyetini yansıttığını söylemek mümkün olabilecektir[37]. ChatGPT'nin bu şekilde bir üslup kopyalama amacı mevcut değildir. Ancak ChatGPT'nin "Bir Cemal Süreyya şiiri yazar mısın?" veya "Shakespeare üslubuyla bir cümle kurar mısın?" gibi komutlara karşılık da

[37] GÜÇLÜTÜRK, 2022, ss. 187-188. Ayrıca bkz. SOBEL Benjamin L. W., "A Taxonomy of Training Data", **Artificial Intelligence and Intellectual Property,** (Ed. Jyh-An LEE/Reto M. HILTY/Kung-Chung LIU)**,** Oxford University Press, Oxford, 2021, s. 221.

içerik üretebilmektedir. Örneğin ChatGPT'nin "Shakespeare üslubuyla bir cümle kurar mısın?" komutuna karşılık ürettiği içeriklerin bir tanesinde "Sonsuzlukta kaybolan yıldızlar gibi, sen de benim için bir anısın artık" cümlesi yer almaktadır. Bu gibi içeriklerde değerlendirme her içerik özelinde ayrıca ve dikkatlice yapılmalıdır.

İkinci olarak doğrudan bir kopyalama amacı olmasa da özellikle kullanılan örnekler sebebiyle veya makine öğrenmesi modellerinde modelin geliştirilmesinde kullanılan veri setleri sebebiyle pratik olarak çıktılarda bir kişinin hususiyetinin yansıdığından söz edilebilir. Ancak bir önceki bölümde açıklandığı üzere ChatGPT'nin modelinin geliştirilmesi için kullanılan veri setleri o kadar büyük ve işlemler o kadar karmaşıktır ki çoğu durumda öğrenme veri setinde yer alan her bir içeriğin nihai ürüne etkisi son derece az olacaktır. Diğer bir deyişle, daha önce değinilen bir kişinin üslubuna veya özel bir içeriğe benzer içerik talepleri haricinde, ChatGPT tarafından üretilen içeriklerin, ChatGPT modelinin geliştirilmesinde kullanılan veri setleri içerisinde yer alan eser niteliğinde içeriklerin eser sahiplerinin hususiyetini yansıttığını söylemek de mümkün olmayacaktır[38].

Üçüncü olarak ise ChatGPT tarafından üretilen içeriklerde ChatGPT'nin yazılımının ve modelinin geliştirilme sürecine dahil olan kişilerin hususiyetini yansıttığı düşünülebilir. Gerçekten de bir yazılımın ürünleri üzerinde o yazılımın oluşturulmasına dahil olan kişilerden bazı "parçaların" bulunması mümkündür. Ancak teorik olarak böyle bir etkiden söz edilebilse bile özellikle ChatGPT gibi geliştirilmesinde çok fazla kişinin rol aldığı sistemlerde hangi çıktıya kimin ne kadar katkıda bulunduğunu ve bu katkının nihai olarak çıktıda bir hususiyet yansımasına sebep olup olmadığını tespit etmek pratik olarak imkansız olacaktır. Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki teorik olarak bu ihtimalin varlığı kabul edildiğinde aslında hukuki sorun hususiyetin mevcut olup olmadığı olmaktan çıkıp eser sahibinin kim olduğunun tespitine dönüşmektedir. Diğer yandan pratikte geliştirme sürecine herhangi bir şekilde dahil olan kişi sayısı arttıkça bu kişilerin nihai ürün üzerindeki olası etkisi de azalacağından yine teorik olarak bu ürün üzerinde hususiyet yansıtma seviyesinde hiç kimsenin etkisinin bulunmama ihtimalinin de mevcut olduğu unutulmamalıdır[39]. Kanımızca ChatGPT örneğinde o kadar çok sayı-

---

[38] Bu kişilerinin katkısının etkisi hakkında ayrıca bkz. GÜÇLÜTÜRK, 2022, ss. 188-189.

[39] Bu belirsizlik sebebiyle mevzuat değişikliğinin gerekli olduğu yönünde bkz. GÜÇLÜTÜRK, 2022, s. 188 vd.

da veri üzerinden model geliştirilmiş ve geliştirilme sürecine o kadar fazla kişi dahil olmuştur ki, modellerin geliştirilme sürecindeki bu karmaşıklık ChatGPT tarafından üretilen içeriklerin sadece daha önce açıklandığı gibi kullanılan veri setlerinde yer alan eser niteliğinde içeriklerin eser sahipleriyle değil, modelin geliştirilmesinde yer alan herkesle hususiyet yansıtma seviyesine erişebilecek bağları koparmıştır.

Son olarak özellikle ChatGPT'nin bilgiye ulaşmak amacıyla kullanıldığı durumlar bakımından ürettiği içeriklerdeki genel "üslubun" aslında ürettiği içerikler üzerinde hiç kimsenin hususiyetinin mevcut olmadığı görüşünü desteklediği söylenebilir. ChatGPT'nin bilgi sorulduğu durumlarda ürettiği içeriklerin neredeyse tamamında düşük düzeyli bir anlatım, kolay ve basit anlaşılır cümleler ve haber diline yakın bir dil mevcuttur. Bu dil ve üslup bilgi vermek amacıyla herkes tarafından kullanıldığından ve bizce hususiyetin hangi tanımı kabul edilirse edilsin bir kişiyle özdeşleştirilemeyecek kadar jenerik bir niteliğe sahip olduğundan bu içeriklerin FSEK anlamında eser olarak korunmayı gerektirecek bir hususiyet yansıttığından söz edilemez.

SONUÇ

Bütün bu açıklamalar ışığında ChatGPT tarafından üretilen içeriklerin eser niteliğine ilişkin değerlendirmeleri beş nokta altında toplamak mümkündür.

İlk olarak ChatGPT son derece geniş yelpazede komutları anlayarak içerik üretebilen bir dil modeli olduğundan doğru bir hukuki değerlendirme için her bir komutun ve üretilen içeriğin somut olay özelliklerine göre değerlendirilmesi doğru olacaktır. Ancak bazı genel değerlendirmelerin yapılması mümkündür.

İkinci olarak ChatGPT tarafından üretilen içeriklerin birçoğunun FSEK kapsamında eser kavramı ile bağdaştırılan şartlardan üçünü taşıdığı söylenebilecektir. Kullanıcının komut üretmedeki fikri çabası çoğu durumda ChatGPT çıktılarını bir fikir ve sanat ürünü olarak nitelendirmek için yeterli olacaktır. ChatGPT tarafından üretilen çıktıların eser olup olmadığı noktasında belirleyici kriter ise hususiyet olacaktır.

Üçüncü olarak ChatGPT'nin bir kişi olmadığı için eser sahibi olamayacağı ve ürettiği içerikler üzerinde kendisinin hususiyetinin bulunamayacağı mevcut düzenlemeler ışığında açıktır. Ancak bu sonuç tek başına ChatGPT tarafından üretilen içerikler üzerinde hiç kimsenin hususiyetinin yansımadığı anlamına gelmemektedir.

Dördüncü olarak her ne kadar ilk bakışta ChatGPT tarafından üretilen içerikler kullanıcı tarafından girilen komutlara bağlı olsa da içerikler üzerindeki nihai belirleyici etki kullanıcının komutu olmadığından, aynı kişi, tamamen aynı ifadelerle, aynı oturumda ve çok kısa süre aralıklarla aynı komutu girdiğinde dahi farklı bir içerik üretilebildiğinden kanımızca kullanıcının etkisinin nihai içerik üzerinde bir hususiyet yansımasına dönüştüğünden söz edilemeyecektir.

Beşinci ve son olarak özellikle bir üslubu taklit etmeye, başka bir kişinin eserlerine benzer eserler üretmeye yönelik komutlara karşılık üretilen içeriklerde bu kişilerin hususiyetinin içeriğe yansıyıp yansımadığı değerlendirilmelidir. Ancak bunun haricinde genel olarak ChatGPT'nin modellerinin geliştirilmesindeki karmaşıklık seviyesi, kullanılan veri setlerinin büyüklüğü ve parametrelerin çokluğu, veri setleri içerisinde yer alan eser sahipleriyle veya ChatGPT'nin geliştirilmesinde yer almış kişilerle içerikler arasında hususiyet seviyesinde bir bağlantı kurulmasını kanımızca mümkün kılmamaktadır. Özellikle bilgi almak için kullanılan komutlara karşılık üretilen haber aktarmaya yönelik ifade tarzı ve kullandığı dil son derece jenerik ve herkes tarafından kullanılabilecek nitelikte olup bir hususiyetten ve bu itibarla FSEK anlamında bir eserden söz etmek mümkün değildir.

Son olarak çalışmayı ChatGPT'nin "ChatGPT'nin insan yaratıcılığının yerini alamayacağına dair bir makalenin son cümlesi ne olurdu?" sorusuna verdiği cevap içerisinde yer alan cümle ile bitirmeyi de çalışmanın niteliğine uygun bulmaktayız: "*Yaratıcılığın kaynağı insanlardır, hiçbir makine onu taklit edemez*."

KAYNAKÇA

ARSLANLI Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954.

ATEŞ Mustafa, **Fikri Hukukta Eser**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2007.

AYİTER Nüşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981.

BAHADIR Çilem, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", **Terazi Hukuk Dergisi,** C. 14, S. 152, 2019, ss. 746-753.

BAHORAN Kavita, **AI-generated artworks: challenging the traditional notions of copyright?**, LLM Law and Technology Master Thesis, Tilburg, Tilburg University, 2020, http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=151211 (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

BOZBEL Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

BOZGEYIK Hayri, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,** C. 25, S. 3, 2009, ss. 169-222.

BRIDY Annemarie, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author", **Stanford Technology Law Review,** C. 5, S. 2012, ss. 1-28.

BROWNLEE Jason, "A Gentle Introduction to Multiple-Model Machine Learning", Machine Learning Mastery, 2021, https://machinelearningmastery.com/multiple-model-machine-learning/ (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

DENICOLA Robert C., "Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works", **Rutgers University Law Review,** C. 69, S. 2016, ss. 251-287.

DICKSON Ben, "A gentle introduction to model-free and model-based reinforcement learning", **TechTalks**, 2022, https://bdtechtalks.com/2022/06/13/model-free-and-model-based-rl/#:~:text=There%20are%20many%20different%20types,%E2%80%9Cmodel%2Dfree%E2%80%9D%20RL (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

EREL Şafak, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

FREIALDENHOVEN Jan/MAAMAR Niklas/MROS Sonja/NORDEMANN Jan Bernd, "Do AI generated works qualify for copyright?", **Intellectual Property**, 2020, https://www.deutscheranwaltspiegel.de/intellectualproperty/copyright/do-ai-generated-works-qualify-for-copyright/ (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

GERVAIS Daniel J., "The Machine as Author", **Iowa Law Review,** C. 105, S. 2019, ss. 2053-2106.

GRIMMELMANN James, "There's No Such Thing as a Computer-Authored Work - And It's a Good Thing, Too", **Columbia Journal of Law & the Arts,** C. 39, S. 2016, ss. 403-417.

GÜÇLÜTÜRK Osman G., **Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

GÜÇLÜTÜRK Osman Gazi/CANKAT Rifat, "Yapay Zeka ile Oluşturulan Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği Meselesi", **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zeka**, (Ed. E. Eylem AKSOY RETORNAZ/Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK)**,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 197-222.

HIRSCH Ernst, **Hukuki Bakımdan Fikri Say C. II**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1943.

IHALAINEN Jani, "Computer Creativity: Artificial Intelligence and Copyright", **Journal of Intellectual Property Law & Practice,** C. 13, S. 9, 2018, ss. 724-728.

JİANG Hui, **Machine Learning Fundamentals**, Cambridge University Press, Singapur, 2021.

KAYNAK BALTA Büşra, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zeka Ürünleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.

KOEHN Philipp, **Neural Machine Translation**, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

LAMBERT Paul, "Computer-generated Works and Copyright: Selfies, Traps, Robots, AI and Machine Learning", **European Intellectual Property Review,** C. 39, S. 1, 2017, ss. 12-20.

MARGONI Thomas, "Artificial Intelligence, Machine learning and EU copyright law: Who owns AI?", **Zenodo,** 2018, https://zenodo.org/record/2001763 (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

MCCUTCHEON Jani, "The Vanishing Author in Computer-generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law", **Melbourne University Law Review,** C. 36, S. 3, 2013, ss. 915-969.

MEHLIG Bernard, **Machine Learning with Neural Networks: An Introduction for Scientists and Engineers**, Cambridge University Press, Cornwall, 2022.

OPENAI, "ChatGPT: Optimizing Language Models for Dialogue", **OpenAI**, 2022, https://openai.com/blog/chatgpt/ (Erişim Tarihi: 10.12.2022) (Kısaltma: "*OpenAI*").

OPENAI, "Model index for researchers", **OpenAI Beta Documentation**, 2022, https://beta.openai.com/docs/model-index-for-researchers (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

SCHÖNBERGER Daniel "Deep Copyright: Up - And Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)", **SSRN,** 2018 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3098315 (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

SOBEL Benjamin L. W., "A Taxonomy of Training Data", **Artificial Intelligence and Intellectual Property,** (Ed. Jyh-An LEE/Reto M. HILTY/Kung-Chung LIU)**,** Oxford University Press, Oxford, 2021, ss. 221-244.

SULUK Cahit/KARASU Rauf/NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

SUTTON Richard S./BARTO Andrew G., **Reinforcement Learning: An Introduction**, The MIT Press, Cambridge, 2018.

TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

UK INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, "Consultation outcome: Artificial intelligence call for views: copyright and related rights", **UK Intellectual Property Office**, 2021, https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views/artificial-intelligence-call-for-views-copyright-and-related-rights (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

YARSUVAT Duygun, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984.

YILMAZTEKİN Hasan Kadir, "Türk Fikri Haklar Hukuku Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Eserleri Korumak İçin Hazır mı?", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 2, S. 2020, ss. 1513-1586.

YILMAZTEKİN Hasan Kadir, **Yapay Zekanın Eser Sahipliği**, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

ZORLUEL Mustafa, "Yapay Zeka ve Telif Hakkı", **TBB Dergisi,** C. 142, S. 2019, ss. 305-356.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1919-1946

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU UYARINCA TAHKİMDE DELİL TESPİTİ(*)

Dr. **Mehmet Emin ALPASLAN**(**)

Öz: Delil tespitiyle, bir davada kullanılacak delillerin, inceleme sırası gelmeden önce güvence altına alınması sağlanır. Delillerin korunması ihtiyacı mahkemelerde olduğu kadar tahkimde de ortaya çıkabilir. Delil tespiti talep edebilmek için, bazı koşulların bulunması gereklidir. Tahkimde delil tespiti kural olarak hakem heyetinden istenir. Tarafların kararlaştırmış olmaları hâlinde, acele hâllerde acil durum hakeminden de delil tespiti talep edilebilir. Sınırlı bazı hâllerde ise delil tespiti talepleri mahkemeye yöneltilmektedir. Delil tespitinin koşullarının oluşması hâlinde hakemler tespite karar verecek ve tespit edilecek delilin mahiyetine göre gerekli işlemleri yaparak delilleri muhafaza altına alacaktır. Koşulları oluşmadan delil tespiti talep edilmesi hâlinde ise bu talep reddedilecektir. Durum ve şartların değişmesi hâlinde yeniden delil tespiti talep edilmesi mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Delil Tespiti, Delil Tespiti Usûlü, Tahkim, İç Tahkim, Hakem Heyeti, Acil Durum Hakemi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2022. Makale kabul Tarihi: 09.12.2022.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-0821-9192; *ealpaslan@gsu.edu.tr*).

DETERMINATION OF EVIDENCE IN ARBITRATION UNDER THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Abstract: Determination of evidence ensures that the evidence that will be used in litigation is preserved before the time of examination. The need to protect evidence may arise in arbitration as well as in courts. Determination of evidence is possible if certain conditions are met. As a rule, the determination of evidence in arbitration is requested from the arbitral tribunal. If the parties have agreed thereto, it can also be requested from the emergency arbitrator in urgent cases. In some exceptional cases, the request for determination of evidence is adressed to a court. If the conditions are met, the arbitrators will accept the request and take the necessary action to preserve the evidence. If the conditions are not met, the request will be rejected. If the situation and conditions change, the request for determination of evidence can be made again.

Keywords: Determination of Evidence, Procedure of Determination of Evidence, Arbitration, Domestic Arbitration, Arbitral Tribunal, Emergency Arbitrator.

GİRİŞ

Kökenleri Roma hukukuna kadar dayanan[1] delil tespiti müessesesi ile bir dava içerisinde kullanılacak delillerin, bazı şartlar altında delillerin toplanma zamanından evvel toplanarak güvence altına alınması sağlanır[2]. Delil-

---

[1] Roma hukukunda bu müessese "*probatio ad perpetuam rei memoriam*" olarak anılmaktaydı (PRÜTTING Hanns/GEHRLEIN Markus/ULRICH Jürgen, **Zivilprozessordnung Kommentar**, 10. Auflage, Luchterhand, Köln, 2018, § 485, Rn. 1).

[2] ÖZEKES Muhammet, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 2562 vd.; PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 10. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 604; KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. IV, 6. Baskı, Demir Demir, İstanbul, 2001, s. 4426 vd.; KURU Baki/AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2020, s. 475; MUSIELAK Hans-Joachim/VOIT Wolfgang/HUBER Michael, **Zivilprozessordnung Kommentar**, 15. Auflage, Vahlen, München, 2018, § 485, Rn. 2; THOMAS Heinz/PUTZO Hans/KLAUS Reichold, **Zivilprozessordnung**, 39. Auflage, C.H.Beck, München, 2018, § 485, Rn. 2; ZÖLLER Richard/HERGET Kurt, **Zivilprozessordnung**, 33. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2020, § 485, Rn. 1; KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 568; UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 1167-1168; ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, s. 616; POSTACIOĞLU İlhan E., **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1975, s. 497; POSTACIOĞLU İlhan E./ ALTAY Sümer, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 8. Bası, Vedat, İstanbul, 2020, s. 985; ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medenî Yargılama Hukuku**, C. I-II, 6. Bası, İstanbul, 2000, s. 589-590; ALANGOYA Ya-

lerin zamanından önce toplanması ihtiyacı, mahkemelerde olduğu gibi tahkimde de ortaya çıkabilir[3].

Bu çalışmada iç tahkimde (HMK uyarınca tahkimde) delil tespitine ilişkin temel esaslar, delil tespiti yapılmasını gerektiren hâller (delil tespitinin koşulları), bu tespitin usûlü ile elde edilen delillerin hukukî değeri irdelenecektir. Çalışmada mahkemelerdeki delil tespiti ile milletlerarası tahkimdeki delil tespiti, yalnızca yeri geldiğinde ve yalnızca gerektiği ölçüde incelenecektir.

I. DELİL TESPİTİ KURUMUNUN AMACI VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

1. Kurumun Amacı

Delil tespiti, bir dava içerisinde kullanılacak delillerin bazı şartlar altında delillerin toplanma zamanından[4] evvel toplanarak güvence altına alınmasını temin eden[5], bir geçici hukukî koruma önlemidir[6]. Delil tespitinin konu-

---

vuz/YILDIRIM M. Kâmil/DEREN YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2009, s. 376 vd.; ARSLAN Ramazan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler, **Bankacılar Dergisi**, Yıl: 24, Özel Sayı: Ocak 2013, s. 24; YILMAZ Ejder, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Yetkin, Ankara, 2001, C. II, s. 1335; ATALI Murat/ ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, s. 720; BUDAK Ali Cem/KARAASLAN Varol, **Medenî Usul Hukuku**, 5. Bası, Filiz, İstanbul, 2021, s. 373; ÖZEKES Muhammet, **İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin, Ankara, 1999, s. 50; KARSLI Abdurrahim, **Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bası, Alternatif, İstanbul, 2014, s. 689; TUNÇ YÜCEL Müjgan, **HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyatî Tedbir ve Delil Tespiti**, Seçkin, Ankara, 2013, s. 29 vd.; AKİL Cenk, Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemece Yapılan Delil Tespiti, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2009, C: 58, S. 1, s. 4; ÖZDEMİR Mehmet, **Geçici Hukuki Korumalar**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2021, s. 455 vd.; TURAN Sinem, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti Kurumunun Fonksiyonları**, Adalet, Ankara, 2020, s. 17 vd.

3 PEKCANITEZ Hakan, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, **Makaleler**, C. I, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 781 vd., s. 795; TUNÇ YÜCEL, s. 118; BALKAR Süheylâ, **Uluslararası Ticarî Tahkim ve Geçici Hukukî Koruma Tedbirleri**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2010, s. 40 vd.; ERTEN Rifat, **Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri**, Adalet, Ankara, 2010, s. 43-44; AKYOL ASLAN Leyla, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti**, Yetkin, Ankara, 2011, s. 143. Tahkimdeki gelişmelerden evvel, delil tespitine ilişkin hükümlerin tahkimde uygulanamayacağı kabul edilmekteydi (Bu yönde bkz. YEĞENGİL Rasih, **Tahkim (L'arbitrage)**, İstanbul 1974, s. 285).

4 Delillerin toplanma zamanına ilişkin olarak bkz. Tunç Yücel, s. 31. Ayrıntılı bilgi için bkz. BOLAYIR Nur, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, Vedat, İstanbul, 2014, s. 221 vd.

5 ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2563-2563; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 604; ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fa-

su delillerdir; delilin türü bakımından ise herhangi bir sınırlama olmayıp her türlü delil, delil tespitinin konusunu oluşturabilir[7].

Delil tespiti bir geçici hukukî koruma önlemi olup, amacı yargılamada kullanılacak delillerin güvence altına alınmasıdır[8]. Zira kimi zaman delillerin mûtad toplanma zamanının beklenmesi bu delillerin toplanmasını imkânsızlaştırabilir veya güçleştirebilir. Tarafları delillerin sırasının gelmesini beklemeye mecbur etmek, onların delillerini elde edememeleri sonucunu doğurabilir ve bu durum da sübjektif haklarını dayandırdıkları maddî vakıaları ispatlayamamalarına yol açabilir. İşte delil tespiti kurumu bu riski bertaraf etmek suretiyle ispat hakkının etkin bir şekilde korunmasına ve kullanılmasına hizmet eder.

2. Benzer Kurumlardan Farkı

Delil tespiti kurumunun daha iyi ortaya konulabilmesi için, benzer kurumlardan farkının ana hatlarıyla da olsa incelenmesi gerekir. Bu bağlamda delil tespitinin; tespit davasından, ihtiyatî tedbirden ve ihtiyatî hacizden ayrılması gerekir.

---

kültesi, Ankara, 1960, s. 308; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 616. Kuruma ilişkin tanımlara toplu bir bakış için bkz. AKYOL ASLAN, s. 27-30; ARSLANDOĞAN Birce, **Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 13-15; BERBEROĞLU YENİPINAR Filiz, **Delil Tespiti ve Diğer Geçici Hukuki Korumalar (İhtiyati Tedbir - İhtiyati Haciz)**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 30. Alman hukukunda delil tespiti müessesesi "*selbstständiges Beweisverfahren*" olarak anılmaktadır. Alman hukukunda delil tespiti hakkında bkz. MUSIELAK Hans-Joachim/VOIT Wolfgang, **Grundkurs ZPO**, 13. Auflage, C.H.Beck, München, 2016, § 6, Rn. 868 vd.; PAULUS Christoph G., **Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht**, 6. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg, 2017, s. 76, Rn. 194; SCHILKEN Eberhard, **Zivilprozessrecht**, 7. Auflage, Vahlen, München, 2014, § 11, Rn. 554 vd. Söz konusu kurum 1991 tarihli *Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz* ile bu adı almış olup öncesinde *Beweissicherungsverfahren* olarak anılmaktaydı. Bu konuda bkz. MUSIELAK/VOIT/HUBER, § 485, Rn. 1; SCHILKEN, § 11, Rn. 554. Ayrıca bkz. ARSLANDOĞAN, s. 4.

6 Delil tespitinin hukukî niteliğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla beraber, katıldığımız görüş uyarınca delil tespiti bir tür geçici hukukî koruma önlemidir (ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 616; ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2562-2563; BALKAR, s. 40. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYOL ASLAN, s. 33-38; ARSLANDOĞAN, s. 16 vd. Ayrıca bkz. KURU, **Usul**, C. IV, s. 4427; BERKİN Necmettin M., **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, İstanbul, 1969, s. 118).

7 KURU, **Usul**, C. IV, s. 4431; ÜSTÜNDAĞ, s. 590; AKYOL ASLAN, s. 31-32. Ayrıca bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 617.

8 ÖZEKES, **İhtiyati Haciz**, s. 50; THOMAS/PUTZO/KLAUS, **ZPO**, § 485, Rn. 2; MUSIELAK/VOIT/HUBER, **ZPO**, § 485, Rn. 2; PRÜTTING/GEHRLEIN/ULRICH, **ZPO**, § 485, Rn. 2; AKYOL ASLAN, s. 29; MUSIELAK/VOIT, **Grundkurs**, § 6, Rn. 868; PAULUS, s. 76, Rn. 194; ZÖLLER/HERGET, **ZPO**, § 485, Rn. 1.

Tespit davası (HMK m. 106) ile bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığı (müspet tespit davası) ya da yokluğu (menfî tespit davası) ya da bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. Delillerin tespit davası suretiyle tespiti mümkün olmadığı gibi, hukukî ilişkilerin tespiti amacıyla delil tespiti yoluna başvurulamaz. Her iki kurumun konusu ve amaçları farklıdır[9]. Pek tabiîdir ki delil tespiti yoluna, tespit davasına konu vakıaların ispatında yararlanılacak deliller için de gidilebilir[10]. Şu da belirtilmelidir ki, delil tespiti bir geçici hukukî koruma sağlamasına karşın, tespit davasıyla kesin hukukî koruma sağlanır[11].

İhtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespiti birer geçici hukukî koruma önlemi olsalar da hepsinin konuları ve amaçları farklıdır[12]. İhtiyatî tedbir ile dava konusunun muhafaza edilmesi amaçlanırken, ihtiyatî hacizde alacaklının alacağını icraya koyduğu takdirde tatmin edilmesi imkânının korunması amaçlanır[13]. Delil tespiti ise ne dava konusunun ne de davanın kazanılması sonrasında borçlunun malvarlığından tatmin edilme imkânının korunmasını amaçlar. Buradaki yegâne amaç, uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek ihtilâflı maddî vakıaları ispat etmeye elverişli araçların (delillerin) tespit edilerek muhafazasıdır.

II. DELİL TESPİTİNİN KOŞULLARI

Tahkimde delil tespitini düzenleyen HMK m. 414/1 hükmü uyarınca, taraflarca tahkim sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan birinin talebi üzerine tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulunca delil tespitine karar verilebilir.

---

9 KURU, **Usul**, C. IV, s. 4429; KURU Baki/BUDAK Ali Cem, **Tespit Davaları**, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 268-271; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 616; ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2563. Ayrıca bkz. AKYOL ASLAN, s. 39-42.

10 KURU, **Usul**, C. IV, s. 4429; KURU/BUDAK, s. 268; ARSLAN, s. 24; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 616.

11 ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 616.

12 ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2563; ÖZEKES, **İhtiyati Haciz**, s. 50-52. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYOL ASLAN, s. 43-52. Ayrıca bkz. BİLGE Necip/ÖNEN Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara, 1978, s. 368; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 616; ERİŞİR Evrim, **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 337-338. İhtiyatî tedbirler bakımından ayrıca bkz. KONURALP Cengiz Serhat, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 3 vd.

13 İhtiyatî haczin doğrudan amacı mevcut veya gelecekteki icrayı temin etmektir (ÖZEKES, **İhtiyati Haciz**, s. 50-52).

Söz konusu hüküm uyarınca tahkimde delil tespitinin gerçekleştirilebilmesi için, tahkim sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmaması ve taraflardan birinin talep etmesi gerekli ve yeterlidir. Ancak pek tabiîdir ki delil tespitinin geçici hukukî koruma önlemi mahiyetinde bulunması, maddede zikredilmese de kurumun amacı gereği başkaca bazı şartların da varlığını gerektirir. Bir başka deyişle hakemler, mahkemeler bakımından aranan koşullar çerçevesinde delil tespitine karar verebileceklerdir[14]. Bu çerçevede, tespiti istenen delilin henüz inceleme sırasının gelmemiş olması gerekmektedir[15]. Bununla beraber delil tespitinin istenebilmesi için bunu isteyen tarafın hukukî yararının bulunması da şarttır[16].

HMK m. 414/1 hükmünün açık ifadesi çerçevesinde, delil tespitine karar verilebilmesi için teminat şartı aranmayacaktır[17].

1. Tahkim Sözleşmesinde Hakemlerin Delil Tespitine Karar Vermesine İmkân Tanınmış Olması

Tahkimde hakem veya hakem kurulunca delil tespitinin gerçekleştirilebilmesi için, tahkim sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmaması gerekmektedir[18]. Bir başka deyişle, tahkim sözleşmesinde hakemlerce delil tespitine karar verilmesine açıkça cevaz verildiği veya bu konuda suskun kalındığı hâllerde hakemler delil tespitine karar verebilir. Hakemlerin delil tespiti yapamayacağına ilişkin bir hüküm bulunması hâlinde ise hakem veya hakem kurulu delil tespitine karar veremez. Bu durumda ancak mahkemeden delil tespiti istenebilecektir.

Şüphesiz ki hakemlerin yapacağı delil tespiti, tahkim sözleşmesinin ilişkin olduğu uyuşmazlıkla ilgili olmalıdır[19]. Daha açık bir ifadeyle, tahkim sözleşmesi kapsamında kalmayan bir uyuşmazlığa ve uyuşmazlığın tahkim sözleşmesi kapsamı dışında kalan kısmına ilişkin ileri sürülen vakıaların

---

14 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 795.

15 TUNÇ YÜCEL, s. 116. Ayrıca bkz. AKYOL ASLAN, s. 56-57; ÖZDEMİR, s. 458.

16 TUNÇ YÜCEL, s. 116. Ayrıca bkz. ZÖLLER/HERGET, **ZPO**, § 485, Rn. 1; AKYOL ASLAN, s. 57 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 617; ÖZDEMİR, s. 457-458.

17 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 814; TUNÇ YÜCEL, s. 117. Ayrıca bkz. ERİŞİR, s. 338.

18 ÖZBAY İbrahim/KORUCU Yavuz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim**, Adalet, Ankara, 2016, s. 117; EKŞİ Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 160. İhtiyatî tedbir bakımından bkz. ÖZBAY/KORUCU, s. 111.

19 MUSIELAK/VOIT/VOIT, **ZPO**, § 1042, Rn. 28.

ispatı için kullanılacak deliller bakımından hakemler delil tespiti yapmaya yetkili değildir. Tarafların hakem-bilirkişi sözleşmesi[20] akdetmiş olması hâlinde, hukukî korunma ihtiyacının zorunlu kıldığı hâller dışında delil tespiti yoluna müracaat edilemez[21].

2. Talep

Tarafların talebi, delil tespiti için zorunlu bir unsurdur; hakemlerin re'sen delil tespitine karar vermeleri mümkün değildir[22]. Zira tahkimde de medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir[23]. Bu çerçevede hakemler, tarafların ileri sürdüğü vakıa ve delillerle bağlıdır. Taraflarca getirilme ilkesinin istisnalarının[24] da tahkimdeki delil tespitinde uygulanmayacağını belirtmekte fayda vardır. Zira bu ilkenin istisnası olan kamu düzenini ilgilendiren hâllere ilişkin uyuşmazlıklar esasen tahkime elverişli değildir[25].

Delil tespiti talep edilmesi zamanaşımını kesmeyecektir[26]. Zira delil tespiti talebi bir dava değildir[27].

---

20 Hakem-bilirkişi sözleşmesi bir münhasır delil sözleşmesidir (ATALAY Oğuz, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 1752). Tahkim sözleşmesi ile taraflar uyuşmazlığın mahkemeler yerine hakemlerce çözülmesini kararlaştırırken, hakem-bilirkişi sözleşmesi ile yalnızca uyuşmazlığın değeri, konusu ve vasıflarının hakem-bilirkişiler tarafından tespit edilmesi kararlaştırılır (ATALAY, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1752). Bir başka deyişle hakem-bilirkişiler uyuşmazlığı çözmezler yalnızca uyuşmazlık bakımından önem arz eden vakıa veya vakıalar hakkında bağlayıcı tespitlerde bulunurlar (MUSIELAK/VOIT/VOIT, **ZPO**, § 1029, Rn. 17). Tahkim ve hakem-bilirkişilik kurumlarının farkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ Hakan/YEŞİLIRMAK Ali, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 2601-2602; MUSIELAK/VOIT/VOIT, **ZPO**, § 1029, Rn. 17; THOMAS/PUTZO/SEILER, **ZPO**, Vorb. § 1029, Rn. 4-5; ZÖLLER/GEIMER, **ZPO**, § 1029, Rn. 4.

21 MUSIELAK/VOIT/VOIT, **ZPO**, § 1042, Rn. 28. Ayrıca bkz. PRÜTTING/GEHRLEIN/ULRICH, **ZPO**, § 485, Rn 4.

22 TUNÇ YÜCEL, s. 117; ÖZBAY/KORUCU, s. 117.

23 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2704-2705. Ayrıca bkz. ÖZBAY/KORUCU, s. 79-80.

24 İlkenin istisnaları hakkında bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 191. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ Güray, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 835 vd.

25 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2632. Tahkime elverişlilik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALANGOYA Yavuz, **Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, 1973, s. 82 vd.; YEŞİLOVA Bilgehan, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, Güncel, İzmir, 2008, s. 332 vd.

26 ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2565.

27 KURU, **Usul**, C. IV, s. 4441. Ayrıca bkz. KURU/BUDAK, s. 270.

3. Delilin İnceleme Sırasının Gelmemiş Olması

Delil tespiti, tahkim yargılamasının başlamasından evvel istenebileceği gibi, yargılama başladıktan sonra da istenebilir. Ancak yargılama başladıktan sonra delil tespiti istenebilmesi için, tespiti istenen delilin henüz inceleme sırasının gelmemiş olması gerekmektedir.

İnceleme sırası gelmiş olan deliller, delil tespitinin konusu olamaz[28]. Zira, burada yapılan delil tespiti olmayıp delilin incelenmesi faaliyetidir[29].

4. Hukukî Yarar

Delil tespiti isteyen tarafın hukukî yararının bulunması şarttır[30]. İnceleme sırası geldiğinde delilin yok olma veya elde edilmesinin çok zorlaşması tehlikesinin bulunması hâlinde, hukukî yararın varlığı kabul edilir[31].

Hukukî yararın varlığına ilişkin verilebilecek örnekler; maldaki ayıbın tespiti, kiralanan şeyin durumunun tespiti, yaşlı veya ağır hasta olan yahut uzun bir yolculuğa çıkacak bir tanığın dinlenmesidir[32].

Karşı tarafın delil tespitine muvafakat etmesi hâlinde, delil tespitinde hukukî yarar bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek yoktur[33].

---

28 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 794; ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2564; TUNÇ YÜCEL, s. 116. Ayrıca bkz. AKYOL ASLAN, s. 56-57; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 617; ÖZKAN Hasan, **Açıklamalı-İçtihatlı Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Delil Tespiti (HMY. 400-406), İhtiyati Tedbir (HMY. 389-393), Adli Yardım (HMY. 334-340)**, Legal, İstanbul, 2015, s. 15; TURAN, s. 30. Ayrıca bkz. KARSLI, s. 689.

29 ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2564. Ayrıca bkz. TURAN, s. 30-31.

30 Hukukî yarar, mahkemelere yöneltilen her talepte bulunmalıdır (PEKCANITEZ, **Pekcanıtez Usûl**, s. 946-947; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 214; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 252; HANAĞASI Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin, Ankara, 2009, s. 21).

31 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 794; TUNÇ YÜCEL, s. 116. Ayrıca bkz. KURU, **Usul, C. IV**, s. 4431-4432; ÜSTÜNDAĞ, s. 590; UMAR, s. 1168; ARSLAN, s. 24; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 377; AKYOL ASLAN, s. 57 vd.; ÖZKAN, s. 14; KARSLI, s.689; TURAN, s. 31.

32 KURU, **Usul**, C. IV, s. 4432; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 569; ÜSTÜNDAĞ, s. 590. Başkaca örnekler için bkz. PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 794; ARSLAN, s. 24-25.

33 KURU, **Usul**, C. IV, s. 4432.

III. DELİL TESPİTİ USÛLÜ

1. Delil Tespiti Talebinde Bulunabilecek Kişiler

HMK m. 414/1 hükmü, delil tespitinde bulunabilecek kişilerin taraflar olduğunu ortaya koymuştur. Buna göre davacı veya davalı taraftan her biri gerekli şartlar varsa delil tespiti talebinde bulunabilir[34].

Tahkimde kural olarak fer'i müdahale söz konusu olamayacağından[35], fer'i müdahilin delil tespiti talep edip edemeyeceğinin tartışılmasına prensip olarak gerek bulunmamaktadır. Ancak istisnaî olarak tahkimde de fer'i müdahale söz konusu olabilir. Fer'i müdahil olmak isteyen üçüncü kişi tahkim sözleşmesini imzalamışsa[36] yahut tahkim sözleşmesinin tarafları fer'i müdahaleyi mümkün kılmışlarsa[37], tahkimde de fer'i müdahale gündeme gelebilecektir. Fer'i müdahalenin söz konusu olduğu hâllerde fer'i müdahilin delil tespiti talep edip edemeyeceği, incelenmeye muhtaç bir konudur. Bu konunun incelenmesinde aydınlatıcı olacak bir konu ise, mahkemeler önünde cereyan edecek davalarda fer'i müdahilin delil tespiti talep edip edemeyeceği meselesidir. Fer'i müdahilin delil tespiti isteyip isteyemeyeceği meselesi doktrinde tartışmalıdır[38]. Doktrinde bir görüş, fer'i müdahilin delil tespiti talebinde bulunamayacağını savunmaktadır[39]. Diğer bir görüşe göre ise, fer'i müdahil de bazı şartlarda delil tespiti talep edebilir[40]. Öte yandan doktrinde, fer'i müdahilin delil tespiti talep edebilmesinin ve bu tespitin davada kullanılmasının, delil tespiti talebinin zamanına göre incelenmesi gerektiği de savunulmaktadır[41]. Söz konusu tartışmanın tüm detaylarıyla ele alınması bu çalışmanın kapsamını oldukça aşacaktır. HMK'da fer'i müdahale bakımından öngörülen temel prensip çerçevesinde fer'i müdahil, asıl tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü[42] usûl işlemlerini yapabileceğine

---

34 ÜSTÜNDAĞ, s. 590.

35 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2705.

36 PEKCANITEZ Hakan/MERİÇ Nedim, **Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale**, 2. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 417; PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2705.

37 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2705.

38 Söz konusu tartışma ve konuya ilişkin diğer ihtilâflı hususlar hakkında bkz. AKYOL ASLAN, s. 65 vd.

39 YILMAZ, **Geçici Hukuki Himaye**, C. II, s. 1354.

40 AKYOL ASLAN, s. 66-67.

41 ARSLANDOĞAN, s. 154 vd.

42 Fer'i müdahilin davadaki durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ/MERİÇ, s. 263 vd.

göre (HMK m. 68/1), aynı kapsamda kalmak kaydıyla delil tespiti talebinde de bulunabileceği kanaatindeyiz. Kanaatimizce aynı sınıra riayet etmek kaydıyla dava açılmadan önce, daha sonra açılacak davada fer'i müdahil olacak kimse (potansiyel fer'i müdahil[43]) tarafından yaptırılan, usûle uygun delil tespitleri de asıl davada kullanılabilecektir[44]. Tahkimde fer'i müdahalenin mümkün olduğu hâllerde, aynı esasların tahkimin niteliği elverdiği ölçüde tahkim bakımından da uygulanmasına engel bir hâl yoktur.

Öte yandan tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, şartların oluşması üzerine delil tespitinin mahkemeden istenebileceği hâllerde[45], fer'i müdahilin delil tespiti isteyip isteyemeyeceği ayrı bir meseledir. Tahkim sözleşmesinin fer'i müdahaleye imkân tanıdığı hâllerde, fer'i müdahilin delil tespiti yaptırabileceği ve bu tespitin tahkim yargılamasında kullanılabileceği kanaatindeyiz. Fer'i müdahalenin mümkün olmadığı hâllerde ise üçüncü kişilerin yaptırdıkları delil tespiti, usûlüne uygun olmak kaydıyla ancak ileride kendileri aleyhine açılacak veya kendileri tarafından açılacak davada delil olarak kullanılabilecektir.

2. Delil Tespiti Talebinin Yöneltileceği Merci

Delil tespiti talebinin, talebin yöneltileceği zaman, talebin aciliyet durumu ve talebin mahiyetine göre farklı mercilere yöneltilmesi gerekebilir. Doktrinde üç ayrı merciden karar alınabileceği belirtilmektedir[46]. Bunlar hakem veya hakem kurulu, ön veya acil durum hakemi ile mahkemelerdir.

Aşağıda hakem veya hakem kurulundan, ön veya acil durum hakeminden ve mahkemelerden delil tespiti talebinde bulunulması ayrı ayrı ele alınacaktır.

---

43 Şüphesiz ki açılmış bulunan bir dava bulunmadığı takdirde fer'i müdahale söz konusu olamaz, dolayısıyla fer'i müdahil de bulunamaz. Ancak açılması muhtemel bir davaya fer'i müdahil olacak kişinin de delil tespitinde bulunabilmesi mümkün kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, bu durumda delil tespiti koşulları fer'i müdahil bakımından değerlendirilmelidir. Yani bu olasılıkta, asıl açılacak davada yanına katılınacak kişinin takip yetkisine istinat edilemez.

44 Karş. ARSLANDOĞAN, s. 154 vd.

45 Bkz. aşa. III, 2, C.

46 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2714-2721.

A. Hakem veya Hakem Kurulu

Tahkim sözleşmesi ile taraflar uyuşmazlığın esası hakkında mahkemeler yerine hakemlerin nihaî kararı vermesini kabul etmiş olmaktadırlar. Bu bağlamda, seçimi veya ataması yapıldıktan sonra yargılamanın kontrolü ve bu çerçevede geçici hukukî koruma önlemlerine hükmedilmesi hakemlere ait yetkilerdir[47]. Kural olarak, tüm geçici hukukî koruma tedbirlerinin hakemlerden istenmesi gereklidir[48]. Bu çerçevede, delil tespiti kararı vermede öncelik hakemlerdedir[49].

HMK m. 414/1 hükmü, tahkim yargılaması sırasında hakemlerin delil tespitine karar verebileceğini açıkça ortaya koymuştur[50]. Hakemin bu kararı verebilmesi için geçerli bir tahkim sözleşmesi olmalıdır[51].

Yetkisini tarafların akdettiği tahkim sözleşmesinden alan hakemler, taraflar dışındaki kişileri ve kurumları bağlayacak ve onların hâkimiyet alanlarına müdahale edecek delil tespiti işlemleri yapamazlar[52]. Bu hâllerde, aşağıda inceleyeceğimiz esaslar dairesinde mahkemeye başvuru gereklidir[53]. Tarafların ve üçüncü kişilerin delil tespitine rıza göstermeleri hâlinde, cebir kullanılmadığından hakemlerin veya ön hakemin de delil tespiti yapması mümkün olmalıdır.

B. Ön veya Acil Durum Hakemi

Delil tespiti ihtiyacı, hakemin seçimi veya hakem kurulunun oluşturulmasından önce ortaya çıkarsa, tarafların daha önceden kararlaştırmaları şar-

---

47 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2715-2717.

48 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2715.

49 ÖZBAY/KORUCU, s. 117.

50 Akıncı, esasa bakan hakem heyetinin uyuşmazlıkla ilgili her türlü yetkiye sahip olduğunu, bu nedenle hakemlerin delil tespiti yapabileceğinin ayrıca belirtilmesine gerek olmadığını ifade etmiştir (ADALET BAKANLIĞI, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda İç Tahkim Paneli**, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2007, s. 34). Pekcanıtez/Yeşilırmak'a göre ise hakemin yetkilerinin açıkça belirtilmesi isâbetlidir. Zira bu suretle hakemin delil tespiti yetkisi hususundaki yetkisi hakkında hâsıl olabilecek tereddütlerin önüne geçilecektir (PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2715, dn. 351). Ayrıca bkz. PEKCANITEZ Hakan, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkime İlişkin Hükümleri, **Makaleler**, On İki Levha, İstanbul, 2016, C. II, s. 518.

51 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2715; PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 796.

52 EKŞİ, s. 161.

53 Bkz. aşa. III, 2, C.

tıyla ön hakeme veya acil durum hakemine başvurarak delil tespiti kararı alması mümkündür[54].

Delil tespiti için ön hakem veya acil durum hakemine müracaat imkânı, kural olarak kurumsal tahkimde kullanılabilecektir. Örneğin İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları m. 37 hükmü ve İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Tahkim Kuralları m. 31 hükmü bu imkânı tanımaktadır[55]. Öte yandan tarafların da, delil tespiti kararı vermek için bir ön hakem görevlendirmesi mümkündür[56]. HMK m. 414/3 hükmü taraflara bu imkânı tanımaktadır[57].

C. Mahkemeler

HMK m. 414/3 hükmü uyarınca "*Hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu hâller mevcut değil ise mahkemeye başvuru, sadece hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılır.*". Bu hüküm, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesinin kararlaştırılmasına rağmen, bazı hâllerde mahkemeden de delil tespiti istenebileceğini ortaya koymaktadır.

a. Mahkemeden Delil Tespiti İsteyebilmenin Koşulları

Tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü hususunda anlaşmaları hâlinde, mahkemenin müdahalesi yalnızca sınırlı hâllerde gündeme gelebilmektedir. HMK m. 414/3 hükmü de bu yaklaşımın bir yansıması niteliğindedir. Bu hükme göre, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı durumunda, mahkemenin delil tespiti konusundaki yetkisi yalnızca sınırlı hâllerde mevcuttur[58]. Buna göre hakemlerin zamanında veya etkin bir şekilde delil tespi-

---

54 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2715; PEKCANITEZ, **Tahkime İlişkin Hükümler**, s. 519. Ayrıca bkz. ÖZBAY/KORUCU, s. 117; BUDAK/KARAASLAN, s. 485.

55 ISTAC çerçevesindeki uygulama için bkz. AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 6. Bası, Vedat, İstanbul, 2021, s. 244, s. 688 vd.

56 PEKCANITEZ, **Tahkime İlişkin Hükümler**, s. 519; ÖZBAY/KORUCU, s. 117.

57 PEKCANITEZ, **Tahkime İlişkin Hükümler**, s. 519.

58 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2718, s. 2629; Ayrıca bkz. ÖZBAY/KORUCU, s. 118; BUDAK/KARAASLAN, s. 484-485; KARADAŞ İzzet, **Ulusal (İç) Tahkim**, Adalet, Ankara, 2013, s. 179; KARSLI, s. 827; ULUKAPI Ömer, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Mimoza, Konya, 2015, s. 545. Bu, mahkemelerin yardımında sınırlılık ilkesinin bir gereğidir. İlke hakkında bkz. PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2628 vd.

tine karar vermesi mümkün değilse[59] veya delil tespitinin yapılması cebir kullanılmasını gerektiriyorsa[60] mahkemeye delil tespiti için başvurulabilir. Bu hâller dışında, taraflar yazılı bir şekilde mahkemeyi delil tespiti konusunda yetkilendirmiş iseler veya hakemler delil tespiti için mahkemeye başvurulmasına izin vermişlerse mahkemeye başvurulabilir[61]. Mahkemeye başvurunun taraf iradelerine veya hakemlerin iznine tabi tutulması, tahkimin bünyesine uygun isâbetli bir tercihtir[62].

Mahkeme, yukarıda ifade ettiğimiz sınırlı hâllerde kendisine başvurulduğu takdirde, delil tespitine uygulanacak kanun hükümlerine göre (HMK m. 400-405) delil tespiti kararı verebilir[63].

Hemen belirtilmelidir ki, mahkemece verilen delil tespiti kararlarının hakemlerce kaldırılması söz konusu olmayacak ve ihtiyatî tedbirde söz konusu olan tartışmalar delil tespitinde karşımıza çıkmayacaktır[64].

b. Görevli Mahkeme

HMK uyarınca tahkimde görevli mahkemeye ilişkin hükümlerin dört döneme ayrılarak incelenmesi gerekir. Bu dönemlerin ilki HMK'nın yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2011 tarihi ile 6545 sayılı Kanun m. 45'in yürürlüğe girdiği 28 Haziran 2014 tarihleri arasıdır. İkinci dönem, 6545 sayılı Kanun m. 45'in yürürlüğe girdiği 28 Haziran 2014 tarihinden bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başladığı 20 Temmuz 2016 tarihine kadar olan dönemdir. Üçüncü dönem, 20 Temmuz 2016 tarihinden HMK m. 410 hükmünde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 15 Mart 2018 tarihine kadar olan dönemdir. Son dönem ise 15 Mart 2018 tarihinden itibaren olan dönemdir.

---

59 PEKCANITEZ, **Tahkime İlişkin Hükümler**, s. 519; ÖZBAY/KORUCU, s. 117-118.

60 PEKCANITEZ, **Tahkime İlişkin Hükümler**, s. 518; TUNÇ YÜCEL, s. 118; ÖZBAY/KORUCU, s. 118. Özellikle tahkim sözleşmesine taraf olmayan kişilerden delil temin edilmesi gereken hâllerde mahkemeye başvuru gereklidir (ÖZBAY/KORUCU, s. 118; EKŞİ, s. 161).

61 Budak/Karaaslan, söz konusu hükmün tahkimde devlet mahkemelerinin geçici hukukî koruma önlemleri konusundaki yetkilerini MTK'da ve UNCITRAL Model Kanunu'nda karşılığı bulunmayan bir şekilde sınırladığını ifade etmişlerdir (BUDAK/KARAASLAN, s. 485). Ayrıca bkz. KARSLI, s. 826-827.

62 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2718, dn. 363. Ayrıca bkz. ÖZBAY/KORUCU, s. 118. Karş. ADALET BAKANLIĞI, **İç Tahkim Paneli**, s. 59.

63 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2718.

64 ÖZBAY/KORUCU, s. 117.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK m. 410/1 hükmü uyarınca "*Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir.*". Bu dönemde kanun gereği görevli mahkeme bölge adliye mahkemesi olmakla beraber, bölge adliye mahkemeleri göreve başlamadığından görevli mahkeme genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi olarak kabul edilmekteydi[65].

28 Haziran 2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca ise "*12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara*" asliye ticaret mahkemelerinin toplu mahkeme olarak bakması kabul edilmiştir. Her ne kadar tahkime ilişkin olarak yalnızca belirli işlere asliye ticaret mahkemesince heyet hâlinde bakılacağının ifade edilmiş olması tereddütlere yol açabilecekse de doktrinde genellikle hükümde sayılan hususlar ile sayılmayan hususlar arasında ayrım yapılmamış ve global olarak "tahkimde görevli mahkeme"den söz edilmiştir[66]. O hâlde söz konusu hükümde açıkça zikredilmese de delil tespitinin kapsama girip girmeyeceği tartışılmaksızın delil tespiti de kapsamda kabul edilecektir. Ancak bu kabul, meselenin başka bir açıdan tartışılmasını da zorunlu kılacaktır. Her şeyden evvel belirtmek gerekir ki 6545 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme HMK m. 410 hükmünü açıkça ilga etmemiştir. Doktrinde bir görüş, HMK m. 410 hükmünün ilga olmadığını belirtmiş ve bu düzenlemenin henüz bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamadığı döneme ilişkin geçici bir düzenleme olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur[67]. Doktrinde ağırlıklı olarak ise, HMK m. 410 hükmünün ilga edildiği ve bu döneme ilişkin olarak tahkimde görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu kabul edilmekteydi[68]. Yargıtay

---

65 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2625.

66 Hükmün kaleme alınış tarzına ilişkin eleştiriler için bkz. TAŞPINAR AYVAZ Sema, Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme, **DEÜHFD 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan**, C. I, İzmir, 2015, s. 479-480.

67 YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017**,** C. 3, s. 3624-3625, s. 3685.

68 PEKCANITEZ Hakan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Kasım-Aralık 2017, S. 133, s. 253-259; PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK,

da söz konusu döneme ilişkin olarak bu çözümü benimsemiş görünmektedir[69]. Yani söz konusu dönemde tahkimde delil tespiti hususunda mahkemeden yardım alınması gerektiğinde, bu talep bakımından görevli mahkeme bölge adliye mahkemesi değil asliye ticaret mahkemesi olarak kabul edilmekteydi. Esasen söz konusu dönem açısından bu yorumun pratik sonucu, bölge adliye mahkemeleri bakımından değil asliye hukuk mahkemeleri bakımındandır. Zira bölge adliye mahkelemeleri henüz faaliyete geçmemiş olduğundan söz konusu yorumun bölge adliye mahkemelerinin görevi bakımından pratik değil yalnızca teorik sonuçları olmuştur. Buradaki pratik sonuç ise, söz konusu dönem bakımından asliye hukuk mahkemelerinin değil asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması şeklinde değerlendirilebilir.

Üçüncü dönem olan 20 Temmuz 2016-15 Mart 2018 döneminde ise ikinci dönem bakımından teorik olarak ifade ettiğimiz sonuçlar pratik bir etki de doğurmaya başlamış ve HMK m. 410 hükmüne rağmen tahkimde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olarak kabul edilmiştir[70].

Son dönem ise, HMK m. 410 hükmünde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 15 Mart 2018 tarihinde başlayan dönemdir. 7101 sayılı Kanun m. 57 hükmü ile değiştirilen HMK m. 410 uyarınca; tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli mahkeme, konusuna göre[71] asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. O hâlde artık delil tespiti hususunda görevli mahkeme, uyuşmazlık konusuna göre asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesidir. Yani ticarî bir uyuşmazlık söz

---

Pekcanıtez Usûl, s. 2626-2628; TAŞPINAR AYVAZ, s. 478 vd.; ÖZBAY/KORUCU, s. 223. Ancak bu görüşü savunan yazarlar söz konusu düzenlemeyi eleştirmekte ve makûl bir amacı olmadığını vurgulamaktadırlar. Bkz. PEKCANITEZ, **Erozyon Süreci**, s. 254-255; PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2626. Ayrıca bkz. ÖZBAY İbrahim, Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması, **DEÜHFD 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan**, İzmir, 2015, C. I, s. 807-808.

69 Yargıtay 23. HD., 11.05.2017, 2017/1040 E., 2017/1433 K. (www.emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 19.12.2017). Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. PEKCANITEZ, **Erozyon Süreci**, s. 257-259; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 627 vd., dn. 27.

70 Bkz. yuk. dn. 68 ve dn. 69.

71 Hemen belirtilmelidir ki hükümde kullanılan "konusuna göre" tabirinin çeşitli tartışmalara yol açması mümkündür. Zira bu kullanım "uyuşmazlık konusuna göre" şeklinde anlaşılabileceği gibi "mahkemeden yardım talep edilen konuya göre" şeklinde de anlaşılabilir. Ancak burada tercih edilmesi gereken seçenek "uyuşmazlığın konusuna göre" görevli mahkemenin belirlenmesidir. Nitekim HMK m. 410 hükmüne son şeklini veren 7101 s. Kanun ile MTK'ya da göreve ilişkin ek bir madde eklenmiş (MTK Ek m. 1) ve bu hükümde açıkça "uyuşmazlığın konusuna göre" görevli mahkemeden söz edilmiştir.

konusu ise asliye ticaret mahkemesine, diğer hâllerde ise asliye hukuk mahkemesine müracaat edilecektir.

c. Yetkili Mahkeme

HMK m. 410/1 hükmü uyarınca tahkimde yetkili mahkeme, tahkim yeri mahkemesidir. Bu nedenle tarafların, tahkim yerini tahkim sözleşmesinde belirtmeleri yararlı olacaktır[72].

Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir (HMK m. 425/1). Tahkim yeri belirlenmemiş ise yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir (HMK m. 410/1).

3. Talebin Şekli

Delil tespiti, asıl uyuşmazlığa bakacak hakemlerden talep edilecekse, bu durumda kararlaştırılan tahkim usûlünde öngörülen şekilde delil tespiti talep edilmesi gerekir.

Delil tespiti ön hakem veya acil durum hakeminden istenecekse, bunun usûlü ilgili kurumsal tahkim merkezinin kurallarında öngörülmüş olacaktır[73]. Taraflar *ad hoc* tahkim (arızî tahkim) hususunda anlaşmışlarsa ve acil durum hakemine başvuruyu da kararlaştırmışlarsa, sözleşmede öngörülen şekilde acil durum hakemine başvurulması gerekir.

Talebin mahkemeye yöneltilmesi hâlinde ise HMK m. 402 uyarınca başvurunun dilekçeyle yapılması gerekir[74]. Buna göre dilekçede tespiti istenen vakıa, tanıklara veya bilirkişilere sorulması istenen sorular, delillerin kaybolacağı veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılacağı kuşkusunu uyandıran sebepler ile aleyhine delil tespiti istenen kişinin ad, soyad ve adresi yer alır. Tespit talebinde bulunan, durum ve koşulların imkân vermemesi nedeniyle, aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösteremiyorsa bu hâlde de talebi geçerli sayılacaktır[75].

---

72 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2659. Ayrıca bkz. UMAR, s. 1195-1196.

73 AKINCI, s. 688 vd.

74 Detaylı bilgi için bkz. AKYOL ASLAN, s. 83-88.

75 Ayrıca bkz. KARSLI, s. 690.

4. Talebin İncelenmesi

Delil tespitinde, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizdeki gibi bir yargılama yapılmamaktadır[76]. Delil tespiti taleplerine ilişkin olarak yapılacak inceleme ilk görünüş incelemesi şeklinde yapılacak olup, incelemede yaklaşık ispat yeterlidir[77].

Hakemler delil tespitini haklı bulurlarsa diğer tarafı delil tespitinden haberdar etmelidir. Bu şekilde hukukî dinlenilme hakkı sağlanacak ve diğer tarafın da tespite ilişkin sorularını sorabilmesine imkân tanınacaktır[78].

Delil tespiti talebinde bulunanın haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunması hâlinde, karşı tarafa bildirim yapılmadan da delil tespiti yapılabilir[79]. Ancak bu hâlde de hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmelidir[80]. Bu bağlamda tespit dilekçesinin, tespit kararının, tespit tutanağı ile eklerinin ve varsa bilirkişi raporunun bir örneğinin diğer tarafa tebliğ edilerek bir hafta içerisinde delil tespiti kararına itiraz etme imkânı tanınmalıdır[81]. Delil tespitine itiraz üzerine hakem heyeti itirazı inceleyerek kararını verecektir[82].

Diğer tarafa haber verilmesi durumunda delil tespiti anlamsız olacak ise karşı tarafa haber verilmeden[83] delil tespiti yapılabileceğine ilişkin hüküm, tespiti istenen delilin karşı tarafın elinde bulunması hâlinde tahkimde uygula-

---

76 ÖZEKES, **İhtiyati Haciz**, s. 51.

77 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2715. Ayrıca bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 618.

78 TUNÇ YÜCEL, s. 117. Hukukî dinlenilme hakkı, AİHS m. 6 hükmüyle teminat altına alınan adil yargılanma hakkına dahildir (PEKCANITEZ Hakan, Hukukî Dinlenilme Hakkı, **Makaleler**, On İki Levha, İstanbul, 2016, C. I, s. 510, s. 525; YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,** 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, C. 1, s. 1025; ERDÖNMEZ, **Pekcanıtez Usûl**, s. 862-863. Hukukî dinlenilme hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2003, s. 17 vd.).

79 TUNÇ YÜCEL, s. 117.

80 TUNÇ YÜCEL, s. 117.

81 TUNÇ YÜCEL, s. 117.

82 TUNÇ YÜCEL, s. 117.

83 Burada ihtiyatî tedbirde *ex parte* karar verilmesinden farklı bir durum vardır. İhtiyatî tedbirlerin *ex parte* verilmesi hâline ilişkin olarak bkz. PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2715; PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma Önlemleri**, s. 115; BİLGİN Hikmet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri ve Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme, **Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan**, Yetkin, Ankara, 2015, C. I, s. 415.

ma alanı bulamayacaktır. Bu sonuç tahkimin bünyesi gereğidir, zira hakemlerin rıza hilafına (cebir uygulayarak) delil tespiti yapmaları mümkün değildir.

Delil tespiti talebi durumunda teminat istenip istenmeyeceği meselesi de önemlidir. Teminat, bir geçici hukukî koruma önlemi nedeniyle zarar ortaya çıkabilecek hâllerde gerekmekte olup, delil tespitinde ise kural olarak aleyhine delil tespiti yapılan kişinin bir zarara uğraması söz konusu değildir. İşte delil tespiti hâlinde bir zarar öngörülmediğinden, delil tespiti için bir teminat söz konusu olmayacaktır[84]. Keza aynı yaklaşımın bir sonucu olarak, delil tespitinden dolayı tazminata ilişkin bir düzenlemeye de gerek görülmemiştir[85].

Delil tespitinin mahkemeden istenmesi hâlinde, inceleme HMK esasları çerçevesinde yapılacaktır (HMK m. 402-405)[86].

5. Talep Hakkında Karar

Delil tespiti talebi üzerine hakemler (uyuşmazlığa bakan hakemler veya acil durum hakemi), delil tespiti talebi hakkında kabul veya red kararı verebilirler.

Yukarıda incelenen şartların varlığı hâlinde delil tespiti talebi kabul edilecektir[87]. Talepte bulunanın bu konuda hakemlerde yaklaşık ispat ölçüsünde kanaat uyandırması ve bu çerçevede talebini haklı kılan delilleri göstermesi gerekir[88]. Hakem, uygulanma imkânı olan her türlü delil tespiti kararı verebilir[89]. Ancak bu kararların icbar edici mahiyette olmaması gerekir. Özellikle, delil tespitine karar verilen bir objenin hakemlere zorla gösterilmesine veya keşfe katlanılmasına karar veremezler[90]. Hakemler, zorlayıcı delil tespiti kararı veremeyecekleri gibi delil tespiti sırasında da zor kullanamazlar.

Delil tespitinin şartlarının oluşmaması hâlinde, delil tespiti istemi reddedilecektir. Bu durumda tespiti istenen delil ancak yargılama sırasında ve zamanı geldiğinde incelenecektir. Durum ve şartların değişmesi, yeni bir

---

84 ÖZEKES, **İhtiyati Haciz**, s. 52; ÖZBAY/KORUCU, s. 117.

85 ÖZBAY/KORUCU, s. 117.

86 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2567 vd. Ayrıca bkz. KURU, **Usul**, C. IV, s. 4442.

87 Bkz. yuk. II.

88 ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, 2567.

89 PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**, 2716.

90 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 795; TUNÇ YÜCEL, s. 118.

vakıaya veya delile dayanılması hâlinde hakem heyetinden veya şartları varsa mahkemeden yeniden delil tespiti talep edilmesine bir engel yoktur[91].

Delil tespiti kararlarına karşı, bir nihaî karar olmamaları nedeniyle kanun yoluna başvurulamaz[92]. Bu kural, hakemlerce verilen delil tespiti kararları (delil tespiti talebinin kabulü ve reddi kararları) bakımından da geçerlidir[93].

6. Giderler

Tahkimde delil tespitine ilişkin yargılama masrafları konusunda HMK'da açık bir düzenleme yoktur. HMK m. 441 hükmü tahkimde yargılama giderlerini genel olarak düzenlemiş ve kapsadığı kalemleri ortaya koymuştur. HMK m. 441 uyarınca yargılama giderleri; hakemlerin ve hakemlerce belirlenen hakem sekreterliği ücretini, hakemlerin seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları, hakem veya hakem kurulu tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvurulan diğer kişilere ödenen ücretleri ve keşif giderlerini, hakem veya hakem kurulunun onayladığı ölçüde tanıkların seyahat giderlerini ve yaptıkları diğer masrafları, hakem veya hakem kurulunun davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekâlet ücretini, HMK çerçevesinde mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçlarını ve tahkim yargılamasına ilişkin tebligat giderlerini kapsar. Maddede delil tespiti ayrıca zikredilmemiş olsa da bilirkişi, keşif ve tanığa ilişkin giderlerin yargılama giderlerinden olduğu ortaya konmuştur. Esasen delil tespiti suretiyle söz konusu delillerin tespiti gerçekleştirildiğinden, delil tespitine ilişkin masraflar da yargılama giderlerindendir.

Hakemler gerektiği takdirde taraflardan avans yatırılmasını isteyebilirler (HMK m. 442/1). Delil tespiti istendiğinde de bir avans yatırılması gerekecektir. Aksi kararlaştırılmadıkça, bu avans taraflarca eşit miktarda ödenecektir (HMK m. 442/1). Özellikle karşı tarafa tebliğ edilmeksizin yapılacak tespitler başta olmak üzere söz konusu avans başlangıçta tespit talebinde bulunandan alınacaktır. Ancak şu da belirtilmelidir ki, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça yargılama giderleri, yargılamanın sonunda haksız çıkan tarafa yükletilecektir[94].

---

91 ARSLAN, s. 24; ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2567.

92 ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**, 2569; TUNÇ YÜCEL, s. 116-117; ÖZBAY/KORUCU, s. 118.

93 ÖZBAY/KORUCU, s. 118; TUNÇ YÜCEL, s. 116-117.

94 EKŞİ, s. 160.

Avansın, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemesi hâlinde hakemler delil tespitini yerine getirmeyeceklerdir (HMK m. 442/2).

Delil tespitinin mahkemeden istenmesi hâlinde HMK m. 402 uyarınca "*Mahkeme tarafından belirlenen tespit giderleri avans olarak ödenmedikçe sonraki işlemler yapılmaz*.". Delil tespiti giderleri asıl davanın yargılama giderlerine dâhildir[95].

IV. DELİL TESPİTİ KARARININ İCRASI İLE DELİLLERİN HUKUKÎ DEĞERİ

1. Kararın İcrası

Tarafların ve üçüncü kişilerin delil tespitine rıza göstermeleri hâlinde, cebir kullanılması söz konusu olmadığından hakemlerin delil tespiti kararını icra etmesi mümkündür. Şu da belirtilmelidir ki tarafların, hakemlerin verdiği delil tespiti kararına gecikmeksizin ve iyi niyet kuralları çerçevesinde uymaları gerekmektedir[96]. Aksi hâlde hakemler ispat faaliyeti sırasında ve nihaî kararı verirken bu hususu dikkate alacaklardır[97].

Delil tespiti kararlarının ihtiyatî tedbirler gibi icrası gerekmez[98]. Eğer söz konusu tespitin tarafça yerine getirilmesi mümkün ise ve tarafça yerine getirilirse delil muhafaza edilmiş olacak ve yok olması gündeme gelmeyecektir[99]. Delil tespiti kararının gereğinin hakemlerce yerine getirileceği hâllerde, hangi delilin tespitine karar verildiyse tahkim usûlü çerçevesinde ilgili delile ilişkin esaslar çerçevesinde tespit gerçekleştirilecektir[100]. Örneğin, tanık dinlenmesi icap ediyorsa tanık dinlenecek ya da gerekiyorsa keşif yapılacaktır[101].

Delil tespiti talebinin kabulü üzerine belli bir sürede dava açılması gibi bir tamamlayıcı merasim yoktur[102]. Bu kararın sona ermesi söz konusu ol-

---

95 KURU, **Usul**, C. IV, s. 4458-4461; AKYOL ASLAN, s. 95 vd.

96 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 801-802.

97 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 795; 801-802; TUNÇ YÜCEL, s. 118.

98 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 807; ÖZEKES, **İhtiyati Haciz**, s. 51-52; ÖZBAY/KORUCU, s. 117.

99 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 802.

100 Bkz. KURU, **Usul**, C. IV, s. 4446 vd.

101 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 802.

102 PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 816; ERİŞİR, s. 338.

mayıp, karar alındıktan sonra bir tamamlayıcı merasime lüzum olmaksızın karar geçerliliğini korur[103].

2. Delillerin Hukukî Değeri

Delil tespiti sonucunda elde edilen deliller, asıl uyuşmazlığa ilişkin vakıaların ispatında kullanılacak[104] ve asıl uyuşmazlıkla birlikte anlam kazanacaklardır[105].

Delil tespiti faaliyeti ile elde edilen delillerin değerlendirilmesi ile davada inceleme zamanı gelmiş delillerin değerlendirilmesi bakımından bir farklılık söz konusu olmayıp; delil değerlendirilmesi, seçilen tahkim usûlünün o delile ilişkin olarak öngördüğü esaslar dairesinde yapılacaktır[106]. Bu delillerin hukukî kıymeti, seçilen tahkim usûlünün bu delillere atfettiği öneme göre belirlenecektir. Örneğin delil tespiti faaliyetiyle bir takdirî delil tespit edilmişse, takdirî delillere ilişkin kurallar çerçevesinde; bir kesin delil tespit edilmişse kesin delillere ilişkin kurallar çerçevesinde bir inceleme yapılacaktır[107].

Belirtmek gerekir ki, tespit edilen delil asıl inceleme sırasında tartışma konusu yapılabilir ve taraflar bu delile ilişkin haklı itirazlarını ve varsa karşı delillerini ileri sürebilirler[108]. Şu hususun da vurgulanmasında fayda vardır. Delil tespitini bir tarafın talep etmesi, diğer tarafın bu delile dayanamayacağı anlamına gelmez; bir başka deyişle, hangi taraf talep etmiş olursa olsun tespit edilen delile her iki taraf da dayanabilir[109].

SONUÇ

Delil tespiti ile bir dava içerisinde kullanılacak delillerin, toplanma zamanından evvel toplanarak güvence altına alınması amaçlanır. Delillerin inceleme sırası gelmeden önce toplanması ihtiyacıyla, tahkimde de karşılaşılabilir.

---

[103] PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**, s. 816.

[104] AKYOL ASLAN, s. 111; AKİL, s. 48 vd.

[105] Delil tespiti işlemi tek başına bir önem arz etmemektedir (AKYOL ASLAN, s. 111 vd.).

[106] AKYOL ASLAN, s. 111-112.

[107] AKYOL ASLAN, s. 112; AKİL, s. 49-50.

[108] AKYOL ASLAN, s. 112.

[109] AKİL, s. 49.

Delil tespiti talep edebilmek için; tahkim sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmaması, tespiti istenen delilin inceleme sırasının gelmemiş olması ve delilin sırası gelmeden incelenmesinde hukukî yararın bulunması gerekir. İnceleme sırası geldiğinde delilin yok olma riski varsa veya elde edilmesinin çok zorlaşması tehlikesi mevcutsa hukukî yararın varlığı kabul edilir.

Delil tespitinde bulunabilecek kişiler kural olarak taraflardır. Tahkimde kural olarak fer'i müdahale söz konusu olmaz. Ancak fer'i müdahil olmak isteyen üçüncü kişi, tahkim sözleşmesini imzalamışsa veya tahkim sözleşmesinin tarafları fer'i müdahaleyi mümkün kılmışlarsa tahkimde de fer'i müdahale gündeme gelebilecektir. Fer'i müdahil, asıl tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usûl işlemlerini yapabileceğine göre, aynı kapsamda kalmak kaydıyla tahkimde dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra ilgili koşulları sağlamak kaydıyla delil tespiti talebinde bulunulabilir ve usûle uygun delil tespitleri asıl davada kullanılabilir.

Tahkimde delil tespiti kural olarak hakem heyetinden istenir. Tarafların kararlaştırmış olmaları hâlinde acele hâllerde ön hakemden veya acil durum hakeminden de delil tespiti talep edilebilir. Hakemlerin zamanında veya etkin bir şekilde delil tespitine karar vermesi mümkün değilse veya delillerin tespiti cebir kullanılmasını gerektiriyorsa mahkemeye başvurulabilir.

HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uzun süre tartışmalara konu olan, tahkimde görevli mahkeme meselesi nihayet 7101 sayılı Kanun m. 57 hükmü ile çözümlenmiştir. 7101 sayılı Kanun m. 57 hükmü ile nihaî şeklini alan HMK m. 410 hükmü uyarınca, tahkimde delil tespiti hususunda mahkemenin yardımı gereken hâllerde görevli mahkeme, uyuşmazlık konusuna göre asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesidir. Yine aynı hüküm uyarınca yetkili mahkeme tahkim yeri mahkemesidir.

Delil tespiti hakemlerden talep edilecekse, bu durumda kararlaştırılan tahkim usûlünde öngörülen şekilde delil tespiti talep edilmesi gerekir. Talebin mahkemeye yöneltilmesi hâlinde ise bunun dilekçeyle yapılması gerekir. Delil tespiti talep edebilmek için bir teminat yatırılması koşulu yoktur. Delil tespiti taleplerine ilişkin olarak yapılacak incelemede yaklaşık ispat yeterlidir.

Delil tespitinin koşullarının oluşması hâlinde hakemler tespite karar verecek ve tespit edilecek delilin mahiyetine göre gerekli işlemleri yaparak delilleri muhafaza altına alacaktır. Koşulların oluşmaması hâlinde ise bu talep reddedilecektir. Durum ve şartların değişmesi, yeni bir vakıaya veya

delile dayanılması hâlinde ise yeniden delil tespiti talep edilmesi mümkündür. Delil tespitine ilişkin masraflar yargılama giderlerinden olup, aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılamasında haksız çıkan tarafa yükletilecektir.

Hangi delilin tespitine karar verildiyse, tahkim usûlü çerçevesinde ilgili delile ilişkin esaslar çerçevesinde tespit gerçekleştirilecektir. Delil tespiti faaliyeti ile elde edilen delillerin değerlendirilmesi de seçilen tahkim usûlünün o delile ilişkin olarak öngördüğü esaslar dairesinde yapılacaktır.

KISALTMALAR

Aşa. : Aşağıda

bkz. : Bakınız

C. : Cilt

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn. : Dipnot

E. : Esas

HD. : Hukuk Dairesi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

ISTAC : Istanbul Arbitration Centre (İstanbul Tahkim Merkezi)

İTOTAM : İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi

K. : Karar

Karş. : Karşılaştırınız

m. : Madde

MTK : Milletlerarası Tahkim Kanunu

Rn. : Randnummer (Kenar numarası)

s. : Sayfa

S. : Sayı

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

vd. : Ve devamı

Vorb. : Vorbemerkung(en) (Ön açıklama(lar))

yuk. : Yukarıda

KAYNAKÇA

ADALET BAKANLIĞI, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda İç Tahkim Paneli**, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2007 ("ADALET BAKANLIĞI, **İç Tahkim Paneli**").

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 6. Baskı, Vedat, İstanbul, 2021.

AKİL Cenk, Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemece Yapılan Delil Tespiti, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2009, C: 58, S. 1, s. 1-62.

ALANGOYA Yavuz, **Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul 1973.

ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM M. Kâmil/DEREN YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2009.

AKYOL ASLAN Leyla, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti**, Yetkin, Ankara, 2011.

ARSLAN Ramazan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler, **Bankacılar Dergisi**, Yıl: 24, Özel Sayı: Ocak 2013, s. 7-27.

ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021.

ARSLANDOĞAN Birce, **Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020.

ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1960.

ATALAY Oğuz, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017.

ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2021.

BALKAR Süheylâ, **Uluslararası Ticarî Tahkim ve Geçici Hukukî Koruma Tedbirleri**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2010.

BERBEROĞLU YENİPINAR Filiz, **Delil Tespiti ve Diğer Geçici Hukuki Korumalar (İhtiyati Tedbir - İhtiyati Haciz)**, Seçkin, Ankara, 2020.

BERKİN Necmettin M., **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, İstanbul 1969.

BİLGE Necip/ÖNEN Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara 1978.

BİLGİN Hikmet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri ve Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme, **Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan**, Yetkin, Ankara, 2015, C. I, s. 401-437.

BOLAYIR Nur, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, Vedat, İstanbul, 2014.

BUDAK Ali Cem/KARAASLAN Varol, **Medenî Usul Hukuku**, 5. Bası, Filiz, İstanbul, 2021.

EKŞİ Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

ERDÖNMEZ Güray, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017 ("ERDÖNMEZ, **Pekcanıtez Usûl**").

ERİŞİR Evrim, **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, On İki Levha, İstanbul, 2013.

ERTEN Rifat, **Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri**, Adalet, Ankara, 2010.

HANAĞASI Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin, Ankara, 2009.

KARADAŞ İzzet, **Ulusal (İç) Tahkim**, Adalet, Ankara, 2013.

KARSLI Abdurrahim, **Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bası, Alternatif, İstanbul, 2014.

KONURALP Cengiz Serhat, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, On İki Levha, İstanbul, 2013.

KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü,** 6. Baskı, Demir Demir, İstanbul, 2001 ("KURU, **Usul**").

KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

KURU Baki/AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

KURU Baki/BUDAK Ali Cem, **Tespit Davaları**, On İki Levha, İstanbul, 2010.

MUSIELAK Hans-Joachim/VOIT Wolfgang, **Grundkurs ZPO**, 12. Auflage, C.H.Beck, München, 2014 ("MUSIELAK/VOIT, **Grundkurs**").

MUSIELAK Hans-Joachim/VOIT Wolfgang, **Zivilprozessordnung Kommentar**, 15. Auflage, Vahlen, München, 2018 ("MUSIELAK/VOIT/BÖLÜM YAZARI, **ZPO**").

ÖZBAY İbrahim, Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması, **DEÜHFD 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan**, İzmir, 2015, C. I, s. 779-811.

ÖZBAY İbrahim/KORUCU Yavuz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim**, Adalet, Ankara, 2016.

ÖZDEMİR Mehmet, **Geçici Hukuki Korumalar**, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2021.

ÖZEKES Muhammet, **İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin, Ankara, 1999 ("ÖZEKES, **İhtiyati Haciz**").

ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2003 ("ÖZEKES, **Hukuki Dinlenilme**").

ÖZEKES Muhammet, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017 ("ÖZEKES, **Pekcanıtez Usûl**").

ÖZKAN Hasan, **Açıklamalı-İçtihatlı Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Delil Tespiti (HMY. 400-406), İhtiyati Tedbir (HMY. 389-393), Adli Yardım (HMY. 334-340)**, Legal, İstanbul, 2015.

PAULUS Christoph G., **Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht**, 6. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg, 2017.

PEKCANITEZ Hakan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Kasım-Aralık 2017, S. 133, s. 211-260 ("PEKCANITEZ, **Erozyon Süreci**").

PEKCANITEZ Hakan, Hukukî Dinlenilme Hakkı, **Makaleler**, On İki Levha, İstanbul, 2016, C. I, s. 509-560 ("PEKCANITEZ, **Hukukî Dinlenilme**").

PEKCANITEZ Hakan, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, **Makaleler**, On İki Levha, İstanbul, 2016, C. I, s. 781-822 ("PEKCANITEZ, **Geçici Hukukî Koruma**").

PEKCANITEZ Hakan, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017 ("PEKCANITEZ, **Pekcanıtez Usûl**").

PEKCANITEZ Hakan, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkime İlişkin Hükümleri, **Makaleler**, On İki Levha, İstanbul, 2016, C. II, s. 507-530 ("PEKCANITEZ, **Tahkime İlişkin Hükümler**").

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 10. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022.

PEKCANITEZ Hakan/MERİÇ Nedim, **Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale**, 2. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020.

PEKCANITEZ Hakan/YEŞİLIRMAK Ali, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017 ("PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, **Pekcanıtez Usûl**").

POSTACIOĞLU İlhan E., **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1975.

POSTACIOĞLU İlhan E./ALTAY Sümer, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 8. Bası, Vedat, İstanbul, 2020.

PRÜTTING Hanns/GEHRLEIN Markus (Hrsg.), **Zivilprozessordnung Kommentar**, 10. Auflage, Luchterhand, Köln, 2018 ("PRÜTTING/ GEHRLEIN/BÖLÜM YAZARI, **ZPO**").

SCHILKEN Eberhard, **Zivilprozessrecht**, 7. Auflage, Vahlen, München, 2014.

TAŞPINAR AYVAZ Sema, Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme, **DEÜHFD 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan**, İzmir, 2015, C. I, s. 469-482.

THOMAS Heinz/PUTZO Hans, **Zivilprozessordnung**, 39. Auflage, C.H.Beck, München, 2018 ("THOMAS/PUTZO/BÖLÜM YAZARI, **ZPO**").

TUNÇ YÜCEL Müjgan, **HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyatî Tedbir ve Delil Tespiti**, Seçkin, Ankara, 2013.

TURAN Sinem, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti Kurumunun Fonksiyonları**, Adalet, Ankara, 2020.

ULUKAPI Ömer, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Mimoza, Konya, 2015.

UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medenî Yargılama Hukuku**, C. I-II, 6. Bası, İstanbul, 2000.

YEĞENGİL Rasih, **Tahkim (L'arbitrage)**, İstanbul, 1974.

YEŞİLOVA Bilgehan, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, Güncel, İzmir 2008.

YILMAZ Ejder, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Yetkin, Ankara, 2001 ("Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye**").

YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017 ("YILMAZ, **Şerh 2017**").

YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,** 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021 ("YILMAZ, **Şerh 2021**").

ZÖLLER Richard, **Zivilprozessordnung**, 33. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2020 ("ZÖLLER/BÖLÜM YAZARI, **ZPO**").

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 2: 1947-1992

TBK M. 530 İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK FİKRİ VE SINAİ MÜLKİYET HAKKI İHLALLERİNDE GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞ GÖRME(*)

Av. **Ertuğrul AKINCI**(**)

Öz: Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin genel hüküm niteliği taşıyan TBK m. 530'un yanı sıra, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin özel görünümlerine ilişkin TMK, TTK, FSEK ve SMK'da düzenlemeler bulunmaktadır. Fikri ve sınai hakların ihlaline ilişkin FSEK ve SMK'daki hükümlerin TBK m. 530 ile kıyaslanması ve uygulama alanlarının tespit edilmesi önem arz etmektedir. TBK m. 530 uyarınca iş sahibi, kendi menfaatine vekaletsiz olarak iş gören kişiden, iş görmeden elde ettiği faydaları talep etme hakkına sahiptir. Bu talep doktrinde menfaat devri talebi olarak da adlandırılmaktadır. TBK m. 530 kapsamında menfaat devrinin talep edilebilmesi için iş görenin iş sahibinin hukuki alanına müdahalede bulunarak, kötüniyetli olarak ve vekaletsiz (yetkisiz) bir biçimde, kendisinin veya üçüncü bir kişinin menfaatine bir iş görmüş olması ve bu iş görme sonucunda bir menfaat elde etmiş olması gerekmektedir. İş görenin kendi menfaatine vekaletsiz olarak gördüğü işin bir fikri mülkiyet hakkına tecavüz teşkil ettiği durumlarda fikri mülkiyet hakkı sahibinin menfaat talebine ilişkin olarak FSEK ve SMK'da yer alan özel düzenlemelere başvurulacaktır. TBK m. 530'dan farklı olarak doktrindeki hakim görüş, FSEK m. 70/3 kapsamında menfaat devri talep edilebilmesi için iş görenin kötüniyetli (kusurlu) olmasını zorunlu görmemektedir. SMK'da ise iş görenin elde ettiği kazanç SMK m. 151/2 (b)'de, tazminatın hesaplanması için hak sahibinin tercihine göre kullanılabilecek yöntemlerden biri olarak düzenlenmiştir. Bu yönüyle SMK'daki düzenleme menfaat devri talebinden ziyade tazminat niteliği taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakkı İhlali, Menfaat Devri, FSEK, SMK.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 29.09.2022. Makale kabul Tarihi: 18.12.2022.

(**) Avukat, İstanbul Bilgi Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi (ORCID no: 0000-0002-4953-974X; *akinciertugrul@outlook.com*).

AGENCY WITHOUT AUTHORITY IN INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT INFRINGEMENTS IN COMPARISON WITH ART. 530 OF TCO

Abstract: Article 530 of TCO qualifies as the general provision for false agency without authority. There are also other provisions in Turkish Civil Code, Turkish Commercial Code, Copyright Law and Industrial Property Law that regulate false agency without authority in special cases. It is important to compare Article 530 with the provisions in Copyright Law and Industrial Property Law in respect of infringement of intellectual property rights and determine the scope of application of these provisions. Pursuant to Article 530 of TCO, the principle is entitled to seek the benefits resulting from the agency activities conducted by the agent in its own interest. This action is also referred to as disgorgement of profits in the doctrine. A request for disgorgement of profits can be made under Article 530 of TCO where the agent has realized benefits by conducting a business in its own or a third party's interest without authority and in bad faith. Where the business conducted in the agent's own interest without authority also constitutes infringement of an intellectual property right, specific provisions under the Copyright Law and the Industrial Property Law will govern the principal's request for disgorgement of profits. Unlike Article 530 of TCO, the prevailing opinion in the doctrine does not require the agent to act in bad faith (negligence) as a condition for disgorgement of profits under Article 70/3 of Copyright Law. The benefit realized by the agent is foreseen under Article 151/2 (b) of Industrial Property Law as a method for calculation of damages subject to the discretion of the right holder. In this respect, the claim set out in Industrial Property Law constitutes a claim for damages rather than a claim for disgorgement of profits.

Keywords: Agency Without Authority (Business Conducted in the Agent's Interest), Infringement of Intellectual Property Rights, Disgorgement of Profits, Copyright Law, Industrial Property Law.

GİRİŞ

TBK m. 530 gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin genel hüküm niteliği taşımaktadır. Ayrıca çeşitli kanunlarda gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin özel görünümlerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. TMK m. 25/3'te kişilik hakkının ihlali, TTK m. 56'da haksız rekabet, FSEK m. 70/3'te mali ve manevi hakların ihlali, SMK m. 151'de sınai haklara tecavüz edilmesi halleri ve TMK m. 995'te kötüniyetli haksız zilyet bakımından gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır.

Çalışmada temel olarak TBK, FSEK ve SMK'da yer alan gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin uygulama alanının, unsur ve sonuçlarının tespit edilmesi ve FSEK ile SMK'daki düzenlemelerin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 530 ile karşılaştırmalı olarak ele alınması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin tazminat talebiyle ilişkisi özellikle uygulamada önem arz ettiğinden, menfaat devri yaptırımının TBK, FSEK ve SMK'daki tazminat talepleriyle ve FSEK m. 68'de düzenlenen üç kat bedel talebiyle ilişkisi incelenecektir.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin diğer vekaletsiz iş görme hallerinden ayırt edilmesi, unsurlarının ve sonuçlarının ortaya konulması ve bilhassa menfaat devri yaptırımının açıklanabilmesi için öncelikle TBK kapsamında gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin ele alınması gerekmektedir. Çalışmanın birinci kısmı, TBK kapsamında gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ayrılmıştır.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bir haksız fiil benzeridir. Fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesi ise haksız fiil niteliği taşımaktadır. Kanun koyucu, fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi halinde ihlalde bulunan kişinin hak sahibinin zararını aşan boyutlarda menfaat elde edebileceğini göz önünde bulundurmuş ve FSEK ile SMK'da ihlalde bulunan kişinin elde ettiği menfaatin hak sahibine devredilmesine ilişkin özel hükümlere yer vermiştir. Ancak anılan özel hükümlerde düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin unsurları ve sonuçları bakımından, TBK m. 530 kapsamında yapılan açıklamalardan farklı sonuçlara varmak mümkündür.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kavramı TBK kapsamında genel hatlarıyla incelendikten sonra, çalışmanın ikinci kısmında FSEK kapsamında gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ele alınacaktır. Çalışmanın üçüncü kısmında ise SMK m. 151'de yoksun kalınan kazancın hesaplanma yöntemlerinden biri olarak öngörülen "*sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç*" talebi ve bunun hukuki niteliği incelenecektir.

Bu çalışmada "*fikri mülkiyet hakları*" terimi, FSEK'te ve SMK'da düzenlenen hakları - diğer bir deyişle fikri ve sınai mülkiyet haklarını - kapsayan biçimde kullanılmıştır. Ayrıca, "*gerçek olmayan vekaletsiz iş görme*" terimi, aksi belirtilmedikçe kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme anlamına gelecek şekilde kullanılacaktır.

I. TBK KAPSAMINDA GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞ GÖRME (TBK m. 530)

Vekaletsiz iş görme, en genel tanımıyla, bir kimsenin, kendisine verilen bir vekalet (yetki) bulunmaksızın, bir başkasının hukuki alanına girerek iş görmesidir[1]. Başkasının işini görene "*iş gören*"; işi görülene ise "*iş sahibi*" denilmektedir. İş görenin, işi, iş sahibinin menfaatine görmesi halinde gerçek vekaletsiz iş görme; kendi veya üçüncü bir kişinin menfaatine görmesi halinde gerçek olmayan vekaletsiz iş görme söz konusu olmaktadır[2]. Her iki durumda da iş gören, iş sahibine ait hukuki alana bir müdahalede bulunmaktadır.

Bir başkasının hukuki alanına müdahale edilmesi, gerçek vekaletsiz iş görme hallerinde olduğu gibi, bazen sosyal dayanışma ve iş sahibinin menfaatinin gözetilmesi amacıyla gerçekleşir[3]. Bazen de - gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olduğu hallerde - müdahale, iş gören tarafından bir başkasının (iş sahibinin) haklarını sömürme, gasp etme ve buna bağlı olarak kendisine veya üçüncü bir kişiye menfaat sağlama amacıyla yapılır[4]. Şüphesiz ki hukuk düzeni tarafından bu iki duruma bağlanan sonuç aynı olmamalıdır. Bir başkasının hukuki alanına onun menfaatine uygun olarak müdahale edildiği haller - belli kurallar çerçevesinde - caiz sayılırken[5], iş görenin kendi çıkarı için müdahalede bulunduğu haller yaptırıma tabi tutulmalıdır. Söz konusu yaptırım, TBK m. 530 uyarınca menfaat devri yaptırımıdır[6].

Vekaletsiz iş görmenin - sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmenin yanında - dördüncü bir borç kaynağı olarak yahut "*kanundan doğan*

---

1 GÜMÜŞ Mustafa Alper, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 225; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 907; KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 585.

2 EREN, s. 908 vd.; GÜMÜŞ, s. 225 - 226; SARUHAN Utku, **Gerçek Vekaletsiz İşgörme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 44 vd.; gerçek olmayan vekaletsiz iş görme yönünden BAŞ SÜZEL Ece, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme - Menfaat Devri Yaptırımı -**, XII Levha, İstanbul, 2015, s. 7 - 8.

3 TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, Beşinci Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 676.

4 EREN, s. 919; TANDOĞAN, s. 676; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, 7. Tıpkıbasım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 72; YÜKSEL Sera Reyhani, **Vekaletsiz İşgörme Kısa Şerhi**, Hakan Tokbaş (edt.), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 64.

5 Gerçek vekaletsiz iş görmenin, iş sahibinin menfaatine yönelmesinden ötürü bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği yönünde bkz. SARUHAN, s. 38 vd.

6 BAŞ SÜZEL, s. 78 vd.

borçlar" başlığı altındaki bir borç kaynağı olarak ele alınması mümkündür[7]. Sonuç olarak vekaletsiz iş görme bir borç kaynağıdır[8].

Vekaletsiz iş görmeyi bir borç kaynağı olarak düzenlemek isteyen kanun koyucunun önünde iki seçenek vardır: İsviçre'deki Borçlar Kanunu Tasarısı'nda olduğu gibi bu hususu genel hükümler bahsinde düzenlemek[9] veya İsviçre'de günümüzde yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nda ve TBK'da olduğu gibi özel hükümler bahsinde düzenlemek. TBK'da vekaletsiz iş görmenin "*Genel Hükümler*" yerine "*Özel Borç İlişkileri*" kısmında düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmektedir[10].

1. Vekaletsiz İş Görmenin Türleri ve Hukuki Niteliği

Fikri mülkiyette gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin incelenebilmesi için öncelikle gerçek vekaletsiz iş görme ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görme arasındaki farkın ve hangi hallerin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme teşkil ettiğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Vekaletsiz iş görmenin türleri hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Birçok yazar gerçek vekaletsiz iş görme ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ayrımını benimserken, hangi hallerin gerçek, hangi hallerin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme teşkil edeceği bakımından farklı görüşler ileri sürmüştür. İşbu çalışmada, vekaletsiz iş görmenin türleri modern dörtlü ayrım çerçevesinde ele alınacaktır.

A. Gerçek Vekaletsiz İş Görmenin Türleri ve Hukuki Niteliği

a. Caiz Gerçek Vekaletsiz İş Görme

Caiz gerçek vekaletsiz iş görmede, iş gören, işi, iş sahibinin menfaatine (diğercil amaç), onun herhangi bir yasaklamasına aykırı olmaksızın görmek-

---

7 Vekaletsiz iş görmenin genel hükümler bahsinde ayrı (dördüncü) bir borç kaynağı olarak yer alması gerektiği yönünde bkz. SARUHAN, s. 42; BAŞ SÜZEL, s. 15. Ayrıca, borcun kaynakları konusunda üçlü ya da dörtlü bir ayrımın zoraki ve yapay olduğu yönünde bkz. EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 ("Genel Hükümler"), s. 120 - 121.

8 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 71; KILIÇOĞLU, s. 585; SARUHAN, s. 41; ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** Cilt V/1, 1, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2019, s. 130.

9 BAŞ SÜZEL, s. 17; SARUHAN, 25 - 27.

10 GÜMÜŞ, s. 225; BAŞ SÜZEL, s. 15 - 16; SARUHAN, 39 - 42; ARKAN AKBIYIK Azra, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1999, s. 25.

tedir[11]. Bir kimsenin trafik kazasında bilincini kaybeden bir kişiyi hastaneye götürmesi, yurt dışında olduğu için kendisine ulaşılamayan komşusunun evinin camı kırılması üzerine camı tamir ettirmesi, caiz gerçek vekaletsiz iş görmeye örnek olarak gösterilebilir[12].

Caiz gerçek vekaletsiz iş görme, "*sözleşme benzeri ilişki*" veya "*hukuki işlem benzeri fiil*" niteliği taşır[13].

b. Caiz Olmayan Gerçek Vekaletsiz İş Görme

Caiz olmayan gerçek vekaletsiz iş görme, iş görenin, iş sahibinin menfaatinin gerektirmediği ya da onun yasakladığı bir işi görmesi halinde ortaya çıkar[14]. İş gören, işi, iş sahibinin menfaatine olduğu düşüncesiyle yapmaktadır fakat görülen iş, ya iş sahibinin gerçekten menfaatinin gerektirmediği ya da onun yasakladığı bir iştir[15]. Örneğin, bir kimse, komşusuna ait evcil hayvanı vaktinden önce aşılatırsa, onun menfaatinin gerektirmediği bir işi görmüş olur[16].

Tıpkı caiz vekaletsiz iş görmede söz konusu olduğu gibi, caiz olmayan vekaletsiz iş görme de "*sözleşme benzeri ilişki*" niteliği taşır[17]. Bu nedenle, iş sahibinin, TBK m. 531 uyarınca yapılan işe icazet vermesi mümkündür[18]. Bu durumda, taraflar arasındaki ilişkiye uygun düştüğü oranda vekalet sözleşmesinin hükümleri uygulanır.

Doktrinde bazı yazarlar, caiz olmayan gerçek vekaletsiz iş görmenin, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme teşkil ettiği görüşündedir[19].

---

11 EREN, s. 912; GÜMÜŞ, s. 225 - 226; SARUHAN, s. 49.

12 EREN, s. 908; ARKAN AKBIYIK, s. 15.

13 EREN, s. 908; GÜMÜŞ, s. 226; SARUHAN, s. 61.

14 EREN, s. 912; GÜMÜŞ, s. 226.

15 SARUHAN, s. 49; ARKAN AKBIYIK, s. 15.

16 ARKAN AKBIYIK, s. 15.

17 EREN, s. 908. Aksi yönde bkz. GÜMÜŞ, s. 226.

18 EREN, s. 913.

19 TANDOĞAN, s. 677; ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 667; BAŞ SÜZEL Ece / YASAN Candan, "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 22 (2), 2016, ss. 365-396, s. 366. Tartışma ve görüşler için bkz. BAŞ SÜZEL, s. 35 vd.

B. Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmenin Türleri ve Hukuki Niteliği

a. Kötüniyetli Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme

Kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, iş görenin, iş sahibine ait bir işi kötüniyetli olarak kendi veya üçüncü bir kişinin menfaatine (bencil amaç) görmesidir[20]. İş görenin, gördüğü işin hukuka aykırı olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması halinde kötüniyetli olduğu kabul edilir[21]. Menfaat devri yaptırımı, ancak kötüniyetin varlığı halinde söz konusu olabilir[22].

İş görenin, işi kısmen kendi, kısmen de iş sahibinin menfaatine görmesi halinde, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden söz edilemez[23]. Örneğin, komşusunun arazisindeki duvarın yıkılması halinde kendi arazisindeki ağaçları da zarar görecek olan bir kimse, yurt dışında olduğu için irtibat kuramadığı komşusunun verdiği bir yetki bulunmaksızın duvarı onarırsa, gördüğü iş - kısmen kendi menfaatine yapmış olsa da - gerçek vekaletsiz iş görmedir.

Kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, özellikle kişilik hakkı, fikri mülkiyet hakkı gibi mutlak hak ihlallerinde söz konusu olmaktadır[24]. Fikri mülkiyet hakkının (sözleşmede verilen yetkiler aşılarak yahut herhangi bir sözleşmeyle verilmiş bir yetki bulunmaksızın) ihlali, aynı zamanda bir haksız fiil teşkil eder[25]. Kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ise, haksız fiil benzeri bir fiildir[26].

---

20 EREN, s. 919 - 920; ARKAN AKBIYIK, s. 16; SARUHAN, s. 49.

21 EREN, s. 921; YÜKSEL, s. 65 - 66; AKSOY Hüseyin Can, "Vekaletsiz İş Görende İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı mıdır?", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/1, ss. 91 - 122, s. 106.

22 EREN, s. 920 - 921; YÜKSEL, s. 66; ARKAN AKBIYIK, s. 38 vd.

23 EREN, s. 919 - 920; AKSOY, s. 100.

24 EREN, s. 920.

25 Fikir ve sanat eserleri hukuku yönünden bkz. KILIÇOĞLU Ahmet M., **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020 ("Fikri Haklar"), s. 395 - 396; YAVUZ Levent / ALICA Türkay / MERDİVAN Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, 2. Cilt, s. 1881 - 1882. Marka hakkı yönünden bkz. TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 491, N. 5; ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KAYA Arslan / NOMER ERTAN N. Füsun, **Ticari İşletme Hukuku**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 514. Tasarım hakkı yönünden bkz. TEKİNALP, s. 714 - 715, N. 5. Patent hakkı yönünden bkz. TEKİNALP, s. 637, N. 5.

26 EREN, s. 921 - 922; YÜKSEL, s. 65.

Doktrinde bir görüş, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin, iş sahibinin TBK m. 531 uyarınca vereceği icazet ile caiz hale geleceği ve taraflar arasındaki ilişkiye uygun düştüğü oranda vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı yönündedir[27]. Katıldığım diğer görüşe göre ise, iş sahibinin gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye icazet vermesi mümkün değildir; ancak iş görene yöneltebileceği haklardan feragat etmesi mümkündür[28]. Zira gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş gören, iş sahibinin işini görme yerine kendi işini görme iradesi taşımaktadır. Vekalet sözleşmesi ise iş sahibinin işini görmeye ilişkindir. İş sahibinin menfaatine görülmemiş bir iş bakımından vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması mümkün olmamalıdır[29].

b. İyiniyetli Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme

İş görenin iş sahibine ait bir işi kendisini yetkili zannederek kendi menfaatine gördüğü hallerde iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme söz konusu olur[30]. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iyiniyet, başkasının hukuki alanına müdahale ettiğini bilmeme ve bilmek zorunda olmama halidir[31]. Kendisine ait olduğunu düşündüğü fakat aslında bir başkasına ait olan bir işi yapan kimsenin iyiniyetli olduğu söylenebilir[32]. Örneğin, maliki olduğunu zannederek aslında arkadaşına ait bir kitabı satan kişi, iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görendir[33].

İyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görenin bir menfaat sağlaması halinde, iş sahibi bunu sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep ede-

---

27 TANDOĞAN, s. 677; YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2014 s. 1370 - 1371; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 667; BAŞ SÜZEL, s. 141 - 142; KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, **Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 68 - 69; ÖZKAYA Eraslan, **Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 1070. Yargıtay da bu görüştedir: "*Bir paydaşın müşterek malı kendisi kullanmayıpta kiraya vermesi halinde durum başkadır. Öbür paydaş bu kira akdine rıza göstererek kendisine düşen kira payını kiraya veren paydaştan isteyebilir, icazet, kiraya veren paydaş tarafından yapılan vekaletsiz tasarrufu vekalete çevirir.*" Yargıtay HGK, E. 95-3, K. 89, T. 29.01.1964 (ÖZKAYA, s. 1119 - 1120'den naklen).

28 EREN, s. 928 - 929; GÜMÜŞ, s. 241; ARKAN AKBIYIK, s. 51 - 52.

29 EREN, s. 928 - 929; ARKAN AKBIYIK, s. 52.

30 GÜMÜŞ, s. 252; SARUHAN, s. 49.

31 EREN, s. 921.

32 EREN, s. 921.

33 AKSOY, s. 109 - 110.

bilir[34]. Söz konusu talep, menfaat devrine değil, uygun bir yararlanma ücretinin ödenmesine ilişkindir[35].

İyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bakımından menfaat devri yaptırımı söz konusu olmayacağından, bu çalışmanın devamında "*gerçek olmayan vekaletsiz iş görme*" tabiri, aksi belirtilmedikçe kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme anlamına gelecek şekilde kullanılacaktır.

2. Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmenin Unsurları

Doktrinde ağırlıklı olarak, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin aşağıda ele alınan dört unsuru üzerinde durulmaktadır. Bunlara ek olarak, hukuka aykırılık ve nedensellik bağını da birer unsur olarak kabul eden yazarlar da vardır[36].

A. İş Görme

İş görme, olumlu bir insan davranışıdır; maddi fiil veya hukuki işlem şeklinde ortaya çıkabilir[37]. Olumsuz bir eylem (yapmama fiili), iş görme teşkil etmez[38]. İş görenin işi bizzat görmeyip yardımcı kişiye gördürmesi de mümkündür[39].

Görülen iş, üçüncü bir kişi tarafından yapılabilecek nitelikte olmalıdır[40]. Görülen işin, iş sahibinin şahsen ifa etmek zorunda olduğu veya şahsına sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasına ilişkin olduğu hallerde vekaletsiz iş görme söz konusu olmaz[41]. Bizzat iş sahibi tarafından da yapılması hukuka uygun olmayan yahut üçüncü bir kişiye zarar vermeye yönelik eylemler de vekaletsiz iş görme oluşturmazlar[42].

---

34 GÜMÜŞ, s. 252. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı hakkında bkz. ARKAN AKBIYIK, s. 38 vd. Buna karşın, iş görenin kötüniyetli - iyiniyetli olmasına göre yapılan ayrımın yapay olduğu ve TBK m. 530'da somut bir temelinin bulunmadığı yönünde bkz. KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 60 ve 67.

35 GÜMÜŞ, s. 252.

36 Hukuka aykırılık ve nedensellik bağı hakkındaki tartışma ve görüşler için bkz. BAŞ SÜZEL, s. 54 vd.

37 EREN, s. 910; TANDOĞAN, s. 678; GÜMÜŞ, s. 227 - 228.

38 EREN, s. 910; TANDOĞAN, s. 678; ARKAN AKBIYIK, s. 26; BAŞ SÜZEL, s. 20 - 21.

39 EREN, s. 910; ARKAN AKBIYIK, s. 35; BAŞ SÜZEL, s. 28.

40 KILIÇOĞLU, s. 589.

41 KILIÇOĞLU, s. 589; ÖZKAYA, s. 1071.

42 TANDOĞAN, s. 678; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1360; ÖZKAYA, s. 1068.

B. Başkasına Ait Bir İşin, İş Görenin Menfaatine Görülmüş Olması

Vekaletsiz iş görmeden söz edebilmek için görülen işin başkasının (iş sahibinin) hukuki alanına ait olması gerekmektedir[43]. Diğer bir deyişle, iş görenin, iş sahibine ait bir hakkı kullanması, koruması veya onun bir yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir[44]. İş görenin kendisine ait bir işi görmesi, vekaletsiz iş görme teşkil etmez[45]. Ek olarak, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, iş gören, söz konusu işi kendi menfaatine görmektedir[46].

C. İş Görenin Vekaletsiz (Yetkisiz) Olması

Vekaletsiz iş görmede "*vekalet*" kavramı, TBK m. 502 vd. hükümlerinde düzenlenen vekalet sözleşmesinde olduğundan daha farklı bir anlamda, "*yetkisizlik*" anlamında kullanılmaktadır[47]. Vekaletin bulunmaması, işin görülmesini haklı gösteren yasal ya da sözleşmesel bir sebep bulunmaması anlamına gelir[48]. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede vekaletsizlik, hukuka aykırılık anlamına gelir[49].

D. Kötüniyet

TBK m. 530'da iş görenin iyiniyetli ya da kötüniyetli olmasından söz edilmese de doktrinde gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin unsurları arasında iş görenin kötüniyetli olması da sayılmaktadır[50]. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bakımından aranan "*kötüniyet*" unsuru - farklı kavramlar olsalar da - kusur ile benzerlik göstermektedir[51].

İş görenin, gördüğü işin başkasına ait olduğunu, dolayısıyla da hukuka aykırı olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması ve buna rağmen söz konusu işi yetkisiz biçimde kendi menfaatine görmesi halinde kötüniyetli olduğu kabul edilir[52]. Bilme veya bilebilecek durumda olma, ağır

---

43 EREN, s. 910; TANDOĞAN, s. 678.

44 EREN, s. 910.

45 EREN, s. 910; ARKAN AKBIYIK, s. 27.

46 EREN, s. 922; KILIÇOĞLU, s. 590; GÜMÜŞ, s. 244.

47 BAŞ SÜZEL, s. 29; ÖZKAYA, s. 1067, s. 1071 - 1072.

48 EREN, s. 922; GÜMÜŞ, s. 228.

49 EREN, s. 922 - 923; GÜMÜŞ, s. 245 - 246.

50 İş görenin kötüniyetinin bir unsur olarak aranıp aranmayacağı hakkındaki görüşler için bkz. ARKAN AKBIYIK, s. 35 vd.

51 Hakim görüşün bu yönde olduğu hakkında bkz. BAŞ SÜZEL, s. 45.

52 EREN, s. 921; GÜMÜŞ, s. 246; YÜKSEL, s. 65 - 66; ARKAN AKBIYIK, s. 38 vd.

kusura denk gelmektedir ve hafif ihmali dışlamaktadır[53]. Dolayısıyla, hafif ihmali sonucunda, gördüğü işin başkasına ait olduğunu bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan kişi bakımından menfaat devri yaptırımı uygulanmaz; iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede olduğu gibi, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmalıdır[54]. Ancak iadenin kapsamı, hafif ihmali olan iş görenin sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında kötüniyetli olup olmadığına göre belirlenmelidir[55].

İş görenin kötüniyetinden söz edilebilmesi ve TBK m. 530 uyarınca sorumlu tutulabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir[56]. Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin sorumluluğu, somut olayın şartlarına göre, haksız fiil hükümleri arasında düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu (TBK m. 65) ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine tespit edilmelidir[57].

Kötüniyet konusunda ispat yükünün kime ait olduğu tartışmalıdır. Bir görüş, iş görenin kötüniyetli olmadığını ispat yükü altında olduğu yönündedir[58]. İkinci görüşe göre, ispat yükü iş sahibine aittir ve iş görenin elde ettiği menfaati devralmak isteyen iş sahibi, iş görenin kötüniyetli olduğunu ispat etmelidir[59]. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin haksız fiil benzeri nitelik taşıdığı ve kötüniyet unsurunun kusur ile paralellik arz ettiği düşünüldüğünde, haksız fiil sorumluluğunda kusuru ispat yükünün zarar görene ait olmasından (TBK m. 50/1) hareketle, kanaatimce ikinci görüş daha isabetlidir.

3. Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmede Tarafların Borçları

A. İş Görenin Borçları

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş gören, iş sahibinin talebi üzerine elde ettiği menfaati devretmekle, bilgi ve hesap vermekle ve iş sahibinin uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür.

---

53 BAŞ SÜZEL, s. 46.

54 BAŞ SÜZEL, s. 46 ve 51.

55 BAŞ SÜZEL, s. 51.

56 ARKAN AKBIYIK, s. 42; BAŞ SÜZEL, s. 94. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin vekaletsiz iş gören olamayacağı hakkında bkz. TANDOĞAN, s. 681. İş görenin; görülen iş hukuki işlem ise hukuki işlem ehliyetine, maddi fiil ise haksız fiil sorumluluk ehliyetine sahip olması gerektiği yönünde bkz. KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 57.

57 BAŞ SÜZEL, s. 94; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 57; ÖZKAYA, s. 1089.

58 BAŞ SÜZEL, s. 53 vd.

59 EREN, s. 921.

a. Menfaat Devri

aa. Genel Olarak

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye bağlanan en önemli sonuç, iş sahibinin talebi üzerine, iş görenin, gördüğü iş sonucunda elde ettiği menfaatleri iş sahibine devretmekle yükümlü olmasıdır. Menfaat devri yaptırımı, cezalandırıcı ve caydırıcı niteliktedir[60].

TBK m. 530 kapsamındaki menfaat devri talebi, iş sahibinin yoksullaşmasından ve herhangi bir zarara uğramış olmasından bağımsızdır[61]. İş sahibi, herhangi bir zarara uğramamış dahi olsa TBK m. 530 uyarınca menfaat devrini talep edebilecektir. Benzer şekilde, iş sahibinin söz konusu menfaati elde etmeyi hiç tasarlamamış olması yahut elinden gelen çabayı sarf etmiş olsaydı dahi iş gören kadar yüksek değerde bir menfaat elde edemeyecek olması, iş görenin menfaati devretme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz veya söz konusu yükümlülüğün kapsamını daraltmaz[62].

bb. Devredilecek Menfaatin Kapsamı

TBK m. 530, iş sahibinin iş görmeden doğan faydaları edinme hakkından söz etmektedir. Ayrıca hükme göre, iş sahibi, zenginleştiği ölçüde iş görenin masraflarını ödemek ve onu giriştiği borçlardan kurtarmakla yükümlüdür. Diğer yandan iş gören, menfaati elde ettiği tarihten itibaren işlemek üzere faiz ödemekle yükümlüdür[63]. Bu açıklamalar doğrultusunda, iş görenin devretmekle yükümlü olduğu menfaatin kapsamı, iş görenin elde ettiği net kazançtır. Net kazanç, brüt kazanç ile faiz tutarlarının toplamından, masrafların çıkarılmasıyla ulaşılan tutardır[64].

Brüt kazanç, iş görenin malvarlığının iş görmeden önceki hali ile sonraki hali arasındaki farktır[65]. Brüt kazancın kapsamına, yalnızca iş görenin fiilen elde ettiği kazançlar girer. İş görenin iş görmesi sayesinde yapmaktan kurtulduğu masraflar menfaat devri istemine konu olamaz; somut olayın

---

60 BAŞ SÜZEL, s. 79.

61 ARKAN AKBIYIK, s. 48; BAŞ SÜZEL, s. 80; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 63; Yargıtay 3. H.D., E. 2004/13597, K. 2004/13907, T. 16.12.2004, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 19.05.2022).

62 ARKAN AKBIYIK, s. 48; BAŞ SÜZEL, s. 81; AKSOY, s. 108 - 109.

63 EREN, s. 926; BAŞ SÜZEL, s. 86.

64 EREN, s. 925.

65 EREN, s. 925; BAŞ SÜZEL, s. 87; YÜKSEL, s. 67.

koşullarına göre sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca ileri sürülebilecek taleplere konu olabilir[66].

Net kazanç hesaplanırken brüt kazançtan düşülecek masraflar, iş görenin malvarlığında meydana gelen azalmalardır[67]. Söz konusu masrafların kapsamına, iş görenin işi görürken katlanmış olduğu zorunlu ve faydalı masraf girer[68]. Örneğin, işin görülmesi için yapılan ödemeler, üçüncü kişilere borçlanmalar, brüt kazançtan mahsup edilebilecek kalemlerdendir[69]. İş görenin fiilen katlanmadığı, kendi becerisiyle yapmaktan kurtulduğu masraflar brüt kazançtan mahsup edilmez[70].

Net kazancı ispat yükü menfaat devrini talep eden iş sahibine aittir[71]. Net kazancın hesaplanmasında, aşağıda açıklanan[72] bilgi ve hesap verme yükümlülüğü kapsamında iş gören tarafından sağlanan bilgi ve kayıtlar önemli rol oynayacaktır. İş görenin söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, hakimin TBK m. 50 - 52 hükümleri uyarınca takdir yetkisini kullanarak ve bilirkişi aracılığıyla iş görenin devretmekle yükümlü olduğu miktarı belirleyebileceği kabul edilmektedir[73].

İş görenin elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar, menfaat devri kapsamında talep edilemez[74]. Menfaat devrinin kapsamı, iş görenin fiilen elde ettiği net

---

66 BAŞ SÜZEL, 82 vd. Buna karşın, *Eren*'e göre, iş görenin kayıplarının önlenmesi suretiyle yaptığı tasarruflar da brüt kazanca dahildir. EREN, s. 925.

67 ARKAN AKBIYIK, s. 53.

68 EREN, s. 926; YÜKSEL, s. 67 - 68. Bu husus, doktrinde tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. GÜMÜŞ, s. 249; ARKAN AKBIYIK, s. 54 - 54; BAŞ SÜZEL, s. 105 vd. Yargıtay'ın görüşü ise sökülüp alınması mümkün olmayan faydalı ve zorunlu masrafların talep edilebileceği yönündedir. "*Davacı kiracı, kiralanana yaptığı faydalı ve zorunlu giderlerden alınıp götürülmesi mümkün olmayan ve davalı kiraya veren tarafından benimsenenlerin yapıldıkları tarihler itibariyle bedellerini vekaletsiz iş görme hükümlerine göre isteyebilir. (TBK'un 530, BK.nun 414.md.) Yargıtayın yerleşik uygulamaları, kiracının kiralanana yaptığı faydalı ve zorunlu masrafların yapıldığı tarih itibariyle belirlenecek değerinden yıpranma payı düşülmek suretiyle elde edilecek değeri isteme hakkı olduğu yönündedir.*" Yargıtay 3. H.D., E. 2017/6313, K. 2020/3823, T. 02.07.2020, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 19.05.2022); Yargıtay 3. H.D., E. 2020/2198, K. 2020/3602, T. 29.06.2020, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 19.05.2022); Yargıtay 13. H.D., E. 2009/14275, K. 2010/7420, T. 31.05.2010, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 19.05.2022).

69 ARKAN AKBIYIK, s. 53.

70 ARKAN AKBIYIK, s. 54.

71 BAŞ SÜZEL, s. 89; YÜKSEL, s. 67; EREN, s. 926.

72 Bölüm I. 3. A. b.

73 ARKAN AKBIYIK, s. 48 - 49; BAŞ SÜZEL, s. 89 - 91.

74 EREN, s. 925; GÜMÜŞ, s. 247; YÜKSEL, s. 67.

kazançtır[75]. Öte yandan, tartışmalı bir husus olsa da, kanaatimce iş görenin elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar, özen yükümlülüğünün ihlal edilmesine bağlı bir zarar kalemi olarak tazminat talebine konu olabilmelidir. Bu konu aşağıda ele alınacaktır[76].

cc. Menfaat Devri Taleplerinde İlliyet Bağının Rolü ve Menfaat Devri Talebinin İleri Sürülemeyeceği Bazı Haller

İş görenin elde ettiği bir menfaatin iş sahibi tarafından TBK m. 530 uyarınca talep edilebilmesi için söz konusu menfaat ile iş görme arasında illiyet (nedensellik) bağı bulunmalıdır[77]. Söz konusu illiyet bağının mantıki illiyet bağı[78] mı, yoksa uygun illiyet bağı[79] mı olduğu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, TBK m. 530 kapsamında menfaat devrinin talep edilebilmesi için iş görme ile edinilen menfaat arasında mantıki illiyet bağının bulunması yeterlidir; ayrıca uygun illiyet bağının aranması gerekmez[80]. Bu görüşün hareket noktası, menfaat devri yaptırımının cezalandırıcı amaç taşıması ve sorumluluğun daha kapsamlı olması gerekliliğidir[81]. Anılan görüşü benimseyen *Baş Süzel*'in verdiği bir örneğe göre, bir işyerini alt-kiraya vermeye yetkili olmayan bir kiracının söz konusu işyerini, işyerinin karşısına yeni bir AVM kurulması nedeniyle yüksek bir bedelle alt-kiraya vermesi durumunda, uygun illiyet bağı aranırsa, kiraya verenin talep edebileceği menfaat, rayiç kira bedeli olacaktır[82]. Bu durumda da alt-kiraya veren kiracı, haksız olarak elde ettiği menfaati korumuş olacaktır. Anılan görüşün vardığı

---

75 BAŞ SÜZEL, s. 86.

76 Bölüm I. 3. A. c.

77 EREN, s. 926; GÜMÜŞ, s. 247; BAŞ SÜZEL, s. 80; YÜKSEL, s. 67.

78 Mantıki (tabii) illiyet bağı bakımından, mantık kurallarına göre sorumluluğa yol açan fiil veya olay ile zarar arasında neden - sonuç ilişkisinin kurulup kurulamadığı araştırılır. Mantıki illiyet bağı kuramı, sonuca etki eden her olayı ve fiili sebep olarak kabul ettiği ve adil olmayan sonuçlara yol açabileceği için sorumluluğun tespiti bakımından tek başına yeterli görülmemektedir. Mantıki illiyet bağı hakkında bkz. ANTALYA, Cilt V/1, 2, s. 278 - 279.

79 Hayat tecrübelerine göre, bir fiilin veya olayın, hayatın olağan akışında belli bir zararı meydana getirebileceği sonucuna objektif olarak varılabiliyorsa uygun illiyet bağından söz edilir. Uygun illiyet bağı hakkında bkz. OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, Cilt II, s. 49 vd.; ATAMER Yeşim M., **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta, İstanbul, 1996, s. 42 vd.

80 BAŞ SÜZEL, s. 80 - 81. *Moser*'in bu yöndeki görüşü için bkz. ARKAN AKBIYIK, s. 50 (*Arkan Akbıyık, Moser*'in görüşüne katılmamaktadır).

81 BAŞ SÜZEL, s. 80 - 81.

82 BAŞ SÜZEL, s. 81.

sonuç, iş görenin, kişisel becerisi yahut dış bir etki sonucunda normalde elde edebileceğinden çok daha yüksek bir menfaat elde etmesi halinde, bu menfaatin tamamının devredilmesi gerektiğidir.

Diğer görüşe göre, menfaat devrinin talep edilebilmesi için iş görme ile menfaat arasında aranması gereken illiyet bağı, uygun illiyet bağıdır[83]. Bu görüşe göre, mantıki illiyet bağının uygulanması aşırı, yanlış ve adaletsiz sonuçlara varabilecektir. Anılan görüşü savunanların verdiği bir örneğe göre, çaldığı para ile piyango bileti alan ve piyango satın almış olduğu bilete isabet eden bir hırsız, kazanılan ikramiyeyi devretmekle yükümlü olmamalıdır[84]. Zira bu örnekte şans unsuru, illiyet bağını kesmektedir[85]. Öte yandan, uygun illiyet bağının varlığını arayan görüş, iş görenin kişisel becerisiyle elde edilen menfaatlerin devredilmesi gerektiği konusunda, mantıki illiyet bağını yeterli gören görüşle aynı sonuca varmaktadır[86]. Genel kabule göre illiyet bağını ispat yükü iş sahibine aittir[87].

İş gören, işin görülmesi sırasında objektif bir hukuk kuralını ihlal ederek üçüncü kişilerin hakkını ihlal ederse, iş sahibi söz konusu kuralın ihlal edilmesi neticesinde elde edilen menfaatin kendisine devrini talep edemez[88]. Örneğin, iş sahibine ait bir malı hileli tartıda tartarak kendi menfaatine üçüncü kişilere satış yapan iş görenden, iş sahibi, yalnızca malların gerçek ağırlığına göre satılması sonucunda elde edilecek kazancın iadesini isteyebilir[89]. Zira malların hileli tartı kullanılarak satılması, iş sahibi tarafından yapılması halinde de hukuka aykırılık teşkil eder ve hukuk düzeni bu şekilde bir menfaat sağlanmasını himaye etmemelidir[90].

---

83 ARKAN AKBIYIK, s. 49 - 50.

84 ARKAN AKBIYIK, s. 50 - 51; UYGUR Turgut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, Cilt II, s. 2383. Karşı görüşte bkz. BAŞ SÜZEL, s. 65 - 66. *Baş Süzel*'e göre, bu örnekte, hırsız çaldığı parayı kendi parasının arasına karıştıracağından ve hırsızın piyango biletini hangi parayla aldığı ispat edilemeyeceğinden, artık paranın maliki hırsızdır ve bu örnekte ortada bir gerçek olmayan vekaletsiz iş görme yoktur.

85 ARKAN AKBIYIK, s. 50 - 51.

86 ARKAN AKBIYIK, s. 50 - 51.

87 EREN, s. 926; BAŞ SÜZEL, s. 63.

88 ARKAN AKBIYIK, s. 27; YÜKSEL, s. 68.

89 ARKAN AKBIYIK, s. 27.

90 ARKAN AKBIYIK, s. 27. Karşı yönde bkz. BAŞ SÜZEL, s. 25 - 27. *Baş Süzel*, bu yaklaşımı, elde edilen kazancın hileli tartı kullanılması sonucunda oluşan kısmının iş görende kalması sonucunu doğuracağı gerekçesiyle eleştirmiştir. Yazara göre, malları bu şekilde satın alan kişi, hak düşürücü süre içinde iptal hakkını kullanmamışsa, elde edilen tüm menfaat iş sahibine devredilmelidir. Kanaatimce kazancın hile sonucu elde edilen kısmını (zarar kalemi olarak)

İş görme sonucunda iş gören bir menfaat elde etmemişse, iş sahibi tarafından kendisine devredilmesi talep edilebilecek bir menfaat söz konusu olmayacaktır[91]. Benzer şekilde, görülen işin iş göreni bir masrafı yapmaktan kurtarması ve iş gören tarafından fiilen herhangi bir kazanç sağlanmamış olması halinde de aynı sonuca varılacaktır. Bu şekilde gerçekleşen masraftan kurtulmalar, koşulları mevcutsa, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade taleplerine konu olabilir[92].

Görülen işin iş görenin malvarlığı yerine doğrudan iş sahibinin malvarlığında bir artışa sebep olması durumunda, menfaat devri talebi ileri sürülemez. Örneğin, kiracının kiralanan arsa üzerinde kiraya verenin izni olmaksızın bina inşa etmesi halinde menfaat doğrudan doğruya arsanın maliki olan kiraya verenin malvarlığında gerçekleşmiştir[93]. Ancak izinsiz olarak inşa edilen binanın kiracı tarafından alt-kiraya verilmesi halinde, elde edilen kira bedellerinin TBK m. 530 uyarınca iş sahibine devredilmesi talep edilebilecektir.

Son olarak, iş gören tarafından elde edilen menfaatin bir kısmı iş sahibinin hukuki alanına müdahale edilmesinden, bir kısmı iş görenin hukuka aykırı olmayan eylemlerinden kaynaklanıyorsa, elde edilen menfaatin ne kadarının iş sahibinin hukuki alanına müdahalede bulunulmasından kaynaklandığı tespit edilmeli ve bu kısım menfaat devrine konu olmalıdır. Bu husus, doktrinde verilen iki örnekle somutlaştırılabilecektir. Birinci örnekte, ünlü bir roman yazarı, yeni yazdığı romanının kapağına, popüler bir kimsenin resmini izin almaksızın basmıştır ve roman satış rekoru kırmıştır. Bu durumda elde edilen gelirin tamamı, resmi romanın kapağına basılan kişiden kaynaklanmamıştır. O halde hakim, takdir yetkisini kullanarak bir tespit yapmalı ve elde edilen gelirin yalnızca bir kısmının resmi kapakta izinsiz olarak kullanılan kişiye devredilmesine hükmetmelidir[94]. İngiliz Yüksek Mahkemesi kararına konu olan ikinci örnekte ise, davalı, davacının tasarım

talep etme hakkı, aldatma hükümleri çerçevesinde, aldatılan tarafa aittir. İş görenin hileli davranış sonucu elde ettiği kısmı elinde bulundurmaya devam etmesinin hakkaniyete uygun olmadığında şüphe yoktur; ancak burada iş sahibi tarafından ileri sürülebilecek bir talep bulunmamaktadır. Zira iş görenin hukuka aykırı davranışından iş sahibi de bir menfaat sağlamamalıdır. Aldatılan kişinin sözleşmeyi onamış sayılmasına rağmen tazminat talep edebileceği de gözetildiğinde (TBK m. 39/2), *Arkan Akbıyık*'ın görüşü kanaatimce isabetlidir.

91 BAŞ SÜZEL, s. 83.

92 BAŞ SÜZEL, s. 82 vd.

93 BAŞ SÜZEL, s. 82 vd.

94 EREN, s. 925 - 926.

hakkını ihlal ederek ev inşa etmiştir ve davacı, bu şekilde satılan 14 evin satışından elde edilen net kazancın kendisine devrini talep etmiştir. Mahkeme, bu talebi kısmen haklı bulmuş ve söz gelimi davalının yaptığı çevre düzenlemeleri, reklam çalışmaları gibi unsurların da satış bedeline etki edeceğini ve bunlara ilişkin kısmın net kazançtan düşülmesi gerektiğini belirtmiştir[95].

dd. Taleplerin Yarışması ve Yığılması

Aynı fiil veya olay neticesinde ortaya çıkan sorumluluğun birden fazla hukuki sebebe dayandırılabildiği ve söz konusu sebeplerin birbirini dışlamaksızın uygulama alanı bulabildikleri hallerde taleplerin yarışmasından söz edilir[96]. Taleplerin yarışması halinde, talepte bulunmaya yetkili kişi, yarışan sebeplerden birine dayanabilir veya hakimden kendisine en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesini isteyebilir. Yarışan sebeplerden biri tercih edildikten sonra diğer hükmün artık uygulanmayacağı kabul edilmektedir[97].

Sorumluluğu doğuran fiil veya olay nedeniyle farklı nitelikteki taleplerin bir arada ileri sürülebilmesi halinde, taleplerin yığılması söz konusudur[98]. Örneğin, haksız fiil sebebiyle doğan maddi zarar ile manevi zararın tazmini talepleri bir arada ileri sürülebilir[99].

Yukarıda açıklandığı üzere, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, haksız fiil benzeri niteliktedir[100]. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme sonucunda zarar meydana gelmişse, iş görme eyleminin aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiği kabul edilebilecektir[101]. O halde, menfaat devri talebinin haksız fiilden doğan tazminat talepleri ile yarışıp yarışmadığı, diğer bir ifadeyle iş sahibinin iş görenden aynı zamanda hem tazminat hem de menfaat devri talep edip edemeyeceği incelenmelidir.

---

95 BAŞ SÜZEL, s. 88 - 89.

96 TOSUN Çağdaş, **Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (TBK m. 60)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2019, s. 55; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s. 306.

97 EREN, s. 14.

98 TOSUN, s. 54; SEROZAN Rona, **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 143.

99 TOSUN, s. 54.

100 Bölüm I. 1. B. a.

101 BAŞ SÜZEL, s. 250 - 251.

Doktrinde, menfaat devri talebi ile manevi tazminat ve fiili zararın[102] tazminine yönelik taleplerinin yığılacağı ve bir arada ileri sürülebilecekleri kabul edilmektedir[103]. Zira klasik görüşe göre manevi tazminatın fonksiyonu, maddi zararın giderilmesi değil; zarar görenin duyduğu acı, elem, ıstırabın giderilmesidir[104]. Fiili zarar bakımından ise, menfaat devri talebinin kapsamını oluşturan kazancın fiili zararı karşılamayacağı gerekçesinden hareket edilmektedir[105].

Yoksun kalınan kâra[106] ilişkin talep ile menfaat devri talebinin ise yarışacağı kabul edilmektedir[107]. Menfaat devri, yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan zarar kalemini de gidermektedir[108]. İş sahibinin, yoksun kaldığı kârı hesaplayamadığı veya ispat edemediği yahut yoksun kaldığı kârın iş görenin elde ettiği menfaatten daha az olduğu durumlarda menfaat devri yaptırımına başvurması daha elverişlidir.

İş gören ile iş sahibi arasında sözleşme bulunduğu ve iş görenin sözleşmeye aykırı davranarak gerçek olmayan vekaletsiz iş görme teşkil eden bir eylemi gerçekleştirmesi halinde[109], iş görenin eylemi hem borca aykırılık hem de gerçek olmayan vekaletsiz iş görme teşkil eder. Örneğin, kiracının kiralanan şeyi satıp kazanç elde etmesi hem sözleşmenin ihlali hem gerçek olmayan vekaletsiz iş görme oluşturur[110].

---

[102] Fiilen uğranılan maddi zarar, fiili zarar olarak adlandırılmaktadır. Fiili zararın, zarar görenin malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde çoğalma şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Fiili zararın kapsamına yoksun kalınan kâr dahil değildir. ANTALYA, Cilt V/1,2, s. 146 - 147; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 28.

[103] GÜMÜŞ, s. 251; ARKAN AKBIYIK, s. 63; BAŞ SÜZEL, s. 249 vd.

[104] OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s. 267; ANTALYA, Cilt V/1, 2, s. 209.

[105] ARKAN AKBIYIK, s. 63.

[106] Sorumluluğu doğuran olay nedeniyle hayatın olağan akışına göre elde edilmesi pek muhtemel bir kazançtan yoksun kalarak uğranılan maddi zarar, yoksun kalınan kâr olarak adlandırılmaktadır. Yoksun kalınan kâr, farazi bir değerlendirmeye göre belirlenir ve belirlenmesi zordur. Yoksun kalınan kâr hakkında bkz. ANTALYA, Cilt V/1, 2, s. 147 vd.

[107] GÜMÜŞ, s. 251; BAŞ SÜZEL, s. 251 - 252; ARKAN AKBIYIK, s. 63; HATEMİ Hüseyin, "Türk Hukuku'nda "Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme" Kurumuna İlişkin Düşünceler", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, ss. 383 - 389, s. 388.

[108] BAŞ SÜZEL, s. 251 - 252; ARKAN AKBIYIK, s. 63.

[109] Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin kapsamının mutlak hakların ihlaliyle sınırlı olmadığı, nispi hakların ihlal edilmesi halinde de gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olabileceği yönünde bkz. EREN, s. 920; GÜMÜŞ, s. 244 - 245; ARKAN AKBIYIK, s. 64.

[110] GÜMÜŞ, s. 245.

Sözleşmeye aykırılık ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin bir arada bulunduğu hallerde, taleplerin yığılması ve yarışmasına ilişkin yukarıda haksız fiil hakkında yapılan açıklamalarla benzer sonuca varılacaktır. Menfaat devri ile sözleşmeye aykırılığa dayalı manevi zararın ve fiili zararın tazmini talepleri yığılır; bunların bir arada ileri sürülmeleri mümkündür[111]. Menfaat devri talebi ile yoksun kalınan kâr talebinin ise yarışacağı kabul edilmektedir[112].

Taleplerin yığılmasına ve yarışmasına ilişkin tartışmanın fikri mülkiyet hakları bakımından özel bir önemi bulunmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, fikri mülkiyet haklarının ihlali haksız fiil niteliği taşımaktadır[113]. Kimi zaman fikri mülkiyet hakları, hak sahibiyle sözleşme yaparak fikri mülkiyet hakkını kullanmak üzere yetkilendirilen kişinin, verilen yetkiyi aşması sonucunda ihlal edilmektedir. Bu tür durumlarda, fikri mülkiyet hakkının ihlali hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil etmektedir[114].

Fikri mülkiyet haklarının ihlal edildiği hallerde, menfaat devri talebinin tazminat talebiyle bir arada ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Dolayısıyla, fikri mülkiyet haklarının ihlali bakımından TBK m. 530 uyarınca yukarıda yapılan açıklamalardan farklı sonuçlara varmak mümkündür. Bu konu ilerleyen bölümlerde daha detaylı incelenecektir[115].

Son olarak, menfaat devri talebinin sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebiyle yarışıp yarışmayacağı akla gelmektedir. Bu tartışma, sebepsiz zenginleşmenin ikincilliği, fakirleşmenin sebepsiz zenginleşmenin bir unsuru olarak kabul edilip edilmediği gibi tartışmaları beraberinde getirmektedir. Söz konusu tartışmalar bu çalışmanın kapsamını aşacağından işbu çalışmada ele alınmayacaktır[116].

Sebepsiz zenginleşme ve menfaat devri bakımından yalnızca bir hususa dikkat çekilecektir. Fikri mülkiyet haklarının ihlali halinde, ihlalde bulunan

---

[111] GÜMÜŞ, s. 251; ARKAN AKBIYIK, s. 65; BAŞ SÜZEL, s. 248 vd.

[112] GÜMÜŞ, s. 251; ARKAN AKBIYIK, s. 65.

[113] Bölüm I. 1. B. a.

[114] Örneğin, fikir ve sanat eserleri bakımından YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 1881; ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 617.

[115] Bölüm II. 3; Bölüm III. 3.

[116] Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s. 341 vd.; s. 351 vd.; ANTALYA, Cilt V/1, 2, s. 682 vd.; s. 692 vd.

tarafın zenginleşeceği ve makul bir lisans bedelinin sebepsiz zenginleşme kapsamında talep edilebileceği kabul edilmektedir[117]. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede menfaat devri talebi ise, iş görenin elde ettiği net kazanca ilişkindir. Bu nedenle iki talebin yarışacağı ve iş sahibinin bunlardan birini tercih etmesi gerektiği belirtilmektedir[118].

b. Bilgi ve Hesap Verme

Kanunda vekaletsiz iş görme bakımından açıkça öngörülmüş bir bilgi ve hesap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bakımından iş görenin iş sahibine bilgi vermekle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır. Katıldığım görüşe göre, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş görenin, iş sahibine bilgi ve hesap verme, işle bağlantılı belgeleri sunma yükümlülüğü bulunmaktadır[119]. Menfaat devrine konu olacak net kazancı ispat yükünün iş sahibine ait olduğu ve iş sahibinin iş görenin malvarlığında meydana gelen değişmeyi ispat etmesinin güçlüğü dikkate alındığında, iş görenin iş sahibine bilgi ve hesap vermekle yükümlü olması kanaatimce isabetlidir.

İş sahibi, iş görenin bilgi ve hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilir[120].

c. İş Sahibinin Zararlarını Tazmin Etme

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş görenin özen yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, başkasına ait bir işi kendi menfaatine gören bir kişiden özen göstermesini beklemek manasızdır[121].

Diğer bir görüşe göre, vekaletsiz iş görenin her türlü ihmalinden sorumlu olduğuna ilişkin TBK m. 527/1 hükmü gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumunda da uygulanabilir ve iş görenin özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle iş sahibinin bir zarara uğraması halinde, iş gören bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür[122]. Bu görüşe göre iş görenden beklene-

---

117 BAŞ SÜZEL, s. 256.

118 BAŞ SÜZEL, s. 256.

119 EREN, s. 927; GÜMÜŞ, s. 248; ARKAN AKBIYIK, s. 43 - 44; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 64 - 65; ÖZKAYA, s. 1077. Aksi görüşte, BAŞ SÜZEL, s. 70 vd.

120 ARKAN AKBIYIK, s. 44; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 64.

121 KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 65 vd. Ayrıca, ilgili görüş ve tartışmalar için bkz. ARKAN AKBIYIK, s. 44 vd. (yazar farklı görüştedir).

122 GÜMÜŞ, s. 248; ARKAN AKBIYIK, s. 44; BAŞ SÜZEL, s. 73 vd. *Eren*, özen yükümlülüğünden söz etmese de, iş gaspında bulunan iş görenin, iş sahibinin bu yüzden uğramış olduğu zararlardan TBK m. 527 uyarınca sorumlu olduğunu belirtmiştir. EREN, s. 927.

cek özen, görülen işin gerektirdiği vasıfları taşıyan, normal bir kişinin göstereceği özendir; işin gerektirdiği vasıfları taşımadığı halde işi gören kişiler verdikleri zararı tazmin etmekle yükümlüdür[123].

Kanaatimce bu tartışmanın önemi, iş görenin elde etmeyi ihmal ettiği kazançların iş sahibi tarafından talep edilip edilemeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Zira iş sahibi, manevi zarara veya fiili zarara uğraması halinde, özen yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmese dahi bu zararların tazminini haksız fiil hükümleri uyarınca - menfaat devri talebine ek olarak - talep edebilecektir.

Birinci görüşün benimsenmesi halinde, iş görenin elde etmeyi ihmal ettiği kazanç, menfaat devri talebinde bulunan iş sahibi tarafından talep edilemeyecektir[124]. İş görenin elde etmeyi ihmal ettiği kazanç, aynı zamanda iş sahibi bakımından yoksun kalınan kâr teşkil ediyorsa, iş sahibi bu zararını haksız fiil hükümlerine göre talep edebilir; ancak bu durumda - talepler yarışacağı için - menfaat devrini isteyemeyecektir[125].

İkinci görüş benimsenirse, menfaat devrini talep eden iş sahibinin, iş görenin elde etmeyi ihmal ettiği kazancı özen yükümlülüğünün ihlali temelinde talep edebileceği sonucuna varılacaktır[126].

Bu noktada, iş görenin elde etmeyi ihmal ettiği kazancın yoksun kalınan kâr kalemi olduğu ve menfaat devri talebiyle bir arada ileri sürülemeyeceği akla gelebilir. Fakat yoksun kalınan kâr bakımından, ihlal olmasaydı zarar görenin söz konusu kazancı elde edip edemeyeceğine bakılır. Elde edilmesi ihmal edilen kazançta ise "*iş gören özenli davransaydı bu kazancı elde edebilir miydi*" sorusuna yanıt aranır. Söz gelimi, zarar görenin söz konusu kazancı elde etmeyi tasarlamadığı veya isteseydi dahi elde edemeyeceği durumlarda, yoksun kalınan kârdan söz edilemeyecektir[127]. Fakat iş görenin normalde elde edebileceği kazancı gereken özeni göstermeyerek elde etmemiş olması yine de mümkündür. Dolayısıyla, iş görenin elde etmeyi ihmal

---

[123] ARKAN AKBIYIK, s. 45; BAŞ SÜZEL, s. 74 - 75.

[124] KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 66. Benzer yönde bkz. ARKAN AKBIYIK, s. 45.

[125] *ARKAN AKBIYIK*, her iki görüşe de katılmadığını belirtmekle birlikte, aynı sonuca varmaktadır. ARKAN AKBIYIK, s. 45 - 46.

[126] BAŞ SÜZEL, s. 76.

[127] DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 160. Yoksun kalınan kârdan söz edebilmek için, elde edilmesi çok muhtemel bir gelir bulunması ve bu gelirin zarara yol açan olay veya fiil neticesinde elde edilememiş olması gerekir. EREN (Borçlar Genel), s. 606 - 607; ANTALYA, Cilt V/1, 2, s. 147 vd.

ettiği kazanç, yoksun kalınan kâr talebinden farklıdır ve menfaat devri ile birlikte talep edilebilir[128]. Kanaatimce, vardığı sonuç bakımından, ikinci görüş daha isabetlidir.

İş gören, işi görmemiş olsaydı dahi beklenmedik hal nedeniyle zararın yine de meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir[129].

B. İş Sahibinin Borçları

TBK m. 530 uyarınca, iş sahibi, zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve onu giriştiği borçlardan kurtarmakla yükümlüdür. Hükmün lafzından hareketle, iş sahibinin masrafları ödeme ve iş göreni borçtan kurtarma şeklinde başlıca iki yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülükler, iş sahibinin menfaat devrini talep etmesi halinde doğar; iş sahibinin menfaat devri talebinde bulunmaması halinde iş sahibinin böyle bir yükümlülüğü bulunmayacaktır[130].

Bazı yazarlar, TBK m. 530'da açıkça düzenlenen bu iki yükümlülüğün dışında, iş görenin, iş sahibine ait bir eşyaya bütünleyici parça olarak yapmış olduğu eklemeleri söküp alma hakkı[131], alıkoyma hakkı[132] ve hapis hakkı[133] bulunduğu görüşündedir.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş gören, iş sahibinden ücret veya uğramış olduğu zararlar için tazminat talep edemez[134].

a. İş Görenin Yaptığı Masrafları Ödeme

TBK m. 530 uyarınca iş sahibi, zenginleştiği ölçüde iş görenin katlandığı masrafları ödemekle yükümlüdür. İş sahibinin bu yükümlülüğü, iş görenin

---

128 *Baş Süzel,* elde edilmesi ihmal edilen bir kazanç söz konusu olduğunda, ortada gerçek olmayan vekaletsiz iş görme temelinde talep edilebilecek bir yoksun kalınan kâr bulunduğu, söz konusu zararın temelinin haksız fiil değil, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olduğunu ve menfaat devri yaptırımına ek olarak talep edilebileceğini belirtmiştir. BAŞ SÜZEL, s. 76.

129 EREN, s. 927; ARKAN AKBIYIK, s. 46.

130 GÜMÜŞ, s. 248; ARKAN AKBIYIK, s. 53.

131 BAŞ SÜZEL, s. 119 vd.; ÖZKAYA, s. 1105 vd.

132 Tartışma ve görüşler için bkz. BAŞ SÜZEL, s. 126 vd.

133 Tartışma ve görüşler için bkz. BAŞ SÜZEL, s. 128 vd. (yazar, iş görenin hapis hakkı bulunmaması gerektiği görüşündedir. Aynı yönde, GÜMÜŞ, s. 250; UYGUR, s. 2383; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1369).

134 Tazminat yönünden EREN, s. 928; GÜMÜŞ, s. 250; BAŞ SÜZEL, s. 118 - 119; AKSOY, s. 108. Ücret yönünden GÜMÜŞ, s. 249; AKSOY, s. 108. Ücret yönünden aksi görüşte bkz. BAŞ SÜZEL s. 116; ÖZKAYA, s. 1105. İş görenin, uğramış olduğu zararın devredeceği menfaatten mahsup edilmesini talep edebileceği görüşü için bkz. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1369; TANDOĞAN, s. 683; UYGUR, s. 2383; YÜKSEL, s. 69 - 70.

iş görmesi sonucunda elde etmiş olduğu brüt kazançtan, katlandığı masrafların düşülmesi suretiyle yerine getirilir[135]. İş sahibinin masraf ödeme yükümlülüğünün üst sınırı, zenginleştiği miktardır[136].

b. İş Göreni Borçtan Kurtarma

TBK m. 530'un lafzı, iş sahibinin masrafları ödeme yükümlülüğüne ek olarak, iş göreni borçtan kurtarma yükümlülüğü bulunduğunu düzenlemektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, bu ayrımın nedeni, yükümlülüğün yerine getirilme yönteminin farklı olmasıdır[137]. Masraf ödeme yükümlülüğü, iş görenin katlanmış olduğu masrafların brüt kazançtan düşülmesiyle yerine getirilirken, borçtan kurtarma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için iş sahibinin doğrudan doğruya iş görenin borçlandığı üçüncü kişi konumundaki alacaklıya ödeme yapması gerekir[138]. Katıldığım diğer görüşe göre ise, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş sahibini bu tür bir yükümlülüğün altına sokmak isabetli değildir[139]. İş gören, iş görürken üçüncü kişilere karşı borçlanmışsa, bu borçların masraf kalemi olarak brüt kazançtan düşülmesi mümkündür[140]. Dolayısıyla kanunda düzenlenen borçtan kurtarma yükümlülüğünün, masraf ödeme yükümlülüğünün kapsamında yer aldığı kabul edilmelidir[141].

4. Zamanaşımı

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı talepler bakımından uygulanacak zamanaşımı süresi doktrinde tartışmalıdır. Ağırlıklı olarak, iş görenin talepleri ile iş sahibinin taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin farklı olduğu kabul edilmektedir.

Genel kabule göre, iş sahibinin talepleri, haksız fiillere ilişkin zamanaşımını düzenleyen TBK m. 72'nin kıyasen uygulanması sonucunda iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olmalıdır[142]. İki yıllık süre, iş sahibinin, iş

---

135 EREN, s. 927; GÜMÜŞ, s. 249; ARKAN AKBIYIK, s. 53 - 54; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 71.

136 ARKAN AKBIYIK, s. 53; TANDOĞAN, s. 683; YÜKSEL, s. 68; UYGUR, s. 2383.

137 ARKAN AKBIYIK, s. 55 - 56.

138 Söz konusu görüş için bkz. ARKAN AKBIYIK, s. 55 - 56 (yazar aksi görüştedir).

139 ARKAN AKBIYIK, s. 56; BAŞ SÜZEL, s. 117.

140 ARKAN AKBIYIK, s. 56; BAŞ SÜZEL, s. 117.

141 GÜMÜŞ, s. 249; ARKAN AKBIYIK, s. 56.

142 EREN, s. 923 - 924; TANDOĞAN, s. 683; ARKAN AKBIYIK, s. 59; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 79 - 80; ÖZKAYA, s. 1082. *Yavuz / Acar / Özen*, gerçek olmayan vekaletsiz iş gör-

göreni ve iş görenin elde ettiği menfaati öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır[143]. On yıllık süre ise işin görülmesinden itibaren başlar[144]. İş görme eylemi aynı zamanda sözleşmeye aykırılık teşkil ediyorsa TBK m. 146'da düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir[145].

Baş Süzel ise haklı olarak gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye haksız fiil zamanaşımı süreleri yerine TBK m. 146'da düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir[146]. Zira TBK m. 146 hükmü, kanunda aksine bir hüküm bulunmayan her alacak için geçerli olacak biçimde düzenlenmiştir ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı talepler bakımından kanunda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. 04.06.1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da BK m. 414'e (TBK m. 530) dayanan alacakların BK m. 125'te (TBK m. 146) düzenlenen on yıllık zamanaşımına tabi olduğuna hükmedilmiştir[147].

Doktrinde, iş görenin taleplerine, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımını düzenleyen TBK m. 82'ye kıyasen iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı kabul edilmektedir[148]. İki yıllık süre, iş sahibinin menfaatin devrini talep ettiği tarihten itibaren işlemeye başlar[149]. *Baş Süzel*'e göre ise iş görenin talepleri bakımından da TBK m. 146 uyarınca on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır[150].

---

meden doğan alacaklara uygulanacak zamanaşımının, TBK m. 72'ye ya da sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımını düzenleyen TBK m. 82'ye kıyasen iki yıl olduğu görüşündedir. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 1369.

143 ARKAN AKBIYIK, s. 59. *Eren*, iki yıllık sürenin, iş görenin müdahalesinin ve kazancın öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağı görüşündedir. Fakat TBK m. 72 uyarınca, iki yıllık sürenin başlangıcı olarak zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarih dikkate alınmalıdır. TBK m. 72 kıyasen uygulanacak olursa, kanaatimce iki yıllık zamanaşımının başlangıç tarihi olarak iş görenin müdahalesi değil, iş görenin kim olduğunun öğrenildiği tarih - elde edilen menfaatin yanı sıra - dikkate alınmalıdır. EREN, s. 924.

144 ARKAN AKBIYIK, s. 59.

145 EREN, s. 924.

146 BAŞ SÜZEL, s. 132 - 134.

147 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 15, K. 6, T. 04.06.1958, Resmi Gazete tarihi: 01.10.1958, www.resmigazete.gov.tr (erişim tarihi: 16.05.2022). Aynı yönde, Yargıtay 3. H.D., E. 2005/13142, K. 2005/14640, T. 29.12.2005, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 19.05.2022).

148 GÜMÜŞ, s. 250; ARKAN AKBIYIK, s. 60; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 80 - 81; ÖZKAYA, s. 1082.

149 ARKAN AKBIYIK, s. 60.

150 BAŞ SÜZEL, s. 134 vd.

II. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞ GÖRME

Fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı taleplerin incelenebilmesi için öncelikle FSEK'in parasal taleplere ilişkin sisteminin ortaya konulması ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı menfaat devri talebinin bu sistem içerisindeki yerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sonrasında gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin unsurları ve sonuçlarına bakılmalı; son olarak menfaat devri talebinin diğer parasal taleplerle ilişkisi irdelenmelidir.

1. FSEK'teki Parasal Taleplere Genel Bakış: Tazminat, Menfaat Devri ve Üç Kat Bedel Talebi

Fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahiplerinin, eserleri icra eden icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcılarının, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının ve radyo-televizyon kuruluşlarının hakları FSEK kapsamında korunmaktadır. Eser sahipleri, manevi (FSEK m. 14 - 17) ve mali (FSEK m. 20 - 25) haklara sahiptir. İcracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, film yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşlarına bağlantılı hak sahipleri denilmektedir. İcracı sanatçılar dışındaki bağlantılı hak sahiplerinin yalnızca mali hakları vardır; icracı sanatçıların ise hem mali hem manevi hakları vardır[151].

Mali veya manevi hakları ihlal edilen eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin açabileceği hukuk davaları FSEK m. 66 vd. hükümlerinde; tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davası olarak sayılmıştır[152]. Tecavüzün men'i davası, muhtemel tecavüzün önlenmesine ilişkindir ve herhangi bir parasal talep içermemektedir.

Tecavüzün ref'i davası, tecavüzün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasını hedefler[153]. Tecavüzün ref'ine karar verilebilmesi için davalının kusuru ve davacının zarara uğramış olması şart değildir[154].

---

[151] SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 122 - 127.

[152] Anılan davalar dışında hak sahiplerinin, eser sahipliğinin tespiti, tecavüzün tespiti gibi davaları açması da mümkündür.

[153] YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 1969.

[154] YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 1976; KILIÇOĞLU (Fikri Haklar), s. 417; VARLI Pelin, **Fikri Haklara Saldırı ve Üç Kat Tazminat Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 177 vd. Davalının kusurlu olmasının şart olmadığı FSEK m. 66/3'te de açıkça zikredilmiştir.

FSEK m. 66, tecavüzün ref'ine ilişkin genel hüküm niteliği taşımaktadır. FSEK m. 67'de manevi haklara tecavüz halinde tecavüzün ref'i bakımından özellik taşıyan bazı hususlar düzenlenmiştir. FSEK m. 68, mali haklara tecavüz edilmesi halinde ileri sürülebilecek ref taleplerine ilişkin özel hüküm niteliği taşımaktadır ve mali hakları ihlal edilen kişilere üç kat bedel talep etme imkanı vermektedir. Buna göre, mali hakları ihlal edilen hak sahibi, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya tespit edilecek rayiç bedelin üç katını talep edebilecektir[155]. Davalının üç kat bedeli ödemesiyle birlikte, taraflar arasında farazi bir sözleşme ilişkisi kurulmakta[156] ve davalının fiiline ilişkin hukuka aykırılık geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır[157].

FSEK m. 68 uyarınca üç kat bedel talep edilebilmesi için davalının kusurlu olması veya davacının zarara uğramış olması şart değildir[158]. Bu yö-

---

155 *Tekinalp*, esas olarak, taraflar arasında sözleşme bulunsaydı ödenecek ücretin üç katının ödenmesine hükmedilmesi gerektiği görüşündedir. Bu durum, hak sahibinin daha önce benzer sözleşmeler yapmış olması halinde mümkündür. Hak sahibi daha önce bu tür bir sözleşme yapmamışsa, o halde rayiç bedelin üç katı hesaplanmalıdır. TEKİNALP, s. 318 - 319, N. 51. Yargıtay'ın da benzer yönde bir kararı bulunmaktadır. "*davaya konu kitabın, lisans yetkisinin genişletilmesi suretiyle, davalılarca izinsiz olarak dağıtımının yapılması nedeniyle maddi tazminat bedelinin öncelikle, varsa emsal sözleşmelerde tespit edilen bedel üzerinden, emsal olabilecek sözleşme yoksa fiktif olarak tespit edilecek piyasa rayici üzerinden belirlenmesi ve bu yöntemle belirlenecek miktarın talep doğrultusunda 3 katına hükmedilmesi gerekmektedir.*" Yargıtay 11. H.D., E. 2018/5073, K. 2019/6260, 07.10.2019, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 19.06.2022). Buna karşın *Alıca*, varsayımsal sözleşme bedeli ile rayiç bedel yöntemleri arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmadığı ve bunların birbirlerine alternatif olmadığı görüşündedir. Bu görüşe göre rayiç bedel yöntemi, umuma açık mahallerde kullanım ve yayın bedelinin söz konusu olabileceği temsil ve umuma iletim haklarının ihlaline özgüdür; varsayımsal sözleşme bedeli ise FSEK m. 41 ve 43 hükümlerine göre belirlenmiş rayiç bedel bulunmadığı haller ile bu maddeler dışında gerçekleşen kullanımlar yönünden uygulanabilecektir. ALICA, YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2070.

156 TEKİNALP, s. 319, N. 52; EREL Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 340; BOZBEL Savaş, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, XII Levha, İstanbul, 2012, Lexpera veri tabanı, s. 557; ERDİL Engin, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kısa Şerhi**, XII Levha, İstanbul, 2021, s. 303; Yargıtay 11. H.D. E. 2016/11693, K. 2018/4232, T. 04.06.2018, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 25.05.2022); Yargıtay 11. H.D., E. 2016/8453, K. 2018/1740, T. 07.03.2018, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 25.05.2022); Yargıtay 11. H.D., E. 2003/11539, K. 2003/10196, T. 31.10.2003, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 25.05.2022). Aksi görüşte, SARIKAYA Murat, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine İnceleme", **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 2, 2019, ss. 59 - 90, s. 72.

157 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2081; VARLI, s. 202. Aksi görüşte, YASAMAN Hamdi, "Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt 1, İstanbul, 2002, ss. 805 - 819 ("Fikri Haklarda Tazminat"), s. 811.

158 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2085; VARLI, s. 209; ERDİL, s. 300, s. 302; SARIKAYA, s. 69. Kusur yönünden, TEKİNALP, s. 319, N. 55; SULUK / KARASU / NAL,

nüyle, üç kat bedel talebi tazminat niteliği taşımamaktadır[159]. Üç kat bedele hükmedilebilmesi için davalının herhangi bir menfaat elde edip etmediğine de bakılmadığından, üç kat bedel talebi menfaat devrine ilişkin de değildir. Doktrinde, üç kat bedel talebinin medeni hukuk cezası niteliği taşıdığı kabul edilmektedir[160]. Yargıtay HGK da güncel bir kararında üç kat bedel talebini "*mütecavizi caydırmaya yönelik kanuni bir ceza*" olarak nitelendirmiştir[161].

FSEK m. 70'in birinci ve ikinci fıkraları, mali ve manevi hakların ihlali halinde ileri sürülebilecek tazminat taleplerine ilişkindir. Mali veya manevi haklardan herhangi birinin ihlal edilmesi halinde hem maddi tazminat hem de manevi tazminat talep edilmesi mümkündür[162]. FSEK m. 70/1 ve m. 70/2 kapsamında tazminat talep edilebilmesi için fiil, hukuka aykırılık, zarar, kusur ve uygun illiyet bağı bulunmalıdır[163]. Maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkabilir[164].

FSEK m. 70/3 hükmü, hakları ihlal edilen kişilerin, temin edilen kârın kendisine verilmesini talep edebileceğini düzenlemektedir. Söz konusu hü-

---

s. 139; "*FSEK.nun 68/f.1 maddesi hükmüne dayanarak tazminat talep ettiğine ve bu madde hükmünde mali haklara tecavüzde bulunanların tazminatla sorumlu tutulabilmeleri için kusur şart edilmemiş olduğundan ...*" Yargıtay 11. H.D., 2002/8451, K. 2003/791, T. 27.01.2003, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 23.05.2022). Zarar yönünden aksi görüşte, EREL, s. 340.

159 TEKİNALP, s. 319, N. 53; VARLI, s. 209; BOZBEL, s. 555. Buna karşın Yargıtay, birçok kararında üç kat bedel talebini "*telif tazminatı*" olarak adlandırmaktadır. Örn. Yargıtay HGK, E. 2017/62, K. 2019/145, T. 14.02.2019, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 21.05.2022); Yargıtay 11. H.D., E. 2015/9439, K. 2015/12193, T. 18.11.2015, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 21.05.2022); Yargıtay 11. H.D., E. 2005/166, K. 2006/330, T. 20.01.2006, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 21.05.2022).

160 TEKİNALP, s. 319, N. 53; YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2085; BOZBEL, s. 555; SARIKAYA, s. 71; NOMER Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 273.

161 Yargıtay HGK, E. 2019/474, K. 2020/26, T. 16.1.2020, Lexpera veri tabanı (erişim tarihi: 23.05.2022).

162 TEKİNALP, s. 327, N. 84, s. 333, N. 98; SULUK / KARASU / NAL, s. 141; GÜNEŞ İlhami, **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 162.

163 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2192 - 2199, s. 2213; EREL, s. 345 - 348. Buna karşın, manevi hakların ihlali halinde manevi tazminat talebinin mütecavizin kusurlu olmasına bağlı olmadığı görüşü için bkz. TEKİNALP, s. 328 - 329, N. 89; Yargıtay HGK, E. 2003/260, K. 2003/271, T. 02.04.2003, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 23.05.2022). Anılan görüşün eleştirisi ve kusurun aranması gerektiği hakkında bkz. İNCEOĞLU M. Murat / TOSUN Yalçın, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu ile İlişkisi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 28(3), 2012, ss. 75 - 116., s. 91 vd.

164 ÖZTAN, s. 677; TEKİNALP, s. 333 - 334, N. 98; AYİTER Nûşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, S Yayınları, Ankara, 1981, s. 262.

küm, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin özel bir görünümüdür[165]. Hüküm, ilerleyen kısımlarda daha detaylı olarak incelenecektir.

2. FSEK Kapsamında Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmenin Unsurları ve Sonuçları

FSEK m. 70/3 hükmü uyarınca "*tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de istiyebilir. Bu halde 68'inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.*"

Öncelikle, FSEK kapsamındaki gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin şartları, genel hüküm niteliğindeki TBK m. 530 ile karşılaştırmalı olarak incelenmelidir. TBK kapsamında gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin unsurları arasında sayılan "*iş görme*", "*başkasına ait bir işin, iş görenin menfaatine görülmüş olması*" ve "*iş görenin vekaletsiz olması*" hususlarının, FSEK'teki düzenlemeler bakımından da geçerli olduğu söylenebilecektir.

İhlalde bulunan kişinin hak sahibinin mali veya manevi haklarını ihlal eder nitelikteki davranışı[166], iş görme teşkil eder. İhlalde bulunan kişi, hak sahibinin hukuki alanına müdahale etmekte ve söz konusu müdahaleyi kendisinin veya üçüncü bir kişinin menfaatine gerçekleştirmektedir. İhlal teşkil eden davranış, hak sahibi tarafından verilen yetkinin dışına çıkılması şeklinde veya hak sahibi tarafından herhangi bir yetki verilmediği hallerde ortaya çıkabilir. Her iki ihtimalde de ihlalde bulunan kişinin - ihlal oluşturan eylem bakımından - vekaletsiz (yetkisiz) olduğu kabul edilmelidir.

FSEK m. 70/3 kapsamında menfaat devri talep edilebilmesi için ihlalde bulunan kişinin kötüniyetli - dolayısıyla kusurlu[167] - olmasının aranıp aranmayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ihlalde bulunan kişinin kötüniyetli - diğer bir deyişle kusurlu - olması gerekir[168]. Doktrinde ağırlıklı

---

165 TEKİNALP, s. 334, N. 99; EREL, s. 349; ARKAN AKBIYIK, s. 84; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 125; SARIKAYA, s. 79.

166 FSEK m. 70/3'ün hem mali hem de manevi hakların ihlali halinde uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. TEKİNALP, s. 334, N. 99; EREL, s. 349; SARIKAYA, s. 79.

167 Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede kötüniyet kavramının kusur ile benzerlik gösterdiği hakkındaki açıklamalar için bkz. Bölüm I. 2. D.

168 BAŞ SÜZEL, s. 294 - 295; ARKAN AKBIYIK, s. 85; ARSLANLI Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954, s. 221 YILDIZ Kübra, "SMK Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak FSEK Kapsamında Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, 2020, ss. 154 - 174, s. 155, 1 numaralı dipnot.

olarak benimsenen ikinci bir görüşe göre, menfaat devri talebinde bulunulması için mali veya manevi hakları ihlal eden kişinin kötüniyetli - kusurlu - olması şart değildir[169]. İkinci görüşü savunan bazı yazarlar, başkasının mali ve manevi haklarını ihlal eden kişinin tecavüz nedeniyle elde etiği kârın kötüniyetli olmadığı gerekçesiyle yanına bırakılmaması ve hiç değilse ispat yükünün yer değiştirerek ihlalde bulunan kişinin kötüniyetli olduğunun varsayılması gerektiği gerekçesinden hareket etmektedir[170]. Keza iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş göreni korumak niyetinde olan bir kanun koyucunun, kusur şartı aranmaksızın üç kat bedel talebine imkan veren FSEK m. 68 hükmünü de mevcut şekliyle düzenlemeyeceği ifade edilmektedir[171].

FSEK m. 70/3 bakımından, TBK m. 530 kapsamında yapılan açıklamalara paralel olarak, işin görülmesi ile elde edilen menfaat arasında illiyet bağı bulunması gerektiği kabul edilmektedir[172]. Ayrıca, FSEK kapsamında menfaat devri talep edilebilmesi için hak sahibinin zarara uğramış olması veya yoksullaşması aranmamaktadır[173]. Zarar şartına bağlı olmadığından, menfaat devri talebi tazminat niteliği taşımamaktadır[174]. Benzer şekilde, zararın hesaplanma yöntemi olarak da kabul edilemez[175].

TBK m. 530 kapsamında gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin sonuçları hakkındaki açıklamalar, FSEK kapsamında gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bakımından da geçerlidir[176]. FSEK m. 70/3'ün en önemli sonucu, hak sahibinin ihlalde bulunan kişiden, elde ettiği menfaatin kendisine devrini

---

[169] TEKİNALP, s. 335, N. 99; EREL, s. 349; AYİTER, s. 263; YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2216; ÖZTAN, s. 677 - 680; KILIÇOĞLU (Fikri Haklar), s. 425; VARLI, s. 55; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 132; ERDİL, s. 324; YASAMAN, s. 816 (Fikri Haklarda Tazminat); BOZBEL, s. 581 - 582; SARIKAYA, s. 80; KÜÇÜKALİ Canan, **Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 67; BAŞPINAR Veysel / KOCABEY Doğan, **İnternette Fikrî Hakların Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 271; DALYAN Şener, **Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 248.

[170] TEKİNALP, s. 335, N. 99; ÖZTAN, s. 680; BOZBEL, s. 582.

[171] KÜÇÜKALİ, s. 68.

[172] KÜÇÜKALİ, s. 65; BAŞ SÜZEL, s. 296; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 132.

[173] KÜÇÜKALİ, s. 63; VARLI, s. 51; TEKİNALP, s. 334, N. 99; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 133.

[174] TEKİNALP, s. 334, N. 99; ÖZTAN, s. 677 - 678.

[175] TEKİNALP, s. 334, N. 99; ÖZTAN, s. 677 - 678; BAŞ SÜZEL, s. 294; BOZBEL, s. 581. Alman kanununda (*UrhG*) ise menfaat devri, tazminatın takdirinde göz önünde tutulması gereken bir unsur olarak düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. KILIÇOĞLU (Fikri Haklar), s. 424; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 121 - 122.

[176] Söz konusu açıklamalar için bkz. Bölüm I. 3.

talep edebilmesidir. Hak sahibinin talep edebileceği ve ihlalde bulunanın devretmekle yükümlü olduğu menfaat, net kazançtır[177]. Net kazancı ispat yükü hak sahibine aittir[178].

Mali veya manevi hakları ihlal eden kişinin (iş görenin) özen yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve elde etmeyi ihmal ettiği kazançların hak sahibi tarafından talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ihlalde bulunan kişinin elde etmeyi ihmal ettiği kazançtan sorumlu olması söz konusu olamaz[179]. Diğer görüşe göre, hak sahibi ihlalde bulunan kişinin elde etmeyi ihmal ettiği kazancı da talep edebilir[180].

FSEK m. 70/3'ün lafzı, "*temin edilen kârın*" talep edilmesinden söz ettiğinden, fiilen elde edilen menfaatin devredilmesi gerekir[181]. Öte yandan, ihlalde bulunan iş görenin özen borcunun bulunduğu kabul edilirse, elde etmeyi ihmal ettiği kazançlardan ötürü tazmin yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna varılır[182]. *Arslanlı*, haklı olarak, borçlar hukukunda iş sahibinin hal ve vaziyete göre beklenebilen muhtemel kârın tazminini de talep etme hakkının bulunduğunu, FSEK'in de hak sahibini genel hükümlerin tanıdığı bir imkandan mahrum bırakmasının mümkün olmadığını belirtmiştir[183]. Bu tartışma, özellikle iş görenin kazancı kayıt dışı yöntemlerle elde ettiği, elde edilen gerçek kazancın ticari defter ve kayıtlardan tespit edilemediği durumlarda özellik taşır[184]. Özen yükümlülüğünün bulunduğunun kabul edilmesi, buna benzer olumsuz sonuçların önlenmesini de sağlayacaktır.

Son olarak, FSEK'te gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin taleplere uygulanacak zamanaşımı süreleri hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle FSEK m. 70/3'e dayalı talepler, TBK m. 530 kapsamında gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin tabi olduğu zamanaşımı sürelerine tabidir. Doktrindeki genel kabule göre, FSEK m. 70/3'e dayalı

---

177 BAŞ SÜZEL, s. 296 - 297; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 131; Yargıtay 11. H.D., E. 2014/127, K. 2014/7331, T. 14.04.2014, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 23.05.2022). Net kazancın hesaplanması hakkında bkz. Bölüm I. 3. A. a.

178 VARLI, s. 53. Ayrıca bkz. Bölüm I. 3. A. a. bb.

179 KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 132; VARLI, s. 53.

180 BAŞ SÜZEL, s. 296; BOZBEL, s. 582.

181 BAŞ SÜZEL, s. 296.

182 Tartışmalar için bkz. Bölüm I. 3. A. c.

183 ARSLANLI, s. 220 - 221. Aynı yönde, ÖZTAN, s. 677.

184 *Küçükali*, bu gibi durumlara karşı kanunda değişiklik yapılmasını ve elde edilmesi muhtemel kazancın talep edilebileceğinin açıkça düzenlenmesini önermektedir. KÜÇÜKALİ, s. 71.

taleplere TBK m. 72'de düzenlenen iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır[185]. Ancak yukarıda açıklandığı üzere Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin TBK m. 146 kapsamında on yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönündedir[186].

3. Menfaat Devri Talebinin Tazminat ve Üç Kat Bedel Talepleriyle İlişkisi

FSEK m. 70/3'ün lafzında, "*tecavüze uğrıyan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de*" isteyebileceği ve bu durumda 68. madde uyarınca talep edilen bedelin indirileceği düzenlenmiştir. O halde, FSEK kapsamındaki menfaat devri talebinin m. 70/1 ve m. 70/2'de düzenlenen tazminat talepleriyle yarışma ve yığılma ilişkisinin ve 68. madde uyarınca talep edilen bedelin devredilecek menfaatten indirilmesi hususunun özel olarak incelenmesi gerekmektedir.

Hükmün lafzındaki "*tazminattan başka*" ifadesinin, "*tazminat yerine*" mi yoksa "*tazminata ek olarak*" anlamı mı taşıdığı hükümden net olarak anlaşılamamaktadır. Doktrindeki görüşler incelendiğinde, FSEK kapsamındaki menfaat devri talebinin tazminat talepleriyle ilişkisinin, TBK m. 530 kapsamında yapılan açıklamalara paralel nitelikte olduğu söylenebilecektir[187].

Manevi tazminat talebiyle menfaat devri talebi yığılacağından, bir arada ileri sürülmeleri mümkündür[188]. Benzer şekilde, ihlal sonucunda ortaya çıkan fiili zararın tazmini talebiyle menfaat devri talebi bir arada ileri sürülebilir[189].

---

185 TEKİNALP, s. 335, N.99; ÖZTAN, s. 679 - 680; KÜÇÜKALİ, s. 72 - 73; BOZBEL, s. 583.

186 Bölüm I. 4. Buna karşın, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2006 tarihli bir kararında, FSEK m. 70/3'e dayanan talepler hakkında haksız fiile ilişkin zamanaşımının uygulanacağına hükmetmiştir. Yargıtay 11. H.D., E. 2005/163, K. 2006/83, T. 16.01.2006, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 23.05.2022).

187 Söz konusu açıklamalar için bkz. Bölüm I. 3. A. a. dd.

188 TEKİNALP, s. 334, N. 99; ÖZTAN, s. 678; ARKAN AKBIYIK, s. 85 - 86; KÜÇÜKALİ, s. 69; YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2216; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 139; DALYAN, s. 248; BOZBEL, s. 583.

189 ARKAN AKBIYIK, s. 86; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 139; KÜÇÜKALİ, s. 69. *Tekinalp* ve *Öztan*, zararın hem fiili zarar hem de yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkması halinde, her ikisinin de tazminini talep eden hak sahibinin artık menfaat devri talep edemeyeceği görüşündedir. TEKİNALP, s. 334; N. 99; ÖZTAN, s. 678. Kanaatimce bu durum, tazminat talebinin içerisinde yoksun kalınan kâr kalemlerinin de bulunmasından kaynaklanmaktadır. Fiili zararın tazmini talebinin menfaat devri talebine ek olarak ileri sürülmesinde herhangi bir sakınca bulunmamalıdır.

Ancak mali ve manevi hakların ihlal edilmesi halinde zararın pek çok kez yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkacağını belirtmek gerekir[190]. Yoksun kalınan kâr talebiyle menfaat devri talebi yarışacağından, hak sahibi bunlardan yalnızca birini ileri sürebilecektir[191].

FSEK m. 70/3 uyarınca ileri sürülecek menfaat devri talebi, FSEK m. 68'de düzenlenen üç kat bedel talebiyle de birleşebilir[192]. Hak sahibinin FSEK m. 68 uyarınca üç kat bedel ve FSEK m. 70/3 uyarınca menfaat devrini bir arada talep etmesi halinde, m. 68 uyarınca talep edilen bedel devredilecek menfaatten indirilir (FSEK m. 70/3 c. 2).

FSEK m. 70/3'ün son cümlesinde indirileceği belirtilen "*68'inci madde uyarınca talep edilen bedel*"in m. 68'de düzenlenen bedellerden hangisi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, bunun 2. fıkrada düzenlenen, izinsiz çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltmaya yarayan araçların hak sahibine devredilmesini sağlamak amacıyla ihlal edilene ödenen, üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel olduğu yönündedir[193]. İkinci görüşe göre, indirilecek bedel, üç kat olarak ödenmesine hükmedilen bedeldir[194]. Üçüncü bir görüşe göre ise indirilecek bedel, davacının tercihine göre nüsha ve araçların devri bedeli veya üç kat bedeldir[195]. Yargıtay'ın uygulaması ikinci görüşle aynı doğrultudadır[196]. Hatta Yargıtay'ın bazı kararlarında, FSEK m. 68 uyarınca belirlenen bedel ile ihlalde bulunan kişinin elde ettiği menfaatten hangisi yüksekse o miktarın ödenmesine hükmedilmiştir[197].

---

190 AYİTER, s. 262.

191 TEKİNALP, s. 334; N. 99; ÖZTAN, s. 678; ARKAN AKBIYIK, s. 86; KÜÇÜKALİ, s. 69; DALYAN, s. 248. Buna karşın, *Kılıçoğlu Yılmaz*, m. 70/3 hükmünün yalnızca fiili zararın tazmin edileceği yönünde bir sınırlama içermediğini, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr ayrımı yapılmaksızın hak sahibinin hem bu zararlarının tazminini hem de menfaatin devrini talep edebileceği görüşündedir. KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 141.

192 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2217.

193 TEKİNALP, s. 335, N. 99; ÖZTAN, s. 679; YILDIZ, s. 163.

194 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2216 - 2217; KÜÇÜKALİ, s. 70; KILIÇOĞLU (Fikri Haklar), s. 425; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 136 - 137; BAŞ SÜZEL, s. 297, 1292 numaralı dipnot; SARIKAYA, s. 81, 94 numaralı dipnot.

195 EREL, s. 349; ERDİL, s. 324; BOZBEL, s. 581; DALYAN, s. 249.

196 Yargıtay 11. H.D., E. 2003/4292, K. 2003/11261, T. 01.12.2003 (YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2230'dan naklen).

197 VARLI, s. 56; KÜÇÜKALİ, s. 70; BAŞPINAR / KOCABEY, s. 271. "*Mahkemece, ... temin edilen kar ile telif tazminatının birlikte istenmesi durumunda ise, bunlardan yalnızca birinin tahsiline karar verilebileceği, temin edilen kar miktarının ise 185,00.-TL olarak belirlendiği, şu hale göre temin edilen kar miktarı, telif tazminatı miktarından fazla olduğundan, yalnızca*

Bu tartışmada, nüsha ve araçların devri için ödenen bedelin hak sahibi tarafından ihlal eden kişiye ödendiği; bir veya üç kat bedelin ise ihlalde bulunan kişi tarafından hak sahibine ödendiği unutulmamalıdır[198]. Dolayısıyla nüsha ve araçların devri için hak sahibi tarafından ödenen bedelin hak sahibine devredilecek menfaatten düşülmesi hükmün amacına uygun düşmeyecektir. Birinci görüşü savunan yazarların hareket noktası, devredilecek menfaatten üç kat bedelin indirilmesi halinde hak sahibinin kalan tutarla yetinerek zarara uğrayacak olması; nüsha ve araçların devir bedelinin indirilmesi halindeyse böyle bir tehlikenin bulunmamasıdır[199]. Fakat üç kat bedelin indirileceğinin kabul edilmesi halinde, hak sahibi üç kat bedeli FSEK m. 68 uyarınca zaten elde edeceğinden, devredilecek menfaat tutarı ile üç kat bedel arasındaki farkla yetinmek zorunda kalmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, ihlalde bulunan kişi üç kat bedeli aşan bir kazanç elde ettiyse, hak sahibi hem üç kat bedeli hem de üç kat bedeli aşan kazancı talep edebilecektir. Bu nedenle de devredilecek menfaat tutarından üç kat bedelin indirilmesi halinde hak sahibinin zarara uğraması söz konusu değildir. Hak sahibinin hem FSEK m. 68 uyarınca üç kat bedeli hem de bundan bağımsız olarak ihlalde bulunan kişinin elde ettiği menfaatin tamamını talep etmesine imkan tanınırsa, ödemede tekerrür meydana gelecektir[200]. Kaldı ki FSEK m. 68 uyarınca üç kat bedelin ödenmesi halinde farazi bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacağından, ihlalde bulunan kişinin mali hakları kullanabilmek üzere ödediği üç kat bedelin, net kazanç hesaplanırken brüt kazançtan indirilecek bir masraf kalemi olarak kabul edilmesi kanaatimce mümkündür[201].

Sonuç olarak, mali veya manevi hakları ihlal eden kişi FSEK m. 68 uyarınca ödenecek bedelin üzerinde bir kazanç elde ettiyse, bunun FSEK m. 70/3 uyarınca hak sahibine devredilmesi sağlanabilecektir[202].

---

temin edilen karın hüküm altına alınmasının mümkün bulunduğu ... gerekçesiyle ... karar verilmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün (ONANMASINA), 25.02.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Yargıtay 11. H.D., E. 2008/11423, K. 2010/2165, T. 25.02.2010, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 23.05.2022). Aynı yönde, Yargıtay 11. H.D., E. 1997/1850, K. 1997/2313, T. 31.03.1997, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 23.05.2022).

198 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2216 - 2217; BAŞ SÜZEL, s. 297, 1292 numaralı dipnot.

199 TEKİNALP, s. 335, N. 99; ÖZTAN, s. 679.

200 KÜÇÜKALİ, s. 70.

201 Benzer yönde bkz. KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 136 - 137.

202 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt II, s. 2217.

III. SMK KAPSAMINDA GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞ GÖRME

1. Genel Olarak

Marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı modellere ilişkin haklar (sınai mülkiyet hakları) SMK kapsamında korunmaktadır. Sınai hakların ihlal edilmesi halinde sınai hak sahibi tarafından ileri sürülebilecek talepler SMK m. 149 - 151 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu talepler arasında tazminat da yer almaktadır. SMK m. 150/1 uyarınca, sınai mülkiyet hakkına tecavüz eden kişiler, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Hak sahibi, tecavüz nedeniyle maddi ve manevi zarara uğrayabilir.

SMK m. 151/1, hak sahibinin uğradığı (maddi) zararların, fiili zarar ve yoksun kalınan kazancı kapsadığını belirtmektedir. SMK m. 151/2 ise yoksun kalınan kazancın hesaplanması için üç yöntem öngörmektedir[203]: (a) Hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, (b) tecavüz edenin elde ettiği net kazanç ve (c) tecavüz eden ile hak sahibi arasında lisans sözleşmesi yapılmış olması halinde ödenmesi gereken lisans bedeli. Hak sahibinin hükümde sayılan hesaplama yöntemlerinden birini seçmeye yönelik sahip olduğu hak, yenilik doğurucu bir haktır[204]. Hak sahibi, bunlardan yalnızca birini seçebilir[205]; hükümde sayılmayan bir hesaplama yönteminin uygulanmasını talep edemez[206].

SMK m. 151/2 (b) hükmünde düzenlenen menfaat devri hükmü, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin uygulama alanlarından birisidir[207]. Öte yandan, menfaat devri talebinin hükümde yoksun kalınan kâra - ve dolayısıyla maddi zarara - ilişkin hesaplama yöntemlerinden biri olarak sayılması dikkat çekicidir. Bu yönüyle, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği ka-

---

[203] SMK m. 151/6 uyarınca, 151. madde hükümleri coğrafi işarete ve geleneksel ürün adına tecavüz edilmesi halinde uygulanmayacaktır.

[204] YASAMAN Hamdi, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, Hamdi Yasaman (edt.), Ankara, 2021, Cilt III, s. 3095; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 153.

[205] KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 152; UZUNALLI Sevilay, **Marka Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 204; GÖNEN Coşku, **Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi**, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 64.

[206] TEKİNALP, s. 501, N. 43; YASAMAN, Cilt III, s. 3094; GÖNEN, s. 64; AYDIN Fatih, "Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat", **TBB Dergisi**, 2017 (133), ss. 517 - 576, s. 545.

[207] ÇOLAK Uğur, **Türk Patent Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 ("Patent Hukuku"), s. 1063; BAŞ SÜZEL, s. 302.

zanca yönelik istem, kanunda maddi zararın tazmini talebi olarak kabul edilmiştir[208]. Bunun doğal sonucu, söz konusu talebe, haksız fiilden doğan tazminat taleplerine ilişkin koşulların uygulanacak olmasıdır[209]. Tecavüz eden ile hak sahibi arasında bir sözleşme bulunması ve ihlalin sözleşmeye aykırı davranışla gerçekleştirilmesi halinde, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat taleplerine ilişkin koşulların uygulanması da mümkündür.

2. Unsurları

SMK m. 151/2 (b) hükmü kapsamında menfaat devrinin talep edilebilmesi için ilk şart, sınai mülkiyet hakkının hukuka aykırı bir fiille ihlal edilmesidir[210]. Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller SMK m. 29'da, tasarım hakkına tecavüz teşkil eden fiiller SMK m. 81'de, patent ve faydalı model hakkına tecavüz teşkil eden fiiller SMK m. 141'de sayılmıştır.

Tecavüz edenin elde ettiği net kazancın talep edilebilmesi için sınai mülkiyet hakkı sahibinin zarara uğramasının şart olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sınai hak sahibinin menfaat devri talep edebilmesi için herhangi bir zarara uğramış olmasına gerek yoktur[211]. Diğer görüşe göre ise tecavüz edenin elde ettiği net kazanç yalnızca tazminatın hesaplanmasına yönelik bir yöntemdir ve hak sahibi herhangi bir zarara uğramamışsa tazminat talep edilemez[212]. SMK m. 151'deki mevcut tazminat sistemi göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimce tecavüz edenin elde ettiği net kazancın talep edilebilmesi için hak sahibinin zarara uğramış olması gereklidir. Yukarıda açıklandığı üzere, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı olarak menfaat devri talep edilmesi halinde iş sahibinin herhangi bir zarara uğramış olması şart değildir ve bu yönüyle menfaat devri yaptırımı tazminattan farklı bir nitelik taşımaktadır. Fakat ihlalde bulunan kişinin elde ettiği net kazanç, SMK'da tazminatın hesaplanması için bir hesaplama yöntemi olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle SMK m. 151/2 (b) hükmü uyarınca ihlalde bulunanın elde ettiği net kazancın talep edilebilmesi için hak sahibinin yoksun kalınan

---

[208] KILIÇOĞLU (Fikri Haklar), s. 428.

[209] YASAMAN, Cilt III, s. 3093; ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 4. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2018, s. 771 - 772; YILDIZ, s. 165.

[210] KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 154.

[211] BAŞ SÜZEL, s. 302 vd.; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 156; AYDIN, s. 557.

[212] YASAMAN, Cilt III, s. 3093; UZUNALLI, s. 199. Buna karşın, *Uzunallı* eserinin bir başka kısmında, zararın tecavüz edenin kazancına göre hesaplanması için hak sahibinin kazanç kaybına uğramış olmasının gerekmediğini, hak sahibinin somut bir zararı bulunmasa da tecavüz edenin kazancını talep edebileceğini belirtmiştir. UZUNALLI, s. 212.

kâr şeklinde bir zarara uğramış olması gerekir. Kanaatimce hak sahibinin zarara uğradığını ispat etmesi yeterlidir; ayrıca uğradığı zararın miktarını ispat etmesi aranmamalıdır[213]. Öte yandan, kanun koyucunun menfaat devri talebini tazminattan ayrı ve zarardan bağımsız bir talep olarak düzenlemesi olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) bakımından daha isabetli olurdu.

SMK m. 151/2 (b) kapsamında net kazancın talep edilebilmesinin şartlarından birisi, tecavüz edenin kusurlu olmasıdır[214].

Son olarak, tecavüz edenin elde ettiği net kazancın talep edilebilmesi için tecavüz edenin elde ettiği kazanç ile sınai mülkiyet hakkının ihlali arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır[215].

3. Sonuçları

SMK m. 151/2 (b) hükmü, sınai mülkiyet hak sahibine, tecavüz edenin fiilen elde etmiş olduğu net kazancı talep etme imkanı vermektedir[216]. Hükmün gerekçesinde, (b) bendinde belirtilen "*tecavüz edenin elde ettiği net kazanç*" ifadesinin kâr anlamına geldiği açıklanmıştır[217].

KHK döneminde, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik hükmün (b) bendinde "*marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre*" hesaplama yapılacağı düzenlenmekteydi[218]. SMK m. 151/2 (b) hükmünde ise "*markayı kullanmak yoluyla*" ibaresine yer verilmemiş; "*sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç*" ifadesi kullanılmıştır. SMK'daki hükmün gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmıştır:

---

[213] *Uzunallı*, yaşam tecrübesine göre hak sahibinin tecavüz nedeniyle kazanç olanaklarından yoksun kaldığının kabul edilebileceği görüşündedir. UZUNALLI, s. 199.

[214] YASAMAN, Cilt III, s. 3093; ÇOLAK, s. 774; TEKİNALP, s. 503, N. 50. Aksi görüşte, KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 156.

[215] KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 155; BAŞ SÜZEL, s. 309 - 310; AYDIN, s. 559.

[216] ÇOLAK, s. 790.

[217] "*... markayı kullanmak yoluyla elde edilen kazanç, mütecavizin tecavüz fiiliyle ortaya çıkan brüt kazancını değil, maliyetlerin elde edilen gelirden düşürülmesiyle kalan net kazancını ifade etmektedir. Ancak mütecavizin tecavüz fiilinin dışında başka hiçbir ürünü satmamış olması halinde dahi genel masraflar bir bütün olarak elde edilen gelirden mahsup edilmeyecek, sadece hammadde ve satış maliyetleri gibi işin doğası gereği oluşan giderler tecavüz yoluyla elde edilen gelirden mahsup edilecektir.*" Yargıtay HGK, E. 2017/66, K. 2019/480, T. 18.04.2019, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 02.06.2022).

[218] (Mülga) 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, m. 66. (Mülga) 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 140. maddesinde ve (mülga) 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 52. maddesinde de benzer hükümlere yer verilmiştir.

"*Önceki düzenlemede, tecavüz suretiyle yapılan satışlardan elde edilen kazanca, markanın katkısı oranında tazminata hükmedilmekte ve bu durum, oldukça düşük tazminatlara hükmedilmesine yol açmaktaydı. Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin, tecavüz edilerek elde edilen net kazancın hak sahibine verilmesini sağlayacak şekilde düzenleme getirmesi nedeniyle uygulamada sınai mülkiyet hakkı sahipleri, sınai mülkiyet hakkı koruması yerine haksız rekabet korumasını tercih etmekteydi. "Hakkın kullanılması ile" ibaresine metinde yer verilmeyerek hüküm, Türk Ticaret Kanunu ile uyumlu şekilde düzenlenmiş, metinden "tecavüz suretiyle elde edilen gelire sadece sınai mülkiyet hakkının sağladığı katkı" anlamının çıkmaması gerektiği düşünülmüş, ... anılan ibarelere fıkrada yer verilmemiştir.*"

Her ne kadar hükümden "*markayı kullanmak yoluyla*" ifadesi çıkarılmış olsa da (b) bendi kapsamında talep edilebilecek kazancın, tecavüz edenin sınai mülkiyet hakkını ihlal etmesiyle arasında illiyet bağı olan net kazanç olacağı açıktır[219]. Tecavüz edenin sınai mülkiyet hakkını ihlal etmesine bağlı olmayan gelirler net kazanç hesaplamasına dahil edilmemelidir[220]. *Çolak*'ın verdiği bir örneğe göre, tecavüz edenin toplam 10.000 TL gelir elde ettiği ve bu gelirin yalnızca 2.500 TL'sinin marka hakkının tecavüzünden kaynaklandığı, geri kalan kazancın kiradan ve faizden elde edildiği bir olayda, (b) bendi kapsamında 2.500 TL'ye göre hüküm kurulmalıdır[221]. Kanaatimce bu örnek, hükmün gerekçesinde benimsenen yaklaşıma ters düşmemektedir; zira tecavüz edenin elde ettiği kira geliriyle marka hakkına tecavüz arasında illiyet bağı bulunmamaktadır.

---

[219] ÇOLAK, s. 791; UZUNALLI, s. 211. *Çolak* hükmün gerekçesini, tecavüz edenin elde ettiği gelirden sınai mülkiyet hakkının kullanımına bağlı olmayan gelirlerin ayıklanmasının önüne geçilmeye çalışılması olarak değerlendirmiş ve böyle bir düzenlemenin gerçek zarar ilkesine aykırı olacağını belirtmiştir.

[220] ÇOLAK, s. 791; YASAMAN, Cilt III, s. 3102 - 3103; GÖNEN, s. 72. "*davacı tarafça markaya tecavüz ve ambalaj iltibası yolu ile haksız rekabet sonucu uğradığı zararı 556. sayılı KHK.nin 66/ll-b maddesi hükmü anlamında marka hakkına tecavüz eden davalının elde ettiği kazanca dayandırdığına göre, markaya tecavüz oluşturan davalı eylemine konu "Vatan" markalı üründen sağlanan kazancın somut olarak hesaplattırılıp tazminata esas tutulması gerekirken, davalının değişik markaları taşıyan tüm çay üretim ve satış verileri üzerinden bu konuda uzman olmayan hukukçu bilirkişi tarafından yapılan hesaplamanın hükme dayanak kılınması doğru olmamıştır.*" Yargıtay 11. H.D., E. 2002/7205, K. 2002/10668, T. 28.11.2002, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 02.06.2022).

[221] ÇOLAK, s. 791.

Gerekçede benimsenen yaklaşım, kazancın ne kadarının sınai mülkiyet hakkının ihlal edilmesi sonucunda, ne kadarının sağlanan malın veya hizmetin gerçek değerinden kaynaklandığının ayrıştırılamadığı durumlarda önem kazanmaktadır. Bu ayrıştırma zorluğu özellikle hizmetler bakımından gündeme gelecektir. Örneğin, (A) internet üzerinden isteğe bağlı yayın yapan bir platformun işletmecisidir ve bu faaliyetlerini kendi adına tescilli ve tanınmış bir marka altında yürütmektedir. (B) ise (A)'nın tescilli markasıyla karıştırılma ihtimali bulunan bir alan adını almış ve bu alan adı üzerinden (A)'nın tescilli markasıyla ayırt edilemeyecek kadar benzer bir işareti kullanarak, kendi ürettiği özgün içerikleri yayınlamıştır. (A)'nın (B)'ye tazminat davası açarak (b) bendindeki hesaplama yöntemini seçmesi halinde, gerekçede açıklanan yaklaşım benimsenirse, (B)'nin anılan internet yayınlarından elde ettiği net kazancın tümünün (A)'ya ödenmesine karar verilmelidir. Halbuki söz konusu kazancın elde edilmesinde, (B)'nin ürettiği özgün içeriklerin de rol oynadığı ve kazancın tümünün (A)'nın marka hakkının ihlali sonucunda elde edilmediği söylenebilecektir. Kanaatimce böyle bir durumda prensip olarak, kazancın ne kadarının marka hakkının ihlal edilmesi sonucunda elde edildiği tespit edilmeli ve buna göre bir hüküm kurulmalıdır[222]. Bunun net olarak tespit edilemediği durumlarda mahkeme, zararın miktarını TBK m. 50/2 uyarınca belirlemelidir.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme için öngörülen menfaat devri yaptırımının cezalandırıcı ve caydırıcı niteliğe sahip olduğu hususu da SMK m. 151'in gerekçesinde benimsenen yaklaşımı kanımca haklı göstermeyecektir. Zira tecavüz edenin elde ettiği net kazanca yönelik talebin - gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede olduğu gibi - ayrı bir talep olmadığı, yalnızca tazminatın hesaplanması için kullanılan bir yöntem olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu halde, hak sahibinin uğradığı zararı aşan bir meblağın, tecavüz edeni cezalandırma amacıyla hak sahibine ödenmesi, tazminat sorumluluğunun genel esasları uyarınca mümkün olmamalıdır.

Doktrine ve Yargıtay uygulamasına göre, tecavüz eylemi hak sahibinin marka hakkının tescil edilmesinden önce başlamışsa, (b) bendi uyarınca yapılacak hesaplamanın, tecavüz edenin tescil tarihinden sonra elde ettiği net kazanca ilişkin olması gerektiği kabul edilmektedir[223].

---

[222] Benzer yönde bkz. YASAMAN, Cilt III, s. 3103.

[223] ÇOLAK, s. 792; BAŞ SÜZEL, s. 307. Yargıtay 11. H.D., E. 2005/790, K. 2006/2934, T. 21.03.2006, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 01.06.2022). *Çolak*, somut olayın özelliklerine göre, tescil öncesi dönem için haksız rekabet hükümlerine göre, tescil sonrası dönem için SMK hükümlerine göre tazminat hesabı yapılabileceği görüşündedir. ÇOLAK, s. 780.

SMK m. 151/3 uyarınca, "*Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur.*" Sayılan unsurlar, hakimin tazminatı belirlerken durumun gereğini ve kusurun ağırlığını dikkate alacağına dair TBK m. 51/1 hükmüyle ilişkilidir[224].

SMK m. 150/3 hükmü, zararın kapsamının belirlenmesi konusunda hak sahibine önemli bir imkan sağlamaktadır. Buna göre hak sahibi, sınai mülkiyet hakkının kullanılmasıyla ilgili belgelerin tecavüz eden tarafından mahkemeye sunulmasını mahkemeden talep edebilecektir. Anılan hüküm, özellikle tecavüz edenin elde ettiği net kazancın hesaplanmasında önemli bir rol oynayacaktır. Zira tecavüz edenin elde ettiği net kazanç, özellikle ticari defterlerine bakılarak tespit edilmektedir[225]. Tecavüz edenin kayıt dışı kazanç elde ettiği veya ticari defterlerin sunulamadığı hallerde, mahkeme zararın miktarını TBK m. 50/2 uyarınca hakkaniyete uygun olarak belirlemelidir[226].

Tecavüz edenin sınai mülkiyet hakkı sahibine SMK m. 151/2 (b) bendi uyarınca ödemekle yükümlü olduğu tazminatın miktarının belirlenmesinde önemli role sahip olan bir diğer düzenleme, SMK m. 151/4 hükmüdür[227]. Buna göre, ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olduğu hallerde mahkeme, hesaplanan bedele, hakkaniyete uygun bir payın eklenmesine karar verecektir. Örneğin, kalitesine güvenilen, tanınmış bir markanın taklit edilmesi halinde, talebin oluşmasında hak sahibine ait marka hakkının belirleyici etken olduğu söylenebilecektir[228]. Hüküm "*ek bir payın daha*" eklenmesinden söz ettiğinden, burada zarar miktarını

---

[224] YASAMAN, Cilt III, s. 3100; TEKİNALP, s. 502, N. 44; GÖNEN, s. 83.

[225] YASAMAN, s. Cilt III, s. 3102; TEKİNALP, s. 503, N. 51.

[226] ÇOLAK, s. 796; AYDIN, s. 559; Yargıtay 11. H.D., E. 2008/1536, K. 2009/5629, T. 11.05.2009, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 02.06.2022). Tescilli bir markanın taklit gömlekler üzerinde kullanıldığı ve davalının işyerinde yalnızca 7 adet gömlek ele geçirildiği bir olayda, ilk derece mahkemesi, bilirkişi yardımıyla ve "*minimum üretim*" varsayımından hareket ederek davalının en az 270 adet gömlek üretip sattığını kabul etmiş ve tecavüz edenin net kazancını buna göre hesaplamıştır. Karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yargıtay 11. H.D., E. 2015/4309, K. 2015/12738, T. 30.11.2015 (ÇOLAK, s. 792'den naklen).

[227] SMK m. 151/4: "*Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, ikinci fıkranın (a) veya (b) bentlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birinin seçilmiş olması halinde, mahkeme ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olduğu kanaatine varırsa, kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verir.*"

[228] ÇOLAK, s. 808; YASAMAN, Cilt III, s. 3108; GÖNEN, s. 86.

aşan bir tutara hükmedilmesi söz konusudur[229]. Doktrinde, bu düzenlemenin özel hukuk cezası olduğu kabul edilmektedir[230].

Son olarak, tecavüz edenin elde ettiği net kazancın talep edilmesinin fiili zarar ve manevi tazminat talepleriyle ilişkisi ortaya konulmalıdır. SMK m. 151/1, hak sahibinin uğradığı zararın fiili kaybı ve yoksun kalınan kazancı kapsayacağını belirtmektedir ve tecavüz edenin elde ettiği net kazanç, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında kullanılan bir yöntemdir. Dolayısıyla, tecavüz edenin elde ettiği net kazanç, fiili zarar ile birlikte talep edilebilecektir[231]. SMK m. 151'in sistematiği kapsamında, bu taleplerden her ikisi de tazminat talebidir. Benzer şekilde, tecavüz edenin elde ettiği net kazanç, manevi tazminat ile bir arada talep edilebilir[232].

SMK m. 151'de tecavüz edenin elde ettiği net kazanç, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik bir talep olduğundan ve hak sahibi SMK m. 151/2'de öngörülen üç hesaplama yönteminden yalnızca birini seçebileceğinden, tecavüz edenin net kazancıyla hak sahibinin tecavüz olmasaydı elde edebileceği muhtemel gelirin bir arada talep edilmesi mümkün değildir[233].

4. Zamanaşımı

SMK m. 157 uyarınca, sınai mülkiyet hakkından doğan taleplerde TBK'nın zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi haksız fiil niteliği taşıdığından, SMK kapsamındaki tazminat taleplerine TBK m. 72'deki zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulacaktır[234]. Bu nedenle, SMK m. 151/2 (b) bendi uyarınca tecavüz edenin elde ettiği net kazanç hesaplama yöntemi seçilerek ileri sürülen yoksun kalınan kazancın tazmini istemi TBK m. 72'de düzenlenen zamanaşımı sürelerine tabidir.

---

229 YASAMAN, Cilt III, s. 3108 - 3109; GÖNEN, s. 87.

230 YASAMAN, Cilt III, s. 3109; GÖNEN, s. 87 - 88; ARKAN Sabih, **Ticarî İşletme Hukuku**, 27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 341. Aksi görüşte, UZUNALLI, s. 206.

231 KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 153.

232 "*davalının davacı markası ile üretip sattığı ürünlerden dolayı elde ettiği net kâr tutarı (1.665.809.327) liranın maddi tazminat ve taktir edilecek uygun miktar manevi tazminatın hüküm altına alınması gerekirken ...*" Yargıtay 11. H.D., E. 2001/5462, K. 2001/7409, T. 04.10.2001, Corpus veri tabanı (erişim tarihi: 01.06.2022).

233 KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 153.

234 YASAMAN, Cilt III, s. 3340; UZUNALLI, s. 240; ÇOLAK, s. 827; ARKAN, s. 343; ÜLGEN / HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN, s. 529; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 161.

SONUÇ

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye bağlanan en önemli sonuç, cezalandırıcı ve caydırıcı nitelik taşıyan menfaat devri yaptırımıdır. TBK m. 530 kapsamında menfaat devrinin talep edilebilmesi için iş görenin iş sahibinin hukuki alanına müdahalede bulunarak, kötüniyetli olarak ve vekaletsiz (yetkisiz) bir biçimde, kendisinin veya üçüncü bir kişinin menfaatine bir iş görmüş olması ve bu iş görme sonucunda bir menfaat elde etmiş olması gerekmektedir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bakımından aranan kötüniyet unsuru, kusur kavramıyla paralellik arz etmektedir. İş görenin devretmekle yükümlü olduğu menfaat, işi görmesiyle illiyet bağı içerisindeki net kazancıdır. İş sahibinin menfaat devri talebiyle birlikte fiili zararının ve manevi zararının tazminini talep etmesi mümkündür; fakat menfaat devri talebi yoksun kalınan kârın tazmini talebiyle birlikte ileri sürülemez.

FSEK m. 70/3'te düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görme TBK m. 530'un özel bir görünümüdür ve unsurları ile sonuçları bakımından TBK m. 530 ile oldukça benzer niteliktedir. Fakat TBK m. 530'un aksine, doktrindeki genel görüşe göre iş sahibinin FSEK m. 70/3 kapsamında menfaat devri talep edebilmesi için iş görenin kötüniyetli (kusurlu) olması şart değildir. FSEK m. 70/3 kapsamında menfaat devri talep eden hak sahibinin aynı zamanda FSEK m. 68'de düzenlenen 3 kat bedeli talep etmesi mümkündür; fakat bu halde bunlardan hangisi daha yüksek tutarda ise onun hak sahibine ödenmesine karar verilecektir. Bunun dışında, hak sahibi FSEK m. 70/3 kapsamında menfaat devri talebini, fiili zararının ve manevi zararının tazmini talebiyle birlikte ileri sürebilecektir.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede menfaat devri talebi, tazminat niteliği taşımamaktadır ve iş sahibinin zarar görüp görmediğinden bağımsızdır. SMK m. 151 ise sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazancı bir tazminat hesaplama yöntemi olarak ele almıştır. Bu nedenle SMK m. 151/2 (b)'de düzenlenen talep, menfaat devri değil tazminat niteliği taşımaktadır. Bu yönüyle SMK m. 151/2 (b)'nin TBK m. 530 ile uyumlu olduğu söylenemeyecektir. SMK kapsamında tecavüz edenin elde ettiği net kazancın talep edilebilmesi için TBK m. 530'daki şartların değil, tazminat sorumluluğunun doğması için gereken şartlar aranmalıdır.

TBK m. 530 uyarınca menfaat devrinin talep edilebilmesi için iş sahibinin zarara uğraması şart değilken SMK m. 151 kapsamında tecavüz edenin elde ettiği net kazancın talep edilebilmesi için hak sahibinin zarara uğramış

olması gerekmektedir. Menfaat devri talebinin TBK m. 530 ile uyumlu olarak SMK'da da tazminattan ve zarardan bağımsız bir talep olarak düzenlenmesi *de lege ferenda* açısından kanaatimce daha isabetli olurdu.

KISALTMALAR CETVELİ

bkz. : Bakınız

c. : Cümle

E. : Esas

edt. : Editör

FSEK : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

H.D. : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

K. : Karar

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

N. : Numara

s. : Sayfa

ss. : Sayfalar

SMK : Sınai Mülkiyet Kanunu

T. : Tarih

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TTK : Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

KAYNAKÇA

AKSOY Hüseyin Can, "Vekaletsiz İş Görende İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı mıdır?", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/1, ss. 91 - 122.

ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt V/1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ARKAN AKBIYIK Azra, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1999.

ARKAN Sabih, **Ticarî İşletme Hukuku**, 27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021.

ARSLANLI Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954.

ATAMER Yeşim M., **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta, İstanbul, 1996.

AYDIN Fatih, "Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat", **TBB Dergisi**, 2017 (133), ss. 517 - 576.

AYİTER Nûşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, S Yayınları, Ankara, 1981.

BAŞ SÜZEL Ece, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı**, XII Levha, İstanbul, 2015.

BAŞ SÜZEL Ece / YASAN Candan, "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 22 (2), 2016, ss. 365 - 396.

BAŞPINAR Veysel / KOCABEY Doğan, **İnternette Fikrî Hakların Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

BOZBEL Savaş, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, XII Levha, İstanbul, 2012, Lexpera veri tabanı.

ÇOLAK Uğur, **Türk Marka Hukuku**, 4. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2018.

ÇOLAK Uğur, **Türk Patent Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 ("Patent Hukuku").

DALYAN Şener, **Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

ERDİL Engin, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kısa Şerhi**, XII Levha, İstanbul, 2021.

EREL Şafak N., **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 ("Genel Hükümler").

GÖNEN Coşku, **Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi**, XII Levha, İstanbul, 2011.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

GÜNEŞ İlhami, **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

HATEMİ Hüseyin, "Türk Hukuku'nda "Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme" Kurumuna İlişkin Düşünceler", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, ss. 383 - 389.

İNCEOĞLU M. Murat / TOSUN Yalçın, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu ile İlişkisi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 28(3), 2012, ss. 75 - 116.

KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, **Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020 ("Fikri Haklar").

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Birinci Cilt, 7. Tıpkıbasım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

KÜÇÜKALİ Canan, **Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

NOMER Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

ÖZKAYA Eraslan, **Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

SARIKAYA Murat, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine İnceleme", **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 2, 2019, ss. 59 - 90.

SARUHAN Utku, **Gerçek Vekaletsiz İşgörme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

SEROZAN Rona, **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, Beşinci Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

TOSUN Çağdaş, **Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (TBK m. 60)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2019.

UYGUR Turgut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

UZUNALLI Sevilay, **Marka Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KAYA Arslan / NOMER ERTAN N. Füsun, **Ticari İşletme Hukuku**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

VARLI Pelin, **Fikri Haklara Saldırı ve Üç Kat Tazminat Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

YASAMAN Hamdi, "Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt 1, İstanbul, 2002, ss. 805 - 819 ("Fikri Haklarda Tazminat").

YASAMAN Hamdi, **Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, Hamdi Yasaman (edt.), Ankara, 2021.

YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2014.

YAVUZ Levent / ALICA Türkay / MERDİVAN Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

YILDIZ Kübra, "SMK Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak FSEK Kapsamında Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, 2020, ss. 154 - 174.

YÜKSEL Sera Reyhani, **Vekaletsiz İşgörme Kısa Şerhi**, Hakan Tokbaş (edt.), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.